

RAFAEL DE SAMPAIO CAVICHIOLI

**CRÍTICA DO SUJEITO DE DIREITO: DA FILOSOFIA HUMANISTA À
DOGMÁTICA CONTEMPORÂNEA**

**Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Mestre em Direito,
Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor
de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do
Paraná.**

Orientador: Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel

CURITIBA

2006

RAFAEL DE SAMPAIO CAVICHIOLI

**CRÍTICA DO SUJEITO DE DIREITO: DA FILOSOFIA HUMANISTA À
DOGMÁTICA CONTEMPORÂNEA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

De acordo: Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel
Orientador

CURITIBA

2006

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor José Antônio Peres Gediel por ter me ensinado, nesses poucos anos de convívio acadêmico, que o conhecimento não se faz mediante uma lealdade egoísta consigo próprio e com aqueles que partilham dos mesmos entendimentos, tendo como finalidade apenas proteger seus posicionamentos da verdadeira crítica pública. Para o Professor Gediel, o conhecimento é público, formado no debate amigo, e justamente por isso, rigoroso, uma vez que se pratica no falar e no ouvir com lealdade e franqueza. Desse modo, ao agradecer ao Professor Gediel, posso e devo estender meu agradecimento a todos os integrantes do Grupo de Estudos Biotech, onde o debate é amigo, onde se fala e se ouve e onde há franqueza no diálogo acadêmico. Esta dissertação deve muito aos instigantes debates que surgiram naquele Grupo.

Devo reconhecimento aos Professores Abili Lázaro Castro de Lima, Eroulths Cortiano Junior, Ricardo Marcelo Fonseca e Sérgio Seleme, porque, desde que os conheci, mostraram-se interessados em meus estudos, emprestando-me livros e estiveram dispostos a me aconselhar acerca de leituras, o que, para mim, sempre foi motivo de incentivo. Aos Professores Eroulths e Sérgio devo ainda registrar o meu sincero agradecimento por permitirem que diversas horas que deveriam ter sido dispensadas à advocacia, fossem destinadas a esta dissertação.

Agradeço aos colegas das aulas do Mestrado, que foram sérios em seus estudos e, dessa forma, tornaram o curso mais interessante. Em especial, meu agradecimento ao colega Eros Belin de Moura Cordeiro pelos diversos diálogos acerca dos meus estudos.

Registro, ainda, meus agradecimentos aos funcionários da Universidade Federal do Paraná e, em especial, à Assistente de Administração Fátima Becker Paim (do Programa de Pós-Graduação em Direito) e à Bibliotecária Loiri (da Biblioteca do Setor de Ciências Jurídicas): a cordialidade com que me trataram, bem como o rigor e eficiência em suas funções marcaram sempre as ocasiões em que estive em contato com elas.

À Professora Antônia Schwinden agradeço a revisão atenta do texto desta dissertação e à Professora Raquel Tosta Padilha agradeço por ter possibilitado a versão em francês do resumo.

À minha família (Rodney, Cleusa, Tobias, Beatriz e Valdir) e aos meus amigos (em especial, Bruno Campagnolo de Paula, Daniele Bagatoli, Edson Dutra, Bruno de Vizia, Milena de Vizia, Graziella de Vizia e Nádia Gouvea), minha gratidão pela presença.

Reconhecimento devo à Juliana porque, mais que minha outra metade, é minha única integralidade.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	iii
RESUMO	viii
RÉSUMÉ	ix
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – DO INDIVÍDUO AO SUJEITO	13
1 PRIMÓRDIOS DO INDIVÍDUO: A AURORA DA CONTINGÊNCIA	13
1.1 TEORIA DO CONHECIMENTO: FIDEÍSMO CRISTÃO E CRÍTICA À REALIDADE ONTOLÓGICA DOS UNIVERSAIS.....	15
1.2 CONTINGÊNCIA, CONHECIMENTO E POLÍTICA.....	21
1.2.1 A laicização da Filosofia e a contingência do conhecimento	22
1.2.2 A Política Moderna: a vontade coletiva dos indivíduos	24
1.3 À GUISA DE FINALIZAÇÃO	37
2 SUBJETIVIDADE E EXTENSÃO: AS RÉDEAS DA CONTINGÊNCIA	38
2.1 O PODER ORDENADO DO SUJEITO: SUBJETIVIDADE E ONTOLOGIA EM DESCARTES	43
2.2 A SUBJETIVIDADE E A ORGANIZAÇÃO SOCIAL NO PENSAMENTO CARTESIANO.....	48
2.2.1 A subjetividade como prelúdio do estado natural das máquinas humanas	48
2.2.2 O pensamento cartesiano e o pórtico da “Vontade Geral”	51
2.3 À GUISA DE FINALIZAÇÃO	52
3 O SUJEITO COMO PILAR DO REAL: A INVENÇÃO DA NATUREZA E DA HUMANIDADE	54
3.1 A HUMANIDADE COMO CONDENAÇÃO A SER LIVRE: A LIBERDADE COMO NECESSIDADE	58
3.2 O UNIVERSO DO DIREITO: ABSTRAIR A REALIDADE PARA APROPRIÁ-LA	69
3.3 O UNIVERSO DO ESTADO: SEGURANÇA PARA APROPRIAR	75
3.4 À GUISA DE FINALIZAÇÃO	81
CAPÍTULO II – O HOMEM E O CIDADÃO	84
1 SEGUNDA MORTE DO INDIVÍDUO: A NOVA ORDEM DA REALIDADE HUMANA	84
1.1 UM DEUS PARA OS INDIVÍDUOS: A NOVA ALIANÇA ENTRE POLÍTICA E ECONOMIA	90

1.2	ESTADO E CIDADÃO: UMA PEÇA PARA DOIS E A FUSÃO ENTRE PÚBLICO E PRIVADO	95
1.3	UMA LEI PARA OS INDIVÍDUOS: A AUTORIDADE AUTORIZADA DA LEI CIVIL.....	105
1.4	À GUISA DE FINALIZAÇÃO	113
2	O HOMEM MODERNO, O HOMEM ETERNO: OS DIREITOS DE UM HOMEM SEM TEMPO	117
2.1	PARA CADA HOMEM, MIL PODERES: O HUMANO COMO SUJEITO DE DIREITOS.....	120
2.2	O DIREITO A SERVIÇO DO HOMEM, A SERVIÇO DE UM FANTASMA: A CRÍTICA EXTERNA AO DIREITO MODERNO	130
2.3	A FOME E A SEDE DO FANTASMA: A VOZ DOS JURISTAS E O SEU ECO SURDO OU COMO OS JURISTAS PERCEBEM AS ANTINOMIAS	137
2.4	O PARECER DE PORTALIS SOBRE O CASAMENTO DE PROTESTANTES OU COMO SE ALIMENTAM FANTASMAS	143
2.4.1	O contexto normativo do Parecer	143
2.4.2	Soberano, súdito e homem retornam à cena: a Aliança entre Política e Economia.....	146
2.4.3	A expiação da culpa ou como liberdade é sujeição	150
2.5	À GUISA DE FINALIZAÇÃO	158
	CAPÍTULO III – A PESSOA.....	162
1	O PROCESSO CODIFICATÓRIO: RADICALIZAÇÃO HISTÓRICA DAS ANTINOMIAS DA SUBJETIVIDADE JURÍDICA	162
1.1	A TRAGÉDIA DO HUMANISMO ANTROPOCÊNTRICO: O JULGAMENTO PERSONALISTA DA MODERNIDADE	172
1.2	ÚLTIMO ATO: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A REPERSONALIZAÇÃO DO HUMANISMO.....	180
1.3	O DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL: RESSISTEMATIZAÇÃO E REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO ESTATAL	189
1.4	À GUISA DE FINALIZAÇÃO	204
2	A PROBLEMATIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	207
2.1	A INSUFICIÊNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	208
2.2	O ACÓRDÃO SOBRE AS UNIÕES HOMOSSEXUAIS OU UMA NOVA LIÇÃO SOBRE COMO SE ALIMENTAM FANTASMAS	223

2.2.1 A dignidade da pessoa humana como cláusula do Contrato Social: a Aliança entre Política e Economia.....	225
2.2.2 A dignidade da pessoa humana como expiação da culpa ou como liberdade é sujeição	231
2.3 À GUIA DE FINALIZAÇÃO	237
CONCLUSÃO	241
REFERÊNCIAS	251

RESUMO

A presente dissertação visa examinar os fundamentos do sujeito de direito e a sua dinâmica determinada pela normatividade jurídica. Para atender ao primeiro objetivo, busca-se delinear o sujeito de direito em paralelo à figura do sujeito concebido pela Filosofia Moderna, expondo suas semelhanças e aproximações. A construção deste conceito inicia-se em oposição à anunciação realizada por Guilherme de Ockham, no século XIV, das idéias de indivíduo e de contingência em face do *Absoluto (Deus)*. Assim, o sujeito, para a Filosofia, inaugura-se como busca de ordem cognitiva em confronto com a contingência resultante da desordem da realidade individual. A filosofia cartesiana, no século XVII, e o pensamento kantiano, no século XVIII, respaldam essa sentença. O sujeito de direito, em paralelo, partilha dessa mesma problemática, porém se evidencia como instrumento de contenção da contingência da realidade humana, servindo de fundamento para a representação dessa realidade de maneira ordenada. Sob o enfoque político-jurídico da vertente liberal Moderna, o sujeito manifesta-se como representação abstrata do indivíduo humano e, ao mesmo tempo, como fundamento volitivo e racional do Estado presente nas noções de *Pacto ou Contrato Social*. Ao se percorrer esse trajeto de delineamento das estruturas do sujeito de direito, a partir dos pensamentos de Hobbes e Rousseau e da configuração do conceito de direito subjetivo pela pandectística alemã oitocentista, fundamentalmente, a partir de Savigny, notam-se suas antinomias, que consistem na sua *abstração* em face do indivíduo humano concreto e na *funcionalização* do Estado à economia capitalista. A denúncia dessas antinomias é evidenciada pela reflexão de Marx e de Burke acerca do direito subjetivo. Para identificar a dinâmica funcional dessas antinomias, recorre-se aos discursos jurídicos que expõem aspectos que lhes são próprios, pretendendo superá-las por meio da radicalização do conteúdo humanista do sujeito de direito. Esses discursos, contudo, não rompem com a estrutura antinômica do sujeito de direito. As reflexões de Portalis e de Savigny e o pensamento jurídico contemporâneo da constitucionalização e da repersonalização do Direito Civil enquadram-se nessa modalidade discursiva e, por isso, apontam, na prática do Direito, para a reprodução das antinomias basais do sujeito. Nessa trajetória cética e problematizadora, conclui-se que a modificação do Direito Moderno, superando as antinomias estruturantes do sujeito de direito, não depende do discurso dos juristas, mas das transformações sociais e da compreensão das funções que o sujeito de direito desempenha na Modernidade.

Palavras-chave: sujeito; filosofia moderna; sujeito de direito; repersonalização

RÉSUMÉ

L'objet de cette dissertation est d'examiner les fondements du sujet de droit et sa dynamique déterminée par la normativité juridique. Pour traiter le premier objectif, on cherche à délimiter le sujet de droit en parallèle à la figure du sujet conçu par la Philosophie Moderne en exposant leurs ressemblances et leurs approches. La construction de ce concept commence en opposition à l'énonciation de Guillaume d'Ockham, faite au XIV^e siècle, des idées d'individu et de contingence face à l'*Absolu* (*Dieu*). De cette manière, pour la Philosophie, le sujet est entrepris comme recherche de l'ordre cognitif en confrontation à la contingence qui découle du désordre de la réalité individuelle. La philosophie cartésienne au XVII^e siècle et la pensée kantienne au XVIII^e siècle comprouvent cette argumentation. Parallèlement le sujet de droit participe à cette problématique mais il se présente comme un instrument d'empêchement de la contingence de la réalité humaine et sert de fondement à la représentation de cette réalité de manière ordonnée. Sous le point de vue politico-juridique du courant libéral Moderne, le sujet se révèle à la fois comme représentation abstraite de l'être humain et fondement volitif et rationnel de l'État présent dans les notions de *Pacte ou Contrat Social*. Lors du parcours de délinéament des structures du sujet de droit, à partir des pensées de Hobbes et de Rousseau et de la configuration du concept de droit subjectif par la pandectistique allemande du XIX^e siècle, et notamment à partir de Savigny, nous pouvons remarquer leurs antinomies qui consistent dans son *abstraction* face à l'être humain concret et dans la *fonctionnalisation* de l'État à l'économie capitaliste. La dénonciation de ces antinomies est mise en relief par la réflexion de Marx et de Burke en ce qui concerne le droit subjectif. Pour identifier la dynamique fonctionnelle des ces antinomies, il faut recourir aux discours juridiques qui exposent des aspects qui leur sont propres en essayant de les surmonter par le moyen de la radicalisation du contenu humaniste du sujet de droit. Cependant ces discours ne rompent pas avec la structure antinomique du sujet de droit. Non seulement les réflexions de Portalis et de Savigny mais encore la pensée juridique contemporaine de la constitutionnalisation et de la repersonnalisation du Droit Civil sont adéquats à cette modalité discursive et par conséquent, lors de la pratique du Droit, mènent aux antinomies fondamentales du sujet. Ce parcours sceptique et problématique nous permet de conclure que la modification du Droit Moderne surmontant les antinomies structurantes du sujet de droit ne dépend pas du discours des juristes mais des changements sociaux et de la compréhension des rôles que le sujet de droit joue dans la Modernité.

Mots - clé : sujet ; philosophie moderne ; sujet de droit ; repersonnalisation

INTRODUÇÃO

A presente dissertação objetiva estudar a categoria *sujeito de direito* sob uma perspectiva *radical e funcional*.¹ Radical, porque pretende traçar os fundamentos que delineiam a estrutura definitiva da subjetividade jurídica pela dogmática europeia do século XIX. Funcional, porque não se satisfaz com a análise dos fundamentos, mas almeja perceber a dinâmica da categoria por meio da análise dos discursos dos juristas em dois momentos: no processo de formação da subjetividade jurídica e na contemporaneidade. Essa análise funcional permite identificar, nos dois momentos, a dinâmica das antinomias² da estrutura da subjetividade.

Se para alcançar o segundo objetivo é preciso dar voz aos juristas, para o primeiro é imprescindível afastar-se das definições do discurso jurídico-dogmático, pois este é um discurso que não traz consigo a potencialidade de uma abordagem histórico-filosófica que a radicalidade demanda. O discurso dogmático é a-crítico, auto-explicativo e auto-referencial, como se percebe da definição de sujeito de direito adotada pela dogmática civilista contemporânea:

¹ Esclarece-se que não se adota uma perspectiva de acentuação da dinâmica da categoria como se fosse pretendido torná-la mais adequada ou mais eficiente para atuar a sua função. Em outras palavras, a perspectiva funcional desta dissertação não é uma perspectiva funcionalista: “**FUNCIONALISMO**. Teoria que acentua as características funcionais, o uso efetivo dos seus objetos mais do que a sua estrutura ou suas propriedades estáticas.” (FUNCIONALISMO. In: LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. Tradução de Fátima Sá Correia; Maria Emília V. Aguiar; José Eduardo Torres e Maria Gorete de Souza. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.1268.)

² O conceito é utilizado em seu sentido amplo de contradição, inspirando-se na análise de Ágnes HELLER acerca da Moral kantiana. Cf. HELLER, Ágnes. La “primera” y la “Segunda” ética de Kant. In: _____. **Crítica de la Ilustración: las antinomias morales de la razón**. 2.ed. Traducción de Gustau Muñoz y José Ignacio López Soria. Barcelona: Ediciones Península, 1999. p.21-96. Esse sentido de antinomia é assim definido no léxico filosófico de Lalande: “**C**. Num sentido mais fraco, todo o conflito, aparente ou real, entre as condições de um mesmo fim, ou entre as conseqüências de dois raciocínios que parecem demonstrativos dum do outro. Ver, p. ex., o título da obra de Victor HENRY, *Antinomies linguistiques* (1896).” (ANTINOMIA. In: LALANDE, André. *op. cit.*, p.72.)

Elemento subjetivo das relações jurídicas são os sujeitos de direito.

Sujeito de direito é quem participa da relação jurídica, sendo titular de direitos e deveres.

A possibilidade de alguém participar de relações jurídicas decorre de uma qualidade inerente ao ser humano, que o torna titular de direitos e deveres.³

Note-se que a definição acima é autopoiética e parte de uma petição de princípio, pois afirma que a qualidade de participar de relações jurídicas é inerente ao ser humano quando deveria demonstrar isso. Ou seja, o sujeito é sujeito porque participa das relações jurídicas, sendo titular de direitos e deveres. E, é titular de direitos e deveres porque é sujeito de direito e porque participa de relações jurídicas!

Parece razoável, então, que, para analisar os fundamentos do sujeito de direito, seja preciso perceber o Direito como algo que não seja auto-explicativo, como algo que não seja capaz de constituir a realidade. As perguntas que ensejam essa análise, então, são: por que o sujeito de direito é o ser humano? O que significa essa identificação entre ser humano e sujeito de direito? Trata-se de perguntas ontológicas que questionam pelo *ser* (essência) do sujeito de direito.

Dessa maneira, ao se considerar a auto-referenciabilidade da dogmática jurídica, percebe-se que a compreensão ontológica do sujeito de direito deve, estranhamente, percorrer um trajeto que, ao menos inicialmente, prescinde do Direito: *o Direito oculta o Direito*.

Esse trajeto – que se inicia pela identificação dos fundamentos filosóficos do indivíduo e da subjetividade até alcançar a noção de sujeito de direito consolidada pela dogmática oitocentista – mira para a compreensão anterior do sujeito filosófico (termo que não é usual, mas que serve para caracterizar que não se trata do sujeito de direito)

³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.213. A título de exemplos, definições semelhantes são encontradas em ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. v.1. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p.29-30.; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.1. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.141-144. e CORDEIRO, António Menezes. **Teoria Geral do Direito Civil**. v.1. 2.ed. rev. e actual. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1994. p.309-310. Este último destaca que a definição tem um sentido dogmático.

como categoria central da Modernidade.⁴

Para os limites propostos nesta dissertação, a Modernidade é apreendida em seu sentido filosófico: o conjunto de *sinais* que indicam o surgimento de um pensamento antropocentrismo baseado sobre a liberdade e a ruptura com o Mundo Antigo e Medieval⁵, fundado sobre um pensamento cosmologista (ou teologista para os Medievais) que se legitima pela autoridade.

A Modernidade anuncia-se a partir do século XIV com as perspectivas trazidas pela filosofia nominalista dos pensadores da escolástica tardia, destacando-se o nome de Guilherme de OCKHAM. Esses pensadores possibilitam o surgimento de uma nova visão de mundo diferenciada da Antiga e da Medieval: a de contingência. O mundo contingente é representado pela idéia que a realidade é formada por indivíduos e que os conceitos apenas expressam uma identidade comum entre esses indivíduos. Porém, essa identidade comum não possui realidade e, sobretudo, essa identidade comum não é necessária, ela é contingente.

Ocorre que a representação do mundo para os Antigos, ou para os Medievais, caracteriza-se por se pensar a realidade inserida em uma ordem metafísica, seja a do cosmos para o pensamento Antigo, seja uma ordem posta por Deus para os Medievais.

⁴ Cumpro, desde logo, advertir que não se pretende, com a perspectiva radical desta dissertação, estabelecer que a subjetividade filosófica seja a base para construção do sujeito de direito. Como bem aponta Zarka, não se pode encontrar na Filosofia Moderna (em Descartes, por exemplo) a semente geradora do sujeito de direito. É o juracionismo dos séculos XVI e XVII que configura essa categoria com independência da construção do sujeito da Filosofia. Cf. ZARKA, Yves Charles. **L'autre voie de la subjectivité: six études sur le sujet et le droit naturel au XVII^e siècle**. Paris: Beauchesne, 2000. p.v-vi. Porém, disso não resulta que o sujeito de direito esteja em total independência do sujeito da Filosofia: ao contrário, ambos participam de problemáticas semelhantes e paralelas e são esses paralelos que se pretende evidenciar.

⁵ Sobre a identificação que os filósofos fazem da Modernidade, Goyard-Fabre assim se manifesta: “É verdade que são menos ciosos do que os historiadores de uma datação precisa e que buscam sobretudo os *sinais* que, iniciando uma ruptura com o cosmologismo do pensamento antigo e o teologismo do pensamento medieval, anunciam preocupações ou uma sensibilidade intelectual novas. Esses sinais só se deixam decifrar ao longo de uma progressão histórico-filosófica cujo percurso devemos refazer em etapas sucessivas.” (GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.4-5.)

A realidade não é percebida como composta por indivíduos, mas é entendida como uma totalidade ordenada e, ainda que haja elementos, estes estão inseridos na lógica desse todo, não havendo espaço para a particularidade desses elementos. Em uma síntese generalizante, pode-se afirmar que os conceitos universais são vistos como se fossem dotados de uma realidade da qual os elementos fáticos participassem.

Na Modernidade, a realidade passa a ser grafada como contingência: os indivíduos que compõem a realidade não estão inseridos em uma ordem necessária e toda a existência é entendida como contingente⁶. O mundo da contingência é o mundo da desordem e do caos porque a existência dos seres não é necessária.

A Modernidade, então, passa a ser marcada pela luta contra o caos e a desordem acerca da realidade, o que já é antecipado na obra de Ockham, pois, para este pensador, a ordem do mundo dos indivíduos contingentes é assegurada em virtude da vontade racional de Deus. Ora, em termos singelos Ockham afirma que se a existência contingente dos indivíduos gera potencialmente a desordem do real, a ordem é assegurada porque Deus cria os seres segundo sua racionalidade perfeita.

Inaugurado o debate sobre a contingência, que irá propiciar a problemática da subjetividade, é preciso dizer que os Modernos prescindem da compreensão da ordem a partir de Deus, mas não desistem de compreender a realidade de maneira ordenada. Ora, para a racionalidade genuinamente Moderna a contingência permanece como

⁶ RENAUT expressa com clareza a idéia da contingência da realidade possibilitada pelo pensamento Moderno e as suas implicações sobre a compreensão do conceito de liberdade: “De resto, como poderia ser diferente já que esse poder de escolha, constitutivo da liberdade dos Modernos, só poderia adquirir algum significado no contexto de uma contingência absoluta do futuro, de uma indeterminação e, mesmo, de uma desordem do mundo, que, por definição, a cosmologia grega, da qual a obra de Aristóteles fornece uma das tematizações filosóficas mais acabadas, não cessou de negar? Na medida em que o cosmo é, por si só, uma ordem, ‘a liberdade do homem não está ligada à contingência, mas, ao contrário, lhe é oposta’. (...) ...não há dúvida, certamente, sobre o fato de que tal representação da liberdade tenha ocorrido onde a confiança na ordem do mundo se rompia, dilacerada por tensões em favor das quais a valorização da autonomia pôde esquivamente esboçar-se; para que essa valorização se afirmasse plenamente, foi necessária a profunda e radical decomposição do cosmo, só realizada pela modernidade por meio da revolução galileana.” (RENAUT, Alain. **O indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito**. Tradução de Elena Gaidano. Rio de Janeiro: DIFEL, 1998. p.11-13)

problema. Contudo, a ordem do real não depende de Deus, mas é pensada a partir de uma suposta “estrutura imanente” aos indivíduos humanos e que os transcende na medida em que não pode ser por eles alterada⁷. Isso significa, sobretudo, que o indivíduo é universalizado como se todos os indivíduos fossem compostos dos mesmos elementos e de maneira idêntica, como se todos fossem dotados da mesma racionalidade que constitui a estrutura imanente.

Assim, a partir dessas características imanentes e universais, pode-se sustentar que todos os indivíduos humanos conhecem e agem de modo racionalmente idêntico. Logo, para os Modernos, ainda que a realidade não seja constituída de uma ordem intrínseca, a representação da realidade sempre é racionalmente ordenada, uma vez que se baseia na estrutura universal de cada indivíduo humano. Esse, pois, é o princípio de construção da subjetividade filosófica Moderna: para a Filosofia, o sujeito é esse composto universalizante que funda a realidade Moderna no momento em que Deus não é mais pensado como pilar da ordem do real.

O Direito, como ordem terrena destinada a disciplinar a vida humana, também partilha do problema Moderno de contenção da contingência. Por isso, o problema da identificação de um fundamento para a representação da realidade humana de forma ordenada é o mesmo problema do processo de formação do sujeito de direito. Desse modo, a perspectiva radical abordada nesta dissertação evita estabelecer um liame genealógico entre as subjetividades filosófica e jurídica. Diversamente, pretende-se demonstrar como ambas se aproximam em virtude das mesmas problemáticas e sinais que evidenciam a Modernidade.

É sob esse aspecto que se pode emprestar da análise de Alain RENAUT sobre a subjetividade filosófica Moderna uma interessante característica que também é

⁷ A subjetividade é pensada aqui como uma estrutura, ou seja, como um conjunto de elementos estáticos que conformam um todo que, por sua vez, é dotado de certa dinâmica, certa função. Sobre o termo estrutura: “A. Disposição das partes que formam um todo, por oposição às suas funções. (...)” (ESTRUTURA. In: LALANDE, André. *op. cit.*, p.347.)

partilhada pela subjetividade jurídica:

... o ser humano nela é concebido e afirmado como fonte de suas representações e de seus atos, seu fundamento (*subjectum*, sujeito) ou, ainda, seu autor: o homem do humanismo é aquele que não concebe mais receber normas e leis nem da natureza das coisas, nem de Deus, mas que pretende fundá-las, ele próprio, a partir de sua razão e de sua vontade.⁸

A subjetividade, em lugar do poder ordenado de Deus, apresenta-se como fundamento da ordem da realidade. Sujeito do conhecimento é o *subjectum*, aquilo que subjaz, que é subjacente à constituição da realidade. Essa característica apresenta-se em dois momentos no sujeito de direito.

O primeiro corresponde à construção da noção de sujeito ligada aos direitos subjetivos que se inicia com o jusracionalismo dos séculos XVI e XVIII e se concretizará com o movimento pandectista dos séculos XVIII e XIX, vinculando a atuação humana aos elementos perceptíveis da vontade geradora de relações jurídicas. Assim, a expressão humana transmuta-se, para os pandectistas, apenas em manifestação volitiva racional e transcendental: como deixar de notar que a teoria do negócio jurídico e de suas invalidades expressa tão-somente um universalismo imanente e transcendental pelo qual apenas a vontade considerada racional gera efeitos jurídicos?

O segundo momento corresponde à apreensão do sujeito de direito como *sujeito de um Estado de Direito*, ou seja, à percepção do sujeito como cidadão. Ora, a cidadania é a relação que fundamenta o Estado e que legitima a sua supremacia sobre o indivíduo: este obedece ao Estado porque o Estado serve aos interesses do indivíduo tornado cidadão. HOBBS é o patrono dessa fórmula que, posteriormente, será recepcionada por ROUSSEAU e, adiante, por KANT sob o cânone da autonomia.

É claro que ambas as perspectivas – a do direito subjetivo e a da lei estatal – expressam um anseio do humano de liberação da ordem divina que resulta em um

⁸ RENAUT, Alain. *op. cit.* p.10.

antropocentrismo radical em que o indivíduo humano é a medida de todas as coisas.⁹ Porém, ambas as perspectivas guardam consigo suas antinomias: a abstração da subjetividade com relação ao indivíduo concreto e a funcionalização do Estado aos interesses do indivíduo identificados com a atividade econômica capitalista.

A primeira antinomia: a Modernidade surge como o tempo da contingência, mas, antinomicamente, para assegurar a ordem do real, o Moderno nega essa contingência. A subjetividade constitui essa negação da contingência porque o sujeito é um indivíduo universalizado a partir de características que asseguram determinada ordem do real. Assim, a subjetividade não expressa apenas fundamento, mas também sujeição. Sob o enfoque da subjetividade jurídica, o resultado dessa universalização é a abstração do Direito em face das situações existenciais concretas, possibilitando o controle comportamental dos indivíduos sujeitos aos modelos jurídicos de acordo com determinada ordem. Vale dizer, apenas os comportamentos que se conformam aos modelos normativos é que têm expressão jurídica, sendo todos os demais juridicamente ignorados.

A segunda antinomia: conforme se demonstrará com HOBBS, o Estado Moderno se apresenta como Pessoa, um ente autônomo ante os indivíduos que o compõem. Porém, do mesmo modo que o Estado se apresenta como uma entidade autônoma, sua existência está sempre condicionada ao atendimento dos interesses desses mesmos indivíduos. Assim, ao mesmo passo que o Estado Moderno se representa como autônomo, ele, antinomicamente, sob o enfoque funcional, nada mais é que expressão dos interesses individuais. E qual é o conteúdo desses interesses? Aqui, as duas antinomias se sintetizam: esses interesses correspondem aos interesses

⁹ Nesse sentido, as perspectivas da lei e do direito subjetivo guardam um grave sentido humanista. Sobre o vocábulo humanismo, leia-se: “C. Doutrina segundo a qual o homem, do ponto de vista moral, deve ligar-se exclusivamente àquilo que é de ordem humana ‘O humanismo designa uma concepção geral de vida (política, econômica, ética), fundada sobre a crença da salvação do homem pelas simples forças humanas. Crença que se opõe rigorosamente ao cristianismo, enquanto ele é antes de tudo a crença em que a salvação do homem depende de Deus e da fé.’ (...)” (HUMANISMO. In: LALANDE, André. *op. cit.*, p.481.) É claro que o termo humanismo é dotado de grande ambigüidade e, como se verá adiante, o personalismo também aspira a um humanismo, mas que, preenchido de misticismo, tem um anseio cristão.

de um indivíduo universalizado sob os signos do proprietário, titular de direitos sobre todas as coisas e capaz para os pactos, isto é, dotado de vontade racional. Trata-se de uma concepção de indivíduo adequada ao modo capitalista de produção.

Com isso, pode-se dizer que direito subjetivo e lei guardam uma perspectiva humanista do sujeito como fundamento, mas, simultaneamente e antinomicamente, guardam uma perspectiva desumana, pela qual o sujeito apresenta-se como sujeição do indivíduo concreto à abstração da subjetividade jurídica e à ordem que esta assegura. A análise do Código Civil oitocentista patenteará essas características antinômicas do Direito Moderno.

A percepção desses elementos da subjetividade jurídica, porém, está limitada à perspectiva *radical* desta dissertação. Conforme mencionado anteriormente, o propósito ultrapassa o estudo da estática do sujeito de direito, mas visa observar essa estrutura antinômica em funcionamento e perceber suas potencialidades regulatórias, vale dizer, seus potenciais efeitos sobre os indivíduos humanos concretos.

Para essa segunda perspectiva de caráter *funcional* não é suficiente a percepção do discurso filosófico acerca do Direito. Para demonstrar essa insuficiência, serão apresentadas as críticas formuladas por BURKE e MARX acerca do Direito que, por mais precisas que sejam, não são suficientes para demonstrar o funcionamento prático do Direito e de suas antinomias porque são críticas externas ao Direito, que o apreendem como um fenômeno integral incapaz de relacionar a teoria jurídica com a sua prática:

Tudo isso é muito singelo, mas pode-se ao menos tirar dois ensinamentos. Para o filósofo, o direito nunca é visto em si próprio, mesmo por hipótese. O filósofo não estuda nem seu modo interno de constituição, nem seu modo interno de funcionamento, nem menos ainda sua relação com aquilo que não é direito, ou seja, a relação do direito com aquilo que lhe é externo. (...)

(...)

Em segundo lugar, e por via de consequência, o filósofo não pode tratar logicamente da relação entre teoria e prática jurídicas uma vez que essa relação se estabelece no próprio funcionamento do direito. Com efeito, o tratamento dessa relação implicaria conhecer a prática jurídica e saber como ela pode ser pensada *do ponto de vista do direito*.

É preciso convir que a filosofia (...) não assegura a apreensão concreta da relação entre teoria e prática.

No entanto – e é preciso relevar – a filosofia pode fornecer os meios para conhecer essa relação.¹⁰

EDELMAN sustenta que a relação entre teoria e prática jurídicas não pode ser explicada apenas pela Filosofia porque esta sempre apreende o Direito sob um enfoque exterior, o que a incapacita de visualizar o funcionamento interno do Direito. A Filosofia é um instrumento para essa tarefa, mas não pode ser um instrumento isolado do próprio discurso interno ao Direito e, por isso, nesta dissertação associa-se ambos: discurso jurídico e discurso filosófico. Em interessante estudo, EDELMAN exemplifica essa metodologia que congrega Filosofia com o discurso jurídico ao traçar a genealogia do direito de imagem na França a partir do advento da fotografia e do cinema e os respectivos interesses econômicos que contornam essas inovações técnicas: o instrumental materialista-histórico permite ao autor demonstrar que a dinâmica (função) do discurso jurídico acerca do direito de propriedade sobre a obra artística vela a reprodução das condições da indústria capitalista-cinematográfica.¹¹

Uma vez que se pretende compreender e analisar a dinâmica das antinomias da subjetividade jurídica, que são as antinomias do Direito Moderno, será dada voz aos discursos dos juristas em dois momentos: no momento da formação da estrutura dessa subjetividade e no momento em que os juristas assumem uma posição que se pretende crítica dessa estrutura.

¹⁰ Tradução livre de: “*Tout cela est fort sommaire mais on peut en tirer au moins deux enseignements. Pour le philosophe, le droit n’est jamais, et ce par hypothèse, envisagé pour lui-même. Le philosophe n’étudie ni son mode interne de constitution, ni son mode interne de fonctionnement, ni moins encore son rapport à ce qui n’est point du droit, c’est-à-dire son rapport d’extranéité. (...) En second lieu, et par voie de conséquence, le philosophe ne peut, logiquement traiter du rapport théorie-pratique juridiques, dès lors que ce rapport renvoie au fonctionnement même du droit. En effet, son traitement impliquerait de connaître la pratique juridique et de savoir comment elle peut être pensée du point de vue du droit. Il faut convenir que la philosophie (...) ne nous est d’aucun secours pour appréhender concrètement ce rapport. Néanmoins – et c’est là qu’il faut nuancer – la philosophie peut nous fournir les moyens de le connaître.*” (EDELMAN, Bernard. **La personne en danger**. Paris: PUF, 1999. p.27.)

¹¹ Cf. EDELMAN, Bernard. **O direito captado pela fotografia**: elementos para uma teoria marxista do direito. Tradutores: Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976. 210 p.

O primeiro momento manifesta-se nas vozes de PORTALIS e de SAVIGNY, enquanto o segundo momento, nas vozes¹² que sustentam uma contemporânea *repersonalização do Direito* que, como se verá, é influenciada pela filosofia personalista-cristã (apesar de os juristas *repersonalistas*, em geral, não se referirem ao personalismo-cristão). Nos dois momentos, será enfatizado o modo pelo qual os juristas percebem alguns aspectos das antinomias da estrutura da subjetividade jurídica Moderna e, sobretudo, serão ressaltadas as respostas humanistas que os juristas oferecem para superar as antinomias.

A comparação entre a percepção e as respostas desses dois momentos tem por objetivo analisar se as respostas dadas pelos juristas contextualizados no segundo momento (que sustentam a *repersonalização do Direito*) são capazes de superar as antinomias do Direito Moderno que se concentram no sujeito de direito e que se revelam na dinâmica das relações sociais disciplinadas pelo Direito e em que esse sujeito se insere.

O confronto entre esses dois momentos tem enfoque principal no enfrentamento comparativo entre duas situações em que os juristas percebem, ao menos, a abstração do Direito ao regular as situações concretas e os efeitos nefastos disso decorrentes.

A primeira consiste no Parecer do século XVIII realizado por PORTALIS acerca do casamento de protestantes na França, após a revogação do Editto de Nantes. Por esse ato e pela declaração de 14 de maio de 1724, a religião protestante foi

¹² Pode-se apresentar o seguinte rol de autores defensores da linha repersonalista: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.33-37. Ainda na literatura estrangeira, cf. CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica – seu sentido e limites**. 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981. p.90 e ss. No Brasil, antes da Constituição Federal de 1988, cf. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n.532, p.11-23, fev. 1980. Após a Constituição e na linha da repersonalização associada à constitucionalização do Direito Civil, pode-se ler TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.23-54. Uma síntese que assume e explica essa perspectiva repersonalista, identificando aspectos das antinomias do Direito Moderno, pode ser encontrada em FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.1-18.

proscrita da França, e os casamentos, para serem dotados de efeitos legais, apenas poderiam ser realizados por católicos e perante a Igreja Católica. O Parecer visa tratar justamente da abstração do Direito estatal diante da situação concreta, ou seja, embora proscrita a religião, havia ainda protestantes na França e que almejavam proteção jurídica sobre as suas uniões.

A segunda situação refere-se a recente Acórdão brasileiro do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região acerca da extensão da tutela previdenciária para companheiros homossexuais, que, segundo o INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), não seria possível ao teor da legislação pátria. Aqui também, o Acórdão trata da abstração do Direito em relação à existência concreta: os homossexuais existem e contribuem para a previdência social, mas esse fato é ignorado sob o enfoque da tutela jurídica.

Posto isso, justifica-se esse objetivo comparativo do aspecto dinâmico-funcional desta dissertação: a *repersonalização do Direito* – que, no Brasil, se apresenta sob a corrente do Direito Civil-Constitucional – sustenta a idéia de que a dignidade da pessoa humana possibilita uma tutela jurídica associada às situações existenciais concretas e a idéia de que, na medida em que todo o ordenamento jurídico seja inflado pela Constituição, não haveria mais razão para a distinção entre Direito Público e Direito Privado.

Essas conclusões da corrente *repersonalista* e Civil Constitucional conduzem a um panorama em que o Direito contemporâneo teria superado suas antinomias estruturais e, por conseqüência, os potenciais efeitos funcionais nefastos delas decorrentes. Sob o prisma da dignidade da pessoa humana, a subjetividade jurídica seria renovada a ponto de seu caráter universal não impedir o tratamento jurídico adequado das relações existenciais concretas (superação da antinomia da abstração). Simultaneamente, com a associação entre *repersonalização* e *Constitucionalização* do Direito Civil, a atividade econômica da pessoa seria disciplinada segundo a necessidade concreta de distribuição de riquezas, superando a antinomia da funcionalização do Estado (público) à atividade econômica capitalista (privado) porque a própria divisão entre público e privado estaria dissolvida.

Contudo, como as antinomias são estruturais e não funcionais, interessa o exame do fundamento sobre o qual se baseia a dignidade da pessoa humana no Direito Moderno e, sobretudo, segundo a corrente do Direito Civil-Constitucional. Como se demonstrará, analisando-se o pensamento de MARITAIN, essa base se identifica com o personalismo cristão¹³ e nela deverá ser observada a permanência, ou não, das antinomias.

Em resumo, a abordagem pretendida inicia-se pelo delineamento do problema do conflito entre contingência e ordem do real a partir da Filosofia Moderna. Na seqüência, demonstra-se que essa problematização é partilhada pelo Direito Moderno. A síntese da oposição entre contingência e ordem gera a figura do sujeito da Filosofia e do Direito, assim como as suas antinomias (que, nesta dissertação, são acentuadas na análise do sujeito de direito).

Configurada a base do sujeito, inicia-se o exame do discurso jurídico, ou seja, do discurso interno ao Direito para demonstrar os efeitos das antinomias na disciplina jurídica da vida social. Esse exame dirige-se, inicialmente, aos juristas do período de formação da subjetividade e, após, aos juristas contemporâneos.

Com esse enfoque, será possível verificar se a *repersonalização do Direito* supera as estruturas antinômicas do Direito Moderno e, por conseqüência, os seus efeitos nefastos ou se ela, mediante uma nova roupagem conceitual, apenas conduz à permanência dessas antinomias.

¹³ Já no curso do século XIX, há outras correntes críticas ao individualismo voluntarista e formalista característico da Modernidade jurídica: a jurisprudência dos interesses, a Escola Livre do Direito e o sociologismo positivista e institucionalista, por exemplo. Dentre essas diversas correntes críticas, o personalismo cristão é objeto de análise desta dissertação porque, no Brasil, influencia a constitucionalização do Direito Civil e, portanto, a base conceitual do personalismo cristão revela, com maior facilidade, uma prática jurídica que pode ser objeto de exame. Sobre as correntes críticas acima mencionadas, ver a síntese de HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. [S.l]: Publicações Europa-América, 1997. p.196-213.

CAPÍTULO I – DO INDIVÍDUO AO SUJEITO

“... le schisme inhumain par lequel l’âge moderne se sent comme mystiquement tenu de se délivrer du passé, ne devient explicable que si l’on comprend qu’à l’aurore de cet âge, un ange a commencé de sortir de la chrysalide de l’humanité.”¹⁴

1 PRIMÓRDIOS DO INDIVÍDUO: A AURORA DA CONTINGÊNCIA

Para analisar a contingência como elemento de complexidade do Direito Moderno não se poderia prescindir da abordagem acerca da identificação filosófica desse elemento. É pois a consolidação da idéia de indivíduo o cume do processo pelo qual o contingente torna-se prioritário em relação ao necessário. Esse processo de hegemonização do individual inicia-se na Europa do século XIV, período em que começam a ascensão da burguesia européia e a formação dos Estados Nacionais que denotam a crise da vivência estamental do feudalismo. Essas mudanças também se manifestam no pensamento filosófico mediante a hegemonia do individual e com a revisão crítica do saber Escolástico:

Se o século XIII é dominado pelas grandes sínteses, no século XIV é a crítica que vem reivindicar os seus direitos. O exame das posições fundamentais e a revisão do patrimônio herdado, já iniciados por Duns Escoto, vão assumindo uma importância sempre crescente na obra dos seus sucessores. É claro que a filosofia ‘clássica’ do século XIII não desaparece de todo. Sobrevive no âmbito mais restrito das escolas. Um número mais ou menos considerável de discípulos permanece fiel a um S. Boaventura, a um Alberto Magno, a S. Tomás e a Duns Escoto; sua importância, porém, é diminuta. Os melhores espíritos voltam-se para novas idéias e novas orientações.

Estamos no início da era burguesa. As questões de ordem prática passam a ocupar o primeiro

¹⁴ MARITAIN, Jacques. **Trois réformateurs**: Luther – Descartes – Rousseau. Nouvelle édition revue et augmentée. Paris: Librairie Plon, 1925. p.120. Tradução livre: “...o cisma inumano pelo qual a era moderna se sente misticamente obrigada a se desprender do passado somente pode ser explicado se nós compreendermos que, na aurora dessa era, um anjo começou a sair da crisálida da humanidade.”

plano. Descobre-se o valor do individual, cujos direitos começam a ser reconhecidos tanto na ciência, como na economia e na política.¹⁵

O expoente dessa revisão crítica é o franciscano Guilherme de Ockham, o *Venerabilis Inceptor*¹⁶. Trata-se do pensador que iniciou o movimento filosófico denominado nominalismo¹⁷, que consiste em uma teoria do conhecimento crítica fundada sobre a delimitação da realidade ontológica ao individual, ao singular. Porém, ao mesmo tempo em que o nominalismo ockhamiano inaugura a era da realidade

¹⁵ BOEHNER, Philotheus; GILSON, Etienne. **História da Filosofia Cristã**: Desde as origens até Nicolau de Cusa. Tradução e nota introdutória de Raimundo Vier O. F. M. Petrópolis: Vozes, 1970. p.533. Ver no mesmo sentido: REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**. 4.ed. São Paulo: Paulus, 1990. v.I: Antigüidade e Idade Média. p.611-613. (Coleção filosofia). Uma síntese elegante e abrangente da transição do pensamento europeu ocorrida entre os séculos XIII a XVI pode ser encontrada em COPLESTON, Frederick. **Historia de la filosofia**. Tradución de Juan Carlos García Borrón. 5.ed. Barcelona: Ariel, 2004. v.III: de Ockham a Suarez. p.13-32.

¹⁶ Guilherme de Ockham nasceu na vila de Ockham, condado de Surrey, localidade próxima a Londres, aproximadamente entre 1280 e 1290. Teve curta carreira universitária, pois o chanceler de Oxford, que tinha formação tomista, questionou algumas posições de Ockham, evitando a promoção deste. Por isso, Ockham jamais passou do grau de bacharel, ou, conforme se denominava à época *inceptor*. Por isso, a posteridade atribuiu-lhe o epíteto de *Venerabilis Inceptor*. Os seus Comentários às Sentenças, a pedido de Luterell, foram julgados por uma comissão papal que, em 1328, considerou diversos pontos dos escritos como heréticos e outros como falsos e temerários. Em 26 de maio de 1328, Ockham, juntamente com outros franciscanos, busca asilo junto a Luís da Baviera, que já acolhia Marsílio de Pádua e que estava em conflito com o papa de Avinhão. A partir daí, as obras de Ockham concentram-se em temas político-eclesiásticos pertinentes à pobreza da Igreja, ao poder do Papa e à relação entre Igreja e Império. Não é sabido se Ockham se reconciliou com a Igreja, tendo falecido em 9 de abril de 1349 ou de 1350, provavelmente em razão da peste negra. Cf. OCKHAM, Guilherme. **Brevilóquio sobre o principado tirânico**. Introdução de José Antônio de C. R. de Souza e Luis A. De Boni. Tradução de Luis A. De Boni. Petrópolis: Vozes, 1988. p.11-13.; BOEHNER, Philotheus; GILSON, Etienne. *op. cit.*, p.534-535.; COPLESTON, Frederick. *op. cit.*, p.52-53; REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *op. cit.*, p.613-615.

¹⁷ Boehner e Gilson consideram que o termo mais adequado para representar o pensamento de Ockham seria o de conceptualismo realista, pois os conceitos, apesar de não se fundamentarem em coisas universais, não são arbitrários, uma vez que derivam da compreensão da realidade individual. Vale dizer, os conceitos, embora não se refiram a qualquer substância universal, não são puros nomes, porque se baseiam na realidade individual. Cf. BOEHNER, Philotheus; GILSON, Etienne., *op. cit.*, p.538-540. Embora não conteste o uso do rótulo “nominalismo”, Copleston adverte que este termo deve ser compreendido no sentido de que Ockham se preocupava com a natureza dos conceitos, na origem destes, e não com os seus nomes convencionais. Cf. COPLESTON, Frederick. *op. cit.*, p.62. Por ser de uso mais comum, nessa dissertação, para se referir ao pensamento de Ockham, será utilizado o termo “nominalismo”.

contingente, inaugura também a era da busca por um novo critério de ordem da realidade diverso dos conceitos universais. Vale dizer, uma vez que o justo, o verdadeiro, o belo não existem a não ser como conceitos, é preciso compreender a maneira pela qual os indivíduos se organizam na conformação das entidades reais a que se referem esses conceitos. Para Ockham, é o poder ordenado de Deus que garante essa ordem da realidade.

Com isso, pode-se afirmar que a epistemologia ockhamiana tem seu fundamento em uma teologia fideísta e desdobramentos político-eclesiásticos. Esses três aspectos da obra de Ockham – ontognosiológico, teológico e político – serão abordados na presente dissertação porque influenciam o Conhecimento, a Política e também o Direito Moderno, como bem ressalta Villey quanto a este último aspecto:

Última observação histórica, a mais necessária. Desta vez a coisa é patente, pois não temos nenhuma chance de nos situarmos nos meandros do pensamento jurídico contemporâneo ignorando este capítulo da história da filosofia.

O *nominalismo*, filosofia aliás muito antiga – já tinha adeptos na Antigüidade e florescera nos séculos XI e XII -, conheceu o apogeu a partir do século XIV; o seu desenvolvimento mais pleno está ligado ao nome de Guilherme de Occam, um teólogo franciscano, fundador da ‘*via moderna*’, um modo ‘moderno’ de pensar que prevalecerá sobre o método tradicional, ‘*via antiqua*’.¹⁸

Para antever a Modernidade filosófica e jurídico-política, bem como os paralelismos que guardam entre si, é necessário, portanto, permitir-se perceber o nominalismo ockhamiano como um pensamento de transição entre as ruínas do Medieval e o novo edifício do Moderno.

1.1 TEORIA DO CONHECIMENTO: FIDEÍSMO CRISTÃO E CRÍTICA À REALIDADE ONTOLÓGICA DOS UNIVERSAIS

Até o século XIII, a explicação escolástica da criação do Mundo valia-se de um realismo moderado pelo qual Deus haveria criado a realidade existente a partir de

¹⁸ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.131.

modelos ideais; os **conceitos universais** seriam esses modelos¹⁹. Trata-se da influência da filosofia grega, especialmente do platonismo, sobre a filosofia cristã: Deus, por exemplo, concebe o ser humano, valendo-se de uma idéia essencial de natureza humana.

Ockham pensava que essa teoria implicava uma limitação à onipotência e liberdade divinas, como se Deus, em seu ato de Criação, estivesse atado a idéias eternas. Essa falta de liberdade divina também resultaria em uma necessidade quanto à existência das criaturas, vale dizer: a existência destas e o modo dessa existência seriam independentes da Criação, já que estariam ligados à ordem das idéias eternas que teriam direcionado a própria Criação.

A teoria do conhecimento ockhamiana tem seu fundamento na crítica fideísta à limitação da liberdade divina, objetivando defender, sob o aspecto filosófico-teológico, a onipotência divina e fazendo da existência das criaturas algo totalmente desnecessário (no sentido de contingencial)²⁰. Percebe-se, portanto, que a fé cristã tem uma grave influência, para Ockham, sobre a ontologia (que permite a pergunta “o que são as coisas?”) como sobre a epistemologia (que autoriza perguntar “o que pode ser conhecido?” e “como se pode conhecer?”), como bem ressalta Guelluy:

Ao tratar da distinção e da causalidade, nosso autor [Ockham] nos conduz, sob formas diferentes, a um problema único: trata-se daquele que está no fundo de toda filosofia e que o *Venerabilis Inceptor* apresenta dentro de uma perspectiva própria do lógico que é, ao mesmo tempo, cristão e que, por isso, vê no mundo a obra de um Deus soberanamente livre,

¹⁹ Realismo, nesse estudo, é adotado no sentido de doutrina filosófica que defende a realidade das idéias em oposição à realidade dos indivíduos: “**REALISMO** D. *Realismus*; E. *Realism*; F. *Réalisme*; I. *Realismo*. **A.** Doutrina platônica segundo a qual as *Idéias* são mais reais do que os seres individuais e sensíveis, que são apenas o seu reflexo e a sua imagem. **B.** Por conseqüência, na Idade Média, doutrina segundo a qual os Universais existem independentemente das coisas nas quais se manifestam. Opõe-se quer ao *nominalismo*, quer ao *conceptualismo*, porém de dois pontos de vista diferentes. (...)” (REALISMO. In: LALANDE, André. *op. cit.*, p.926.)

²⁰ “Em outras palavras, para Ockham há, de um lado, Deus, livre e onipotente, e, de outro, as criaturas, completamente contingentes e dependentes.” Tradução livre de: “*En otras palabras, para Ockham hay, por una parte, Dios, libre y omnipotente, y, por la otra, criaturas, completamente contingentes y dependientes.*” (COPLESTON, Frederick. *op. cit.*, p.58.)

independente de sua criatura. Esse problema fundamental é: o que são as coisas?²¹

Essa pergunta – “o que são as coisas?” – questiona acerca da composição da realidade, ou seja, o que compõe o real. Diversamente dos realistas da Alta Escolástica, que admitiam a existência real dos modelos ideais, Ockham, na defesa da onipotência divina, propõe que a realidade seja formada exclusivamente por seres singulares, por indivíduos. Para o *Venerabilis Inceptor*, não há nada que não seja individual na realidade extramental²². A realidade, então, é entendida por ele como composta por seres individuais, que são aqueles que, além de serem unos, não correspondem a um sinal que significa outros seres²³.

Os sinais que significam e representam outros seres são os universais. Estes não formam a realidade, apenas constituem símbolos conceituais que designam a realidade²⁴. Os universais, então, são termos que representam coisas individuais

²¹ Tradução livre de: “*En parlant de distinction et de causalité, notre auteur nous a entretenus, sous des formules différentes, d’un problème unique: celui qui est au fond de toute philosophie et que le Venerabilis Inceptor pose dans les perspectives propres au logicien qui est en même temps chrétien et qui voit donc dans le monde l’oeuvre d’un Dieu souverainement libre, indépendant de sa créature. Ce problème fondamental est celui-ci: que sont les choses?*” (GUELLUY, Robert. **Philosophie et Théologie chez Guillaume d’Ockham**. Louvain: É. Nauwelaerts/ Paris: J. Vrin, 1947. p.313.)

²² Para facilitação do entendimento do texto, informa-se que, deste ponto em diante, o substantivo “realidade” desacompanhado de qualquer complemento sempre expressará o conceito de “realidade extramental”.

²³ “Na segunda acepção, toma-se ‘singular’ como aquilo que é uma só coisa e não várias, sem ser, por natureza, sinal de muitas coisas.” (OCKHAM, William of. **Seleção de obras**. Tradução: Carlos Lopes de Mattos. São Paulo: Nova Cultural, 1989. p.123 (Os Pensadores) (*Summa Totius Logicae* – *Suma de Toda a Lógica*, I cap. 14)

²⁴ A natureza do universal nas palavras do próprio Ockham: “Disso tudo e de muitos outros textos vê-se que o universal é uma intenção mental, capaz de ser predicada de muitas coisas. Isso também pode ser confirmado pela razão. Com efeito, toda gente reconhece que todo universal é predicável de muitas coisas; ora, só uma intenção mental ou um sinal voluntariamente instituído pode predicar-se, e não uma substância; logo, somente uma intenção mental ou um sinal voluntariamente instituído é um universal.” (OCKHAM, William of. **Seleção de obras**. p.124. (*Summa Totius Logicae*, I cap. 15) Como ressalta Copleston, o conceito universal apenas expressa graus de similaridade entre as coisas individuais de maneira que, por exemplo, das semelhanças fáticas entre diversos indivíduos humanos é possível formar um conceito de ser humano. Cf. COPLESTON, Frederick. *op. cit.* p.63-64.

semelhantes entre si; são conceitos que expressam, como símbolos que são, algo em comum que os seres individuais apresentam entre si. Na realidade, não há qualquer ser que seja comum a diversos outros seres; somente um sinal – uma criação da mente – pode ser comum a diversos seres. O universal é um modo de representar coisas individuais. Frise-se, porém, que o *Venerabilis Inceptor* não rejeita que exista algo na realidade que corresponda aos conceitos; apenas não aceita a existência real do universal:

As (*sic*) contrário do que se costuma supor, Ockham não nega a existência, na realidade, de algo correspondente aos nossos conceitos. O que ele contesta é que haja nas coisas algo correspondente à universalidade ('universalitas' ou 'generalitas') dos conceitos; pois a coisa real é essencialmente individual, e um universal existente constitui um verdadeiro contrasenso, uma absurdidade. Por isso êle condena 'como simplesmente falsa e absurda' ('simpliciter falsa et absurda') a opinião dos que mantêm, por exemplo, a existência, entre as coisas reais, de um homem universal, do qual os homens individuais seriam simples participações.²⁵

Deve-se ainda ressaltar, como bem observa Copleston, que a inovação trazida por Ockham não diz respeito à negação, contida em sua obra, dos conceitos universais como realidades universais. A novidade ockhamiana consiste em negar qualquer razão metafísica para que, entre os indivíduos, haja as semelhanças que dão origem aos conceitos universais, visto que as similitudes apenas decorrem dos fatos e da contingência.²⁶

²⁵ BOEHNER, Philotheus; GILSON, Etienne. *op. cit.*, p.538. Guelluy, ao explicar o argumento de Ockham no sentido de que, salvo o caso da Trindade Divina, não é possível uma realidade ser idêntica a outra e, simultaneamente, desta se diferenciar, exemplifica que os conceitos universais não participam da substância das coisas individuais porque, nesse caso, seria necessário aceitar proposições contraditórias entre si que descrevessem uma mesma realidade. No exemplo de Guelluy, se o universal "homem" fosse uma realidade, então as proposições "Platão é homem" e "Sócrates é homem" seriam ambas verdadeiras e contraditórias entre si, o que não ocorre, pois elas apenas descrevem realidades diversas: a do indivíduo "Sócrates" e a do indivíduo "Platão" que têm características em comum que podem ser conceitualmente expressadas. Em outras palavras, "homem" não é uma realidade comum a "Sócrates" e a "Platão", mas estes dois indivíduos diversos entre si têm características em comum que são expressadas pelo conceito "homem". Cf. GUELLUY, Robert. *op. cit.*, p.326.

²⁶ COPLESTON, Frederick., *op. cit.*, p. 65.

Dessa maneira, se toda a realidade é contingente e, se é possível agrupar determinados indivíduos sob um conceito comum, como, por exemplo, o conceito “ser humano”, essa possibilidade é apenas uma possibilidade, não sendo necessária ou essencial. Portanto, o *Venerabilis Inceptor* rompe com a tradição Escolástica ao vislumbrar o Mundo Real como algo desnecessário e, ao menos virtualmente, mutável. Contudo, é importante ressaltar que para Ockham há claros limites a essa mutabilidade do Mundo (limites esses que consistem, conforme será adiante mencionado, na Vontade Racional de Deus – o que resguarda a onipotência divina), mas o mero reconhecimento filosófico da contingência da realidade pode ser apontado como a aurora da Modernidade, na medida em que esta está imbricada com a idéia de que não há essências.

Uma vez clarificada a ontologia expressa no pensamento ockhamiano, estão configurados os pressupostos necessários para se entender a teoria do conhecimento decorrente dessa compreensão do ser. A preocupação em resguardar a liberdade divina na criação do Mundo faz Ockham reconhecer que a realidade é formada apenas por indivíduos que não possuem qualquer razão de existência a não ser a vontade divina. Disso resulta um mundo fragmentário e contingente, cuja existência presente não é necessária. Se durante toda a Alta Escolástica, o Mundo, visto como Cosmos ordenado segundo idéias universais, podia ser estudado e explicado mediante raciocínios metafísicos que fossem capazes de apreender aquelas idéias, a partir de Ockham e o seu Mundo fragmentário, uma revolução se delineia. O estudo e a explicação do Mundo formado por seres contingentes não podem ser realizados por raciocínios metafísicos e generalizantes, incapazes de apreender contingência do real. A realidade deve ser abordada em sua própria fragmentabilidade e contingência; e a forma de conhecimento capaz de realizar isso é a empírica:

Do mesmo modo, pelo conhecimento abstrativo não se pode conhecer com evidência nenhuma verdade contingente, sobretudo referindo-se ao presente. Isso se verifica pelo fato de que, quando se conhecem Sócrates e sua brancura, na ausência dele, não se pode conhecer por esse conhecimento incompleto se Sócrates é ou não é, se é branco ou não, se dista de

determinado lugar ou não, e assim a respeito das outras verdades contingentes. Mas é certo que essas verdades podem ser conhecidas com evidência. (...) Logo, esses termos ou coisas podem conhecer-se por outro conhecimento que aquele em virtude do qual não se podem conhecer tais verdades contingentes, a saber, o conhecimento intuitivo. E é dele que começa o conhecimento experimental, porque em geral, aquele que pode ter a experiência de alguma verdade contingente e, mediante ela, de uma verdade necessária, tem algum conhecimento incompleto de algum termo ou coisa, que não possui quem não pode ter tal experiência.²⁷

É claro que Ockham não foi um cientista empírico, mas é preciso destacar que, como o próprio texto do franciscano acima denuncia, o pensamento nominalista contém as sementes originárias da Ciência Moderna - empírica por excelência.

Para a linha de raciocínio que guia a presente dissertação, destaca-se que a importância dada ao conhecimento empírico deriva da visualização do Mundo como se formado por entes contingentes. Portanto, a consolidação da contingência, pela qual a realidade compõe-se apenas de indivíduos, engloba uma determinada visão de Mundo que tem reflexos sobre o comportamento do ser humano até mesmo quanto ao modo de conhecer o seu entorno. Adiante, será visto que o princípio da contingência traz efeitos também em relação à Política e ao Direito (âmbitos de exame da presente dissertação).

²⁷ OCKHAM, William of. **Seleção de obras**. p.119. (*Ordinatio – Ordenação*, Prólogo, q. 1, N ss.). Ainda sobre o caráter empírico da formação do conhecimento em Ockham: “Os cânones de Ockham para a pesquisa científica, extraídos das muitas obras dedicadas ao estudo da natureza (*Expositio super physicam, quaestiones in libros physicorum e Philosophia naturalis*), estão intimamente ligados à nova lógica e à crítica da cosmologia tradicional. Se, como se disse, o mundo é essencialmente contingente, criado pela absoluta liberdade de Deus onipotente, não é lícito partir do pressuposto de que o mundo se estrutura segundo relações necessárias, conhecidas através de um processo metafísico. Além da multiplicidade dos indivíduos, não é necessário admitir mais nada. Se isso é verdadeiro, o fundamento do conhecimento científico não pode ser outro senão o conhecimento experimental. Daí, portanto, o primeiro cânão: só se pode conhecer cientificamente aquilo que é controlável através da experiência empírica.” (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *op. cit.*, p.628.) Guelluy, para chegar à mesma conclusão – a de que a ontologia ockhamiana conduz à necessidade do conhecimento empírico, recorre a outros argumentos: se o conhecimento de um indivíduo não contém o de outro indivíduo, é preciso recorrer à experiência para saber se a associação conceitual entre ambos os indivíduos guarda correspondência com a realidade. Isso porque a identificação de uma propriedade de um indivíduo apenas pode decorrer de uma comparação e não de uma análise e, de outra sorte, as deduções apenas podem explicitar uma noção, sendo, por isso, incapazes de construir um conhecimento acerca de um indivíduo real. Cf. GUELLUY, Robert. *op. cit.*, p.322.

Quanto a esse primeiro tópico, é dever evidenciar que a ontognosiologia ockhamiana – que conduz à contingência do Mundo – decorre fundamentalmente de uma preocupação teológica que consiste em garantir a onipotência e a liberdade divinas²⁸ e, simultaneamente, outra, epistemológica, referente a preservar a possibilidade do conhecimento humano acerca da realidade contingente.²⁹

1.2 CONTINGÊNCIA, CONHECIMENTO E POLÍTICA

Dois aspectos da obra de Ockham foram reservados para serem tratados neste tópico. O primeiro diz respeito aos efeitos da conclusão ockhamiana quanto à existência e à natureza de Deus: trata-se da possibilidade da laicização da Filosofia e, por extensão, do conhecimento racional ou que se intitule como tal.

O segundo relaciona-se ao envolvimento de Ockham na conhecida disputa acerca da pobreza da Igreja e a sua soberania política. O posicionamento de Ockham acerca dessa questão congrega temas de grande relevância para esta dissertação: o conceito de direito subjetivo, separação entre poder temporal e espiritual e a compreensão de que a Política tenha sua constituição em uma vontade autônoma e coletiva.

²⁸ Nesse sentido, destaca-se o seguinte argumento de Ockham que contesta a existência da realidade de coisas universais com o claro objetivo de resguardar a onipotência de Deus: “Igualmente, se um universal fosse uma substância existente nas substâncias singulares e distinta delas, seguir-se-ia que poderia existir sem elas, porque toda coisa naturalmente anterior à outra pode existir sem ela, pelo poder divino. Mas essa consequência é absurda. Além disso, se essa opinião fosse verdadeira, nenhum indivíduo poderia ser criado, mas alguma coisa do indivíduo preexistiria, porque ele não tiraria todo o seu ser do nada, se o universal que há nele existisse antes do outro. Pelo mesmo motivo se segue que Deus não poderia aniquilar um indivíduo de uma substância sem destruir os outros indivíduos: porque, se aniquilasse algum indivíduo, destruiria tudo quanto é da essência do indivíduo, e por conseguinte destruiria aquele universal que existe nele e nos outros, não ficando portanto os outros, pois não poderiam permanecer sem sua parte, que é no caso aquele universal.” (OCKHAM, William of. **Seleção de obras**. p.124.) (*Summa Totius Logicae*, I, cap. 15.)

²⁹ Cf. GUELLEY, Robert. *op. cit.*, p.342.

1.2.1 A laicização da Filosofia e a contingência do conhecimento

Ao tratar da prova da existência de Deus, Ockham afirma que esta é confirmada pelo argumento da causa eficiente conservante³⁰. O *Venerabilis Inceptor* rejeita o argumento da causa eficiente produtora para provar a existência divina, afirmando que esse argumento conduz a uma sucessão infinita de causas eficientes produtoras e que, além disso, seria muito difícil provar que a existência dessa série de causas dependeria de uma outra causa externa à série.

Em oposição a esse argumento, Ockham propõe que as existências contingentes desse Mundo existem em função de uma causa eficiente conservante, ou seja, uma causa que produzisse o efeito de conservação de todas as existências contingentes.

Porém, em tal caso, não podemos proceder ao infinito porque um número infinito *actual* de conservadores, diz Ockham, é impossível. É possível admitir um regresso ao infinito no caso de seres que existem um depois do outro, posto que nesse caso não haveria infinitude atualmente existente; mas, no caso de conservadores atuais do mundo, aqui e agora, um regresso infinito implicaria uma infinitude atual. Que uma infinitude atual dessa classe é impossível se manifestam os argumentos dos filósofos e outros, que são ‘bastante razoáveis’ (*satis rationabiles*).”³¹

Desse modo, Ockham admite a prova racional e filosófica da existência de **Deus como ser supremo e conservante deste Mundo**. Disso, contudo, o *Venerabilis*

³⁰ “Aristóteles não se serve de epítetos, mas diz simplesmente numa e noutra passagem que a palavra *causa* (...) se utiliza em quatro sentidos diferentes. As expressões *causa formalis*, *materialis*, *efficiens*, *finalis* pertencem à escolástica. (...) **Somente as expressões *causa eficiente* e *causa final* permaneceram em uso nos nossos dias, a primeira para designar o fenômeno que produz outro (...) ou algumas vezes o ser que produz uma ação**; a segunda, para designar o objetivo em vista do qual se realiza um *ato*.” (CAUSA. In: LALANDE, André. *op. cit.*, p.143) [sem grifo no original]

³¹ Tradução livre de: “*Pero en tal caso no podemos proceder al infinito, porque un numero infinito actual de conservadores, dice Ockham, es imposible. Puede ser posible admitir un regreso infinito en el caso de seres que existen uno después de otro, puesto que en ese caso no habría una infinitud actualmente existente; pero en el caso de conservadores actuales del mundo, aquí y ahora, un regreso infinito implicaría una infinitud actual. Que una infinitud actual de esa clase es imposible lo manifiestan los argumentos de los filósofos y otros, que son ‘bastante razonables’ (satis rationabiles).*” (COPLESTON, Frederick. *op. cit.*, p.88-89.)

Inceptor não admite que derive a conclusão de que Deus seja unívoco, melhor explicando, que haja apenas um único Deus. Isso porque não é admissível excluir a possibilidade de que haja outros mundos, com os seus próprios seres conservantes supremos³². “A unicidade de Deus somente é conhecida com certeza pela fé.”³³

Copleston, então, afirma que uma vez compreendido Deus como causa conservadora *deste* Mundo, pode-se dizer que Ockham admitia a prova filosófica e racional de sua existência. Porém, caso se compreenda Deus em seu sentido usual – ser supremo, perfeito, único e perfeito – há de se reconhecer que Ockham não admitia a prova racional de sua existência. Nesse segundo sentido, apenas se conhece Deus pela fé. Dessa argumentação de Ockham acerca da existência de Deus, os comentadores de sua obra apontam a separação entre Filosofia e Teologia como campos autônomos entre si e, por consequência, a laicização da Filosofia.

Obviamente que o *Venerabilis Inceptor* é um teólogo fideísta e que a sua preocupação, quanto a este problema, é estritamente teológica (a existência de Deus) e, sendo assim, não pretende postular a separação entre Filosofia e Teologia³⁴. Porém, também é certo que a sua conclusão fideísta – conduzindo somente ao campo da Fé a

³² *Ibid.*, p.89.

³³ Tradução livre de: “*La unicidad de Dios solamente es conocida con certeza por la fe.*” (*Id.*, p.89).

³⁴ “Disso parece seguir, como têm dito os historiadores, que a teologia e a filosofia restam separadas, visto que não é possível provar a existência de Deus cuja revelação é aceita pela fé. Porém, disso não resulta que o próprio Ockham quisesse separar a filosofia da teologia. (...) o que queria dizer era que como as premissas dos argumentos teológicos são conhecidas pela fé, também as conclusões caem dentro da mesma esfera, e que como as premissas não são evidentes por si mesmas, os argumentos não são demonstrações científicas no estrito sentido de ‘demonstração científica’.” Tradução livre de: “*De ahí parece seguirse, como han dicho los historiadores, que la teología y la filosofía quedan separadas, puesto que no es posible probar la existencia del Dios cuya revelación es aceptada por la fe. Pero no se sigue, ciertamente, que el próprio Ockham quisiese separar la filosofía de la teología. (...) lo que quería decir era que como las premisas de los argumentos teológicos son conocidas por la fe, también las conclusiones caen dentro de la misma esfera, y que como las premisas no son evidentes por sí mismas los argumentos no son demostraciones científicas en el estricto sentido de ‘demonstración científica’.*” (*Ibid.*, p.89-90). No mesmo sentido da ausência de cientificidade aos argumentos teológicos constatada por Ockham, Cf. GUELLUY, Robert. *op. cit.*, p.318.

preocupação com a existência de Deus – permite a autonomia da Filosofia quanto ao problema da Fé e, portanto, a abertura de novos campos e problemas a serem tratados pela Filosofia.

Essa separação e essa laicização estão associadas à constituição do modo de conhecer Moderno e, sob esse aspecto, é necessário destacar que a autonomização da Filosofia e a compartimentabilização dos problemas do conhecimento em campos específicos (aliás, com o passar do tempo, cada vez mais específicos) estão associados ao reconhecimento da contingência dos seres existentes (a questão do empirismo da Ciência Moderna tratada no tópico anterior) e significam e expressam a própria contingência dos campos de conhecimento cada vez mais associados, na Modernidade, aos seus objetos de estudo – os seres contingentes. Se na pré-Modernidade era possível o conhecimento *a priori* do Mundo com base nas idéias universais, na Modernidade, são precisos diversos conhecimentos específicos para cada ente-objeto constituinte do Mundo.

Para além disso, a ordem geral desses conhecimentos não será, na Modernidade, assegurada pela Fé, pois esta não mais se relaciona ao modo de compreender a realidade. Por isso, o argumento do poder ordenado de Deus não tem mais razão de ser para evitar a contingência da realidade e a ordem geral dos conhecimentos. A ordem da realidade e a sistematicidade dos conhecimentos acerca desta será assegurada pela construção de uma figura laica: a *subjetividade*.

1.2.2 A Política Moderna: a vontade coletiva dos indivíduos

O fideísmo ockhamiano, preocupado em assegurar a onipotência e a liberdade divinas, expande seus efeitos inclusive sobre a Moral: se até a Alta Escolástica, a Moral tinha seu fundamento em uma idéia de Bem universal e metafísico, a teoria moral de Ockham afirma que o Bem é arbitrário e contingente³⁵. Essa espécie de

³⁵ GALLEGO, Elio A. **Tradición jurídica y derecho subjetivo**. Madrid: Dykinson, 1996. p.106.

moralidade postulada pelo *Venerabilis Inceptor* propicia a inauguração da Política Moderna.

Para Ockham, o ato moralmente bom é aquele que cumpre o preceito divino³⁶; não há ato necessariamente vicioso, pois a virtude encontra-se no cumprimento da lei Moral escolhida pela Vontade de Deus que, por sua vez, pode se modificar. “O mal não é outra coisa que fazer algo quando se está obrigado a fazer o oposto. A obrigação não pesa sobre Deus, posto que Este não está obrigado a fazer qualquer coisa.”³⁷

O ser humano, como criatura racional, é livre, mas sujeito à obrigação moral de cumprir a Vontade Divina. Deus, como Criador, é livre e não está sujeito a qualquer obrigação moral. Sendo assim, um indivíduo humano somente pratica um ato vicioso quando não cumpre a sua obrigação moral, ou seja, atender à Vontade Divina. Porém, para que o indivíduo não cumpra sua obrigação moral, é necessário que ele tenha a possibilidade de escolha entre cumpri-la ou não a cumprir. Portanto, a ação virtuosa será um **acordo entre as vontades do indivíduo humano e a de Deus**³⁸ Note-se que a ação virtuosa não mais é identificada com o comportamento conforme a uma entidade

³⁶ Copleston afirma que Ockham postula duas teorias morais: uma, de fundo exclusivamente fideísta e autoritário, para a qual a moralidade deriva do preceito divino; outra, pela qual a ação moral corresponde àquela conforme a reta razão e a boa consciência, com fundo laico e racionalista. Cf. COPLESTON, Frederick. *op. cit.*, p.110-111.

³⁷ Tradução livre de: “*‘El mal no es otra cosa que hacer algo cuando se está bajo la obligación de hacer lo opuesto. La obligación no pesa sobre Dios, puesto que Éste no está bajo ninguna obligación de hacer algo.’*” (OCKHAM, William of. **II Sent., 5, H.** *apud* COPLESTON, Frederick. *op. cit.*, p.108.)

³⁸ É por esse motivo que Ockham, ao defender que haja apenas um ato necessariamente virtuoso – amar a Deus sobre todas as coisas –, afirma que mesmo que Deus obrigasse um indivíduo humano a não amá-lo, e este indivíduo descumprisse a ordem, amando a Deus, este ato de amor não seria imoral e permaneceria, necessariamente, virtuoso. Isso porque o cumprimento da eventual ordem divina de não amar a Deus é impossível de ser realizado pela vontade criada, ou seja, nesse caso, ao indivíduo humano não é facultada a escolha em cumprir ou descumprir a ordem divina. Registre-se o argumento de Ockham: “Se Deus pudesse mandar isso, como parece que pode sem contradição, digo que nesse caso a vontade não pode exercer semelhante ato, porque, pelo simples fato de exercê-lo, amaria a Deus sobre todas as coisas. Por conseguinte, teria cumprido o preceito divino, visto que amar a Deus sobre todas as coisas equivale a amar tudo quanto Deus quer que seja amado.” (OCKHAM, William of. **Seleção de obras.** p.172.) (*Quodlibeta*, III, q.13)

real, o conceito de Bem, pois, como já mencionado, esses conceitos universais, para Ockham, não expressam uma realidade.

A ação virtuosa é aquela que está de acordo com o preceito divino. Este, por sua vez, é mutável, já que a Vontade Divina é totalmente livre e não está obrigada a qualquer preceito. Sendo assim, não haveria limite para ação virtuosa, podendo Deus ordenar o adultério, o homicídio, incesto e todos esses comportamentos, uma vez ordenados por Deus, seriam virtuosos³⁹. É claro que Ockham, com essa teoria moral, não pretendia defender imoralidades, mas tão-somente preservar a onipotência divina⁴⁰. Assim, embora Deus não esteja obrigado a qualquer preceito externo, ele está obrigado a ele próprio, conforme ressalta Boehner e Gilson:

No âmbito criatural não há lugar para qualquer 'necessidade das essências', à qual Deus tivesse que sujeitar-se. Antes, as essências são ideadas por Deus, e livremente intencionadas e criadas por Êle. Entretanto, seria errôneo interpretar esta liberdade no sentido de um **arbítrio puro e simples, como infelizmente se tem feito não raras vezes**. Pois também em Deus há uma certa obrigação moral; mas esta não lhe vem da criatura, e sim dêle próprio, exclusivamente. *De potentia absoluta*, Deus pode tudo o que é logicamente possível, ou seja, tudo o que não inclui contradição lógica; *de potentia ordinata*, Deus pode tudo o que não é contrário à Sua vontade positiva e racional.⁴¹

Disso resulta que apesar de Ockham rejeitar que a ação virtuosa seja aquela em conformidade com uma idéia metafísica de Bem, o pensador franciscano não afasta um limite metafísico à moralidade, ou seja, a Vontade Divina e racional, o poder ordenado de Deus, torna-se um limite à moralidade, evitando-se uma realidade moral caótica. Por isso, não se pode afirmar que a teoria moral de Ockham é totalmente contingente, porém pode-se afirmar que ela é um antecedente da contingência da ação

³⁹ COPLESTON, Frederick. *op. cit.*, p.111.

⁴⁰ *Ibid.*, p.109.

⁴¹ BOEHNER, Philotheus; GILSON, Etienne. *op. cit.*, p.545. São os conceitos de poder absoluto de Deus (Deus pode fazer tudo o que não envolva contradição) e poder ordenado de Deus (Deus pode fazer tudo o que esteja de acordo com a ordem estabelecida por Ele próprio) que permitem afirmar que Ockham concede um limite à onipotência divina, mesmo que esse limite seja determinado por essa própria onipotência.

moral tal como compreendida na Modernidade a partir do pensamento kantiano. Para Kant, como será visto posteriormente, a ação moral humana encontra seu limite em si própria, na própria vontade racional do indivíduo humano e, portanto, torna-se totalmente contingente: se em Ockham a definição da virtude está em um acordo de vontades entre a vontade do indivíduo humano e a Vontade Divina, para a Modernidade, a virtude encontra-se em um acordo da vontade do indivíduo humano com o preceito ditado por sua própria vontade racional. A moralidade torna-se definitivamente contingente quando é tornada autônoma.

A autonomia da vontade, que faz da Política algo contingente, também pode ser encontrada na obra de Ockham ao se estudar o seu posicionamento político-eclesiástico. O *Venerabilis Inceptor* é conhecido por introduzir o pensamento laico na Política. A obra política de Ockham defende a separação entre o Poder Espiritual e o Poder Temporal, bem como a idéia de que cabe ao povo escolher seus governantes.

No entanto, Copleston afirma que essas posições do franciscano não eram revolucionárias à época em que escreveu, já que os próprios autores da Alta Escolástica defendiam posições semelhantes quanto à limitação do poder político e outros já haviam defendido a separação entre o Papado e o Império⁴². Boehner e Gilson afirmam, inclusive, que o posicionamento de Ockham, em suas linhas gerais, poderia ser considerado ortodoxo⁴³. Mesmo assim, faz-se necessário o registro de seu pensamento e posicionamento político porque, inegavelmente, tiveram influência

⁴² “Há, pois, boas razões para dizer, como se tem dito, que no que diz respeito à aversão ao poder arbitrário e no que diz respeito à insistência na lei, os princípios de Ockham não diferem substancialmente dos de Santo Tomás.” Tradução livre de: “*Hay, pues, buenas razones para decir, como se há dicho, que por lo que respecta a la aversión al poder arbitrario y por lo que respecta a la insistencia en la ley, los principios de Ockham no diferan substancialmente de los de santo Tomás.*” (COPLESTON, Frederick. *op. cit.*, p.122).

⁴³ “Em oposição às reivindicações desmedidas do poder temporal e do poder eclesiástico, representadas por Marsílio de Pádua de um lado, e pelos curialistas de outro, Ockham adere, em sua política, a uma corrente absolutamente moderada, e – segundo consta de uma série de pesquisas recentes – ortodoxa, pelo menos em suas linhas gerais. (BOEHNER, Philotheus; GILSON, Etienne. *op. cit.*, p.548.)

sobre o enfraquecimento do Poder Eclesiástico e o fortalecimento dos Estados Nacionais em início de formação⁴⁴. Com isso, três dos aspectos mais importantes do pensamento político de Ockham destacam-se nesta dissertação: o controle, pelos súditos, do exercício do poder papal; a fonte do poder papal e o fundamento da separação entre o Poder Eclesiástico e o Poder Estatal.

Ao considerar arbitrário o poder exercido pelo Papa em sua época, Ockham, em seu “Brevilóquio sobre o principado tirânico”, fundamenta da seguinte maneira a legitimidade de sua crítica ao Papado:

Enfim, os súditos devem saber quanto devem obedecer ao sumo pontífice; mas não o sabem, se não souberem quanto poder este tem sobre eles; logo, se ignoram, devem investigar com diligência em que coisas, como e quanto devem obedecer. O papa, porém, se não ‘faz o mal’, nem ‘odeia a luz’, nem ‘vem à luz, para que suas obras não sejam reprovadas’, mas ‘faz a verdade’ e ‘vem à luz para que se manifestem suas obras’ (*Jo 3,20s*), de modo algum se contristarão, antes se alegrarão, se os súditos forem levados a encontrar que poder tem sobre eles e por qual direito, e fizerem-no disputando, alegando, interrogando, opondo, respondendo, estudando e de outros modos.⁴⁵

Desse texto se conclui que os súditos, a comunidade de fiéis, podem julgar e controlar o poder papal. Ora, o ato de julgar com base nas Sagradas Escrituras pressupõe que o fiel é autônomo em dois sentidos: 1.º) porque é capaz de, isoladamente, interpretar o significado da Palavra Divina contida na Bíblia; 2.º) porque, com base nessa interpretação, o católico tem legitimidade para proferir um

⁴⁴ “No entanto, ainda quando não consideramos nova, e menos ainda revolucionária, a insistência de Ockham na distinção dos poderes espiritual e temporal e nos direitos fundamentais dos súditos de uma comunidade política, não devemos, por outro lado, deixar de concluir que o modo com que Ockham conduziu sua controvérsia com o papado não fosse parte de um movimento geral que pode ser chamado revolucionário.” Tradução livre de: “*Sin embargo, aún cuando la insistencia de Ockham en la distinción de los poderes espiritual y temporal y en los derechos fundamentales de los súbditos en una comunidad política no fuese nueva ni, menos aún, revolucionaria, si aquella insistencia se considera como expresión de principios abstractos, no debemos, en cambio, sacar la conclusión de que el modo en que Ockham condujo su controversia con el papado no fuese parte de un movimiento general que puede ser llamado revolucionario.*” (COPLESTON, Frederick. *op. cit.*, p.122)

⁴⁵ OCKHAM, Guilherme de. **Brevilóquio sobre o principado tirânico**. p.36.

juízo ético-político acerca da conduta papal. Somente um indivíduo autônomo, isto é, livre e dotado de razão pode realizar esse tipo de juízo.⁴⁶

Se a fonte de legitimidade do poder eclesiástico é identificada com a comunidade de fiéis, a fonte do poder político temporal é associada ao povo:

O império provém, pois, de Deus conforme o terceiro modo, porque provinha de Deus, mas a ordenação humana também concorria, de tal forma que os homens, que tinham o poder de conferir jurisdição temporal a alguém, a conferiam de fato ao imperador, assim como verdadeiramente lhe conferiram e transferiram de si para ele o poder de fazer leis. Contudo, depois que recebeu de Deus e dos homens a jurisdição, o imperador não dependia regularmente de ninguém além de Deus, embora pudesse casualmente depender também dos homens, pois que o povo tinha o direito de corrigir em algum caso o imperador, assim como servo tinha o direito de exercer força física contra seu senhor, como foi visto.⁴⁷

O poder político temporal tem sua fonte no povo, o conjunto de “homens” que delega seu poder de jurisdição ao imperador e, se este erra em sua tarefa de governança, cabe ao povo corrigí-lo⁴⁸. Percebe-se, então, nesses textos, um antecedente do pensar político Moderno em que o poder, ao invés de arbitrário, tem uma fonte de legitimidade que sobre ele exerce um controle.

Note-se, nesse trecho, a influência da idéia pela qual a realidade é constituída por indivíduos, o que conduz a identificar a fonte do poder político-temporal com os

⁴⁶ Nota-se, aqui, um antecedente da Reforma Protestante pelo qual se atribui grande valor ao indivíduo cristão e ao seu livre pensamento ante a doutrina eclesiástica. Destaca-se que Ockham admite, inclusive, que alguns preceitos do papa não têm caráter normativo se não forem submetidos ao consenso da comunidade dos cristãos: “Quando, pois, Graciano diz (*c. 3, d. 4*) ‘que as leis são instituídas ao serem promulgadas; confirmam-se quando são aprovadas pelos costumes; e pelos costumes contrários dos usuários diversas leis são revogadas’, deve-se entender daquelas leis que não obrigam sem o consenso daqueles a quem se referem, tais como aquelas leis de jejum dos papas Telésforo e Gregório. Como, pois, os bispos romanos podem aconselhar os fiéis a um jejum e abstinência especial, mas não podem regularmente obrigar, suas leis nestes casos e em semelhantes não são obrigatórias se não houver o consentimento dos súditos e por isso, mesmo se o papa não quiser, são revogadas pelos costumes contrários dos usuários. Conclui-se, pois, que o papa não pode impor regularmente e de forma preceptiva aos cristãos obras de supererrogação e nem instituir leis a respeito, contra a vontade deles.” (*Ibid.*, p.78)

⁴⁷ *Ibid.*, p.138.

⁴⁸ Por isso, Copleston sustenta a idéia de que Ockham defendeu a separação entre o Papado e o Império, mas não defendeu qualquer espécie de absolutismo político. Cf. COPLESTON, Frederick. *op. cit.*, p.121.

indivíduos humanos, fundamentando o controle destes em relação aos seus governantes. Não há dúvida de que essa forma de pensar é uma antecipação da Filosofia Política Moderna, pois identifica o poder político não mais com alguma fonte metafísica, mas com a vontade, com o consenso dos súditos, com uma certa “Vontade Geral” destes. Tanto o Papa quanto o Imperador somente podem exercer, legitimamente, os seus poderes caso o façam em conformidade com o consenso dos seus súditos.

No entanto, diferentemente dos Contratualistas Modernos, que fundamentam a “Vontade Geral” exclusivamente na Razão Humana tal como o faz Kant ao conceber o fundamento do Estado, Ockham postula um limite metafísico a essa “Vontade Geral”: ela é concedida por Deus⁴⁹. Este concede aos indivíduos humanos o poder de instituir governantes sobre si. Para os Contratualistas Modernos não há essa limitação metafísica e o poder político, à maneira da Moralidade Moderna, passa ser o seu próprio fundamento: é a Razão Autônoma dos próprios indivíduos humanos que fundamenta a “Vontade Geral”, a formação do Estado. A Política, desvinculada de qualquer fundamento metafísico⁵⁰, tem a sua origem apenas nos indivíduos (os únicos entes considerados reais) e torna-se contingente, desnecessária, pois dependente da vontade autônoma e racional destes que, por sua vez, não é necessária.

A relação entre cidadão e Estado/soberano elaborada por Hobbes, como se verá, tem sua base nessa concepção de realidade contingente: a Política e o Estado não

⁴⁹ “O duplo poder, de apropriar-se das coisas temporais e de instituir chefes com jurisdição temporal, foi dado imediatamente por Deus não somente aos fiéis, mas também aos infiéis...” (OCKHAM, Guilherme de. **Brevilóquio sobre...**, p.113)

⁵⁰ É claro que fundamentar a Política em uma “Vontade Geral” ou em um Pacto originado de um substrato comum das vontades dos indivíduos que compõem a comunidade é algo de explícito caráter metafísico, mas a Filosofia Política Moderna, ao reduzir a realidade política à vontade racional dos indivíduos, pretendia retirar qualquer fundamento Metafísico da Política. Vale dizer, ao contrário do que pretendia Aristóteles, o ser humano não seria um ser “naturalmente político”, bem como o poder político não decorreria de uma concessão divina exercida pelos seres humanos, tal como pensava Ockham. Ele decorreria exclusivamente da vontade formada, construída artificialmente, pelo corpo político de indivíduos.

são entes naturais, mas são artifícios construídos pelos indivíduos humanos. Ora, esse modo de pensar está ligado à idéia de que a realidade é proveniente apenas de indivíduos e, por isso, a Política pode derivar desses indivíduos. Contudo, essa idéia guarda seus paradoxos porque os indivíduos são dotados de características universais.

Outra característica “Moderna” do pensamento de Ockham é o seu posicionamento quanto à relação entre poder temporal e poder espiritual. O *Venerabilis Inceptor* defende a separação entre o Poder Eclesiástico e o Poder do Império temporal (note-se que Ockham não se refere aos Estados Nacionais). Um dos argumentos favoráveis à separação presume um certo campo de legitimidade diferenciado para cada um dos poderes:

Destas palavras deduz-se que por Cristo e pela lei evangélica não são diminuídos a jurisdição e o poder legítimos dos reis terrenos. (...) se Pedro, ou um seu sucessor, pregasse, ou dissesse ao ser interrogado ante os imperadores e reis do mundo que tinha a plenitude do poder e o domínio nas coisas temporais, de jeito nenhum haveria de atraí-los à fé, antes os afastaria dela, e, ocasionalmente até os transformaria em perseguidores da fé, por serem apreciadores dos bens temporais, tal como Herodes, que tentou matar a Cristo, temendo que este viesse a ser rei temporal.⁵¹

Desse texto, verifica-se que Ockham limita o poder eclesiástico ao campo da fé e o poder temporal ao da política⁵². Outros argumentos favoráveis a essa separação centram-se em fatos históricos, como o de que havia Império Romano antes da natividade de Cristo⁵³. Em que pese essa defesa da legitimidade do poder temporal, deve-se clarificar que Ockham ocupava-se, fundamentalmente, da política eclesiástica:

⁵¹ OCKHAM, Guilherme de. **Brevilóquio sobre...**, p.75.

⁵² Isso fica evidente com o seguinte argumento: “Por isso [Cristo] ressuscitou publicamente três mortos, mas não puniu nenhum criminoso com a pena de morte ou de amputação de membros. Assim, pelos fatos e exemplos mostrou que devem ser excetuadas do poder de Pedro e de seus sucessores algumas coisas lícitas, e mesmo justas e necessárias ao governo do gênero humano.” (*Ibid.*, p.82)

⁵³ *Ibid.*, p.129. Outro exemplo: “Do que acima se viu, conclui-se que, fora da Igreja, houve nalgum tempo poder verdadeiro e que, por isso, Constantino Magno, antes de tornar-se cristão, teve verdadeiro poder ordenado e concedido, e não apenas permitido.” (*Ibid.*, p. 119-120.)

Com base nisso, pode-se concluir que Ockham pretendia defender o Imperador contra o Papa, no sentido de defender seus direitos contra o absolutismo papal, que pretendia erigir-se em árbitro da consciência religiosa dos fiéis. Mas, mais do que na política imperial, seu interesse está na vida da Igreja, que ele pretendia fosse reformada nas estruturas e nas orientações. (...) Para tanto, é necessário que a Igreja se reforme “*in capite et in membris*”, retornando à pobreza evangélica, sem ambições terrenas nem pretensões autoritárias. No fundo, trata-se do ideal franciscano, ao qual ele se remete, embora com aquele elemento polêmico devido ao debate em curso sobre a pobreza, que ele pretende seja radical, relativa não apenas ao espírito, mas também ao seu aparato estrutural, pobreza a ser realizada no seio da ordem franciscana e depois estendida a toda Igreja.⁵⁴

Aliás, é dessa disputa acerca da pobreza da Igreja que decorre uma das discussões mais interessantes acerca da obra de Ockham e de importância para o presente estudo: a da origem do conceito de direito subjetivo⁵⁵. Seria da idéia, defendida pelo *Venerabilis Inceptor*, de que Cristo não tinha propriedade, mas apenas o uso fático de objetos, que decorreria a necessidade da ordem dos franciscanos seguir o caminho da pobreza exemplificado por Cristo. Os franciscanos não teriam propriedade sobre bens, mas apenas usariam os bens.

Conforme narra Villey⁵⁶, Ockham, em seu *Opus nonaginta dierum*, opõe-se às teses do Papa João XXII que combatem a pobreza extrema pregada pelos franciscanos e pretende forçá-los a titularizarem bens como proprietários. A tese do Papa é a de que é impossível, sob o aspecto jurídico, apenas haver uma titularidade fática sobre os bens sem que haja um direito. Se os franciscanos utilizam, seus jardins, suas casas, e colhem os frutos de seus bens, é impossível afirmar que eles não tenham um direito

⁵⁴ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *op. cit.*, p.631.

⁵⁵ Vários autores identificam a origem do conceito de direito subjetivo com os argumentos de Ockham acerca da pobreza da Igreja. Villey, por exemplo: “E é assim que vai sair da pena de Ockham, segundo o meu conhecimento, a primeira teoria do direito subjetivo.” Tradução livre de: “*Et c’est ainsi que va sortir de la plume d’Occam à ma connaissance la première théorie du droit subjetif.*” (VILLEY, Michel. **La formation de la pensée juridique moderne**: cours d’histoire de la philosophie du droit, nouvelle édition corrigée. 4.ed. Paris: ?, 1975. p.247.) No mesmo sentido, cf. ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa**. Madrid: Alianza, 1995. p.50.; REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *op. cit.*, p.632 e GALLEGO, Elio A. *op. cit.*, p.101-102.

⁵⁶ VILLEY, Michel. **La formation de la pensée...**, p.240-262.

consistente nessas próprias coisas. Além disso, quanto aos bens consumíveis, o uso não se separa da propriedade.⁵⁷

Ockham, para rebater as teses do Papa, recorre a uma nova definição de direito, que não implica uma vinculação com a própria coisa, tal como este pensa. Ockham definirá o direito como um poder do indivíduo que se projeta sobre a coisa. Assim, os franciscanos não renunciam ao uso de fato sobre as coisas, ou seja, permanecem usando a coisa, habitando-a, ou no caso das coisas consumíveis, comendo-a ou bebendo-a. Porém, se renunciam ao próprio uso de fato, os franciscanos, assim como Cristo, renunciam ao poder ligado ao direito de uso.⁵⁸

Obviamente, como bem destaca Villey, a discussão entre o Papa João XXII e Ockham centra-se na definição de direito, ou melhor, de *jus*. Para o Papa, o *jus* corresponde à justa distribuição dos bens, definição típica da tradição clássico-tomista que decorre do direito romano histórico: direito é identificado com as coisas que são partilhadas segundo o que é devido a cada um para a realização da Justiça.

Desse modo, para a tradição clássico-tomista, direito é concebido em um sentido objetivo: direito e coisas são inseparáveis, identificam-se entre si de maneira que é incompreensível, no campo dessa tradição, apreender o conceito de direito em sentido subjetivo, associado à vontade.

O argumento do Papa, então, baseia-se nessa concepção objetiva de direito, resultando na conclusão que se os franciscanos usam as coisas a eles distribuídas, eles são titulares de direitos consistentes nelas próprias.⁵⁹ Ockham altera a definição de *ius* e desprende-a da relação social de distribuição de bens, remetendo-a à esfera de titularidade do indivíduo e redefinindo-o como um poder desse indivíduo sobre a coisa.

⁵⁷ *Ibid.*, p.243-247.

⁵⁸ *Ibid.*, p.249-250.

⁵⁹ Sobre a noção objetiva de direito pensada por Santo Tomás de Aquino e modelo da noção clássico-tomista, ver GALLEGO, Elio A. *op. cit.*, p.35-64.

No *Brevilóquio*, a definição de direito como poder de indivíduo apresenta-se na análise da origem do direito de propriedade. Ockham recorre à seguinte distinção: o domínio humano das coisas temporais pode ser comum e próprio.

O domínio comum é aquele destinado a todo o gênero humano e dado por Deus, pelo qual os seres humanos podem se valer do uso das coisas comuns a todos. Esse domínio somente existiria no estado de inocência, entre Adão e Eva, em que não seria necessário um indivíduo privar o outro do uso de alguma coisa. É, após a Queda (o pecado original), que a avareza e ganância dos maus fazem que os bons busquem meios de privarem seus bens daqueles:

O primeiro domínio, aquele comum a todo o gênero humano, existiu no estado de inocência, e teria permanecido se o homem não houvesse pecado, mas sem conceder a algumas pessoas o poder de apropriar-se de alguma coisa, a não ser pelo uso, como foi dito. E não haveria necessidade nem utilidade em ter a propriedade de qualquer coisa temporal, porque naquelas pessoas não havia nenhuma avareza, ou desejo de possuir ou de usar alguma coisa temporal contra a reta razão.

Depois do pecado, porém, como proliferou entre os homens a avareza e o desejo de possuir e de usar de modo incorreto as coisas temporais, foi útil e conveniente que as coisas temporais fossem tomadas como próprias e não ficassem todas em comum, a fim de refrear o desejo imoderado dos maus de possuir bens temporais e – visto que as coisas comuns são em geral negligenciadas pelos maus – para evitar a negligência quanto à devida disposição e procura dos mesmos bens. Por isso, após a queda, juntamente com o domínio que havia no estado de inocência, houve também aquele poder de apropriar-se das coisas temporais.⁶⁰

O domínio comum seria um poder exercido sobre a coisa sem a faculdade de dela dispor, isto é, privar os outros do mesmo poder e o domínio próprio permitiria essa privação de outrem. Note-se que, em ambas as situações, o domínio corresponderia a um poder que o indivíduo exerce sobre a coisa, uma relação de controle imaterial entre indivíduo e coisa. Esse poder sobre a coisa corresponderia ao conceito atual e usual de direito subjetivo como “poder de vontade”, que se opõe ao conceito objetivo de direito da tradição clássico-tomista que, nas palavras de Gallego,

⁶⁰ OCKHAM, Guilherme. *Brevilóquio sobre...*, p.111-112. Segundo Ockham, ambos os domínios – o comum e o próprio – foram dados por Deus aos seres humanos.

implica a idéia de inerência entre direito e realidade e, portanto, como já afirmado, seria um conceito *objetivo* de direito: “Uma das características fundamentais do direito em sua concepção clássica é o seu caráter objetivo. Afirmar o caráter objetivo do direito é significar antes de tudo que este não radica primariamente no sujeito, senão em algo externo a ele, na ação exterior ou na coisa.”⁶¹

É interessante notar que a definição clássico-tomista de Justiça – distribuição de bens/direitos segundo o que é devido a cada um – constrói a noção de cristã-medieval de pessoa entendida como o ser humano que se compreende, em sentido religioso, como devedor de Deus e, em sentido comunitário, como devedor dos demais seres humanos. Em sentido religioso, como pessoa que é, o ser humano vê-se devedor de Deus por Este o ter criado e, ao mesmo tempo, o ser humano, em sentido comunitário, vê-se como ser incompleto: a comunhão cristã entre os seres incompletos, as pessoas, se dá justamente para que, mediante as relações sociais, a cada um sejam atribuídos os direitos/coisas necessários para a sua perfeição e completude.⁶²

Como se pode observar, essa definição objetiva de direito – que o identifica com as próprias coisas – demanda que a partilha de bens que realiza a Justiça seja

⁶¹ Tradução livre de: “*Uno de esos rasgos fundamentales del derecho en su concepción clásica es su carácter objetivo. Afirmar el carácter objetivo del derecho es significar ante todo que éste no radica primariamente en el sujeto sino en algo externo a él, en la acción exterior o cosa.*” (GALLEGO, Elio A. *op. cit.*, p.51.)

⁶² Reproduz-se a síntese de Gallego: “O fundamento do direito descansa no modo próprio pelo qual fomos criados e do que nos é devido para nossa perfeição. Este modo próprio de ser é o da pessoa. Dizer ‘pessoa’ é, de algum modo, assinalar o nome próprio do humano. Vale dizer, do sujeito racional e livre e, portanto, consciente de ser devedor. De um modo primordial e religioso para com Deus; por consequência, de um modo decorrente da justiça para com outor como ele, para um igual. Se as coisas devidas, elas são devidas para realizar nossa perfeição, (...). O devido é a raiz da justiça. A concreta determinação do débito é o direito.” Tradução livre de: “*El fundamento del derecho descansa en el modo propio en que hemos sido creados y de lo que nos es debido para nuestra perfección. Este modo propio de ser es el de persona. Decir ‘persona’ es, de algún modo, señalar el nombre propio de lo humano. Es decir, del sujeto racional y libre y por tanto consciente de ser deudor. De un modo primordial y religioso para con Dios; de un modo consecuencial y de justicia para con otro como él, para un igual. Si las cosas debidas lo son en orden a nuestra perfección (...). Lo debido es la raíz de la justicia. La concreta determinación del débito es el derecho.*” (*Ibid.*, p.47-48.)

concretizada por meio das relações entre as pessoas, por meio da comunhão cristã: em virtude de suas próprias incompletudes, os seres humanos devem se relacionar entre si, distribuindo os bens segundo o que é devido a cada um para se tornar perfeito.

A idéia Moderna de direito se fundamenta, como se verá, em uma concepção subjetiva, que mantém relação apenas com a idéia de indivíduo, na medida em que o direito é identificado, à maneira ockhamiana, como um poder de vontade. Essa noção subjetiva de direito, ao invés de incentivar as relações sociais, conduz, como se verá, a um afastamento social, pois o direito se identifica como uma liberdade desimpedida pelos demais indivíduos.

Mesmo com essa total oposição entre sentidos objetivo e subjetivo de direito, o personalismo cristão, no século XX, mantém o conceito de pessoa associado aos direitos necessários para a sua perfeição. Contudo, paradoxalmente, os direitos a que se refere o personalismo cristão são entendidos em sentido subjetivo e, portanto, a princípio, na medida em que se identificam a liberdades desimpedidas, rejeitam qualquer idéia de comunhão cristã.⁶³

Após essa breve digressão, é possível afirmar que Ockham desenvolve um conceito de direito que é a origem do conceito Moderno de direito subjetivo, pois liga o direito à idéia de poder individual. Note-se, aliás, que, para Ockham, a convivência humana após o Pecado Original é marcada pelo exercício dos direitos pelos quais os seres humanos privam uns dos outros da utilização dos bens. Em certa medida, vê-se que o estado natural de guerra de todos contra todos pensado por Hobbes é uma laicização do Pecado Original. Além disso, e o que é mais importante: a laicização hobbesiana reproduz a concepção de direito ockhamiana sob o conceito de liberdade, que, após, é referido por direitos do homem ou direitos subjetivos.

⁶³ Esse tema – do paradoxo do personalismo cristão – será retomado e desenvolvido no terceiro capítulo, ao se problematizar a vinculação entre dignidade da pessoa humana e os direitos subjetivos a partir do pensamento de Jacques Maritain e também ao se analisar como esta vinculação é recepcionada pela constitucionalização do Direito Civil.

É necessário frisar, ainda, que preocupação de Ockham quanto aos argumentos acerca do conceito de domínio é tão-somente político-eclesiástica. Não parece acertado também afirmar que com Ockham formulou-se, pela primeira vez, a idéia de direito subjetivo porque este é um conceito de caráter marcadamente pautado no individualismo Moderno e que tem sua formulação consolidada apenas com o jusracionalismo Moderno (e a tese dos direitos do homem e do cidadão) e com a Pandectística Alemã dos séculos XVIII e XIX. Nesse aspecto, parece mais apropriado concordar com Villey, para o qual é “... o conjunto da filosofia professada por Guilherme de Ockham, destinada a um longo caminho, que é a mãe do direito subjetivo”⁶⁴.

1.3 À GUISA DE FINALIZAÇÃO

Destacam-se dois aspectos do pensamento de Ockham, ambos interligados: a valorização do indivíduo e a contingência da realidade. São esses dois aspectos que, vinculados à preocupação com a onipotência divina, permitem espaço à laicização da Filosofia, à compreensão da Política como *corpo de indivíduos* e ao empirismo que marcarão a Modernidade. Isso não significa que Ockham defendesse esses resultados históricos que tiveram origem em seu pensamento e também não significa que o *Venerabilis Inceptor* seja um pensador Moderno; diversamente, como muitas vezes ressaltado, trata-se de um teólogo fideísta que aplicou com rigor lógico as conseqüências de sua fé.

Nos limites desta dissertação, deve-se enfatizar que a idéia de contingência da realidade e sua respectiva redução aos indivíduos conduz a uma visão de Mundo caótica que, em Ockham, era evitada pela idéia de poder ordenado de Deus. Ockham percebe que pensar que a realidade é apenas composta por indivíduos pode ensejar um

⁶⁴ Tradução livre de: “... *le ensemble de la philosophie professée par Guillaume d’Occam, promise, elle, à une longue fortune, qui est la mère du droit subjetif.*” (VILLEY, Michel. **La formation de la pensée...**, p.253.)

caos, um mundo desordenado. Ockham identifica e restringe esse problema à esfera da moralidade, resolvendo-o pela noção de poder ordenado de Deus, pela qual Este, em sua atividade criadora, é limitado pela sua vontade racional – o que garante uma ordenação Moral da realidade.

Porém, os pensadores Modernos percebem que compreender a realidade como contingente não enseja apenas um problema Moral: na medida em que a realidade é contingente e potencialmente mutável, pois não se baseia em essências, o conhecimento sobre o real como totalidade fica comprometido. O conhecimento, assim como a moralidade, demanda que o real seja dotado de estabilidade.

Ademais, os pensadores Modernos, em sua ânsia de eliminar quaisquer fundamentos metafísicos sobre a realidade, agravam o problema da contingência, pois, para os Modernos, sequer o poder ordenado de Deus – como limite metafísico que é – pode ser limite de ordem à realidade. Os pensadores Modernos, a partir da trilha aberta por Descartes, irão, então, encontrar um outro princípio para a limitação do caótico e do contingente: a noção de subjetividade será esse limite – entendida como a eliminação das particularidades do indivíduo humano e a elevação arbitrária de determinadas características deste como universais.

2 SUBJETIVIDADE E EXTENSÃO: AS RÉDEAS DA CONTINGÊNCIA

René Descartes⁶⁵ é apontado como o precursor da Filosofia Moderna. Porém, o que significa afirmar que Descartes é o primeiro Pensador Moderno? Apesar do

⁶⁵ Nascido em *La Haye*, na *Touraine*, em 1596. Proveniente de família de burgueses e dedicados ao comércio e à medicina. Estudou no colégio jesuíta de *La Flèche*, onde “...recebeu uma educação impregnada de profundo espírito religioso e imbuída de um civismo que assumia a forma de fidelidade à monarquia.” (PESSANHA, José Américo Motta. **Descartes – vida e obra**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p.12. (Os Pensadores) Em 1618 ingressa para a vida militar, renunciando-a em 1620. Dedicou-se, fundamentalmente, à Matemática, à Física e à Filosofia. Em 11 de fevereiro de 1650, morre em Estocolmo, de pneumonia. Cf. PESSANHA, José Américo Motta. *op.cit.*, p.05-31.

debate histórico-filosófico que gira em torno dessa qualificação⁶⁶, pode-se apontar como viga-mestra do pensamento cartesiano a fundamentação do real sobre a subjetividade humana, sobre o entendimento humano. Ora, parece, então, aceitável afirmar que a característica que faz de Descartes um Moderno é justamente a afirmação radical da independência do humano em relação ao “Mundo Exterior”, ao “Mundo das Coisas” porque no pensamento Medieval não se encontra essa independência.

Como prova, basta a referência ao pensamento de Ockham: por mais inovador que se possa pensar este autor, não é desprezível, para o fim de caracterizá-lo como um pensador medievo, as suas constantes referências à Bíblia (*a verdade revelada*) e a Aristóteles (*o Filósofo*, no verbo do próprio Ockham) como forma de fundamentar e justificar seus argumentos. As autoridades da palavra revelada e do Filósofo denunciam que para Ockham a verdade depende de elementos extrínsecos à inteligência humana; esta, por si só, é incapaz de conhecer a verdade.

Disso resulta outro elemento de grande importância: para a Medievalidade, a Bíblia e Aristóteles ou, melhor dizendo, a autoridade é “sentida” como temporalmente *sempre* presente; pelo próprio fato de serem chamadas a justificar os argumentos e afirmar a verdade deles, as autoridades não pertencem ao passado; **são eternas**. Os pensadores medievais não citam a Bíblia ou os filósofos gregos como se pertencessem

⁶⁶ Reale e Antiseri, ao discutirem a inserção histórica do Renascimento, qualificam Descartes como pensador Moderno: “Hoje, em geral, tende-se a identificar o começo da época moderna com a revolução científica, ou seja, com Galileu. **Do ponto de vista da história do pensamento, essa parece a tese mais correta. A época moderna revela-se dominada por essa grandiosa revolução e pelos efeitos que ela provocou em todos os níveis. Nesse sentido, o primeiro filósofo ‘moderno’ foi Descartes** (e, em parte, também Bacon), como veremos adiante mais amplamente. Sendo assim, o Renascimento representa uma época diversa tanto da época medieval como da época moderna.” (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**. 2.ed. São Paulo: Paulus, 1990. v.2: do Humanismo a Kant. p.32) [sem grifo no original] Diversamente, posiciona-se JASPERS, para quem o pensamento cartesiano é dotado de características plurais e ambíguas, sendo um rótulo reducionista denominá-lo Moderno em oposição ao pensamento escolástico-Medieval. Cf. JASPERS, Karl. **Descartes y la Filosofía**. Traducción por Oswald Bayer. Buenos Aires: Leviatán, 1958. p.68 e 111.

a um passado e como se fossem um elemento de estudo; citam-nos como a *verdade eterna*, algo que não pertence à história.

Diversamente desse tempo Medieval que percorre a eternidade, é o sentido da história, da afirmação de um *presente* em face de um *passado*, que pavimenta o tempo para a Modernidade. O Humanismo Renascentista é o movimento que inaugura esse senso histórico. Se, por um lado, é verdadeira a afirmação que o Renascimento representa um *renascer da Antigüidade*, não é menos certo que esta renasce para ser comparada, distinguida e situada em seu tempo e não meramente imitada: “Uma das mais destacadas características *desse* novo modo de filosofar é o *sentido da história* e da dimensão histórica, com seu respectivo sentido de objetivação e de afastamento crítico do objeto historicizado, ou seja, historicamente considerado.”⁶⁷

O sentido histórico inaugurado pelo Renascimento é a abertura para situar o presente como o tempo de um pensamento original, novo e, portanto, independente do passado. Este não se apresenta como autoridade, mas como elemento para o estudo *presente*.⁶⁸ O significado historiográfico do Renascimento apresenta-se, pois, como aquele sentimento do tempo *presente* e sua afirmação quanto ao *passado renascido*. O passado renasce para que os humanos presentes se renovem a si próprios⁶⁹.

A Modernidade *cartesiana*, por sua vez, radicaliza esse processo e pode ser identificada na própria ruptura entre presente e passado: a independência do

⁶⁷ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *op. cit.* v.2, p.21.

⁶⁸ Ao sintetizarem o sentido do Renascimento, Reale e Antiseri destacam esse *espírito de história* e suas conseqüências quanto à história do pensamento: “E a aquisição do sentido da história, ao mesmo tempo, significa aquisição do sentido de sua própria individualidade e originalidade. Só se pode compreender o *passado* do homem quando se compreende a sua ‘diversidade’ em relação ao *presente* e, portanto, quando se compreende a ‘peculiaridade’ e a ‘especificidade’ do presente.” (*Ibid.*, p.24.)

⁶⁹ Mais uma vez Reale e Antiseri: “Assim, o Renascimento representou um grande fenômeno espiritual de ‘regeneração’ e ‘reforma’, no qual o *retorno aos antigos* significou *revivescência das origens*, ‘retorno aos princípios’, ou seja, retorno ao autêntico. É também nesse espírito que deve ser entendida a *imitação* dos antigos, que se revelou o estímulo mais eficaz para que os homens encontrassem, reciassem e regenerassem a si próprios.” (*Ibid.*, p.28.)

entendimento humano torna-se, com Descartes, tão radical a ponto de o tempo ser algo irrelevante quanto ao estabelecimento da verdade. A verdade dissocia-se da história e se situa tão-somente no entendimento humano, sendo que este, agora, ocupando o lugar da autoridade do medievo, é identificado como uma fonte eterna do verdadeiro⁷⁰. A verdade cartesiana, definitivamente, dissocia-se da autoridade e é remetida para o entendimento humano. Note-se que o *Discurso do Método* é escrito em vernáculo e não em latim, que, à época, era a língua dos doutos, para caracterizar o novo parâmetro da verdade, a Razão Universal: “E se escrevo em francês, que é o idioma de meu país, e não em latim, que é o de meus mestres, é porque espero que aqueles que se servem somente de sua razão natural totalmente pura julgarão melhor minhas opiniões do que aqueles que só acreditam nos livros antigos.”⁷¹ Descartes, então, é o primeiro pensador Moderno porque alça, com total originalidade, o entendimento humano como critério último de aferição do real. É o autor que, parafraseando Maritain, libera o *sujeito* de sua crisálida e torna-o eterno.

A partir dessa caracterização, há dois temas relativos ao pensamento cartesiano que enriquecem a problematização desta dissertação, a seguir abordados: 1) a subjetividade e a ontologia a partir do pensamento cartesiano; 2) a relação entre essa subjetividade e o pensamento político Moderno.

Descartes assume, em grande medida, a perspectiva da realidade contingente inaugurada pelo nominalismo ockhamiano. Ainda assim, o cartesianismo considera necessária a fixação de uma ordem real vigente e estável, mas, distanciando-se do fideísmo ockhamiano e aproximando-se do humanismo antropocêntrico renascentista,

⁷⁰ Não é por outra razão que Jaspers considera o cartesianismo como uma forma de dogma; se o conhecimento científico moderno é marcado pela renúncia ao conhecimento do total, da realidade em geral e pelo reconhecimento de que o conhecimento está limitado ao particular e sempre sujeito à correção por meio da dúvida, Descartes transforma essa dúvida em certeza absoluta, fundando uma nova dogmática. Cf. JASPERS, Karl. *op. cit.*, p.104.

⁷¹ DESCARTES. René. **Discurso sobre o método**. Tradução de: Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 99-100. (Os Pensadores)

irá situá-la no próprio indivíduo humano. Contudo, esse indivíduo será visto como sujeito, ou seja, um indivíduo dotado de características universais e invariáveis, uma hipóstase⁷² da existência humana concreta.

Já a relação dessa subjetividade - entendida como universalização do indivíduo humano - com a fundação de uma nova visão da Política não é algo que possa ser explicado apenas pelo pensamento cartesiano, pois este é limitado quanto ao entendimento da ordem da realidade humana. A subjetividade cartesiana é quase totalmente restrita a critério de estabilização da ordem da realidade natural. Esse último aspecto - o da ordem da realidade humana - poderá ser abordado, sobretudo, a partir do pensamento crítico e contemporâneo de Descartes que surge da pena de Hobbes. Este, apesar de crítico do cartesianismo, situa-se no mesmo contexto da ontologia individualista proveniente do pensamento ockhamiano. Assim, se a tarefa de transpor o mecanicismo - pelo qual a realidade é composta de indivíduos que participam de um todo matematicamente ordenado - para o entendimento da realidade humana não é desempenhada por Descartes, ela é empreendida pelo pensamento hobbesiano.

Uma vez, porém, que se pretende examinar as antinomias que participam do fundamento da subjetividade, antes de se analisar o pensamento político hobbesiano, é imprescindível enfrentar a síntese da subjetividade Moderna empreendida pelo kantianismo. Isso porque o pensamento kantiano, justamente por se apresentar como síntese da Modernidade Filosófica, revelará as antinomias estruturais dessa subjetividade.

⁷² Hipóstase tomada aqui como “substantivação” do verbo hipostasiar: “**HIPÓSTASE** (...) **B.** (pejorativo). Entidade fictícia, abstração falsamente considerada como realidade. Este sentido é sobretudo usual para o verbo *hipostasiar* (=transformar uma relação lógica numa substância, no sentido ontológico deste termo); e mesmo, mais geralmente, atribuir erradamente uma realidade absoluta àquilo que é apenas relativo: ‘A tentação devia ser grande... para *hipostasiar* esta esperança ou, melhor, este impulso da nova ciência, e converter uma regra do método em lei fundamental das coisas.’ H. BERGSON, *A evolução ciradora*.” (HIPÓSTASE. In: LALANDE, André. *op. cit.*, p.466.)

2.1 O PODER ORDENADO DO SUJEITO: SUBJETIVIDADE E ONTOLOGIA EM DESCARTES

Descartes vislumbra um Mundo eivado de incertezas, de opiniões contingentes e carente de verdades imutáveis que assegurem o progresso do conhecimento. Trata-se de um Mundo de instabilidades e incapaz de fornecer um critério de verdade ao conhecimento humano:

Porém, havendo aprendido, desde a escola, que nada se poderia imaginar tão estranho e tão pouco acreditável que algum dos filósofos já não houvesse dito; (...) e como, até nas modas de nossos trajes, a mesma coisa que nos agradou há dez anos, e que talvez nos agrade ainda antes de decorridos outros dez, nos parece agora extravagante e ridícula, de forma, que são bem mais o costume e o exemplo que nos convencem do que qualquer conhecimento e que, apesar disso, a pluralidade das vozes não é prova que valha algo para as verdades um pouco difíceis de descobrir, por ser bastante mais provável que um único homem as tenha encontrado do que todo um povo: eu não podia escolher ninguém cujas opiniões me parecessem dever ser preferidas às de outros, e achava-me como coagido a tentar eu próprio dirigir-me.⁷³

A verdade, então, não pode residir nesse Mundo, devendo ser fundamentada sobre o indivíduo humano. Mas, em qual aspecto do indivíduo humano deve residir a verdade? Não será sobre os sentidos portados pelo indivíduo que repousará a verdade, pois estes podem enganar na medida em que são contingentes tal qual a realidade.⁷⁴ Descartes duvida dessa existência plural e contingente para estabelecer um critério de verdade que não seja contingente e se apresente como necessário. Aplica a dúvida como método em relação a toda proposição que seja eventualmente capaz de formular sobre a realidade e conclui que não poderia duvidar da certeza do pensamento. O pensamento apresenta-se como certeza indubitável (*cogito ergo sum*) e, por isso, a

⁷³ DESCARTES, René. *op. cit.*, p.47-48.

⁷⁴ “Até o momento presente, tudo o que considere mais verdadeiro e certo, aprendi-o dos sentidos ou por intermédio dos sentidos; mas às vezes me dei conta de que esses sentidos eram falazes, e a cautela manda jamais confiar totalmente em quem já nos enganou uma vez.” (DESCARTES, René. **Meditações**. Tradução de: Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p.250. (Os Pensadores)

estrutura do pensamento deve ser o parâmetro para a verdade⁷⁵.

A instabilidade e a contingência do real passam a ser contornadas pela estabilidade e perenidade da estrutura do entendimento humano. Lembre-se que Ockham inova ao descrever a realidade formada por um conjunto de indivíduos e perceber a contingência e instabilidade que decorrem dessa compreensão do real. Porém, Ockham assegura a estabilidade do real e a possibilidade do conhecimento humano a partir do poder ordenado de Deus. Descartes inova em relação a Ockham: a realidade é contingente e instável; a certeza encontra-se apenas no entendimento humano, que será sempre responsável pela concepção⁷⁶ do real, assegurando a sua estabilidade. Nota-se, portanto, o viés antropocentrismo do pensamento cartesiano⁷⁷: não é a Deus que compete a aferição da realidade, mas ao pensamento humano. A própria existência de Deus, ao ser demonstrada por Descartes, decorre da capacidade do entendimento humano em concebê-lo:

(...) porque, ao contrário, vejo claramente que existe mais realidade na substância infinita do que na substância finita e, logo, que, de alguma forma, tenho em mim a noção do infinito anteriormente à do finito, ou seja, de Deus antes que de mim mesmo. Porque, como seria possível que eu pudesse conhecer que duvido e que desejo, ou seja, que me falta algo e que não sou totalmente perfeito, se não tivesse em mim idéia alguma de um ser mais perfeito que o meu, em comparação ao qual eu conheceria as necessidades da minha natureza?⁷⁸

No entanto, da situação de que o próprio pensamento é constituinte da realidade resulta uma aporia: o objeto constituído é o próprio sujeito constituinte⁷⁹. O

⁷⁵ “E, ao perceber que nada há no *eu penso, logo existo*, que me dê a certeza de que digo a verdade, salvo que vejo muito claramente que, para pensar, é preciso existir, **concluí que poderia tomar por regra geral que as coisas que concebemos muito clara e distintamente são todas verdadeiras**, havendo somente alguma dificuldade em notar bem quais são as que concebemos distintamente.” (DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. p.63.)

⁷⁶ No sentido de conceber, gerar, dar origem.

⁷⁷ Assim pensam Reale e Antiseri: “Portanto, o banco de provas do novo saber, filosófico e científico, é o sujeito humano, a consciência racional. (...) Estamos diante da humanização radical do conhecimento, reconduzido à sua fonte primigênia.” (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *op. cit.* v.2, p.369.)

⁷⁸ DESCARTES, René. **Meditações**. p.282.

⁷⁹ JASPERS, Karl. *op. cit.*, p.17.

pensamento é a causa e o fim de toda realidade. Os objetos corpóreos não possuem uma substância que não seja aquela decorrente do próprio pensar humano; nas palavras de Jaspers, os objetos corpóreos são o que são somente no pensar humano⁸⁰. O pensamento, em Descartes, é reificado, torna-se parâmetro do real e, ao mesmo tempo, independente do real. Se a realidade é prescrita pelo pensamento, qual é a natureza ontológica da realidade e do próprio ser humano?

Quanto ao ser humano, Descartes responde: “Nada admito agora que não seja obrigatoriamente verdadeiro: nada sou, então, a não ser uma coisa que pensa, ou seja, um espírito, um entendimento ou uma razão (...). Então, eu sou uma coisa verdadeiramente existente, mas que coisa? Já o disse: uma coisa que pensa.”⁸¹ O corpo para Descartes significa matéria e, como tal, apreensível pelo entendimento humano segundo as categorias gerais do espaço e tempo; vale dizer, o corpo é extensão (*res extensa*) e o espírito é compreensão (*res cogitans*)⁸².

A extensão – que é a propriedade da matéria corporal – significa tão-somente os atributos que permitem quantificar essa matéria. Assim, a extensão é representada

⁸⁰ *Ibid.*, p.52. Por essa razão Maritain compara a forma do conhecer do anjo descrita por Santo Tomás de Aquino com a forma de conhecer do sujeito descrita por Descartes: “4. Considerem as três grandes características do Conhecimento angelical: INTUITIVO quanto a seu modo, INATO quanto à sua origem, INDEPENDENTE DAS COISAS quanto à sua natureza. Vocês encontrarão, transpostas e não menos enraizadas e não menos manifestas, essas três mesmas características no Conhecimento humano segundo Descartes.” Tradução livre de: “4. *Considérez les trois grande notes de la Connaissance angélique: INTUITIVE quant à son mode, INNÉE quant à son origine, INDÉPENDANTE DES CHOSES quant à sa nature, vous retrouvez, transposés sans doute mais non moins foncières et non moins manifestes, ces trois mêmes notes dans la Connaissance humaine selon Descartes.*” (MARITAIN, Jacques. *op. cit.*, p.81.) Lembre-se que Descartes, para explicar como percebe a mudança dos estados físicos (sólido, líquido ou gasoso) de um pedaço de cera, atribui essa percepção ao entendimento humano: “É necessário, portanto, que eu concorde que não poderia mesmo conceber pela imaginação o que é essa cera e que é apenas o meu entendimento que o concebe; (...)” (DESCARTES, René. **Meditações**. p.265.)

⁸¹ *Ibid.*, p.261.

⁸² “E, apesar de, embora talvez (ou, antes, com certeza, como direi logo mais) eu possuir um corpo ao qual estou muito estreitamente ligado, pois, de um lado, tenho uma idéia clara e distinta de mim mesmo, na medida em que sou apenas uma coisa pensante e sem extensão, e que, de outro, tenho uma idéia distinta do corpo, na medida em que é algo com extensão e que não pensa, é certo que este eu, ou seja, minha alma, pela qual eu sou o que sou, é completa e indiscutivelmente distinta de meu corpo e que ela pode existir sem ele.” (*Ibid.*, p.320.)

pelo espaço e pelo tempo e as suas propriedades não decorrem da própria matéria corporal. Ao contrário, Descartes encontra as propriedades constituintes da extensão no entendimento humano. Por isso, uma vez que o entendimento é o parâmetro do real, denomina-se a matéria corporal extensão do pensamento:

Portanto, aplicando as regras da clareza e da distinção, Descartes chega à conclusão de que só se pode atribuir como essencial ao mundo material a propriedade da extensão, porque só ela é concebível de modo claro e completamente distinto das outras. O mundo espiritual é *res cogitans*, o mundo material é *res extensa*. Descartes considera secundárias todas as outras propriedades como a cor, o sabor, o peso ou o som, porque não é possível ter delas uma idéia clara e distinta. Atribuí-las ao mundo material como componentes constitutivas significaria abandonar as regras do método.⁸³

Essas propriedades da matéria corporal possibilitam uma simplificação da realidade: compreende-se que esta pode ser quantificada e matematizada porque é entendida como algo formado por corpos dotados das mesmas propriedades e sujeitos às mesmas leis contidas no entendimento humano. Por isso, a concepção cartesiana do mundo real legitima, filosoficamente, a doutrina mecanicista.⁸⁴ Compreende-se, então, que a matéria do universo comporta-se como uma máquina sujeita a leis infalíveis. O

⁸³ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *op. cit.*v.2, p.376. Veja-se que a maneira pela qual Descartes encontra as propriedades da extensão (espaço e tempo) parte de uma investigação acerca da *res cogitans*: “No que se refere às idéias claras e distintas que tenho das coisas corporais, existem algumas dentre elas que, parece, pude tirar da idéia que tenho de mim mesmo, como a que tenho da substância, da duração, do número e de outras coisas análogas. Porque, quando penso que a pedra é uma substância, ou uma coisa que é capaz de existir por si, e em seguida que sou uma substância, apesar de eu conceber de fato que sou uma coisa pensante e não extensa, e que a pedra, ao contrário é uma coisa extensa e não pensante, e que, portanto, entre essas duas concepções existe uma considerável diferença, elas parecem harmonizar na medida em que representam substâncias. De igual maneira, quando penso que sou agora e me lembro, além disso, de ter sido outrora e concebo diferentes pensamentos, cujo número conheço, então adquiero em mim as idéias da duração e do número que, a seguir, posso transferir a todas as outras coisas que quiser.” (*Ibid.*, p.280-281.)

⁸⁴ Sobre a doutrina do mecanicismo, explica Alquié comparando-a com a noção Antiga de cosmos: “É eliminada a representação de corpos celestes imutáveis e incorruptíveis que todas as cosmologias antigas e medievais, salvo algumas raras exceções, tinha por uma verdade primeira. Sobretudo, a idéia de uma hierarquia das essências é substituída pela de uma matéria homogênea e a concepção de uma causalidade física, de ser individual para ser individual, pela de uma necessidade racional expressa num sistema conceptual de leis. (...) O cosmo, essa hierarquia ontológica fechada, desapareceu na altura da ‘revolução mecanicista’, em proveito de um mundo indefinidamente aberto e regido em toda a parte pelas mesmas leis.” (ALQUIÉ, Ferdinand. **Galileu, Descartes e o mecanicismo**. Lisboa: Gradiva, 1987. p.64-65.)

próprio corpo humano, já que participa dessa matéria extensa e homogênea que compõe o universo, é uma máquina:

Para evitarmos, então, esse equívoco, devemos considerar que a morte nunca ocorre por culpa da alma, mas apenas porque algumas das principais partes do corpo se deterioram; e julguemos que o corpo de um homem vivo difere daquele de um morto como um relógio, ou outro autômoto (ou seja, outra máquina que se mova por si mesma), quando está montado e tem em si o princípio corporal dos movimentos para os quais foi construído, com tudo o que se exige para a sua ação, distingue-se do mesmo relógio, ou de outra máquina, quando está quebrado e o princípio de seu movimento pára de atuar.⁸⁵

O pensamento cartesiano, ao separar a realidade em espírito e matéria e, após, reduzir a matéria à categoria de extensão, possibilita uma enorme simplificação da realidade. Por um lado, é indubitável que a simplificação da realidade legitimada pelo mecanicismo cartesiano atende a anseios de dominação do mundo natural⁸⁶, pois a compreensão das leis da matéria permite a sua manipulação.

Por outro, essa simplificação significa a possibilidade de compreender a realidade, prescindindo-se da referência à própria matéria. A realidade se explica *a priori*, a partir das estruturas do entendimento humano⁸⁷. Aliás, o próprio entendimento humano é concebido de forma reducionista, pois os indivíduos humanos, na contingência do real, são plurais e diversos. Como, então, é possível encontrar nesses indivíduos um mecanismo de entendimento universal, vale dizer, uma

⁸⁵ DESCARTES, René. **As Paixões da Alma**. Tradução de: Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p.108. (Os Pensadores)

⁸⁶ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *op. cit.* v.2, p.378. No mesmo sentido, cf. ALQUIÉ, Ferdinand. *op. cit.*, p.67. Nas palavras de Descartes, quanto à utilidade de conhecer as leis da física: “Pois elas me mostraram que é possível chegar a conhecimentos que sejam muito úteis à vida (...), e assim nos tornar como senhores e possuidores da natureza.” (DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. p.86-87.)

⁸⁷ Como bem aponta Maritain: “Nós podemos destacar também, no que concerne ao mecanicismo de Descartes, que para uma razão humana ‘angelizada’, em face da qual todos os segredos do mundo material se apresentam desvelados, uma Física que se manifesta apenas Geometria seria a única física possível.” Tradução livre de: “*On peut remarquer aussi, en ce qui concerne le mécanicisme lui-même de Descartes, que pour une raison humaine angélisée, devant laquelle tous les secrets du monde matériel s’étalent à découvert, une Physique qui n’est que Géométrie était la seule physique possible.*” (MARITAIN, Jacques. *op. cit.*, p.120.)

subjetividade? De certa forma, há um teor arbitrário no pensamento cartesiano em encontrar nos indivíduos humanos um aspecto permanente e universal que se denomina subjetividade. No entanto, sob um enfoque mais profundo, há de se considerar que Descartes apenas laiciza o fundamento da ordem da realidade, pois a dissocia de Deus. O espírito laico, no sentido estrito de separação do campo da Filosofia do campo da Fé, consolida-se pela simplificação do real e por sua limitação apenas aos contornos do entendimento humano. Diferentemente de Ockham, para o pensamento cartesiano, a cognoscibilidade do real prescinde de Deus⁸⁸.

2.2 A SUBJETIVIDADE E A ORGANIZAÇÃO SOCIAL NO PENSAMENTO CARTESIANO

Até o momento, explanou-se acerca do pensamento cartesiano quanto à definição do ser humano (*res cogitans*) e da ontologia que disso decorre (simplificar a realidade material mediante o conceito de extensão – *res extensa*). Cabe, então, a pergunta: se o entendimento humano estrutura a própria realidade natural, o *mundo exterior das coisas*, o que se pode dizer da realidade social, o *mundo dos seres humanos*? É o entendimento humano que estrutura sua organização, suas leis ou estas decorrem de outro princípio ordenador, externo?

2.2.1 A subjetividade como prelúdio do estado natural das máquinas humanas

Pouco ou quase nada é dito acerca do pensamento político de Descartes, até

⁸⁸ Lembre-se de que a prova cartesiana da existência de Deus tem caráter antropocêntrico e racionalista, vale dizer, serve para atestar a capacidade humana de conhecer: “Assim, a dependência do homem em relação a Deus não leva Descartes às conclusões a que haviam chegado a metafísica e a teologia tradicional, isto é, ao primado de Deus e ao valor normativo dos seus preceitos e de tudo o que é revelado na Escritura. A idéia de Deus em nós, como a marca do artesão na sua obra, é utilizada para defender a positividade da realização humana; do ponto de vista do poder cognoscitivo, a sua natural capacidade de conhecer o verdadeiro; e, no que se refere ao mundo, a imutabilidade de suas leis.” (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *op. cit.* v.2, p.373.)

mesmo porque este sempre se apresentou muito conservador nesse assunto⁸⁹. Porém, em seu *Discurso*, ao iniciar o método da dúvida (que culminará na demolição de todas as verdades não demonstráveis e, portanto, também da moral aceita e não questionada), Descartes afirma que seguirá uma moral provisória para o fim de prosseguir vivendo, cuja primeira máxima é seguir os costumes e as leis do país⁹⁰. Ora, se essa moral foi estabelecida provisoriamente, o Filósofo postularia uma nova moral após a aplicação do seu método quanto aos valores?⁹¹ É legítimo questionar: que tipo de valores regeriam as relações humanas em um Mundo filtrado pela dúvida metódica?

Ora, é inevitável deixar de considerar que o mecanicismo que explica o comportamento da matéria, compreendendo o corpo humano e os animais como máquinas a ponto de Descartes comparar o batimento cardíaco ao funcionamento de um relógio⁹², pode conduzir a um mecanicismo social. Nesse sentido, pode-se identificar em Descartes uma certa origem de aspectos da explicação jusnaturalista da formação do Estado empreendida por Hobbes⁹³. O estado natural de conflito pensado por Hobbes pressupõe a observação de um estado de convivência entre indivíduos que, por serem máquinas constituídas da mesma forma, anseiam os mesmos objetos e,

⁸⁹ Para caracterizar esse conservadorismo político, note-se que em seu *Discurso*, Descartes lembra que deixou de publicar um tratado sobre as leis da física “em virtude de certas considerações”. Segundo os estudiosos, Descartes deixou de publicar esse tratado porque nele havia a defesa da tese copernicana pela qual Galileu havia sido condenado (Cf. REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *op. cit.* v.2, p.355): “Porém, posto que tentei explicar as principais num tratado que certas considerações me impedem de publicar, ...”. (DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. p.70.)

⁹⁰ *Ibid.*, p.53.

⁹¹ Jaspers responde a essa questão, caracterizando as ambigüidades do pensamento moral de Descartes: “Quanto à moral não existe univocidade na relação entre a moral provisória esboçada por Descartes e a definitiva que se espera, como também falta clareza quanto à definição se a moral definitiva produzida filosoficamente é a moral total.” Tradução livre de: “*Con respecto a la moral no sólo no existe univocidad en la relación entre la moral provisoria esbozada por Descartes y la definitiva que se espera, sino que también falta la claridad sobre si la moral definitiva producida filosóficamente es la moral total.*” (JASPERS, Karl. *op. cit.*, p.88.)

⁹² DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. p.76-77.

⁹³ Origem deve ser bem compreendida no sentido de fundamento filosófico, pois Hobbes e Descartes eram contemporâneos, tendo inclusive debatido epistolarmente suas idéias.

justamente por serem máquinas idênticas, dispõem da mesma força para disputá-los, gerando uma convivência insuportável. A solução hobbesiana se dá pela construção de uma *super-máquina* que, constituída por todas as demais máquinas individuais, se valha de sua força suprema para estabelecer uma ordem social capaz de *funcionar*, de ser *eficiente*⁹⁴.

Convém observar que, assim como Descartes na definição da possibilidade do Conhecimento identifica de modo arbitrário uma estrutura cognitiva universal nos indivíduos humanos, Hobbes, para definir a Política, também identifica uma estrutura universal nos indivíduos humanos: como se verá, esse elemento é a liberdade. Trata-se de mais uma manifestação da aporia da Modernidade, pois esta inaugura a era do indivíduo, mas, ao mesmo tempo, visa rejeitar a sua diversidade e contingência para encontrar no indivíduo elementos universais. Apenas pela universalidade encontrada no indivíduo humano se pode, para os Modernos, estabelecer que o indivíduo subjaz (*subjectum*), é o fundamento: seja do Conhecimento ou da Política. Tanto em um caso quanto no outro, a busca por um fundamento universal objetiva assegurar uma ordem necessária para o Conhecimento e para a Política, evitando uma contingência caótica nesses esferas.

Destaque-se, ainda, que a força da idéia de uma sociedade composta por indivíduos que atuam como máquinas permite transpor a idéia de máquina à própria sociedade e, finalmente, estabelecer procedimentos de otimização dessa grande máquina. Ora, a idéia de corpo humano como máquina já é concebida por Descartes e, de certa maneira, ao conceber o entendimento humano como estrutura, o próprio espírito, para Descartes, pode ser identificado a uma máquina. Hobbes radicaliza essas idéias e, de certo modo, formula uma resposta possível à substituição racional da moral provisória que Descartes propõe em seu *Discurso*.

Assim, mesmo que Descartes não aponte uma moral racional que substitua a moral provisória do *Discurso*, é possível atribuir o mecanicismo legitimado por

⁹⁴ ALQUIÉ, Ferdinand. *op. cit.*, p.76-79.

Descartes como origem filosófica da explicação mecanicista do Estado e da organização social: à Ontologia cartesiana pode corresponder uma Política hobbesiana.⁹⁵

2.2.2 O pensamento cartesiano e o pórtico da “Vontade Geral”

Como se demonstrou, o pensamento cartesiano legitima uma concepção mecanicista da sociedade. Contudo, por outro viés analítico, não se pode desconsiderar que Descartes afirma o caráter autônomo da entidade humana⁹⁶ o que, em princípio, não se coaduna com a explicação mecanicista do social.

No artigo 152 de *As Paixões da Alma*, intitulado “*Por que motivo podemos estimar-nos*”, Descartes concebe um conceito rudimentar de autonomia, que dignificaria o ser humano em relação aos demais entes, tornando-o semelhante a Deus: o ser humano é dotado de livre-arbítrio e domínio sobre sua própria vontade⁹⁷. Esse rudimentar conceito de autonomia é também mencionado nas *Meditações*:

⁹⁵ Isso porque a resposta hobbesiana tem a pretensão de ser uma Ciência da Política, derivada da observação do relacionamento entre as máquinas humanas individuais: “De modo mais estrito, a teoria de Hobbes apenas se justifica completamente na perspectiva de um racionalismo absoluto, segundo o qual o *commonwealth* pode transformar-se numa máquina perfeitamente racional, ordenada, governada pela pessoa daí em diante perfeitamente racional do soberano absoluto.” (*Ibid.*, p.78).

⁹⁶ “Em Descartes, predomina o amor pela necessidade do verdadeiro, cuja lógica, uma vez alcançada, se impõe com a força da razão. Somente sob o peso da verdade é que o homem pode se considerar livre, no sentido de que obedece a si mesmo e não a forças exteriores. Se o ‘eu’ é definido como *res cogitans*, seguir a verdade significa seguir no fundo a si mesmo, na máxima unidade interior e no pleno respeito à realidade objetiva. O primado da razão se deve impor tanto no campo do pensamento como no da ação.” (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *op. cit.* v.2, p. 389-390.)

⁹⁷ “**Art. 152.** *Por que motivo podemos estimar-nos.* Posto que (*sic*) uma das principais partes da sabedoria é saber de que maneira e por que motivo cada pessoa deve estimar-se ou desprezar-se, exporei aqui minha opinião. Percebo em nós somente uma coisa que possa nos fornecer a justa razão de nos estimarmos, que é a utilização de nosso livre-arbítrio e o domínio que possuímos sobre as nossas vontades; pois é apenas pelas ações que dependem desse livre-arbítrio que podemos com razão ser elogiados ou reprovados, e ele nos torna de algum modo semelhantes a Deus, fazendo-nos senhores de nós mesmos, desde que não abduquemos, por covardia, dos direitos que ele nos outorga.” (DESCARTES, René. **As paixões da Alma**. p.198-199.)

E, com certeza, a graça divina e o conhecimento natural, ao contrário de reduzirem minha liberdade, a ampliam e fortalecem. De forma que esta indiferença que sinto, quando não sou absolutamente impelido para um lado mais do que para outro pelo peso de alguma razão, é o mais baixo grau da liberdade, e faz parecer mais uma carência no conhecimento do que uma perfeição na vontade; pois, se eu soubesse sempre com clareza o que é verdadeiro e o que é bom, nunca estaria em dificuldade para deliberar a respeito de que juízo ou que escolha deveria fazer; e, dessa maneira, seria totalmente livre, sem jamais ser indiferente.⁹⁸

Há, portanto, no pensamento cartesiano uma semente da Política rousseauiana e da Moral kantiana: a ação livre é identificada com aquela que deve ser cumprida em conformidade com o juízo racional que estabelece o verdadeiro. Isso significa que no pensamento cartesiano encontra-se a defesa do Moderno, a afirmação de sua independência histórica assegurada pelo uso livre da razão: o que não é a Política de Rousseau, ou a Moral de Kant, senão a afirmação de um naturalismo racionalista que é independente da história? Naturalismo racionalista que faz da Política e da Moral âmbitos solipsistas da existência humana, em que o convívio é prescindível na medida em que a Razão Humana, em seu *estado de natureza*, é capaz de conceber o modo verdadeiro e correto de convivência. Se, por exemplo, o imperativo categórico kantiano é transcendental e promove a comunhão racional dos seres humanos, esta comunhão não ultrapassa a racionalidade. Não parece exagero, então, remeter, como o faz Maritain, esse solipsismo Moderno ao pensamento cartesiano: o ser humano racional, a partir de Descartes, não convive; inventa a sociedade.⁹⁹

2.3 À GUIZA DE FINALIZAÇÃO

Com Ockham, tem-se o vislumbre de um Mundo novo, um Mundo composto por indivíduos que somente pode ser explicado a partir dessas realidades individuais.

⁹⁸ DESCARTES, René. **Meditações**. p.296-297.

⁹⁹ Sob esse enfoque, Maritain considera que o naturalismo racionalista cartesiano é o precursor do individualismo Moderno e da imagem do homem rousseauiano, cuja razão, em estado de natureza e independente da história, faz reinar o Mundo da bondade e da felicidade. Cf. MARITAIN, Jacques. *op. cit.*, p.121-122.

Porém, esse Mundo é diverso e caótico não fosse a possibilidade de assegurar ordem e compreensão por meio da noção de poder ordenado de Deus.

Essa concepção do contingente é albergada por Descartes, mas, a ordenação do caos contingente é, inovadoramente, remetida com exclusividade para a esfera humana. O entendimento humano baliza e ordena a realidade, estrutura-a, divide-a em categorias (extensão, espaço e tempo) e possibilita, por isso, a manipulação e o domínio dessa matéria (inclusive do corpo humano, que não passa de matéria).

Para tanto, o entendimento é arbitrariamente visto como universal, ou seja, como fundamento, *subjectum* da realidade: o indivíduo é alçado a sujeito e, assim, assume o lugar da onipotência divina ockhamiana e, se o Mundo é estável, isso pode ser atribuído ao *poder ordenado do sujeito (como o Deus ockhamiano, o sujeito pode realizar tudo o que não seja contrário à sua vontade positiva e racional)*.

Essa mesma subjetividade, cerne do pensamento cartesiano, é a origem de uma concepção mecanicista e, paradoxalmente, naturalista-racional de sociedade que é baseada em uma idéia rudimentar de autonomia. O mecanicismo social e a noção de autonomia – conceitos aparentemente contraditórios – são remetidos ao pensamento cartesiano, denunciando que ambos comungam de um mesmo aspecto: o racionalismo solipsista, expressão da subjetividade Moderna, cuja sistematização empreendida pelo kantianismo expressa suas antinomias basais.

A partir da expansão da análise de Ágnes Heller sobre o kantianismo, é possível identificar que a subjetividade, ao ser transposta como base do agir humano, engendra resultados antinômicos: a Modernidade se afirma pelo indivíduo, mas, antinomicamente, por meio do sujeito, sempre procura negá-lo; o Moderno é o tempo da afirmação do indivíduo e do Estado politicamente autônomos, mas, antinomicamente, esse sujeito político-jurídico e o Estado são limitado e submetidos às dimensões da economia capitalista.

3 O SUJEITO COMO PILAR DO REAL: A INVENÇÃO DA NATUREZA E DA HUMANIDADE

A realidade, para os Modernos, é dotada de um elemento de tensão dinâmico e catalisador da desordem e que a todo momento parece pretender, com inabalável voracidade, desconstituir a própria *idéia de realidade* como algo passível de compreensão. Este elemento é contingência derivada da “descoberta” ockhamiana do individual.

Ao se destacar aspectos dos pensamentos ockhamiano e cartesiano, notou-se que ambos deram soluções diversas ao problema da contingência e que a inovação trazida por Descartes consiste na estabilização da realidade mediante a reificação do pensamento e da idealização subjetiva da realidade; vale dizer, Descartes transpõe a ordem do real para a própria constituição subjetiva do pensamento por meio de uma paradoxal universalização da estrutura do entendimento humano.

Em Kant, a realidade inumana também é prescrita pela própria idealidade humana: a natureza é uma invenção da subjetividade universal. As estruturas da subjetividade humana identificadas pelo filósofo – formas da sensibilidade, as categorias do entendimento e as idéias puras da razão – prescrevem a estrutura da realidade natural. Assim, afirma Kant em seus *Prolegômenos*:

A própria proposição fundamental, que tem sido desenvolvida em toda esta secção, a saber, que existem leis gerais da natureza capazes de serem conhecidas *a priori*, conduz por si à proposição: que a legislação suprema da natureza deve encontrar-se em nós, isto é, em nosso entendimento, e que não devemos ir buscar as leis gerais da natureza à mesma natureza por meio da experiência, mas, ao invés, devemos derivar a natureza, em sua regularidade universal, unicamente das condições da possibilidade da experiência inerentes à sensibilidade e ao nosso entendimento.

(...) *o entendimento não toma suas leis (a priori) da natureza, mas antes as prescreve à mesma natureza.*¹⁰⁰

¹⁰⁰ KANT, Immanuel. **Prolegômenos a toda metafísica futura que possa apresentar-se como ciência**. Introdução, tradução e notas de António Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959. p.92-93.

Desse modo, de maneira semelhante ao cartesianismo, em Kant, a ordem da realidade natural é assegurada por meio da estrutura universal da subjetividade humana. Porém, como fica o problema da ordem da realidade humana? É possível atribuir um princípio sistematizante que represente essa realidade de maneira ordenada? É possível encontrar nessa realidade humana uma legislação que estabeleça uma regularidade tal como se apresenta na natureza? Ou a realidade humana seria contingente e desordenada? Essas questões não são respondidas satisfatoriamente por Descartes e, se antes de Kant outros autores pretendem responder (como Hobbes), é o kantianismo que as responderá, sintetizando as características da subjetividade Moderna.

Kant é o pensador que sistematizará a invenção do real e, mais do que isso, será o autor que colocará de maneira sistemática a seguinte questão: se a realidade natural tem suas próprias leis derivadas da compreensão racional do mundo fenomênico, a realidade humana não teria também, a partir da compreensão racional desta, suas próprias leis? “É Kant, antes de Hegel, quem exclama: como é que a razão, presente na cena da natureza, poderia estar ausente da gesta da humanidade?”¹⁰¹

Viu-se que, com Descartes, a ordem da realidade natural é assegurada mediante a hipostasiação de um modelo de entendimento: espaço e tempo são alçados a elementos universais, presentes em todo indivíduo humano. Kant também constrói um padrão de entendimento, uma subjetividade que elimina a contingência no processo de conhecer. Porém, ele avança para além dos processos do conhecer ao transpor a subjetividade para o campo da ação humana.

Kant, então, compreende a espécie humana sob dois conceitos: o de *homo noumenon* e o de *homo fenomenon*. O primeiro corresponde à idéia regulatória de humanidade, idéia que prescreve como a humanidade deveria ser; o segundo

¹⁰¹ LEBRUN, Gérard. Uma escatologia para a moral. Tradução: Renato Janine Ribeiro. In: TERRA, Ricardo R. (Org.). **Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.71.

corresponde à humanidade existente¹⁰². Há uma tensão que resulta do direcionamento desses dois conceitos de humanidade ao indivíduo humano: como ser sensível que é – portador de inclinações, desejos, interesses e necessidades – este pertence à humanidade existente e não à humanidade inteligível ou noumênica: “... sob a luz da razão pura toda inclinação se degrada de antemão em particularidade.”¹⁰³

Nesse passo, a compreensão sistemático-regulatória da realidade humana demanda a eliminação de toda a particularidade e a exclusão, portanto, da própria idéia de indivíduo humano, pois a subjetividade não é o indivíduo, mas uma universalidade abstrata imposta como representação do indivíduo humano. Com isso, vê-se que a síntese kantiana segue o trajeto de combate à contingência inaugurado pelo nominalismo ockhamiano.

Por um lado, a moralidade kantiana e a legislação que lhe é pertinente desempenham essa tarefa de combate à contingência: o indivíduo humano ao praticar a ação moral é livre e ao ser livre não é individual.¹⁰⁴ Por outro, a espécie entendida como *homo fenomenon* também desempenhará um papel importante nessa compreensão sistemático-regulatória da realidade humana. Em seus textos de Filosofia da História, Kant afirma que a espécie humana é composta por indivíduos que, em busca de seu proveito particular e em conflito constante ocasionado por essa busca,

¹⁰² HELLER, Ágnes. *op. cit.*, p.26-27.

¹⁰³ Tradução livre de: “...a la luz de la razón pura toda inclinación se degrada de antemano a particularidad.” (*Ibid.*, p.28.)

¹⁰⁴ “Portanto, o indivíduo verdadeiro – porque pratica a ação moral – é *tanto mais livre quanto menos individual seja*. A idéia reguladora desde logo não pode ser realizada jamais, mas o ideal é e seguirá sendo a dissolução completa do homem na idéia da humanidade, a pura generalidade do indivíduo, a abolição de seu isolamento na individualidade. Simmel estava certo quando dizia que na ética de Kant não há lugar para a individualidade.” Tradução livre de: “*El individuo verdadero por lo tanto – por lo que hace a la acción moral – es tanto más libre cuanto menos individual sea. La idea reguladora desde luego no puede ser realizada jamás, pero el ideal es y seguirá siendo la disolución completa del hombre en la idea de la humanidad, la pura generalidad del individuo, la abolición de su aislamiento en la individualidad. Simmel estaba en lo cierto cuando decía que en la ética de kant no hay lugar para individualidad.*” (*Ibid.*, p.29)

realizam um plano metafísico, realizam uma Idéia na História¹⁰⁵. Disso resulta, como bem aponta Heller, que na filosofia kantiana não há espaço para a individualidade, seja quando se pretende compreender a realidade humana sensível e histórica, seja quando se pretende compreender a realidade humana inteligível:

De acordo com a idéia reguladora do mundo inteligível, o individuo deve identificar-se com a espécie e sua motivação deve ser completamente coerente com esta, mas o resultado é a ação puramente individual. No caso do *homo fenomenon*, individuo e espécie se situam em uma relação completamente distinta. O indivíduo atua segundo seus motivos particulares; não aspira à realização do geral, mas apenas à finalidade individual (sua própria felicidade). Todo motivo particular – individual -, no entanto, está *ab ovo* submetido à lei natural (os três apetites são a lei natural); simultaneamente, o ato individual se generaliza na ação: o indivíduo se insere na cadeia de uma adequação a fins (intenção) independente e não querida por ele.¹⁰⁶

Desse modo, fica evidente a idéia de que a subjetividade descoberta por Descartes e sistematizada por Kant pauta-se por uma universalização arbitrária do indivíduo humano. Este ora é reduzido a “coisa pensante”, ora é identificado com um

¹⁰⁵ “A história, que se ocupa da narrativa dessas manifestações, por mais profundamente ocultas que possam estar as suas causas, permite todavia esperar que, com a observação, em suas linhas *gerais*, do jogo da liberdade da vontade humana, ela possa descobrir aí um curso regular – dessa forma, o que se mostra confuso e irregular nos sujeitos individuais poderá ser reconhecido, no conjunto da espécie, como um desenvolvimento continuamente progressivo, embora lento, das suas disposições originais. (...) Os homens, enquanto indivíduos, e mesmo povos inteiros mal se dão conta de que, enquanto perseguem propósitos particulares, cada qual buscando seu próprio proveito e freqüentemente uns contra os outros, seguem inadvertidamente, como a um fio condutor, o propósito da natureza, que lhes é desconhecido, e trabalham para sua realização, e, mesmo que conhecessem tal propósito, pouco lhes importaria.” (KANT, Immanuel. *Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*. Tradução: Rodrigo Naves, Ricardo R. Terra. In: TERRA, Ricardo R. (Org.). **Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.03-4.)

¹⁰⁶ Tradução livre de: “*De acuerdo con la idea reguladora del mundo inteligible, el individuo debe identificarse con la especie y su motivación debe ser completamente coherente con ésta, pero el resultado es la acción puramente individual. En el caso del homo fenomenon, individuo y especie se sitúan en una relación completamente distinta. El individuo actúa según sus motivos particulares; no aspira a la realización de lo general, sino de la finalidad individual (su propia felicidad). Todo motivo particular – individual -, sin embargo, está ab ovo sometido a la ley natural (los tres apetitos son la ley natural); simultáneamente, el acto individual se generaliza en la acción: el individuo se inserta en la cadena de una adecuación a fines (intención) independiente y no querida por él.*” (HELLER, Ágnes. *op. cit.*, p.33.)

ente que conhece e age segundo uma estrutura transcendental. Pela estrutura transcendental kantiana, o ser humano conhece, segundo as formas da subjetividade, as categorias do entendimento e as idéias puras da razão. Em outra via, segundo essas formas da subjetividade, o ser humano age moralmente se não é preso aos seus fins particulares e, ainda quando age com interesses pessoais, esse seu egoísmo participa da Idéia de História que o transcende. Por isso, o transcendentalismo kantiano pode ser chamado de uma invenção da natureza e da humanidade como sistemas ideais passíveis de uma compreensão *a priori*.

No entanto, conforme se explicita pela expansão da análise de Heller sobre a moralidade kantiana, a estrutura desses sistemas – a subjetividade – traduz suas contradições, suas antinomias: a Moral kantiana, pautada por uma abstração da realidade contingente, gera um relativismo e, antinomicamente, um totalitarismo principiológico. Essa antinomia da Moral kantiana decorre do conflito antinômico entre a individualidade humana contingente e a sua hipostasiação abstrata em sujeito que também é partilhado pela subjetividade jurídico-política. A partir da identificação desse conflito entre contingência e ordem que marca a síntese kantiana da subjetividade, será possível compreender, ao menos inicialmente, as antinomias estruturais da subjetividade Moderna no campo da realidade humana, tema que é desenvolvido nos próximos capítulos.

3.1 A HUMANIDADE COMO CONDENAÇÃO A SER LIVRE: A LIBERDADE COMO NECESSIDADE

Para Kant, a ação moral deve prescindir de qualquer conteúdo para que possa ser dotada de universalidade. A ação moral deve se basear em um princípio formal e válido para todas as situações humanas possíveis, sendo que apenas desse modo é evitada a contingência individual e assegurada a ordem da realidade humana. O imperativo categórico que prescreve a lei moral é, então, dotado dessa universalidade: “*Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se*

torne lei universal.”¹⁰⁷ Mais uma vez, deve-se grifar que a universalidade do imperativo categórico deriva do fato de que o motivo da ação moral é incondicionado, isto é, o motivo da ação moral é a própria ação moral e não outro fim contingente e particular almejado pelo indivíduo. A ação moral tem sua universalidade pautada no pressuposto que a sua máxima não visa atingir um fim individual, mas um fim que é intrinsecamente livre de qualquer motivo particular do indivíduo atuante. A moralidade, então, não se pauta em fins subjetivos cujo valor depende de sua relação com a faculdade de desejo de um indivíduo¹⁰⁸. A moralidade tem como base os fins objetivos, cujo valor é absoluto e universal¹⁰⁹, não dependendo de qualquer relação¹¹⁰. Esses fins objetivos são os seres cuja existência não é determinada por qualquer valoração externa (o seu valor é absoluto). Os seres humanos e quaisquer outros seres racionais representam a sua existência como um fim objetivo porque, uma vez dotados de razão, são seres livres.

Disso resulta uma primeira distinção importante. Os seres que são fins subjetivos são denominados *coisa* (pois têm um valor relativo como meios direcionados a fins subjetivos) e os seres que são fins objetivos são denominados *pessoa* (porque são fins em si mesmos, não podendo serem valorados apenas como meios para fins subjetivos):

¹⁰⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Traduzida do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, ?. p.59.

¹⁰⁸ Esses fins subjetivos se referem aos imperativos hipotéticos. Cf. *Ibid.*, p.67.

¹⁰⁹ “Notemos no entanto provisoriamente que só o imperativo categórico tem o carácter de uma **lei** prática, ao passo que todos os outros se podem chamar em verdade *princípios* da vontade, mas não leis; porque o que é somente necessário para alcançar qualquer fim pode ser considerado em si como contingente, e podemos a todo o tempo libertar-nos da prescrição renunciando à intenção, ao passo que o mandamento incondicional não deixa à vontade a liberdade de escolha relativamente ao contrário do que ordena, só ele tendo portanto em si aquela necessidade que exigimos na lei.” (*Ibid.*, p.57.)

¹¹⁰ “Admitindo porém que haja alguma coisa *cuja existência em si mesma* tenha um valor absoluto e que, *como fim em si mesmo*, possa ser a base de leis determinadas, nessa coisa e só nela é que estará a base de um possível imperativo categórico, quer dizer de uma lei prática.” (*Ibid.*, p.68-69.)

Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam *coisas*, ao passo que os seres racionais se chamam *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita essa medida todo o arbítrio (e é um objecto do respeito).¹¹¹

A segunda distinção relaciona-se à legislação que rege a existência desses seres. Os seres que são fins subjetivos sempre são passíveis de valoração relativa aos fins individuais a que se destinam e, portanto, são condicionáveis. Estes seres, então, sujeitam-se à legislação da natureza e aos interesses individuais. Por isso, são seres cuja existência é determinada por uma legislação externa, ou seja, por normas heterônomas.

Participa do conceito de seres que são fins objetivos a idéia de que, como fins absolutos que são, não estão sujeitos a uma legislação cujas máximas da ação prescrita pela lei não sejam criadas por esses próprios seres. Isso significa que o caráter de existência absoluta desses seres obriga que a ação deles seja livre de qualquer finalidade que não seja a prescrita por eles mesmos. Porém, é preciso acrescentar que a exclusão de qualquer outra finalidade que não a prescrita pelo próprio ser racional exclui qualquer máxima da ação que não esteja no âmbito da racionalidade desse ser (por exemplo, as necessidades ou os interesses particulares). Isso porque a objetividade não aceita particularidade dos fins e concentra-se na universalidade da razão. Os seres racionais, que são fins objetivos, são seres **autônomos**, isto é, seres cuja máxima de sua ação não é determinada a não ser por sua própria racionalidade.

É precisamente do caráter autônomo dos seres racionais que decorre a necessidade de representá-los como fins objetivos: como seres racionais que são, não podem representar a causalidade de sua vontade a não ser sob a idéia de liberdade das determinações sensíveis e essa liberdade das determinações sensíveis torna absoluta e

¹¹¹ *Ibid.*, p.68.

incondicionada a existência desses seres, entendidos, então, como fins em si mesmos.¹¹².

Uma vez que a ação autônoma é prescrita pela razão e independe de qualquer determinação sensível, a ação autônoma é uma ação dotada de universalidade. O ator autônomo, portanto, é um legislador universal, na medida em que a máxima de sua ação poderia ser a máxima para uma lei universal¹¹³. Note-se que a autonomia centra-se na racionalidade do ator moral e, portanto, ultrapassa aquilo que lhe é particular e individual (mundo sensível) e se fundamenta naquilo que é transcendental no indivíduo (mundo inteligível). Apenas dessa maneira a autonomia torna-se um parâmetro para a ação em geral.

Além disso, é preciso notar, como ressalta Heller, que a moral kantiana conhece apenas um critério: a motivação da vontade e não o próprio ato¹¹⁴. A ação moralmente boa é aquela cuja máxima pode ser universalizada (não é a ação que é avaliada para se considerá-la moral ou não, mas tão-somente a sua máxima). A incondicionabilidade da ação autônoma faz dela uma ação cuja máxima pode ser universalizada porque o princípio que subjaz a essa máxima é o respeito aos fins objetivos (incondicionáveis), aos seres racionais entendidos como fins em si mesmos.

¹¹² Daí o imperativo: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.” (*Ibid.*, p.69.). Kant, nesse ponto, realiza a distinção dos mundos a que o ser humano pertence: como ser fenomênico, o ser humano pertence ao mundo sensível e está sujeito às leis naturais (heteronomia); porém, como ser racional pertence ao mundo inteligível e está sujeito a leis que não são empíricas, que não pertencem à natureza e que estão fundadas tão somente na razão, fundando a noção de autonomia: “Como ser racional e, portanto, pertencente ao mundo inteligível, o homem não pode pensar nunca a causalidade da sua própria vontade senão sob a ideia da liberdade, pois que independência das causas determinantes do mundo sensível (independência que a razão tem sempre de atribuir-se) é liberdade. Ora à ideia da liberdade está inseparavelmente ligado o conceito de *autonomia*, e a este o princípio universal da moralidade, o qual na (*sic*) ideia está na base de todas as ações de seres *racionais* como a lei natural está na base de todos os fenómenos.” (*Ibid.*, p.102.)

¹¹³ “Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objectos do querer). O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal.” (*Ibid.*, p.85.)

¹¹⁴ HELLER, Ágnes. *op. cit.*, p.43.

A autonomia dos seres morais faz deles seres dotados de **dignidade**, cuja relação entre eles é de respeito, pois cada um deles é um fim em si mesmo. Os seres condicionáveis podem ser valorados, como já foi afirmado, e, portanto, como coisas que podem ser valoradas são dotadas de **preço**. Isso significa que os seres dotados de preço podem ser objeto do arbítrio (desejo acompanhado da consciência de sua realização fática) dos seres racionais.¹¹⁵

Realizada essa explanação, pode-se abordar a antinomia da Moral kantiana identificada por Heller: a moralidade kantiana pode conduzir a um caos de indeterminação e, antinomicamente, pode conduzir a um autoritarismo moral.¹¹⁶

A primeira idéia significa que toda ação moral se pauta por uma máxima que possa ser universal. A determinação da máxima irá se orientar por uma escolha de valores do ator moral. Realizada a escolha e sendo esta elevada a máxima universal, o conteúdo da escolha do ator moral não pode ser questionado. Além disso, o próprio ato que for praticado e seus efeitos não podem ser avaliados, pois, como já afirmado anteriormente, a moral kantiana apenas leva em conta a máxima da ação e não a própria ação, o que, de certo modo, conduz a uma irresponsabilização do ator moral. A irresponsabilização do ator se radicaliza em situações em que o sujeito deve decidir em relação a duas máximas contrapostas – nesse caso, o imperativo é inútil para determinar a escolha e toda escolha será arbitrária e, logo, caótica.

Essa antinomia do imperativo quanto à ponderabilidade da ação moral, é exemplificada por Heller da seguinte maneira¹¹⁷: os companheiros de um trabalhador

¹¹⁵ “Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade.” (*Ibid.*, p.77.)

¹¹⁶ “Alcançado este ponto, proponho-me formular a *antinomia do imperativo categórico*: 1) As fórmulas formais do imperativo categórico põem a ação moral efetiva nas mãos do caos; 2) As fórmulas do imperativo categórico introduzem a ditadura jacobina da moral.” Tradução livre de: “*Llegados a este punto, me propongo formular la antinomia del imperativo categórico*: 1) *Las fórmulas formales del imperativo categórico ponen la acción moral efectiva en manos del caos*; 2) *Las fórmulas del imperativo categórico introducen la dictadura jacobina de la moral*.” (HELLER, Ágnes. *op. cit.*, p.65.)

¹¹⁷ *Ibid.*, p.61-62.

estão em uma greve que tem demandado enormes sacrifícios de todos. A família do trabalhador passa fome e um filho está doente, podendo morrer em virtude da miséria que assola o lar ocasionada pela suspensão dos salários em função do movimento grevista. O problema moral, então, seria se o trabalhador deveria, ou não, romper com o movimento grevista. Segundo o imperativo categórico, o trabalhador deve agir de maneira que a sua máxima possa se converter em lei geral.

O trabalhador tem interesse em manter-se solidário e leal aos seus companheiros, mas também lhe interessa não ser visto pela sua esposa como o assassino de seu filho. Para que a ação seja moral, é preciso que o trabalhador aja com total independência desses *interesses individuais*.

O trabalhador, em uma primeira hipótese, ajustaria sua ação à máxima “Não deve permitir que morra seu filho”, pretendendo que ela tenha um caráter universal e romperia com o movimento grevista. A ação não seria dotada de moralidade porque estaria em conformidade com o interesse do trabalhador em salvar seu filho: a máxima da ação estaria eivada de particularidade.

Em uma segunda hipótese, o trabalhador escolheria a máxima “Seja solidário”, pretendendo também que esta possuísse universalidade, e permaneceria no movimento grevista. A ação não seria moral porque estaria em conformidade com o interesse do trabalhador em não se apresentar como desleal perante seus companheiros: a máxima, mais uma vez, seria dotada de particularidade.

Em uma terceira situação, o trabalhador escolheria a máxima “Não deve permitir que morra seu filho”, pretendendo que ela fosse universal e romperia com o movimento grevista. Agora, nesse caso, o interesse do trabalhador seria o de manter o movimento grevista e, como o romperia, agiria em contrariedade à sua inclinação e, portanto, a ação seria dotada de moralidade.

Em quarta situação, o trabalhador escolheria a máxima “Seja solidário”, pretendendo que ela fosse universal e seu interesse seria romper com a greve. Nesse caso, sua opção em manter-se em greve obedeceria à lei moral e seria dotada de universalidade.

Na quinta situação, o trabalhador escolheria pelas duas máximas “Não deve permitir que morra seu filho” e “Seja solidário”, mas, se as duas máximas fossem realizáveis, nenhuma delas seria um dever em contraponto a um interesse particular e, portanto, a ação pautada por ambas não seria moral.

De todas essas possibilidades resulta a conclusão que conforme a variação do caso concreto uma mesma ação pode ser considerada moral ou imoral; mais do que isso, duas ações que se opõem, podem ser ambas consideradas morais conforme a situação concreta¹¹⁸:

Colocado no cenário em que se tem que tomar uma decisão, o trabalhador grevista pode formular a sua máxima (atendendo a que seja o princípio de leis de caráter geral) *de duas maneiras*. Nenhum imperativo categórico pode decidir qual é a “autêntica” máxima, qual articula o “autêntico” dever, pois ambas o fazem. Será a *eleição de valor* do indivíduo (a determinação do que *ele* considere seu dever primeiro) o que decidirá qual máxima ajustará sua ação.¹¹⁹

Desse modo, na medida em que a moralidade decorre da máxima subjetiva e não da própria ação, o caos quanto à indeterminação da ação também é um caos quanto à impossibilidade em se responsabilizar os atores pelas suas ações em virtude da imponderabilidade de suas máximas. Ora, o indivíduo é alçado a um patamar de abstração necessário para atingir a pretensão kantiana de universalidade da ação moral. Isso se faz por meio do desprendimento em face da realidade concreta, da abstração da moralidade quanto à situação existencial concreta à qual a moralidade se refere. Porém, simultaneamente e paradoxalmente, esse desprendimento e essa abstração constituem a imponderabilidade da ação moral (uma vez que esta necessariamente depende da escolha concreta) e, por conseqüência, a impossibilidade de julgá-la.

¹¹⁸ *Ibid.*, p.62-63.

¹¹⁹ Tradução livre de: “Colocado en la tesitura de tomar una decisión, el trabajador huelguista puede formular su máxima (atendiendo a que sea el principio de leyes de carácter general) de dos maneras. Ningún imperativo categórico puede decidir cuál es la ‘auténtica’ máxima, cuál articula el ‘auténtico’ deber, pues ambas lo hacen. Será la elección de valor del individuo (la determinación de lo que él considere su deber primero) lo que decidirá a qué máxima ajustará su acción.” (*Ibid.*, p.65.)

Heller aponta como o outro lado da antinomia o autoritarismo moral, ou nas palavras da pensadora, a introdução da ditadura jacobina na moral em relação ao julgamento das ações¹²⁰. Heller considera que, na medida em que a máxima da ação é determinada pelo agente mediante uma escolha de valor individual (como no caso do trabalhador grevista), a Moral kantiana pode se tornar autoritária no julgamento dessa escolha.

O exemplo do jacobinismo moral é tirado por Heller do escrito “Sobre um Suposto Direito de Mentir por Amor à Humanidade”¹²¹: se um assassino se dirige à casa de alguém e pergunta se o amigo deste está na casa, aquele alguém, para preservar a vida de seu amigo, poderia mentir ao assassino e dizer que o amigo não se encontra na casa? Kant responde:

... quem *mente*, por mais bondosa que possa ser sua intenção, deve responder pelas conseqüências de sua ação, mesmo diante do tribunal civil, e penitenciar-se dela, por mais imprevistas que possam ser essas conseqüências; porque a veracidade é um dever que deve ser considerado a base de todos os deveres a serem fundados sobre um contrato, e a lei desses deveres, desde que se lhe permita a menor exceção, torna-se vacilante e inútil. É portanto um sagrado mandamento da razão, que ordena incondicionalmente e não admite limitação, por qualquer espécie de conveniência, o seguinte: ser *verídico* (honesto) em todas as declarações.¹²²

A solução kantiana, portanto, baseia-se na máxima “Não deve mentir”, mas exclui outra máxima possível “A vida humana é o valor supremo”. Esse absolutismo quanto ao julgamento das máximas atesta o autoritarismo moral, o jacobinismo moral oriundo da Moralidade kantiana e contrapõe-se à primeira parte da antinomia, para a

¹²⁰ *Ibid.*, p.66.

¹²¹ KANT, Immanuel. Sobre um suposto direito de mentir por amor à humanidade. Tradução do original alemão por: Floriano de Sousa Fernandes. In: _____. **Textos seletos**. Petrópolis: Vozes, 1974. p.118-129.

¹²² *Ibid.*, p. 122. É preciso frisar que essa posição quanto ao valor absoluto da verdade é mantida por Kant em “A metafísica dos costumes”, obra tardia do autor (a verdade é um dever moral para consigo próprio). Isso relativiza a hipótese de Heller de que nos anos da década de 1790, a obra de Kant visa atenuar o jacobinismo moral da década de 1780. Cf. KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003. p.273-274.

qual a máxima da ação é impossível de ser julgada, pois sempre dependerá dos fins individuais concretos que a determinam.

As duas partes da antinomia – imponderabilidade e autoritarismo moral – têm como origem comum a pretensão de universalidade da moral kantiana que demanda a abstração da situação existencial concreta. A ação moral, por um lado, não pode ser julgada porque todo fim individual pode ser compreendido, simultaneamente, como máxima universal (como no caso do trabalhador grevista). Por outro, essa relatividade das máximas permite elevar, arbitrariamente, apenas uma máxima à condição de moralidade, denotando o autoritarismo moral (como o faz Kant ao eleger a verdade como valor absoluto, desconsiderando a possibilidade de a vida humana também o ser): a universalidade faz ignorar-se outras possibilidades que a situação concreta pode abranger.

A antinomia moral kantiana expressa com toda evidência que a subjetividade - “descoberta” por Descartes em substituição ao poder ordenado de Deus – resolve o problema da contingência da realidade individual de maneira insatisfatória: a subjetividade moral identificada como liberdade das condições pessoais constitui uma abstração e uma violência arbitrárias contra a individualidade humana que se manifestam nessa antinomia entre o imponderável e o autoritarismo.¹²³

Para Heller, a antinomia da Moralidade kantiana baseia-se na própria antinomia das sociedades capitalistas: estas representam-se a si próprias como formadas por indivíduos livres e independentes entre si, mas sujeitos faticamente a normas sociais que atuam sobre eles como verdadeiras leis naturais.¹²⁴

Esse é o quadro da Moralidade kantiana na década de 1780. Nos anos da década de 1790, Kant irá realizar mudanças em seu pensamento motivadas, principalmente, pela compreensão do significado da Revolução Francesa¹²⁵. Esta se

¹²³ Adiante, no próximo capítulo, apontar-se-á como a abstração da contingência concreta opera a violência contra a individualidade nos âmbitos da Política e do Direito.

¹²⁴ HELLER, Ágnes. *op. cit.*, p. 67.

¹²⁵ *Ibid.*, p.82-83.

apresenta ao filósofo como um evento em que os seres humanos buscam uma causa geral, coletiva, em prol de todos a despeito de, individualmente, talvez não colherem os benefícios da realização dessa causa. Esse fato acrescentará para Kant a preocupação sistemática com o Direito e o Estado inseridos na Filosofia da História.

A noção de progresso na História aparece com ênfase no pensamento kantiano. Como toda narrativa histórica linear e progressista, é preciso, então, encontrar um acontecimento que seja a causa desse progresso. Kant identifica esse elemento catalisador do progresso em direção ao reino da liberdade na Revolução Francesa, mas não propriamente o evento histórico “Revolução Francesa” e o seu processo¹²⁶. O elemento catalisador é a disposição moral que a Revolução desperta nos seres humanos:

Essa simpatia é o signo do progresso, e a causa moral que atua constantemente tem um duplo aspecto: primeiro, o direito que um povo tem de elaborar independentemente sua Constituição e, segundo, o princípio que afirma ser conforme ao direito e à moral apenas a Constituição que impede toda guerra ofensiva. Pode-se afirmar agora que a disposição moral do gênero humano pode ser a causa de seu progresso constante.¹²⁷

A idéia de um reino de liberdade (que supera a antinomia entre liberdade e necessidade), então, irá se apresentar como constitutiva da realidade, como algo passível de realização¹²⁸ e o Direito sob a condição pública, isto é, o Direito Estatal passa a desempenhar papel de grande importância para a arquitetura kantiana: a realização histórica da coerção jurídico-estatal que garante as leis da liberdade quanto à disposição dos bens terrenos é um imperativo moral que emancipa os seres humanos dos mecanismos da necessidade natural:

E mesmo que a cabal realização desse objetivo se mantiver sempre como uma aspiração piedosa, não estaremos certamente enganando a nós mesmos ao adotar a máxima de nos

¹²⁶ TERRA, Ricardo Ribeiro. Algumas questões sobre a filosofia da história em Kant. In: _____. (Org.). **Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 46-47.

¹²⁷ *Ibid.*, p.47.

¹²⁸ HELLER, Ágnes. *op. cit.*, p.83-84.

empenharmos incessantemente na sua direção, pois este é o nosso dever, e admitir que a lei moral dentro de nós é ela própria enganosa faria nascer em nós o desejo, que suscita nossa abominação, de preferirmos nos livrar de toda razão e nos encarmos como lançados por nossos próprios princípios ao mesmo mecanismo da natureza de todas as demais espécies animais.

Pode-se afirmar que estabelecer a paz universal e duradoura constitui não apenas uma parte da doutrina do direito, mas todo o propósito final da doutrina do direito dentro dos limites exclusivos da razão, pois a condição de paz é a única condição na qual o que é meu e o que é teu estão assegurados sob as *leis* a uma multidão de seres humanos que vivem próximos uns dos outros e, portanto, submetidos a uma constituição.¹²⁹

Destaque-se que Direito e Moral, em complementação mútua, passam a serem os condutores da humanidade ao reino da liberdade, cuja característica é a superação da oposição que se apresenta entre a liberdade e a necessidade¹³⁰.

No entanto, o período revolucionário do Terror, o jacobinismo e o regicídio de Luis XVI, irão despertar em Kant a compreensão de que o imperativo do reino da liberdade deve decorrer de uma disposição espontânea dos seres humanos no cumprimento do dever moral de realizar o Direito. A condição jurídica não pode ser imposta e, mais ainda, o cumprimento do dever moral também não pode ser imposto pela condição jurídica. O Estado não pode impor o dever da virtude moral; a virtude moral deve ser atingida livremente pelos indivíduos organizados sob a forma de Estado¹³¹.

Para Heller, a antinomia entre inimizabilidade da ação moral e jacobinismo moral revelam, nesse ponto, a própria dinâmica dos Estados Modernos organizados em um modo de produção capitalista: a vontade individual é representada como livre e autônoma (constituente, inclusive, da própria condição pública-estatal), mas faticamente está sujeita à coerção do Estado:

Lembre-se o que se tem dito acerca das antinomias do imperativo categórico (isto é, que nelas se reproduzem as antinomias da liberdade e da necessidade). As raízes aparecem agora com evidência. As fórmulas formais do imperativo categórico conduzem, em parte, o homem

¹²⁹ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. p.196-197.

¹³⁰ HELLER, Ágnes. *op. cit.*, p.84-85.

¹³¹ *Ibid.*, p.87.

ao caos moral, e em parte introduzem a ditadura jacobina da moral. Na ética kantiana – na fórmulas formais do imperativo categórico – se expressa a antinomia da estrutura da sociedade burguesa: *sociedade civil (laissez faire)* e *sociedade política (jacobinismo)*.¹³²

O reino da liberdade, então, é uma finalidade moral da humanidade em que a antinomia entre liberdade e necessidade seria solucionada. O Direito instaura esse reino da liberdade em uma condição pública-estatal (*sociedade política*), garantindo a segurança quanto ao exercício dos arbítrios individuais sobre as coisas (*sociedade civil*). A virtude desperta no espírito humano o dever do Direito e este revela a complexa relação entre a representação autônoma do indivíduo em face do Estado e a relação fática entre indivíduo e Estado: o indivíduo humano é representado como fundamento do Estado e, ao mesmo tempo, sujeita-se ao Estado. Obviamente que o indivíduo humano, tanto em um caso quanto em outro, é representado em termos de subjetividade, ou seja, segundo a estrutura arbitrário-transcendental da moralidade. O estudo do Direito em Kant irá esclarecer melhor essa percepção.

3.2 O UNIVERSO DO DIREITO: ABSTRAIR A REALIDADE PARA APROPRIÁ-LA

Kant aborda o Direito em três níveis: um, correspondendo ao direito natural do estado de natureza (não inserido em uma condição pública) que ele denomina direito privado; outro, correspondendo a um direito de natureza metapositivo que permite

¹³² Tradução livre de: “*Téngase presente lo que se há dicho acerca de las antinomias del imperativo categórico (esto es, que en ellas se reproducen las antinomias de la libertad y la necesidad). Las raíces aparacen ahora bien claramente. Las fórmulas formales del imperativo categórico entregan en parte al hombre al caos moral, y en parte introducen la dictadura jacobina de la moral. En la ética kantiana – en las fórmulas formales del imperativo categórico – se expresa la antinomia de la estructura de la sociedad burguesa: sociedad civil (laissez faire) o sociedade política (jacobinismo).*” (*Id.*, p.87.) Destaque-se que Kant, na “*Metafísica dos Costumes*”, revisa o formalismo contido no imperativo categórico, afirmando que toda ação para ser realizável deve estar ligada a um fim e este fim é objeto **material** do arbítrio humano. A partir daí, Kant identifica dois deveres **materiais e universais**: realizar a própria perfeição e buscar a felicidade dos outros. Trata-se de uma tentativa de eliminação da antinomia entre inimizabilidade da ação moral (fixando a ela parâmetros materiais) e o jacobinismo moral (fixando o dever de realizar a finalidade dos outros – a felicidade). Cf. *Ibid.*, p.91 e KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. p.233-238.

avaliar o direito positivo; o terceiro, correspondendo ao direito civil, público ou político, que é o direito privado inserido em uma condição pública¹³³. Neste tópico, abordar-se-ão algumas características do direito privado.

Ao definir o Direito em geral, Kant destaca as três características da relação jurídica: trata-se de uma relação externa, pois o Direito preocupa-se com as ações dos indivíduos e não com as máximas de suas ações (Moral); o Direito atenta para a reciprocidade entre esses indivíduos e, portanto, a relação jurídica estabelece um vínculo entre os arbítrios dos indivíduos, ou seja, entre a ação destes voltada para a realização fática de seus desejos¹³⁴; por último, o Direito veicula relações sem se preocupar com o fim material que é visado por estas, pois o arbítrio é considerado como livre (livre das condições materiais) e, portanto, o arbítrio é avaliado quanto à forma. O Direito, então, é “... a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo uma lei universal de liberdade.”¹³⁵ A lei universal do Direito que daí decorre prescreve: “... *age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ...*”¹³⁶.

Cabe frisar que essa lei universal da liberdade que subjaz às relações jurídicas significa que o arbítrio – para os fins do Direito – é considerado livre das inclinações e interesses particulares e que a legalidade do arbítrio está relacionada à sua coexistência com os outros arbítrios (lei universal da liberdade). Isso não quer dizer que o arbítrio

¹³³ RENAUT, Alain e SOSOE, Lukas. **Philosophie du droit**. Paris: PUF, 1991. p.371.

¹³⁴ Segue a definição de “arbítrio”, traduzido por Edson Bini por “escolha”: “A faculdade do desejo, em consonância com os conceitos – na medida em que o fundamento que a determina à ação reside nela mesma e não em seu objeto – é denominada faculdade de *fazer* ou *deixar de fazer conforme aprova a cada um*. Na medida em que está unida à consciência de cada um a capacidade de realizar seu objeto mediante ação própria chama-se *escolha*; ...” (KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. p.62.)

¹³⁵ *Ibid.*, p. 76.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 77.

não esteja relacionado com fins subjetivos e interesses particulares; significa apenas que o arbítrio é *considerado* como livre desses interesses¹³⁷, pois ao Direito não cumpre determinar quais interesses devam ser atingidos pela ação, mas *como* é possível, universalmente, estabelecer a relação dos arbítrios (e, indiretamente, dos interesses por estes veiculados). Por essa razão, reitera-se o que se afirmou anteriormente: o indivíduo humano, em Kant, é representado como sujeito na medida em que, para o Direito, as particularidades são desconsideradas e abstraídas para o fim de conceber-se universalmente a relação jurídica.

Na sistemática kantiana, os indivíduos portadores desses arbítrios são as **pessoas**, cuja característica distintiva, já mencionada, é a autonomia: “... uma pessoa não está sujeita a outras leis senão àquelas que atribui a si mesma (ou isoladamente ou, ao menos, juntamente com outros).”¹³⁸ Os objetos desses arbítrios são as **coisas**, cujo traço distintivo é o de servir apenas de meio a fins subjetivos, conforme já referido: “Dá-se, portanto, o nome de *coisa (res corporalis)* a qualquer objeto do livre arbítrio que seja ele próprio carente de liberdade.”¹³⁹ Pode-se perceber, desde logo, que, em Kant, o Direito trata as relações entre pessoas acerca de coisas e, portanto, de uma relação de apropriação. Mas, por que a apropriação é entendida como a relação jurídica em substância?

Ao realizar a divisão sistemática dos direitos compreendidos como faculdades de impor obrigações a outros, Kant os classifica em direitos *inato* e *adquirido*. O direito *inato* decorre da própria natureza e independe de qualquer ato para que seja

¹³⁷ Note-se a definição de livre arbítrio: “Dá-se o nome de *livre arbítrio* à escolha que pode ser determinada pela razão pura; a que pode ser determinada somente pela inclinação (impulso sensível, estímulo) seria o arbítrio animal (*arbtrium brutum*). O arbítrio humano, contudo, é uma escolha que, embora possa ser realmente afetada por impulsos, não pode ser determinada por estes, sendo, portanto, de *per si* (à parte de uma competência da razão) não pura, podendo, não obstante isso, ser determinada às ações pela vontade pura. A liberdade da escolha é essa independência do ser determinado por impulsos sensíveis.” (*Ibid.*, p.63.)

¹³⁸ *Ibid.*, p.66.

¹³⁹ *Id.*, p.66.

estabelecido, e o direito *adquirido* requer um ato humano para que se estabeleça. Kant identifica apenas um direito que seja inato, ou seja, que se estabelece sob a lei da liberdade universal e com independência dos atos humanos - a própria liberdade: “A liberdade (a independência de ser constrangido pela escolha alheia), na medida em que pode coexistir com a liberdade de todos os outros de acordo com uma lei universal, é o único direito original pertencente a todos os homens em virtude da humanidade destes.”¹⁴⁰

Ora, se há apenas um direito inato que pertence *internamente* a todos os seres humanos, à Doutrina do Direito irá caber tratar da outra espécie de direitos, os *adquiridos*, que dizem respeito justamente àquilo que é externo, “... pois o que é externamente meu ou teu tem sempre que ser adquirido.”¹⁴¹ Portanto, fica respondido por que a Doutrina do Direito kantiana trata de relações de apropriação entre **pessoas** acerca de **coisas**.

A relação de apropriação é, contudo, uma relação não-empírica. Apropriar algo é projetar o arbítrio individual sobre esse algo de maneira que o uso dessa coisa por outro sem o consentimento daquele que projetou o arbítrio causaria prejuízo a este¹⁴². A relação entre **pessoa** e **coisa** é uma relação subjetiva e abstrata. Nisso centra-se o postulado da razão prática pertinente aos direitos: “que é um dever de direito agir com os outros de sorte que o que é externo (utilizável) possa também se tornar de alguém...”¹⁴³. Essa característica do Direito – de ser uma relação de apropriação – estende-se a todas as coisas e, interessante destacar, a certas relações pessoais que, segundo Kant, se assemelham a uma relação de apropriação a coisas

¹⁴⁰ *Ibid.*, p.83-84.

¹⁴¹ *Ibid.*, p.83.

¹⁴² “É juridicamente meu (*meum iuris*) aquilo com o que estou de tal forma ligado que o seu uso por parte de outrem sem meu consentimento me prejudicaria. A condição subjetiva de qualquer uso possível é a *posse*.” (*Ibid.*, p.91.)

¹⁴³ *Ibid.*, p. 93.

(relação entre cônjuges, pais e filhos e patrões e empregados)¹⁴⁴.

Se uma das características do Direito é a apropriação, a outra é a abstração. Como já referido, a apropriação para o Direito não decorre de uma relação fática entre pessoa e coisa, até mesmo porque toda relação jurídica é uma relação entre arbítrios e as coisas não possuem arbítrio. Kant denomina esse fenômeno como aquisição ideal, que, independentemente de qualquer causalidade no tempo, se trata da aquisição baseada na idéia de razão pura¹⁴⁵.

Ao examinar um dos três tipos dessa aquisição (mérito imortal), pode-se perceber como a abstração é uma característica da apropriação em geral: Kant discute sobre a possibilidade de uma pessoa defender um morto de uma calúnia *post mortem* e conclui pela possibilidade dessa defesa. Interessa destacar um dos fundamentos de que Kant se vale: os seres humanos quando estabelecem relações jurídicas entre si, estabelecem-nas como seres inteligíveis e, portanto, em total independência e abstração de qualquer condição física (no caso, o tempo)¹⁴⁶ e, assim, a calúnia é tida como se tivesse sido feita durante a existência do morto caluniado.

Esse é o mesmo fundamento que justifica a união de vontades em um contrato (relação entre arbítrios unidos para transferir coisas) de maneira simultânea. Como o contrato é a formação de uma vontade única para a transferência de uma coisa, a relação empírica de sucessão das manifestações de vontade não tem importância, sendo para o Direito apenas relevante que, inteligivelmente, ambas as vontades se

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 121-128. Para exemplificar, cita-se a justificativa de apropriação quanto à relação entre cônjuges (as outras duas relações seguem o mesmo modelo justificatório): “Que este direito pessoal tem, igualmente, afinidade com um direito a uma coisa é algo que se apóia no fato de que se um dos cônjuges se afastou ou se entregou à posse de uma terceira pessoa, o outro cônjuge terá a justificativa, sempre e de maneira inquestionável, de trazer seu parceiro de volta ao seu poder, tal como se justifica na recuperação de uma coisa.” (*Ibid.*, p. 123.)

¹⁴⁵ *Ibid.*, p.136.

¹⁴⁶ Reproduz-se trecho do argumento: “Alguém que, daqui a cem anos, repita falsamente algo malevolente a respeito de mim ofende-me precisamente agora, pois numa relação puramente de direitos, que é inteiramente intelectual, é feita abstração de quais condições físicas (tempo) e quem quer que me furte de minha honra (um caluniador) é exatamente tão punível como se o tivesse feito durante minha existência ...”. (*Ibid.*, p.141.)

uniram para a transferência de uma posse inteligível acerca de uma coisa¹⁴⁷. O mesmo vale para a posse: esta se constitui pela projeção do arbítrio sobre coisas e não pela relação fática com estas e, como Kant afirma, “Quando o que está em questão é a primeira aquisição, desenvolver a terra não passa de um signo externo de tomada de posse, o qual pode ser substituído por muitos outros signos que custam menos esforço.”¹⁴⁸

O Direito para Kant então, é uma relação abstrata de apropriação estabelecida entre pessoas acerca de coisas. O caráter abstrato do Direito permite que a apropriação seja estendida a todas as relações possíveis – lembre-se do postulado jurídico de portar-se como se tudo pertencesse a alguém, pois, se as condições empíricas não são limite à apropriação, esta pode se estender a graus infinitos¹⁴⁹.

Note-se, mais uma vez, que a definição da relação jurídica como vínculo para apropriação depende também de eliminar as particularidades do indivíduo e pensar nele como sujeito, cuja característica universal é a vontade possível de ser projetada sobre as coisas. Aliás, importante destacar que o próprio Mundo exterior é abstraído e limitado à noção de coisa. À semelhança de Descartes – que, para os fins do conhecer, limita a realidade à projeção da estrutura cognitiva humana por meio da noção de *res extensa*, Kant, para os fins do Direito, limita a realidade à projeção da vontade transcendental por meio da noção de *coisa*.

No panorama da apropriação, Kant identifica o problema de que essa estrutura de apropriação no campo do Direito Privado é carente de segurança, pois não há uma força jurídica externa que coaja os arbítrios a respeitarem as diversas apropriações. Por isso, surge a necessidade *apriorística* de instauração de uma condição pública que garanta efetividade a essas apropriações – trata-se do campo pertinente ao Direito Público.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 117.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p.110.

¹⁴⁹ É interessante notar que o Direito Moderno se baseia sobre esse princípio de diversas maneiras: a forma do direito subjetivo permite que ele se projete de modo inteligível sobre objetos empíricos e, para além, sobre objetos inteligíveis (cujo paradigma é a noção de crédito).

3.3 O UNIVERSO DO ESTADO: SEGURANÇA PARA APROPRIAR

Toda aquisição no estado de natureza é uma aquisição provisória porque não há uma força pública que torne efetivo o exercício do arbítrio particular. Por isso, é necessária *a priori* – como uma idéia pura racional que participa do conceito de Direito – a instauração de uma condição pública que efetive o exercício dos direitos mediante leis públicas. Porém, a condição pública apenas efetiva o Direito Privado e, portanto, a aquisição no Direito Público somente se diferencia em relação à do Direito Privado na medida em que aquela é efetiva e essa é provisória. Ambas as aquisições apenas são distintas pela força que traz consigo o Direito Público:

Na hipótese de nenhuma aquisição ter sido reconhecida como jurídica, mesmo em caráter provisório, antes do ingresso na condição civil, a condição civil ela mesma seria impossível, pois no que toca à sua forma, leis que concernem ao que é meu ou teu no estado de natureza contêm a mesma coisa que prescrevem na condição civil, porquanto a condição civil é pensada somente por conceitos racionais puros.¹⁵⁰

Além disso, a condição civil não é algo que se instaura empiricamente. A condição civil é um estado *apriorístico* do Direito quanto à apropriação efetiva de coisas. Logo, participa do próprio conceito de Direito efetivo a instauração de uma condição civil, ou seja, a organização dos indivíduos sob um Estado: “...a vontade unida é um poder superior que não cria o Direito, mas o pressupõe, apresentando-se como condição de sua realidade como ordem efetiva da convivência e é o pressuposto do exercício da liberdade no mundo das relações sociais.”¹⁵¹ Ainda que a constituição do Estado e da condição civil, portanto, decorram de uma apreensão racional da

¹⁵⁰ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. p.155.

¹⁵¹ Tradução livre de: “...la voluntad unida es un poder superior que no crea al Derecho, sino que lo presupone, se erige en condición de su realidad como orden efectivo de la convivencia y es el presupuesto del ejercicio de la libertad en el mundo de las relaciones sociales.” (ALONSO, Fernando H. Llano. Racionalidad, universalidad y derecho en Immanuel Kant. **Revista Internazionale Di Filosofia Del Diritto**, Milano, série V, anno LXXIX, n.º 4, p. 533, ottobre/dicembre 2002.)

essência do Direito, é curioso notar que Kant sustenta que o Direito é originariamente **força contra a faticidade**:

... visto que à diversidade do querer particular de todos se deve acrescentar ainda uma causa unificadora do mesmo de modo a suscitar uma vontade comum, o que nenhum deles consegue, não se deve contar, na *execução* daquela idéia (na prática) com nenhum outro começo do estado jurídico a não ser o começo pela *força*, sobre cuja coacção se fundará ulteriormente o direito público...¹⁵²

No entanto, essa força do Direito contra a faticidade deve ser apreendida muito para além desse caráter de natividade do Direito a que Kant refere-se, até mesmo porque o Direito provém de uma relação inteligível, de uma comunidade transcendental dos indivíduos que compõem o Estado. Para esclarecer essa idéia, é preciso se valer de algumas imagens kantianas.

Em “A paz perpétua”, o filósofo afirma que a política é a arte de governar os homens de acordo com a utilização dos mecanismos da natureza, vale dizer, com a instrumentalização dos instintos e interesses humanos para atingir determinados fins. Já o Direito é compreendido como um limite, algo que não se sujeita às leis da natureza, mas que prescreve leis com independência destas; o Direito é um limite à natureza para emancipar a humanidade – o que, lembre-se, supera a oposição entre liberdade e necessidade. Por isso, Kant afirma que é possível imaginar um *político moral* – que adequa seus princípios de prudência política à moral, mas que não é possível pensar-se em um *moralista político* – que cria uma moral de conveniências:

Certamente, quando não existe liberdade nem lei moral nela fundada, mas tudo o que acontece ou pode acontecer é simples mecanismo da natureza, então a política (enquanto arte

¹⁵² KANT, Immanuel. A paz perpétua – um projecto filosófico. In: _____. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, ?. p.152-153. Nesse mesmo sentido da representação do Direito como força contra a faticidade, expressa-se Kant em outro escrito: “É fútil sondar a *garantia histórica* do mecanismo do governo, isto é, não é possível remontar ao tempo da origem da sociedade civil (porque os selvagens não fazem registro algum de sua sujeição à lei; além disso já podemos depreender da natureza dos homens não civilizados que foram originalmente submetidos a ela pela força).” (KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. p.183).

de o utilizar para o governo dos homens) constitui toda a sabedoria prática, e o conceito de direito é um pensamento sem conteúdo. Se, porém, se considera inevitavelmente necessário ligar tal pensamento com a política, e mais ainda elevá-lo à condição limitante da última, deve então admitir-se a possibilidade de unir as duas. Posso pensar, sem dúvida, um *político moral*, isto é, um homem que assume os princípios da prudência política de um modo tal que possam coexistir com a moral, mas não posso pensar um *moralista político*, que forja uma moral útil às conveniências do homem de Estado.¹⁵³

Ora, quando Kant imagina o Direito como um limite, imagina-o como uma força violenta contra a realidade natural e que, justamente por isso, rompe com a necessidade que subjuga o ser humano e emancipa-o para um reino de liberdade. Assim, se o Direito se adequa à Política e respalda as necessidades naturais, a própria idéia de Direito perde todo o sentido e a razão de ser.

Esse tema é tratado em duas situações em “A metafísica dos costumes”. A primeira diz respeito ao direito de necessidade: salvar a própria vida, eliminando a vida de outra pessoa é algo que é impunível, pois, caso houvesse um dever de morrer e salvar a vida do outro, a sanção jurídica (a morte) não seria maior que a sanção natural (a morte certa). Porém, ainda assim o Direito atua sobre a necessidade natural, pois, mesmo que não haja possibilidade de uma punição sobre o ato de salvar a própria vida em prejuízo da vida inocente, esse ato permanece como contrário ao Direito, já que este sempre funciona como limite que emancipa a humanidade da necessidade: “A divisa do direito de necessidade é: ‘a necessidade não tem lei (*necessitas non habet legem*)’”. No entanto, não poderia haver necessidade alguma que fizesse o que é injusto se conformar à lei.”¹⁵⁴

A segunda situação refere-se à impossibilidade, segundo Kant, de um criminoso receber clemência de sua sentença de morte caso se submeta a experimentos médicos que trariam algo de benéfico à comunidade:

¹⁵³ *Ibid.* p.153-154.

¹⁵⁴ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. p.82.

A lei da punição é um imperativo categórico e infeliz aquele que rasteja através das tortuosidades do eudaimonismo, a fim de descobrir algo que libere o criminoso da punição ou, ao menos, reduza sua quantidade pela vantagem que promete, de acordo com as palavras farisaicas: 'É melhor que *um* homem morra do que pereça um povo inteiro.' Se a justiça desaparecer não haverá mais valor algum na vida dos seres humanos sobre a Terra. O que se deveria pensar, portanto, da proposta de preservar a vida de um criminoso sentenciado à morte, no caso de ele permitir ser objeto de perigosos experimentos a ser felizardo o bastante para sobreviver a eles, de maneira que dessa forma os médicos aprendessem algo novo benéfico para comunidade? Um tribunal rejeitaria desdenhosamente uma tal proposta de uma junta médica, pois a justiça deixa de ser justiça se puder ser comprada por qualquer preço que seja.¹⁵⁵

A primeira parte do argumento ressalta o aspecto prescritivo do Direito: a necessidade da realização do experimento em prol do benefício comunitário não pode justificar a não-aplicação do Direito, pois, nesse caso, os seres humanos não terão mais valor, deixarão de viver em direção ao reino da liberdade e se sujeitarão à necessidade.

A força do Direito contra os fatos está ligada a esse caráter inteligível e transcendental do Direito que é a própria razão constituinte do Estado, ou seja, a garantia do reino da liberdade é assegurada pelo caráter transcendental da liberdade humana que não pode se sujeitar às necessidades fáticas sob pena de se extinguir a própria liberdade (lembrem-se os casos do moralista político, do estado de necessidade e da permuta do criminoso, nos quais a liberdade sujeita-se à necessidade). Por isso, Kant rejeita qualquer forma de oposição fática, de resistência contra o direito posto, o Direito Público. Uma oposição desse tipo seria auto-aniquiladora, na medida em que eliminaria a própria idéia de Estado como comunhão transcendental para o Direito¹⁵⁶.

Nisso reside a defesa da Revolução Francesa por Kant e a condenação do regicídio de Luis XVI. A Revolução, para o pensador, não foi propriamente um processo revolucionário, mas uma reforma evolutiva do Direito ocasionada pela convocação do legislativo francês em 1789 que formou a Assembléia Constituinte e,

¹⁵⁵ *Ibid.*, p.175.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p.214-215.

em 1791, adotou a Constituição Republicana¹⁵⁷. Assim, não teria havido uma inversão da ordem da soberania mediante a resistência popular, mas um equívoco do próprio soberano em transferir o poder ao povo, equívoco que deu origem à Revolução: “A conseqüência [da convocação do legislativo] foi que a soberania do monarca desapareceu completamente (não foi meramente suspensa) e passou para o povo, a cuja vontade legislativa os pertences de todos os súditos ficaram submetidos.”¹⁵⁸

A condenação kantiana, então, da Revolução somente se apresenta quando esta deixa de se situar como uma reforma evolutiva do Direito Público e passa a se apresentar como a própria inversão da idéia do Direito¹⁵⁹. O regicídio de Luis XVI caracteriza essa inversão, pois sua condenação à morte resulta de um julgamento dos atos decorrentes da sua administração soberana e esta não pode ser julgada pelo povo sob pena de destruição da idéia de Direito:

É a *execução* formal de um monarca que infunde horror numa alma imbuída da idéia dos direitos dos seres humanos, um horror que se experimenta reiteradamente tão logo e tão freqüentemente se pensa em cenas como o destino de Carlos I ou de Luís XVI. Mas como explicarmos esse sentimento, que não é sentimento estético (simpatia, um efeito da imaginação por meio do qual nos colocamos a nós mesmos no lugar daquele que sofre) mas um sentimento moral resultante da completa subversão de todos os conceitos de direito?¹⁶⁰

É com base nessa idéia de Direito que Kant critica Hobbes: para este não haveria direito de resistência porque o soberano não participaria do pacto originário.¹⁶¹ Ora, para Kant, o dever de obediência ao soberano não decorre do fato de este não

¹⁵⁷ RENAUT, Alain e SOSOE, Lukas. *op. cit.*, p.380-381.

¹⁵⁸ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. p.185.

¹⁵⁹ RENAUT, Alain e SOSOE, Lukas. *op. cit.*, p.386-387.

¹⁶⁰ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. p.163-164.

¹⁶¹ Embora, como se verá no próximo capítulo, a maioria dos estudiosos de Hobbes não respaldam essa análise kantiana, pois, se o soberano não participa do pacto, ainda assim, o seu poder se fundamenta na finalidade do pacto. Com isso, em Hobbes, haveria um certo direito de resistência no momento em que o soberano não atendesse às finalidades do pacto originário.

participar do pacto originário, mas do fato de que se a máxima da revolta for universalizada, a própria idéia de Direito e de Estado é aniquilada¹⁶². Por isso, a única forma de contestação do poder injusto, que rompe com o pacto originário, é aquela efetivada mediante juízos públicos.¹⁶³

Dessa concepção de Kant do Direito e do Estado entendidos como resultantes da comunhão transcendental dos indivíduos humanos, podem-se extrair duas conclusões: uma, reitera-se que a comunhão transcendental, pela qual os indivíduos são o fundamento do Estado e do Direito, depende de uma abstração das condições particulares e contingentes dos indivíduos. Outra, essa concepção abstrata dos indivíduos fundamenta a sujeição fática dos indivíduos ao Estado e ao Direito, pois a abstração das condições particulares faz entender que a comunhão transcendental seja um efeito necessário da liberdade humana.

Com isso, considera-se que a subjetividade filosófica, ao ser transposta para o Direito e a Política, apresenta-se como fundamento do Direito e da Política e, simultaneamente, como sujeitada, submetida ao Direito e à Política.¹⁶⁴ Essa dinâmica resultante da abstração das condições particulares dos indivíduos alçados a sujeitos traz consigo importantes conseqüências quanto ao controle jurídico dos

¹⁶² “...o poder no Estado que dá à lei o seu efeito é também *irresistível* e não existe nenhuma comunidade que tenha uma existência de direito sem um tal poder, que suprime toda a resistência interna, pois esta teria lugar segundo uma máxima que, uma vez universalizada, aniquilaria toda a constituição civil e o estado em que unicamente os homens podem estar na posse dos direitos em geral.” (KANT, Immanuel. Sobre a expressão corrente: isto pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática. In: _____. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, ?. p.85.)

¹⁶³ *Ibid.*, p.92.

¹⁶⁴ Ainda que involuntariamente, Kant percebe esse duplo aspecto de fundamento e sujeição que caracteriza a subjetividade jurídico-política ao expor sua justificativa para a punição imposta ao criminoso (como ser sensível) a partir da lei criada por este próprio criminoso (como ser racional): “Conseqüentemente, quando redijo uma lei penal contra mim mesmo na qualidade de um criminoso, é a razão pura em mim (*homo noumenon*), legislando com respeito a direitos, que me sujeita, como alguém capaz de perpetrar o crime e, assim, como uma outra pessoa (*homo phaenomenon*), à lei penal, junto com todos os demais numa associação civil.” (KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. p. 178.)

comportamentos humanos. Trata-se do conflito entre abstração e contingência empreendido pelo Direito Moderno e que será desenvolvido nos próximos capítulos, abordando-se de que maneira a abstração jurídica constitui uma violência contra as particularidades existenciais.

Ao mesmo tempo, será identificado no próximo capítulo que a subjetividade entendida como sujeição política enseja a antinomia da funcionalização do Estado à atividade econômica capitalista. Em Kant, essa antinomia é sutilmente perceptível no momento em que ele define o Direito como relação abstrata de apropriação que, *aprioristicamente*, deve ser inserida em uma condição pública, ou seja, ser protegida pela força estatal.

3.4 À GUISA DE FINALIZAÇÃO

Kant é responsável pela sistematização da idéia de sujeito que soluciona o problema da contingência da realidade natural ao internalizar a sua ordem nas estruturas cognitivas da subjetividade humana. Além disso, Kant sistematiza a própria realidade humana, transpondo-a para uma realidade inteligível em que o Direito estatal torna-se, pela prescrição e pela força, o redentor da humanidade ante os laços da necessidade natural.

Porém, como aponta Heller, é no próprio sistema da liberdade que Kant revela, ainda que não propositalmente, a antinomia da Modernidade individualista. Por um lado, há o Estado como Vontade Transcendental da comunhão dos indivíduos alçados a legisladores universais e, portanto, sujeitos que fundamentam a Política Moderna. De outro, há a sociedade civil baseada nos instintos de apropriação de toda realidade e em pleno conflito, cuja solução se dá pela própria idéia de Direito como apropriação abstrata (que permite a apropriação universal)¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Os textos de Filosofia da História de Kant são sempre enfáticos quanto ao conflito dos indivíduos no plano da sensibilidade, mas seria possível também identificar a idéia kantiana de apropriação como caracterizadora do humano no plano do Direito, ou seja, como um indivíduo patrimonializado.

Disso resulta um interessante panorama de estudo para o Direito: Kant pretende resolver a tensão entre o inteligível e o sensível, ou seja, o contingente, por meio de uma abstração das condições empíricas e por uma revolta libertária em relação a estas (reino da liberdade). Essa revolta conduz à representação abstrata das condições jurídico-políticas (Estado como vontade transcendental) e das condições jurídico-apropriatórias (Direito como veículo de apropriação livre pela vontade do sujeito, isto é, do indivíduo transcendental abstraído de suas condições particulares).

A tensão do Direito Moderno parece justamente significar o incessante conflito entre a representação do Estado baseado em uma vontade transcendental dos indivíduos, a concepção de cidadania que ela implica (representação abstrata do indivíduo humano como titular de direitos subjetivos) e a faticidade, a contingência da realidade à qual essas representações se remetem.

Heller identifica, no âmbito da moralidade kantiana, uma antinomia resultante justamente desse conflito entre contingência e abstração: esse conflito gera uma Moral a um tempo relativista e a outro totalitária (jacobinismo Moral). No campo do Direito e da Política Modernos, ainda que com funções diversas, também é possível encontrar essa antinomia da abstração em face da contingência das situações concretas.

O estudo da origem dessas representações – Estado baseado na vontade transcendental, cidadania e indivíduo abstrato como titular de direitos subjetivos, vale dizer, o sujeito de direitos – e as críticas que a elas são endereçadas são o objeto de análise dos próximos capítulos.

Como se notará, com essa problematização será percebida outra antinomia do Direito Moderno que também tem seu fundamento no conflito entre contingência e ordem abstrata: a funcionalização do espaço público aos interesses dos indivíduos abstratos e universalizados (interesses que se identificam com as condições de manutenção da atividade econômica). Em Kant, essa antinomia apresenta-se muito sutilmente no momento em que postula a condição pública – e a segurança apropriatória que ela enseja – como inerente à própria idéia de Direito.

Para empreender melhor a identificação dessas antinomias do Direito Moderno, a análise do pensamento inaugural de Thomas Hobbes parece ser apropriada, pois nele pode ser encontrada a dinâmica Moderna da cidadania que se baseia sobre os direitos individuais, configurando uma imagem universal e abstrata do indivíduo humano (antinomia basal da contingência e da abstração).

Ainda em Hobbes, notar-se-á que a noção Moderna de cidadania vincula o Estado às finalidades dos indivíduos abstratos, sendo que essas finalidades identificam-se aos direitos desses indivíduos entendidos como sujeitos de direito (antinomia de funcionalização do público aos interesses individuais privados identificados à atividade econômica).

CAPÍTULO II – O HOMEM E O CIDADÃO

“Le droit permet donc la lisibilité absolue du monde: il désigne l’homme comme un sujet, la nature comme un lexique rationnel, les rapports sociaux comme un réseau d’engagements libres, le pouvoir comme un contrôle de l’ordre, soumis à l’ordre même.

(...)

On conçoit que le sujet lui-même soit un représentant de cette totalité, qu’il soit structuré à son image, que la subjectivité et l’objectivité s’harmonisent en lui; qu’il se présente comme un concentré de la société juridique.

Mais, par ailleurs, cette société juridique, qui remplace, insidieusement, l’ancienne communauté chrétienne, en porte encore les stigmates, comme dirait Marx.”¹⁶⁶

1 SEGUNDA MORTE DO INDIVÍDUO: A NOVA ORDEM DA REALIDADE HUMANA

Se o indivíduo é o motor da Modernidade, a Política Moderna situa-se na relação entre o indivíduo e a máquina por ele construída e que o representa: o Estado. Desse modo, a Filosofia Política Moderna – que inaugura a idéia da representação como fundamento da Política – apresenta-se como o meio adequado para compreender esse modo de apreender a Política a partir do advento da contingência individual.

A idéia de contrato social é comumente apontada como gênese da Filosofia Política Moderna e o autor que comumente é apontado como aquele que inaugura o

¹⁶⁶ EDELMAN, Bernard. **La personne en danger**. p.81. Tradução livre: “O direito permite então a leitura absoluta do mundo: ele designa o homem como um sujeito, a natureza como un léxico racional, as relações sociais como uma rede de engajamentos livres, o poder como um controle da ordem, submisso à ordem mesma. (...) Concebe-se que o próprio sujeito seja um representante dessa totalidade, que ele seja estruturado à imagem desta, que a subjetividade e a objetividade se harmonizem no sujeito; que ele se apresente como um concentrado da sociedade jurídica. No entanto, essa sociedade jurídica, que substitui, insidiosamente, a antiga comunidade cristã, carrega ainda consigo suas chagas, como diria Marx.”

pensamento político-filosófico da Modernidade é Thomas Hobbes¹⁶⁷. Porém, não é propriamente a idéia de contrato social que caracteriza o ineditismo do pensamento hobbesiano¹⁶⁸. A inovação parece se relacionar com três fatores: o método utilizado por Hobbes para a compreensão, sob o viés político, das relações humanas; a preocupação em entender os fundamentos da obediência; e, por último, a fundamentação da legitimidade das ações estatais. Para que essas inovações sejam entendidas, porém, é necessário retomar a problemática da contingência abordada no primeiro capítulo.

A sistematização kantiana do *cogito* cartesiano significa a laicização e a racionalização do poder ordenado de Deus pensado por Ockham. Todos esses três momentos – poder ordenado de Deus, *cogito* e o criticismo transcendental – almejam

¹⁶⁷ Em 5 de abril de 1588, Thomas Hobbes nasceu na aldeia de Westport, Inglaterra. Foi secretário de Francis Bacon entre 1621 e 1626. Travou debate filosófico com Descartes e conheceu Galileu Galilei. Sua obra filosófica transpõe os limites da Filosofia Política, tendo abordado questões relativas à linguagem e à física. Morreu em Hardwick em 1679. Cf. MONTEIRO, João Paulo. **Hobbes – Vida e Obra**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p.05-19. (Os Pensadores)

¹⁶⁸ Para ilustrar essa idéia de que o contrato como representação dos vínculos políticos não é algo de todo inédito quando Hobbes escreve sua obra político-filosófica no século XVII, deve-se lembrar que, como já mencionado no Capítulo I, a noção de contrato social como fundamento da Política já é pressentida com Ockham no século XIV. Nesse sentido, cf. VILLEY, Michel. Préface au “De Cive”. **Archives de philosophie du droit**, Paris, Tome 25, . p.296, 1980. De outro lado, A. J. Carlyle diferencia o contrato entendido como instrumento a-histórico de organização de uma comunidade a-histórica (contrato das teses dos filósofos contratualistas Modernos como Hobbes) do contrato visto como pacto entre governantes e governados. Ao se limitar à análise dessa última espécie de contrato, Carlyle afirma que o contrato assim entendido caracteriza um princípio real e histórico da civilização política da Europa central e ocidental desde o século XI e, dentre outros exemplos, pretende demonstrar sua tese por meio do vínculo feudal pelo qual o vassalo jura obediência e fidelidade ao suserano, enquanto este se compromete a proteger as prerrogativas do vassalo. Cf. CARLYLE, A. J. La notion de “contrat” dans les doctrines politiques. **Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique**, Paris, n.º 1-4, p.79, 1940. É claro que a transposição da idéia de contrato como forma de representar o vínculo entre suserano e vassalo é algo questionável, pois o vínculo feudal se assenta sobre a fidelidade e a lealdade dos pactuantes e não sobre a autonomia da vontade destes (que é o elemento de vinculação contratual). Porém, pelo exemplo do vínculo feudal, pode-se entender – e parece ser essa a proposta de Carlyle – que a idéia de pacto, de compromisso entre governantes e governados apresenta-se como fundamento dos vínculos políticos (de caráter feudal, no exemplo) desde o século XI. Para breve síntese sobre a natureza do vínculo feudal, cf. BERMAN, Harold J. **La formación de la tradición jurídica de occidente**. Traducción de Mónica Utrilla de Neira. [S.l]: Fondo de Cultura Económica, 1996. p.319-322.

controlar a contingência da realidade inaugurada pelo evento filosófico que é a noção de indivíduo.

É a representação da estrutura do sujeito de conhecimento que golpeia, em um primeiro momento, a desordem instaurada pelo indivíduo no entendimento da realidade natural. Se Kant é o algoz final, Descartes é o primeiro a açoitar a Natureza em rebeldia. A eliminação da contingência nos processos do conhecimento da realidade natural é a primeira morte do indivíduo, e a segunda está na eliminação da contingência no entendimento da realidade humana.

No entanto, ao abordar a realidade humana, Descartes, com a sua moral provisória, não chega a superar a contingência das relações entre os indivíduos humanos. Kant, por sua vez, constrói um sistema apto a eliminar a contingência da natureza e também do âmbito das relações humanas. Desde logo, percebe-se que, em Kant, a eliminação da contingência humana é feita mediante a abstração da existência concreta dos indivíduos, elegendo arbitrariamente como universais certas características desses indivíduos.

A arbitrariedade da universalização abstrata traz uma antinomia consistente no conflito entre abstração e contingência do real. Em Kant, esse conflito fica patente na antinomia da moral identificada por Heller: a moral kantiana pende entre o relativismo (imponderabilidade e irresponsabilização) e o autoritarismo (jacobinismo moral). Mesmo assim, em Kant, crítico da Filosofia Política hobbesiana, não fica evidente como a antinomia entre abstração e contingência se revela na Política e no Direito e, sobretudo, quais são as conseqüências dessa antinomia nesses campos. Com Hobbes – fundador nominalista da Filosofia Política Moderna – será possível identificar essa antinomia na Política, estabelecer suas conseqüências e as premissas para entender como essa antinomia se revela no Direito. O conceito hobbesiano fundamental para tanto é o de liberdade.

Hobbes – contemporâneo de Descartes e predecessor de Kant – é o verdadeiro autor da segunda morte do indivíduo, ao eliminar a contingência do ambiente da

Política. Porém, para eliminar o indivíduo, Hobbes precisa percebê-lo¹⁶⁹. Para essa finalidade, o instrumento válido é o método galileano ou “resolutivo-compositivo”, ou seja, proceder à decomposição da realidade em elementos singulares e, após, sintetizar a estrutura do real por meio da análise desses elementos¹⁷⁰. Ao decompor a realidade humana, Hobbes percebe os indivíduos humanos como seus elementos basais. A realidade, então, é formada por indivíduos iguais entre si, com forças idênticas e com igualdade de direitos sobre todas as coisas existentes. Essa igualdade – que é também uma identidade de anseios entre todos os indivíduos – conduz a um estado inicial e natural de disputa, de guerra entre todos os indivíduos¹⁷¹. Porém, os indivíduos, por meio de um cálculo racional, promovem a instauração de uma sociedade política que, para Hobbes, irá impor a ordem sobre esse estado de conflito, insegurança e contingência.

Dessa maneira, a percepção hobbesiana da realidade humana – licenciada pelo método ‘resolutivo-compositivo’ - é marcada por um humanismo tipicamente Moderno e inovador quanto à definição de Política: esta não é mais vista como decorrente de uma harmonia natural das relações humanas, mas é derivada da própria

¹⁶⁹ A “descoberta” do indivíduo aproxima Hobbes de Ockham: “Um filósofo tirou todas as conseqüências do nominalismo para o direito. Pode ser chamado de fundador da filosofia do direito individualista moderno, se bem que os princípios de seu sistema já se encontrem em Guilherme de Occam e Duns Scot no século XIV. Trata-se do grande filósofo inglês de meados do século XVII, autor, entre outros livros, do *Leviatã* (1651).” (VILLEY, Michel. **Filosofia do direito...**, p.139)

¹⁷⁰ “Chave da ‘filosofia moderna’: o exercício de um método (...). Triunfo do modelo de Euclides, da dedução rigorosa experimentada em geometria (*mos geometricus*), ou do método galileano, ‘resolutivo-compositivo’, que procede por análise, decomposição em elementos simples da realidade concreta para, após, por meio de uma hipótese, promover a reconstrução sintética. A partir de átomos, de idéias simples, Hobbes vai se dedicar a construir os ‘corpos’, os corpos físicos, o corpo do ‘homem’, o ‘corpo político.’” Tradução livre de: “*Clé de la ‘philosophie moderne’: l’exercice d’une méthode (...). Triomphe du modèle d’Euclide, de la déduction rigoureuse expérimentée en géométrie (mos geometricus), ou de la méthode galiléenne, ‘resolutive-compositive’, qui procede par analyse, décomposition en éléments simples de la réalité concrète, puis a partir d’une hypothèse, reconstruction synthétique. A partir d’atomes, d’idées simples, Hobbes va s’employer à construire des ‘corps’, les corps physiques, le corps de ‘l’homme’, le ‘corps politique’.*” (VILLEY, Michel. Préface au “De Cive”. p.287.)

¹⁷¹ Cf. HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p.107;113-114.

indústria racional dos indivíduos. Não há uma “Natureza Política”; os indivíduos são os únicos elementos naturais da realidade, sendo que a Política é um produto racional dos indivíduos, é um artifício para pôr fim às dificuldades do estado de natureza¹⁷²: a Política, na perspectiva mecanicista cartesiana partilhada por Hobbes, é uma máquina confeccionada pelos indivíduos humanos.

Sob esse panorama, considerando que os indivíduos são partículas com total independência entre si e que estão dispersos em busca de sua autoconservação, o problema que se apresenta é compreender como esses indivíduos podem formar uma Vontade e implementar uma Ação que lhes seja comum. Esse parece ser o problema principal da Filosofia Política Moderna, cuja percepção original é atribuída a Hobbes: como apresentar uma multidão sob a forma de unidade?¹⁷³ Veja-se que é o mesmo problema que o nominalismo ockhamiano apresenta no campo da Moralidade e que Descartes identifica no âmbito dos processos do conhecer: como é possível identificar uma ordem necessária em um mundo formado apenas por indivíduos que não possuem uma existência necessária?

Parte do problema é resolvido por Hobbes por meio de um distanciamento da ontologia nominalista ockhamiana. Para Ockham, as semelhanças entre os indivíduos não são ontologicamente necessárias, mas apenas contingentes. Hobbes parte dos

¹⁷² “Hobbes substitui a imagem organicista da sociedade, na qual, segundo Aristóteles, as partes são determinadas pelo todo, por sua concepção mecanicista de uma sociedade construída por composição sintética dos elementos que os indivíduos são iguais por natureza.” (GOYARD-FABRE, Simone. *op. cit.*, p. 83, nota 59.) No mesmo sentido, JAUME ao mencionar que a Política em Hobbes não realiza uma tendência de harmonia para a qual o ser humano está naturalmente predisposto: a Política, pelo contrário, seria mecanicamente industrializada pelos indivíduos. Cf. JAUME, Lucien. **Hobbes et l'État représentatif moderne**. Paris: PUF, 1986. p.130 e, ainda, cf. VILLEY, Michel. Préface au “De Cive”. p.289. Para uma comparação entre a Política no pensamento aristotélico (naturalista) e no pensamento hobbesiano (artificialista), assim como a concepção de lei que delas decorre, cf. VILLEY, Michel. **La formation de la pensée...**, p.657-658.

¹⁷³ Ver, nesse sentido, a clara argumentação de Goyard-Fabre: “A partir dessa premissa individualista, a existência do Poder no Estado apresenta portanto um único problema: o da passagem de uma multidão de átomos individuais associativos e apolíticos, para a unidade ordenada da sociedade ‘civil’ ou ‘política’.” (GOYARD-FABRE, Simone. *op. cit.*, p. 79.) No mesmo sentido, Zarka, ressaltando que a grande questão da vontade política hobbesiana se concentra na problemática do princípio que permite que a multidão de indivíduos se torne uma pessoa civil única. Cf. ZARKA, Yves Charles. **Philosophie et politique à l'âge classique**. Paris: PUF, 1998. p.124.

indivíduos, mas, para evitar a desordem nominalista da contingência, universaliza-os à maneira da hipóstase cartesiana: todo indivíduo humano é visto como titular de direitos sobre todas as coisas e dotado inerentemente de liberdade, igualdade em relação aos demais indivíduos.

Ora, se os indivíduos universalizados vivem em um estado de absoluta liberdade – definida como ausência de impedimentos para realizar o que a Razão individual deles determina que devam fazer para a sua própria conservação – e se esta condição natural dos indivíduos que é também a causa do estado de guerra em que convivem, o que moverá os indivíduos a se unirem? Vale dizer, se a natureza dos indivíduos os conduzem à guerra, o que permitirá a eles escaparem desse estado belicoso? A resposta à pergunta está contida em suas premissas: não está na Natureza a capacidade de os seres humanos escaparem às agruras do estado natural; será a também universal capacidade construtiva, industriosa do ser humano que irá permitir essa superação: a unidade da multidão é o resultado de um artifício humano: um pacto que cria uma Pessoa Pública que representa a multidão de modo unitário¹⁷⁴. O Estado – que será essa Pessoa Pública – é um produto do pacto realizado entre os indivíduos universalizados e que acaba por eliminar a própria contingência no âmbito da Política (a segunda morte do indivíduo).

Fica assim esclarecido que o método aplicado por Hobbes na compreensão das relações políticas – o método “resolutivo-compositivo” – baseia-se na percepção do indivíduo como fundamento da realidade; frise-se: indivíduo, paradoxalmente, universalizado. Disso decorre o problema de compreender-se a maneira pela qual os

¹⁷⁴ A comparação que Hobbes faz entre a “sociabilidade” das abelhas e formigas e a dos indivíduos humanos exemplifica a artificialidade da sociabilidade destes. Dentre todas as diferenças, a última destaca que a convivência “social” das abelhas reside na natureza destas e a dos seres humanos é construída artificialmente por estes: “Por último, o acordo vigente entre essas criaturas é natural, ao passo que o dos homens surge apenas através de um pacto, isto é, artificialmente. Portanto não é de admirar que seja necessária alguma coisa mais, além de um pacto, para tornar constante e duradouro seu acordo: ou seja, um poder comum que os mantenha em respeito, e que dirija suas ações no sentido do benefício comum.” (HOBBS, Thomas. *op. cit.*, p.143.)

indivíduos fundam uma sociedade política, cuja resposta é encontrada na criação de uma Pessoa Pública – o Estado – mediante um pacto.

Agora, cumpre entender por que os indivíduos universalizados devem obedecer à Vontade Estatal e qual a fundamentação da legitimidade da ação estatal. Essas duas questões são analisadas a partir do processo de autorização dos súditos/cidadãos à atividade estatal, pela qual se percebe que a Política e o Estado Modernos são uma função da economia capitalista. Nisso reside a antinomia da funcionalização do Estado à economia que foi antecipada na análise do pensamento kantiano. Para além disso, notar-se-á no exame da segunda questão – a da legitimidade da ação estatal – que o cidadão é sujeito não apenas no sentido de fundamento da ordem política Moderna. O cidadão, na medida em que expressa a hipóstase do indivíduo concreto, é também submetido à prescrição estatal, ou seja, às prescrições legais que desconsideram a existência concreta desse cidadão. A análise do conceito de lei rousseauiana demonstrará esse aspecto da sujeição que caracteriza a subjetividade político-jurídica Moderna.

1.1 UM DEUS PARA OS INDIVÍDUOS: A NOVA ALIANÇA ENTRE POLÍTICA E ECONOMIA

Por que os indivíduos realizam o pacto que institui a Pessoa Pública – o Estado? Hobbes encontrará o motivo na igualdade natural dos seres humanos que os induzem ao estado de guerra perpétua¹⁷⁵. O estado de natureza do ser humano, esse estado de igualdade, é um processo de conflito permanente em que os indivíduos universalizados não podem viver e aproveitar dos bens com segurança:

Numa tal situação não há cultivo da terra, nem navegação, nem uso das mercadorias que podem ser importadas pelo mar; não há construções confortáveis, nem instrumentos para mover e remover as coisas que precisam de grande força; não há conhecimento da face da

¹⁷⁵ “Desta igualdade quanto à capacidade deriva a igualdade quanto à esperança de atingirmos nossos fins. Portanto, se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos.” (HOBBS, Thomas. *op. cit.*, p.108.)

Terra, nem cômputo do tempo, nem artes, nem letras; não há sociedade; e o que é pior do que tudo, um constante temor e perigo de morte violenta. E a vida do homem é solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta.¹⁷⁶

O estado de natureza, então, apresenta-se, para Hobbes, como um estado de decadência e perdição para o ser humano. O indivíduo centrado em si próprio está perdido. A sua salvação, a sua redenção está na sua ressurreição – juntamente com os demais indivíduos – sob uma nova Pessoa – o Estado. Note-se que a estrutura do argumento hobbesiano adequa-se a uma visão cristã das relações humanas: o centro da realidade dirigido ao indivíduo perdido em si próprio e a implementação, mediante uma Aliança, de um fim supra-individual - a redenção dos indivíduos (Ressurreição, Renascimento):

O estado de natureza é uma reinterpretação do estado de decadência do homem sob a empresa do pecado. Deixado a si mesmo, o homem somente pode fazer o mal, prejudicar os demais, afirmar-se no egoísmo de suas paixões, ser mal e vindicativo. (...) O único problema, é, então, fazer o homem passar da morte à vida, da existência destrutiva a uma vida organizada e pacífica. É necessário salvar o homem da perdição e do aniquilamento em que ele se encontra. Os teólogos como Lutero e Calvino resolveram esse problema em uma perspectiva teológica: a saúde vem inteiramente da graça e da fé. Hobbes trata desse mesmo problema sob uma perspectiva antropológica e política. O Estado tem uma função sobretudo salvadora.¹⁷⁷

Para o cristianismo, a Aliança incarna-se no corpo de Cristo cuja Ressurreição é a redenção de todos os pecadores, o próprio Renascimento destes. Na apreensão laicizante do mito cristão, a Aliança hobbesiana é efetuada pelo pacto entre os

¹⁷⁶ *Ibid.*, p.109.

¹⁷⁷ Tradução livre de: “*L’état de nature est une réinterprétation de l’état de déchéance de l’homme sous l’emprise du péché. Livré à lui-même, l’homme ne peut que faire le mal, nuire à autrui, s’affirmer dans l’égoïsme de ses passions, être méchant et vindicatif. (...) Le problème unique, c’est alors de faire passer l’homme de la mort à la vie, de l’existence destructrice à une vie organisée et pacifique. Il faut sauver l’homme de la perte et de l’anéantissement où il se trouve entraîné. Des théologiens comme Luther et Calvin résolvaient ce problème dans une perspective théologique: le salut vient entièrement de la grâce et de la foi. C’est ce même problème que traite Hobbes en le posant dans une perspective anthropologique et politique. L’Etat a une fonction avant tout salvatrice.*” (CLAIR, André. Aliénation de droits et institution de l’Etat selon Hobbes. **Archives de philosophie du droit**, Paris, Tome 25, p.309-310, 1980.)

indivíduos que têm a função de criar a Pessoa Pública (o Estado) responsável por implementar a segurança para a vivência dos indivíduos e fazê-los renascer em uma ordem civil.

Se para os cristãos a Aliança Redentora salva os humanos do pecado original e é implementada pela Graça e Providência Divinas que doa seu Filho aos humanos, já na perspectiva de Hobbes, a Aliança deriva de uma ação terrena e dependente apenas da vontade dos próprios indivíduos humanos. Assim, pode-se compreender por que Hobbes compara a criação do Estado à Criação Divina – ambos são momentos de industriosa independência:

E a *arte* vai mais longe ainda, imitando aquela criatura racional, a mais excelente obra da natureza, o *Homem*. Porque pela arte é criado aquele grande *Leviatã* a que se chama *Estado*, ou *Cidade* (e em latim *Civitas*), que não é senão um homem artificial, embora de maior estatura e força do que o homem natural, para cuja proteção e defesa foi projetado. (...) Por último, os *pactos* e *convenções* mediante os quais as partes deste Corpo Político foram criadas, reunidas e unificadas assemelham-se àquele *Fiat*, ao *Façamos o homem* proferido por Deus na Criação.¹⁷⁸

Hobbes denomina o Estado criado pelos indivíduos por *Deus Mortal*¹⁷⁹ e por esse termo é possível entender uma distinção importante relativa à Aliança Cristã e que demonstra a finalidade do Estado e seus limites de atuação e, desse modo, explica a razão da obediência dos indivíduos ao Estado. A Aliança Cristã, além de ser derivada da Graça Divina e não ser criada pelos indivíduos, projeta para estes um fim que lhes é superior, um fim supra-individual – o seu próprio Renascimento mediante a comunhão com Deus e com os demais cristãos. Trata-se do elemento místico do Cristianismo.

Em Hobbes, a instituição do Estado/soberano deriva de um pacto; um pacto pelo qual cada um dos indivíduos, sob a condição de que todos os outros façam o mesmo, cedem e transferem a um terceiro (um outro indivíduo ou grupo deles) a capacidade de se governarem a si próprios para que a paz e a segurança coletivas

¹⁷⁸ HOBBS, Thomas. *op. cit.*, p.27.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p.144.

sejam garantidas por este terceiro.¹⁸⁰

Porém, para Hobbes, por meio de um pacto, o indivíduo sempre visa a um benefício próprio¹⁸¹ e, por isso, é logicamente inimaginável um pacto que implique um prejuízo aos pactuantes: disso decorre que há certos direitos que não podem ser objeto de pactos ou de renúncias, como o direito de resistir a um ataque contra a própria vida¹⁸². Logo, como o Estado é instituído por meio de um pacto, entende-se, em primeiro lugar, que o Estado é sempre um benefício almejado pelos indivíduos pactuantes (a segurança destes)¹⁸³ e, em segundo lugar, que os direitos inalienáveis não

¹⁸⁰ “Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama *Estado*, em latim *civitas*. É esta a geração daquele grande *Leviatã*, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele *Deus Mortal*, ao qual devemos abaixo do *Deus Imortal*, nossa paz e defesa.” (*Id.*, p.144.) A argumentação a seguir explana a laicização da mística da Aliança Cristã que, sob certo enfoque, o pensamento hobbesiano implica. Villy, ao abordar a funcionalização do Direito ao indivíduo, explana com melhor acuro e síntese essa laicização Moderna do misticismo cristão: “Mas devemos observar, aqui, que nem o individualismo cristão, nem o estóico, eram absolutos. Quando a moral cristã se dirige ao indivíduo é para ditar-lhe seus deveres e propor-lhe um fim supra-individual: esta espécie de fusão com Deus que é o termo final da vida cristã, com o ‘corpo místico’, com os outros. Se é justo pensarmos que os primeiros nominalistas ou os scotistas tinham o senso deste sacrifício de si mesmo que a moral evangélica exige do indivíduo, o mesmo não pode ser dito dos filósofos envolvidos pelo espírito científico moderno. Falta-lhes esta dimensão mística. Quando se puserem a definir para que serve o direito, concluirão que sua finalidade deve ser o benefício pessoal do único ser realmente existente, cada indivíduo, que doravante, ontologicamente, nada mais liga aos outros.” (VILLEY, Michel. **Filosofia do direito...**, p.138)

¹⁸¹ “Quando alguém transfere seu direito, ou a ele renuncia, fá-lo em consideração a outro direito que reciprocamente lhe foi transferido, ou a qualquer outro bem que daí espera. Pois é um ato voluntário, e o objetivo de todos os atos voluntários dos homens é algum *bem para si mesmos*.” (HOBBS, Thomas. *op. cit.*, p.115.)

¹⁸² *Id.*, p.115.

¹⁸³ “Entende-se que a obrigação dos súditos para com o soberano dura enquanto, e apenas enquanto, dura também o poder mediante o qual ele é capaz de protegê-los. Porque o direito que por natureza os homens têm de defender-se a si mesmos não pode ser abandonado através de pacto algum.” (*Ibid.*, p. 178.) Assim, se o soberano é vencido na guerra e feito prisioneiro pelo vencedor, não podendo mais oferecer segurança para os seus súditos, estes tornam-se livres do vínculo que mantinham com o soberano vencido e passam a serem súditos do soberano vencedor. Cf. *Ibid.*, p.179. POLIN explica que, apesar do soberano não se comprometer pelo pacto com os indivíduos pactuantes, pois, afinal, o pacto foi feito para ele, o soberano somente se legitima ao atingir os fins para os quais foi erigido. Cf. POLIN, Raymond. O mecanismo social no Estado civil. Tradução de Bento Prado Netto e Raquel Seixas de Almeida. In: QUIRINO, Célia Galvão; SOUZA, Maria Teresa R. de. (Organização, Introdução e notas). **O pensamento político clássico**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau. São Paulo: T. A. Queiroz, 1992. p.102.

são cedidos ao Estado e permanecem como liberdades do indivíduo pactuante em face das prescrições do Estado¹⁸⁴.

Assim, diferentemente da Aliança Cristã, o pacto que institui o Estado não possui qualquer finalidade que seja supra-individual: ao contrário, o pacto tem por objetivo garantir os interesses dos indivíduos pactuantes e o *Deus* que é criado pelos indivíduos é *Mortal* na medida em que sua existência está funcionalizada a esses interesses individuais. Que interesses individuais são esses?

Como se viu anteriormente, Hobbes universaliza o indivíduo e, por conseqüência, universaliza suas necessidades: o pacto hobbesiano visa garantir a utilização segura da propriedade, “assegurar o meu e o teu”. O pacto político, então, apresenta-se como o pacto dos indivíduos universalizados sob o cânone da propriedade privada, do patrimônio. Portanto, o indivíduo universalizado apresenta-se como uma verdadeira hipóstase do significado ontológico do ser humano porque o indivíduo humano é, arbitrariamente, identificado ao indivíduo proprietário. Nesse viés, compreende-se que a Política, uma vez identificada como instrumento dos indivíduos proprietários, revela-se como funcionalização do Estado à atividade econômica – tema que será desenvolvido no próximo tópico.

Posto isso, pode-se afirmar que foram demonstradas as razões que fundamentam a criação do Estado e como essas razões limitam a sua atuação (limite bem compreendido como espaço de liberdade dos súditos) e, sobretudo, o significado desse limite (funcionalização do público à atividade econômica). Essa demonstração foi possível graças à compreensão da maneira pela qual o Estado hobbesiano e o pacto que o cria podem ser vistos como uma espécie de laicização do misticismo da Aliança Cristã, patenteando a idéia de que os fundamentos a-históricos do Estado alçam a

¹⁸⁴ “Portanto, se o soberano ordenar a alguém (mesmo que justamente condenado) que se mate, se fira ou se mutile a si mesmo, ou que não resista aos que o atacarem, ou que se abstenha de usar os alimentos, o ar, os medicamentos, ou qualquer outra coisa sem a qual não poderá viver, esse alguém tem a liberdade de desobedecer.” (*Ibid.*, p.175.)

Modernidade a uma mitologia que se pretende racional e que apresenta uma escatologia materialista e peculiar: na origem do *novo Deus Mortal* encontra-se a sua causa final: a necessidade econômica dos indivíduos naturais projeta-se como segurança proprietária dos indivíduos pactuantes.

No entanto, se essa comparação com o misticismo cristão foi útil para esclarecer esses conceitos, ainda resta clarificar melhor os motivos da obediência à Vontade Estatal, bem como a fundamentação da legitimidade das ações do Estado – conceitos que não se esgotaram nas idéias acima expostas. A definição de Estado como Pessoa Pública irá atender ao primeiro objetivo e a definição Moderna de lei, ao segundo. Isso porque, como afirma Villey, por meio “... do *contrato social*, os homens instituem acima deles uma superpotência, encarregada de criar a ordem social. Esta será a origem do direito, que não existia por natureza.”¹⁸⁵ Em outras palavras, a Pessoa Pública institui a obediência dos súditos/cidadãos o que equivale a dizer que ela cria a ordem social e esta ordem social é mantida pelo direito identificado com a lei.

1.2 ESTADO E CIDADÃO: UMA PEÇA PARA DOIS E A FUSÃO ENTRE PÚBLICO E PRIVADO

Antes de entender o novo Direito criado pela superpotência, é preciso entender o que essa superpotência significa. Previamente, contudo, deve-se entender a natureza do pacto que a institui (que é algo diferente dos motivos que conduziram ao pacto, que já foram explicados).

Uma vez que o pacto significa a transferência do direito de auto-governo de todos os indivíduos para um só ou para um grupo deles, a definição de dois conceitos é necessária: o de liberdade e o de transferência de direitos. Ao adotar visão de Mundo mecanicista e individualista, Hobbes define a liberdade em termos corpóreos, isto é, a liberdade significa ausência de impedimentos, tal como a lei física

¹⁸⁵ VILLEY, Michel. *Filosofia do direito...*, p.141.

da inércia do movimento¹⁸⁶. Para definir o conceito hobbesiano de transferência de direitos, deve-se rememorar que, para Hobbes, os indivíduos universalizados, no estado de natureza, têm direitos sobre todas as coisas. Colocada a questão nesses termos, a transferência de direitos não teria qualquer sentido se ela fosse definida como a transmissão de um direito que o indivíduo recipiente já o tivesse por natureza. Assim, já que os indivíduos universalizados são titulares de direitos sobre todas as coisas, a transferência significa que o transmitente renuncia a resistir à liberdade de ação do recipiente sobre alguma coisa e em benefício deste¹⁸⁷.

Dessa maneira, o pacto que institui o Estado – a Pessoa Pública – é um pacto de não-resistência dos indivíduos universalizados em relação aos movimentos dessa Pessoa designada por todos como o seu representante e protetor. O Estado entendido como Pessoa, então, mais do que uma relação estática de designação ou de transferência de poder, significa uma relação dinâmica, um processo de movimento do Estado e de não-resistência dos indivíduos pactuantes em relação a esse movimento¹⁸⁸.

¹⁸⁶ “*Liberdade* significa, em sentido próprio, a ausência de oposição (entendendo por oposição os impedimentos externos do movimento); (...) Conformemente a este significado próprio e geralmente aceito da palavra, um *homem livre é aquele que, naquelas coisas que graças a sua força e engenho é capaz de fazer, não é impedido de fazer o que tem vontade de fazer*. Mas sempre que as palavras *livre* e *liberdade* são aplicadas a qualquer coisa que não é um *corpo*, há um abuso de linguagem; porque o que não se encontra sujeito ao movimento não se encontra sujeito a impedimentos. (...) E quando dizemos que uma doação é livre, não se está indicando nenhuma liberdade da doação, e sim do doador, que não é obrigado a fazê-la por lei ou pacto.” (HOBBS, Thomas. *op. cit.*, p.171.)

¹⁸⁷ “*Renunciar ao direito* a alguma coisa é o mesmo que *privar-se da liberdade* de negar ao outro o benefício de seu próprio direito à mesma coisa. Pois quem abandona ou renuncia a seu direito não dá a qualquer outro homem um direito que este já não tivesse antes, porque não há nada a que um homem não tenha direito por natureza: mas apenas se afasta do caminho do outro, para que ele possa gozar de seu direito original, sem que haja obstáculos da sua parte, ...” (*Ibid.*, p.114.)

¹⁸⁸ É assim que Hobbes define a Pessoa: “Uma Pessoa é aquele *cujas palavras ou ações são consideradas quer como suas próprias quer como representando as palavras ou ações de outro homem, ou de qualquer outra coisa a que sejam atribuídas, seja com verdade ou por ficção.*” (*Ibid.*, p.135.) A explicação de Jaume é esclarecedora: “A pessoa é uma atividade (uma emissão de palavras ou de atos), um conjunto de fenômenos, que o observador identifica como *processo unitário* e como *relação causal.*” Tradução livre de: “*La personne est une activité (une émission de paroles ou d’actes), un ensemble de phénomènes, que l’observateur identifie à la fois comme procès unitaire et comme relation causale.*” (JAUME, Lucien. *op. cit.*, p.83.)

Não basta a não-resistência dos indivíduos para que se institua o Estado como Pessoa. Hobbes acrescenta que a Pessoa é Representação em nome de outro, é atuação em nome de outro. A Pessoa, como processo, é uma relação teatral, uma atuação cênica:

A palavra ‘pessoa’ é de origem latina. Em lugar dela os gregos tinham *prósopon*, que significa *rosto*, tal como em latim *persona* significa o *disfarce* ou a *aparência exterior* de um homem, imitada no palco. E por vezes mais particularmente aquela parte dela que disfarça o rosto, como máscara ou viseira. E do palco a palavra foi transferida para qualquer representante da palavra ou da ação, tanto nos tribunais como nos teatros. (...)

Quanto às pessoas artificiais, em certos casos algumas de suas palavras e ações *pertencem* àqueles a quem representam. Nesses casos a pessoa é o *ator*, e aquele a quem pretendem suas palavras e ações é o *autor*, casos estes em que o autor age por autoridade.¹⁸⁹

O cenário Político, então, estabelece-se por meio de uma relação de alteridade cênica entre a multidão dos indivíduos pactuantes e a Pessoa que é *autorizada* pelo pacto a atuar em nome daqueles.¹⁹⁰ O processo constante de não-resistência e de autorização da multidão em relação ao Estado é o que o caracteriza como uma Pessoa Artificial Pública. A multidão pactuante é o autor dos atos e das palavras do roteiro

¹⁸⁹ HOBBS, Thomas. *op. cit.*, p.135.

¹⁹⁰ Após demonstrar que, no direito inglês medievo, o conceito de representação origina-se na *morte* e significa a substituição do falecido pelos seus herdeiros (seja pelo *birthright* – pertinente aos bens reais em que se herda não somente os bens do genitor, mas todo o seu eventual direito a suceder – ou pelo *will* – pertinente aos bens pessoais em que se herda conforme a vontade do morto), Ribeiro, com belas imagens, explica que, para Hobbes, a representação é estabelecida por meio de uma alteridade entre vontades *vivas* e, mais do que isso, tem como finalidade a preservação da vida do representado: “A estas representações que esvaziam, vicárias, opõe-se a hobbiana – que se origina na vontade, do representado, de continuar vivendo. No lugar da morte, que no Direito funda a representação, Hobbes põe a vontade, que é sempre de viver. A própria renúncia, que constitui a representação, é o ato máximo da vontade: seu *fiat*, pelo qual o homem – *imago Dei* – cria um homem artificial, ou deus mortal (L, Introd., p.81, XVII, p.227). A representação não é substituição nem repetição, mas a grande metamorfose na condição humana: o representado não morre, fênix, ao engendrar o Leviatã, porém dá-lhe força, tornando-se escama em seu corpo artificial, a armadura. E, contudo, os poderes que ele cede são meios para um fim que ainda lhe pertence, a sua vida a preservar. A vida é origem e finalidade (ou melhor, ‘consideration’) da representação hobbiana. O homem natural não some face ao artificial, o criador face à criatura, o representado ao representante: em cena há sempre duas vontades. (...) [Hobbes] engata a representação na criação: o representado é autor do estado, mas sem direito a tutelá-lo; o súdito é representado no estado, mas sem com isso desaparecer. (...) Mas, porque eles conservam as suas vontades, com o soberano fazem troca em vez de sofrerem tutela: a segurança que recebem, pagam-na obedecendo.” (RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo**: Hobbes escrevendo contra o seu tempo. [S.l.]: brasiliense, 1984. p.148-149.)

destinado à atuação do Estado, nos limites de seu papel¹⁹¹. O equilíbrio cênico estabelece-se na mediação das vontades do Autor e do Ator pela qual aquele, como espectador, reconhece a atuação como provinda de sua pena e, por isso, não oferece resistência ao movimento do Ator. O Estado, como Pessoa, é o Ator, agindo em virtude da autorização recebida pela multidão – o Autor. Os atos praticados pelo Estado não o são em nome próprio, mas em nome do Autor – a multidão pactuante – e, por isso, é a multidão/Autor (como causa conservante e causa final do Estado) que se vincula por meio desses atos. A obediência, então, tem seu fundamento na gênese da atuação do Estado, que é a autorização da multidão.

Obviamente, a multidão é composta pelos indivíduos universalizados, ou seja, a multidão é composta por um padrão de subjetividade (igualdade, liberdade e propriedade titularizadas por todos os indivíduos). Nesse ponto, bem se compreende que o sujeito Moderno é *subjectum*, fundamento, isto é, subjaz à Política Moderna, pois a obediência se fundamenta na estrita encenação estatal do roteiro estabelecido pela multidão universalizada (a segurança da atividade econômica, preservando “*o meu e o teu*”). Sob outro enfoque, o sujeito Moderno é o indivíduo universalizado que se sujeita, submete-se ao Estado justamente porque este é idealizado como produto da vontade do indivíduo universalizado. Nisso se resume o aspecto principal da dinâmica da cidadania Moderna que o pensamento hobbesiano¹⁹² permite desvelar melhor que a

¹⁹¹ “...dado que todo súdito é por instituição autor de todos os atos e decisões do soberano instituído, segue-se que nada do que este faça pode ser considerado injúria para com qualquer de seus súditos, e que nenhum deles pode acusá-lo de injustiça.” (HOBBS, Thomas. *op. cit.*, p.147.) Cf. ainda GOYARD-FABRE, Simone. *op. cit.*, p.90-91 e JAUME, Lucien. *op. cit.*, p.86-87.

¹⁹² Zarka apreende a noção de sujeito como ente moral que, em relação de alteridade, desenvolve a consciência de si próprio. Como a teoria hobbesiana se ergue sobre a idéia de liberdade excludente de qualquer alteridade, Zarka vislumbra apenas uma possibilidade dessa teoria ser capaz de construir a idéia de sujeito: na relação de resistência do indivíduo ao Estado/Soberano que não satisfaz os interesses que deram origem ao pacto político fundamental. “O indivíduo tornar-se-ia sujeito no momento em que resistisse ao poder. Trata-se de um dos efeitos paradoxais da teoria política de Hobbes.” Tradução livre de: “*L’individu deviendrait ainsi sujet au moment de résister au pouvoir. C’est l’un des effets paradoxaux de la théorie politique de Hobbes.*” (ZARKA, Yves Charles. **L’autre voie de la subjectivité**. p.111.) Porém, nesta dissertação, o sentido da subjetividade é outro: sujeito é fundamento e sujeição. Nesse sentido, a Filosofia Política hobbesiana expressa de forma paradigmática a subjetividade Política Moderna.

concepção de Estado kantiana: o súdito/cidadão obedece ao Estado na estrita medida em que o Estado atende aos interesses do súdito/cidadão, sendo que esses interesses, na construção da Filosofia Política Moderna, hipostasiam-se como segurança da atividade econômica.

Dessa maneira, o equilíbrio cênico da Política remete ao reconhecimento pelos Autores (a multidão) da fiel interpretação realizada pelo Estado do papel que lhe é destinado (assegurar a segurança e paz) e, em contrapartida, aqueles obedecem aos movimentos do Estado. Essa dualidade – atuação e obediência – resulta em uma transformação dos indivíduos, pois, estes, ao natural, são entes absolutos com direito sobre tudo, não se sujeitando a qualquer espécie de dominação que não seja a força superior *natural*. Já o Estado é uma força superior que é *produzida* pelos indivíduos, e a obediência a essa força também é artificial. O Estado instaura uma obediência desnaturada, uma obediência criada, e é essa obediência industrial que torna os indivíduos súditos, sujeitos, cidadãos. Como afirma Polin, na Filosofia Política de Hobbes, “... assiste-se à transformação do indivíduo natural, membro da multidão confusa, em indivíduo civil, em cidadão, membro da *Commonwealth*.”¹⁹³ A cidadania é a artificialização do indivíduo porque ela significa o outro pólo da representação cênica do Estado, ou seja, o cidadão é o indivíduo obediente que, ao mesmo tempo que obedece, autoriza a encenação estatal:

Em virtude do *Covenant* que os indivíduos firmaram entre si, cada indivíduo se tornou cidadão que ‘se constrói a si próprio’, que é o autor efetivo de todos os atos praticados na cidade por aquele sobre a qual repousa a suprema potência, o soberano. Desse modo, fixa-se, sobretudo, a união de todos os cidadãos na *Commonwealth*, uma vez que cada um permanece, constantemente, o *autor* autêntico e responsável dos *atos* realizados pela pessoa pública, o soberano, que é apenas uma pessoa fictícia. A decisão do soberano integra a vontade de todos os cidadãos. A onipotência do soberano é a soma e a unidade das vontades

¹⁹³ Tradução livre de: “*Nous allons assister à la transformation de l’individu naturel, membre de la multitude confuse, en individu civil, en citoyen, membre du Commonwealth.*” (POLIN, Raymond. Hobbes et le citoyen. In: ZARKA, Yves Charles; BERNHARDT, Jean. (Publié sous la direction de). **Thomas Hobbes**: Philosophie première, théorie de la science et politique. Paris: PUF, 1990. p.327.)

dos cidadãos e a força que elas implicam. *Civitas ominis civilis persona est.*¹⁹⁴

Em resumo, a constituição da Pessoa Pública – o Estado – não é um ato criativo estático. O Estado é constituído por meio de uma performance teatral e, por isso, implica uma alteridade que se expressa pela obediência (do indivíduo universalizado ao Estado) e pela autorização (também do indivíduo universalizado ao Estado)¹⁹⁵. A alteridade performática, por sua vez, faz do indivíduo aquele que se sujeita a um poder superior (súdito), mas que é o próprio artífice desse poder (cidadão).¹⁹⁶ Disso se compreende que não somente a Pessoa Pública – o Estado – é

¹⁹⁴ Tradução livre de: “*C’est pourquoi, en vertu du Covenant qu’ils ont passé, chacun avec chacun, chaque individu devenu citoyen qui ‘s’est fait lui-même’, est l’auteur effectif de tous les actes accomplis dans la cité par celui auquel a été remise la suprême puissance, le souverain. In Comment marquer davantage l’union de tous les citoyens dans le Commonwealth, puisque chacun demeure constamment l’auteur authentique et responsable des actes accomplis par la personne publique, le souverain, qui n’est qu’une personne fictive. La décision du souverain intègre la volonté de tous les citoyens. La toute puissance du souverain est la somme et l’unité des volontés des citoyens et de la force qu’ils engagent. Civitas omnis civilis persona est.*” (*Ibid.*, p.329.)

¹⁹⁵ Quanto ao aspecto da obediência, deve-se destacar que como o soberano não pactua com os súditos, o soberano não pode quebrar o pacto e os súditos não podem se livrar da sujeição. Cf. HOBBS, Thomas, *op. cit.*, p.146. Ainda quanto a esse aspecto, destaca-se que dentre os direitos da soberania – a alma do Estado, nas palavras de Hobbes, o controle acerca das opiniões dos súditos parece ser bom exemplo da idéia de sujeito como aquele que está sujeitado ao Poder instituído: “... compete à soberania ser juiz de quais as opiniões e doutrinas que são contrárias à paz, e quais as que lhe são propícias. E, em consequência, de em que ocasiões, até que ponto e o que se deve conceder àqueles que falam a multidões de pessoas, e de quem deve examinar as doutrinas de todos os livros antes de serem publicados. Pois as ações dos homens derivam de suas opiniões, e é no bom governo das opiniões que consiste o bom governo das ações dos homens, tendo em vista a paz e a concórdia entre eles.” (*Ibid.*, p.148.) Quanto ao aspecto do súdito apresentar-se como fundamento do Estado: “Ocorre que o princípio de autoridade do Poder, a partir de Hobbes e graças a ele, apesar das variações distantes da literalidade de suas próprias teses, havia de alguma maneira mudado de campo: encontrava-se não na vontade ‘arbitrária e absoluta’ do monarca, mas, a partir daí, pertencia ao corpo do povo, tornado o centro de gravidade da autoridade do poder estatal.” (GOYARD-FABRE, Simone. *op. cit.* p.93.)

¹⁹⁶ Para Zarka, o pacto que cria a Pessoa Pública é um ato paradigmático e performático. Paradigmático porque estrutura o edifício político Moderno, uma vez que é a partir dele que se deduz os direitos de soberania, os deveres e as liberdades dos cidadãos. É um ato performático porque é sempre praticado pelos cidadãos e uma vez que é convencionalizado/praticado por estes, demonstra-se que o Estado não surge de uma mera submissão dos indivíduos ao poder. Cf. ZARKA. **Philosophie et politique à l’âge classique.** p.240-241.

um processo de encenação constante, mas a própria cidadania é um processo e uma relação, pois decorre da síntese obediência/autorização. Então, se os indivíduos – pela alteridade da representação – tornam-se súditos ou sujeitos, esta transformação pode ser atribuída a dois momentos: são sujeitos porque são o fundamento do Estado e são sujeitos porque devem obedecer ao Estado.

A complexa síntese desse conceito de cidadania reverte em uma também difícil separação dos sentidos dos espaços público e privado que, aliás, marca o significado Moderno da Política. Ora, os indivíduos, ao instituírem o Estado, tornam-se sujeitos no sentido em que seus interesses particulares são o fundamento do Estado, são a causa final da Política. Isso significa que o Estado – âmbito da esfera pública – existe pelos indivíduos (fundamento) e para os indivíduos (causa final). A esfera pública, portanto, não é autônoma e sempre tem a sua existência condicionada aos interesses dos indivíduos. Porém, atribui-se estranheza a essa idéia uma vez que constituído o Estado, os indivíduos tornam-se sujeitos/cidadãos e deixam de ser indivíduos; e, então, como pode o Estado estar atrelado aos interesses dos indivíduos que não mais existem? Rousseau, como será visto na seqüência, e Kant (como já foi demonstrado) tentam resolver essa aporia ao desvincular a causa final do Estado da satisfação dos interesses individuais e atrelá-la ao aperfeiçoamento moral do indivíduo.¹⁹⁷

O espaço privado, uma vez que não se diferencia do público pelo critério do interesse, é identificado como o espaço de liberdade dos indivíduos licenciada pelo

¹⁹⁷ Também Rousseau – ao tornar o cidadão em um ente moral – parece pretender eliminar definitivamente o indivíduo e o seu espaço no momento de constituição da esfera pública. O comentário de Polin acerca do legislador rousseauiano aponta que esse seria um objetivo do autor genebrino: “É por isso que o problema político por excelência, o problema do legislador, consiste em ‘desnaturar o homem’ e em transformar o indivíduo absoluto da natureza em um cidadão, que seja parte de um todo maior, do qual ele receba, de alguma maneira, sua vida e seu ser.” (POLIN, Raymond. *Indivíduo e comunidade*. Tradução de Nelson Brissac Peixoto. In: (Organização, Introdução e notas) QUIRINO, Célia Galvão; SOUZA, Maria Teresa R. de. (Organização, Introdução e notas). **O pensamento político clássico**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau. São Paulo: T. A. Queiroz, 1992. p.141.)

Estado.¹⁹⁸ Mais uma vez, a aporia se apresenta: se o espaço público surge com a extinção dos indivíduos e o nascimento do cidadão, como se pode dizer que há um espaço privado que – paralelo ao espaço público – se destine à liberdade dos indivíduos?

Uma forma de escancarar a aporia da diferenciação entre público e privado a partir da Filosofia Política Moderna inaugurada por Hobbes é explicitar a conclusão de Polin no sentido de que o soberano – a alma do Estado hobbesiano – representa o indivíduo perfeito: “... de um lado, ele representa o homem privado, plenamente livre e dono de si mesmo, tão poderoso quanto seja razoavelmente possível concebê-lo, e gozando proporcionalmente da permanência na segurança. De outro lado, forma uma pessoa pública acabada, reunindo em sua unidade a totalidade do Estado. Ele é a síntese e a unidade, em uma só pessoa, da pessoa particular e da pessoa pública.”¹⁹⁹ A aporia apenas se completa ao se observar a outra ponta da representação – o cidadão. Polin também considera que o cidadão realiza, em si próprio, o público e o privado:

O cidadão realiza, por sua vez, de dupla maneira, o mais alto grau de individualidade compatível com a condição ordinária do homem: de um lado, indivíduo natural incompleto e precário, ele abandona sua liberdade natural e encontra no Estado racional a liberdade sob forma de segurança, a permanência e a distinção sob forma da propriedade, a autonomia sob forma de responsabilidade. De outro lado, autor autêntico dos atos do Soberano, ele é, em si mesmo, poder absoluto, liberdade, razão e participa da pessoa pública acabada. Ele também realiza, à sua maneira, a unidade da pessoa particular e da pessoa pública.²⁰⁰

¹⁹⁸ É esse o sentido empregado por Hobbes: “Dado que em nenhum Estado do mundo foram estabelecidas regras suficientes para regular todas as ações e palavras dos homens (o que é uma coisa impossível), segue-se necessariamente que em todas as espécies de ações não previstas pelas leis os homens têm a liberdade de fazer o que a razão de cada um sugerir, como o mais favorável a seu interesse. (...) Portanto a liberdade dos súditos está apenas naquelas coisas que, ao regular as suas ações, o soberano permitiu: como a liberdade de comprar e vender, ou de outro modo realizar contratos mútuos; de cada um escolher sua residência, sua alimentação, sua profissão, e instruir seus filhos conforme achar melhor, e coisas semelhantes.” (HOBBS, Thomas. *op. cit.*, p.173.)

¹⁹⁹ POLIN, Raymond. O indivíduo e o Estado. Tradução de Nelson Brissac Peixoto. In: QUIRINO, Célia Galvão; SOUZA, Maria Teresa R. de. (Organização, Introdução e notas). **O pensamento político clássico: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau.** São Paulo: T. A. Queiroz, 1992. p.109.

²⁰⁰ *Ibid.*, p.110.

A conjugação, realizada por Polin, dos espaços público e privado na soberania que anima o Estado e no cidadão demonstra que a indiferenciação entre esses espaços é marca da Modernidade Política.

A dificuldade em diferenciar o público do privado repousa na remissão do Estado ao conceito processual de Pessoa. Esse processo de autorização dos indivíduos ao soberano e que constitui o Estado e os cidadãos, apesar de fundamentar a obediência destes em relação àquele, impossibilita a distinção entre público e privado: o interesse particular do indivíduo (proprietário, lembre-se) torna-se causa final e conservante do interesse público (o que desqualifica a diferenciação entre ambos os espaços pelo conceito de interesse) ao mesmo passo em que, erguido o Estado, não deveria haver mais espaço privado, pois não haveria mais indivíduos.²⁰¹ E, aqui, reside a antinomia: cidadão e indivíduo “convivem” quando deveriam excluir-se mutuamente.

Contudo, toda dificuldade de compreensão se resolve ao se rememorar que o indivíduo hobbesiano é a universalização da atividade econômica baseada na propriedade privada e que demanda a segurança acerca do “meu e do teu”. Assim, se o público e o privado não se distinguem pelo interesse, isso resulta do próprio significado do indivíduo universalizado. Se o Estado inaugura a cidadania, bem se compreende que esta não elimina o indivíduo patrimonialista universalizado, pois o cidadão é apenas a “máscara”, a “*persona* política” desse indivíduo. Por isso, a antinomia apresenta-se como a funcionalização do público (o Estado) ao privado (a atividade econômica).

Com esses pressupostos, pode-se entender que, apenas pelo mecanismo de autorização do cidadão, a tarefa do Estado Moderno e do Direito Estatal é identificada

²⁰¹ Em sentido diverso, Jaume considera que, em Hobbes, o espaço público se compatibiliza e se diferencia do privado. Isso porque o espaço público define e regulamenta o espaço privado, garantindo a sua existência efetiva: “A vida privada é a expressão *mediatizada* do direito natural, mediação que opera o soberano e que significa o seguro exterior de que precisava o indivíduo.” Tradução livre de: “*La vie privée quant à elle, est l’expression méditatisée du droit naturel, méditation qu’opère le souverain et qui signifie le secours extérieur dont avait besoin l’individu.*” (JAUME, Lucien. *op. cit.*, p.150.)

com a produção e com a garantia de direitos para o indivíduo patrimonialista universalizado: “Eu acreditaria que, em definitivo, a constituição desses *direitos* em benefício do indivíduo é a profunda finalidade de todo o sistema, a razão última do contrato social. A ciência de Hobbes pretende ser útil, tal como as lunetas de Galileu serviram às necessidades da marinha veneziana e sua mecânica serviu aos deslocamentos de água. Ora, era justamente a consolidação dos direitos subjetivos o fim objetivado pela burguesia individualista.”²⁰²

O Estado tutela os interesses dos indivíduos universalizados mediante a proteção de seus direitos subjetivos “sobre todas as coisas” que, na linguagem hobbesiana, se expressam sob o conceito de liberdade como ausência de obstáculos para realizar o que se tem vontade de fazer. Essa é uma noção de direito e liberdade que, como se verá, reproduz o conceito de propriedade privada como poder jurídico, reafirmando a funcionalização do público à atividade econômica e mantendo a abstração do sujeito em face da situação concreta do indivíduo humano.

A par de expressar a noção de propriedade como poder jurídico, é preciso recordar que a liberdade hobbesiana é tomada no sentido de espaço licenciado pelo Estado aos cidadãos. Essa contenção da liberdade é estabelecida justamente para assegurar o “meu e o teu”, as relações proprietárias, e, portanto, a contenção da liberdade se apresenta como segurança jurídica funcionalizada à atividade econômica. Esse mecanismo estabelece-se pela lei civil.

²⁰² Tradução livre de: “*Je croirais qu’en définitive, la constitution de ces droits au bénéfice de l’individu est la profonde finalité de tout le système, la raison ultime du contrat social. La science de Hobbes se veut utile, comme les lunettes de Galilée ont servi d’abord aux besoins de la marine vénitienne, et sa mécanique à déplacer de l’eau. Or que les droits subjectifs soient consolidés, tel était le but de la bourgeoisie individualiste.*” (VILLEY, Michel. Préface au “De Cive”. p.300.) Villey, em seu *Filosofia do Direito*, critica essa funcionalização do Direito (objetivo) à produção de direitos subjetivos: “Reconhecemos à filosofia moderna o mérito de ter definido de modo excelente as finalidades das *outras artes*. São vocações maravilhosas, as de prover à miséria das viúvas e dos órfãos, de servir à segurança, à prosperidade material, ou à saúde ou cultura do indivíduo: objetivos talvez do advogado (entendido à antiga moda romântica), da polícia, da economia política, da medicina, ou dos professores. **Mas não são os fins do direito.**” (VILLEY, Michel. **Filosofia do direito...**, p.159.)

O processo representativo da Pessoa, então, não implica uma diferenciação entre os interesses do cidadão/indivíduo/súdito em relação aos interesses do Estado/Pessoa Pública/Soberano que, por sua vez, possibilitaria separar o público do privado²⁰³. Todavia, é a própria identificação dos interesses privado (atividade econômica) e público (segurança proprietária para a atividade econômica) que – processualmente encenada - fundamenta a obediência à atuação do Estado. Ainda assim, apenas esse processo de autorização/obediência não possibilita entender a legitimidade do agir estatal.

Pode-se antecipar que a legitimidade da atuação estatal reside, precipuamente, no instrumento que garante a efetiva identificação entre os interesses dos cidadãos/indivíduos/súditos e os interesses que o Estado/Pessoa Pública/Soberano realiza pela sua atividade. Esse instrumento é a lei e, nela, as antinomias da abstração em face das situações existenciais concretas e da funcionalização do público ao privado repetem-se novamente.

1.3 UMA LEI PARA OS INDIVÍDUOS: A AUTORIDADE AUTORIZADA DA LEI CIVIL

Em Hobbes, o estado de natureza é um estado de guerra em que não há espaço para a justiça e nem para a injustiça, assim como não há propriedade, ou seja, critério para distinção entre “o meu e o teu”²⁰⁴. As paixões (o medo da morte, o desejo de

²⁰³ Note-se que, nesse sentido, a definição de soberania como forma regulatória do espaço privado – empreendida por Jaume – adequa-se à idéia aqui sustentada de que em Hobbes não há uma distinção entre público e privado, pois se o Estado soberano é forma, ela não se distingue materialmente do interesse privado.

²⁰⁴ “Desta guerra de todos os homens contra todos os homens também isto é consequência: que nada pode ser injusto. As noções de bem e de mal, de justiça e injustiça, não podem aí ter lugar. Onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há injustiça. (...) Outra consequência da mesma condição é que não há propriedade, nem domínio, nem distinção entre o *meu* e o *teu*; só pertence a cada homem aquilo que ele é capaz de conseguir, e apenas enquanto for capaz de conservá-lo. É pois esta miserável condição em que o homem realmente se encontra, por obra da simples natureza. Embora com uma possibilidade de escapar a ela, que em parte reside nas paixões, e em parte em sua razão.” (HOBBS, Thomas. *op. cit.*, p.110.)

conforto e a esperança de adquiri-lo pelo trabalho) e o cálculo racional humanos é que conduzirão os seres humanos à formulação de certas normas racionais de convivência pacífica a que Hobbes denomina leis naturais.²⁰⁵

As leis de natureza, então, são o resultado do confronto de duas características humanas – as paixões e a razão calculista. Os diversos regramentos racionais explanados por Hobbes – procurar a paz enquanto for possível, renunciar ao direito sobre todas as coisas desde que os outros também o façam, cumprir os pactos celebrados etc.²⁰⁶ – são, praticamente, efeitos matemáticos da condição dos indivíduos humanos universalizados no estado de natureza. As leis naturais são efeitos do funcionamento mecanicista da convivência natural desses indivíduos humanos²⁰⁷.

Apesar de as leis naturais serem preceitos que contêm as formas pelas quais a convivência humana possa ser pacífica e segura, essas leis não são dotadas de imperatividade. São conselhos morais de convivência, mas não são leis no sentido propriamente jurídico, isto é, não são comandos dotados de sanções.²⁰⁸ Por isso, no estado de natureza, essas leis naturais são ineficazes²⁰⁹ e somente de maneira imprópria essas leis da razão são chamadas de leis: “A estes ditames da razão os homens costumam dar o nome de leis, mas impropriamente. Pois eles são apenas conclusões ou teoremas relativos ao que contribui para a conservação e defesa de cada

²⁰⁵ *Ibid.*, p.111.

²⁰⁶ As leis de natureza são explanadas nos Capítulos XIV e XV do *Leviatã*. Cf. *Ibid.*, p.113-133.

²⁰⁷ Cf. JAUME, Lucien. *op. cit.*, p.36-37.

²⁰⁸ “Sem dúvida, a ‘Razão’ não merece a etiqueta de *lei*. Inerente ao homem, a ela falta a faculdade de se apresentar como um ‘comando’ de uma autoridade exterior. Assim, Hobbes reconhece que a Razão não é ‘*properly law*’.” Tradução livre de: “*Sans doute, la ‘Raison’ ne mérite-t-elle pas tout-à-fait l’étiquette loi. Inhérente à l’homme, il lui manque de s’offrir à nous sous la forme du ‘commandement’ d’une autorité extérieure. Aussi Hobbes va-t-il concéder qu’elle n’est pas ‘properly law’.*” (VILLEY, Michel. Préface au “*De Cive*”. p.293.)

²⁰⁹ *Ibid.*, p.294.

um. Ao passo que a lei, em sentido próprio, é a palavra daquele que tem direito de mando sobre outros.”²¹⁰

Sendo assim, apenas com o nascimento do Estado/soberano – por meio do processo de autorização – é que surge a possibilidade de haver Direito, ou seja, normas dotadas de sanção. Um dos principais efeitos da criação do Estado/soberano e da obediência dos súditos/cidadãos que o acompanha é o surgimento da lei civil – que é lei no sentido propriamente jurídico da palavra, pois dotada de obrigatoriedade.²¹¹

A lei civil soluciona os dois problemas que faziam da lei natural incapaz de ordenar uma convivência social: a falta de obrigatoriedade da lei natural e a instituição da propriedade, ou seja, a definição do “meu e o teu”. As duas lacunas da lei natural são colmatadas pela lei civil, na medida em que esta é obrigatória pelo próprio mecanismo de autorização que é estabelecido entre súditos/cidadãos e Estado/soberano (sendo este o único legislador²¹²) e na medida em que essa obrigatoriedade permite a definição segura da distribuição dos bens. Isso porque é a obrigatoriedade que permite o gozo garantido da propriedade, não mais identificado a um direito individual de eficácia incerta sobre todas as coisas, mas a um direito individual e eficaz sobre

²¹⁰ HOBBS, Thomas. *op. cit.*, p. 133. Ao comentar esse texto, Dufour, no mesmo sentido aqui empregado, considera que a noção de lei natural para Hobbes tem um caráter meramente descritivo e não prescritivo e, além disso, essas leis derivam da aplicação do método resolutivo-compositivo para o entendimento da ordem jurídico-política. Cf. DUFOUR, Alfred. *La notion de loi dans l’Ecole du Droit naturel moderne: Etude sur les sens du mot loi chez Grotius, Hobbes et Pufendorf. Archives de philosophie du droit.* Paris, Tome 25, p. 223, 1980.

²¹¹ “Em primeiro lugar é evidente que a lei, em geral, não é um conselho, mas uma ordem. E também não é uma ordem dada por qualquer um a qualquer um, pois é dada por quem se dirige a alguém já anteriormente obrigado a obedecer-lhe. Quanto à lei civil, acrescenta esta apenas o nome da pessoa que ordena, que é a *persona civitatis*, a pessoa do Estado. Considerado isto, defino a lei civil da seguinte maneira: *A lei civil é, para todo súdito, constituída por aquelas regras que o Estado lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente de sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal; isto é, do que é contrário ou não é contrário à regra.*” (HOBBS, Thomas. *op. cit.*, p. 207.) Cf. VILLEY, Michel. Préface au “De Cive”. p.297.

²¹² Nas palavras de Hobbes, o soberano legislador pode ser um só homem (monarquia), uma assembléia (democracia ou aristocracia). Cf. HOBBS, Thomas. *op. cit.*, p.208.

algumas coisas.²¹³ Percebe-se, então, que a lei civil em sentido hobbesiano reproduz a antinomia da funcionalização da Política (Público) à atividade econômica proprietária (Privado). A lei civil garante a segurança jurídica tão cara a um modo de produção baseado sobre a propriedade privada e em trocas. Nesse aspecto, é imprescindível notar que os Códigos Modernos expressam esse sentido da lei civil hobbesiana, pois essa preocupação por segurança jurídico-econômica, que define a lei civil hobbesiana, é um dos cânones da codificação Moderna.²¹⁴

As leis civis, uma vez que são produzidas pelo soberano/legislador autorizado pelos súditos, são obrigatórias e o seu descumprimento é algo ilógico porque rompe com o processo de autorização.²¹⁵ Isso não significa que a obediência à lei é incondicional, pois a validade desta está ligada ao cálculo racional-teleológico que deu origem ao Estado: a satisfação dos interesses individuais consistentes na segurança para o desempenho da atividade econômica.

Ainda assim, Zarka aponta uma lacuna a essa concepção de lei que deriva do processo de autorização: ao identificar a lei com a vontade autorizada do soberano, que

²¹³ São as leis humanas positivas distributivas que, segundo Hobbes, permitem a definição dos direitos pertinentes aos súditos: “As distributivas são as que determinam os direitos dos súditos, declarando a cada um por meio do que adquire e conserva a propriedade de terras ou bens, e um direito ou liberdade de ação; estas leis são dirigidas a todos os súditos.” (*Ibid.*, p.219.) Segundo Villey, as leis civis limitam o direito natural de cada indivíduo sobre todas as coisas, mas instituem um direito sobre algumas coisas que, dali em diante, é efetivo e oponível a todos os outros indivíduos mediante a garantia do emprego da força pública. Cf. VILLEY, Michel. Préface au “De Cive”. p.299-300.

²¹⁴ Esse tema será retomado no último capítulo deste estudo.

²¹⁵ “A demonstração hobbesiana da potência das leis civis significa que a obediência é inscrita na geração delas. O cidadão obedece à lei que ele quis desde o instante do ato racional do contrato. Então, obedecer às leis não é uma submissão passiva: a união de todos na pessoa da República (*DCi*, V, 9) implica na obrigação de todos em relação a esta (*DCi*, V, 7).” Tradução livre de: “*La démonstration hobbesienne de la puissance des lois civiles signifie que l’obéissance est inscrite dans leur génération. Le citoyen obéit à la loi qu’il a voulue dès l’instant de l’acte rationnel du contrat. Donc, obéir à ces lois n’est pas soumission passive: l’union de tous en la personne de la République (DCi, V, 9) implique obligation de tous envers elle (DCi, V, 7).*” (GOYARD-FABRE, Simone. Loi civile et obéissance dans l’Etat-Léviathan. In: ZARKA, Yves Charles; BERNHARDT, Jean (Publié sous la direction de). **Thomas Hobbes**: Philosophie première, théorie de la science et politique. Paris: PUF, 1990. p.294-295.)

apenas em virtude do mecanismo de autorização deve ser obedecida, Hobbes permite a possibilidade da Vontade Soberana deixar de ser Pública e atender somente ao interesse particular daquele que está investido na Soberania.²¹⁶

Delineado esse problema da ambigüidade dos interesses tutelados pela lei civil hobbesiana (públicos ou privativos do Soberano) que se origina da própria ambigüidade do processo de autorização que funda o Estado, o diálogo com Rousseau²¹⁷ pode apontar caminhos para o entendimento do significado da lei Moderna. O pensamento rousseauiano aponta para uma solução dessa ambigüidade que resultaria em uma autonomia dos espaços público e privado, mas que, em contrapartida, fundamenta uma noção de lei que justifica de maneira incondicionada a sujeição dos indivíduos universalizados às prescrições do Estado. Assim, com Rousseau é possível perceber de que maneira a lei Moderna regula, com legitimidade, os comportamentos sociais mediante uma abstração das situações existenciais concretas.

A ambigüidade dos interesses tutelados pela lei parece ser resolvida por meio da eliminação do processo de autorização/representação como fundamento do Estado e pela remissão desse fundamento ao Soberano Moral – o próprio Povo.²¹⁸ A passagem do estado natural para o estado civil, então, deriva do Contrato Fundamental em que

²¹⁶ “Ao definir a lei como a vontade do soberano sem limite quanto à sua natureza ou seu conteúdo, Hobbes deixa a porta aberta à crítica que consistiria em sublinhar a possibilidade constante de uma degradação da vontade pública em uma vontade particular privada.” Tradução livre de: “*En définissant loi comme volonté du souverain sans limite quant à sa nature ou son contenu, Hobbes laisse la porte ouverte à la critique qui consisterait à souligner la possibilité constante d’une dégradation de la volonté publique en une volonté particulière privée.*” (ZARKA, Yves Charles. **Philosophie et politique à l’âge classique.**, p. 133.)

²¹⁷ Jean-Jacques Rousseau nasceu em Genebra, no dia 28 de junho de 1712. Exerceu diversas profissões (de gravador de moedas a preceptor) e teve vida atribulada. Sua obra filosófica abordou diversos temas, sendo os escritos “Emílio” e “Do Contrato Social” marcos da pedagogia e da teoria política, respectivamente. Morreu em 2 de julho de 1778, tendo sido enterrado na Ilha dos Choupos, em Ermenonville. Cf. CHAUI, Marilena de Souza. **Rousseau – vida e obra.** São Paulo: Nova Cultural, 1999. p.05-11. (Os Pensadores)

²¹⁸ JAUME, Lucien. *op. cit.*, p. 163-164.

todos alienam a sua individualidade ao todo, constituindo o Estado como um Ente Moral²¹⁹: “A passagem do estado de natureza para o estado civil determina no homem uma mudança muito notável, substituindo na sua conduta o instinto pela justiça e dando às suas ações a moralidade que antes lhe faltava.”²²⁰ A alienação total da individualidade – que caracteriza o Contrato Social rousseauiano – elimina o processo de autorização como origem do Estado, pois este, mediante o Contrato Social, não mais atua ou representa em nome dos cidadãos; o Estado *é* os cidadãos reunidos em um Ente Moral – a Vontade Geral.

A lei civil, então, não tem mais o seu fundamento na atividade cênica do Estado autorizada pelos cidadãos/súditos em virtude de uma finalidade por estes objetivada. A lei civil originada do Contrato Social rousseauiano será uma lei feita por todos e para todos. A lei é o produto da Vontade Geral ao mesmo tempo em que é o elemento que a concretiza e a dinamiza, conservando-a²²¹.

Mais do que isso, deve-se destacar que, Rousseau, ao pretender fundamentar a Soberania em uma Vontade direta, eliminando o mecanismo autorizativo da Pessoa, elimina também o caráter instrumental da lei civil. Isso porque a lei civil é concebida não mais como um instrumento para suprir as carências dos indivíduos (segurança quanto aos pactos e distribuir “o meu e o teu”) dotado de sanção, tal como elaborou Hobbes. A lei civil rousseauiana é um fim-em-si mesmo porque significa um registro

²¹⁹ “Se separar-se, pois, do pacto social aquilo que não pertence à sua essência, ver-se-á que ele se reduz aos seguintes termos: ‘Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo’. Imediatamente, **esse ato de associação produz, em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo**, e que, por esse mesmo ato, ganha sua unidade, seu *eu* comum, sua vida e sua vontade.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p.71.) [sem grifo no original] Quanto ao Estado rousseauiano como o instrumento de moralização do indivíduo humano, cf. CASSIRER, Ernst. **A questão Jean-Jacques Rousseau**. Tradução de Erlon José Paschoal. São Paulo: Editora UNESP, 1999. p.120.

²²⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *op. cit.*, p.77.

²²¹ *Ibid.*, p.105.

da Vontade Moral dos cidadãos. A obediência às leis liberta, pois, nas palavras do Pensador Genebrino, “... estas não passam de registros de nossas [dos cidadãos contratantes] vontades.”²²² É como registro da vontade comum dos cidadãos que a lei deve ser obedecida porque a obediência é liberdade moral que dignifica o cidadão. É a noção de autonomia e emancipação, portanto, que fundamenta, em Rousseau, a obediência à lei civil e, como já demonstrado, também será, posteriormente, o fundamento da obediência ao Direito Estatal em Kant.

Note-se que ao identificar a lei à liberdade e ao tornar a lei uma finalidade absoluta, não é mais possível pensar em um direito de resistência tal como imaginava Hobbes (ou seja, a resistência fundada em um direito inalienável, que não tivesse sido transmitido no pacto que gera o Estado)²²³, uma vez que resistir à lei significa deixar de ser livre e abandonar a moralidade.

A tentativa rousseauiana de deslocamento da soberania para os próprios indivíduos constituídos como povo e Vontade Geral elimina o problema da funcionalização do Estado aos interesses individuais do Soberano, pois, a partir do Contrato Social, no Estado não há interesse individual: o Estado/soberano é o interesse comum a todos. É a obediência a esse interesse comum que, construído racionalmente e positivado pela lei, liberta o ser humano do seu estado natural que, segundo Rousseau, é um estado animalesco e inferior²²⁴. A lei positiva baseada na autonomia liberta os indivíduos da opressão da necessidade fática e faz nascer o cidadão: tal qual

²²² *Ibid.*, p.107.

²²³ A enunciação do Contrato Social – cada um pôr sua pessoa e todo o seu poder à disposição da Vontade Geral – implica essa alienação total de si próprio ao Todo.

²²⁴ Segue a análise que Rousseau faz do estado civil, comparando-o ao estado de natureza: “Embora nesse estado se prive de muitas vantagens que frui da natureza, ganha outras de igual monta: suas faculdades se exercem e se desenvolvem, suas idéias se alargam, seus sentimentos se enobrecem, toda a sua alma se eleva a tal ponto, que, se os abusos dessa nova condição não o degradassem freqüentemente a uma condição inferior àquela donde saiu, deveria sem cessar bendizer o instante feliz que dela o arrancou para sempre e fez, de um animal estúpido e limitado, um ser inteligente e um homem.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *op. cit.*, p.77)

em Kant, posteriormente, o Direito – entendido como lei – apresenta-se como força emancipatória contra os fatos necessários, contra a necessidade natural.

Obviamente, a lei e o Estado fundados sobre a autonomia também demandam uma universalização das características do indivíduo humano, representando-o de maneira arbitrária como autônomo e racional. Em Rousseau, o indivíduo humano também é hipostasiado para dotar a lei de uma legitimidade presumida.

Por um lado, essa operação permite que o Direito qualificado como lei seja obrigatório sem que guarde qualquer relação com as situações existenciais concretas, pois a lei sempre permanecerá obrigatória, pouco importando se o indivíduo concreto consente com suas prescrições. Por outro, essa noção de lei parece respaldar o futuro juspositivismo que se expande a partir das codificações oitocentistas: os Códigos Modernos, porque se fundam sobre a contratualização dos iguais, desautorizam o seu descumprimento ou as interpretações das normas que não reproduzam estritamente as normas codificadas. Essa legitimidade intrínseca da lei, que desconsidera as situações existenciais concretas, pode permitir um controle arbitrário dos comportamentos dos indivíduos sujeitados.

Desse modo, se a extirpação do processo cênico da representação e a remissão da soberania à Vontade Geral podem solucionar o problema da falta de clareza quanto aos interesses que a atuação estatal visa proteger, seria ingenuidade pensar que o mecanismo da Vontade Geral elimina a possibilidade de o Estado oprimir os interesses dos indivíduos contratantes. Ao contrário, o próprio enunciado do Contrato Social – alienação “de sua pessoa e todo o seu poder à Vontade Geral” – já implica a idéia de que o Estado é um fim-em-si-mesmo cujo nascimento é a morte do indivíduo: o jacobinismo moral kantiano é legatário dessa concepção moralizante da política.

Não é demais, portanto, conceber que, com Rousseau, a tentativa de eliminação do mecanismo da autorização, conduzindo o Estado e a lei ao fundamento da autonomia dos cidadãos, tem como resultado, como já dito, o prenúncio do positivismo legalista fundamentado na vontade autônoma do cidadão que, por sua vez,

caracteriza o Direito Moderno como Direito Estatal.²²⁵

Aqui o círculo das antinomias se completa: com Hobbes, a lei estatal apresenta-se como um instrumento da atividade econômica; com Rousseau, a lei, porque é o registro da vontade dos cidadãos, sujeita-os e submete-os. Porém, a lei é apenas registro da vontade dos cidadãos na medida em que estes são indivíduos universalizados sob a noção de autonomia e, por isso, essa concepção de lei reproduz a antinomia da abstração em face da situação existencial concreta: o sujeito é fundamento da Política e do Estado, mas, simultaneamente, é submetido à abstração da lei estatal. Com isso, a generalidade da lei é dotada de coercitividade porque se baseia na universalização do indivíduo humano como ser autônomo. Porém, dessa generalidade pode resultar no controle comportamental dos indivíduos que, na sua existência concreta, podem não consentir com o sentido prescritivo das normas legais.

A discriminação jurídica operada contra os protestantes na França Absolutista, que será analisada a seguir, resultava justamente da desconsideração legal da existência desses no Estado francês.

1.4 À GUIZA DE FINALIZAÇÃO

Hobbes inaugura o pensamento político Moderno com um humanismo radical. A Aliança que liberta do estado de natureza – o Pacto Social – industrializa um Deus para os indivíduos, um Deus Mortal porque sua existência dura enquanto atende aos interesses destes. A Política, portanto, não mais se fundamenta numa Ordem

²²⁵ A crítica de Maritain a Rousseau é enunciativa desse positivismo: “Para os antigos, era essencial que a lei fosse justa. A lei moderna não precisa ser justa e ela quer apenas ser obedecida. A lei, segundo os antigos, era promulgada por aquele que comanda e a lei moderna é sozinha ao comandar; (...)” Tradução livre de: “*Il était essentiel à la loi selon les anciens d’être juste. La loi moderne n’a pas besoin d’être juste et veut quand même être obéie. La loi selon les anciens était promulguée par quelqu’un qui commande, la loi moderne est seule à commander; (...)*” (MARITAIN, Jacques. *op. cit.*, p.194-195.) No mesmo sentido, ver a constatação de VILLEY quanto ao conceito Moderno de Direito identificado ao Direito Estatal, cf. VILLEY, Michel. **Filosofia do direito...**, p. 141.

Cosmológica ou na Graça e Providência Divinas: a Política não é benevolência gratuita e tem o seu fundamento na Vontade Humana que estabelece um pacto entre os indivíduos, um acordo para que determinados objetivos sejam alcançados.

Essa “Nova Aliança” significa um pacto de não-resistência dos indivíduos em relação aos movimentos do Estado por ela instituído. Trata-se do momento pactuante de conversão dos indivíduos em súditos. Aqui o método mecanicista hobbesiano apresenta-se: o conceito de liberdade entendido no sentido físico – como ausência de obstáculos ao movimento – é transposto para a esfera Política, e a liberdade dos súditos/cidadãos é mensurada pela liberdade que estes ofertam ao Estado.

Esse aparente paradoxo representa, em verdade, um círculo em que a não-resistência dos súditos opera a abertura à liberdade de movimento do Estado e o movimento do Estado opera os limites à liberdade dos súditos. A não-resistência dos súditos, por sua vez, está funcionalizada aos interesses individuais destes quanto à segurança e à efetiva titularidade de bens: os súditos não resistem ao Estado para que este atenda aos interesses dos súditos. Esse mecanismo é o denominado processo de autorização que caracteriza a teatralidade da Política Moderna: os indivíduos pactuantes, além de súditos/espectadores da atuação estatal, são os autores dos movimentos encenados pelo Estado. Trata-se do momento pactuante em que o indivíduo converte-se em cidadão. O sentido da subjetividade política Moderna, aqui, apresenta-se como fundamento, base que é subjacente ao Estado.

Esse mecanismo, ao mesmo passo que fundamenta a atividade Política do Estado e a obediência dos súditos/cidadãos, resulta em uma funcionalização do Estado aos interesses dos indivíduos pactuantes, universalizados sob o enfoque da propriedade, da atividade econômica, da distribuição segura do “meu e o teu”. A crítica marxiana à liberdade política Moderna denunciaria como esta, em verdade, engendra essa antinomia pela qual a Política serve à economia capitalista.

Mais do que isso, nessa perspectiva antinômica da funcionalização, assiste-se a uma despolitização da liberdade hobbesiana, transformando-a em direito subjetivo,

sendo que esse processo transformador apenas se consolida com a pandectística oitocentista.

De outra sorte, o processo de autorização licencia largo limite de atuação do Estado na defesa dos interesses individuais, o que pode conduzir a uma expansão do poder estatal sobre a vida dos indivíduos e, sobretudo, pode levar à identificação desse expansionismo a um dever do Estado na tutela dos interesses individuais: nesse sentido, é exemplificativo que Hobbes apresente, dentre os deveres do soberano, o controle das opiniões e do conteúdo dos livros²²⁶, ou seja, um verdadeiro controle ideológico dos indivíduos.²²⁷ Aqui, o sentido da subjetividade política manifesta-se como sujeição, como aquele se submete ao Estado. Essa sujeição, por sua vez, apenas pode ser entendida como legítima caso se compreenda que, idealmente, aquele que se sujeita também é o fundamento. Esse mecanismo de sujeição daquele que fundamenta é completado ao se ter compreendido as noções moralizantes de Estado e de lei rousseauianas pelas quais o indivíduo aliena-se integralmente em prol da ordem política.

Note-se que o exercício desse controle estatal sobre o comportamento do indivíduo não é apenas exemplo de uma concentração elevada da força no Estado em oposição aos interesses dos indivíduos pactuantes, mas é exemplo também do modo pelo qual o mecanismo autorizativo possibilita a indistinção entre interesse público e interesse privado, pois não há garantia alguma que o controle ideológico praticado pelo soberano esteja a serviço dos interesses dos indivíduos pactuantes, podendo, ao contrário, estar tão-somente a serviço do interesse individual do soberano.

²²⁶ Nas palavras de Hobbes: “...compete à soberania ser juiz de quais as opiniões e doutrinas que são contrárias à paz, e quais as que lhe são propícias. E, em consequência, de em que ocasiões, até que ponto e o que se deve conceder àqueles que falam a multidões de pessoas, e a de quem deve examinar as doutrinas de todos os livros antes de serem publicados. Pois as ações dos homens derivam de suas opiniões, e é no bom governo das opiniões que consiste o bom governo das ações dos homens, tendo em vista a paz e a concórdia entre eles.” (HOBBS, Thomas. *op. cit.*, p.148.)

²²⁷ VILLEY, Michel. Préface au “De Cive”. p.302.

As concepções de Vontade Geral e de lei que Rousseau elabora apenas complementam as antinomias identificadas em Hobbes ao se radicalizar a idéia de sujeição dos indivíduos à lei em virtude da abstração que os modelos legais perfazem em relação às situações existenciais concretas, possibilitando-se compreender como o direito estatal pode operar o controle comportamental dos indivíduos por meio dessa abstração.

Em resumo: as noções Modernas de lei e Estado trazem consigo as antinomias da funcionalização do espaço público ao espaço privado (do Estado à economia) e da abstração legal das situações existenciais concretas.

A primeira antinomia resulta da tentativa de a Filosofia Política representar o Estado como um ente autônomo em relação aos seus elementos constituintes (os indivíduos universalizados). Realmente, o Estado é entendido como uma Pessoa e, como tal, diferenciada dos representados. Porém, antinomicamente, a Pessoa tem sua existência funcionalizada aos interesses dos indivíduos universalizados. Logo, por antinomia, os interesses do Estado/Soberano/Pessoa Pública não se distinguem dos interesses dos Indivíduos/Cidadãos-Súditos/Pessoas Privadas. Mais do que isso, os interesses privados, por meio de uma abstração arbitrária (*hipóstase*), identificam-se à atividade econômica proprietária e de trocas de bens, resultando em uma concepção de Política como mecanismo que efetiva a segurança econômico-proprietária.

Nesse sentido, pode-se dizer que os Códigos Civis oitocentistas e a noção de direito subjetivo irão concretizar historicamente esse aspecto da lei civil hobbesiana porque, dentre as suas funções, uma das principais é a tutela da segurança jurídica para a efetivação das trocas econômico-capitalistas.

A segunda antinomia concentra-se em um problema mais amplo: a Modernidade inaugura a era da contingência, pela qual se representa a realidade como se apenas fosse composta por seres individuais. Para evitar que essa representação do real conduza à impossibilidade de ordem e estabilidade, a Filosofia Moderna elabora a subjetividade como critério cognitivo do real.

A Filosofia Política Moderna desenvolve o mesmo processo: Hobbes recusa-se a representar a Política como um processo natural, vinculado a uma natureza humana metafísica que, em um Mundo composto apenas por indivíduos, é uma idéia destituída de realidade. A Política é um artifício construído pelos indivíduos humanos existentes. Porém, o mecanismo autorizativo da Política cria um indivíduo universal (proprietário, titular de direitos sobre todas as coisas e capaz para os pactos, isto é, dotado de vontade racional). Aqui se concentra a antinomia: para tornar possível o pensamento da Política como um âmbito de relações racionais, torna-se necessário criar uma imagem universal do indivíduo humano, uma subjetividade política que opera uma abstração das situações existenciais concretas e que, antinomicamente, reproduz uma espécie de natureza humana que teria sido eliminada pelo indivíduo.

No plano da prática social, essa antinomia – que é radicalizada pela noção de lei rousseauiana - implica um forte controle comportamental dos indivíduos concretos que não se enquadram no modelo do indivíduo universal representado pelo Direito estatal e legal.

Se já foi demonstrado que essas antinomias se concentram, prioritariamente, nas noções Modernas de Estado e de lei, será demonstrado como a dinâmica dessas antinomias concentra-se no elemento atomístico do cidadão/sujeito: a noção de direito subjetivo ou de direitos do homem que, como já dito, representam a definitiva despolitização da liberdade empreendida pela civilística européia oitocentista.

Os discursos dos juristas contemporâneos à consolidação do Direito Moderno perceberão alguns aspectos dessas duas antinomias acima explanadas. Porém, ao perceberem e denunciarem esses aspectos, e mesmo numa perspectiva humanista, acabarão por reproduzi-las.

2 O HOMEM MODERNO, O HOMEM ETERNO: OS DIREITOS DE UM HOMEM SEM TEMPO

Na Política Moderna, o cidadão é o indivíduo universalizado que encena, seja contracenando com o Estado/Soberano (modelo hobbesiano), seja contracenando com

os demais indivíduos universalizados (modelo rousseauiano). No contexto desse jogo teatral, por meio do processo de autorização, não restam dúvidas quanto ao fim do Estado: atender aos interesses dos indivíduos universalizados. Mesmo no contratualismo rousseauiano, o individualismo se apresenta: sendo espaço de encenação exclusiva dos cidadãos, o Estado apresenta-se como um fim-em-si-mesmo que enobrece moralmente o indivíduo. Porém, mesmo assim, a Vontade Geral é apenas o imperativo da autonomia dos cidadãos, fórmula sem conteúdo necessário (o que, em certa medida, antecipa o formalismo moral kantiano) que pode se materializar na tutela – pelo Estado – dos interesses individuais.

No jogo da Modernidade Política, o indivíduo universalizado não corresponde ao elemento contingente da realidade humana. Ao contrário, o indivíduo, ao ser universalizado, tem um explícito contorno jurídico-político: ele é o homem, o homem eterno do humanismo jurídico Moderno. Os interesses individuais que o Estado deve atender são os interesses desse homem, tal como, exemplarmente, enuncia a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “ARTIGO 2. – O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem; esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”²²⁸

A eternidade do homem se revela nos seus direitos, direitos sem tempo que estão para além do alcance de toda vontade humana, para além de todo pacto político. Ao Estado – produto da indústria humana e, portanto, dotado de gênese temporal – cabe tão-somente reconhecer e observar o cumprimento desses direitos que por serem eternos não são constituídos, mas apenas declarados, tal como enuncia a Assembléia Francesa revolucionária: “PREÂMBULO – Os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desrespeito aos direitos do homem são as únicas causas da infelicidade pública e

²²⁸ Tradução livre de: “ARTICLE 2. – *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme; ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l’oppression.*” (FRANÇA. Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789.)

da corrupção dos governos, resolveram expôr em uma declaração solene os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, ...”²²⁹.

O homem, portanto, como titular de direitos individuais inatacáveis, é o centro da realidade político-jurídica que deve proteger e tutelar aqueles direitos. O Direito Moderno adjectiva-se de humanista porque tem em mira sempre os interesses do homem. Porém, o humanismo jurídico Moderno guarda tensões em sua própria gênese e que se revelam na prática do Direito. Para identificar as tensões que esse modelo individualístico-humanista carrega consigo, é preciso compreender de forma ampla o significado daquilo que constitui a sua base: o homem sem tempo, que é atemporal por ser o titular desses direitos eternos. Para entender esse homem, o estudo dos direitos que lhe fazem contorno é o melhor instrumento; todavia, mais do que estudar o conteúdo material desses direitos, é mais esclarecedor o estudo da própria estrutura destes.

Assim, delinea-se o plano da segunda parte deste capítulo: o estudo analítico da estrutura do direito subjetivo (a grande inovação do Direito Moderno que caracteriza o homem eterno); após, a exposição das tensões do modelo jurídico-político dos direitos do homem eterno apresentados a partir de dois textos, de Marx e Burke. Na seqüência, apresentar-se-á como os juristas percebem, a partir de um discurso humanista, aspectos das antinomias do Direito Moderno e, ao tentarem evitá-las, acabam por reproduzi-las.

Por fim, para demonstrar de modo minucioso como o discurso jurídico humanista acaba por reproduzir as antinomias da subjetividade e do Direito Modernos, será examinado o Parecer realizado por Jean-Étienne-Marie Portalis acerca do casamento de protestantes na França Absolutista. Como esse Parecer é dotado de uma perspectiva humanista-cristã e se limita ao contexto de afirmação do Direito Moderno, ele será, no último capítulo, analisado em confronto com o discurso também

²²⁹ Tradução livre de: “*PREAMBULE. – Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l’ignorance, l’oubli ou le mépris des droits de l’homme sont les seules causes de malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d’exposer dans une déclaration solennelle les droits naturels, inaliénables et sacrés de l’homme, ...*” (FRANÇA. Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789.)

humanista-cristão do contemporâneo movimento de *repersonalização do Direito*, que igualmente pretende uma superação daquelas antinomias.

2.1 PARA CADA HOMEM, MIL PODERES: O HUMANO COMO SUJEITO DE DIREITOS

Jean-Étienne-Marie Portalis²³⁰, em seu Discurso Preliminar sobre o Projeto do Código Civil Francês, assim diz sobre as leis civis: “Elas se dirigem a cada indivíduo, elas se mesclam às principais ações da vida, elas seguem o indivíduo por tudo; elas são, com freqüência, a única moral do povo, e elas sempre fazem parte de sua liberdade: enfim, elas consolam cada cidadão dos sacrifícios que a lei política a este prescreve em virtude da cidade, protegendo-o, quando necessário, em sua pessoa e em seus bens, como se ele fosse a cidade inteira.”²³¹ A lei civil, portanto, deve tratar o homem como se este fosse uma cidade a ser protegida. Mas, proteger contra o quê? Primeiro, contra o Estado, pois a lei civil “consola o homem individual dos sacrifícios que a lei política a este prescreve”. Esta proteção já foi enunciada no Preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e também se inscreve em

²³⁰ “Jean-Etienne-Marie Portalis (1746-1807) somente inicia sua participação na vida política francesa em 1795, com sua eleição para deputado. Devido a sua idade, 49 anos, integra o conselho de anciãos. Antes disso, chegou a ser preso em dezembro de 1793. Mais tarde, em 1797, teve de exilar-se por um período em Holstein, no castelo do Conde Frederico de Reventlow. Em 1800, porém, ao regressar a Paris é sucessivamente nomeado comissário do governo, membro da Comissão de redação do Código Civil e, por fim, para o Conselho do Estado.” (ANDRADE, Fábio Sibeneichler de. **Da Codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.73, nota 171.)

²³¹ Tradução livre de: “*Elles atteignent chaque individu, elles se mêlent aux principales actions de la vie, elles le suivent partout; elles sont souvent l’unique morale du peuple, et toujours elles font partie de sa liberté: enfin, elles consolent chaque citoyen des sacrifices que la loi politique lui commande pour la cité, en le protégeant, quand il le faut, dans sa personne et dans ses biens, comme s’il était, lui seul, la cité tout entière.*” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours préliminaire sur le Projet de Code Civil présenté le 1^{er} Pluviose An IX par la Commission nommée par le Gouvernement Consulaire*. In: _____. **Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil, Par Jean-Étienne-Marie Portalis publiés par le Vicomte Frédéric Portalis**. Paris: Libraire de la Cour de Cassation, 1844. p.4.) O discurso foi apresentado pela Comissão nomeada pelo governo consular de Napoleão e era composta por Tronchet, Bigot-Préameneau, Maleville e Portalis, sendo que este foi o redator do discurso. Cf. ANDRADE, Fábio Sibeneichler de. *op. cit.*, p.73.

seu artigo 7²³². Segundo, a lei civil protege o homem porque o considera como uma cidade sitiada pela liberdade infinita dos outros homens.

Para que essa afirmação seja bem entendida, deve-se notar que a filosofia hobbesiana e o seu individualismo radical (cujas raízes remontam ao nominalismo ockhamiano) representam a concepção de sociedade consolidada nos mais importantes textos normativos que inauguram a Modernidade jurídica: a sociedade é entendida como um conjunto de indivíduos dotados de poderes e ambições idênticas. Todo limite aos poderes do indivíduo encontra-se nos poderes dos demais.

Rememore-se a fórmula da liberdade natural de Hobbes: a liberdade significa não estar impedido em fazer o que se tem vontade de fazer. O individualismo hobbesiano não vislumbra a sociedade como um conjunto, como uma rede de relações; ao contrário, a sociedade e as relações sociais são um mal necessário que estabelecem limites à liberdade absoluta do indivíduo. Com isso, compreende-se a segunda proteção da lei civil enunciada por Portalis: o indivíduo é uma cidade sitiada por outras cidades, por outros indivíduos e cumpre à lei civil proteger os indivíduos uns dos outros. A lei civil hobbesiana, dotada de obrigatoriedade, apresenta-se como um “direito de guerra” que normaliza a “guerra de todos contra todos”.

O artigo 4 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²³³ contém

²³² “ARTIGO 7. – Nenhum homem pode ser acusado, preso, nem detido a não ser em casos determinados pela lei, e segundo as formas que ela prescreve. Aqueles que solicitarem, expedirem, executarem ou mandarem executar ordens arbitrárias, devem ser punidos; mas, todo cidadão demandado ou preso em virtude da lei deve obedecer no instante; este será culpado pela resistência.” Tradução livre de: “*ARTICLE 7. – Nul homme ne peut être accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu’elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l’instant; il se rend coupable par la résistance.*” (FRANÇA. Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789.)

²³³ “ARTIGO 4. – A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica aos demais; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem apenas tem os limites que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos; esses limites não podem ser determinados a não ser pela lei.” Tradução livre de: “*ARTICLE 4. – La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui; ainsi l’exercice des droits naturels de chaque homme n’a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits; ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.*” (FRANÇA. Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789.)

esses dois elementos da filosofia hobbesiana sintetizados no discurso de Portalis. Nesse dispositivo, a liberdade é um poder que não conhece outro limite a não ser a liberdade dos demais, e a confrontação dos limites entre as liberdades é determinada pela lei. Vale dizer, se as cidades estão sitiadas, a guerra tem suas regras.²³⁴

Nessa economia da lei e da liberdade enunciada por Portalis, pode-se notar que o Direito é definido em função do indivíduo humano universalizado – o homem – e que o elemento caracterizador e universalizante deste homem é a sua liberdade. Esta é entendida como algo possível de ser limitado e disciplinado e, portanto, como um poder, um “*pouvoir faire*”. Ao mesmo tempo, embora proveniente e inerente ao indivíduo, essa liberdade do homem implica uma relação com as demais liberdades individuais, cujo vínculo é disciplinado pela lei. A fórmula da relação entre a vontade particular do cidadão e a Vontade Geral revela-se nessa relação estabelecida entre os direitos do homem – cuja liberdade, o “*pouvoir faire*” é o modelo por excelência – e a lei estatal que os tutela.

Com a Revolução Francesa, o modelo dos direitos do homem (vontade particular e lei geral) positiva historicamente a representação filosófica do individualismo hobbesiano no campo do Direito Político. Na seqüência, esse modelo torna-se o esquema do Direito em geral ao ser inaugurada a linguagem dos direitos subjetivos. Se a semântica dessa linguagem está quase totalmente expressada na fórmula jusracionalista da liberdade hobbesiana²³⁵ (a relação entre lei e direito

²³⁴ Nesse mesmo sentido, mas acrescentando que a dinâmica da liberdade contida nessa fórmula perde seu equilíbrio em virtude da contemporânea ausência de limites aos direitos subjetivos (identificada pelo autor na irrefreada satisfação dos desejos que a ciência e a economia de mercado prometem), cf. EDELMAN, Bernard. **La personne en danger**. p.14-16. Pode-se, contudo, criticar a posição de Edelman caso se leve em consideração que o direito subjetivo sempre serve ao indivíduo e se a ciência e a economia de mercado contemporânea proporcionam ilimitados objetos aos poderes dos indivíduos, isso não pode ser definido como uma crise de equilíbrio do direito subjetivo, mas como uma radicalização de sua gênese constituinte.

²³⁵ O conceito de liberdade hobbesiano é referido como representante da tradição jusracionalista pertinente à relação entre direito subjetivo e lei que passa por Grócio (1583-1645), o próprio Hobbes (1588-1679) e Pufendorf (1632-1694). Para um resumo do pensamento desses autores sobre essa relação, cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Ed. 34/EDESP, 2004. p.106-118.

subjetivo), a sua sintaxe repousa nos Pandectistas Alemães (a expansão dos direitos subjetivos para além das relações políticas e para todo o tipo de relação humana)²³⁶.

O elo entre a Revolução Francesa e os Pandectistas é a filosofia kantiana. Da lei universal do Direito enunciada por Kant (“... *age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ...*”), podem-se extrair todos os elementos contidos na língua dos direitos do homem: o princípio do Direito é a liberdade identificada a um poder do indivíduo que não conhece outro limite a não ser outra liberdade individual. Em complemento, deve-se lembrar que na filosofia kantiana, o Direito Privado apenas é Direito efetivo na medida em que é inserido em uma condição pública, vale dizer, na medida em que é dotado de força estatal, da força contra a faticidade que celebra a comunhão transcendental dos cidadãos sob o Estado. Isso, na linguagem dos direitos do homem, é o equivalente à lei estatal que estabelece as condições de convivência das liberdades individuais ou, na linguagem kantiana, as condições de convivência das escolhas, dos arbítrios individuais.

Na linguagem dos direitos do homem, o direito individual revela-se como um poder do indivíduo universalizado que não possui conteúdo determinado a não ser pelos limites legais porque o sentido desses direitos ainda está muito vinculado à proteção do indivíduo perante o Estado, nos termos da liberdade hobbesiana. A falta de conteúdo dessa proteção do indivíduo relaciona-se ao conceito de liberdade como espaço de atuação em que não há impedimentos e sobre o qual o Estado e qualquer outro indivíduo não pode interferir. Kant, a partir da sua distinção entre **peçoas** e **coisas**, dará um conteúdo ao direito individual: as coisas. Ora, como já dito, no humanismo kantiano, as pessoas são os entes dotados de liberdade, que, por isso, não

²³⁶ “A língua dos direitos inaugurada pela Revolução vai ser transportada, pois, para a Alemanha, onde aquela língua espera um futuro de primeira importância.” Tradução livre de: “*La lengua de los derechos inaugurada por la Revolución va a pasar, pues, a Alemania, donde le espera un futuro de primera importancia.*” (ENTERRÍA, Eduardo García. *op. cit.*, p. 91.) Acerca da construção do conceito de direito subjetivo, Kelsen também faz a aproximação da Escola do Direito Natural com a Pandectística Alemã, cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. Revisão para a edição brasileira: Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p.142.

podem ser instrumentalizados; as coisas, já que não são dotadas de liberdade, podem ser objeto da vontade das pessoas. Para Kant, então, cumpre à Doutrina do Direito estudar os direitos adquiridos que dizem respeito à apropriação de coisas por pessoas e às relações entre pessoas que se assemelham à apropriação. Com isso, percebe-se que, na linguagem dos direitos do homem, em que pese a liberdade estar direcionada à atividade econômica, ainda assim, ela tem um sentido político (ligado à relação entre indivíduos e Estado). Kant permite transpor o poder da liberdade para o Direito em geral e expande todo esse poder às condições de apropriação em geral. Em Kant, há uma definitiva despolitização do conceito de liberdade ao identificá-lo com a base que fundamenta as condições apropriatórias.²³⁷

Esses pressupostos são assumidos pelo expoente da Pandectística Alemã do século XIX (vertente romanista da Escola Histórica do Direito), Friedrich Carl Von Savigny²³⁸, que, soberbamente influenciado pelo pensamento kantiano, assim define o conceito de direito subjetivo: “O direito, considerado na vida real, abraçando e penetrando por todos os lados o nosso ser, aparece-nos como um poder do indivíduo. Nos limites deste poder, reina a vontade do indivíduo, e reina com o consentimento de

²³⁷ O trajeto histórico-filosófico pelo qual o conceito jusnaturalista de liberdade – entendido pelo autor como faculdade moral e política – é juridicizado, perpassando pelos jusnaturalistas, pelo conceitualismo pandectista e pela jurisprudência dos interesses, pode ser visto em GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p.11-33., onde se lê o seguinte: “Esse progressivo esvaziamento do significado essencialmente político do termo liberdade e o concomitante fortalecimento do direito subjetivo assegurado nos limites da ordem jurídica estatal só vão se completar no início do século XIX. Para completar a absoluta afirmação das posições jurídicas anteriormente enunciadas a respeito da liberdade e do direito subjetivo, o racionalismo iluminista, ancorado na obra de Emmanuel Kant, forneceu argumentos definitivos.” (*Ibid.*, p.21.)

²³⁸ Nasceu em 1779, em Frankfurt. Estudou Direito de 1795 a 1799 em Margurgo, tendo sido dirigido aos estudos clássicos. Em 1803 já era professor em Marburgo e, em 1810, foi co-fundador da Universidade de Berlim. Com suas posições políticas conservadoras, participou de funções burocráticas junto à Prússia (em 1819, foi convidado pra a revisão da legislação prussiana e, em 1829, fora Conselheiro de Estado). Morreu em 1861. Cf. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2.ed. Tradução: António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p.435-437. Sobre a Escola Histórica do Direito, suas vertentes romanista e germanista, a influência do kantianismo sobre aquela, seus resultados históricos, etc. cf. *Ibid.*, p.397-561. Para um estudo mais sintético, porém ainda consistente, cf. HESPANHA, António Manuel. *op. cit.* p.181-195.

todos. Chamamos tal poder ou faculdade de direito, e alguns, direito em sentido subjetivo.”²³⁹ A relação jurídica para Savigny, então, define-se como um espaço de domínio da vontade livre do indivíduo disciplinada por uma norma jurídica: “... cada relação de direito aparece-nos como uma relação entre pessoas, determinada por uma regra jurídica que atribui a cada indivíduo o domínio onde sua vontade reina independentemente de toda vontade estranha.”²⁴⁰ O conteúdo abstrato desse conceito de relação jurídica permite a Savigny, à maneira de Kant, estabelecer os objetos possíveis sobre os quais recai a vontade humana: a própria pessoa portadora da vontade, a natureza exterior não-livre e as demais pessoas²⁴¹.

Para Savigny, a natureza exterior não pode ser apropriada em sua totalidade, mas apenas em uma parte determinada, chamada *coisa*. Daí, originam-se os direitos sobre coisas, cuja forma pura é a propriedade.²⁴² Quanto às pessoas, Savigny afirma que há dois modos de sujeitá-las à vontade individual: ou elas podem ser objeto da vontade individual de maneira completa, situação em que elas são reduzidas a *coisa*, tal como ocorre com os escravos; ou, apenas alguns atos dessas pessoas podem ser objeto da vontade individual, situação a que se dá o nome de obrigação.²⁴³

²³⁹ Tradução livre de: “*El derecho, considerado en la vida real, abrazando y penetrando por todos lados nuestro ser, nos aparece como un poder del individuo. En los límites de este poder, reina la voluntad del individuo, y reina con el consentimiento de todos. A tal poder ó facultad lo llamamos nosotros derecho, y algunos, derecho en sentido subjetivo.*” (SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del Derecho Romano Actual**. Tomo Primero. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, ?. p.65)

²⁴⁰ Tradução livre de: “... *cada relación de derecho nos aparece como relación de persona á persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna á cada individuo un dominio en donde su voluntad reina independientemente de toda voluntad extraña.*” (*Ibid.*, p.258.)

²⁴¹ *Ibid.*, p.259.

²⁴² *Ibid.*, p.261.

²⁴³ *Ibid.*, p.261-262. Savigny, na seqüência, afirma que essas relações – direito das coisas e direito das obrigações – tomam as pessoas isoladamente. Quando se toma a pessoa como partícipe da humanidade e se consideram os defeitos e a incompletude da pessoa (que precisa dos demais para atender às suas carências), surgem outros tipos de relações: as de parentesco, matrimonial e paternal. Essas relações, em conjunto, compreendem a família e as instituições que as regulam – o direito de família. Cf. *Ibid.*, p.263-265.

Propositadamente, por último, relegou-se a análise de Savigny acerca dos direitos sobre a própria pessoa porque, aqui, o autor irá realizar uma interessante crítica sobre a extensão dos direitos subjetivos. Savigny afirma que esses direitos sobre a própria pessoa são classificados como direitos originários porque não são direitos adquiridos como os direitos sobre as coisas e os direitos obrigacionais²⁴⁴ para, em seguida, descartar a existência desses direitos originários. Para Savigny, isso significa que há um poder natural do indivíduo sobre a sua própria pessoa (poder que, artificialmente, é estendido às coisas e às demais pessoas, originando a propriedade e as obrigações), mas este poder não é identificado como um direito subjetivo. Savigny rejeita equiparar esse poder natural à propriedade e às obrigações e tratá-los todos da mesma maneira, ou seja, como um domínio livre da vontade. Assim, a pessoa não pode dispor de si própria e a sua proteção deve ficar restrita às normas sancionatórias, sejam oriundas do direito civil ou do direito penal. Caso contrário, admitir-se-ia que o ser humano teria uma propriedade sobre seu corpo e membros, o que poderia legitimar o suicídio.²⁴⁵

Observe-se que Savigny, adotando os pressupostos da filosofia kantiana quanto ao império da vontade humana, transpõe a estrutura dos direitos do homem da Revolução Francesa para uma linguagem técnico-sistemática fundada sobre o conceito de relação jurídica, de relação de direito. Essa transposição oferta espaço para sustentar a lógica dos direitos do homem não apenas no campo da Política (cidadão e

²⁴⁴ Note-se aqui, mais uma vez, a influência do kantianismo sobre o pensamento de Savigny: a distinção entre direitos originários e adquiridos é a mesma realizada por Kant para determinar os direitos adquiridos como o objeto da Doutrina do Direito.

²⁴⁵ Reproduz-se o argumento de Savigny: "...e se, para fazer inteligível esta doutrina se diz que o homem tem propriedade sobre o seu ser visível, sobre seu corpo e sobre seus membros, poder-se-ia admitir uma violação que reprimisse esta teoria, cuja qual é tão inútil como censurável, porque, entre outras conseqüências conduz a legitimar o suicídio." Tradução livre de: "... y si, para hacer inteligible esta doctrina se dice que el hombre tiene su propiedad sobre su ser visible, sobre su cuerpo y sobre sus miembros, podría admitirse una violación que reprimiese esta teoría, la cual es tan inútil como censurable, porque, entre otras consecuencias, conduce á legitimar el suicidio." (*Ibid.*, p.260.)

Estado), mas em todas as relações sociais, juridicizando e despolitizando, definitivamente, o conceito de liberdade.²⁴⁶ Todavia, Savigny, ainda que baseado em seu tecnicismo frio, percebe que esse império da vontade deve ter limites, sob pena de atacar o seu próprio fundamento: a existência do imperador, o ser humano.

Se com Savigny pode-se entender como o homem possui mil poderes e quais são os perigos contidos nessa fórmula, ainda não se pode entender por que os indivíduos são apenas um homem, ou seja, não se pode entender a fórmula da universalidade dos poderes. Em virtude do desenvolvimento posterior deste trabalho, que consiste na análise do Parecer de Portalis acerca do casamento entre protestantes na França Absolutista, a universalidade do homem será abordada a partir de análise de Edelman pertinente ao pensamento de Jean Domat²⁴⁷ – jurista que exerceu forte influência sobre o pensamento de Portalis e sobre o Código Civil Francês.

²⁴⁶ Sob um enfoque conceitual, o desenvolvimento jusracionalista do conceito de liberdade, principalmente, a partir do móvel kantiano, representa uma verdadeira despolitização. Contudo, é importante destacar a posição de Lopes, que sustenta que o jusracionalismo, após a consolidação dos Estados Modernos, serviu para opor os direitos nacionais (fundamentados em uma moldura universal-jusnaturalista) ao direito romano, eliminando-o, posteriormente: “Pode-se dizer que o século XVIII abriu-se, da perspectiva jurídica, com o estabelecimento de uma forma de governo misto na Inglaterra, após 1689, e com a tendência de os Estados europeus continentais imporem, pouco a pouco, o direito nacional sobre o direito romano. Esse esforço, animado em toda parte pelos monarcas ilustrados, significaria a valorização do direito nacional e, necessariamente, positivo. O *ius patrium*, no entanto, só poderia substituir o *ius commune* se nele também se encontrasse alguma racionalidade e algum sistema, ou seja, um conjunto de princípios a partir dos quais tivesse sentido o direito positivo criado em cada unidade política nacional (reino).” (LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p.124.) Nesse sentido, embora em outro contexto, é exemplificativa a afirmação de Gediel: “Na França, o Código Civil de 1804 será considerado não apenas uma Lei, mas o dado sensível, positivo, do Direito Natural.” (GEDIEL, José Antônio Peres. *op. cit.*, p.25.)

²⁴⁷ Jean Domat nasceu em *Clermont, Auvergne* na data de de 30/11/1625. Foi muito próximo a Pascal, tendo ficado responsável pelos escritos deste após a morte do filósofo. Em 1689, publicou “As leis civis em sua ordem natural” (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*), obra que teve grande influência sobre o processo codificatório Francês. Em virtude dessa obra e de suas posições muito apreciadas por Luís XIV, Domat passou a receber uma pensão do governo absolutista desse monarca. Muito influenciado pelo cristianismo, Domat concebia que o Direito deveria engendrar relações de equidade entre os seres humanos. Morreu em Paris na data de 14/03/1696. Cf. UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW SCHOOL. **Medallions & inscriptions: Jean Domat (1625-1696)**. Disponível em: <<http://www.law.upenn.edu/about/history/medallions/domat/>>. Acesso em: 23 out. 2005. Breve resumo sobre o pensamento de Domat pode ser encontrado em LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p.119-121.

Domat questiona-se como os Romanos, desconhecedores das luzes do Cristianismo, puderam inaugurar, inventar as bases do Direito Civil²⁴⁸. Os Romanos classificavam os homens em diversas categorias (escravo, pai, filho etc.) e dessas categorias extraíam conseqüências jurídicas contingentes e parciais²⁴⁹, além de muitas vezes estas terem sido injustas e desumanas²⁵⁰. Isso, para Domat, é atribuído à ignorância romana acerca das verdades do Deus Cristão, que fez o homem à sua semelhança. Ora, uma vez que haja o temor ao Deus Cristão, o homem é universal, pois feito à semelhança do Criador. Essa universalidade deve se expressar juridicamente e Domat identifica-a na capacidade jurídica: todas as leis consideram as pessoas como capazes ou incapazes, conforme possam exercer, ou não, seus direitos e, portanto, a capacidade é o elemento universal do Direito cristão²⁵¹:

Vê-se claramente que o direito funciona agora segundo o esquema divino, e que ele é mesmo estritamente sobreposto. Do mesmo modo que Deus fez os homens à sua imagem e que esta semelhança os constitui como homem, também a semelhança dos homens ante o direito lhes dá a qualidade de sujeito. O direito se porta como Deus, uma vez que ele é a fonte e o fim da existência social do homem. Assim, a capacidade apresenta-se como a tradução jurídica da presença de Deus no homem. Percebe-se como o cristianismo pode se enunciar por uma

²⁴⁸ EDELMAN, Bernard. **La personne en danger**. p.47-48.

²⁴⁹ Segundo Villey, o direito romano histórico não se baseia em um sistema de direitos subjetivos provenientes dos indivíduos isolados. O elemento central do direito romano histórico é a relação concreta e casual; ao Direito cumpre estabelecer a correta distribuição social dos bens e, por isso, o ofício do jurista não se baseia na aplicação de leis gerais ao conflito concreto entre direitos individuais. Seu ofício é descobrir o Direito no contingente e, a partir deste, descobrir a justa distribuição dos bens. Assim, para os romanos, *ius*, dentre os seus diversos sentidos, significa a própria coisa atribuída a alguém de maneira justa. Cf. VILLEY, Michel. Le “Droit subjetif” et la science juridique romaine. In: _____. **Le droit et les droits de l’homme**. Paris: PUF, 1983. p.69-79; VILLEY, Michel. **La formation de la pensée...**, p.230-236 e GALLEGO, Elio A. *op. cit.*, p.17-33;73-74.

²⁵⁰ “Assim, os Romanos, porque ignoravam o fim do homem [o Deus cristão], puderam produzir leis injustas. Pois, ter dado ao pai um direito de vida ou de morte sobre seus filhos era negar o fim do homem; ter considerado os escravos como coisas também era negar esse fim.” Tradução livre de: “*Ainsi les Romains qui ignoraient la fin de l’homme avaient pu produire des lois injustes. Car c’était bien dénier la fin de l’homme que de donner au père un droit de vie ou de mort sur son fils; et c’était bien refuser aussi cette fin que de considérer les esclaves comme des choses.*” (EDELMAN, Bernard. **La personne en danger**. p.50.)

²⁵¹ *Ibid.*, p.54.

igualdade abstrata jurídica: todos os homens nascem livres e iguais perante o direito.²⁵²

Apesar dos argumentos de Domat analisados por Edelman serem utilizados aqui apenas como um exemplo do mecanismo da universalidade dos direitos subjetivos, pode-se inferir que a capacidade jurídica (ainda que não tenha o seu fundamento contemporâneo na igualdade cristã) é o elemento que homogeneiza os indivíduos como sujeitos de direito: todos são titulares de capacidade de direito em igualdade universal, podendo apenas terem restringida a capacidade de exercício ou de gozo dos direitos universalmente titularizados.

Essa fundamentação místico-cristã de Domat é laicizada pela fórmula Moderna da autonomia. Para que isso seja bem demonstrado, retoma-se Rousseau: a lei é o registro comum das vontades racionais. A universalização dos direitos subjetivos, então, não decorre da comunhão cristã, mas da comunhão racional da autonomia que cria a lei, o veículo dos direitos subjetivos. Porém, ambos os fundamentos da universalização dos direitos subjetivos (o cristão e o laico) dependem da construção de uma imagem abstrata e ideal do indivíduo concreto, ou seja, uma subjetividade jurídica.²⁵³

Como diz Edelman acerca do pensamento cristão de Domat, esse modelo de organização jurídico-social, assim como o corpo de Cristo, carrega consigo os suas

²⁵² Tradução livre de: “*On voit clairement que le droit fonctionne alors sur le schéma divin, et qu’il lui est même strictement superposable. De même en effet que Dieu a fait les hommes à son image, et que cette ressemblance les constitue comme homme, de même c’est la ressemblance des hommes au droit qui leur donne la qualité de sujet. Le droit se conduit comme Dieu, puisqu’il est la source et la fin de l’existence sociale de l’homme. Ainsi, la capacité se présente comme la traduction juridique de la présence de Dieu dans l’homme. Et l’on voit comment le christianisme peut s’énoncer par une égalité abstraite juridique: tous les hommes naissent libres et égaux en droit.*” (Ibid., p.54-55.)

²⁵³ Assim também se posiciona Martins-Costa: “Da noção religiosa da igualdade de todos os homens frente ao seu Criador nascera a idéia da igualdade perante a lei, da igualdade da lei e da igualdade na lei – no início apenas uma idéia, perigosa e subversiva –, que foi afirmada, contudo, por um poderoso libelo, expresso na doutrina do ‘contrato social’ e claramente apregoada no Discurso sobre a desigualdade.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.181-182.)

próprias chagas²⁵⁴: os direitos do homem reproduzem a funcionalização do cidadão ao homem privado (antinomia da funcionalização do público ao privado, do Estado à atividade econômica capitalista) e são pautados por um universalismo abstrato que desconsidera as condições histórico-fáticas dos seres humanos (antinomia entre abstração e contingência, situação existencial concreta):

Toda a ideologia dos direitos do homem é, então, construída sobre um antagonismo que parece irreduzível: aquele do homem e do cidadão, ou da sociedade civil e do Estado. É, aliás, esse antagonismo que Marx denunciara em *A questão judaica* ao criticar a cisão do homem em homem público e homem privado.

Ademais, a Humanidade é ausente das Declarações sobre os direitos do homem, ou, mais ainda, ela aparece sob um *universalismo*. Em substância, é o Homem como Universal que é a Humanidade mesma, vale dizer, o Homem elevado à Universalidade.²⁵⁵

Cumpra, agora, apontar as críticas de Karl Marx e de Edmund Burke aos direitos do homem para entender essas duas chagas do Direito Moderno.

2.2 O DIREITO A SERVIÇO DO HOMEM, A SERVIÇO DE UM FANTASMA: A CRÍTICA EXTERNA AO DIREITO MODERNO

Em *A questão judaica*, é criticado o argumento de Bruno Bauer, que sustenta a impossibilidade de os judeus reivindicarem sua emancipação política, preservando a sua religião, pois, nesse caso, sobre seus deveres políticos sempre prevaleceriam seus deveres religiosos²⁵⁶. Os deveres particulares do judeu seriam incompatíveis com os

²⁵⁴ EDELMAN, Bernard. **La personne en danger**. p.81.

²⁵⁵ Tradução livre de: “*Toute l’idéologie des droits de l’homme est donc construite sur un antagonisme qui semble irréductible: celui de l’homme et du citoyen, ou de la société civile et de l’État. C’est, d’ailleurs, cet antagonisme que Marx dénoncera dans La question juive, en critiquant la scission de l’homme en homme public et homme privé. Quoi qu’il soit, l’Humanité est absente dans les Déclarations sur les droits de l’homme, ou, plutôt, elle apparaît sous les espèces de l’universalisme. En substance, c’est l’Homme en tant qu’Universel qui est l’Humanité même, c’est-à-dire l’Homme élevé à l’Universalité.*” (Ibid., p.529.)

²⁵⁶ MARX, Karl. **A questão judaica**. Tradutor: Silvio Donizete Chagas. 5.ed. São Paulo: Centauro, 2005. p.16-18.

seus deveres cívico-políticos. Marx²⁵⁷, naquele livro e em oposição a Bauer, sustenta que a emancipação política da religião, ou seja, a laicização dos Estados supõe a própria existência da religião. É esclarecedor, nesse ponto, o exemplo da abolição política da propriedade privada. Vale dizer, a abolição do direito de voto fundado na riqueza não significa a abolição fática da propriedade privada e das diferenças que ela enseja. Ao contrário, essa abolição política pressupõe as diferenças fáticas oriundas dos graus de riqueza:

O Estado, como tal, anula, por exemplo, a *propriedade* privada. O homem declara *abolida* a propriedade privada de modo político quando suprime o *aspecto riqueza* para o direito de sufrágio ativo e passivo, como já se fez em muitos Estados norte-americanos. (...)

Não obstante, a anulação política da propriedade privada, ao contrário e longe de destruir a propriedade privada, a pressupõe. O Estado anula, a seu modo, as diferenças de *nascimento*, de *status social*, de *cultura* e de *ocupação*, ao declarar o nascimento, o status social, a cultura e a ocupação do homem como diferenças *não políticas*, ao proclamar todo membro do povo, sem atender a estas diferenças, co-participante da soberania popular em *base da igualdade*, ao abordar todos os elementos da vida real do povo do ponto de vista do Estado. Contudo, o Estado deixa que a propriedade privada, a cultura e a ocupação *atuem a seu modo*, isto é, como propriedade privada, como cultura e como ocupação, e façam valer sua natureza *especial*. Longe de acabar com estas diferenças *de fato*, o Estado só existe sobre tais premissas, só se sente como *Estado político* e só faz valer sua *generalidade* em contraposição a estes elementos seus.²⁵⁸

²⁵⁷ Karl Marx nasceu em Treves, capital da província alemã do Reno, na data de 05/05/1818. Filho de família judia (embora seu pai tenha abandonado o judaísmo em 1824), Marx estudou Direito na Universidade de Bonn e, após, matriculado em 1836, na Universidade de Berlim. Durante a juventude, aproximou-se da esquerda hegeliana e, juntamente com outros autores dessa corrente, formou os *Anais Franco-Alemães*, que não passaram do número duplo, publicado em 1844. Marx contribuiu para os *Anais* com a *Introdução a uma Crítica da Filosofia do Direito de Hegel* e *A Questão Judaica*. A partir daí, Marx empreende a parceria com Friedrich Engels, que havia publicado nos *Anais Franco-Alemães* o *Esboço de uma Crítica da Economia Política*. Dessa parceria, surge o escrito *Ideologia Alemã*, com o qual os autores rompem com o neo-hegelianismo. Em 1848, participando do movimento proletário, Marx e Engels apresentam, no segundo congresso da Liga dos Comunistas, o Manifesto Comunista. Após o dissolvimento da Liga, Marx funda a *Nova Gazeta Renana*, mas acaba tendo de exilar-se em Londres em virtude de questões políticas. Em Londres, apesar das graves dificuldades econômicas por quais passa a família de Marx, este passa por um período de grande produção. Em 1867, é publicado o primeiro volume de *O Capital*, obra em que Marx descreve a estrutura e a função do modo capitalista de produção. Em Londres, na data de 14/03/1883, morreu Marx. O segundo e o terceiro volumes de *O Capital* são finalizados por Engels a partir dos escritos de Marx e são publicados em 1885 e 1894, respectivamente. Cf. GIANNOTTI, José Arthur. **Marx – Vida e Obra**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p.5-19. (Os Pensadores)

²⁵⁸ MARX, Karl. **A questão judaica**. p.22.

O Estado, então, pressupõe as diferenças entre os indivíduos que o constituem. O Estado é, nas palavras de Marx, “... a *vida genérica* do homem em *oposição* a sua vida material. Todas as premissas desta vida egoísta permanecem de pé *à margem* da esfera estatal, na *sociedade civil*, porém, como qualidade desta.”²⁵⁹ Por isso, a “... *desintegração* do homem no judeu e no cidadão, no protestante e no cidadão, no homem religioso e no cidadão, não é uma mentira *contra* a cidadania, não é a evasão da emancipação política; representa, isto sim, a *própria emancipação política*, o modo *político* de emancipação da religião.”²⁶⁰ Para Marx, a contradição existente entre o crente de uma religião e a sua cidadania não passa de um aspecto da contradição entre o Estado e a sociedade burguesa, a sociedade civil – contradição esta que é inerente ao próprio Estado.²⁶¹

E o que garante a dissociação entre homem e cidadão? Entre sociedade civil e Estado? E, por que a sociedade civil é a sociedade burguesa? É justamente a liberdade dos direitos do homem o fundamento dessa cisão. Ora, usando o exemplo da religião, Marx afirma que os direitos do homem protegem a liberdade religiosa, a liberdade de culto e, portanto, permitem que o crente religioso seja também um cidadão. Assim, a religião não priva o homem da comunidade com os demais: é o próprio conceito de liberdade dos direitos do homem que priva o indivíduo da comunidade.

A liberdade definida à maneira hobbesiana como um poder, um “*pouvoir faire*” limitado apenas pela liberdade dos demais constitui uma sociedade “... que faz que todo homem encontre noutros homens não a *realização* de sua liberdade, mas, pelo contrário, a *limitação* desta.”²⁶² A liberdade é, então, uma propriedade com marcos territoriais, sendo cada homem “... uma mônada isolada, dobrada sobre si mesma.”²⁶³ Ou, nas palavras de Portalis, cada homem é uma cidade com leis feitas

²⁵⁹ *Ibid.*, p.23.

²⁶⁰ *Ibid.*, p.25.

²⁶¹ *Ibid.*, p.31.

²⁶² *Ibid.*, p.36.

²⁶³ *Ibid.*, p.35.

para seu proveito individual. A sociedade civil, por sua vez, é a sociedade burguesa porque esta, ao definir a liberdade como demarcação, identifica a liberdade com propriedade e disso decorre que o único vínculo que mantém os indivíduos humanos é “... a necessidade e o interesse particular, a conservação de suas propriedades e de suas individualidades egoístas.”²⁶⁴

A crítica marxiana, portanto, denuncia a historicidade dos direitos do homem e como o humanismo individualista neles contido revela a funcionalização do Estado e do Direito ao mecanismo do modo capitalista de produção em crescente desenvolvimento nos séculos XVIII e XIX. Afinal, é a isso que corresponde a cisão entre o cidadão e o homem: a emancipação política apregoada pelas revoluções liberais do século XVIII não trazem a emancipação humana, pois a sociedade burguesa carrega consigo as contradições inerentes à apropriação privada dos meios de produção e o Estado, ao se apresentar como defensor da liberdade, manifesta-se como defensor da liberdade do proprietário, definindo “o meu e o teu”. Marx aponta que a lei da liberdade é a lei da propriedade privada. O Estado Moderno, ao tutelar os direitos do homem, funcionaliza-se à atividade econômica capitalista. Os direitos subjetivos, portanto, também reproduzem a antinomia da funcionalização da Política (o público) à atividade econômica (o privado).

Em *Reflexões sobre a Revolução Francesa*, obra escrita em 1790, é denunciado o caráter abstrato dos direitos do homem e como essa abstração da realidade neles contida pode conduzir à própria negação do humanismo que eles portam. A crítica é de Edmund Burke²⁶⁵, que considera que os direitos do homem pecam por seu universalismo. Assim, os direitos, para que sejam consistentes, devem

²⁶⁴ *Ibid.*, p.37.

²⁶⁵ Nasceu na Irlanda em 1729 e morreu em 1797. Foi político e jornalista na Inglaterra. Defendeu a causa dos colonos da América contra a metrópole inglesa, condenou o tratamento dispensado aos negros, lutou para amenizar as penas infligidas pelo direito inglês aos homossexuais e, várias vezes, defendeu as classes mais pobres. Também combateu a extensão do sufrágio e defendeu os privilégios dos proprietários. Cf. VILLEY, Michel. Philosophie du droit de Burke. In: _____. **Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)**. Paris: Dalloz, 1976. p.126-127.

ser relativos ao espaço e ao tempo e devem depender das circunstâncias.²⁶⁶ Apenas esses fatores permitem que os direitos sejam eficazes e não sejam, nas palavras de Burke, metafísicos como são os direitos do homem: “Que utilidade tem discutir o direito abstrato de um homem ao alimento ou à medicina? A questão reside no método de procurá-los e administrá-los. Nessa deliberação, meu conselho será sempre que se solicite a ajuda do agricultor e do médico de preferência à do professor de metafísica.”²⁶⁷

Esse caráter metafísico e abstrato dos direitos do homem tem como nefasto efeito permitir que eles sirvam de motivo para a sua própria violação²⁶⁸. Burke dá o exemplo do direito de propriedade assegurado no artigo 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789²⁶⁹: como, após a Revolução que assegura o devido processo legal e o direito de propriedade, os bens da Igreja Católica puderam ser confiscados pelo Estado? Burke não aceita como justificativa o argumento dos jacobinos de que as pessoas eclesiásticas – a Igreja – são fictícias, são criadas pelo

²⁶⁶ *Ibid.*, p.132-133.

²⁶⁷ Tradução livre de: “*Qué utilidad tiene discutir el derecho abstracto de un hombre al alimento o a la medicina? La cuestión estriba en el método de procurarlos y administrarlos. En esa deliberación mi consejo será siempre que se solicite la ayuda del agricultor y el médico de preferencia a la del profesor de metafísica.*” (BURKE, Edmund. Reflexiones sobre la Revolución Francesa. In: _____. **Textos Políticos**. Versión española e introducción de Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1942. p.93.)

²⁶⁸ “No mesmo momento em que se proclama o direito de cada um não ser condenado a não ser em virtude de procedimento regular e o direito de liberdade de pensamento, desfilam empaladas, sob as janelas da Constituinte, as cabeças das pessoas abatidas sem qualquer forma de procedimento porque pensavam diferentemente. Os direitos do homem servem de cobertura à sua própria violação.” Tradução livre de: “*Au même moment où l’on proclame le droit de chacun n’être condamné que sur procédure régulière et la liberté de pensée, défilent sur des piques, sous les fenêtres de la Constituante, les têtes des gens abattus sans autre forme de procédure, pour avoir le tort de mal penser. Les droits de l’homme servent de couverture à leur propre violation.*” (VILLEY, Michel. Philosophie du droit de Burke. p.130.)

²⁶⁹ “ARTIGO 17. – A propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém podendo ser dela privado senão quando a necessidade pública, legalmente constatada, o exigir evidentemente, e sob a condição de uma justa e prévia indenização.” Tradução livre de: “*ARTICLE 17. – La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n’est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l’exige évidemment, et sous la condition d’une juste et préalable indemnité.*”

Estado e que, por isso, este também pode destruí-las e, assim, os bens que aquelas possuem, em verdade, pertencem ao Estado.²⁷⁰

Segundo Burke, a contradição e parcialidade do argumento jacobino, apesar de não serem uma justificativa, têm uma causa: antes da Revolução, o Estado francês estava altamente endividado com a classe dos banqueiros em franco desenvolvimento, e, simultaneamente, “... a circulação geral da propriedade e, em particular, a conversibilidade mútua de dinheiro em terra e de terra dinheiro, foi sempre difícil.”²⁷¹ Assim, o confisco dos bens da Igreja serviu para, por meio do Estado, transferir esses bens, ou melhor, convertê-los em garantia de pagamento da dívida contraída com os banqueiros.

A aliança entre os banqueiros e os literatos dos direitos do homem teria sido a causa ideológica do ataque à propriedade eclesiástica no intuito de satisfazer os interesses econômicos daqueles.²⁷² Por isso, diz Burke, quando o tirano Henrique VIII da Inglaterra pretendeu roubar as abadias, ele desconhecia

...que instrumento tão eficaz do despotismo se podia encontrar nesse grande arsenal de armas ofensivas que se chama os Direitos do Homem. (...) Se o destino o tivesse reservado para nossa época, quatro termos técnicos lhe bastaria, evitando-se todo trabalho; não teria necessitado mais que uma breve fórmula – *Filosofia, Luz, Libertade, Direitos do Homem*.²⁷³

²⁷⁰ BURKE, Edmund. *op. cit.*, p.133-134.

²⁷¹ Tradução livre de: “... *la circulación general de la propiedad y, en particular, la convertibilidad mutua de dinero en tierra y de tierra en dinero, ha sido siempre difícil.*” (*Ibid.*, p.136.)

²⁷² “Como estes dois tipos de homem acabam por ser os líderes principais de todos os últimos acontecimentos, sua união e sua política serviram para explicar – não baseando-se em princípios de direito e de política, mas como *causa* – a fúria geral com que foi atacada toda a propriedade imóvel das corporações eclesiásticas; ...” Tradução livre de: “*Como estos dos tipos de hombre resultan ser los líderes principales de todos los últimos acontecimientos, su unión y su política servirán para explicar – no basándose en principios de derecho y de política, sino como causa – la furia general con que ha sido atacada toda la propiedad inmueble de las corporaciones eclesiásticas; ...*” (*Ibid.*, p.139)

²⁷³ Tradução livre de: “... *qué instrumento tan eficaz del despotismo se podía encontrar en ese gran arsenal de armas ofensivas que se llama los Derechos del Hombre. (...) Si el destino le hubiera reservado para nuestra época, cuatro términos técnicos le habrían bastado, evitándole todo trabajo; no hubiera necesitado más que una breve fórmula de ensalmo – Filosofia, Luz, Libertad, Derechos del Hombre.*” (*Ibid.*142.)

Burke denuncia as mazelas contidas na abstração que os direitos do homem trazem consigo: o desapego à realidade teria licenciado um discurso humanista que teria servido aos interesses da burguesia capitalista-financeira em ascensão na França revolucionária.²⁷⁴ O indivíduo universalizado sob o manto da subjetividade composta por direitos subjetivos enseja, portanto, a antinomia da abstração das situações existenciais concretas, produzindo o efeito prático-político de expropriação da Igreja.

Sob o aspecto dessa abstração, pode-se retomar também como a Vontade Geral rousseuniana dinamizada pela lei pode ensejar uma dominação política sobre os indivíduos que, concretamente, não consentem com as prescrições legais. Ora, o argumento jacobino da concessão da personalidade jurídica à Igreja mediante uma ficção legal que pode ser revogada a qualquer tempo justifica-se pela idéia de lei como veículo da autonomia dos cidadãos: a vontade autônoma é histórica e mutável, podendo revogar a concessão, mesmo que a vontade particular da Igreja seja contrária à vontade comum (pois, nesse caso, a vontade particular não seria racional).

De fato, com Marx e Burke percebe-se nos direitos do homem, nos direitos subjetivos a reprodução das antinomias da Política e do Direito Modernos: a funcionalização do Estado à atividade econômica e a abstração das situações existenciais concretas (conflito entre segurança e contingência).

A liberdade hobbesiana – o poder do indivíduo universalizado – é o modelo sobre o qual descansa a fórmula dos direitos do homem. Como se notou com Marx, é o indivíduo universalizado como titular desses direitos que se apresenta como fundamento do Estado. Porém, a liberdade hobbesiana é a liberdade do proprietário e da apropriação (o que, aliás, evidencia-se com a definição kantiana-savigniana de direito subjetivo). Por isso, se o indivíduo universalizado dos direitos do homem é o fundamento da estatalidade, cumpre ao Estado proteger e assegurar a atividade

²⁷⁴ Villey afirma que Burke, antes de Marx, denuncia o sentido real da Revolução, ligado aos interesses da burguesia detentora da fortuna mobiliária. Cf. VILLEY, Michel. *La philosophie du droit de Burke*. p.128.

econômica capitalista. Com Marx, então, evidencia-se a funcionalização do público aos interesses privados identificados com o modo capitalista de produção.

Na outra ponta, tem-se que a universalização do indivíduo conduz a uma abstração das condições concretas da vida que pode resultar em um controle, em uma sujeição dos indivíduos concretos às normativas estatais. Com Burke, aponta-se que os direitos do homem, por meio de seu discurso humanista e antropocêntrico, teriam ensejado o controle e o domínio estatal sobre os bens eclesiásticos. A lei e a Vontade Geral rousseauiana respaldam esse humanismo abstrato que, no plano fático, expressa-se pela sujeição e pela arbitrariedade como bem notou Burke: universaliza-se o contingente, submetendo-o ao modelo abstrato.

Em resumo: Marx e Burke criticam e denunciam a maneira pela qual os direitos do homem, em sua abstração das condições materiais, acabam por realizar objetivos que não coadunam com o discurso humanista contido nos textos normativos. Com eles, patenteia-se que a subjetividade jurídica Moderna, na medida em que é uma abstração do indivíduo contingente, congrega dois aspectos: é fundamento da realidade, base subjacente, *subjectum* (antinomia da funcionalização do Estado à economia) e é sujeição do indivíduo concreto e contingente à ordem político-jurídica (antinomia da abstração das situações existenciais concretas).

A análise de Marx e Burke parte do exterior do Direito, ou seja, parte de uma análise do Direito como um fenômeno social e, dessa análise, retiram conclusões acerca dos efeitos sociais desse fenômeno. No entanto, é possível identificar certas críticas ao modelo antinômico dos direitos do homem, dos direitos subjetivos que são realizadas por juristas e, portanto, são críticas que se fundamentam no próprio discurso interno do Direito. É o que se verá na seqüência.

2.3 A FOME E A SEDE DO FANTASMA: A VOZ DOS JURISTAS E O SEU ECO SURDO OU COMO OS JURISTAS PERCEBEM AS ANTINOMIAS

Nessas críticas internas ao discurso jurídico, parece ser recorrente a tentativa reduzir o grau de abstração do Direito e tornar as suas categorias um verdadeiro instrumento de tutela dos interesses concretos em jogo na realidade. Pode-se lembrar,

nesse sentido, o argumento de Savigny contrário à existência de um direito subjetivo sobre o próprio corpo. No momento em que considera que o direito subjetivo se define como um poder absoluto de domínio da vontade e percebe a funcionalidade concreta a que pode dar vazão um domínio desse sobre o corpo (a própria extinção do corpo), Savigny rejeita a possibilidade de admitir-se um tal direito. Trata-se de uma crítica interna do discurso jurídico que parte da redução do grau de abstração das categorias do Direito.

O mesmo tipo de argumento – pautado pela tentativa de reduzir o grau de abstração das categorias jurídicas – pode ser encontrado na discussão legislativa acerca do instituto jurídico da lesão como causa de rescisão dos contratos de venda imóveis no Código Civil Francês²⁷⁵. Antes de introduzir o argumento crítico dos direitos subjetivos – no sentido de relacioná-los com a realidade concreta – faz-se necessário entender o funcionamento estritamente jurídico desse instituto. Na sessão do 21 *nivôse*, ano XII, Portalis argumenta o motivo do instituto da lesão: todo contrato comutativo implica que cada uma das partes apenas dá para receber o equivalente. Logo, é da essência mesma do contrato ser rescindido quando o equivalente da coisa vendida não é fornecido.²⁷⁶

Em segundo lugar, toda obrigação tem uma causa e, nos contratos, a causa é o interesse, vale dizer, a vantagem que as partes procuram obter. Na venda, para o vendedor, esse interesse é haver o preço representativo da coisa mais que possuir a coisa mesma. Para o comprador, o interesse é ter a coisa mais que a soma de dinheiro

²⁷⁵ A matéria ficou disciplinada nos arts. 1674 e ss. do Código Civil Francês: “**Art. 1674.** Se o vendedor foi lesado em mais de sete duodécimos do preço de um imóvel, aquele terá direito de requerer a rescisão da venda, mesmo que ele tivesse renunciado expressamente no contrato à faculdade de requerer a rescisão, e que ele tivesse declarado dar a diferença.” Tradução livre de: “**Art. 1674.** *Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d’un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu’il aurait déclaré donner la plus-value.*” (FRANÇA. Code Civil.)

²⁷⁶ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Discours et fragments d’opinions de Portalis. Extraits du registre des délibérations du Conseil d’État, a la date et suivant l’ordre des séances dans lesquelles ils ont été prononcés. In: _____. **Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil, Par Jean-Étienne-Marie Portalis publiés par le Vicomte Frédéric Portalis.** Paris: Libraire de la Cour de Cassation, 1844. p.412.

que representa o seu valor.²⁷⁷ Ora, “... se existe uma lesão enorme, se o preço e o valor do objeto vendido estão fora de qualquer proporção entre si, não há certamente uma causa”.²⁷⁸ Logo, o contrato pode ser rescindido por aquele que não teve o seu interesse atendido pelo contrato – o vendedor.

Exposto o funcionamento jurídico do instituto da lesão, pode-se remeter à sessão do 25 *brumaire*, ano XII. Nessa sessão, há uma interessante discussão em torno do problema da segurança jurídica. Argumenta-se que a rescisão dos contratos de venda de imóveis em virtude da lesão conduziria à incerteza quanto às operações econômicas, prejudicando o aproveitamento das propriedades e o investimento econômico realizado sobre elas. Isso porque o adquirente do bem imóvel sempre temeria a possibilidade de ver rescindido o contrato firmado e, assim, ter de devolver o imóvel, reavendo apenas o preço pago. O interesse público e a segurança jurídica a ele associada repeliriam o instituto da lesão como causa de rescisão dos contratos de venda imobiliária.²⁷⁹

O argumento de Portalis a favor da rescisão em virtude da lesão e contra a segurança jurídica – esse direito insculpido no artigo 2 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – é surpreendente:

Mas, se for concedido azo a esses temores [segurança jurídica e interesse público], seria necessário desconsiderar qualquer nulidade como capaz de viciar os contratos, e, assim, o interesse dos indivíduos seria sacrificado sem reserva em virtude do pretense bem de um ser puramente metafísico que se chama sociedade; aqui, confunde-se, quanto ao seu objeto, as leis civis com as leis políticas; no direito político, os indivíduos não são nada. Trata-se de salvar a coisa pública. No direito civil tudo se reduz aos particulares, cada indivíduo é considerado como a sociedade inteira; caso fossem abolidas todas as nulidades, ter-se-ia a paz sem dúvida, mas qual paz! Aquela da morte e do silêncio dos túmulos; de um lado os fraudadores impunes, de outro os enganados sem proteção; o grande interesse público,

²⁷⁷ *Ibid.*, p.412-413.

²⁷⁸ Tradução livre de: “... si donc il existe une lésion énorme, si le prix et la valeur de l’objet vendu sont hors de toute proportion entre eux, il n’y a certainement plus de cause.” (*Ibid.*, p.413.)

²⁷⁹ *Ibid.*, p.397.

aquele que vai ao coração, é de impedir que o homem honesto seja surpreendido. Qualifica-se essa lei de feudal, de lei de família; ela não é nada disso, é uma lei de equidade, *humanum est*.²⁸⁰

Na rica argumentação de Portalis, ao mesmo tempo em que se retorna ao tema do individualismo universalizado (“o indivíduo é uma sociedade”), percebe-se a preocupação em atender aos interesses concretos que se relacionam em um contrato de venda. A paz e a segurança social não podem sobrepujar os limites da equidade e permitirem que os homens lesem uns aos outros e, diante disso, o instituto da lesão é norma que veicula uma lei de humanidade.

Desse modo, pode-se compreender em que medida Orlando de Carvalho denomina o *Code Civil* “... um código humanista ou (*hoc sensu*) personalista, afirmando o primado do homem sobre a lei, da pessoa sobre a imposição que a constrange, que ainda hoje parece um ideal não proscrito”.²⁸¹ Ora, é certo que se trata de um humanismo para o burguês do século XIX (o que, aliás, é reconhecido por Orlando de Carvalho), cuja lei de equidade faz-se em um balcão de comerciantes onde a balança mensura a proporcionalidade entre o objeto da venda e o preço para pagamento. Ainda assim, é inegável que a tentativa, exemplificada com o argumento de Portalis, de superar os obstáculos da abstração contida nas formas jurídicas (contrato, instrumentalização de direitos subjetivos, obrigações recíprocas, segurança jurídica etc.) busca identificar a causa real veiculada pelo contrato de venda

²⁸⁰ Tradução livre de: “*Mais si l’on écoutait de telles craintes, il faudrait n’avoir égard à aucune des nullités capables de vicier les contrats, et ainsi l’intérêt des individus serait sacrifié sans réserve au prétendu bien de l’être purement métaphysique qu’on appelle la société; ici l’on confond, quant à leur objet, les lois civiles avec les lois politiques; dans le droit politique, les individus ne sont rien. Il s’agit de sauver la chose publique. Dans le droit civil tout se réduit aux particuliers, chaque individu est considéré comme la société entière; si on abolit les nullités, on aura la paix sans doute, mais quelle paix! celle de la mort et le silence des tombeaux; d’un côté des trompeurs impunis, de l’autre des trompés sans protection; le grand intérêt public, celui qui va au coeur, est d’empêcher l’honnête homme d’être surpris. On a qualifié la loi féodale, de loi de famille; elle n’est rien de tout cela, c’est une loi d’équité, humanum est.*” (Ibid., p.397-398.)

²⁸¹ CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica** – seu sentido e limites. 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981. p.35.

imobiliária e fazer com que o Direito tutele essa causa e garanta a sua efetividade econômica ao proteger a boa-fé e a equidade entre os contratantes.²⁸²

Dessa maneira, demonstra-se que a par da crítica externa ao Direito (realizada pela filosofia e pela sociologia, cujos argumentos de Marx e Burke serviram de exemplo), a própria doutrina clássica do Direito Civil, representada aqui por Portalis (um dos redatores do Código Civil Francês) e Savigny (um dos maiores expoentes da Pandectística Alemã), identifica na estrutura abstrata das formas jurídicas uma mazela do Direito Moderno.

O direito de domínio sobre o próprio corpo pode, uma vez que se considere a amplidão do poder conferida pelo direito subjetivo, legitimar o suicídio. De certo modo, Savigny percebe que a abstração do direito subjetivo pode dar lugar a uma situação existencial concreta em descompasso com o valor da vida humana. Já no argumento de Portalis, desconsiderar as causas econômicas reais do contrato pode dar respaldo ao engodo e à fraude, fazendo dos homens seus próprios algozes. Com efeito, trata-se, mais uma vez, do conflito Moderno entre contingência da realidade e abstração que se manifesta no Direito de forma reveladora no confronto entre a

²⁸² Em normas como essa da rescisão de contratos imobiliários em virtude do instituto da lesão que Arnaud identifica a influência do jansenismo cristão (equidade natural e honestidade entre os homens) sobre o *Code*, sendo essa influência importada do pensamento de Domat: “E é bem verdadeiro: ao lado da influência racionalista *moderna*, a impregnação das idéias jansenistas desempenhou um grande papel na elaboração do *Code civil*. É assim que o limite a toda liberdade, a todo direito, por mais absoluto ele seja, encontra-se principalmente nos bons costumes. (...) Os bons costumes foram ainda marcados em um certo número de vezes no *Code*, nos artigos 900, 1133, 1172, 1387, e, notadamente, no artigo 1134, 1.º, sob o termo ‘legalmente’. (...) Pothier, legatário de Domat, não podia passar insensível a estes desenvolvimentos. Suas propostas sobre a equidade nas convenções, a honestidade, a boa fé e a justiça, os bons costumes, (...) são trazidas todas de seu mestre. De lá, senão diretamente de Domat, elas são transportadas para o nosso *Code*.” Tradução livre de: “*Et c’est bien vrai: à côté de l’influence rationaliste moderne, l’imprégnation des idées jansénistes joua un grand rôle dans l’élaboration du Code civil. C’est ainsi que la limite à toute liberté, à tout droit, le plus absolu soit-il, se trouve principalement dans les bonnes moeurs. (...) Les bonnes moeurs encore visées un certain nombre de fois dans le Code, dans les articles 900, 1133, 1172, 1387, et, notamment, dans l’article 1134, 1.º, sous le terme ‘légalement’. (...) Pothier, légataire de Domat, ne pouvait rester insensible à ces développements. Ses propos sur l’équité dans les conventions, l’honnêteté, la bonne foi et la justice, les bonnes moeurs, (...) rappellent très exactement ceux du maître. De là, sinon directement de Domat, ils sont passés dans notre Code.*” (ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du code civil français**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969. p.213.)

estrutura dos direitos subjetivos que conforma o sujeito de direito e a realidade social à qual a estrutura se dirige.

No entanto, é interessante observar que a crítica externa ao Direito – no exemplo, principalmente a de Marx – objetiva contestar a própria estrutura do Direito Moderno, denunciar as suas raízes e promover transformações nessa estrutura. Diferentemente, a crítica interna baseia-se e confirma os pressupostos da estrutura do Direito Moderno. Savigny, ao criticar o direito subjetivo sobre o próprio corpo, não pretende criticar e eliminar a idéia de direito subjetivo. Ao contrário, pretende apenas conformar os limites da vontade humana sobre a realidade, estabelecer os seres que podem ser objeto da vontade basal do direito subjetivo.

Do mesmo modo, o argumento de Portalis não é favorável à contingência da realidade e apenas aparentemente é contrário à segurança jurídica e, portanto, à abstração do Direito: uma vez que esteja codificada a norma que licencia a rescisão por causa da lesão, uma vez que esteja prevista em lei, todos os contratantes devem planejar a sua atividade econômica, tendo ela como uma das variantes de seus negócios econômicos. A previsibilidade, tão cara ao investimento capitalista, sustenta-se no próprio direito positivo. Assim, o humanismo de Portalis – que transforma a equidade cristã na boa-fé entre negociantes - não pretende desconstruir a estrutura abstrata do Direito Moderno, mas adaptá-la e funcionalizá-la aos interesses econômicos que estão em jogo em seu tempo: o humanismo contido no Código Civil Francês é o do homem burguês pelo qual o Direito Estatal tutelar a propriedade e os mecanismos de sua transmissão sob o pilar da segurança e da eficiência, tão caros ao modo capitalista de produção.

Posto isso, é legítimo apontar como uma característica da crítica interna ao Direito, desse humanismo jurídico, a reprodução das antinomias da Modernidade jurídico-política: abstração das situações existenciais concretas (Savigny e o direito sobre o corpo) e funcionalização do público à atividade econômica (Portalis e a rescisão dos contratos de venda imobiliária em virtude do instituto da lesão).

2.4 O PARECER DE PORTALIS SOBRE O CASAMENTO DE PROTESTANTES OU COMO SE ALIMENTAM FANTASMAS

A função do humanismo jurídico – identificada na breve análise acima exposta – pode ser vislumbrada de forma mais detida nos argumentos de Portalis acerca do casamento de protestantes na França absolutista após a revogação do Edito de Nantes em 1685.

No Parecer, a antinomia entre homem e cidadão (funcionalização do público à atividade econômica) é revelada com toda força. Nota-se, de maneira exemplar, a luta de Portalis contra a abstração do direito positivo e, simultaneamente, a busca incessante por segurança jurídica, controle e previsibilidade, reafirmando a estrutura abstrata do Direito Moderno. Nesse incessante confronto, a antinomia da juridicidade Moderna entre abstração e contingência revela sua função social que já foi antecipada conceitualmente na análise da noção de lei em Rousseau e Hobbes e na análise do direito subjetivo: estigmatizar grupos sociais, controlar comportamentos, administrar a riqueza econômica.

2.4.1 O contexto normativo do Parecer

O Parecer²⁸³ – assinado por Portalis e seu amigo Pazeri - foi escrito em 1770, dezessete anos antes do edito de 28 de novembro de 1787, pelo qual o estado civil dos protestantes foi estabelecido e regulamentado.²⁸⁴

Em 1685, o Edito de Nantes foi revogado, tendo sido proscrita a religião protestante em França, sendo que “... o rei apenas permitiu *aos protestantes, que não*

²⁸³ A descrição do cenário de normas que regulavam o casamento na época leva em conta apenas as informações contidas no Parecer.

²⁸⁴ Comentários prévios ao Parecer e realizados pelo organizador da publicação: PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France. In: _____. **Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil, Par Jean-Étienne-Marie Portalis publiés par le Vicomte Frédéric Portalis.** Paris: Libraire de la Cour de Cassation, 1844. p.441.

eram ainda convertidos, permanecerem no reino, praticarem o comércio, gozarem de seus bens, na esperança que Deus os esclareça.”²⁸⁵ Pelo edito de 1697, foi determinado que os casamentos dos súditos do rei deveriam se realizar perante a Igreja Católica.²⁸⁶

A revogação do Edito de Nantes e as condições ofertadas aos protestantes promoveram uma emigração destes para outros países, protestantes ou com tolerância religiosa. Assim, para evitar uma “deserção geral”, pela Declaração de 13 de setembro de 1699, foi “... proibida a emigração do reino a todos esses súditos ainda adeptos da religião pretensamente reformada, sob pena de imposição de trabalhos forçados nas galeras para os homens e, para as mulheres, de serem reclusas em lugares que seriam determinados pelos juízes”.²⁸⁷

Por fim, a declaração de 14 de maio de 1724, distanciando-se da imposição geral do edito de 1697, restringiu apenas aos católicos e aos súditos recentemente convertidos à fé católica o cumprimento das ordenanças, editos e declarações sobre casamentos. Nas palavras de Portalis, “... essa lei nada fala dos casamentos daqueles que ainda não abriram seus olhos à verdade [os protestantes, por óbvio], e sobre os quais, nessa época, não se podia dissimular nem a existência e nem o número”.²⁸⁸

Nesse contexto normativo, então, os casamentos dos protestantes, realizados perante os seus ministros religiosos e não perante a Igreja Católica, eram, segundo o direito positivo estatal, destituídos de efeitos legais. A jurisprudência, no intuito de contornar a legislação e “mais humana que os editos”, atribuía proteção jurídica a

²⁸⁵ Tradução livre de: “... *le roi permit seulement aux protestants, qui ne s'étaient point encore convertis, de demeurer dans le royaume, d'y faire leur commerce et d'y jouir de leurs biens, en attendant qu'il plût à Dieu de les éclairer.*” (*Ibid.*, p.445.)

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 446.

²⁸⁷ Tradução livre de: “... *défendit à tous ses sujets encore engagés dans la religion prétendue réformée de sortir à l'avenir du royaume ... sous peine, pour les hommes, des galères à vie, et pour les femmes, d'être récluses dans les lieux qui seraient ordonnés par les juges.*” (*Ibid.*, p. 447.)

²⁸⁸ Tradução livre de: “...*cette loi ne parle en aucune manière des mariages de ceux qui n'ont point encore ouvert les yeux à la vérité, et dont on ne pouvait pourtant à cette époque se dissimuler ni l'existence ni le nombre.*” (*Ibid.*, p. 448.)

essas uniões ao qualificá-las pela posseção de estado de casados.²⁸⁹ A consulta, então, realizada pelo Duque de Choiseaul a Portalis demandava saber

... se em relação a um casamento, contratado no deserto por dois nubentes protestantes e em presença de seus parentes mais próximos e de um ministro da sua religião, podia ser demandada sua nulidade por um colateral que pretendesse excluir os filhos legítimos da sucessão de seu pai, enquanto esses filhos e os pais destes [o pai falecido e a mãe protestantes] sempre gozaram publicamente e tranqüilamente de seu estado(...).²⁹⁰

Estabelecida a questão, Portalis considera que são necessárias duas proposições para fixar a legitimidade, à época, do casamento entre protestantes: 1) os protestantes não são obrigados a observar as instituições religiosas católicas; 2) a boa-fé conhecida e constatada dos cônjuges deve ser suficiente para legitimar os casamentos dos protestantes.²⁹¹ O Parecer de Portalis, que concluiu pela legitimidade

²⁸⁹ Esses comentários são elaborados pelo organizador da publicação da obra ora analisada e não integram o texto do Parecer. Cf. *Ibid.* 441-442. No regime jurídico brasileiro atual, a posse de estado de casados é maneira de prova do casamento destituído de registro público. Está previsto no art. 1.545, *caput*, do Código Civil e, no regime do Código Civil de 1916, a matéria era tratada no art. 203, *caput*. Em ambas as situações, o objetivo da norma é a proteção dos filhos e (ou) dos cônjuges. No regime anterior – baseado na distinção entre filhos legítimos e ilegítimos – o reconhecimento do estado de casados categorizava os filhos como legítimos (donde decorria uma proteção patrimonial-sucessória favorável ao filho). Se no regime atual, a partir da Constituição Federal de 1988, não há distinção entre os filhos, a norma do art. 1.545, *caput*, do Código Civil, serve, para além da atribuição dos efeitos pessoais e patrimoniais do matrimônio aos cônjuges (art. 1.546, *caput*, do Código Civil), para fixar a filiação e, portanto, entre outros efeitos desta, a ordem sucessória da herança necessária, segundo as presunções de paternidade constantes do art. 1.597, e incisos, e 1.598, *caput*, e a norma do art. 1.829, I, todos do Código Civil. Cf. BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. e BRASIL. Lei n. 3.071, de 1.º de janeiro de 1916. Para a explicação sobre a posse de estado de casados, cf. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família** (direito matrimonial). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990. p.149-151., onde se lê: “A posse do estado de casado resulta da reunião de fatos que, considerados de modo unitário, revelam no plano social a existência do estado de casado. Assim, as pessoas que vivem publicamente como marido e mulher, gozando dessa reputação e consideração nas relações sociais, são consideradas na posse do estado de casadas.” (*Ibid.*, p.150.)

²⁹⁰ Tradução livre de: “... *si un mariage, contracté dans le désert par deux époux protestants en présence de leurs plus proches parents et d’un ministre de leur religion, peut être querellé de nullité par un collatéral qui veut exclure les enfants légitimes de la succession de leur père, tandis que ces enfants et ceux dont ils ont reçu le jour ont toujours joui publiquement et tranquillement de leur état(...).*” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Consultation sur la validité des mariages des protestants en France...*, p. 444.)

²⁹¹ *Ibid.*, p. 450.

do casamento dos protestantes, exerceu grande influência sobre a jurisprudência que se estabeleceu à época e que resultou no edito de 28 de novembro de 1787.²⁹²

2.4.2 Soberano, súdito e homem retornam à cena: a Aliança entre Política e Economia

Os primeiros argumentos de Portalis centram-se em demonstrar que o casamento pode existir sem o rito sacramental religioso, vale dizer, que o casamento é um contrato²⁹³ e a Igreja Católica apenas abençoa esse contrato. Porém, este existe e é válido pela disciplina das leis civis e independe das instituições religiosas. Para Portalis, o poder de invalidar um casamento particular – e, portanto, estabelecer os critérios gerais de validade do casamento – é um poder de coação e constrangimento, que só pode pertencer ao magistrado político. O poder da Igreja é apenas espiritual.²⁹⁴

Segundo Portalis, antes da revelação cristã, o Poder Civil regulava com independência o casamento, e, como a revelação não alterou o Poder Civil, os soberanos permanecem com o poder exclusivo de validar ou invalidar os casamentos.

²⁹² Comentários prévios ao Parecer e realizados pelo organizador da publicação: *Ibid.*, p. 443.

²⁹³ Pelo Concílio de Trento, a Igreja Católica reafirma a noção sacramental do vínculo matrimonial. “Toda a matéria referente ao casamento é exaustivamente apreciada nos diversos cânones do Decreto de Tametsi [1563], aprovado no concílio tridentino. (...) exige-se para a validade do casamento que ele seja contraído diante de um padre; (...)” (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: Origem e Evolução do Casamento**. Curitiba, Juruá, 1991. p.262.). Sobre o mesmo tema e com reprodução de documentos históricos, cf. GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p.565-584. Note-se que a posição de Portalis é típica do galicanismo, que visando autonomizar o poder estatal em relação ao poder eclesiástico, fazia com que os decretos dos concílios da Igreja Católica fossem publicados pelo rei da França, adquirindo força de lei estatal e, apenas a partir daí, passavam a ser dotados de eficácia (cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. *op. cit.*, p.268.). Os galinistas ou regalistas defendem a concepção do casamento como contrato, dando azo à competência do Estado para regular o matrimônio. Cf. *Ibid.*, p.269.

²⁹⁴ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France..., p.453. Afinal, diz Portalis, a regulação do casamento por dois poderes traria confusão e grandes abusos que implicariam na destruição do princípio da unidade da potência pública instituído por Deus ao ter declarado que seu reino não era desse mundo. *Ibid.*, p.454.

“Disso, nós vemos que o divórcio, ainda que proscrito pelo Evangelho, foi, durante muito tempo e após o estabelecimento da religião cristã, uma parte do direito comum no império romano, assim como em todo o resto do Ocidente.”²⁹⁵ Uma vez que a forma jurídica do casamento é contratual e independe do rito religioso, fica definido que as leis civis são as únicas competentes para regular o casamento e as únicas que podem obrigar os protestantes a casarem-se perante a Igreja Católica.²⁹⁶

Desse modo, a investigação, para Portalis, centra-se em averiguar se as leis civis francesas proíbem o casamento entre protestantes. Segundo Portalis, de todas as normas que regulam o casamento entre protestantes após a revogação do Edito de Nantes, não há uma sequer que prescreva uma forma especial de casamento para os protestantes, mas nenhuma também obriga os protestantes a observarem as instituições católicas para se casarem²⁹⁷, o que legitimaria seus casamentos. Contra esse argumento, há autores, diz Portalis, que sustentam que, após a revogação do Edito de Nantes, existe uma presunção legal de inexistência de protestantes na França.²⁹⁸ Portalis combate esse argumento com vários outros baseados nas normas francesas relativas ao casamento e aos protestantes:

O edito que revoga o edito de Nantes supõe sem dúvida que todo o exercício público da religião protestante é proibido na França; mas, esse mesmo edito permite aos protestantes permanecer no reino, *até que Deus queira esclarecê-los*. Então, é falso dizer que depois desse edito deve-se presumir que não haja mais protestantes.

(...)

Assim, ainda que *a religião pretensamente reformada* seja proscrita, não se pode e não se deve desconhecer em nossos tribunais a existência de um número de *súditos ainda adeptos dessa religião*.

²⁹⁵ Tradução livre de: “*De là nous voyons que le divorce, quoique proscrit par l’Envagile, a été longtemps après l’établissement de la religion chrétienne, une partie du droit commun dans l’empire romain, ainsi que dans tout le reste de l’Occident.*” (*Ibid.*, p.454-455.)

²⁹⁶ *Ibid.*, p.456-457.

²⁹⁷ *Ibid.*, p.457-458.

²⁹⁸ *Ibid.*, p.458.

Ora, todos os protestantes franceses que não são ainda *convertidos à Igreja* [Católica], e que o soberano sabe e supõe *sejam adeptos da religião pretensamente reformada*, não são nominados e nem designados em nossas leis sobre o casamento; eles são, ao contrário, excluídos do sistema dessas leis, que determinaram sua aplicação *aos católicos e aos súditos recentemente convertidos à fé católica*.

Então, os protestantes não devem ser constrangidos, na França, a observar as nossas instituições religiosas [católicas] sob pena de nulidade de seus casamentos, uma vez que nenhuma lei francesa prescreve a eles essas instituições e, uma vez que, segundo todas nossas leis, essas instituições são estranhas aos protestantes.²⁹⁹

A interessante fundamentação de Portalis conduz a uma estranha conclusão: o Estado é formado por dois tipos de súditos – os católicos e os protestantes. As instituições católicas “são estranhas aos protestantes” e, por isso, o Estado não pode submeter os protestantes a elas. Ora, essa argumentação conduz a outro problema: como assegurar a unidade do Estado em relação aos súditos e, simultaneamente, permitir a diferenciação de tratamento a um grupo deles? Note-se que a questão se concentra no problema do confronto entre a abstração (unidade do Estado frente aos súditos) e a contingência da realidade (por mais que o Estado pretenda o tratamento indiferenciado, a realidade é repleta de nuances que conduzem ao descontrole). Nas palavras de Portalis, essa questão é colocada da seguinte maneira: o Estado deve

... poder submeter às leis todos os súditos que se presume tenham contratado com elas. (...)

Porém, os mesmos princípios não devem ser aplicados a um corpo do povo que sempre foi separado dos outros súditos pela religião, ainda que todos estejam unidos pela fidelidade ao

²⁹⁹ Tradução livre de: “*L’édit portant révocation de celui de Nantes suppose sans doute que tout exercice public de la religion protestante est prohibé en France; mais ce même édit permet aux protestants de rester dans le royaume, jusqu’à ce qu’il plaise à Dieu de les éclairer. Donc il est faux de dire que depuis cet édit on doive présumer qu’il n’y a plus de protestants. (...) Donc, quoique la religion prétendue réformée soit proscrite, on ne peut ni on ne doit méconnaître dans nos tribunaux l’existence d’un nombre de sujets encore engagés dans cette religion. Or tous les protestants français qui ne sont point encore réunis à l’Église, et que le souverain sait et suppose engagés dans la religion prétendue réformée, ne sont ni nommés ni désignés dans nos lois sur le mariage; ils sont au contraire exclus du système de ces lois, qui ont explicitement déterminé leur propre application aux catholiques et aux sujets nouvellement réunis à la foi catholique. Donc ces protestants ne doivent point être contraints en France à observer nos institutions religieuses à peine de nullité, puisque aucune loi française ne leur prescrit l’observation de ces institutions, puisque même, de l’aveu de toutes nos lois, ces institutions leur sont étrangères.*” (Ibid., p.459.)

mesmo rei, (...). Esse povo deve, sem dúvida, respeitar a religião dominante. Porém, de acordo com a justiça distributiva e em toda ocasião, deve-se a esse povo os cuidados que lhes são assegurados pelas leis públicas, que ele compra diariamente por seus serviços, e que a humanidade considera sagrados e indispensáveis.³⁰⁰

A idéia da unidade do Estado apresenta-se de maneira intrigante: ao mesmo tempo em que os protestantes são um grupo à parte dos demais súditos, os protestantes têm asseguradas as garantias previstas nas leis no momento em que as “compram diariamente por seus serviços”. O Estado é um “Contrato Social de Prestação de Serviços” pelo qual as diferenças privadas são toleradas em virtude da utilidade social dos súditos. Trata-se, ademais, de um contrato bilateral e comutativo em que as expectativas legítimas devem ser respeitadas: nas palavras de Portalis, após a proibição de que os protestantes deixassem a França, a obrigação de permanência lhes desperta a justa expectativa contratual de segurança, proteção e tranqüilidade no reino: “Sobretudo depois da lei que proibiu aos protestantes de sair da França, eles devem encontrar mais do que nunca segurança, proteção e tranqüilidade no reino.”³⁰¹

Ao serem obrigados a permanecer no reino, os protestantes foram obrigados a continuar prestando seus serviços, cultivando as terras e mantendo as manufaturas dos demais franceses. Interessante notar que, no Parecer, a primeira vez em que Portalis denomina os protestantes de cidadãos, “*citoyens*”, dá-se ao momento em que menciona a atividade econômica por eles desenvolvida e a segurança que ela exige para ser realizada:

³⁰⁰ Tradução livre de: “... pouvoir soumettre aux lois tous les sujets qui sont justement présumés avoir contracté avec elles. (...) Mais les mêmes principes ne sauraient être appliqués à un corps de peuple qui a toujours été séparé des autres sujets par la religion, quoiqu’il leur ait été uni par sa fidélité au même roi, (...). Ce peuple doit sans doute respecter la religion dominante. Mais dans la justice distributive et en toute occasion, on doit à ce peuple les égards qui lui sont assurés par des lois publiques, qu’il achète journellement par ses services, et que l’humanité rend sacrés et indispensables.” (Ibid. p.462.)

³⁰¹ Tradução livre de: “Depuis la loi surtout qui défend aux protestants de sortir de France, ils doivent trouver plus que jamais sûreté, protection et tranquillité dans le royaume.” (Ibid., p.464.)

Ao obrigar os protestantes a continuarem a ser cidadãos, o governo compromete-se com eles segundo tudo o que é devido pela pátria aos seus cidadãos. Os deveres mais santos são expressos pelas palavras pátria e cidadãos.

Para visualizar as coisas sob o ponto de vista mais rigoroso para os protestantes, é certo que ao forçá-los a permanecer no reino, nós os obrigamos a continuar seus serviços, a cultivar nossas terras, a nos enriquecer por meio de seu comércio, a manter nossas manufaturas; ora, segundo as primeiras regras de toda justiça, o mínimo retorno devido àqueles que se exige e dos quais se espera o bem é não lhes fazer nenhum mal.³⁰²

A cidadania, então, apresenta-se como o contrato de prestação de serviços, cujo princípio norteador é a liberdade de não ofender os demais, “de não lhes fazer nenhum mal”. O argumento de Portalis faz a teatralidade hobbesiana apresentar-se com um movimento renovado em que não apenas o cidadão se abstém de resistir à atuação estatal, mas ao próprio Estado cumpre não interferir na atividade do cidadão como homem, *homo economicus*. Com isso, o problema do confronto entre a abstração normativa e a contingência da realidade, que consiste na “cisão” do reino entre súditos católicos e protestantes, resolve-se, paradoxalmente, pela antinomia Moderna do homem e do cidadão, ou seja, pela funcionalização do Estado à atividade econômica.

2.4.3 A expiação da culpa ou como liberdade é sujeição

Pela análise dos princípios da soberania, Portalis afasta a existência de qualquer prescrição normativa que vede o casamento dos protestantes que não observe as instituições católicas. Esse argumento, como visto no tópico anterior, reproduz o mecanismo antinômico da representação Estatal derivado do pensamento hobbesiano e criticado por Marx.

³⁰² Tradução livre de: “*En obligeant les protestants à continuer d’être citoyens, le gouvernement s’engage envers eux à tout ce que doit la patrie. Les devoirs les plus saints sont exprimés par ces mots de patrie et de citoyens. Pour envisager les choses sous le point de vue le plus rigoureux pour les protestants, il est certain qu’en les forçant à rester dans le royaume, nous les obligeons à continuer leurs services, à cultiver nos terres, à nous enrichir par leur commerce, à entretenir nos manufactures; or, selon les premières règles de toute justice, le moindre retour, dû à des gens on exige et dont on attend du bien, est de ne leur faire aucun mal.*” (Id., p.464.)

Além disso, resta um problema a ser solucionado pelo Parecer: se a legislação estatal adota as instituições católicas, como podem ser válidos os casamentos dos protestantes? Ao deixar de disciplinar e dar forma específica ao casamento dos protestantes, o Estado não pretenderia convertê-los à Igreja Católica?

A religião, afirma Portalis, atua sobre a alma e todo constrangimento ou violência contra as pessoas, sob o pretexto da religião, são destrutivos da humanidade. “Nós não estamos autorizados a usar de violência e constrangimento em nome de um Deus justo, que recomenda por tudo o amor dos homens; que nos ordena amar nosso próximo como nós mesmos;...”³⁰³ Os princípios católicos-cristãos de amor mutual, portanto, inspiram o Estado/Soberano e não permitem alterar o sentido das leis francesas para supor que essas vedariam o casamento dos protestantes com o objetivo de convertê-los ao catolicismo. Uma interpretação desse tipo contraria o próprio sentido do amor fraterno e universal que inspira os católicos-cristãos.³⁰⁴ Assim, é muito mais razoável pensar

... que os soberanos, submetendo apenas *os católicos e os novos convertidos* a nossas formas religiosas, seguiram a doçura tão fortemente recomendada no Evangelho; a caridade cristã e universal; o plano que eles sempre seguiram de não constranger as consciências, *aguardando que queira Deus esclarecer os protestantes*; e procuraram conservar os cuidados e arranjos devidos a um corpo do povo cuja residência é forçada e que por ignorância permanece vinculado a uma religião introduzida na França segundo as leis desde muito tempo autorizadas.

De todos os meios que seriam possíveis de imaginar para constranger os protestantes a abraçar a religião católica, não há um mais terrível em si, mais inconciliável com a ordem

³⁰³ Tradução livre de: “*Nous ne pouvons être autorisés à user de violence et de contrainte au nom d’un Dieu juste, qui recommande partout l’amour des hommes; qui nous ordonne d’aimer notre prochain comme nous-mêmes;...*” (*Ibid.*465.) Note-se, nesse trecho, a patente influência do pensamento cristão de DOMAT sobre os argumentos de Portalis, em que os fundamentos da lei civil são as leis da convivência e da equidade cristãs. Destaque-se, nesse sentido, que para Domat, o direito natural comanda o amor a Deus e, por consequência, a todos os homens, comendo a união e o amor mutual. Cf. ZARKA, Yves Charles. **Philosophie et politique à l’âge classique**. p.209-210.)

³⁰⁴ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France..., p.466.

pública, com os costumes, com o bem do Estado, com as vias da religião, com nossas leis particulares sobre os protestantes, que aquele que tenderia a vedar a liberdade de se casar na França.³⁰⁵

Os protestantes, então, ignoram a verdade católica, mas o Estado, alçado nos pilares cristãos, perdoa a culpa dos protestantes no aguardo que Deus os esclareça. Com esses argumentos, baseados na liberdade cristã que fundamenta o perdão da culpa, Portalis “absolve” os protestantes e afasta a interpretação de que a legislação francesa objetivaria convertê-los para o catolicismo mediante a proibição do casamento. Contudo, a argumentação seguinte de Portalis revela o verdadeiro teor de sua tolerância religiosa: os protestantes estão absolvidos desde que o seu comportamento matrimonial seja adequado aos padrões legislativos. Mas, que comportamento é esse?

Primeiro, Portalis argumenta que após o dever de conservar a própria pessoa, não há outro dever mais necessário que o de perpetuar a espécie. Diante disso, até mesmos os escravos romanos – privados de toda liberdade – conservavam a liberdade de se casarem. O casamento juridiciza o instinto de perpetuação e nenhum governo humano proibiu o casamento; os governos humanos “... jamais conheceram essa forma de despotismo terrível, que iria ao ponto de destruir e suprimir o instinto”.³⁰⁶ Ademais, do “... casamento depende a força física e o bem político do Estado; é o casamento que fornece os comerciantes, os soldados, os agricultores, e é ele que faz povoar nossas

³⁰⁵ Tradução livre de: “...*que les souverains, en ne soumettant que les catholiques et les nouveaux convertis à nos formes religieuses, ont suivi la douceur si for recommandée dans l’Évangile; la charité chrétienne et universelle; le plan qu’ils sont toujours fait de ne pas contraindre les consciences, d’attendre qu’il plût à Dieu de les éclairer; et ont cherché à conserver les égards et les ménagements dus à un corps de peuple, dont la résidence est forcée, et qui par aveuglement demeure attaché à une religion introduite en France de l’aveu des lois et longtemps autorisée. De tous les moyens qu’il serait possible d’imaginer pour contraindre les protestants à embrasser la religion catholique, il n’y en a pas de plus effrayant en soi, de plus inconciliable avec l’ordre public, avec les mœurs, avec le bien de l’état, avec les vues de la religion, avec nos lois particulières sur les protestants, que celui qui tiendrait à leur ôter la liberté de se marier en France.*” (Ibid., p.467.)

³⁰⁶ Tradução livre de: “...*n’ont jamais connu ce despotisme terrible, qui irait jusqu’à détruire et à étouffer l’instinct.*” (Ibid., p.468.)

idades e campos”.³⁰⁷ Segundo a declaração de 13 de setembro de 1699 (que proibia aos protestantes a emigração da França), o Estado necessitava de súditos, necessitava ser povoado. Considerando essa necessidade, “poder-se-ia chamar de uma boa lei civil aquela que impediria o reino de se povoar em um momento em que todos os homens de estado se queixam da mais terrível despovoação?”³⁰⁸

Mais uma vez, a tolerância religiosa quanto aos protestantes está funcionalizada à utilidade deles ao Estado, na medida em que fornecem súditos. Na qualidade de comportamento tutelado pelo Direito (de todos os tempos, já que até mesmo os escravos romanos se casavam), o instinto natural da procriação valida as uniões dos protestantes e autoriza a interpretação de que seus casamentos não são proibidos pela legislação. Porém, permanece a questão: se não há uma forma legal específica para o casamento dos protestantes, como estes podem ser validados? O controle comportamental que a abstração contida no direito positivo exerce manifesta-se radicalmente nos próximos argumentos de Portalis acerca do enquadramento jurídico dos casamentos dos protestantes.

Ora, a lei que proibisse o casamento e impusesse o celibato a um grupo da população iria acabar por forçá-lo contra a virtude e os bons costumes³⁰⁹. *A contrario sensu*, o casamento dos protestantes apenas é tutelado pelo direito positivo caso seja desempenhado em conformidade com a virtude e os bons costumes. Como estes se manifestam? O argumento de Portalis, então, segue para estabelecer a forma jurídica do casamento dos protestantes pela qual este seja tutelado pelo Direito. Se a legislação francesa não oferece uma forma específica de tutela, o direito comum, recepcionado

³⁰⁷ Tradução livre de: “...*mariage dépendent la force physique et le bien politique de l'état; c'est le mariage qui donne des commerçants, des soldats, des cultivateurs, c'est lui qui peuple nos villes et nos campagnes.*” (*Ibid.*, p.471.)

³⁰⁸ Tradução livre de: “*Pourrait-on appeler une bonne loi civile celle qui empêcherait le royaume de se peupler, dans un moment où tous les hommes d'état se plaignent de la plus affreuse dépopulation?*” (*Id.*, p. 471.)

³⁰⁹ *Id.*, p. 471.

por todas as nações civilizadas, estabelece as características gerais do casamento aplicáveis também aos protestantes:

São verdadeiramente esposos aqueles que, qualquer que seja o instrumento que exterioriza o seu contrato, se unem de maneira a coabitarem apenas uma morada, uma vontade e uma alma; aqueles que, por vontade comum, se submetem aos mesmos deveres; aqueles que participam das mesmas vantagens; aqueles que partilham seus prazeres e suas dores; aqueles que têm todas as coisas comunicadas entre si, o corpo e o coração; aqueles que atendem seus filhos, fruto de sua união, como um bem comum, como um novo liame que encerra sua união, e aqueles que tornam sua união sempre mais inviolável; aqueles que encontram, enfim, na fé que eles juram, o apoio, o sustentáculo, a participação íntima e recíproca *de toda a existência natural, religiosa e civil*. Esses são os caracteres essenciais que a moral, que as leis mais religiosas atribuem ao casamento; esse é o verdadeiro casamento em si e independentemente de toda cerimônia.³¹⁰

Conforme se nota da exposição acima, Portalis reafirma que o sacramento religioso não participa da essência do casamento e que este é um contrato, acrescentando que, em essência, trata-se de um contrato consensual que não é solene. Portanto, “qualquer que seja o instrumento que exterioriza o seu contrato”, o vínculo torna-se perfeito apenas pela manifestação da vontade consensual dos contratantes. A par disso, o consenso, fundamentalmente, é estabelecido por uma manifestação tácita de vontade, ou seja, por meio de um conjunto de comportamentos que caracterizam o vínculo matrimonial: “coabitação”, “partilham seus prazeres e dores”, “têm suas coisas comunicadas entre si”, “produzem filhos”, “cuidam dos filhos” etc.

Desse modo, as formas solenes não são constituintes essenciais do casamento. Essas formas – que fazem do casamento um contrato solene - apenas são estabelecidas em razão de motivos contingentes de ordem pública: o casamento implica deveres recíprocos entre os cônjuges e obrigações em relação aos filhos. Logo, a lei estabelece

³¹⁰ Tradução livre de: “*Ceux-là sont véritablement époux qui, quel que soit l'appareil extérieur de leur contrat, se lient d'une manière à n'avoir qu'une demeure, qu'une volonté, qu'une âme; qui par un vœu commun se soumettent aux mêmes devoirs; participent aux mêmes avantages; partagent leurs plaisirs et leurs peines; se communiquent toutes choses entre eux, le corps et le coeur; qui regardent leurs enfants, fruit de leur union, comme un bien commun, comme un nouveau lien qui la resserre, et qui la rend toujours plus inviolable; qui trouvent enfin dans la foi qu'ils se sont jurée l'appui, le soutien, la participation intime et réciproque de toute existence naturelle, religieuse et civile. Tels sont les caractères essentiels que la morale, que les lois les plus religieuses ont assignés au mariage; tel est le vrai mariage en soi et indépendamment de toutes cérémonies.*” (Ibid., p.477.)

formas que possibilitam declarar e identificar aqueles que devem cumprir essas obrigações e deveres³¹¹. Por isso,

... ainda que, legalmente, apenas o casamento feito segundo as formas prescritas pela lei, e conforme ao direito estabelecido, seja o único capaz de legitimar os filhos, reconhecem-se como legítimos os filhos nascidos de um casamento *putativo*, vale dizer, de um casamento que os cônjuges crêem legítimo; que foi contratado livremente entre as partes que estavam na intenção de cumprir seus deveres inseparáveis de seu estado, e que propuseram-se viver com permanência sob os auspícios da boa-fé e na pureza do amor conjugal.³¹²

Além do casamento putativo³¹³, Portalis traz outra situação que justifica o casamento entre protestantes, prescindindo-se das solenidades legais: a legitimação dos filhos pelo casamento. Vale dizer, o casamento é o vínculo que torna a família legítima. Os filhos de pessoas que não possuem um impedimento legal em se casar, mas que não são casadas, são filhos ilegítimos que podem ser legitimados pelo

³¹¹ *Ibid.*, p.479.

³¹² Tradução livre de: “... *quoique régulièrement le seul mariage fait dans les formes prescrites, et conformément au droit établi, soit capable de légitimer les enfants, on avoue cependant pour enfants légitimes ceux nés d’un mariage putatif, c’est-à-dire d’un mariage que les conjoints ont cru légitime; qui a été contracté librement entre des parties qui étaient dans l’intention de remplir les devoirs inséparables de leur état, et qui se proposaient de vivre avec suite, sous les auspices de la bonne foi et dans la pureté de l’amour conjugal.*” (*Ibid.*, p.480.)

³¹³ Trata-se de casamento inválido, mas contraído de boa-fé pelos cônjuges. Assim, para proteção dos interesses dos cônjuges e dos filhos, o Direito garante os efeitos desse casamento até a data da sentença de anulação. No Brasil, a matéria é regulada pelo art. 1.561 do Código Civil e permite, até o momento da sentença anulatória do vínculo, a produção dos efeitos do casamento em relação aos filhos e a ambos os cônjuges e, caso apenas um dos cônjuges tenha contraído o vínculo de boa-fé, os efeitos são produzidos apenas quanto a este e aos filhos, e, se não houve boa-fé entre os cônjuges, a proteção é limitada aos filhos. A norma, por obviedade, tem evidente intuito protetivo dos filhos e dos cônjuges quanto à disciplina patrimonial da família. Isso torna-se mais patente ao se considerar a norma contida no art. 1.829, I, do Código Civil, pela qual o cônjuge, em concorrência com os descendentes do falecido, é sucessor necessário da herança legítima, excetuando-se os casos do regime matrimonial de bens ser o da comunhão universal, da separação obrigatória de bens, ou, sendo o regime de comunhão parcial, não houver bens particulares do falecido. Assim, por exemplo, se ambos os cônjuges casaram-se de boa-fé e um deles morre antes da sentença de anulação do casamento, ainda que este venha a ser anulado, o cônjuge sobrevivente é, apresentando-se os pressupostos do art. 1.829, I, do Código Civil, considerado herdeiro necessário do *de cujus* porque a sucessão é aberta no momento do falecimento (arts. 1.784, *caput* e 1.788, *caput*, ambos do Código Civil). Sobre o casamento putativo, no regime do Código Civil de 1.916 (mas, conceitualmente, ainda atual), cf. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família** (direito matrimonial). p.267-290.

casamento de seus pais. Esse casamento, tendo em conta a boa-fé dos pais e para a proteção dos filhos legitimados, tem seus efeitos estendidos retroativamente à data de nascimento destes.³¹⁴ A boa-fé associada aos outros elementos que caracterizam o vínculo matrimonial (coabitação, procriação, direitos e deveres recíprocos, publicidade) são fatos que conduzem ao Direito reconhecer como casamento o comportamento dos cônjuges. Tal reconhecimento deriva da função social do contrato de casamento, ou, nas palavras de Portalis, do interesse público envolvido nesse contrato, ou seja, a proteção dos filhos.

Se nossas leis estabeleceram formalidades e cerimônias, é (segundo o relato de todos os autores e todas as leis mesmas) para assegurar os costumes públicos e para constatar o estado dos filhos. O interesse de ordem pública é, então, satisfeito todas as vezes que o vínculo matrimonial é honesto, e que os filhos nascidos podem nomear um pai certo. *Patrem certum demonstrare possunt*. Por essa mesma razão, nossas leis atribuem efeitos civis a um casamento nulo em si mesmo, mas contratado de boa-fé. Com efeito, as leis encontram nesse casamento o que elas exigem, vale dizer, a certeza do pai e a honestidade do casamento em si mesmo. *Por que, então, refutarmos efeitos civis a um casamento contratado entre protestantes, seguido da mais solene possessão e da mais integral boa-fé? Por que refutarmos atribuir aos filhos o patrimônio de seu pai? Por que contestarmos a esses filhos um estado que nenhuma lei positiva a eles recusa no estado atual de nossa legislação, e que a eles é assegurado pelos princípios mais santos e mais respeitáveis?*³¹⁵ [sem grifo no original]

³¹⁴ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France..., p.481-482. O direito civil brasileiro atual desconhece a distinção entre família legítima e ilegítima, embora as formas de convivência familiares não-matrimonializadas são tão-somente denominadas de “entidades familiares”, sendo que o termo “família” permanece reservado ao grupo familiar originado do casamento. Cf. Art.226, §§ 3.º e 4.º, da Constituição Federal, e art.1.723, *caput*, do Código Civil.

³¹⁵ Tradução livre de: “*Si nos lois ont établi des formalités et des cérémonies, c’est (de l’aveu de tous nos auteurs et de toutes nos lois elles-mêmes) pour assurer les moeurs publiques et pour constater l’état des enfants. L’intérêt de l’ordre public est donc satisfait toutes les fois que l’engagement est honnête, et que les enfant nés peuvent nommer un père certain Patrem certum demonstrare possunt. C’est même par cette raison, que nos lois donnent les effets civils à un mariage nul en lui-même, mais contracté avec bonne foi. En effet, elles trouvent dans ce mariage ce qu’elles exigent, c’est-à-dire la certitude du père et l’honnêteté du mariage lui-même. Pourquoi donc refuserions-nous aujourd’hui les effets civils à un mariage contracté entre protestants, suivi de la possession la plus solennelle et de la bonne foi la plus entière? Pourquoi refuserions-nous d’accorder aux enfants le patrimoine de leur père? pourquoi contesterions-nous à ces enfants un état qu’aucune loi positive ne leur refuse dans l’état actuel de notre législation, et qui leur est assuré par les principes le plus saints et les plus respectables?*” (PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France ..., p.485.)

Por óbvio, o Parecer de Portalis tem um evidente conteúdo humanista: contra a abstração do direito positivo, permite que, segundo uma hermenêutica jurídico-cristã, os protestantes não sejam excluídos da proteção estatal do casamento. Contudo, Portalis não é ingênuo quanto à função, para o Estado e para os protestantes, da tutela estatal do casamento deles. Trata-se de uma função eminentemente patrimonial e vinculada à segurança jurídica das operações econômicas: “... quão perigosa conseqüência não seria para a ordem pública que milhares de homens na França estivessem incertos de sua sorte, de seu estado? Que confusão nas famílias, nas sucessões! No interior da França, os Franceses estariam sem família distinta, sem morada fixa, sem patrimônio, sem sociedade civil; esse ponto de vista seria terrível; nós deixamos entrever até que ponto a sociedade civil seria enfraquecida nesse caso”.³¹⁶ A busca da validade do casamento está, portanto, vinculada à proteção patrimonial que este garante.

Ademais, veja-se que Portalis, apesar do já destacado conteúdo humanista de seu Parecer, conduz os protestantes que almejam a validade de seus casamentos às formas comportamentais tuteladas pelo ordenamento: relacionamento monogâmico heterossexual com fins de procriação e estabelecido em coabitação permanente e pública. Fora desse padrão comportamental, não há proteção do casamento dos protestantes. Por isso, apenas aparentemente o humanismo cristão de Portalis é dotado de uma tolerância religiosa pluralista. O casamento dos protestantes somente pode ser protegido caso reproduza os padrões comportamentais constantes da legislação francesa que, por sua vez, reproduz as exigências do casamento católico³¹⁷.

³¹⁶ Tradução livre de: “... *de quelle dangereuse conséquence ne serait-il pas pour l'ordre public, que des milliers d'hommes en France fussent incertains de leur sort, de leur état? Quelle confusion dans les familles, dans les successions! au milieu de la France, des Français seraient sans famille distincte, sans demeure fixe, sans patrimoine, sans société civile; ce point de vue serait effrayant; nous laissons entrevoir jusqu'à quel point la société civile en serait ébranlée.*” (Ibid., p.489.)

³¹⁷ Interessante notar, inclusive, que, como explicam Oliveira e Muniz, a extensão de efeitos jurídicos ao casamento putativo decorre do Direito Canônico (do período compreendido entre os séculos XI e XIII) como forma de proteção dos filhos em face da nulidade de vínculos matrimoniais com impedimento de parentesco, muito frequentes no período. Cf. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família** (direito matrimonial). p.267-268.

Dessa maneira, a problemática do confronto entre contingência da realidade (a existência de uniões entre protestantes) e a abstração jurídica (as normas do direito positivo que ignoram as uniões dos protestantes) resolve-se, de acordo com o humanismo de Portalis e segundo a lógica da crítica interna do Direito nele contida, por uma aporia: o casamento dos protestantes é “*catolicizado*”, pois a conclusão de Portalis pressiona os protestantes para que se comportem, em seus casamentos, de acordo com modelo geral e católico do casamento disciplinado pelo direito positivo e, simultaneamente, garante mediante esse processo a regulamentação padronizada dos patrimônios familiares, efetivando a abstrata segurança jurídica.

A crítica interna do Direito contida no Parecer de Portalis reproduz as antinomias do Direito Moderno: primeiro, a abstração das formas jurídicas contida no Direito Positivo opera uma discriminação sobre o grupo social que não se enquadra nos padrões normativos-legais (os protestantes, no caso). Após, antinomicamente, a tutela jurídica desses grupos caba sendo subordinada a um controle comportamental deles, pois, a tutela demanda a sujeição desses grupos ao modelo legal (antinomia da abstração das situações existenciais concretas).

Sob outro enfoque, a discriminação política (*pela qual o Estado é dividido em dois grupos de súditos*) é atravessada por um interesse econômico mais amplo (*os protestantes compram diariamente as garantias legais*), pelo qual a tutela do grupo discriminado é justificada para tutelar a segurança econômico-patrimonial na sociedade em geral (antinomia da funcionalização do Estado, do Direito Estatal à atividade econômica).

2.5 À GUIZA DE FINALIZAÇÃO

Os princípios da soberania construídos por Hobbes esculpem a forma jurídica do homem como um titular de direitos subjetivos, negando a contingência dos indivíduos aos quais a Política se dirige (indivíduo universalizado). Assim, o humanismo político hobbesiano – que funda a Nova Aliança – é também um humanismo jurídico na medida em que o direito positivo torna-se o recipiente das

pretensões e dos anseios indivíduos, dos homens e expressa esses anseios por meio dos direitos subjetivos: o indivíduo é apenas protegido e relevante na medida em que seus interesses são universalizados segundo a fórmula do direito subjetivo (antinomia da abstração em face da contingência).

Esse modelo de Política que se inicia com o pensamento hobbesiano, consolida-se definitivamente pela construção do conceito de direito subjetivo pela pandectística oitocentista, culminando com a despolitização da liberdade ao funcionalizá-la à economia capitalista (antinomia da funcionalização do Estado à economia).

Por isso, como demonstram as críticas marxiana e de Burke acerca do direito subjetivo, este não apenas expressa a antinomia da funcionalização do Estado à economia, mas dinamiza a antinomia da abstração do Direito face à existência contingente e suas necessidades concretas. Marx e Burke, conscientemente, denunciam que a liberdade jurídico-Moderna é a lei da propriedade privada do indivíduo-capitalista e rejeitam o modelo dos direitos subjetivos que escamoteia essa semântica: Marx porque rejeita a propriedade privada e Burke porque rejeita a “hipocrisia” dos direitos do homem.

Deve-se destacar, porém, que se o direito subjetivo é o elemento atomístico da subjetividade jurídica e de suas antinomias, o Código Civil oitocentista é a expressão superlativa dessas antinomias porque, na linha da lei civil hobbesiana, a ânsia por segurança jurídica dos Códigos oitocentistas é também instrumento de abstração e de efetivação da economia de trocas capitalista.

Paralelamente à crítica externa de Marx e Burke, notou-se que o próprio Direito produz sua crítica interna que consiste em não atacar suas estruturas e reproduzir o modelo dotado das antinomias acima mencionadas. Foram representativos dessa espécie de crítica, a rejeição de Savigny ao direito subjetivo sobre o próprio corpo e os argumentos de Portalis relativos à rescisão do contrato de venda de imóveis em virtude do instituto da lesão, previsto no Código Civil Francês. Ambas as formas argumentativas notam aspectos das antinomias do Direito Moderno, mas acabam por

reafirmar a estrutura jurídica Moderna, acrescentando elementos humanistas que findam por reproduzir as mesmas antinomias.

Para enfatizar a análise da crítica interna ao Direito Moderno, reprodutora das suas antinomias, analisou-se o Parecer de Portalis acerca do casamento dos protestantes após a revogação do Edito de Nantes. Por óbvio, a análise foi limitada porque não se estendeu sobre a investigação dos efeitos históricos do Parecer e sobre as soluções jurídicas concretas que foram dadas à questão. Porém, a interpretação do direito positivo feita por Portalis foi suficientemente analisada para revelar a potencialidade do discurso da crítica interna do Direito Moderno em reproduzir as antinomias nele contidas.

Portalis, em sua piedade cristã, acaba por demonstrar que a tolerância religiosa – raiz da liberdade de consciência – expia a culpa dos protestantes (que ignoram a verdade revelada) para, paradoxalmente, catequizá-los por meio do Estado. O enquadramento dos comportamentos às formas matrimoniais constantes da legislação conduz à negação da diferença, ou seja, de outros comportamentos matrimoniais que não estejam legislados pelo Estado. A tutela da boa-fé, da putatividade dos protestantes tem a função de direcioná-los ao casamento católico respaldado pela legislação galicanista. Portanto, a abstração das formas jurídicas comprime a contingência da realidade, vale dizer, as diferenças comportamentais, para estigmatizá-las ou reconduzi-las aos padrões normativos. Nesse aspecto, identifica-se a antinomia da abstração do Direito diante das situações existenciais concretas: para afirmar a individualidade contingente dos protestantes, foi preciso negá-la em conformidade com o modelo normativo estatal.

Sob outro viés, é constante em todo o Parecer a preocupação com a economia francesa. As normas que limitaram a capacidade civil dos protestantes e lhes vedaram o casamento promoveram uma grande emigração que prejudicou a economia da nação. Quem iria “cultivar nossas terras, nos enriquecer por meio de seu comércio, a manter nossas manufaturas”? É por meio dos seus serviços que os protestantes “compram as leis francesas, com elas contratam”. Ao mesmo tempo, os protestantes têm interesse na

proteção de seus casamentos em decorrência da disciplina patrimonial nele envolvida, principalmente no que diz respeito ao direito sucessório, constantemente lembrado no Parecer. Portalis, então, absolve os protestantes para que estes - ao reproduzirem o casamento monogâmico e procriador – forneçam súditos produtores, comerciantes, agricultores para o Estado e mantenham a paz econômica. Em contrapartida, os protestantes recebem a graça da sua segurança patrimonial. Inevitável visualizar, nisso, a antinomia pela qual o Estado se torna instrumento da atividade econômica.

Vê-se, portanto, de que modo o humanismo cristão de Portalis, ao tentar solucionar a antinomia do confronto entre abstração e contingência do real, que consiste no conflito entre as normas jurídicas matrimoniais e as uniões fáticas dos protestantes, acaba por reproduzir as antinomias do Direito Moderno: apenas as uniões dos protestantes que se adequarem ao modelo canônico podem ser tuteladas pelo Estado e, ao serem tuteladas, fazem do Estado um instrumento da economia, imprimindo a esta eficácia (súditos trabalhadores) e segurança jurídica (disciplina patrimonial do casamento).

Dessa maneira, ao se considerar que o contemporâneo movimento de *repersonalização do Direito*, no Brasil, também almeja superar aspectos das antinomias do Direito Moderno e que essa corrente também partilha de uma raiz humanista e cristã, delinea-se um interessante enfoque de estudo: problematizar esse movimento, comparando-o seus argumentos com os dos juristas que criticam as antinomias do Direito Moderno em seu momento de formação. Com isso, será possível perceber se a corrente repersonalista supera as estruturas antinômicas da Modernidade jurídica ou se, assim como aquele humanismo jurídico acima referido, mantém sua reprodução.

CAPÍTULO III – A PESSOA

“Em uma visão positivista, normativista, formalista, da pessoa e da própria ordem jurídica, ao contrário, termina-se por reduzir a noção de pessoa a um centro de imputação de direitos e deveres e a se atribuir sentido idêntico às noções de pessoa e de sujeito de direitos. Em uma visão personalista, o ordenamento jurídico, ao construir dentro do sistema, a noção de personalidade, assume uma noção pré-normativa, a noção de pessoa humana, faz de tal noção uma noção aceita pela ordem positiva. Não a assume nem a aceita, porém, no mesmo sentido de pura aceitação da realidade externa com que aceita e assume a qualidade de **objetos**, de **coisas**, que têm uma árvore ou um animal. É que, no caso do ser humano, o dado preexistente à ordem legislada não é um dado apenas ontológico, que radique no plano do ser; ele é também axiológico. E **ser** e **valor** estão intimamente ligados, em síntese indissolúvel, eis que o valor está, no caso, inserido no ser. O homem **vale**, tem a excepcional e primacial dignidade de que estamos a falar, porque **é**. E é inconcebível que um ser humano **seja** sem **valer**..”³¹⁸

1 O PROCESSO CODIFICATÓRIO: RADICALIZAÇÃO HISTÓRICA DAS ANTINOMIAS DA SUBJETIVIDADE JURÍDICA

A subjetividade moderna nasce como contraponto ao indivíduo “descoberto” pela filosofia ockhamiana. A subjetividade jurídica moderna, como universalização do indivíduo humano, constitui-se na síntese entre o cidadão e o homem. O sujeito de direito é origem (cidadão) e destino (homem) da Modernidade jurídica: essa é a fórmula do humanismo jurídico moderno que é radicalizada pelo processo codificatório iniciado na Europa Ocidental do século XIX. O Código Civil oitocentista, em verdade, é sustentado pelo voluntarismo democrático de origem

³¹⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. p.16.

rousseau-hobbesiana (como no caso do *Code*, fruto da Revolução) e pelo racionalismo (pode-se até mesmo dizer que cartesiano e kantiano) que o fazem a forma acabada daquele humanismo e expressão maior de suas antinomias. A fórmula antinômica que se concentra na codificação, porém, é seguida de tentativas de superação de aspectos das antinomias que nela se concentram.

Em uma ponta, apesar de não ser ponto de análise desta dissertação, com o normativismo kelseniano, no século XX, em forte reação ao individualismo voluntarista, assiste-se a uma tentativa de eliminação da subjetividade do mundo do Direito que finda por radicalizar a abstração deste diante da realidade humana.³¹⁹ Na outra ponta, vê-se um forte movimento de retomada da filosofia pré-Moderna, que se baseia sobre a idéia cristã e Medieval de pessoa. Trata-se do personalismo cristão que influencia o Direito do século XX, sendo que o ordenamento pátrio não ficou imune a esse fenômeno: o art. 1.º, III, da Constituição Federal traz como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana³²⁰.

Para o Direito Civil pátrio, a recepção do personalismo manifesta-se em movimento ressystematizador e humanista denominado *constitucionalização do Direito Privado* ou *constitucionalização do Direito Civil*. Esse movimento origina-se da crise da codificação oitocentista e, com inspiração humanista cristã, objetiva superar as antinomias do Direito Moderno. Para tanto, pretende estabelecer as bases do Direito Civil sobre os pilares constitucionais e, fundamentalmente, sobre a noção de pessoa. Desse modo, uma vez que a constitucionalização do Direito Civil surge da crise do Código oitocentista e pretende, pela noção de pessoa, superar as antinomias da

³¹⁹ Apesar do normativismo kelseniano não ser objeto desta dissertação, convém lembrar que, em Kelsen, a realidade jurídica é essencialmente normativa e, portanto, o direito subjetivo é, em essência, norma jurídica pela qual se atribui uma sanção caso a conduta contrária nela preceituada se apresente na realidade. Disso resulta que a personalidade constitui tão-somente um complexo de normas jurídicas que atribuem a determinadas condutas humanas certos efeitos jurídicos. O exercício do direito subjetivo é, então, apenas decorrência da atribuição, pela ordem jurídica, de um poder de fazer valer essa mesma ordem jurídica. O sujeito de direito é equiparado a um “órgão” para aplicação do próprio ordenamento jurídico. Cf. KELSEN, Hans. *op. cit.*, p.149.

³²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

subjetividade e do Direito Modernos, é imprescindível compreender o processo codificatório e a razão por que ele expressa e engrandece – como verdadeira síntese das leis civis hobbesiana e rousseauniana – as antinomias mencionadas.

Durante o século XIX, na Europa Ocidental, o monopólio da produção do Direito pelo Estado passa por uma verdadeira revolução por meio do processo codificatório. Em relação ao enfoque do conteúdo da matéria regulada, os Códigos oitocentistas retratam o liberalismo econômico, disciplinando a vida segundo a imagem do burguês proprietário e livre para dispor de seus bens em conformidade com a sua vontade autônoma.³²¹ As noções de segurança jurídica e previsibilidade são essenciais à realização desse conteúdo. O Direito Medieval e Direito do Antigo Regime, porém, são marcados por um pluralismo de fontes que sempre possibilitavam uma grande indeterminação quanto à disciplina jurídica das relações sociais que não era sustentável perante o universo da previsibilidade capitalista:

Em 1750, por exemplo, um protestante borguinhão atingia sua maioria aos quatorze anos, segundo o costume de seu ducado; já segundo o Direito canônico, devia se casar perante o padre; para suceder seu pai morto e intestado, as regras aplicáveis eram do direito romano e se ele desejasse fazer um testamento, deveria realizá-lo segundo as formas prescritas pela Ordenança de 1735. E esse não era um caso dos mais complicados!³²²

Essa insegurança, manifestação do caos e da contingência, é contornada por um mecanismo revolucionário de simplificação e concentração de todo o Direito Civil no Código. Os Códigos simplificam o Direito e se apresentam como fonte exclusiva do Direito Civil, o que facilita o controle quanto à correção de sua aplicação. O Título

³²¹ Nesse sentido, Martins-Costa sobre o Código Civil Francês: “Do ponto de vista de sua *função* – e do *conteúdo* da matéria organizada -, o Código de Napoleão atendeu perfeitamente às necessidades do capitalismo comercial e, bem assim, da burguesia industrial que se expande no século XIX.” (MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p.187.)

³²² Tradução livre de: “*En 1750, par exemple, un protestant bourguignon atteignait sa majorité à quatorze ans, selon la coutume de son duché, devait, aux termes du Droit canonique, se marier devant le curé, succédait à la romaine à son père décédé intestat, et, s’il désirait tester, le faisait selon les formes prescrites par l’Ordonnance de 1735. Et encore le cas n’est-il pas l’un des plus compliqués!*” (ARNAUD, André-Jean. *op. cit.*, p.7.)

Preliminar do Código Civil Francês, por exemplo, dedica-se justamente a estabelecer um cerceamento e uma restrição acerca das fontes do Direito, estabelecendo critérios de controle da atividade aplicadora deste, ou seja, da atividade jurisdicional.³²³ Com isso, evitam-se o arbítrio e o subjetivismo na aplicação do Direito e pode-se afirmar que o Código insere-se na problemática Moderna da luta contra a contingência iniciada com a “descoberta” ockhamiana do indivíduo: o pluralismo de fontes do Direito Medieval e do Antigo Regime é a contingência que o Código ambiciona eliminar.

Ainda na perspectiva da segurança e da previsibilidade, o Código Civil oitocentista estabelece e prevê os mecanismos pelos quais o burguês desempenha sua atividade econômica em paridade com os demais. O Código contém as regras do jogo econômico-capitalista dos particulares, condicionando os resultados das atividades deles à eficiência de sua atuação individual. Trata-se de garantir segurança jurídica, previsibilidade quanto ao Direito para o livre planejamento individual da atividade econômica:

Segurança – é de se sublinhar – não no sentido dos resultados que a atividade privada alcançaria, senão quanto à disciplina balizadora dos negócios, quanto às regras do jogo. Ao direito civil cumpriria garantir à atividade privada, e em particular ao sujeito de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas. Os chamados riscos do negócio, advindos do sucesso ou do insucesso das transações, expressariam a maior ou menor inteligência, a maior ou menor capacidade de cada indivíduo.³²⁴

Dessa maneira, pode-se dizer que a igualdade jurídica instaurada com as Revoluções Liberais do século XVIII consolida-se com o processo codificatório oitocentista. Se a segurança jurídica é realizada pela transformação do Código na fonte

³²³ Como afirma Lopes, o Título Preliminar do Código Civil Francês transforma a definição de lei em norma jurídica estatal, impedindo ao intérprete qualquer discussão acerca da noção de lei ou sobre a sua natureza. Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p.23.

³²⁴ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.03. No mesmo sentido, cf. SELEME, Sérgio. **Averiguação oficiosa da paternidade**: a caminho da implementação do direito de família constitucional do Brasil. Curitiba, 2000. f. 18. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

exclusiva do Direito Civil, ela também demanda que os negociantes ajam em igualdade segundo as normas estabilizadas pelo Código: a noção de capacidade civil que, em Domat, tem um sentido humanista-cristão, recebe uma semântica laica no mundo da segurança capitalista. Então, o homem burguês universalizado do Código, que ambiciona a segurança em seus negócios econômicos, é dotado das mesmas características do homem da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de caráter hobbesiano: um ser inspirado por uma liberdade que apenas é limitada pelos seus pares, seus iguais.

Com isso, a segurança jurídica garantida pelo Código manifesta-se na defesa da liberdade e da igualdade universais do sujeito de direito burguês, do capitalista; mais do que isso, na perspectiva da segurança e da previsibilidade, o Código apresenta-se como a verdadeira lei civil hobbesiana, assegurando de maneira efetiva e certa o “meu e o teu”. Nesse sentido, Código luta contra a contingência, almejando a segurança mediante a introdução da idéia do direito positivo como ordenamento³²⁵. Isso porque o Código apresenta-se como um todo completo, sem lacunas, no qual todas as situações que se manifestam na realidade encontram respostas jurídicas.³²⁶

³²⁵ “São características peculiares a um ordenamento jurídico a unidade, a coerência e a completude. São problemas próprios de um ordenamento jurídico, conseqüências diretas de suas características, o seu fundamento último de validade (que serve a configurar a unidade), a solução das antinomias ou contradições (que serve a manter a coerência) e o preenchimento das lacunas (que visa atingir a completude, ao menos tendencial, de um ordenamento jurídico).” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O Direito Civil Constitucional. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Organizadora). **1988-1998: uma década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.118.) A associação entre juspositivismo e a concepção do direito positivo como ordenamento pode ser lida em BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p.197-210.

³²⁶ Destaca-se, nesse sentido, o art. 4.º do Código Civil Francês que eliminou a figura revolucionária do *référé législatif*, pelo qual o juiz devia recorrer ao poder legislativo sempre que não encontrasse resposta jurídica no direito positivo. Com o art. 4.º, o juiz não poderia mais recusar julgamento, denotando a presunção de que o código era um todo completo, sem lacunas. Cf. ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *op. cit.*, p.76-77. Em seu discurso preliminar sobre o projeto do Código Civil Francês, Portalis critica o *référé législatif* sob o argumento de que a sujeição das situações concretas ao Poder Legislativo ofenderia os mais basilares princípios de organização do Estado e não evitaria as surpresas nas decisões. Cf. PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours préliminaire sur le Projet de Code Civil ...*, p.13.

A completude do Código associa-se à noção de que ele é fruto da democracia revolucionária típica do voluntarismo rousseauiano (caso Francês): o juiz não pode recorrer a outras fontes para decidir a não ser a fonte codificada, resultado do processo legislativo democrático. Ao restringir o juiz à aplicação do direito positivo codificado, busca-se também respaldar a vontade democrática do qual este direito se origina. E mesmo nas situações em que o Código não é fruto do debate democrático, entende-se que ele representa a vontade comum dos cidadãos porque o Código é produzido pelo Estado que, em virtude da mitologia rousseauiana, se alimenta da alma alienada de cada um dos cidadãos, impedindo que estes se oponham ao corpo coletivo formado pela eliminação de suas individualidades (nas palavras de Rousseau, “*em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo*”). Por isso, pode-se entender que o Código aprofunda o sentido de sujeição da lei civil Moderna.

Ademais, a completude do Código atrela-se à sua aspiração pela coerência sistemática segundo a qual as normas jurídicas se encontram em harmonia de validade, ausente de toda e qualquer contradição entre si, pois as potenciais incompatibilidades entre normas jurídicas são resolvidas pelo próprio ordenamento. Mais do que afastar incompatibilidades normativas, a sistematicidade do Código expressa-se em sua estética racionalista, pela qual a matéria jurídica é disposta em Livros que mantêm uma ligação de coerência entre si (o que será radicalizado com a Parte Geral do Código Civil Alemão). Igualmente, pode-se ver na raiz dessa disposição racionalista dos Códigos oitocentistas a luta contra contingência do real, bem como a influência da preocupação sistemática do cartesianismo e do kantismo na maneira de compreender a realidade: se o livro da natureza é a matemática, a vida humana é escrita nos livros dos Códigos que narram a vida do indivíduo humano universalizado como sujeito de direito burguês.

Esses dois elementos da idéia de ordenamento – completude e sistematicidade – são preenchidos por aquele conteúdo individualista burguês que ambiciona, no Código, a sua perenidade histórica.³²⁷ O Código, já que expressão última da razão

³²⁷ SELEME, Sérgio. *op. cit.*, p.17.

humana, é imodificável tal qual essa razão: assim como a realidade natural é ordenada e constante em virtude da estrutura universal e perene da subjetividade, a realidade humana permanece constante e pode ser codificada por conta da estrutura constante da subjetividade jurídica ancorada sobre a autonomia e a titularidade de direitos subjetivos. Vê-se, em um primeiro momento, como a problemática do Código também indica os *sinais* da Modernidade relativos à luta contra à individualidade contingente.

Essas são características salientadas a partir de um viés descritivo dos Códigos Modernos. Para além disso, sob o ponto de vista analítico, é possível identificar neles a reprodução das antinomias do Direito Moderno.

Sob esse viés analítico, Carvallah identifica no modelo do Código Civil Alemão de 1900, o *BGB*, alçado em uma Parte Geral descritiva dos elementos da relação jurídica, uma verdadeira desumanização do Direito. Na acepção de Carvalho, o *BGB*, verdadeira conversão em lei do cientificismo pandectista, reduziria a dimensão humana apenas a um elemento da relação jurídica, negando-lhe qualquer prioridade ontológica e ainda menos axiológica. Por isso, a estrutura do *BGB* conduziria a uma regulação abstrata da vida real, que, na presente dissertação, é denominada a antinomia da abstração das situações existenciais concretas.³²⁸

Quanto ao Código Civil Francês de 1804, Carvalho vislumbra nele o Direito moldado para o homem burguês. Porém, como já mencionado em outro momento, Carvalho considera que o *Code* tem uma perspectiva personalista, humanizante, já que destituído de uma Parte Geral e informado pelo Livro Primeiro sobre *As Pessoas (Des Personnes)*.³²⁹

³²⁸ Em resumo, cita-se a posição de Carvalho: “De, como diziam os antigos, ‘hominum causa omne jus constitutum’, é manifesto que a eliminação do tradicional livro *Das pessoas*, com que abriam os sistemas jurídicos latinos, em favor de uma ‘parte geral’ em que as pessoas se reduzem a um mero ‘elemento’ da relação jurídica civil, concorre para uma reificação ou desumanização do jurídico cujas sequelas, como a última história nos mostra, dificilmente tranquilizam qualquer boa consciência.” (CARVALHO, Orlando. *op. cit.*, p.60.)

³²⁹ Repete-se, nesse contexto e com acréscimos, citação anterior: “Foi, em suma, a ‘epopeia burguesa do direito privado’ – o código típico para o burguês, a sua família e o seu património’. Dentro desse esquema, porém, foi um código humanista ou (*hoc sensu*) personalista, afirmando um primado do homem sobre a lei, da pessoa sobre a imposição que a constrange, que ainda hoje parece um ideal não proscrito.” (*Ibid.*, p.34-35.)

Ora, se Carvalho identifica a abstração do Direito tanto no *BGB* (por meio de seu cientificismo) e no *Code* (ao alçar o burguês como modelo), a sua análise pode ser acrescida ao se notar, nos Códigos, a antinomia da funcionalização do Estado à atividade econômica. No *BGB*, consolida-se a transposição da liberdade hobbesiana para a noção de direito subjetivo importada do voluntarismo kantiano que, associada à ambição por segurança jurídica no sentido de previsibilidade, concretiza a idéia de que o Direito Estatal serve à atividade econômica burguesa:

O cidadão havia, pois, se degenerado, convertendo-se no burguês. E, para este, o fundamental era o que Natalino Irti, aproveitando uma fórmula de Stefan Zweig, denominou de ‘il mondo della sicurezza, die Welt von Gestern’, o mundo de ontem, quando tudo era segurança, mundo consagrado nos valores do liberalismo oitocentista que o BGB irá espelhar: o individualismo, já não mais no sentido revolucionário – onde a idéia de ‘direito subjetivo’ tivera o perfil igualitário de garantia da liberdade civil, conquista do cidadão como um âmbito de liberdade antiestatal –, mas no sentido kantiano de uma ‘liberdade moral’, a qual rapidamente se transmutará na garantia pela qual o burguês – fundamentalmente um ‘homem de negócios’, fonte de iniciativas e centro de responsabilidades em torno do qual se edificam todas as relações sociais – poderá afirmar a sua capacidade de expandir-se externamente e correr o risco do sucesso.³³⁰

O cidadão, o ator da Política, ao ser identificado como se fosse um titular de direitos subjetivos, torna-se o burguês. Nada há de mais evidente da antinomia da funcionalização do Estado, do “público” à atividade econômica, aos “interesses privados”. Se no *BGB* essa análise apenas pode ser evidenciada por meio da ênfase da influência voluntarista kantiana, já no *Code* essa eliminação da Política é explicitada em dispositivos como os dos arts. 8 e 11³³¹. Nestes, a nacionalidade apresenta-se como mero requisito para titularidade de direitos subjetivos de ordem “privada” que estão associados à atividade econômica do homem burguês; ou seja, a nacionalidade, o

³³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p.230-231.

³³¹ “Art. 8. – Todo Francês gozará dos direitos civis. São Franceses: (...) Art. 11. – O estrangeiro gozará na França dos mesmos direitos civis que aqueles são ou serão atribuídos aos Franceses por meio dos tratados com a nação ao qual pertence esse estrangeiro.” Tradução livre da redação original: “Art. 8. – *Tout Français jouira des droits civils. Sont Français:(...) Art. 11. – L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra.*” (FRANÇA. Code Civil.)

vínculo do indivíduo com a soberania estatal, é mero antecedente à qualidade abstrata de sujeito de direito burguês.

O Código Civil Brasileiro de 1916³³² é influenciado pelos dois grandes modelos acima mencionados – o do *Code* e o do *BGB*³³³, privilegiando a segurança jurídica e os aspectos patrimoniais na disciplina da vida concreta e, por isso, reproduz as antinomias do Direito Moderno. Por exemplo: a par de recepcionar o patriarcalismo da sociedade da época, o Código de 1916 consagra uma disciplina jurídica patrimonializante da família que, visando à concentração da propriedade, imprime um modelo legal de família que desconsidera a afetividade.³³⁴ Mais significativo, porém, é a imagem abstrata de ser humano e de sociedade que o Código consolida ao importar elementos da codificação liberal européia e mesclá-los com o patriarcalismo patrimonial-agrário da elite senhorial brasileira, marcada, nas palavras de Gomes, pelo privatismo doméstico:

... o Código Civil, sem embargo de ter aproveitado frutos da experiência jurídica de outros povos, não se liberta daquela preocupação com o círculo social da família, que o distingue, incorporando à disciplina das instituições básicas, como a propriedade, a família, a herança e a produção (contrato de trabalho), a filosofia e os sentimentos da classe senhorial. Suas concepções a respeito dessas instituições transfundem-se tranqüilamente no Código. Não obstante, desenvolveu-se, à larga, a propensão da elite letrada para elaborar um Código Civil

³³² BRASIL. Código Civil. Lei n. 3.071, de 1.º de janeiro de 1916.

³³³ “A codificação do direito civil brasileiro deve ser analisada, na perspectiva da noção de sistema que acolhe, a partir do viés traçado pelos paradigmas antes assinalados – a codificação francesa e a alemã -, uma vez ser dado assente que, do ponto de vista estrutural, o Código Civil se aproxima da divisão posta no BGB em Parte Geral e Parte Especial, contendo, do ponto de vista material, forte influência do Code Napoléon, à qual se mescla, ainda, a importância das fontes relativas ao direito comum alemão, anterior ao BGB.” (MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p.237.)

³³⁴ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **O Direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p.64-67., que faz interessante quadro analítico da disciplina patrimonializante da família no Código Civil Brasileiro de 1916, enumerando os artigos que dizem respeito aos interesses pessoais e aos que se referem aos patrimoniais. Como exemplo, lê-se acerca da tutela, curatela e ausência: “Constituem um estatuto legal de administração de bens, tão-só! As pessoas dos tutelados, curatelados ou ausentes não pesam; são vistas pela perspectiva dos patrimônios que devem ser protegidos. Na curatela do pródigo, a proteção patrimonial chega ao clímax: a prodigalidade é negada e a avareza premiada. É sintomático o espetáculo de ruptura dos laços de afetividade e solidariedade nas famílias: filhos, parentes e cônjuges em disputa de natureza econômica.” (LÔBO, Paulo Luiz Neto. *op. cit.*, p.67.)

à sua imagem e semelhança, isto é, de acordo com a representação que, no seu idealismo, fazia da sociedade.

19. O Código Civil brasileiro teve, assim, um cunho teórico. Observa René Davi que os primeiros Códigos da América Latina, promulgados no décimo nono século, refletiam o ideal de justiça de uma classe dirigente, europeia por sua origem e formação, constituindo um Direito que pouco levava em conta as condições de vida, os sentimentos ou as necessidades das outras partes da população, mantidas em um estado de completa ou meia escravidão.

(...) a alienação constituiu freqüente recurso do legislador para dotar o país de uma legislação que nada ficasse a dever aos Códigos mais modernos. Em várias disposições, é mais uma expressão de idéias do que de realidades.³³⁵

Apontadas as antinomias que se manifestam nos Códigos Modernos e para retomar as linhas gerais, pode-se dizer que as Constituições, segundo esse modelo normativo liberal-burguês, são verdadeiras cartas políticas, que apenas prescrevem a organização político-administrativa do Estado e estabelecem as relações entre o Estado/soberano e o cidadão a fim de tutelar a liberdade econômica deste, preservando-o de qualquer interferência estatal. “Enfim, as Constituições, se serviam aos mesmos interesses dos Códigos, não se imiscuíam no domínio privatístico, salvo para afirmar certas garantias e liberdades dos particulares diante do Estado.”³³⁶

O modelo hobbesiano da relação entre cidadão e Estado – fundado no conceito de liberdade como não-impedimento – parece se concretizar historicamente nessa organização político-jurídica oitocentista. O Código Civil dá livre trânsito ao individualismo pautado na segurança do gozo da propriedade, identificando o sujeito de direito com o homem proprietário. Na outra ponta, o sujeito de direito apresenta-se como cidadão que fundamenta o poder político e funcionaliza o Estado/soberano aos seus interesses econômicos por meio das garantias constitucionais de não-intervenção.

³³⁵ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.22-23. Em sentido semelhante, destaca-se a crítica de RAMOS à concepção de sujeito de direito do Código Civil Brasileiro de 1916: a autora afirma que a categoria é abstrata e que, ao estar vinculada com a noção de liberdade individual, apresenta-se como um efeito da estrutura da sociedade capitalista. Cf. RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. Algumas reflexões acerca da Constituição como lei fundamental do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, a. 29, n. 29, p. 151-152, 1996.

³³⁶ SELEME, Sérgio. *op. cit.*, p.18.

A antinomia Moderna da abstração do Direito em face da realidade apresenta-se na ânsia de segurança e previsibilidade que conformam o modelo legal do sujeito de direito patrimonialista e burguês, desconsiderando a diversidade humana. Simultaneamente, o Direito oitocentista radicaliza a antinômica separação entre o espaço público e o espaço privado: o público é funcionalizado aos interesses privados, apresentando-se como a garantia da liberdade privada e dos interesses econômicos particulares por meio da não-intervenção.

O modelo legal oitocentista – em que à Constituição cumpre regular as relações políticas e ao Código cumpre disciplinar a economia e o patrimônio – passa a sofrer modificações no correr do século XX. Essas modificações são impulsionadas pelas crises sociais que marcam o Ocidente no final do século XIX e durante a primeira metade do século XX e são agravadas pelas duas Grandes Guerras. Vê-se, nesse último período, uma mudança na atuação do Estado, passando a intervir na economia na tentativa de equilibrar a distribuição da riqueza econômica gerada pelo modo capitalista de produção. Simultaneamente, o direito positivo estatal que regulamenta esse novo percurso do Estado é influenciado, sob o enfoque filosófico, pelo personalismo cristão que ganha grande apoio como reação às catástrofes das Guerras Mundiais. Assim, previamente à análise da nova disposição da matéria jurídica sob a regência dos Estados intervencionistas, considera-se necessário expor o sentido desse personalismo cristão que influencia o conteúdo dessa nova disposição.

1.1 A TRAGÉDIA DO HUMANISMO ANTROPOCÊNTRICO: O JULGAMENTO PERSONALISTA DA MODERNIDADE

O personalismo cristão³³⁷, motivado pela Encíclica Papal *Rerum Novarum* de Leão XIII, datada de 15 de maio de 1891, volta-se, principalmente a partir da década

³³⁷ O presente estudo analisa com maior detalhismo algumas posições do pensamento personalista de Jacques Maritain. Porém, o personalismo cristão não se restringe a esse autor. Por exemplo, para uma aproximação entre o pensamento personalista de Emmanuel Mounier e o Direito, cf. VEGAS, Jesús L. Castillo. **Personalismo y derecho de propiedad**. Valladolid: Ediciones Grapheus, 1992. p.7-43.

de 1930, contra as iniquidades do modo capitalista de produção e contra os coletivismos comunista e nazi-facista porque eles, fundados sobre o humanismo Moderno, seriam ignorantes do mistério da Encarnação que envolve o humano.³³⁸

Na esteira desse movimento, Emmanuel Mounier³³⁹, expoente do personalismo, em seu *Manifeste au service du personalisme*, datado de 1936, considera que a civilização burguesa significa a decadência do indivíduo da Renascença (cujo ideal era o herói e a aventura) porque o transforma no burguês (cujo ideal é o conforto e a segurança).³⁴⁰ Ao mundo burguês corresponde a civilização da individualidade abstrata, “...do reino do dinheiro, vale dizer, como bem expressam as

³³⁸ Sobre a crítica ao capitalismo e ao comunismo, note-se o teor deste trecho da Encíclica: “A sêde (*sic*) de inovações, que há muito tempo se apoderou das sociedades e as tem numa agitação febril, devia, tarde ou cedo, passar das regiões políticas para a esfera vizinha da economia social. E, efetivamente, os progressos incessantes da indústria, os novos caminhos em que entraram as artes, a alteração das relações entre operários e patrões, a afluência da riqueza nas mãos de um pequeno número ao lado da indigência da multidão, a opinião, enfim, mais valorizada que os operários formam de si mesmos, e a sua união compacta, tudo isto, sem falar da corrupção dos costumes, deu em resultado final temível conflito. Por tôda (*sic*) a parte os espíritos estão apreensivos e numa ansiedade expectante, o que por si só basta para mostrar quantos e quão graves interesses (*sic*) estão em jôgo (*sic*). (...) Os **socialistas**, para curar êste (*sic*) mal, instigam nos nobres o ódio invejoso contra os que possuem, e pretendem que tôda (*sic*) a propriedade de bens dum indivíduo qualquer devem ser comuns a todos e que a sua administração deve voltar para os municípios ou para o Estado. Mediante esta trasladação das propriedades e esta igual repartição das riquezas e das comodidades que elas proporcionam entre os cidadãos, lisonjeiam-se de aplicarem um remédio eficaz aos males presentes. Mas semelhante teoria, longe de ser capaz de pôr têrmo (*sic*) ao conflito, prejudicaria o operário se fôsse (*sic*) posta em prática. Outrossim, é sumamente injusta, por violar os direitos legítimos dos proprietários, viciar as funções do Estado e tender a subverter completamente o edifício social.” [sem grifo no original] (LEÃO XIII. Rerum Novarum. In: **A doutrina social da Igreja**. Tradução: ?. Rio de Janeiro: Laemmert, 1968. p.147-150.)

³³⁹ Nasceu em Grenoble, em 1905. Em 1928, obteve o segundo lugar em seu exame de habilitação na Sorbonne, em Paris. Iniciou a ensinar filosofia em escolas particulares, primeiro no Colégio de Santa Maria de Neuilly e depois no Liceu Saint-Omer. Passou a freqüentar a casa de Jacques Maritain na década de 1930. Em 1932, publicou a revista *Esprit*, pela qual se divulga o movimento personalista. Casou-se com Henriette Leclercq em 1935. Durante a Segunda Guerra, foi preso pelos alemães, sendo que, ao ter sido libertado, retoma, em 1940 e 1941, a publicação de *Esprit*. Durante a Guerra, foi preso ainda outras vezes. Após a Guerra, teve intensa atividade intelectual, publicando diversos livros. Viveu pobremente e morreu de infarto cardíaco em 22 de março de 1950. Cf. REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1991. p.729-732. v.3: do romantismo até nossos dias.

³⁴⁰ MOUNIER, Emmanuel. **Écrits sur le personalisme**. Manifeste au service du personalisme. Manchecourt: Éditions du Seuil, 2000. p. 30-32.

palavras, da sociedade anônima das forças impessoais”.³⁴¹ Segundo Mounier, o nazi-facismo contrapõe-se a essa civilização, expressando um saudosismo comunitário que, alçado sobre uma falsa mística da terra, do sangue, da comunidade do povo, desperta nos indivíduos um perigoso naturalismo instintivo porque constitui a negação da liberdade pessoal destes: a pessoa serve à coletividade e esta deve servir ao regime.³⁴² De maneira semelhante, o marxismo, na análise de Mounier, representa a negação da pessoa e, por isso, é falho. Para o marxismo, de acordo com o pensamento de Mounier, a pessoa não é uma força criativa e responsável; apenas a massa, a coletividade é apta a estabelecer as condições de conscientização da pessoa, possibilitando que esta seja, por meio da coletividade, responsável por sua realização histórica. O personalismo, diversamente, considera que apenas a pessoa é responsável por seu destino e, desse modo, as coletividades, e a sociedade inteira, devem ser instrumentos para o desenvolvimento da pessoa e não o contrário.³⁴³

³⁴¹ Tradução livre de: “...du règne de l’argent, c’est-à-dire, comme le disent si bien les mots, de la société anonyme des forces impersonnelles.” (Ibid., p. 37.)

³⁴² Ibid., p. 39-48.

³⁴³ Ibid., p.62-63. Não se pode deixar de registrar, contudo, que até mesmo o argumento humanista personalista pode ser incapaz de criticar certas práticas cuja História já demonstrou terem sido desumanas. Veja-se, nesse sentido, a defesa que Mounier faz do colonialismo, apesar de, na seqüência, frisar que a expansão das fronteiras do imperialismo capitalista ocorreu em desconsideração aos interesses dos povos colonizados: “A colonização, sob certas formas, não foi injustificável. A repartição de riquezas é desigual na superfície do globo: se a propriedade é uma delegação para o bem de todos, um povo pode ser convidado, ou mesmo constrangido pela comunidade internacional a explorar racionalmente as suas riquezas. Os povos ‘menos evoluídos’, além disso, são atravessados pela guerra, pela barbárie, pela doença. Espiritualmente e materialmente, eles são menos avançados que os outros nas vias da civilização. Uma missão fraternal de ajuda e de tutela pode ser atribuída aos povos mais favorecidos. Toda essa argumentação é sedutora, provém de uma inspiração autenticamente comunitária, e define um serviço que poderia ser sem contestação um serviço da pessoa.” Tradução livre de: “La colonisation, sous certaines formes, n’eût pas été injustifiable. La répartition des richesses est inégale à la surface du globe: si la propriété est une délégation sur le bien de tous, un peuple peut être invité, voire contraint par la communauté internationale à exploiter rationnellement les siennes. Les peuples ‘moins évolués’, par ailleurs, sont déchirés par la guerre, la barbarie, la maladie. Spirituellement et matériellement, ils sont moins avancés que d’autres sur les voies de la civilisation. Une mission fraternelle d’entraide et de tutelle peut être dévolue aux peuples plus favorisés. Toute cette argumentation est séduisante, elle relève d’une inspiration authentiquement communautaire, et définit un service qui pourrait être sans conteste un service de la personne.” (Ibid., p.194.)

Com base nisso, Mounier vislumbra a necessidade de irrupção de uma civilização personalista, ou seja, aquela que afirma “...o primado da pessoa humana sobre as necessidades materiais e sobre os aparelhos coletivos que sustentam o seu desenvolvimento”.³⁴⁴ A civilização personalista, portanto, é aquela que permite o livre desenvolvimento da pessoa, possibilitando que ela, ciente da transcendência que envolve o Mundo, busque sua *vocação* e, solidarizando-se com os seus iguais, venha a engajar-se em uma causa, reconhecendo sua própria *encarnação* e a necessidade espiritual e carnal de *comunhão* com os demais.³⁴⁵

A filosofia personalista, contudo, não se restringe à figura de Mounier e manifesta-se, no século XX, como um movimento amplo que não pretende ser dogmático³⁴⁶. Desse modo, considerando-se a influência do personalismo sobre o pensamento jurídico, é a reflexão personalista de Jacques Maritain³⁴⁷ que se eleva em importância. Em seis lições pronunciadas na Universidade de Santander em agosto de

³⁴⁴ Tradução livre de: “...*le primat de la personne humaine sur les nécessités matérielles et sur les appareils collectifs qui soutiennent son développement.*” (*Ibid.*, p.19.)

³⁴⁵ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *op. cit.*, v.3, p.733.

³⁴⁶ *Ibid.*, p.726.

³⁴⁷ Jacques Maritain nasceu em Paris na data de 18/11/1882. Entre 1898 e 1899, estudou no Liceu *Henri IV* e iniciou seus estudos em Filosofia (1900-1901) e em ciências naturais (1903-1904) na *Sorbonne*. Em 1904, casou-se com Raïssa Oumansoff, estudante na Sorbonne e filha de imigrantes judeus russos, e, em 1906, ambos foram batizados no catolicismo. Em 1905, concluiu seus estudos em Filosofia e, em 1908, abandonando a influência do bergsonismo, iniciou intensivos estudos sobre a obra de Santo Tomás de Aquino. O foco de sua Filosofia sempre foi a defesa do catolicismo e do pensamento católico contra o seus adversários seculares, embora tenha escritos acerca de introdução à Filosofia e sobre estética. Por volta da década de 1920, Jacques Maritain passou a se interessar por assuntos de cunho social. Quando, em 1926, a Igreja Católica condenou o movimento social católico – a Ação Francesa – em virtude de suas tendências anti-democráticas e nacionalistas, Maritain abandonou esse movimento. Contudo, incentivado por seus amigos, o filósofo russo Nicholas Berdaiaev (iniciada em 1924) e Emmanuel Mounier (desde 1928), Maritain passou a desenvolver os princípios de um Cristianismo liberal e a defesa dos direitos naturais. As idéias de Maritain tiveram grande influência na América Latina e, em 1936, ele foi nomeado membro correspondente da Academia Brasileira de Letras. Após a Segunda Guerra Mundial e até o ano de 1948, envolveu-se profundamente na construção da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (1948). Em Toulouse, na data de 28/04/1973, morreu Jacques Maritain. Cf. STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. **Jacques Maritain**. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/maritain/>>. Acesso em: 23 out. 2005.

1934 e publicadas sob o título “Humanismo Integral”, Jacques Maritain analisa o humanismo Moderno, apresentando posição que, no presente estudo, servirá como exemplo da fundamentação da filosofia personalista e da visão do Direito que ela enseja.

O humanismo Moderno, para Maritain, é inumano porque ignora a espiritualidade que faz o ser humano sempre se dirigir ao transcendente, a se sacrificar por algo que lhe é superior: “Propor sòmente o humano ao homem (...) é trair o homem e desejar sua infelicidade, porquanto pela sua parte principal, que é o espírito, o homem é solicitado para melhor do que uma vida puramente humana.”³⁴⁸ Cumpre, então, aos cristãos conduzirem os seres humanos para um novo humanismo, substituindo

... ao regime inumano que agoniza aos nossos olhos, um nôvo regime de civilização que se caracterizaria por *um humanismo integral*, (...).

Êste nôvo humanismo, sem medida comum com o humanismo burguês, e tanto mais humano quanto menos adora o homem, mas respeita realmente e efetivamente a dignidade humana e dá direito às exigências integrais da pessoa, nós o concebemos como que orientado para uma realização social-temporal desta atenção evangélica ao humano, a qual não deve existir sòmente na ordem espiritual, mas incarnar-se, e também para o ideal de uma comunidade fraterna.³⁴⁹

A instauração do humanismo inumano se dá pela derrocada do pensamento medieval que reconhecia o mistério do humano, mistério que envolve a sua sacralidade. Nas palavras de Maritain, a Idade Média – na medida em que não perscrutava os mistérios sagrados da pessoa humana – não foi uma época reflexa e era dotada de um “pudor metafísico”. O olhar do ser humano era afastado de si próprio e voltado à transcendência.³⁵⁰

³⁴⁸ MARITAIN, Jacques. **Humanismo integral**: uma visão nova da ordem cristã. Tradução de Afrânio Coutinho. 4.ed. São Paulo: Dominus, 1962. p.3. Vale notar que esta obra, em virtude do ano de edição, não possui ortografia atualizada. Para evitar a descontinuidade na leitura, prescinde-se da expressão *sic*; procedimento adotado em toda e qualquer citação desta obra no texto.

³⁴⁹ *Ibid.*, p.7-8.

³⁵⁰ *Ibid.*, p.10-11.

A dissolução da Medievalidade se dá no momento em que o culto do Homem-Deus é substituído pelo culto do Homem puro. A Renascença e a Reforma inauguram o tempo do olhar narcisístico da criatura humana.³⁵¹ O ser humano dessacraliza-se, expulsando a Graça Divina e o seu mistério do âmbito da Humanidade. A liberdade humana existe e age por si só, sendo toda realização obra exclusiva humana, ausentando-se toda participação da Graça na obra terrena.³⁵² Paralelamente, ao ser retirado da ordem sobrenatural do pecado original e da Graça, o ser humano é naturalizado, é entendido como um ser puramente natural.³⁵³

O humanismo antropocêntrico inunamo diagnosticado por Maritain, então, apresenta-se como uma síntese das tendências pessimista do Protestantismo Reformador e otimista do Renascimento. O primeiro associa o pecado original com o fado inexorável da predestinação, isolando a criatura do seu Criador e oferecendo a ela a única escolha de buscar o bem viver na materialidade terrena. O segundo hipertrofia a semelhança do ser humano a Deus de maneira que a criatura, em exagerada euforia, objetiva a viver sem ser vivificada pelo mistério sagrado do Criador.³⁵⁴ A confluência desses movimentos pessimista e otimista não impedem que a Modernidade pratique diversas conquistas, na medida em que se desenvolve a ciência, a poesia, a conquista da natureza, em síntese, “... a alma humana constrói um universo de sua subjetividade, diferencia-se do mundo profano segundo sua lei própria, a criatura se conhece.”³⁵⁵

O erro foi esse processo humanista ter se consolidado por meio de um antropocentrismo que ignorou a espiritualidade humana, o transcendente que é o fim último do ser humano:

³⁵¹ *Ibid.*, p. 14-15.

³⁵² *Ibid.*, p. 17.

³⁵³ *Ibid.*, p. 21.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 21-22.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 23.

Esquecendo que na ordem do ser e do bem, Deus é que possui a primeira iniciativa e que vivifica nossa liberdade, quis o homem fazer de seu movimento próprio de criatura o movimento absolutamente primeiro, dar à sua liberdade de criatura a primeira iniciativa de seu bem. Era necessário pois que seu movimento de ascensão fôsse desde então separado do movimento da graça, e por isto a era em questão foi uma época de dualismo, de dissociação, de desdobramento, uma época de humanismo separado da Incarnação, na qual deveria o esforço de progresso tomar um caráter fatal e contribuir para a destruição do humano.

Digamos, em suma, que o vício radical do humanismo antropocêntrico foi de ser antropocêntrico e não de ser humanismo.³⁵⁶

A dialética do humanismo antropocêntrico conforma a *tragédia do humanismo* encenada em três atos: a tragédia do homem, a tragédia da cultura e a tragédia de Deus.³⁵⁷

O racionalismo Moderno constrói uma imagem do ser humano baseada na autonomia que é independente de qualquer intervenção externa. É a autonomia do ser humano que funda o Conhecimento, a Moralidade e a Política. O ser humano é, então, a subjetividade imanente que instaura o real em completa independência do transcendente, da esfera do sagrado, do divino. A tragédia do homem ocorre porque essa imagem do ser humano dispersa-se em seus próprios elementos constitutivos.³⁵⁸

O primeiro golpe a essa imagem é empreendido pelo darwinismo. A dessacralização que o humanismo antropocêntrico se vale para proteger a autonomia do ser humano de qualquer intervenção externa promove a naturalização do ser humano. O ser humano se vê “... provindo desta evolução biológica *sem descontinuidade metafísica*, sem que, em nenhum momento dado, qualquer coisa de absolutamente novo comece na série com o ser humano: uma subsistêntica espiritual, implicando, para cada geração de um ser humano, que foi criada pelo autor de tôdas as coisas, uma alma individual e lançada na existência para um destino eterno.”³⁵⁹ O darwinismo – consequência da imagem dessacralizada e naturalizada do ser humano –

³⁵⁶ *Ibid.*, p.23.

³⁵⁷ *Ibid.*, p.24.

³⁵⁸ *Id.*, p.24.

³⁵⁹ *Ibid.*, p.25.

retira a autenticidade da personalidade humana que é tão essencial ao racionalismo Moderno: a personalidade é um dado natural da evolução, não havendo originalidade qualquer na razão humana.

O segundo golpe contra a imagem antropocêntrica do humano provém da psicanálise: “Desceu tão baixo o centro de gravidade do ser humano que não existe mais, pròpriamente, falando, personalidade para nós, mas apenas o movimento fatal das larvas polimorfadas do mundo subterrâneo do instinto e do desejo (...) e que aparece como uma máscara mentirosa tôda a dignidade bem regulada de nossa consciência pessoal.”³⁶⁰ Na perspectiva maritainiana, a dessacralização do ser humano produz, por meio da psicanálise, um naturalismo determinista que faz cair por terra qualquer anseio de autonomia que pretendesse o humanismo antropocêntrico.

O pensamento autenticamente cristão, segundo a reflexão de Maritain, salva-se dessa tragédia do homem porque não promove a dissociação entre natureza e graça, fé e razão, amor e conhecimento.³⁶¹

A tragédia da cultura revela-se em três momentos. No primeiro (séculos XVI-XVII), a cultura desprende-se de seu fim transcendente e busca fundar em si mesma a ordem humana. Há uma inversão dos fins, pois a cultura despreza os fins supremos para os quais deve sempre se dirigir.³⁶² Nos séculos XVIII-XIX, a cultura – separada dos fins supremos – passa a se voltar contra estes e, exigindo que o ser humano se afaste das religiões reveladas, direciona-o à materialidade terrena em relação à qual deve garantir sua perfeita segurança pela acumulação de bens: é o momento burguês da cultura.³⁶³ O terceiro momento (século XX) consiste na decidida pretensão antropocêntrica do ser humano que culmina na tentativa de fazer surgir um ateísmo radical.³⁶⁴

³⁶⁰ *Id.*, p.25.

³⁶¹ *Ibid.*, p.26.

³⁶² *Id.*, p.26.

³⁶³ *Ibid.*, p.26-27.

³⁶⁴ *Ibid.*, p.27.

Se nos dois primeiros momentos há uma progressiva dominação do ser humano sobre a matéria, pela qual “Deus se torna o fiador desta dominação...”³⁶⁵, o terceiro momento revela uma subordinação do ser humano em face desta. No momento cultural de domínio da natureza, o ser humano se sujeita às próprias necessidades das técnicas, subordinando as suas forças às energias materiais. O materialismo torna o ser humano escravo de seu próprio domínio e elimina a mística-cristã da ordem do Mundo: “Deus morre, e pensa o homem materializado que só pode ser homem, ou super-homem, no caso de que Deus não seja Deus.”³⁶⁶

Diante disso, é antevista a tragédia de Deus: o racionalismo Moderno culmina em um processo de eliminação da transcendência, tornando-a imanente à mundanidade terrena. À dessacralização do humano corresponde a humanização do sagrado, que de eterno torna-se finito: “... é a morte de Deus que Nietzsche se sentirá com a terrível missão de anunciar. Como poderia Deus viver ainda em um mundo do qual sua imagem, isto é, a personalidade livre espiritual do homem, está em vias de desaparecer?”³⁶⁷

Após esse diagnóstico, a questão colocada por Maritain: como é possível interromper essa trágica dialética e inaugurar um humanismo integral?

1.2 ÚLTIMO ATO: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A REPERSONALIZAÇÃO DO HUMANISMO

O pensamento maritainiano buscará transcender o humanismo antropocêntrico e estabelecer as bases de um humanismo integral sobre os princípios cristãos. Metodologicamente, essa tentativa pretende “...reativar, face às interrogações suscitadas pelo presente, a filosofia dos padres da Igreja, e notadamente aquela de

³⁶⁵ *Id.*, p.27.

³⁶⁶ *Id.*, p.27.

³⁶⁷ *Ibid.*, p.29.

santo Tomás.”³⁶⁸ Isso porque a Modernidade, na análise personalista, elimina o aspecto místico-cristão da existência do indivíduo humano

Lembre-se que, como aponta Villey³⁶⁹, mesmo os Filósofos do período de transição da Medievalidade para a Modernidade (como Ockham) não desconsideravam o aspecto místico que dá sentido cristão ao conceito de Pessoa: o indivíduo humano, entendido como Pessoa, está destinado a uma finalidade supra-individual em comunhão com os demais seres humanos e Deus. Por isso, a grande tragédia do humanismo antropocêntrico está em desconsiderar a dimensão da *Pessoa* que caracteriza o ser humano e que não era ignorada pela Cristandade Medieval³⁷⁰. A implementação do humanismo integral, então, está condicionada à *Repersonalização* do humanismo. Mas, o que é a pessoa humana?

Ao afirmar que um homem é uma pessoa, queremos significar que ele não é somente uma porção de matéria, um elemento individual na natureza, como um átomo, um galho de chá, uma mósca ou um elefante são elementos individuais na natureza. Onde está a liberdade, onde a dignidade, onde os direitos de um pedaço individual de matéria? Não se compreende que uma mósca ou um elefante dêem sua vida pela liberdade, a dignidade ou direitos da mósca ou do elefante. O homem é um animal e um indivíduo, porém diferentemente dos outros. O homem é um indivíduo que se sustenta e se conduz pela inteligência e pela vontade; não existe apenas de maneira física, há nêle uma existência mais rica e mais elevada, que o faz superexistir espiritualmente em conhecimento e amor. É assim de algum modo um todo, e não somente uma parte, é em si mesmo um universo, um microcosmo, no

³⁶⁸ Tradução livre de: “...réactiver, face aux interrogations suscitées par le présent, la philosophie des pères de l’Eglise, et notamment celle de saint Thomas.” (RENAUT, Alain e SOSOE, Lukas. *op. cit.*, p.258.)

³⁶⁹ Nesse contexto, repete-se a citação já realizada anteriormente: “Mas devemos observar, aqui, que nem o individualismo cristão, nem o estóico, eram absolutos. Quando a moral cristã se dirige ao indivíduo é para ditar-lhe seus deveres e propor-lhe um fim supra-individual: esta espécie de fusão com Deus que é o termo final da vida cristã, com o ‘corpo místico’, com os outros. Se é justo pensarmos que os primeiros nominalistas ou os scotistas tinham o senso deste sacrifício de si mesmo que a moral evangélica exige do indivíduo, o mesmo não pode ser dito dos filósofos envolvidos pelo espírito científico moderno. Falta-lhes esta dimensão mística. Quando se puserem a definir para que serve o direito, concluirão que sua finalidade deve ser o benefício pessoal do único ser realmente existente, cada indivíduo, que doravante, ontologicamente, nada mais liga aos outros.” (VILLEY, Michel. **Filosofia do direito...**, p.138)

³⁷⁰ RENAUT, Alain e SOSOE, Lukas. *op. cit.*, p.260. Cf. MARITAIN, Jacques. **Humanismo Integral...**, p.10.

qual o grande universo pode ser contido por inteiro graças ao conhecimento, e que pelo amor pode dar-se livremente a sêres que são como outras tantas encarnações de si próprio. É impossível encontrar equivalente dessa relação por todo o universo físico. O que quer dizer, em termos filosóficos, que na carne e ossos do homem há uma alma que é um espírito e que vale mais do que todo o universo material. A pessoa humana, por mais dependente que seja dos menores acidentes da matéria, existe em virtude da própria existência de sua alma, que domina o tempo e a morte. É o espírito que é a raiz da personalidade.³⁷¹

A pessoa, portanto, é marcada pela espiritualidade que faz dela um ser único. A espiritualidade conduz a pessoa à transcendência, e, simultaneamente, dirige a pessoa à comunhão com os demais já que pelo “*amor pode dar-se livremente*”. A pessoa revela-se na sua totalidade, um universo incontido e que, por isso, se transcende a si própria para dominar “*o tempo e a morte*” na sua realidade espiritual.

É o mistério da sacralidade da alma cristã que dignifica a pessoa que se direciona ao Absoluto, como imagem criada Dele que é: “É êsse mistério de nossa natureza que o pensamento religioso designa, afirmando que a pessoa humana é a imagem de Deus. (...) A pessoa tem uma dignidade absoluta porquanto está em uma relação direta com o absoluto, no qual sòmente ela pode encontrar sua plena realização.”³⁷²

A retomada do mistério da vida eterna significa repersonalizar o humanismo, reincarná-lo na vida cristã. No plano do Direito, o humanismo integral manifesta-se no “... fazer ressurgir a concepção cristã da dignidade da pessoa humana, fundadora dos direitos inalienáveis, e a relação autêntica, que dela se deduz, entre o homem e o Estado”³⁷³. Por isso, o humanismo integral romperia com a Política e o Direito do modelo Moderno-hobbesiano: haveria um fundamento espiritual para a Política,

³⁷¹ MARITAIN, Jacques. **Os direitos do homem e a lei natural**. Tradução de Afrânio Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editôra, 1967. p.16-17. Vale notar que esta obra, em virtude do ano de edição, não possui ortografia atualizada. Para evitar a descontinuidade na leitura, prescinde-se da expressão *sic*; procedimento adotado em toda e qualquer citação desta obra no texto.

³⁷² *Ibid.*, p.17.

³⁷³ Tradução livre de: “...*de faire resurgir la conception chrétienne de la dignité de la personne humaine, fondatrice des droits inaliénables, et le rapport authentique, qui s’en déduit, de l’homme à l’Etat.*” (RENAUT, Alain e SOSOE, Lukas. *op. cit.*, p.263.)

naturalizando-a. O ser humano, como Pessoa, tende à Política segundo os fins divinos: assim, o indivíduo humano não é plenamente livre para construir o Leviatã segundo a sua vontade. Estranho, porém, é a manutenção da defesa dos direitos do homem, na medida em que estes se relacionam com a imagem livre e abstrata do humano. Como se verá, isso traz enormes conseqüências.

Estabelecida a meta do verdadeiro humanismo, cumpre verificar o modo pelo qual Maritain vê a possibilidade de realização da dignidade da pessoa humana. Há dois elementos que se apresentam essenciais à definição de pessoa: a comunhão e a transcendência. É pela efetivação desses elementos que a pessoa se realizará integralmente. Com efeito, para Maritain, diversamente da concepção jusracionalista Moderna (representada por Hobbes na presente dissertação), a sociedade não é construída pelos indivíduos segundo os seus interesses egoístas (que, em Hobbes, representam os interesses econômico-proprietários). Para Maritain, a generosidade humana, pautada no amor natural que premia a pessoa, é um catalisador da sociabilidade. O espírito de comunhão fraterna – aspecto *imane*nte da transcendência humana – é também fator de sociabilidade³⁷⁴:

Assim, a sociedade forma-se como algo exigido pela natureza, e (dado que esta natureza é a natureza *humana*) como uma obra efetuada por um trabalho da razão e da vontade, e livremente consentida. O homem é um animal político, quer dizer, a pessoa humana exige a vida política, a vida em sociedade, e não somente quanto à sociedade familiar, mas também quanto à sociedade civil. E a cidade, tanto quanto mereça êste nome, é uma sociedade de pessoas humanas.

Isso quer dizer que ela é um todo de todos – porquanto a pessoa como tal é um todo.³⁷⁵

Importante notar que essa concepção de sociedade e o seu próprio fundamento encontram-se em conflito com a noção e o fundamento Modernos de sociedade. A idéia de indivíduo inaugurada pelo pensamento ockhamiano e absorvida pela Filosofia Política hobbesiana impede vislumbrar a sociedade como um conceito dotado de

³⁷⁴ Cf. MARITAIN, Jacques. **Os direitos do homem e a lei natural**. p.18-19.

³⁷⁵ *Ibid.*, p.19.

substância, como “*um todo de todos*”. Isso porque a idéia Moderna de sociedade tem como pressuposto apenas a existência dos indivíduos e que as relações *artificiais* estabelecidas por estes são referidas pelo *nome* sociedade. Esta não existe como um ente *natural* à parte dos indivíduos: ela é apenas o nome que descreve a relação entre os indivíduos. Dessa noção de que apenas os indivíduos existem e que estes, por meio de suas relações, industrializam a *sociedade artificial* decorre a antinomia Moderna pertinente à funcionalização da sociedade política aos interesses dos indivíduos particulares.

Ora, o pensamento maritainiano, baseado na filosofia tomista, recupera uma conceituação realista e pré-Moderna de sociedade ao renaturalizá-la. A par disso, pensar-se a sociedade como um *ente natural*, um “*todo de todos*”, significa atribuir-lhe uma realidade e finalidade ontológicas distintas das dos seres humanos que convivem socialmente, pois sociedade e pessoas são “*todos*” diversos entre si. A finalidade da sociedade, diversa dos fins individuais, é o *bem comum*, entendido como

... a boa vida *humana* da multidão, de uma multidão de pessoas, (...). O bem comum da cidade é sua comunhão no bem-viver; (...) Sob pena de desvirtuar a própria natureza, êle implica e exige o reconhecimento dos direitos fundamentais das pessoas (...) e comporta como valor *principal* a mais larga possibilidade de acesso (isto é, compatível com o bem do todo) das pessoas à sua vida de pessoa e à sua liberdade de expansão – e às comunicações de bondade que por sua vez daí procedem.³⁷⁶

O bem comum manifesta-se, segundo Maritain, em três aspectos.³⁷⁷ Primeiro, o bem comum visa desenvolver a pessoa e, portanto, ele tem um caráter redistributivo dos bens sociais. Na definição acima, a tarefa redistributiva do bem comum corresponde ao reconhecimento dos direitos fundamentais das pessoas. Segundo, o bem comum justifica a autoridade de alguns sobre as pessoas livres que convivem socialmente; vale dizer, alguns são encarregados de conduzir comunidade à realização de suas finalidades e, por isso, devem ter suas decisões obedecidas pelos demais.

³⁷⁶ *Ibid.*, p.21.

³⁷⁷ *Ibid.*, p.21-22.

Terceiro, o bem comum implica uma moralidade implícita pela qual a Justiça é inseparável da Política e, portanto, se o “... bem comum é o fundamento da autoridade, esta falha à sua própria essência política se fôr injusta. Uma lei não é lei se é injusta”³⁷⁸.

Ora, o bem comum incarna a comunhão das pessoas ao mesmo passo que pratica a abertura à transcendência ao associar a Política à Justiça: a positividade da lei humana não tem valor caso não seja justa. Qual seria o parâmetro dessa Justiça? Essa Justiça está na efetivação do Direito Natural. Maritain considera que o Direito Natural tem seu fundamento na capacidade racional de o ser humano compreender a sua finalidade intrínseca na ordem da natureza: “Quer isto dizer que há, em virtude mesmo da natureza humana, *uma ordem ou uma disposição que a razão humana pode descobrir, e segundo a qual a vontade humana deve agir a fim de se pôr de acôrdo com os fins necessários do ser humano. A lei não escrita, ou o direito natural, não é outra coisa.*”³⁷⁹

O ser humano, ao compreender o Direito Natural, ou melhor, a lei natural, percebe a sua finalidade natural e a dignidade que lhe é atribuída naturalmente. A finalidade natural do ser humano prescreve deveres à sua consciência moral, mas, para que esses deveres possam ser cumpridos, a natureza deve fornecer os meios necessários. Esses meios são os direitos naturais do ser humano e que caracterizam sua dignidade. Portanto, para Maritain, a dignidade da pessoa humana consiste na titularidade de direitos inatos pelo ser humano. Esses direitos, por sua vez, são os instrumentos necessários para que o ser humano cumpra a sua obrigação moral inata gravada na lei natural. Pela lei natural, o ser humano tem uma finalidade – os direitos que são atribuídos ao ser humano são instrumentos para que ele atinja sua finalidade:

Faz-se mister levar em conta agora que a lei natural e a luz da consciência moral em nós não prescrevem sòmente coisas que se devem e que não se devem fazer; reconhecem também

³⁷⁸ *Ibid.*, p.22.

³⁷⁹ *Ibid.*, p.59.

direitos, em particular ligados à própria natureza do homem. A pessoa humana tem direitos, por isto mesmo que é uma pessoa, um todo senhor de si próprio e de seus atos, e que por consequência não é somente um meio, mas um fim, um fim que deve ser tratado como tal. A dignidade da pessoa humana – seria uma expressão vã se não significasse que, segundo a lei natural, a pessoa humana tem o direito de ser respeitada e é sujeito de direito, possui direitos. Há coisas que pertencem de direito ao homem, simplesmente porque homem. A noção de direito e a de obrigação moral são correlatas, repousam ambas sobre a liberdade própria aos agentes espirituais: se o homem é moralmente obrigado às coisas necessárias à realização de seu destino, é que ele tem o direito de realizar o seu destino; e se tem esse direito, tem direito às coisas que são para isto necessárias.³⁸⁰

Esses direitos prescritos pela lei natural, segundo Maritain, diferem dos direitos do homem construídos pelo Iluminismo justamente porque aqueles têm um caráter transcendente que limita objetivamente o conteúdo deles. O Iluminismo rejeitou qualquer transcendência ao ser humano e reduziu a dignidade humana à autonomia e independência deste, de maneira que os direitos do ser humano eram vistos “... como direitos propriamente divinos, infinitos portanto.”³⁸¹

A dignidade humana, vinculada à autonomia no sentido em que a filosofia kantiana sintetiza (ou seja, autonomia que fundamenta a apropriação das *coisas*), gera, para Maritain, a idéia de que o ser humano é dotado de direitos ilimitados. Isso ocorre porque a dignidade centrada na autonomia ignora a transcendência que pauta o ser humano e, por consequência, destrói a comunhão humana, pois os direitos infinitos de cada indivíduo humano corroem a sociabilidade.

A dignidade da pessoa humana no sentido cristão transcende o ser humano ao remetê-lo à lei natural e, por isso, os direitos inerentes ao ser humano são compreendidos como direitos limitados, permitindo, dessa forma, a verdadeira sociabilidade, a comunhão humana. A correlação entre direito e obrigação moral que constitui a dignidade da pessoa humana implica reconhecer direitos inerentes ao ser humano na medida em que estes são instrumentos para o cumprimento da obrigação moral e, simultaneamente, implica reconhecer que esses direitos são limitados pela

³⁸⁰ *Ibid.*, p.62-63.

³⁸¹ *Ibid.*, p.64.

própria obrigação moral que transcende o ser humano. Interessante mencionar o exemplo que Maritain dá dessa correlação quanto ao direito de propriedade privada:

O direito à propriedade privada dos bens materiais refere-se à pessoa como uma extensão desta, pois, vivendo em meio à matéria e sem qualquer proteção natural de sua existência e de sua liberdade, ela tem necessidade do poder de adquirir e de possuir para suprir a falta dessa proteção, que a natureza não lhe fornece. Por outro lado, o uso da propriedade privada deve ser sempre tal que, de uma maneira ou de outra, sirva ao bem comum e seja proveitoso para todos, pois é em primeiro lugar ao Homem, à espécie humana em geral, que os bens materiais são destinados por natureza.³⁸²

Nota-se dessa definição do direito de propriedade privada a idéia de que em virtude da existência e da liberdade desprotegidas do ser humano – existência e liberdade que são obrigações morais – surge o direito de propriedade para protegê-las. Todavia, o direito de propriedade não pode ser absoluto, pois toda a materialidade se destina a todos os seres humanos e não apenas a um, e, sendo assim, o exercício do direito de propriedade deve ser funcionalizado ao bem comum de todos. Não é difícil perceber, nessa definição, a origem cristã das idéias de patrimônio mínimo e de função social da propriedade privada.

No entanto, se a limitação pela transcendência funcionaliza os direitos à comunhão humana, deve-se notar que Maritain não questiona a idéia de direitos subjetivos. Ao contrário, como já visto, no pensamento maritainiano, os direitos subjetivos caracterizam a dignidade da pessoa humana.³⁸³ A afirmação dos direitos subjetivos na filosofia maritainiana padece, então, de um certo paroxismo, pois a idéia de direito subjetivo está estritamente ligada ao humanismo Iluminista, ao humanismo antropocêntrico. E, como se demonstrou anteriormente, o direito subjetivo é a

³⁸² *Ibid.*, p.67, nota 2.

³⁸³ Note-se a posição de Mata-Machado, sob inspiração personalista maritainiana, ao comentar acerca dos direitos sociais como expressões da tutela da pessoa humana: “... a inclusão, ao lado das velhas faculdades civis e políticas, de normas econômicas e sociais, significará que a liberdade de expansão e de exaltação da pessoa humana está na dependência do vigor e da eficácia de ambas as espécies de direitos.” (MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. **Contribuição ao personalismo jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.231.)

expressão jurídica do nominalismo individualista despertado em Ockham e desenvolvido por Hobbes. A rejeição desse nominalismo e a reafirmação do realismo, pelo qual a sociedade é um ente com uma finalidade ontológica própria (o *bem comum*), seriam incompatíveis com a noção individualista de direito subjetivo pela qual a realidade apenas se compõe de indivíduos.

Para Maritain, a resposta a esse paradoxo está no conceito de dignidade humana.³⁸⁴ Para Maritain, a forma de pensar os direitos subjetivos na Modernidade está equivocada porque desconsidera a transcendência e a comunhão que realizam a dignidade da pessoa humana. Esse conceito – o de dignidade da pessoa humana – fundamenta uma nova ordem jurídica e inova o próprio sentido do direito subjetivo, funcionalizando-o à comunhão. Essa perspectiva dos direitos subjetivos estaria direcionada para um novo direito objetivo, vinculado ao Bem Comum. No correr do século XX, a *Constitucionalização do Direito Civil* traz em seu bojo essa nova perspectiva que é enfatizada mediante a recepção, na qualidade de norma jurídica, da tutela da dignidade da pessoa humana por diversos ordenamentos jurídicos de tradição romano-continental, inclusive o brasileiro.

Realizada a devida contextualização, pode-se iniciar o estudo da constitucionalização do Direito Civil que, insuflada pela dignidade da pessoa humana, é defendida como uma forma de superar as antinomias do Direito Moderno, como se pode perceber destas palavras de Perlingieri:

³⁸⁴ Nesse sentido, afirmam Renaut e Sosoe sobre o paradoxo maritainiano e a sua resposta: “Sinal de aparente paradoxo, é de convir, uma vez que a Modernidade não cessa de valorizar uma idéia de direito orientada precisamente aos valores dos direitos do homem: compreender aqui a lógica da recuperação tomista onde Maritain vai situar a reflexão sobre o direito é perceber em que sentido, a seus olhos, a concepção cristã dos direitos do homem substitui aquela que foi imposta por uma Modernidade incapaz de levar em conta a dignidade humana de maneira verdadeira.” Tradução livre de: “*Démarche d’apparence singulièrement paradoxale, on en conviendra, puisque la modernité n’a eu de cesse de faire valoir une idée du droit orientée précisément aux valeurs des droits de l’homme: comprendre ici la logique de ce ressourcement thomiste où Maritain va situer l’avenir de la réflexion sur le droit, c’est donc d’abord apercevoir en quel sens, à ses yeux, la conception chrétienne des droits de l’homme fait pièce à celle qu’a imposée une modernité incapable de véritablement prendre en compte la dignité humaine.*” (RENAUT, Alain e SOSOE, Lukas. *op. cit.*, p.263.). Cf ainda sobre o mesmo tema, GALLEGÓ, Elio A. *op. cit.*, p.145-150.

... é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa. Desse modo, evitar-se-ia comprimir o livre e digno desenvolvimento da pessoa mediante esquemas inadequados e superados; permitir-se-ia o funcionamento de um sistema econômico misto, privado e público, inclinado a produzir modernamente e a distribuir com mais justiça. O pluralismo econômico assume o papel de garantia do pluralismo também político e do respeito à dignidade humana.³⁸⁵

A renovação do Direito Civil insuflado pela dignidade da pessoa humana seria responsável pela tutela jurídica da diversidade e pela superação de uma economia supostamente partida em pública e privada, conduzindo o Estado para o papel de distribuição eqüitativa da riqueza. Assim, para problematizar essa perspectiva, faz-se necessário analisá-la com maior detalhismo.

1.3 O DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL: RESSISTEMATIZAÇÃO E REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO ESTATAL

As crises sociais ocasionadas pela revolução industrial, a massificação da economia, a urbanização da sociedade (caso brasileiro) e as Grandes Guerras estão dentre os elementos que impulsionam as transformações no modelo legal oitocentista. Esses fenômenos demandam do Estado uma atuação mais efetiva na solução dos conflitos sociais, originando-se a forma do Estado Social que prima pela intervenção nas relações econômico-particulares com o intuito de dirimir as desigualdades sociais.³⁸⁶ A intervenção estatal é efetivada por meio da produção de leis especiais que passam a regular diversos tipos de relações econômicas antes disciplinadas apenas pelo Código Civil. Essa disciplina especial retira do Código o caráter de Constituição do Direito Privado e, além disso, é marcada por uma nova idéia: as leis especiais não

³⁸⁵ PERLINGIERI, Pietro. *op.cit.* p.34.

³⁸⁶ “A Revolução Industrial, os movimentos sociais, as ideologias em confronto, a massificação social, a revolução tecnológica constituíram-se em arenas de exigências de liberdade e igualdades materiais e de emersão de novos direitos, para o que a codificação se apresentou inadequada.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.36, n.141, p.102, jan./mar., 1999.)

visam apenas garantir a segurança jurídica, mas objetivam atender aos interesses setoriais e aos objetivos econômicos daqueles mais desfavorecidos.

Gradativamente, o Código Civil é relegado a um papel subsidiário, aplicando-se nos casos em que não há legislação especial sobre a matéria. As Constituições da segunda metade do século XX desempenham também uma nova função, pois não se restringem mais a serem cartas políticas para organização do Estado e das relações entre este e o cidadão. As Constituições estabelecem princípios da atividade econômica, objetivos e deveres a serem concretizados por meio dela, o que relativiza o individualismo liberal oitocentista: “Assumem as Constituições compromissos a serem levados a cabo pelo legislador ordinário, demarcando os limites da autonomia privada, da propriedade e do controle dos bens. A Constituição brasileira de 1946 é um bom exemplo desta tendência, expressa nitidamente na Constituição italiana de 1948.”³⁸⁷

De certa maneira, a proteção dos desfavorecidos e a intervenção estatal na economia pretendem realizar, historicamente, a distribuição equitativa de direitos subjetivos entre as pessoas tomadas em sua dimensão concreta. Essa tendência compatibiliza-se com a noção personalista de Bem Comum, ou seja, justa distribuição de direitos subjetivos entre os cidadãos. Com esse panorama e essa nova concepção intervencionista de Estado, a legislação especial avoluma-se, excluindo do Código a regulamentação completa do Direito Civil e formando microssistemas que regulam esses espaços retirados do Código. A técnica regulatória dos microssistemas é diversa daquela dos Códigos oitocentistas.³⁸⁸

Primeiro, quanto à técnica legislativa, os microssistemas não visam apenas garantir segurança e previsibilidade jurídicas às relações econômicas. Objetivam,

³⁸⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas...*, p.7.

³⁸⁸ As características da técnica regulatória dos microssistemas são expostas nesta dissertação segundo o roteiro que pode ser encontrado em *Ibid.*, p.8-10. e SELEME, Sérgio. *op. cit.*, p.21-24. Destaque-se que diversos textos relativos ao tema da constitucionalização do Direito Civil utilizados no presente estudo foram identificados na consulta à pesquisa prévia realizada nessa última obra citada.

sobretudo, a efetivar objetivos concretos, direcionar a atividade estatal à realização de determinadas finalidades: “O legislador fixa as diretrizes da política nacional de consumo; estabelece as metas a serem atingidas no tocante à locação de imóveis urbanos; define programas e políticas públicas para a proteção integral da criança e do adolescente.”³⁸⁹ Ainda no âmbito da técnica legislativa, os microssistemas regulamentam diversas relações pela utilização de cláusulas gerais, abandonando a tipificação particularista do Código e ofertando ao aplicador do Direito maior possibilidade de decisões mais adaptadas às situações concretas.³⁹⁰

Obviamente, as cláusulas gerais têm o seu sentido normativo estabelecido pelos interesses sociais tutelados pelos microssistemas, ressystematizados pela Constituição (como adiante se mencionará). Aqui, portanto, abre-se o campo histórico para funcionalização dos direitos subjetivos aos interesses econômico-sociais: a propriedade privada tem sua função social (art. 5.º, XXIII, da Constituição Federal Pátria), as relações de família se dirigem à afetividade (art. 226, da Constituição Pátria), a economia tutela o trabalho, a livre concorrência, o consumidor etc (art. 170,

³⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas...*, p. 9.

³⁹⁰ Como no caso do princípio da boa-fé objetiva, explicitamente previsto no art. 4.º, III, e art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.), que, dentre outros aspectos, conduz à interpretação dos contratos consumeristas segundo a função econômica e a expectativa legítima concretas que eles têm e despertam em relação aos contratantes: “A nova proteção contratual assegurada através da norma de interpretação do art. 47 do CDC traz como grande contribuição o fato de não distinguir, como até então fazia a jurisprudência, entre cláusulas claras e cláusulas ambíguas. Nestes casos, a jurisprudência brasileira geralmente recorre não só ao recurso de interpretação mais favorável ao consumidor, com base no art. 47 do CDC, mas também à idéia de interpretação do contrato (teoricamente com cláusulas claras) conforme sua função econômica. Logo, as cláusulas claras serão interpretadas conforme as expectativas que aquele tipo contratual e aquele tipo de cláusula desperta nos consumidores, conforme às novas imposições da boa-fé.” (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4.ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.764-765.) Em nota de rodapé, a autora exemplifica essa interpretação da cláusula geral de boa-fé com uma decisão em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul considerou, em contrato de seguro-saúde, inaplicável a cláusula que excluía cobertura a doença crônica da qual era portador o contratante, pessoa idosa. O fundamento da decisão se assentava na expectativa legítima do consumidor quanto à finalidade econômica do contrato de seguro-saúde – preservá-lo dos riscos econômicos oriundos das doenças desenvolvidas pelo avanço da idade.

da mesma Constituição). Nesse aspecto, a funcionalização dos direitos subjetivos completa a concretização do Bem Comum personalista-cristão e, além disso, de certo modo, também está ligada à concepção personalista-cristã de que os seres humanos apenas são titulares de direitos subjetivos para realizar as suas obrigações morais; logo, funcionalizam-se esses direitos a essas obrigações.

A linguagem dos microssistemas, segunda característica, é freqüentemente desjuridicizada e importada de outros ramos do conhecimento em virtude dos avanços científicos e tecnológicos, bem como em razão da complexização da economia.³⁹¹

Um terceiro aspecto diz respeito ao modo pelo qual os microssistemas conformam as condutas, ou seja, como normalizam os comportamentos. Os microssistemas não apenas prescrevem sanções punitivas para as situações de desrespeito ao Direito, mas, em diversas situações, se valem de regras de promoção de comportamentos mediante subsídios ou redução de tributos, por exemplo.³⁹²

Como quarta característica, destaca-se que os microssistemas não tutelam apenas as situações patrimoniais, mas, sobretudo, conferem proteção a situações

³⁹¹ Veja-se, como exemplo, esses dispositivos da Lei de Biossegurança: “Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se: I – organismo: toda entidade biológica capaz de reproduzir ou transferir material genético, inclusive vírus e outras classes que venham a ser conhecidas; II – ácido desoxirribonucléico - ADN, ácido ribonucléico - ARN: material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência; (...) § 1º Não se inclui na categoria de OGM o resultante de técnicas que impliquem a introdução direta, num organismo, de material hereditário, desde que não envolvam a utilização de moléculas de ADN/ARN recombinante ou OGM, inclusive fecundação *in vitro*, conjugação, transdução, transformação, indução poliplóide e qualquer outro processo natural. (...)” (BRASIL. Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei n.º 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n.º 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n.º 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.)

³⁹² Veja-se, a título de exemplo, o Estatuto da Cidade: “Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: IV – institutos tributários e financeiros: a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU; b) contribuição de melhoria; c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros; (...)” (BRASIL. Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.)

extrapatrimoniais, preocupando-se, mesmo no campo das atividades econômicas, com a existência humana³⁹³, o que mais uma vez denota a influência do personalismo-cristão sobre o Direito.

O último aspecto refere-se à construção política dos microssistemas que se constituem de legislação setorial, pois sua origem se dá com a pressão dos grupos sociais interessados na matéria e com a negociação entre esses grupos. Não se trata de uma legislação abstrata que se dirige ao sujeito *abstrato*, mas de uma legislação concreta dirigida a *sujeitos* definidos: o locador e o locatário, o fornecedor e o consumidor, a criança e o adolescente, o idoso etc.

Por isso, a noção de microssistema está associada a uma ruptura com o sonho jurracionalista-burguês de haver apenas um Código para disciplinar todas as relações privadas, ou seja, rompe com a sonhada igualdade legislativa, falando-se em o sujeito-consumidor, o sujeito-criança, o sujeito-trabalhador, o sujeito-idoso etc. Nesse sentido, o microssistema diferencia-se, também, de uma mera legislação esparsa visto que está imbuído de uma principiologia que lhe é própria e derogatória do Código Civil, que no modelo oitocentista, estava destinado a disciplinar todo o Direito Privado:

O Direito Civil atual não se funda em uma só lei codificada; ao contrário, há muitas leis para distintos setores de atividade e de cidadãos.

A igualdade legislativa é um sonho esquecido, na medida em que as normas jurídicas são particularizadas e com efeitos distributivos precisos.

A idéia de ordenar a sociedade ficou sem efeito a partir da perda do prestígio das visões totalizadoras; o Direito Civil se apresenta antes como estrutura defensiva do cidadão e de coletividades do que como 'ordem' social.

O Código divide sua vida com outros Códigos, com microssistemas jurídicos e com subsistemas. O Código perdeu centralidade, porquanto ela se desloca progressivamente. (...)

³⁹³ O enunciado do art. 4.º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor é exemplificativo desse aspecto: “**Art. 4.º** A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...)” (BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.*)

A explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica, semelhante ao sistema planetário. Criaram-se microssistemas jurídicos que, da mesma forma como os planetas, giram com autonomia própria, sua vida é independente; o Código é como o sol, ilumina-os, colabora em suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles.³⁹⁴

Deve-se observar desde logo que essas cinco características dos microssistemas parecem implicar a superação da antinomia do Direito Moderno consistente na abstração das formas jurídicas quanto à realidade concreta. A proteção das situações existenciais, a legislação setorial e concreta e a normalização mediante cláusulas gerais permitiriam a proteção do ser humano concreto, evitando a imagem abstrata do homem dos direitos subjetivos.

Em termos mais específicos, a proteção da existência concreta empreendida pelos microssistemas consistiria no seguinte mecanismo legal: em determinadas situações consideradas relevantes, o Estado reconhece uma titularidade especial de direitos ao pólo vulnerável de relações jurídicas típicas, cuja tutela dos sujeitos – para ser considerada eficaz – não pode mais ser relegada à não-intervenção estatal e à garantia da autonomia individual daqueles.

Ao identificar essas situações de vulnerabilidade e dos interesses sociais a elas vinculados, a atividade legisferante intervém com o objetivo de equilibrar as relações jurídicas antes materialmente desiguais (protegendo, desse modo, não somente os sujeitos, cuja vontade é vulnerável, mas também os interesses sociais relacionados à proteção desse grupo de sujeitos). Uma pluralidade de leis para uma pluralidade de "sujeitos concretos": o sujeito-consumidor, o sujeito-criança, o sujeito-idoso, o sujeito-locatário etc.

É claro que essa técnica legislativa pratica uma guinada em relação aos princípios da codificação e, como já reiterado, mantém alta compatibilidade com o personalismo-cristão. Sob a vigência dos microssistemas não há mais como pensar em um Código para disciplinar todas as relações sociais de forma perene, imodificável e

³⁹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p.45.

indistinta relativamente aos seus destinatários (ruptura com a codificação). A pluralidade legislativa é, ao menos potencialmente, modificável em conformidade com os interesses sociais a serem protegidos e com os grupos vulneráveis que surgirem (compatibilidade com o personalismo-cristão).

Antes, porém, de se analisar a potencialidade desse modelo regulatório no superar a abstração do Direito Moderno em face das condições concretas da vida, é preciso afirmar que ele também problematizaria a antinomia espacial do público e do privado. Isso porque os microssistemas romperiam com o centralismo principiológico do Direito Privado, antes concentrado no Código Civil. Logo, as relações econômico-privadas não teriam mais um norte jurídico em comum, mas seriam disciplinadas segundo a principiolgia normativa do microssistema do qual aproximam-se, aplicando-se residualmente o Código Civil. No exemplo brasileiro: as relações contratuais de consumo são disciplinadas pelo Código de Defesa do Consumidor, as relações contratuais de emprego pela Consolidação das Leis do Trabalho e as relações contratuais paritárias pelo Código Civil, sendo cada um desses grupos normativos imbuídos de princípios normativos diferenciados.

No entanto, conforme antes referido, no correr do século XX, a intervenção do Estado na atividade particular não apenas se efetivou mediante os microssistemas, mas foi referendada pelas próprias Constituições que – abandonando o modelo econômico-liberal – passaram a atribuir objetivos econômicos ao Estado como organizador da sociedade econômica, para além de normatizar a organização política daquele. Ao se considerar o caráter residual e pouco abrangente do Código Civil ante a complexidade da pluralidade legislativa dos microssistemas, passou-se a se sustentar, então, que a ressystematização do Direito Civil e, em geral, do Direito Privado seria efetivada pelos princípios normativos estabelecidos nas Constituições:

Se o Código Civil mostra-se incapaz – até mesmo por sua posição hierárquica – de informar, com princípios estáveis, as regras contidas nos diversos estatutos [microssistemas], não parece haver dúvida que o texto constitucional poderá fazê-lo, já que o constituinte, deliberadamente, através de princípios e normas, interveio nas relações de direito privado,

determinando, conseguintemente, os critérios interpretativos de cada uma das leis especiais. Recupera-se, assim, o universo desfeito, reunificando-se o sistema.³⁹⁵

A Constituição torna-se o novo centro normativo do Direito Civil, ressystematizando-o e, dessa maneira, a divisão entre Direito Público e Direito Privado seria relativizada, uma vez que a Constituição – tradicional diploma normativo do Direito Público – regula aspectos da economia e do Direito Privado em geral:

..., o último preconceito a ser abandonado nessa tentativa de reunificação do Direito Civil à luz da Constituição relaciona-se à *summa divisio* do direito público e do direito privado. A interpenetração do direito público e do direito privado caracteriza a sociedade contemporânea, significando uma alteração profunda nas relações entre o cidadão e o Estado. O dirigismo contratual antes aludido, bem como as instâncias de controle social instituídas em uma sociedade cada vez mais participativa, alteram o comportamento do Estado em relação ao cidadão, redefinindo os espaços do público e do privado, a tudo isso devendo se acrescentar a natureza híbrida dos novos temas e institutos vindos a lume com a sociedade tecnológica.³⁹⁶

Sob um enfoque analítico mais profundo, parece difícil sustentar que o deslocamento tópico da regulação do Direito Civil do Código para a Constituição supere a oposição entre espaço público e espaço privado, alterando a relação entre cidadão e Estado. Isso porque a oposição entre esses espaços, sob o ponto de vista da Filosofia Política, jamais existiu na Modernidade: a antinomia entre público e privado não resulta de uma oposição; pelo contrário, resulta de uma funcionalização do público, do Estado ao privado, à atividade econômica e que se expressa pela estrutura político-jurídica dos direitos do homem posteriormente universalizada sob a denominação dos direitos subjetivos: a liberdade política identificada com a liberdade para apropriação econômica tutelada pela lei.

Ora, a chamada constitucionalização do Direito Civil – centrada na normatização constitucional dos institutos a este referentes – não modifica a tutela jurídica fundada sobre os direitos subjetivos. Ao modo do pensamento político-

³⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas...*, p.13.

³⁹⁶ *Ibid.*, p.19.

-jurídico de Maritain, a constitucionalização do Direito Civil recupera o conceito de pessoa, pretendendo reconduzi-lo ao centro do ordenamento jurídico como objeto de tutela de direitos subjetivos (estes, distribuídos equitativamente segundo o Bem Comum e funcionalizados segundo as obrigações morais do ser humano). Ao se manter a tutela do ser humano baseada nos direitos subjetivos, mantém-se a estrutura político-jurídica Moderna de funcionalização do público ao privado, reiterando a artificialidade da divisão entre esses espaços denunciada por Marx no *A questão judaica*.

Posto isso, pode-se retomar a análise do problema relativo à eventual superação que os microssistemas ressystematizados pela Constituição promoveriam quanto à antinomia Moderna da abstração do Direito em face da existência humana concreta. A proteção que as Constituições intervencionistas proporcionam à pessoa parece ser um mecanismo de esclarecimento na análise dessa eventual superação.

Como já afirmado, as Constituições intervencionistas são também elaboradas no momento do Pós-Guerra em que há uma revalorização do conceito de pessoa baseada no juízo de que as tragédias das duas grandes guerras, entre outros fatores conjunturais, estaria também associada ao humanismo antropocêntrico e à organização político-jurídica formalista e abstrata que ele ensejou. É exemplificativo o comentário de Perlingieri na descrição das influências sobre a Constituição Italiana de 1948:

Nos conceitos de ‘direitos invioláveis do homem’, de ‘pessoa’, de ‘deveres inderrogáveis de solidariedade’, aos quais o art. 2 Const. faz referência, verifica-se a influência do personalismo e do solidarismo do tipo católico e, em tal perspectiva, tenta-se reconstruir o conceito de ‘pessoa’, ou melhor, de ‘valor’ da pessoa.

No personalismo confluem as ideologias que, depois da Segunda Guerra Mundial, encontram um compromisso político nos princípios fundamentais das novas democracias ocidentais e, em parte, daquelas orientais: o espiritualismo cristão, com veias modernas e sociais, que têm dado vida ao cristianismo social moderno; o existencialismo; marxismo, recusado na sua integralidade pelo personalismo, mas apreciado pela sua substância humanista de liberação social.³⁹⁷

³⁹⁷ PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.*, p.35-36.

Esse modelo constitucional fundado sobre o valor da pessoa também é recepcionado pelo direito brasileiro que, no art. 1.º, III, da Constituição, traz como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, importante lembrar que, em texto precursor sobre a tutela constitucional da pessoa humana, antecedendo em oito anos a Constituição brasileira, Oliveira e Muniz afirmam, com base no exemplo da Constituição alemã de 1949 e da Constituição italiana de 1948, que a tutela jurídica da personalidade humana deve se pautar em uma cláusula geral. Os autores rejeitam a tutela da personalidade por meio de direitos subjetivos de personalidade tipificados e sustentam que apenas uma proteção ampla e atipificada da pessoa humana pode dar conta das necessidades da vida real:

..., a experiência dessas duas nações demonstra o caráter absolutamente insatisfatório de uma proteção fracionada, fragmentária, de direitos da personalidade, enumerados e tipificados. A tipologia que se pretende exaustiva não exaure a realidade e camufla o sentido único de toda a problemática. Dessa primeira lição pode ser extraído o corolário da extrema dificuldade de uma adequada tutela jurisdicional da personalidade humana sem a introdução, no Direito legislado, de uma cláusula geral apta a, através da concreção, fornecer a base de uma jurisprudência coerente, mas suficientemente sensível pra a solução das mais variadas hipóteses de lesão aos direitos da personalidade. Só assim encontra o Direito justificação em termos de uma vinculação com a vida real.³⁹⁸

Tepedino também aborda, já sob a vigência da carta constitucional de 1988, a necessidade de se compreender a tutela da personalidade humana sob a técnica da cláusula geral. Tanto a proteção da personalidade mediante direitos subjetivos tipificados quanto aquela realizada por meio de um direito geral da personalidade estariam, para esse último autor, atreladas a uma tutela patrimonialístico-ressarcitória

³⁹⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. p.14. É preciso destacar que os autores sustentam, nesse artigo, uma concepção jusnaturalista de pessoa, na medida em que defendem que a defesa integral da pessoa seria um valor pré-normativo. Obviamente, essa posição deve ser contextualizada com o momento político brasileiro em que o artigo foi escrito, ainda sob o regime ditatorial, e também com a influência personalista cristã muito visível nesse artigo.

típicas dos direitos subjetivos, o que seria insuficiente para tratar das situações existenciais da pessoa humana.³⁹⁹

A proteção global do ser humano apenas seria satisfatória na medida em que estivesse vinculada à cláusula geral de tutela da pessoa humana que, no direito brasileiro, encontra assento constitucional no art. 1.º, III. Isso porque, agora no entendimento de Perlingieri, a personalidade não pode ser identificada a um direito, uma vez que na tutela jurídica dela, identificam-se sujeito e objeto, configurando uma proteção orgânica e infungível do humano⁴⁰⁰. A par disso, apenas quando vista a personalidade como valor que informa globalmente o ordenamento jurídico, ou seja, apenas quando vista como cláusula geral, é possível uma proteção elástica⁴⁰¹, isto é, adaptada às circunstâncias da existência concreta.⁴⁰²

No entanto, é interessante observar que Oliveira e Muniz identificam o direito geral de proteção da personalidade à cláusula geral de tutela da personalidade, e, o que é mais importante, em paralelo ao pensamento maritainiano, defendem que a tutela jurídica da personalidade apenas é efetiva caso associada à afirmação dos direitos

³⁹⁹ Refere-se ao seguinte artigo: TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. p.23-54. Nesse, encontra-se discussão envolvendo a construção da doutrina dos direitos da personalidade, perpassando pelas posições negativistas e, após, o debate acerca da tipificação dos direitos personalidade ou a utilização da técnica monista do direito geral da personalidade. Ao final, o autor sustenta a insuficiência desses dois últimos mecanismos, defendendo a proteção da personalidade através da técnica da cláusula geral.

⁴⁰⁰ Perlingieri assim define a titularidade orgânica da situação jurídica: “Estas situações ligadas organicamente ao titular, ditas situações *intuitu personae*, estabelecem um liame tão estreito com um sujeito, que encontram exclusivamente naquele liame a sua razão de ser, a sua função. A titularidade orgânica encontra aplicação sobretudo no setor das situações existenciais (...), principalmente, nos direitos fundamentais da pessoa.” (PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.*, p.109.)

⁴⁰¹ Sobre a definição da tutela elástica da personalidade: “No caso da pessoa humana, elasticidade significa a abrangência da tutela, capaz de incidir a proteção do legislador e, em particular, o ditame constitucional de salvaguarda da dignidade humana a todas as situações, previstas ou não, em que a personalidade, entendida como valor máximo do ordenamento, seja o ponto de referência objetivo.” (TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. p.49.)

⁴⁰² PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.*, p.155-156.

subjetivos. Nas palavras dos autores, a negação dos direitos subjetivos esvazia a tutela da pessoa:

O direito ao respeito que resulta para a comunidade jurídica e sua ordem constitui o direito geral da personalidade e é o fundamento da necessidade de reconhecer direitos subjetivos em geral.

Na verdade, a negação do **direito subjetivo** assinala o começo do esvaziamento da noção da pessoa, em uma evolução que vai de Duguit a Kelsen, como entre nós demonstrou Mata-Machado. Esse conteúdo, sobre o qual o Direito Civil, em particular, foi e permanece construído, noção fundamental do Direito Privado contemporâneo, responde a sentimentos muito profundos, dentre os quais o do respeito à pessoa humana.⁴⁰³

Cabe uma observação crítica: como ficou patente no Capítulo II, a idéia de direito subjetivo conforma uma noção jurídica abstrata de ser humano. Assim, para dar concretude ao Direito, parece ser insuficiente *repersonalizar* o Direito por meio da cláusula geral de proteção da dignidade da pessoa humana e, simultaneamente, reiterar a utilidade dos direitos subjetivos, tal como o faz o pensamento personalista de Maritain. Como enfatizado em todo o texto, a tutela fundada sobre os direitos subjetivos – ainda que associada ao Bem Comum e às obrigações morais da humanidade – parece não ser capaz de fornecer, de modo efetivo, concretude, no plano do Direito, à diversidade da existência humana.

No caso do ordenamento brasileiro, essa mesma crítica dirigida à ressystematização do Direito e à tutela da dignidade da pessoa humana, somada à da funcionalização do Estado à atividade econômica, pode ser remetida ao novo Código Civil⁴⁰⁴. Antes, porém, de examinar-se esse tema, faz-se necessário compreender-se as características gerais desse novo Código. Este, diversamente do oitocentista de 1916, posiciona-se no contexto da constitucionalização e da repersonalização do Direito Civil. Nesse sentido, o Código vigente assume quatro diretrizes básicas, que o

⁴⁰³ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. p.18.

⁴⁰⁴ BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

diferenciam do anterior: sistematicidade, operabilidade, eticidade e socialidade.⁴⁰⁵

A sistematicidade é assumida de modo diverso daquele imaginado para os Códigos oitocentistas. O Código vigente não tem a pretensão de regular de maneira casuísta toda a realidade humana. O sistema do atual Código é, nas palavras de Martins-Costa, um sistema aberto, pelo qual a disciplina das relações humanas é instrumentalizada por conceitos abertos, cláusulas gerais⁴⁰⁶, que permitem a sua integração semântica pela jurisprudência, e pelo reconhecimento da possibilidade de *leis aditivas*⁴⁰⁷ regularem aspectos mais específicos da vida concreta.

Portanto, a sistematicidade do atual Código Civil pátrio não implica a ambicionada completude do oitocentista. Ao contrário, o sistema aberto reconhece seus “vazios normativos”, possibilitando que sejam preenchidos mediante a tarefa interpretativa, que integre as normas do Código com o *espírito* do ordenamento. Essa tarefa é alcançada por dois caminhos: pela absorção do caso concreto pela amplitude semântica das cláusulas gerais e (ou) pela integração das disposições do Código com as demais normas do sistema (como na definição da função social da propriedade prevista no art. 1.228, 1.º, do atual Código Civil, que, para ressaltar o seu sentido, deve ser integrada, por exemplo, com os arts. 182, § 2.º, e 186, ambos da Constituição Federal).⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O conteúdo do novo código em suas diretrizes fundamentais. In: _____. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.131.

⁴⁰⁶ O conceito de cláusula geral será melhor delineado a seguir, no estudo analítico acerca da tutela da dignidade da pessoa humana.

⁴⁰⁷ Como afirma Martins-Costa e Branco, a expressão é de Miguel Reale, Presidente da Comissão que redigiu o Anteprojeto do atual Código Civil, para significar que o Código reconhece sua abertura a leis que o complementem na disciplina de campos da vida mais suscetíveis a mudanças constantes. Cf. MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *op. cit.*, p. 93, nota 24.

⁴⁰⁸ “Por isso é que sua inspiração por vezes aproxima-se da estrutura constitucional, que requer leis complementares, bem como da sua linguagem, farta em modelos jurídicos abertos. Como já tive oportunidade de escrever, um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.” (*Ibid.*, p. 118.)

A diretriz operacional do atual Código Civil manifesta-se, basicamente, em dois planos. Um, pelo refinamento dogmático no trato de alguns institutos que, na vigência do Código anterior, eram tratados de forma complexa e que, por isso, geravam problemas práticos (como, por exemplo, o tratamento expressamente diferenciado da prescrição e da decadência no novo Código, enquanto, no antigo, esses institutos eram mesclados).⁴⁰⁹ Outro, que se relaciona com as diretrizes da eticidade e da socialidade, pela busca do tratamento das situações concretas, pela busca do plano da concretude. Assim, o Código Civil vigente é permeado de cláusulas gerais, verdadeiros modelos normativos abertos que permitiriam a disciplina da vida concreta, adaptando a disposição codificada a cada situação específica que se apresenta, pretendendo-se evitar “...os males da inflação legislativa e da rigidez que, marcando o modelo dos Códigos oitocentistas, ensejaram o seu distanciamento do ‘direito vivente’.”⁴¹⁰

No sentido dessa dimensão da operabilidade, o Código é inspirado pela diretriz da eticidade (da concretude à “ética da situação”, na expressão de Martins-Costa e Branco⁴¹¹), visando reconhecer a diversidade e pluralidade da vida concreta na tarefa de discipliná-la. “Por isso o apelo, tantas vezes feito na nova Lei Civil, aos ‘usos do lugar’ às ‘circunstâncias do caso’, à ‘natureza da situação’, para permitir ao aplicador do Direito descer do plano das abstrações ao terreno por vezes áspero do concreto.”⁴¹² A diretriz da eticidade, então, revelaria a tutela da pessoa como centro do ordenamento civil, que, por sua vez, ilumina a proteção da comunidade:

As regras jurídicas jamais são um ‘dado’, antes constituindo um ‘construído’ por realizarem-se sempre na história, consubstanciando, assim, uma das privilegiadas dimensões da cultura.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 109.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p.122.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 123.

⁴¹² *Id.*, p.123

Se esta afirmação é correta para o Direito em sua integralidade, sua adequação ressalta particularmente no Direito Civil, que é o Direito das pessoas que vivem na *cive*, traçando as regras aplicáveis às pessoas enquanto pessoas, dos ‘homens enquanto homens’, os quais se relacionam, no entanto, em necessária comunidade.⁴¹³

A eticidade que se apresenta na tutela da pessoa dirige-se, como visto, para a comunidade. Logo, o Código vigente objetiva a proteção valorativa dessa esfera mais ampla em que se manifesta a pessoa, revelando assim a sua diretriz de socialidade. A inserção dos institutos da lesão (art. 157) e do estado de perigo (art. 156) como causas de anulabilidade dos negócios jurídicos exemplificam essa preocupação com a eticidade⁴¹⁴ e correção no tráfego jurídico e, sobretudo, com a solidariedade e paz social. A par disso, a funcionalização social da propriedade (art. 1228, § 1.º) e do contrato (art. 421), assim como o dever geral de boa-fé e de diligência no tráfego jurídico-contratual (art. 422), positivados no atual Código, atestam essa pretensão solidarista e antiindividualista, que o diferencia do Código de 1916, remetendo-o, na visão de Martins-Costa e Branco, para instrumentalizar a diretriz constitucional da solidariedade social (art. 3.º, I e III, da Constituição Federal).⁴¹⁵

Apesar dos avanços do Código Civil vigente em relação ao de 1916, que tinha clara perspectiva individualista e patrimonialista, não parece ser possível sustentar, como já dito, que aquele esteja apto a superar as antinomias do sujeito de direito e da juridicidade Moderna. Primeiro, porque o novo Código Civil não prescinde da tutela geral e abstrata do ser humano por meio da noção de capacidade civil igualitária e universal. Assim, é razoável afirmar que, por mais que a tutela do atual Código utilize-se de conceitos abertos, estes jamais terão a concretude capaz de romper com a

⁴¹³ *Ibid.*, p. 131. Interessante observar que as expressões “pessoa” e “necessária comunidade”, que se apresentam no texto citado, remetem a uma perspectiva personalista. Contudo, ao citar a expressão ‘homens enquanto homens’, os autores remetem, em nota de rodapé, à obra *De cive* (Do cidadão), de Thomas Hobbes, cujo modelo de organização de vida que decorre de seu pensamento é combatido pelos personalistas porque o consideram contrário aos fins da pessoa.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p.102-107.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 144.

abstração do Direito em face da vida concreta. Segundo, porque a tutela jurídica trazida pelo Código também baseia-se sobre as noções de segurança jurídica e de direito subjetivo, o que configura, necessariamente, abstração na dinâmica dessa tutela⁴¹⁶ e, simultaneamente, configura a antinomia da funcionalização do Estado ao modo capitalista de produção (conforme já demonstrado no Capítulo II).

A análise crítica realizada acerca da ressystematização do Direito e da sua repersonalização (contexto em que se insere o Código Civil vigente), até este momento, porém, ateve-se à perspectiva conceitual e estrutural, fazendo-se necessário, para maior consistência teórica da crítica, realizar-se o exame acerca da funcionalidade dos conceitos. Dessa maneira, apenas mediante a análise da prática jurídica associada ao conceito de dignidade da pessoa humana parece ser possível verificar se o conceito rompe com a antinomia da abstração do Direito Moderno. Do mesmo modo, considerando-se que no ordenamento brasileiro a dignidade da pessoa humana é prescrição constitucional, apenas essa análise poderá demonstrar se a prática constitucional rompe com a antinomia Moderna entre os espaços público e privado, que consiste na funcionalização do Estado à economia capitalista.

1.4 À GUIZA DE FINALIZAÇÃO

A codificação representa o cume do Direito Moderno e, portanto, representa também o ápice das antinomias deste. O Código Civil oitocentista, ao almejar a segurança jurídica, demonstra a sua luta contra a contingência da realidade humana. Se o Código se dirige ao indivíduo humano, não é a qualquer indivíduo: é aquele universalizado segundo os parâmetros do homem burguês (ou, como no caso do Código Civil Brasileiro de 1916, do homem proprietário agrário). Como já visto no

⁴¹⁶ A abstração do Código, necessária para efetivar a segurança jurídica, é reconhecida, inclusive, por Martins-Costa e Branco: “O Código Civil é polarizado, é certo, pela diretriz sistemática, que assegura a sua unidade lógica e conceitual, o que visa assegurar um *minimum* de segurança jurídica pela regulação coordenada dos comportamentos sociais desenvolvidos na esfera privada.” (*Ibid.*, p.117).

caso dos protestantes do Parecer de Portalis, essa universalização sempre pode conduzir a uma normalização, a um controle dos comportamentos daqueles indivíduos que não se enquadram no modelo legal. Nisso, os Códigos oitocentistas manifestam, exemplarmente, a antinomia da abstração do Direito diante das situações existenciais concretas.

Contudo, para além de ensejarem a normalização comportamental e serem dotados de estética racional e sistemática, os Códigos oitocentistas velam o sujeito de direito como hipóstase da atividade econômica capitalista e, com isso, negam a contingência da diversidade humana. Compreende-se, assim, que essa negação é também veículo para assegurar a eficiência das relações econômicas do modo capitalista de produção. Por isso, a abstração que concretiza a segurança jurídica não expressa apenas um anseio racionalista, mas, em acréscimo, expressa a funcionalização do Estado à economia.

O modelo do Direito Moderno – e por extensão, o do Direito codificado – sofre, no curso do século XX, severas críticas inspiradas pelo personalismo cristão. Essa corrente filosófica procura criticar o modelo civilizatório Moderno a partir da mística da comunhão das pessoas cristãs. Com isso, insere-se na crítica ao Direito Moderno a ausência da proteção à pessoa e à sua dignidade.

A abordagem do pensamento de Maritain serve à presente dissertação para compreender o sentido do princípio da dignidade humana em um ordenamento jurídico que afirma a função dos direitos subjetivos. Trata-se de princípio que visa resgatar a sociabilidade humana e incarná-la no Mundo do Direito, pretendendo redefinir o conceito de direito subjetivo. A concretização das idéias de Maritain conduziriam à ruptura com a antinomia entre público e o privado, entre o homem e o cidadão, da funcionalização do Estado ao modo capitalista de produção, pois a idéia de *bem comum* eliminaria essas oposições infundáveis. Ao mesmo tempo, a partir da reiteração da noção de *pessoa humana*, é nítida a tentativa de eliminar a abstração do sujeito de direito – como titular de direitos subjetivos – em face da realidade das relações

humanas. É por isso que, para Maritain, os direitos subjetivos servem às necessidades reais e morais do ser humano e não correspondem apenas a poderes de vontade, tal como elaborou o humanismo Iluminista.

Na linha do pensamento maritainiano, a inserção da pessoa como centro do ordenamento jurídico consiste no fenômeno denominado repersonalização do Direito que, no Brasil, é associado à constitucionalização do Direito Civil. Esta traduz a ressystematização do direito positivo estatal e, portanto, também da legislação civil, em função das normas constitucionais e dos valores por elas veiculados.

A repersonalização do Direito objetiva superar as antinomias do Direito Moderno e, por isso, ensejaria mudanças na estrutura da subjetividade jurídica de maneira a tutelar, efetivamente, as situações existenciais concretas e, simultaneamente, eliminaria a funcionalização do Estado à economia. Contudo, a ressystematização repersonalista não prescinde dos modelos basais do Direito Moderno: a pretendida tutela tópica baseada em microssistemas não altera o modelo jurídico-estatal da lei civil e, ao mesmo tempo, a inserção da pessoa como referência do ordenamento não rompe com a tutela jurídica fundada sobre os direitos subjetivos. Assim, tudo aponta para que a ressystematização repersonalista não supere as antinomias da subjetividade jurídica Moderna. No Brasil, essa mesma crítica pode ser direcionada ao atual Código Civil, apesar de suas diretrizes fundamentais constituírem avanços em relação ao anterior.

Estabelecidos esses pontos de síntese, pode-se, sob o enfoque dinâmico-funcional desta dissertação, analisar a prática jurídica, ou seja, alguns exemplos do modo pelo qual os Tribunais reconhecem os efeitos da dignidade da pessoa humana na solução dos litígios a eles apresentados. Apenas desse modo torna-se possível analisar de maneira efetiva e completa as potencialidades da defesa da dignidade da pessoa humana como instrumento de ruptura com o humanismo antropocêntrico e com as antinomias do Direito Moderno.

2 A PROBLEMATIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como se observou ao percorrer os argumentos dos autores que sustentam o Direito Civil-Constitucional, parece haver um forte otimismo quanto às potencialidades renovadoras do conceito de dignidade da pessoa humana. Assim como Maritain defende a recuperação da pessoa como forma de superar a tragédia do humanismo antropocêntrico, a repersonalização do Direito Civil seria responsável por uma tutela concreta do ser humano e por uma superação da diversidade entre os espaço público e privado no plano jurídico. No entanto, ao se ter demonstrado que a perspectiva repersonalista não prescinde dos elementos estruturantes do Direito e da subjetividade Modernos, considera-se relevante a problematização das expectativas repersonalistas que contornam a dignidade da pessoa humana no sentido da sua potencialidade superadora das antinomias do Direito Moderno.

Para o primeiro passo nessa problematização, há de se estabelecer que a dignidade da pessoa humana não é um conceito unívoco e, portanto, é dotado de sentido relativo. Para tanto, em continuidade com a perspectiva dinâmica da dissertação, far-se-á uso da comparação entre uma decisão do Conselho de Estado Francês e outra da Corte de Cassação Francesa. Em ambas as situações, a dignidade da pessoa humana apresenta-se como centro normativo de referência para a decisão, sendo que o sentido normativo da dignidade da pessoa humana é diverso em cada uma das decisões, o que denota um certo relativismo conceitual: para o Conselho de Estado, a dignidade da pessoa humana afasta-se dos direitos do homem e dos direitos subjetivos e, para a Corte de Cassação, mantém-se a associação.

Esse relativismo da dignidade da pessoa humana estaria vinculado à tutela elástica que essa promoveria, tal como se mencionou anteriormente e tal como sustenta Edelman (como se verá na seqüência), possibilitando uma tutela jurídica adaptada ao caso concreto. Contudo, o relativismo conceitual pode dar origem a soluções contraditórias entre si, o que aponta para a idéia de que a dignidade da pessoa

humana é insuficiente para efetivar a tutela jurídica, ou seja, dar soluções jurídicas satisfatórias.

Para além dessa insuficiência, é preciso demonstrar que, ao manter os elementos estruturantes do Direito Moderno, a dignidade da pessoa humana reproduz a funcionalidade dessa base antinômica: a funcionalização do Estado à economia capitalista e a abstração da tutela jurídica das situações existenciais concretas. Para esse segundo enfoque, será analisada recente decisão de Tribunal Pátrio que determinou a extensão da proteção previdenciária a companheiros homossexuais em comparação com o Parecer de Portalis acerca do casamento entre protestantes na França Absolutista. A comparação justifica-se porque ambas as situações tratam de questões assemelhadas e em momentos com uma diversidade importante.

Quanto à semelhança, ambas tratam da discussão acerca da tutela jurídica de situações existenciais que, a princípio, o direito positivo estatal ignora. Em relação ao momento, o Parecer de Portalis trata do casamento dos protestantes em tempos de consolidação do Direito Moderno e a decisão sobre as uniões homossexuais é prolatada em tempos de pretensa revisão desse Direito Moderno a partir da dignidade da pessoa humana e da ressystematização do direito estatal.

2.1 A INSUFICIÊNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Nessa toada repersonalista, cabe dar relevo ao estudo de Edelman acerca do conceito de dignidade da pessoa humana e problematizá-lo para o fim de caracterizar, inicialmente, o relativismo desse conceito e a sua insuficiência para superar as antinomias da Modernidade jurídica.

Edelman afirma que a dignidade da pessoa humana é um conceito novo que, na França, teve sua formulação associada às questões relativas aos julgamentos dos crimes contra a humanidade e à biomedicina.⁴¹⁷ A novidade do conceito não estaria

⁴¹⁷ EDELMAN, Bernard. **La personne en danger**. p.506.

ligada à sua recente formulação, mas na sua diferença à tradicional proteção da personalidade praticada pelos direitos do homem.⁴¹⁸

Os direitos do homem, para Edelman, estão associados à proteção do indivíduo contra o poder e, sobretudo, contra o poder do Estado. Os direitos do homem, então, são uma forma de organização e proteção jurídica da liberdade do indivíduo humano o que, por consequência, conduz a uma representação de que a sociedade seja formada por indivíduos livres e iguais entre si, ainda que não o sejam (por isso, utilizou-se nesse estudo a expressão “indivíduo universalizado”).⁴¹⁹ A par disso, essa representação faz do indivíduo universalizado o centro do Direito. Esses são os elementos da Filosofia Política Moderna de base hobbesiana.

Já a dignidade da pessoa humana, segundo Edelman, implicaria uma visão renovada, pois ela não traduz uma representação do Direito centrada sobre o indivíduo, mas conduz a uma representação centrada sobre qualidade de pertencimento comum dos seres humanos: a idéia de humanidade. Assim, a liberdade, que é restrita aos indivíduos, é a essência dos direitos do homem, enquanto a dignidade, que ultrapassa as qualidades individuais, é a essência da humanidade:

Enquanto que o homem dos direitos do homem representa, juridicamente, o indivíduo universal em sua liberdade universal, e põe então em cena um processo de identificação, a humanidade não permite um tal modo de representação. Ela se apresenta como a reunião simbólica de todos os homens naquilo que os é comum, vale dizer, a qualidade de seres humanos. Em outros termos, ela é aquilo que permite o *reconhecimento* de um pertencimento ao mesmo ‘gênero’: o gênero humano.

Quanto à *dignidade*, ela não é outra coisa que a qualidade desse pertencimento. Se todos os seres humanos compõem a humanidade, é porque todos eles têm essa mesma qualidade de dignidade no ‘plano’ da humanidade; nós dizemos que eles são todos humanos e dignos de ser.

Colocada no centro de uma ordem jurídica, longe de comandar uma identificação, a

⁴¹⁸ Nota-se, nesse ponto, a diferença em relação ao pensamento de Maritain, para quem há complementariedade entre dignidade da pessoa humana e direitos do homem, o que, em grande medida, é albergado pela doutrina brasileira.

⁴¹⁹ EDELMAN, Bernard. **La personne en danger**. p.507-508.

humanidade instrumentaliza um reconhecimento. Em duas palavras, se a liberdade é a essência dos direitos do homem, a dignidade é a essência da humanidade.⁴²⁰

Como exemplo da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, Edelman traz a decisão do Conselho de Estado Francês acerca do arremesso do anão.⁴²¹ Trata-se de decisão pela qual o Conselho de Estado posicionou-se pela legalidade de a prefeitura de *Aix-en-Provence* interditar um espetáculo que era ofertado em um determinado estabelecimento, pelo qual arremessava-se um anão sobre um colchão pneumático.

A decisão considerou que o espetáculo podia ser interdito pela prefeitura porque ele ofendia a dignidade da pessoa humana, que, nos termos da decisão, seria princípio que compõe o conceito de ordem pública. Note-se que o anão arremessado era remunerado contratualmente para prestar esse serviço de divertimento. Porém, a decisão do Conselho de Estado considerou que mesmo com o consentimento do anão, o espetáculo devia ser interdito porque a liberdade individual não pode ser oponível à dignidade da pessoa humana uma vez que esta ultrapassa a esfera da individualidade e diz respeito ao plano transpessoal da humanidade:

Considerando que a atração “arremesso de anões” consistente em arremessar um anão sobre os espectadores implica utilizar como projétil uma pessoa afetada por uma deficiência física e apresentada como tal; que, por seu objeto mesmo, esse espetáculo carrega consigo um atentado à dignidade da pessoa humana;

⁴²⁰ Tradução livre de: “*Alors que l’homme des droits de l’homme représente, juridiquement, l’individu universel dans sa liberté universelle, et met donc en scène un processus d’identification, l’humanité ne permet pas un tel mode de représentation. Elle se présente comme la réunion symbolique de tous les hommes dans ce qu’ils ont de commun, à savoir leur qualité d’êtres humains. En d’autres termes, elle est ce qui permet la reconnaissance d’une appartenance à un même ‘genre’: le genre humain. Quant à la dignité, elle n’est autre que la qualité de cette appartenance. Si tous les êtres humains composent l’humanité, c’est qu’ils ont tous cette même qualité de dignité dans le ‘plan’ de l’humanité; nous disons qu’ils sont tous humains et dignes de l’être. Mise au centre d’un ordre juridique, loin de commander une identification, l’humanité instruit une reconnaissance. En deux mots, si la liberté est l’essence des droits de l’homme, la dignité est l’essence de l’humanité.*” (Ibid., p. 508-509.)

⁴²¹ FRANÇA. Conseil d’Etat. Lecture du 27 du octobre 1995. Contentieux n. 143.578. VILLE D’AIX-EN-PROVENCE e Fun Production, M. Wackenheim. Relatora: Mlle. Laigneu. 27 out. 1995. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/Aspad/UnDocument?base=JADE&nod=JGXCX1995X10X0000043578>>. Acesso em: 15 set. 2005.

que a autoridade investida do poder de polícia municipal poderia, desde logo, interditar mesmo na ausência de circunstâncias locais particulares e ainda que as medidas de proteção tivessem sido tomadas para garantir a segurança da pessoa em causa e que esta se prestasse livremente a essa exibição contra remuneração;⁴²²

Nesse sentido, como ressalta Edelman, o Conselho de Estado afastou o argumento do anão que sustentava que o trabalho por ele desempenhado lhe permitia adquirir uma posição social e proibi-lo de realizar o trabalho atentaria contra a sua dignidade. Segundo o Conselho, como a dignidade da pessoa humana ultrapassa o âmbito da individualidade, a avaliação pessoal do anão não teria qualquer relevância jurídica quanto à tutela da dignidade da pessoa humana.⁴²³ Ao retirar a questão do âmbito da liberdade individual, a decisão do Conselho de Estado, na visão de Edelman, romperia com a lógica dos direitos do homem e teria estabelecido a solução do problema no plano da humanidade:

... a dignidade está ‘fora do comércio’, assim como o corpo ou os embriões humanos. Não é concebível que se possa renunciar à dignidade e essa renúncia, assim se pretende, seria gravada de nulidade. O sentido profundo dessa decisão é, então, claro; um indivíduo não pode excluir dele mesmo a humanidade; seu consentimento é de qualquer modo subordinado à sua qualidade de ser humano. Em duas palavras, um homem não é *livre* para renunciar à sua qualidade de homem.⁴²⁴

⁴²² Tradução livre de: “*Consideránt que l’attraction de ‘lancer de nains’ consistant à faire lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d’un handicap physique et présentée comme telle; que, par son objet même, ce spectacle porte atteinte à la dignité de la personne humaine; que l’autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, l’interdire même en l’absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition contre rémunération;*” (FRANÇA. Conseil d’Etat. Lecture du 27 du octobre 1995. Contentieux n. 143.578. VILLE D’AIX-EN-PROVENCE e Fun Production, M. Wackenheim. Relatora: Mlle. Laigneu. 27 out. 1995. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/Aspad/UnDocument?base=JADE&nod=JGXCX1995X10X0000043578>>. Acesso em: 15 set. 2005.

⁴²³ EDELMAN, Bernard. **La personne en danger**. p. 512.

⁴²⁴ Tradução livre de: “... *la dignité est ‘hors commerce’, tout comme le corps ou les embryons humains. Il n’est pas concevable qu’on puisse y renoncer et, le voudrait-on, cette renonciation serait frappée de nullité. Le sens profond de cette décision est donc clair; un individu ne peut s’exclure, de lui-même, de l’humanité; son consentement est en quelque sorte subordonné à sa qualité d’être humain En deux mots, un homme n’est pas libre de renoncer à sa qualité d’homme.*” (Ibid., p.512-513.)

Antes de se problematizar o relativismo conceitual da dignidade da pessoa humana, pode-se perceber, nessa decisão do “arremesso de anão”, ao menos um aspecto da presença das antinomias do Direito Moderno. Ora, a dignidade da pessoa humana, associada ao universalismo da noção de Humanidade, acaba por ensejar uma decisão que desconsidera os interesses concretos e existenciais do anão: este é submetido à norma abstrata da dignidade da pessoa humana de maneira que, parafraseando Edelman, o anão, na qualidade de sujeito, não é livre para deixar de ser sujeito. O anão, portanto, em sua existência concreta, é, em virtude de um conceito abstrato de dignidade da pessoa humana, submetido a um padrão normativo.

No entanto, ainda que fosse dotado dessa característica de ruptura com os direitos do homem e com as antinomias do Direito Moderno, o próprio Edelman reconhece que o princípio da dignidade da pessoa humana não é unívoco e sustenta que deve ele ser amplo o suficiente para abranger a generalidade das situações, evitando-se a posição dogmática da boa ou má aplicação do princípio normativo.⁴²⁵

Por outro viés, Edelman afirma que a elasticidade conceitual da dignidade da pessoa humana poderia acarretar a perda da eficácia dela. Ainda assim, segundo Edelman, essa elasticidade conceitual permite justamente que o Direito vislumbre os casos concretos, iluminando as sombras e estabelecendo ligações entre situações que pareciam desconexas (como no caso do anão que, segundo o autor, o conceito de ordem pública seria explicitado e integrado pelo princípio da dignidade da pessoa humana no caso concreto).

No entanto, a elasticidade normativa do conceito de dignidade da pessoa humana pode resultar na relativização desse princípio normativo. Para exemplificar essa situação, valer-se-á de comentário a uma decisão da Corte de Cassação Francesa. Como se notará, nessa decisão, o princípio da dignidade da pessoa humana está associado à noção de direitos subjetivos (coadunando com os autores do Direito Civil

⁴²⁵ *Ibid.*, p.509-510.

Constitucional e divergindo de Edelman – o que já denota a relatividade do conceito) e pode dar ensejo a decisões contraditórias entre si (o que radicaliza a relatividade conceitual).⁴²⁶

O julgamento versou sobre o seguinte caso: uma mulher grávida e com sintomas de rubéola realizou exame para verificar se tinha contraído rubéola durante a gravidez, o que transmitiria ao feto a doença, ocasionando o nascimento de uma criança com Síndrome de Gregg. A mulher, por sua vez, havia dito ao seu médico que, caso houvesse alguma probabilidade da criança nascer com essa síndrome, ela interromperia a gestação por meio de aborto, o que era permitido pela legislação francesa. Esclarece-se que a síndrome manifesta-se em “... lesões auditivas (surdez),

⁴²⁶ Na terminologia de English, a dignidade da pessoa humana seria uma norma cuja expressão legislativa oferta certa autonomia do órgão aplicador do Direito na construção do sentido da norma. Trata-se de uma manifestação do Direito dos Juristas. English distingue quatro modos pelos quais há esse tipo de expressão legislativa: os conceitos jurídicos indeterminados, os conceitos normativos, os conceitos discricionários e as cláusulas gerais. Conforme já mencionado, a doutrina nacional costuma identificar o princípio da dignidade da pessoa humana como uma cláusula geral de tutela da personalidade. Por isso, destaca-se o conceito de English acerca da cláusula geral: trata-se de elaboração de hipótese legal cuja técnica se opõe a uma previsão casuística das situações reais, podendo abranger indeterminação (conteúdo e extensão incertos), normatividade (o volume normativo da cláusula dependeria de ser preenchido por um ato de valoração do órgão aplicador) e (ou) discricionariade (dentre as alternativas legais possíveis, a escolha pessoal do órgão aplicador do Direito é suporte fático da incidência da norma jurídica). English, porém, releva a raridade de cláusulas gerais discricionárias, uma vez que a valoração da cláusula geral em relação ao caso concreto é, na maioria das vezes, praticada de modo objetivo, não havendo delegação de discricionariade ao aplicador do Direito. Cf. sobre o tema, ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p.205-255. No Brasil, SARLET também sustenta que a dignidade da pessoa humana é um conceito aberto, considerando inadequado conceituá-la de maneira fixista, ainda mais em uma ordem jurídica pertinente a uma sociedade democrática. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 105. Destaca-se que, nessa obra, o autor sustenta posição diversa da de Edelman e mais coadunante com a corrente do Direito Civil-Constitucional ao associar, ainda que de maneira relativa, a dignidade da pessoa humana aos direitos fundamentais: “O que se pretende com os argumentos ora esgrimidos é demonstrar que o princípio da dignidade da pessoa humana pode, com efeito, ser tido como critério basilar – mas não exclusivo – para a construção de um conceito material de direitos fundamentais. Além disso, abstraindo-se, por ora, os demais referenciais a serem analisados, é preciso ter sempre em mente que determinada posição jurídica fora do catálogo, para que efetivamente possa ser considerada equivalente, por seu conteúdo e importância, aos direitos fundamentais do catálogo, deve, necessariamente, ser reconduzível de forma direta e corresponder ao valor maior da dignidade da pessoa humana.” (*Ibid.*, p.117.)

oculares (até mesmo a cegueira), cardíacas e mentais”⁴²⁷.

Realizado o exame em laboratório especializado, o médico comunicou o resultado do exame à mulher, informando que não haveria risco de a criança nascer com a Síndrome de Gregg. Contudo, a criança desenvolveu a síndrome. Por conta disso, os pais da criança propuseram uma ação indenizatória contra o médico, o laboratório e as entidades seguradoras de ambos. A ação foi movida de tal maneira que o pai e a mãe requereram uma indenização em nome próprio e outra em nome da criança, representada pelo pai. Nas instâncias inferiores à Corte de Cassação, ficou definido que o médico e o laboratório cometeram uma falha na análise das amostras do exame, sendo que a existência, ou não, dessa falha não foi apreciada pela Corte de Cassação, tendo sido um pressuposto do julgamento realizado por esta. A Corte de Cassação, no que é pertinente ao presente estudo, restringiu-se a examinar se a falha do médico e do laboratório poderia ensejar o dever de responsabilizá-los não apenas pelos danos sofridos pelos pais da criança, mas pelos danos sofridos pela própria criança em virtude da referida síndrome.

A decisão atacada perante a Corte de Cassação foi prolatada em 5 de fevereiro de 1999 pela Corte de *Orléans* e compreendia que o médico e o laboratório não poderiam ser responsabilizados pelos danos causados à criança em virtude da Síndrome. Isso porque a síndrome teria como única causa a transmissão da rubéola da mãe para a criança, sendo irrelevante a falta cometida pelo médico e pelo laboratório na causação dos danos sofridos pela criança em decorrência da síndrome. A par disso, a decisão atacada considerava que a criança não podia se prevalecer da decisão dos seus pais quanto à interrupção da gravidez pelo aborto porque não existe titularidade sobre um suposto direito de nascer:

⁴²⁷ Tradução livre de: “... *lésions auditives (surdité), oculaires (allant jusqu’à la cécité), cardiaques et mentales.*” (FRANÇA. Cour de Cassation. Arrêt du 17 novembre 2000. Pourvoir n. 99-13.701. M. P... (*agissant tant en son nom personnel qu’en sa qualité d’administrateur légal des biens de son fils mineur Nicolas*), Mme P... e Mutuelle d’assurance du corps sanitaire français, M. X..., la Mutuelle des pharmaciens, le Laboratoire de biologie médicale d’Yerres, la Caisse primaire d’assurance maladie de l’Yonne. Relator: M. Pierre Sargos. Disponível em: <<http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-13701rap.htm>>. Acesso em: 13 set. 2005.)

- Nicolas [a criança], que não tinha qualquer chance de vir ao mundo normal ou com uma deficiência menor, apenas podia nascer com as dolorosas conseqüências imputáveis à rubéola em relação à qual a falha dos especialistas é estrangeira, ou desaparecer em virtude de uma interrupção voluntária da gravidez cuja decisão pertence apenas aos seus pais e não constitui um direito do qual possa se prevalecer;
- que a única conseqüência ligada à falta dos especialistas é o nascimento da criança;
- que se um ser humano é titular de direitos desde a concepção, ele não possui o direito de nascer ou de não nascer, de viver ou de não viver; que, assim, seu nascimento ou a supressão de sua vida, não pode ser considerada como uma fortuna ou como uma desgraça da qual ele possa tirar conseqüências jurídicas;⁴²⁸

Na análise da responsabilidade civil do médico e do laboratório pela Corte de Cassação, é identificado o nexos de causalidade entre a conduta culposa destes com os prejuízos sofridos pela criança consistentes na deficiência oriunda da Síndrome de Gregg. O argumento centra-se na idéia de que o médico e o laboratório tinham a obrigação contratual de prestar a correta informação necessária para que a mãe decidisse pelo aborto. Segundo a Corte de Cassação, o fornecimento da informação médica incorreta teria como conseqüência direta a deficiência da criança. É certo que se a informação tivesse sido correta, a criança não teria nascido; porém, no exame do nexos de causalidade, é inafastável a conclusão de que a deficiência não teria ocorrido caso a informação prestada tivesse sido correta.

Não haveria mais vida, mas essa conseqüência – que releva temíveis dificuldades éticas e jurídicas que nós abordaremos na última e mais importante parte dessa reflexão – não tem qualquer relevância quanto à apreciação do nexos de causalidade entre a falta cometida pelo

⁴²⁸ Tradução livre de: “- *Nicolas, qui n’avait aucune chance de venir au monde normal ou avec un handicap moindre, ne pouvait que naître avec les conséquences douloureuses imputables à la rubéole à laquelle la faute des praticiens est étrangère, ou disparaître à la suite d’une interruption volontaire de grossesse dont la décision n’appartient qu’à ses parents et qui ne constitue pas pour lui un droit dont il puisse se prévaloir; - que la seule conséquence en lien avec la faute des praticiens est la naissance de l’enfant; - que si un être humain est titulaire de droits dès sa conception, il n’en possède pas pour autant celui de naître ou de ne pas naître, de vivre ou de ne pas vivre; qu’ainsi sa naissance ou la suppression de sa vie, ne peut pas être considérée comme une chance ou comme une malchance dont il peut tirer des conséquences juridiques;*” (FRANÇA. Cour de Cassation. Arrêt du 17 novembre 2000. Pourvoir n. 99-13.701. M. P... (agissant tant en son nom personnel qu’en sa qualité d’administrateur légal des biens de son fils mineur Nicolas), Mme P... e Mutuelle d’assurance du corps sanitaire français, M. X..., la Mutuelle des pharmaciens, le Laboratoire de biologie médicale d’Yerres, la Caisse primaire d’assurance maladie de l’Yonne. Relator: M. Pierre Sargos. Disponível em: <<http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-13701rap.htm>>. Acesso em: 13 set. 2005.)

médico e pelo laboratório ao terem descumprido a obrigação contratual – informar à Sra. P... [mãe da criança] os elementos que permitiriam que ela, para impedir a deficiência, recorresse a uma interrupção voluntária da gravidez – e o dano ocorrido, isto é, a deficiência da criança.⁴²⁹

Ao aprofundar a questão, o Conselheiro Relator acrescenta a seguinte problematização: o exame do nexos de causalidade não afasta a responsabilidade civil do médico e do laboratório, mas o estudo do caso sob o enfoque da dignidade da pessoa humana pode conduzir a refutar a reparação dos danos sofridos pela criança:

Em observância ao princípio fundamental do respeito da pessoa humana, é legítimo que uma criança possa ignorar a vida que recebeu em virtude da falta cometida para reclamar a reparação de sua deficiência?

(...)

A Assembléia plenária poderia se deter nessa posição e rejeitar o recurso, valendo-se do fundamento de uma incompatibilidade entre o referido princípio e o direito de demandar reparação em razão de um fato que permitiu a criança vir ao mundo.⁴³⁰

⁴²⁹ Tradução livre de: “*Il n’y aurait pas non plus eu de vie, mais cette conséquence – qui soulève évidemment de redoutables difficultés éthiques et juridiques que nous aborderons dans la dernière et plus importante partie de cette réflexion – est sans incidence sur l’appréciation du lien de causalité entre la faute commises par le médecin et le laboratoire en manquant à leur obligation contractuelle telle qu’elle vient d’être précisée – à savoir donner à Mme P... les éléments lui permettant, pour empêcher le handicap, de recourir à une I.V.G. – et le dommage apparu, c’est-à-dire le handicap de l’enfant.*” (FRANÇA. Cour de Cassation. Arrêt du 17 novembre 2000. Pourvoir n. 99-13.701. M. P... (agissant tant en son nom personnel qu’en sa qualité d’administrateur légal des biens de son fils mineur Nicolas), Mme P... e Mutuelle d’assurance du corps sanitaire français, M. X..., la Mutuelle des pharmaciens, le Laboratoire de biologie médicale d’Yerres, la Caisse primaire d’assurance maladie de l’Yonne. Relator: M. Pierre Sargos. Disponível em: <<http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-13701rap.htm>>. Acesso em: 13 set. 2005.)

⁴³⁰ Tradução livre de: “*Est-il dès lors légitime, au regard du principe fondamental du respect de la personne humaine, que l’enfant puisse en quelque sorte faire abstraction de la vie à laquelle la faute commise lui a permis d’accéder pour réclamer la réparation de son handicap? (...) L’Assemblée plénière pourrait s’arrêter à cette position et rejeter le pourvoi sur le fondement d’une incompatibilité entre le dit principe et le droit de demander réparation à raison d’un fait qui a permis à l’enfant de venir au monde.*” (FRANÇA. Cour de Cassation. Arrêt du 17 novembre 2000. Pourvoir n. 99-13.701. M. P... (agissant tant en son nom personnel qu’en sa qualité d’administrateur légal des biens de son fils mineur Nicolas), Mme P... e Mutuelle d’assurance du corps sanitaire français, M. X..., la Mutuelle des pharmaciens, le Laboratoire de biologie médicale d’Yerres, la Caisse primaire d’assurance maladie de l’Yonne. Relator: M. Pierre Sargos. Disponível em: <<http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-13701rap.htm>>. Acesso em: 13 set. 2005.)

O argumento acima visa excluir a reparação civil da criança em virtude das conseqüências ético-jurídicas que ela traria consigo: reconhecer a possibilidade de reparação de dano seria o mesmo que reconhecer que a criança pode julgar como inferior a sua condição de existência em comparação com as outras vidas existentes, ou seja, seria o mesmo que afirmar uma ordem hierárquica entre graus de vidas humanas: aquele que causou o grau inferior de vida do deficiente, deveria, então, repará-lo. Essa forma de pensar é contrária ao respeito à dignidade da pessoa humana, que remeteria, além de tudo, à concepção da igual dignidade das vidas humanas.⁴³¹

No entanto, destaca o Conselheiro Relator, o respeito à dignidade da pessoa humana pode fundamentar a posição contrária, isto é, aquela que sustenta a necessidade de reparação dos danos causados, que consistem na deficiência da criança:

O argumento - segundo o qual admitir a reparação do prejuízo da criança seria o mesmo que admitir que existe vidas que não merecem ser vividas e, por isso, são indenizadas – procede mais da imagem que desperta do que da razão. Onde está o verdadeiro respeito à pessoa humana e à vida: na refutação abstrata de toda indenização, ou, ao contrário, em sua admissão que permitirá à criança viver, ao menos materialmente, em condições mais conformes com a

⁴³¹ Nesse sentido, as conclusões do Advogado Geral Sainte-Rose: “O benefício que se espera por meio de uma ação de indenização formada ao nome da criança indenizada não deve fazer esquecer que, em termos de direitos fundamentais, admitir que o nascimento é um prejuízo para a criança constitui um atentado ao respeito à dignidade desta. Na medida em que a ação tende, através do aborto dito terapêutico mas com efeitos eugênicos, a uma diferenciação das pessoas que nascem com deficiência, a ação pode apenas ‘reforçar o fenômeno social de rejeição dos sujeitos considerados anormais’, sendo contrária ao princípio formulado no artigo 16 do Código Civil que implica na igual dignidade dos seres humanos.” Tradução livre de: “*Le profit espéré d’une demande d’indemnisation formée au nom de l’enfant handicapé ne doit pas faire oublier qu’en termes de droits fondamentaux, admettre que sa naissance est un préjudice pour lui-même constitue une atteinte au respect de sa dignité. Dans la mesure où elle tend, à travers l’avortement dit thérapeutique mais aux effets eugéniques, à une différenciation des handicapés de naissance qui ne peut que ‘renforcer le phénomène social de rejet des sujets considérés comme anormaux’, l’action pour vie préjudiciable est contraire au principe formulé par l’article 16 du Code civil qui implique l’egale dignité des êtres humains. Il s’ensuit que l’intérêt à agir de l’enfant n’est pas légitime.*” (FRANÇA. Cour de Cassation. Arrêt du 17 novembre 2000. Pourvoi n. 99-13.701. M. P... (agissant tant en son nom personnel qu’en sa qualité d’administrateur légal des biens de son fils mineur Nicolas), Mme P... e Mutuelle d’assurance du corps sanitaire français, M. X..., la Mutuelle des pharmaciens, le Laboratoire de biologie médicale d’Yerres, la Caisse primaire d’assurance maladie de l’Yonne. Relator: M. Pierre Sargos. Disponível em: <<http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-13701rap.htm>>. Acesso em: 13 set. 2005.)

dignidade humana sem ser abandonada à sorte das ajudas familiares, privadas ou públicas?⁴³²

A reparação, nesse último caso, segundo o Conselheiro Relator, para evitar o desrespeito à pessoa humana, teria como dano a ser reparado não a vida deficiente da criança, mas a própria deficiência. Com isso, ao final, o Conselheiro Relator conclui: “A Assembléia plenária da Corte de cassação se encontra em definitivo perante a escolha entre a recusa em admitir, tendo como fundamento o princípio do respeito à pessoa humana, toda reparação aos danos à criança, ou – e de uma certa maneira seria em nome do mesmo princípio – admitir a reparação, mas apenas em relação aos danos resultantes da deficiência.”⁴³³

Em julgamento, a Corte decidiu por cassar e anular a decisão prolatada pela Corte de *Orléans*, reconhecendo que o descumprimento da obrigação contratual pelo médico e pelo laboratório é causa de reparação dos danos sofridos pela criança, que foram resultantes da deficiência:

⁴³² Tradução livre de: “*Quant à l’argument suivant lequel admettre la réparation du préjudice de l’enfant c’est admettre qu’il existe des vies qui ne méritent pas la peine d’être vécues puisqu’on les indemnise, il procède davantage de l’image que de la raison. Où est le véritable respect de la personne humaine et de la vie: dans le refus abstrait de toute indemnisation, ou au contraire dans son admission qui permettra à l’enfant de vivre, au moins matériellement, dans des conditions plus conformes à la dignité humaine sans être abandonné aux aléas d’aides familiales, privées ou publiques?*” (FRANÇA. Cour de Cassation. Arrêt du 17 novembre 2000. Pourvoir n. 99-13.701. M. P... (agissant tant en son nom personnel qu’en sa qualité d’administrateur légal des biens de son fils mineur Nicolas), Mme P... e Mutuelle d’assurance du corps sanitaire français, M. X..., la Mutuelle des pharmaciens, le Laboratoire de biologie médicale d’Yerres, la Caisse primaire d’assurance maladie de l’Yonne. Relator: M. Pierre Sargos. Disponível em: <<http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-13701rap.htm>>. Acesso em: 13 set. 2005.)

⁴³³ Tradução livre de: “*L’Assemblée plénière de la Cour de cassation se trouve en définitive devant le choix, soit du refus d’admettre, sur le fondement du principe du respect de la personne humaine, toute réparation du préjudice de l’enfant, soit – et d’une certaine façon ce serait au nom de ce même principe – de l’admettre, mais bien entendu pour les seuls dommages résultant de ce handicap.*” (FRANÇA. Cour de Cassation. Arrêt du 17 novembre 2000. Pourvoir n. 99-13.701. M. P... (agissant tant en son nom personnel qu’en sa qualité d’administrateur légal des biens de son fils mineur Nicolas), Mme P... e Mutuelle d’assurance du corps sanitaire français, M. X..., la Mutuelle des pharmaciens, le Laboratoire de biologie médicale d’Yerres, la Caisse primaire d’assurance maladie de l’Yonne. Relator: M. Pierre Sargos. Disponível em: <<http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-13701rap.htm>>. Acesso em: 13 set. 2005.)

Visto, entretanto, que as faltas cometidas pelo médico e pelo laboratório na execução dos contratos firmados com Sra. P... [mãe da criança] a impediram de exercer sua escolha de interromper sua gravidez para evitar o nascimento de uma criança com deficiência, esta criança pode requerer a reparação do dano resultante da deficiência e causado pelas faltas referidas; **POR ESSES MOTIVOS**, e sem que seja necessário estatuir sobre outras queixas de um ou outro dos recursos: Cassa e anula, em seu inteiro teor, a decisão de 5 de fevereiro de 1999, referente às partes, prolatada pela corte de apelação de Orléans;⁴³⁴

As interessantes e complexas questões relativas à responsabilidade civil do médico que essa decisão da Corte de Cassação traz consigo não são objeto da presente dissertação. Aqui, interessa notar a complexidade que essa decisão enseja no entendimento da dignidade da pessoa humana (ou, nos termos da decisão, no respeito à pessoa humana e à sua dignidade) e no exame acerca da possibilidade de ela superar as antinomias do Direito Moderno.

Primeiro, na linha da relatividade do princípio da dignidade da pessoa humana, observa-se como a decisão destoa do posicionamento sustentado por Edelman (e daí o relativismo), para o qual o referido princípio estaria distanciado da lógica individualista e abstrata dos direitos do homem ao inaugurar a tutela transpessoal da humanidade contida em cada ser humano.

A decisão vincula a dignidade da pessoa humana ao mecanismo patrimonialista da responsabilidade civil contratual (que, no caso, tem seus efeitos estendidos para além dos contratantes, pois a criança não era parte contratual). O instituto da responsabilidade civil, a seu turno, está associado ao modelo jurídico

⁴³⁴ Tradução livre de: “*Attendu, cependant, que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l’exécution des contrats formés avec Mme P... avaient empêché celle-ci d’exercer son choix d’interrompre sa grossesse afin d’éviter la naissance d’un enfant atteint d’un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues; PAR CES MOTIFS, et sans qu’il soit nécessaire de statuer sur les autres griefs de l’un et l’autre des pourvois: CASSE ET ANNULE, en son entier, l’arrêt rendu le 5 février 1999, entre les parties, par la cour d’appel d’Orléans;*” (FRANÇA. Cour de Cassation. Arrêt du 17 novembre 2000. Pourvoir n. 99-13.701. M. P... (agissant tant en son nom personnel qu’en sa qualité d’administrateur légal des biens de son fils mineur Nicolas), Mme P... e Mutuelle d’assurance du corps sanitaire français, M. X..., la Mutuelle des pharmaciens, le Laboratoire de biologie médicale d’Yerres, la Caisse primaire d’assurance maladie de l’Yonne. Relator: M. Pierre Sargos. Disponível em: <<http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-13701rap.htm>>. Acesso em: 13 set. 2005.)

pautado sobre os direitos subjetivos, que, como visto, fundam uma imagem jurídica abstrata, individualista e patrimonialista do ser humano. Note-se que a dignidade da pessoa humana, ao integrar o fundamento da responsabilização do médico e do laboratório, protege a segurança jurídico-contratual da relação estabelecida entre a mãe da criança deficiente, o médico e o laboratório.

Portanto, a Corte de Cassação, ao associar a dignidade da pessoa humana à tutela ressarcitória dos direitos subjetivos, acaba por reiterar a busca por previsibilidade típica do Direito Moderno e, desse modo, a decisão reitera a imagem abstrata de ser humano que a previsibilidade demanda: o projeto contratual esperado pela mãe restou frustrado pela conduta culposa do médico, causando prejuízos de ordem patrimonial, inclusive para a criança que nasceu em virtude da falha médica. A base da reparação, como se vê, vincula-se à frustração do projeto contratual e das expectativas que ele ensejava: a previsibilidade e a segurança na efetivação do projeto são tutelados mediante a responsabilização civil das partes descumpridoras do contrato – o médico e o laboratório.

Com essa ligação entre dignidade da pessoa humana e direitos subjetivos, pode-se vislumbrar que a tutela jurídica promovida pela dignidade parece ser incapaz de superar as antinomias do Direito Moderno relativas ao conflito entre abstração e contingência e à funcionalização da esfera pública à privatividade, ou seja, aos interesses econômicos (pois, essa tutela mantém a lógica individualista dos direitos subjetivos).

Segundo, e ainda na problemática da relatividade da dignidade da pessoa humana, percebe-se que, mesmo com a sua associação aos direitos subjetivos, permanece ela com um conteúdo conceitual relativo, fundamentando tanto a responsabilização do médico e do laboratório como, ao contrário, fundamentando a exclusão da responsabilidade destes. Destaque-se que isso não significa que a dignidade da pessoa humana romperia com a busca por previsibilidade: ao contrário, o relativismo apenas reafirma essa busca, pois, tanto na responsabilização quanto no seu afastamento, a discussão de fundo diz respeito a se definir a correta interpretação do exercício dos direitos subjetivos que compuseram o contrato firmado entre as partes e,

mais do que isso, definir a expectativa legítima que do contrato surgia e se ela teria sido frustrada (no caso, definiu-se que a expectativa da mãe foi frustrada, ocasionando o dano à criança que devia ser reparado – razão pela qual se afirmou anteriormente que a decisão estendeu os efeitos contratuais à criança, que não era parte contratante).

Por último, lembre-se que o Advogado Geral Sainte-Rose, em suas conclusões, afirma que a idéia da igual dignidade entre todas as pessoas conduziria a rejeitar a indenização à criança deficiente na medida em que a indenização significaria reconhecer que a vida deficiente vale menos que a vida normal e deveria ser indenizada por conta desse prejuízo. Contudo, o contra-argumento do Conselheiro Relator também realiza uma espécie de associação entre igualdade e dignidade da pessoa humana ao questionar: o que é mais digno? Deixar a criança à própria sorte ou, por meio do conforto material promovido por uma indenização, pretender tornar sua vida em maior igualdade com as vidas dos não-deficientes?

Nessa última exemplificação da relatividade, também se vislumbra como a dignidade da pessoa humana parece não ser capaz de superar o problema da abstração. Ora, os conceitos abstratos de dignidade e igualdade parecem afastar o caso concreto de uma solução adequada que, na situação em análise, esse afastamento aparenta decorrer da quantificação da igualdade e da dignidade como se fossem patrimônios mensuráveis. Essa patrimonialização vincula-se, inegavelmente, à associação entre dignidade da pessoa humana e direitos subjetivos.

Postos esses questionamentos, uma vez que foi demonstrado que o conceito de dignidade da pessoa humana não é unívoco e que, portanto, não é dotado de um conteúdo imutável, pode-se proceder à seguinte problematização: a dignidade da pessoa humana entendida como norma jurídica coativa é capaz de alterar significativamente o modelo jurídico Moderno? Vale dizer, a posituação jurídica da dignidade da pessoa humana traz soluções concretas diversificadas e que culminam com a superação das antinomias do Direito Moderno (o conflito entre abstração e contingência e a questão do público e do privado)?

Essa análise é pertinente porque diversos autores sustentam que a dignidade da pessoa humana rompe com a estrutura abstrata dos direitos do homem, dos direitos

subjetivos. Nesta dissertação, o argumento de Edelman é exemplificativo dessa posição, e mesmo os autores que associam a dignidade da pessoa humana com os direitos subjetivos sustentam que essa associação origina uma tutela inovadora e concreta caso seja comparada com a tutela efetivada exclusivamente pelos direitos subjetivos.

Na outra ponta, a pertinência encontra-se porque há farta argumentação na corrente do Direito Civil-Constitucional pátrio no sentido de que a oposição entre público e privado resta superada no momento em que o direito positivo estatal, ao ser inteiramente dirigido pela Constituição, é ressistemizado e, por isso, a proteção jurídica da personalidade é efetivada por uma cláusula geral constitucional, como a do art. 1.º, III, da Constituição Federal.⁴³⁵

Considera-se uma boa forma de se proceder a esse exercício problematizador analisando a questão debatida contemporaneamente no Brasil acerca da proteção jurídica das uniões entre homossexuais. Isso porque essa discussão pode ser facilmente comparada aos argumentos de Portalis em seu Parecer acerca da possibilidade dos casamentos dos protestantes na França após a revogação do Edito de Nantes.

A distância temporal que separa o Parecer e a problemática das uniões entre homossexuais acrescenta interesse na comparação porque o Parecer – ainda que prévio à teoria dos direitos do homem – fundamenta-se basicamente sobre liberdade e a tolerância religiosa, que seriam protegidas pelo “Estado católico-cristão”, enquanto a discussão sobre as uniões entre homossexuais trará à baila o princípio da dignidade da pessoa humana como cláusula geral que informa o ordenamento jurídico brasileiro. Porém, e aqui o ponto de interesse, a forma argumentativa utilizada, bem como a solução encontrada nas duas situações são muito semelhantes entre si.

⁴³⁵ A título de exemplo, cita-se o argumento precursor de Oliveira e Muniz: “No fundo, e sem enfrentar aqui o problema da distinção público-privado, o que estamos procurando sustentar é a necessidade de um superamento da separação entre duas concepções unilaterais do direito da personalidade, uma exclusivamente privatística e outra exclusivamente publicística. Daí decorre a importância de que o problema seja analisado à luz dos grandes princípios constitucionais, que fornecem, inclusive, critérios de valor e que devem inspirar uma releitura do próprio texto da lei ordinária à luz dessa inspiração global que a Constituição acolhe.” (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. p.15.)

Em ambas as situações, a abstração do direito positivo (a tutela apenas dos casamentos entre católicos ou a tutela jurídica apenas das uniões heterossexuais) conflita com a contingência da realidade (a existência fática de uniões entre protestantes ou a existência real de uniões entre homossexuais). Esse conflito, em ambas as situações, opera evidentes prejuízos para os grupos que são juridicamente discriminados (como se viu, no caso dos protestantes, a deslegitimação de filhos e a ausência de um padrão na disciplina dos bens familiares perante o Estado). A discriminação, por sua vez, implica em se analisar o jogo que se estabelece entre os interesses público e privado (no caso dos protestantes, o Parecer consigna que o disciplinamento jurídico da atividade econômica destes é interessante para o Estado e é efetivado pela tutela jurídica de seus casamentos).

Estabelecidos esses pontos de contatos iniciais, pode-se iniciar o exame da problemática relativa à tutela jurídica das uniões entre homossexuais para fins previdenciários no Brasil. Para tanto, utilizar-se-á o Acórdão pronunciado em sede da Apelação Cível n.º 2000.71.00.009347-0/RS que, por unanimidade de votos, foi julgada em 27/07/2005 pela 6.ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região, tendo como Relator o Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira.

2.2 O ACÓRDÃO SOBRE AS UNIÕES HOMOSSEXUAIS OU UMA NOVA LIÇÃO SOBRE COMO SE ALIMENTAM FANTASMAS

O Acórdão julgou apelação cível movida pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra sentença que, em ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal, julgou procedente o pedido para permitir o acesso de companheiros homossexuais a benefícios previdenciários a serem concedidos em caso de morte ou prisão de um dos companheiros. A seguir, explicam-se as normas de direito material pertinentes à controvérsia.

O art. 16, I, da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, prescreve que o companheiro ou a companheira são dependentes do segurado da previdência social. O art. 16, § 3.º, da mesma lei, considera como companheiro a pessoa que, sem ser

casada, convive em união estável com o segurado ou segurada, nos termos do art. 226, § 3.º, da Constituição Federal⁴³⁶, que reconhece como entidade familiar a união estável entre homem e mulher.⁴³⁷

Segundo esses dispositivos, o INSS compreendia que a união estável apenas poderia ser formada entre homem e mulher e não por pessoas do mesmo sexo e em virtude disso entendia que os benefícios previdenciários previstos na Lei n.º 8.213/1991 não poderiam ser gozados por parceiros homossexuais. Conforme decorre do relatório, o INSS sustentava essa posição lançando mão dos seguintes argumentos:

No mérito, reafirmou que a Constituição Federal fez distinções entre uniões homossexuais e heterossexuais, alegando, ainda, que as normas que regem as organizações familiares são de natureza cogente, não podendo ser estendidas a situações não contempladas; que a garantia da pensão por morte deriva do direito de família, só configurável através de relação matrimonial ou união estável entre pessoas de sexos diferentes; que a relação contemplada na inicial poderia até ser considerada como sociedade de fato, mas não como entidade familiar. Ressaltou que a legislação brasileira se funda na moral do povo brasileiro, que estaria ligada a padrões éticos, imutáveis, e que a mudança dos padrões sociais não se faz por decisão judicial, ou pela lei, mas na psique dos cidadãos; que não haveria qualquer violação ao princípio da isonomia, porquanto entende ser inarredável a desigualdade entre um casal formado por homem e mulher e outro formado por dois homens, pois do segundo não são gerados filhos, nem se forma um micro cosmo social, pois as partes tem interesse meramente sexual.⁴³⁸

⁴³⁶ “Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (...) § 3.º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3.º do art. 226 da Constituição Federal.” (BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.)

⁴³⁷ “Art. 226. (...) § 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988.)

⁴³⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Apelação Cível n.º 2000.71.00.009347-0/RS. Acórdão de 27 jul. 2005. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Ministério Público Federal, Grupo pela Livre Orientação Sexual – Nuances, Grupo Gay da Bahia - GGB. Relator: Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira. Disponível em: http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/pdf_it.php?num_proc_trf4=200071000093470&seq_fase=77>. Acesso em: 21 dez. 2005.

A argumentação do Ministério Público Federal centrava-se na leitura do art. 226, § 3.º, da Constituição Federal, coadunante com os arts. 5.º, *caput*, e 3.º, IV, da Constituição, que prescrevem o princípio da igualdade e a vedação a qualquer tipo de discriminação, inclusive as oriundas da orientação sexual dos cidadãos.⁴³⁹ A par disso, o Ministério Público Federal sustentava seu posicionamento com arrimo no princípio da universalidade da seguridade social (art. 194, Par. Único, I, da Constituição) e na norma constitucional que estende a tutela da previdência social ao companheiro ou companheira (art. 201, V, da Constituição).⁴⁴⁰

A apelação teve negado provimento e o fundamento central do julgamento foi a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana, albergado no art. 1.º, III, da Constituição Federal.

2.2.1 A dignidade da pessoa humana como cláusula do Contrato Social: a Aliança entre Política e Economia

No Parecer de Portalis, considerando que as instituições católicas eram estranhas aos comportamentos dos protestantes, o respeito à diversidade deles fundamentava-se, primeiramente, na idéia de que eles eram súditos que desempenhavam atividade econômica de interesse para o Estado. A atividade do *homo economicus* – seja católico, seja protestante – igualizava os cidadãos e prescrevia ao

⁴³⁹ “Art. 3.º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação; (...) Art. 5.º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988.)

⁴⁴⁰ “Art. 194. (...) Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I – universalidade da cobertura e do atendimento; (...) Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...) V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2.º.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988.)

Estado o dever de não-intervenção sobre a atividade destes. A igualdade e a liberdade, apreendidas no sentido econômico tal como denunciado por Marx, apresentavam-se como o fundamento do respeito à diversidade dos protestantes. Por isso, o *homem* protestante, por meio da sua atividade econômica, comprava as garantias legais para o *cidadão* protestante. Essas garantias legais consistem, sob o aspecto negativo, na não-intervenção sobre a atividade econômica do *homem* protestante e, em sentido positivo, na tutela do matrimônio do *homem* protestante.

Obviamente, esse modelo de conceber a cidadania que se baseia na liberdade como não-intervenção, ausência de impedimentos, reproduz o teatro hobbesiano, pelo qual o espaço público é funcionalizado aos interesses privados: a cidadania apenas existe como ausência de obstáculos à atividade econômica particular e aos comportamentos particulares (o exercício privado da religião protestante, cuja manifestação pública foi vedada).

O Acórdão ora analisado, para estender a proteção previdenciária aos companheiros homossexuais, reconhece a possibilidade de equiparação da convivência destes à união estável. Segundo o Acórdão, a interpretação das normas constitucionais pertinentes à regulação da família e a exclusão infraconstitucional da tutela previdenciária dos companheiros homossexuais são discriminatórias e contrárias aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, que são normas constitucionais superiores e que informam todo o ordenamento jurídico:

Veja-se que a Constituição não é um conjunto de regras, mas um conjunto de princípios, aos quais se devem afeiçoar as próprias normas constitucionais, por uma questão de coerência. Mostrando-se uma norma constitucional contrária a um princípio constitucional, tal fato configura um conflito e, assim, a norma deve ser considerada inconstitucional, tal como sustentava Otto Bachof já em 1951. Assim, não se pode deixar de ter por discriminatória a distinção que o art. 226, § 3.º, da Constituição Federal faz ao outorgar proteção a pessoas de sexos diferentes, contrariando o princípio constitucional de regra pétrea. Flagrado o confronto, possível é concluir-se ser igualmente inconstitucional a restrição do art. 1.º da Lei 9.278/96, que regulamenta a união estável, podendo e devendo ser aplicada às relações homossexuais (Maria Berenice Dias. União homossexual: aspectos sociais e jurídicos. Âmbito Jurídico, 2001). (sic)

Por outro lado, a melhor exegese do texto constitucional ordena que ainda se examine o § 4.º do art. 226, que dispõe que entende-se (sic), também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Vislumbra-se aí que o legislador

constituente – ao utilizar a expressão também (conjunção aditiva) – procurou evidenciar que se trata de uma enumeração exemplificativa da entidade familiar, eis que somente as normas que restringem direitos devem ser interpretadas por exclusão.

No caso em tela, a despeito das interpretações que se dê ao conceito de unidade familiar, o qual será analisado com maior profundidade ao longo deste voto, tenho que a legislação infraconstitucional, ao proibir aos companheiros do mesmo sexo o direito de acesso aos benefícios devidos aos dependentes dos segurados, desrespeitou os princípios da dignidade da pessoa humana e do direito à igualdade, os quais se encontram intrinsecamente relacionados. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas.⁴⁴¹

Desde logo, observa-se na argumentação que a importância normativa da dignidade da pessoa humana é sustentada com base na noção de ordenamento: há uma integração hierárquica e sistemática das normas jurídicas e, no centro dessa integração, informando todo o sistema, está a proteção da dignidade da pessoa humana – cláusula pétrea do ordenamento (art. 60, § 4.º, IV, da Constituição Federal). Interessa notar a referência à Lei n.º 9.278/1996⁴⁴²: trata-se de lei que integra o microsistema de Direito de Família, regulando os direitos e deveres entre os companheiros que convivem em união estável. Ora, o Acórdão faz a referência a essa norma justamente para denunciar que esta deve estar integrada de maneira sistemática com o conjunto do ordenamento jurídico.

Com esse exemplo, pode-se afirmar que a tutela da personalidade baseada na dignidade da pessoa humana não altera o modelo jurídico delineado com as codificações oitocentistas, que se fundamenta sobre as idéias de previsibilidade e segurança jurídicas. Por mais que a dignidade da pessoa humana se apresente como

⁴⁴¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Apelação Cível n.º 2000.71.00.009347-0/RS. Acórdão de 27 jul. 2005. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Ministério Público Federal, Grupo pela Livre Orientação Sexual – Nuances, Grupo Gay da Bahia - GGB. Relator: Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira. Disponível em: http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/pdf_it.php?num_proc_trf4=200071000093470&seq_fase=77>. Acesso em: 21 dez. 2005.

⁴⁴² BRASIL. Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3.º do art. 226 da Constituição Federal.

tentativa de concreção e de tutela tópica do ser humano concreto, na medida em que ela é remetida à noção de ordenamento, ela reproduz a lógica abstrata da subsunção dos fatos às normas. Isso porque a efetivação da segurança jurídica depende da abstração do Direito Positivo em face das condições concretas da vida, pois apenas dessa maneira se alcança uma generalidade necessária para previsão das diversas situações que se apresentem na realidade. Também por esse exemplo, nota-se que os microssistemas ressystematizados (inseridos na concepção de ordenamento) não superam a abstração do Direito ante a existência concreta.

Há, contudo, um outro aspecto muito importante de ser destacado quanto à dignidade da pessoa humana afirmada no Acórdão e que diz respeito à possibilidade da previsão normativa desse princípio em superar a antinomia Moderna do público e do privado. No curso do argumento, tal princípio apresenta-se como centro do ordenamento jurídico do qual se irradiam os direitos fundamentais e, dentre estes, o princípio da igualdade:

O **princípio da dignidade humana** traz no seu bojo a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável a sua individualidade autonomamente responsável; a garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade. A proclamação do valor distinto da pessoa humana tem como consequência lógica a afirmação dos direitos específicos de cada homem. A dignidade da pessoa humana é, por conseguinte, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a 'fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais'.⁴⁴³

Ora, trata-se da mesma estrutura argumentativa do personalismo cristão de Maritain, pelo qual a afirmação do valor da pessoa implica reiterar o modelo jurídico dos direitos do homem. Conforme se demonstrou em diversas situações, esse modelo se fundamenta na imagem de liberdade hobbesiana, entendida como ausência de obstáculos ao movimento. Na análise do pensamento de Maritain, em virtude do

⁴⁴³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.^a Região. Apelação Cível n.º 2000.71.00.009347-0/RS. Acórdão de 27 jul. 2005. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Ministério Público Federal, Grupo pela Livre Orientação Sexual – Nuances, Grupo Gay da Bahia - GGB. Relator: Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira. Disponível em: http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/pdf_it.php?num_proc_trf4=200071000093470&seq_fase=77>. Acesso em: 21 dez. 2005.

próprio grau de abstração que a Filosofia demanda, não se pôde verificar se a associação da tutela da pessoa com os direitos do homem realiza uma ruptura com a antinomia Moderna do público e do privado. Agora, porém, ao se valer do exemplo do Acórdão em análise, e comparando-o com a argumentação do Parecer de Portalis, é sustentável afirmar que a reiteração dos direitos do homem (direitos fundamentais) por meio da dignidade da pessoa humana reproduz a antinomia Moderna do público e do privado, a antinomia do homem e do cidadão.

Lembre-se que no Parecer de Portalis essa antinomia manifestava-se no caráter impositivo pelo qual o Estado não poderia intervir nas atividades particulares de seus súditos protestantes porque esses, diariamente e do mesmo modo que os católicos, “compravam as garantias legais com seus serviços”. A atividade econômica dos protestantes tornava-os iguais aos católicos, fundamentando a funcionalização do Estado aos interesses particulares (do *homo economicus* – seja católico, seja protestante), à atividade econômica em geral. No Acórdão analisado, a partir da dignidade da pessoa humana, faz-se a remissão ao direito fundamental à igualdade que, por sua vez, desempenha a tarefa de assegurar as garantias legais previdenciárias aos companheiros homossexuais. Esses, assim como os heterossexuais, contribuem economicamente para a previdência social e, portanto, ambos – homossexuais e heterossexuais – “compram igualmente as garantias legais”, sendo vedado ao Estado descumprir o contrato comutativo firmado com seus cidadãos:

Isto porque, conforme bem observado pela juíza *a quo*, a orientação sexual do indivíduo – seja voltada para a hetero, homo ou bissexualidade – não lhe confere *status* excepcional, que enseje tratamento diferenciado daquele dispensado à generalidade dos cidadãos. Até porque, no caso, tal circunstância em momento algum interfere no sistema de benefícios e custeio da previdência: não há distinção, para fins de recolhimento de contribuições previdenciárias, entre hetero ou homossexuais.⁴⁴⁴

⁴⁴⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.^a Região. Apelação Cível n.º 2000.71.00.009347-0/RS. Acórdão de 27 jul. 2005. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Ministério Público Federal, Grupo pela Livre Orientação Sexual – Nuances, Grupo Gay da Bahia - GGB. Relator: Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira. Disponível em: http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/pdf_it.php?num_proc_trf4=200071000093470&seq_fase=77>. Acesso em: 21 dez. 2005.

O Parecer de Portalis, escrito em 1770, apesar de anteceder a expressão “direitos do homem”, está vinculada às antinomias Modernas que a estrutura jurídica dos direitos do homem veicula. A noção de que os protestantes “compravam” suas garantias legais reproduz o teatro hobbesiano dos comportamentos recíprocos e complementares que conformam o pacto social: um verdadeiro contrato comutativo em que o Estado é funcionalizado aos interesses do homem, o *homo economicus*.

O Acórdão analisado, posterior à construção dos direitos do homem e à própria evolução da nomenclatura para direitos subjetivos fundamentais, reproduz, a partir da dignidade da pessoa humana associada à igualdade, o mesmo mote argumentativo: a contribuição previdenciária paga pelos cidadãos – heterossexuais ou homossexuais – gera a legítima expectativa de que o Estado cumpra com a sua obrigação contratual de assegurar os benefícios previdenciários a todos os contribuintes, indistintamente.

Apesar da distância histórica e espacial entre as situações, em que na primeira se argumenta e apenas acerca de um direito civil (o direito de se casar) e na segunda se fala de um direito social (seguridade social), ambas as situações exemplificam o modelo Moderno do pacto entre cidadão e Estado que contém a antinomia entre o homem e o cidadão. Note-se que em ambos os casos – o do Parecer de Portalis e o do Acórdão – a prestação contratual do Estado implica, primeiramente, uma abstenção comportamental e, após, em uma prestação comissiva. No caso de Portalis, os protestantes compram a abstenção do Estado em não proibir o exercício privado de sua religião e, no segundo momento, em tutelar (prestação comissiva) o casamento firmado entre eles. Na situação do Acórdão, os companheiros homossexuais, primeiro, por meio de suas contribuições previdenciárias pagas do mesmo modo que os heterossexuais, “compram” a abstenção do Estado quanto à sua livre manifestação sexual, sendo que essa abstenção, após, se efetiva pela legítima exigência (prestação comissiva) da tutela previdenciária a seus companheiros.

Pode-se concluir, então, a partir do exemplo analisado, que a dignidade da pessoa humana associada à estrutura normativa dos direitos do homem não supera a antinomia Moderna do homem e do cidadão, pela qual o Estado é funcionalizado à

atividade econômica: no Parecer de Portalis, a atividade econômica se manifesta pelos serviços dos protestantes e, no Acórdão, pela própria contribuição previdenciária que denota a inserção econômica dos homossexuais.

2.2.2 A dignidade da pessoa humana como expiação da culpa ou como liberdade é sujeição

Além do princípio da igualdade, o respeito à privacidade e à diversidade é associado à dignidade da pessoa humana. O Acórdão analisado aborda a tutela da privacidade de maneira muito semelhante à utilizada por Portalis para proteger o casamento dos protestantes com base no reconhecimento jurídico dos instintos humanos.

Ao se analisar o Parecer de Portalis, verificou-se nele a antinomia Moderna contida na abstração do Direito diante da contingência da realidade: primeiro, Portalis identifica o casamento com uma série de comportamentos, relegando a formalidade contratual do matrimônio à necessidade de ordem pública, que consiste na identificação do estado de casados e dos filhos oriundos desse estado. Porém, Portalis enfatiza que o casamento se efetiva pelos comportamentos manifestados pelos cônjuges e acrescenta: nenhum Estado pode proibir o casamento porque não há pior forma de despotismo do que aquela que suprime o instinto. Dessa maneira, o “instinto matrimonial” dos protestantes conduz à inevitável proteção jurídica dos casamentos por eles concretizados através dos comportamentos que denunciam o vínculo matrimonial.

Demonstrou-se, contudo, que no contexto do Parecer de Portalis, essa proteção do casamento dos protestantes, por um viés, está vinculada à segurança patrimonial dos membros da família e à necessidade de padronização da disciplina patrimonial em toda a sociedade. Mediante outro ponto de vista, notou-se que a extensão da proteção jurídica matrimonial aos protestantes significava também a *catolicização* dos casamentos dos protestantes, pois o modelo de casamento que Portalis denominava instintivo reproduzia os elementos oriundos da construção do direito matrimonial canônico: monogâmico, heterossexual, público e com fins de procriação. A

subordinação do Direito ao instinto matrimonial era, em verdade, uma imposição jurídica de comportamentos aos protestantes uma vez que os casamentos destes apenas seriam tutelados caso observassem esses padrões comportamentais. A solução de Portalis, tal como se demonstrou, estava associada à própria dinâmica do conflito entre abstração do Direito Moderno e a contingência da realidade humana. A mesma dinâmica pode ser encontrada nos resultados da solução apresentada no Acórdão ora em análise.

Num primeiro momento, o Acórdão parece descartar a idéia da juridicização do instinto como fundamento da tutela à união entre homossexuais. Segundo o Acórdão, a afetividade é o elemento que pauta as relações família tuteladas pela Constituição e as uniões homossexuais são baseadas pelo afeto e não pelo instinto sexual:

A imersão do direito de família no conteúdo dos princípios constitucionais, numa interpretação mais aprofundada, induz a compreensão (ou no mínimo, a reflexão) de que as uniões homossexuais também se constituem em entidades familiares, seja por analogia ao mencionado § 4.º do art. 226, seja por ampliação do seu parágrafo 3.º, seja porque, por se constituírem unidades afetivas familiares, não estão necessariamente amarradas aos tipos exemplificativos mencionados no texto constitucional. Nesse sentido, irracional seria não reconhecer que, nas circunstâncias atuais, as relações homossexuais estão abrangidas pela noção de entidade familiar, porquanto a família se constitui por laços de afetividade e necessidades mútuas, não por imperativos de ordem sexual.⁴⁴⁵

Por óbvio, o argumento visa afastar a alegação do INSS de que as uniões homossexuais não são pautadas pelo vínculo de afetividade, mas apenas por interesses de ordem sexual, o que, segundo o modelo constitucional da família, afastaria o reconhecimento dos relacionamentos homossexuais como união estável e como entidade familiar. Aqui já se pode observar que a tutela jurídica das uniões homossexuais demanda, ainda que na forma de equiparação, o enquadramento desses

⁴⁴⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Apelação Cível n.º 2000.71.00.009347-0/RS. Acórdão de 27 jul. 2005. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Ministério Público Federal, Grupo pela Livre Orientação Sexual – Nuances, Grupo Gay da Bahia - GGB. Relator: Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira. Disponível em: http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/pdf_it.php?num_proc_trf4=200071000093470&seq_fase=77>. Acesso em: 21 dez. 2005.

relacionamentos no modelo legal delineado para as uniões estáveis. A contingência, as eventuais especificidades dos relacionamentos homossexuais devem ser relegadas para que estes sejam tutelados segundo as normas jurídicas pertinentes à família.

No entanto, o Acórdão trata os relacionamentos homossexuais como se não fossem dotados de qualquer elemento específico que os diferenciasse de outras formas de relacionamento. Com essa crítica, não se pretende sustentar que haja alguma qualidade que diferencie os relacionamentos homossexuais dos heterossexuais; ao contrário, parece arbitrária até mesmo a divisão entre homossexual e heterossexual como se no interior de cada um desses pólos houvesse uma homogeneidade. O que se pretende destacar é o falso argumento do Acórdão no sentido de que o reconhecimento das uniões entre homossexuais decorreria de uma subordinação do Direito Positivo às necessidades da realidade fática:

Independentemente de querermos ou não, a verdade é que o mundo está se transformando rapidamente. Velhos conceitos cedem lugar a novos; preceitos antigos das relações humanas se pulverizam ante a busca da plena felicidade, levando as pessoas à liberdade de escolha de seus parceiros. Conquanto no âmbito da ordem jurídica (interpretada restritivamente) se reconheça exemplificativamente como entidade familiar apenas aquela união formada por pessoas de sexos diferentes, no plano dos fatos, as famílias homossexuais têm-se proliferado. O amor e a convivência homossexual são uma realidade que não pode mais ficar à margem da devida tutela jurídica.

Mesmo com a ausência de regras regulamentadoras das uniões homossexuais – em que pese a tramitação do projeto de lei no Congresso Nacional acerca do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo – tem tido o Poder Judiciário que se manifestar quanto ao tema, até porque, a despeito da lacuna legislativa, a atual dinâmica da sociedade impõe que o Estado se pronuncie sobre questão tão premente.⁴⁴⁶

⁴⁴⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.^a Região. Apelação Cível n.º 2000.71.00.009347-0/RS. Acórdão de 27 jul. 2005. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Ministério Público Federal, Grupo pela Livre Orientação Sexual – Nuances, Grupo Gay da Bahia - GGB. Relator: Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira. Disponível em: <http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/df_it.php?num_proc_trf4=200071000093470&seq_fase=77>. Acesso em: 21 dez. 2005. A referência do Acórdão deve ser ao Projeto de Lei n. 1.151/1995 apresentado pela então deputada federal Marta Suplicy (PT/SP) e o seu substitutivo apresentado por Comissão Especial da Câmara dos Deputados. O projeto, em forma de substitutivo, contudo, não regula a união estável entre pessoas do mesmo sexo, mas a *parceria civil*. Sobre o assunto, cf. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 126-145.

No modelo do fato jurídico união estável, a afetividade seria o cerne do suporte fático que, por sua vez, se apresenta tanto nos relacionamentos heterossexuais como nos homossexuais. Assim, segundo o Acórdão, se a realidade apresenta relacionamentos homossexuais pautados pela afetividade, o direito positivo não pode se furtar a tutelar essa realidade. Trata-se de uma reprodução camuflada do mesmo argumento de Portalis acerca do instinto: o direito positivo não pode ignorar a necessidade instintiva do matrimônio do mesmo modo que não pode ignorar a afetividade homossexual.

No entanto, os dois argumentos – o do Acórdão e o de Portalis – ignoram que não é o direito positivo que se adequa aos fatos, mas tanto na situação dos protestantes como na dos homossexuais, o comportamento desses grupos sociais é que deve se adequar ao padrão normativo. Com isso, não se objetiva desqualificar o caráter humanista e bem intencionado contido nos argumentos do Acórdão e do Parecer de Portalis, mas apenas se pretende demonstrar como há também, em ambos, um elemento disciplinador e padronizador das comportamentos humanos. Para Portalis, os protestantes tinham um instinto matrimonial *católico*: todo ser humano teria uma necessidade de se casar tal como os católicos teriam.

Na argumentação do Acórdão, os relacionamentos homossexuais apenas podem ser tutelados na medida em que se enquadrem no padrão da união estável, que foi elaborado para um certo tipo de relacionamento heterossexual (reiterando-se, aqui, a crítica a essa distinção geral bipartida): é como se houvesse um instinto de afetividade unívoca, do qual participassem heterossexuais e homossexuais.

Nesse mesmo sentido, acrescenta-se que no momento em que o Acórdão defende a proteção jurídica dos relacionamentos homossexuais com base no direito à privacidade, em verdade, essa proteção apenas existiria caso a privacidade sexual de todos fosse idêntica entre si, padronizada segundo o modelo da união estável. Trata-se do mesmo mote pelo qual, no argumento de Portalis, a tolerância religiosa expressa-se

por *catolização* dos casamentos protestantes.⁴⁴⁷

Dessa maneira, tem-se que com Portalis a antinomia entre a abstração da norma jurídica e a contingência da realidade é resolvida por uma falsa tolerância religiosa, pela qual os relacionamentos dos protestantes apenas são tutelados na medida em que reproduzam de forma comportamental os relacionamentos matrimoniais dos católicos o que, no contexto do Parecer, é justificado pela identificação do casamento católico ao instinto humano.

A mesma solução aporética apresenta-se, no Acórdão analisado, para a proteção jurídica dos relacionamentos homossexuais: para que estes sejam tutelados pelo Direito Positivo, devem se apresentar segundo o modelo normativo da união estável que, por sua vez, é apenas um tipo legal construído com base em apenas um tipo de relacionamento heterossexual. A diversidade das entidades familiares, cuja tutela jurídica é afirmada permanentemente no curso do Acórdão, constitui, em verdade, a negação de tutela jurídica de outras formas de manifestação da sexualidade e da afetividade que não se enquadrem nos modelos legais do casamento ou da união estável. Veja-se que, nesse aspecto, o dispositivo do Acórdão é de todo explícito:

Por conseguinte, uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, tenho que a relação da Previdência com os casais de mesmo sexo deve-se dar nos mesmos moldes

⁴⁴⁷ O Acórdão, com menção a decisões tiradas do direito comparado, sustenta como um dos fundamentos para a extensão da tutela da união estável aos relacionamentos homossexuais, o direito à privacidade, que, segundo o argumento do Acórdão, deve ser apreendido não apenas em sentido de gozo da vida exclusivo, mas também em sentido relacional: “*Anote-se, acerca da extensão do conceito de privacidade, o assentado pela Corte Européia ao apreciar ‘Niemitz v. Germany’ (1992), seria muito restritivo limitar a noção (de vida privada) a um círculo interior, no qual o indivíduo possa viver sua vida pessoal como ele quiser e excluir inteiramente daí o mundo exterior não incluído neste círculo. O respeito pela vida privada também deve compreender em certo grau o direito de estabelecer e desenvolver relacionamentos com outros seres humanos.*” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Apelação Cível n.º 2000.71.00.009347-0/RS. Acórdão de 27 jul. 2005. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Ministério Público Federal, Grupo pela Livre Orientação Sexual – Nuances, Grupo Gay da Bahia - GGB. Relator: Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira. Disponível em: <http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/pdf_it.php?num_proc_trf4=200071000093470&seq_fase=77>. Acesso em: 21 dez. 2005.)

das uniões estáveis entre homossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei n.º 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão e auxílio-reclusão.⁴⁴⁸

É preciso destacar ainda que, conforme já afirmado, a produção de legislação específica sobre determinado assunto (no caso, uma lei específica que juridicize os relacionamentos homossexuais) não altera a dinâmica do conflito do Direito Moderno entre abstração e contingência. Isso porque a lei está vinculada às noções de previsibilidade e segurança e, justamente por isso, a lei é dotada de generalidade que, inevitavelmente, conduz à exclusão jurídica de elementos da realidade. Perseguindo no exemplo: uma lei sobre relacionamentos homossexuais, a par de visar disciplinar e padronizar o regime patrimonial e de sucessões entre os parceiros, garantindo segurança jurídica, certamente acabaria por excluir outras formas de relacionamentos existentes na realidade.

A falta de proteção jurídico-patrimonial a esses relacionamentos – que é o resultado da antinomia entre abstração e contingência – pode estar associada a objetivos políticos relacionados à discriminação de grupos sociais e à padronização dos comportamentos: como certamente o era no caso dos protestantes e o é no caso dos homossexuais. Por isso, apesar de se denunciar o modo pelo qual os argumentos de Portalis e do Acórdão exemplificam as antinomias do Direito Moderno, seria injusto deixar de qualificá-los como tentativas, ainda que paliativas, de humanizar essas antinomias e de conferir tutela às necessidades concretas do ser humano em oposição às discriminações sociais.

Contudo, a liberdade humanista de Portalis, que precede conceitualmente o direito subjetivo, e a humanista dignidade da pessoa humana do Acórdão não superam as antinomias do Direito Moderno, que se expressam no sujeito de direito.

⁴⁴⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.^a Região. Apelação Cível n.º 2000.71.00.009347-0/RS. Acórdão de 27 jul. 2005. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Ministério Público Federal, Grupo pela Livre Orientação Sexual – Nuances, Grupo Gay da Bahia - GGB. Relator: Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira. Disponível em: http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/pdf_it.php?num_proc_trf4=200071000093470&seq_fase=77>. Acesso em: 21 dez. 2005.

2.3 À GUISA DE FINALIZAÇÃO

A codificação do Direito Civil representa o cume do movimento jurídico-Moderno em busca da previsibilidade e segurança na regulação das relações sociais. Nesse aspecto, a codificação, pela própria pretensão universalista que lhe condiz, contribui para a abstração do Direito Moderno em face das condições concretas da existência humana, o que a própria racionalidade dos direitos subjetivos já promove.

O processo de descodificação, formação dos microssistemas e ressystematização do Direito Privado, apesar de em grande medida estar condicionado a uma tentativa de tutela tópica das situações concretas da vida, não altera esse panorama da abstração. Primeiro, porque a ressystematização reafirma a idéia juspositivista de ordenamento jurídico pela qual cumpre ao Direito a completude no regramento das relações sociais. Essa maneira de ver o Direito reitera a preocupação Moderna de segurança e previsibilidade, promovendo uma exclusão de tutela jurídica a diversas situações concretas, como demonstra o problema das uniões entre homossexuais.

Segundo, porque a Constitucionalização dos microssistemas não rompe com a tutela jurídica baseada na racionalidade do direito subjetivo o que, por si só, implica a abstração do sujeito de direitos diante das pessoas concretas. Por isso, por mais que a tutela tópica dos microssistemas, ainda que fundada na dignidade da pessoa humana, refira-se de maneira mais próxima às situações existenciais concretas do que o fazia o sujeito do Código Civil, ainda assim, ter-se-á um alto grau de abstração promovida pelo Direito. Isso porque o sujeito-consumidor, o sujeito-locatário, o sujeito-idoso, o sujeito-criança são apenas padrões, tipos ideais compostos por um conjunto de direitos subjetivos. Esses tipos são ideais e abstratos porque se fundamentam no conceito personalista-cristão de Bem Comum pelo qual cumpre ao Direito efetivar uma distribuição eqüitativa de direitos subjetivos. Como reiteradamente visto, esses direitos são abstratos e conformam uma tutela abstrata dos seres humanos, reproduzindo uma manifestação de indivíduo universalizado que não é evitada pela referência àquele sentido de Bem Comum.

Há, ainda, um aspecto que se deve destacar quanto à abstração do modelo jurídico Moderno: entre uma das conseqüências dessa abstração pode-se apontar a possibilidade de ela ensejar um controle político dos comportamentos. Tanto no caso dos protestantes (Parecer de Portalis) como das uniões afetivas entre homossexuais, a ausência de tutela jurídica ao relacionamento afetivo desses grupos sociais reproduz, por evidente, no espaço jurídico, a discriminação social do qual eles são vítimas.

Por outro lado, o reconhecimento jurídico das relações afetivas desses grupos também pode operar um controle comportamental na medida em que a proteção jurídica depende que essas relações sejam remetidas aos padrões legais construídos com base em outros tipos de relações afetivas. Para exemplificar: as relações entre homossexuais, para serem tuteladas, são remetidas ao padrão legal da união estável que foi construído conforme o padrão de relações heterossexuais que se caracterizam pela bigamia, pela coabitação, pela formação de um patrimônio familiar comum etc. A remissão das relações homossexuais ao padrão legal da união estável pode resultar em uma violência contra as eventuais especificidades da afetividade pertinente a essas relações.

O exemplo das relações homossexuais também parece ser interessante para exemplificar a insuficiência da tutela jurídica baseada nos microssistemas para superar o problema da abstração. Isso porque um microssistema de Direito de Família que regulasse as relações entre homossexuais acabaria por deixar de incluir outras formas de relacionamentos existentes na sociedade: a busca por previsibilidade e segurança do modelo jurídico Moderno que se baseia na previsão normativo-estatal de um conjunto de direitos subjetivos que padronizam certas situações jurídicas conduz, inevitavelmente, a esse resultado excludente da diversidade.

Nesse sentido, a decisão da Corte de Cassação quanto à indenização da criança deficiente, ao se originar da responsabilidade contratual, demonstra que a dignidade da pessoa humana não rompe com modelo jurídico da Modernidade fundado sobre segurança e a previsibilidade, que enseja o conflito entre abstração e contingência. Porém, essa decisão demonstra, sobretudo, que esse modelo é dotado de uma

insuficiência para dar respostas jurídicas satisfatórias à diversidade dos casos concretos até mesmo porque a conjugação entre previsibilidade e abstração promove a submissão da diversidade aos padrões legais. Por isso, no caso da criança deficiente, a solução jurídica, ainda que pautada pela dignidade da pessoa humana, foi submetida ao modelo patrimonialista da responsabilidade civil tal como se houvesse um direito subjetivo de não-nascer deficiente.

A deficiência, para ser tutelada pelo modelo jurídico Moderno, teve de ser equiparada ao resultado de um ato ilícito do médico e do laboratório que ofendeu um direito subjetivo da criança deficiente. Essa construção da Corte de Cassação demonstra a insuficiência do modelo jurídico Moderno, pois, para decidir, houve a necessidade de subsumir-se a complexidade da situação apresentada à lógica patrimonialista e ressarcitória dos direitos subjetivos.

Quanto à antinomia do homem e do cidadão, da funcionalização do público ao privado, do Estado à economia capitalista, também parece possível afirmar que ela não é superada pela constitucionalização do Direito Civil e pela normatização da dignidade da pessoa humana. Ao manter-se a tutela jurídica fundada sobre os direitos subjetivos tutelados pela lei, mantém-se essa antinomia. Os argumentos do Acórdão relativo ao reconhecimento das uniões entre homossexuais para fins previdenciários exemplifica: assim como os protestantes (Parecer de Portalis) “compravam” suas garantias legais pelos serviços prestados e em igualdade com os católicos, os homossexuais “compram” sua proteção previdenciária mediante o pagamento de suas contribuições em igualdade com os heterossexuais. Tanto em um caso como no outro, a tutela dos direitos subjetivos está vinculada à atividade econômica desempenhada pelos tutelados e preservada pelo Estado mediante a proteção jurídico-legal.

Além disso, o deslocamento do Direito Civil para a Constituição não supera essa antinomia. Primeiro, porque é muito simplista o argumento de que a tutela constitucional (âmbito tradicional do Direito Público) do Direito Civil romperia com a *summa divisio* entre público e privado. Após, porque a Modernidade fundamenta-se sobre a funcionalização do público (Estado) à atividade econômica (privado) e essa

funcionalização expressa-se na estrutura dos direitos subjetivos que, por sua vez, é reafirmada pela constitucionalização do Direito Civil.

Do todo até aqui concluído, não se pode afirmar que essas situações (como a da união entre homossexuais) devam permanecer sem proteção jurídica. Também não significa que a tutela ofertada na tentativa de reduzir as vulnerabilidades associada à dignidade da pessoa humana não possua benefícios. Apenas significa que essa tutela tem suas limitações e, sobretudo, que ela não rompe com o modelo jurídico criado na Modernidade, fundamentalmente, pela Modernidade Iluminista.

A percepção de que os microssistemas, a constitucionalização do Direito Civil e a dignidade da pessoa humana não alteram de modo significativo o modelo jurídico da Modernidade Iluminista deve promover uma postura cética do jurista perante o seu objeto de conhecimento e instrumento de poder. Significa reconhecer que a tutela jurídica difundida pelo modelo Iluminista tem pouca potencialidade para a transformação das relações sociais justamente porque o modelo dessa tutela está associado à previsibilidade e segurança jurídicas que, por si só, são elementos que visam à conservação e não à mudança.

O reconhecimento dessas limitações faz concluir-se que as transformações do modelo jurídico Moderno quanto ao respeito à diversidade da existência e, sobretudo, à solidariedade na diversidade da existência dependem de que a própria sociedade, os seres humanos que a compõem transformem-se. Parece não ser a imposição normativa capaz de promover essas transformações. Ademais, esse reconhecimento faz com que o jurista identifique-se como um instrumento das estruturas de poder ao legitimar, pela aplicação do Direito, o controle dos comportamentos funcionalizados a essas estruturas (como no caso dos casamentos entre protestantes e das uniões entre homossexuais).

CONCLUSÃO

O advento da noção de indivíduo, na Filosofia, engendrou a luta contra a percepção da realidade como contingência, que é inaugurada no pensamento de Ockham por meio do conceito de *poder ordenado de Deus*.

A realidade contingente do indivíduo conduziu, na Modernidade, à elaboração de uma categoria explicativa do real pautada sobre a noção de ordem e identificada a características universalizadas do indivíduo humano, que passa à condição de sujeito. A estrutura cognitiva universal do *cogito* cartesiano e do sujeito kantiano exemplificaram essa problematização filosófica.

O sujeito filosófico, então, apresenta o ser humano como fundamento da ordem do real. Contudo, simultaneamente, o ser humano também é sujeitoado, submetido a essa ordem do real, no momento em que é representado pelo sujeito, porque, para tanto, abstraem-se características contingentes do indivíduo e se universalizam, arbitrariamente, outras. Apenas desse modo, a ordem da realidade pode ser internalizada às estruturas cognitivas do humano e pode ser representada universalmente. Por isso, pôde-se entender que a subjetividade filosófica moderna expressa esses dois momentos: o do *fundamento* e o da *sujeição*.

A mesma dificuldade foi percebida na formação do pensamento político-jurídico Moderno de base hobbesiana, para o qual a realidade humana é imaginada como se composta apenas por indivíduos, evitando-se a contingência e o caos na compreensão dessa realidade a partir de dois procedimentos. Um, pela universalização de características do indivíduo humano (os indivíduos humanos são grafados pela propriedade, pela liberdade e pela igualdade); outro, pela concepção desse indivíduo universalizado como o fundamento da Política (donde a idéia do direito de resistência contra o Poder que não satisfaz os indivíduos universalizados), identificando-a com o Estado ao qual esse indivíduo se submete. Nisso, expressam-se os dois momentos da subjetividade filosófica que são partilhados pela subjetividade jurídica: o sujeito é *fundamento* da ordem jurídico-política-estatal e, simultaneamente, é *submetido, assujeitado* a ela.

Nessa estrutura do sujeito, notaram-se suas antinomias que, antecipadas na síntese kantiana, foram melhor desenvolvidas na análise do pensamento político hobbesiano e da transmutação do conceito de liberdade hobbesiano para a noção de direito subjetivo: a *antinomia da abstração* no tratamento jurídico das situações existenciais concretas e a *antinomia da funcionalização* do Estado à atividade econômica capitalista.

A Modernidade inaugura a era da contingência, mas, antinomicamente, ao criar a universalidade do humano e exaltar a sua racionalidade recém-decoberta, nega essa contingência para assegurar a ordem do real. O sujeito de direito é a forma que efetiva essa ordem no campo das relações jurídico-políticas. Nisso consiste a primeira antinomia que se expressa, sobretudo, na estética racionalista e abstrata e no voluntarismo rousseauiano (alienação da individualidade em prol do Estado como *Vontade Geral*) que sombreiam os Códigos Civis Modernos ao tratarem do sujeito de direito e sua vontade.

A segunda antinomia resulta do procedimento pelo qual o sujeito, em uma perspectiva humanista, manifesta-se como o fundamento da ordem jurídico-política, porque é o titular de direitos subjetivos que devem ser tutelados pelo Estado por meio da lei, que é expressão da Vontade Geral e que reconhece na sua base a vontade desse sujeito. Como esse sujeito é a universalização do indivíduo, segundo as características do indivíduo proprietário e capitalista, o direito subjetivo conforma-se aos interesses patrimoniais, cumprindo à lei estatal efetivar a segurança jurídica para o exercício desses interesses, nos moldes da lei civil hobbesiana.

Vale dizer, se o indivíduo proprietário-capitalista é o fundamento da ordem política-estatal, cumpre ao Estado ser um instrumento para atender aos interesses desse indivíduo. A estrutura do direito subjetivo e da lei civil denunciam essa funcionalização e, historicamente, o processo codificatório também é o ápice da concretização histórica dessa antinomia, pois os Códigos Civis oitocentistas, dentre outras características, atendem justamente à segurança jurídica necessária ao modo capitalista de produção. Logo, já que o Estado está funcionalizado à atividade

econômico-capitalista, a representação da política como espaço público autonomizado em relação ao espaço privado é antinômica porque não tem qualquer amparo.

Por tais razões, optou-se, nesta dissertação, pela análise do momento estrutural do sujeito de direito, evitando-se uma definição autopoiética e dogmática dessa categoria, descortinando o significado da identificação entre sujeito de direito e ser humano. Não se trata de uma identificação aleatória, mas de uma identificação que resulta de um processo de universalização de características do indivíduo humano que asseguram ordem no entendimento das relações humanas e, simultaneamente, asseguram, no mundo prático, ordem e segurança para os desempenhos econômicos.

As críticas de Marx e Burke foram elucidativas dessas antinomias ao denunciarem, com respaldo em análises *externas* ao discurso jurídico, isto é, não-dogmáticas ou autopoiéticas, a abstração do sujeito de direito e a maneira pela qual essa categoria, aliada à lei estatal e aos direitos subjetivos, traduz a tutela da atividade econômico-capitalista.

A dissertação, contudo, na linha metodológica apontada por Edelman, ambicionou analisar também o discurso dos juristas e o modo com que estes visualizam as antinomias contidas na subjetividade jurídica. Ao se analisar esse aspecto funcional do sujeito de direito, destacaram-se as percepções de Portalis e de Savigny quanto aos efeitos práticos e nefastos da antinomia da abstração da subjetividade jurídica no trato das situações existenciais concretas.

Com Savigny, essa questão é ressaltada na sua rejeição do direito de domínio sobre o próprio corpo. A estrutura abstrata e apropriatória do direito subjetivo, para o pandectista alemão, poderia conduzir à legitimação do suicídio: vale dizer, a racionalidade do sujeito de direito não pode disciplinar este problema prático da tutela corporal.

Portalis, por sua vez, no debate legislativo acerca do Código Civil Francês, sustenta a possibilidade de rescisão de contratos de compra e venda de imóveis em virtude do instituto jurídico da lesão, justificando que a ausência de reciprocidade concreta entre preço e coisa implica a ausência de causa que sustente a permanência do

vínculo contratual. Para Portalis, no campo contratual, o direito positivo deve tutelar os direitos subjetivos em conformidade com a equidade concreta entre os contratantes. Ora, esse argumento foi combatido na discussão legislativa, justamente, porque perturba a lógica contratual, que consiste na abstração em face da operação econômica concreta firmada entre os contratantes para garantir segurança jurídica a todas as operações econômicas. A equidade requisitada por Portalis é o clamor da realidade para o Direito.

Ambas as posições – a de Portalis e a de Savigny – relacionam-se com a percepção da abstração da subjetividade jurídica e do Direito Moderno, mas, ambas, diversamente da crítica *externa* marxiana, por exemplo, não rejeitam esse modelo de juridicidade. Ao contrário, reafirmam-no. Savigny afasta uma espécie de direito subjetivo, mas não rejeita a estrutura e a função do direito subjetivo. Portalis não prescinde da necessidade de efetivar-se a segurança jurídica no trato das relações econômicas, pois a rescisão contratual apenas seria permitida se prevista na lei.

O Parecer de Portalis acerca do casamento dos protestantes, após a revogação do Edito de Nantes, e da prescrição estatal de que apenas os casamentos celebrados perante a Igreja Católica seriam dotados de efeitos legais, é objeto de análise mais detida. O Parecer denuncia que a ausência de tutela jurídica às uniões entre protestantes representa uma abstração do direito positivo contrária à equidade e ao humanismo que, segundo Portalis, devem reger o Direito. Porém, de maneira mais evidente do que as discussões de Portalis e de Savigny acima expostas, o Parecer reafirma o modelo da juridicidade Moderna, apesar de criticá-lo em alguns aspectos.

A argumentação de Portalis baseia-se em dois fundamentos, para sustentar a legalidade do casamento entre protestantes: as uniões entre protestantes devem ser protegidas, apenas na medida em que reproduzem as características do casamento católico (monogâmico e procriador) e na medida em que essa proteção é necessária à segurança econômica das famílias protestantes e, sobretudo, necessária à segurança econômica da nação francesa.

A conclusão de Portalis, apesar de humanista, reproduz as antinomias da subjetividade jurídica: os protestantes apenas se valem de proteção jurídica aos seus casamentos caso se enquadrem no modelo de “subjetividade matrimonial-católica” (antinomia da abstração) e essa proteção representa, por meio do direito positivo, a funcionalização do Estado à atividade econômico-capitalista. Isso porque a proteção tem como segundo pressuposto a preocupação com a segurança econômica: para que esta se efetive, o regime jurídico-patrimonial das normas jurídicas pertinentes ao casamento deve ser estendido aos protestantes, uma vez que sua atividade econômica é de grande relevância para a nação (na expressão adaptada de Portalis, *os protestantes compram, diariamente, as leis por meio de seus serviços*).

Dessa primeira análise estrutural e funcional do sujeito de direito, conclui-se que os juristas do período de formação do Direito Moderno, ao pretenderem superar aspectos de suas antinomias, acabam, em verdade, por reproduzi-las: a abstração da subjetividade assentada sobre os direitos subjetivos e a efetivação da segurança jurídico-econômica fundada sobre a lei civil. Diante disso, examinou-se o discurso personalista contemporâneo da corrente do Direito Civil-Constitucional, que defende a repersonalização das relações jurídicas, para verificar se ele estaria apto a superar as antinomias concentradas na subjetividade jurídica, ou se ele, inadvertidamente, estaria contribuindo para conservar estas mesmas antinomias ao reforçar a universalidade do sujeito de direito com base na dignidade da pessoa humana.

O estudo estrutural do conceito de *pessoa* foi realizado com base no pensamento cristão de Maritain, tendo-se identificado em sua reflexão a tentativa de concretizar a representação jurídica do ser humano mediante a funcionalização dos direitos subjetivos às necessidades reais e morais do ser humano. A dignidade da pessoa humana seria o catalisador desse processo porque ela significa o caráter transcendente e místico que envolve o humano e que, em virtude da comunhão cristã, impõe limites funcionais ao exercício dos direitos subjetivos. Ao mesmo tempo, no pensamento de Maritain, a oposição entre público e privado restaria superada por meio da noção de *Bem Comum*, entendido como a distribuição eqüitativa de bens sociais mediante o reconhecimento dos direitos subjetivos e fundamentais dos seres humanos.

A corrente do Direito Civil-Constitucional, ao retomar concepção *personalista do Direito*, reproduz esses argumentos do pensamento de Maritain e, diante disso, ainda no momento da análise estrutural dessa *repersonalização*, notou-se que ela seria insuficiente para superar as antinomias da subjetividade e do Direito Modernos. A *repersonalização*, seguindo a proposta de Maritain, mantém o modelo dos direitos subjetivos como centro da tutela jurídica do sujeito abstrato universal (porque dotado de dignidade) e, como se demonstrou no Capítulo II, a estrutura do direito subjetivo está inevitavelmente atrelada às duas antinomias do Direito Moderno (a abstração em face das situações existenciais concretas e a funcionalização do Estado à atividade econômica). Ao se constatar que a *repersonalização* reafirma o modelo dos direitos subjetivos, conclui-se que ela também reitera as suas conseqüências antinômicas.

No Brasil, a tutela da dignidade da pessoa humana é norma com assento constitucional, o que associa a *repersonalização do Direito* com a *constitucionalização do Direito Civil*. Por esse processo, a corrente do Direito Civil-Constitucional sustenta a ressystematização do direito positivo que implicaria a superação da oposição entre Direito Público e Direito Privado. Concluiu-se pela incoerência dessa argumentação porque foi demonstrado que, na Modernidade, não há distinção entre público e privado, apresentado-se o Estado como instrumento da atividade econômica que se realiza no interesse do sujeito e seus direitos. Ora, a diferenciação tópica da matéria tradicionalmente denominada como privada não altera esse panorama funcional do Estado, assim como a antinomia permanece com a preservação da tutela jurídica fundada sobre os direitos subjetivos, o que não é descartado pela *constitucionalização do Direito Civil*.

Sob o enfoque funcional da *repersonalização*, analisou-se o discurso jurídico contemporâneo laicizado acerca da dignidade da pessoa humana, problematizando-o. Para chegar-se à conclusão da relatividade do conceito e da funcionalidade normativa da dignidade da pessoa humana, fez-se a leitura analítica das decisões do Conselho de Estado e da Corte de Cassação Franceses acerca do “lançamento de anão” e da responsabilidade civil médica em virtude de ausência de informação que propiciaria o

aborto terapêutico de criança deficiente. No primeiro caso, a dignidade da pessoa humana não estaria atrelada aos direitos subjetivos e teria um caráter transpessoal. Já na segunda situação, a da responsabilidade civil, a dignidade da pessoa humana é associada aos direitos subjetivos. Inegável, portanto, a relatividade semântica da dignidade da pessoa humana.

Nesse segundo caso, a relatividade do sentido manifesta-se de modo ainda mais contundente, pois a tutela da dignidade da pessoa humana poderia originar decisões diversas entre si: uma, reconhecendo a necessidade de reparar o dano causado (já que a reparação permitiria uma vida mais digna à criança deficiente) e outra, afastando a possibilidade de reparação (por considerar ofensiva à dignidade a reparação em virtude de ato que deu origem à vida do deficiente). Mais do que isso, nesse segundo caso, demonstrou-se que a dignidade da pessoa humana atrelada aos direitos subjetivos é reconduzida a instrumento de segurança jurídica típica das relações patrimoniais. Toda a discussão da Corte de Cassação reduziu-se a valer-se da dignidade da pessoa humana para estabelecer o dever, ou não, de reparação patrimonial por parte do médico e do laboratório que poderiam ter evitado o dano à criança deficiente, prestando as informações necessárias para o aborto terapêutico. Com isso, restou evidenciada a pluralidade semântica da dignidade da pessoa humana e apontou-se como a norma da dignidade da pessoa humana serve à abstração do Direito necessária para a segurança econômico-jurídica.

Para aprofundar a análise da dignidade da pessoa humana, efetivou-se uma comparação entre esse discurso humanista contemporâneo e o discurso humanista do Parecer de Portalis. No Acórdão relativo à extensão dos benefícios previdenciários aos companheiros homossexuais, concluiu-se que a dignidade da pessoa humana reiterou o mesmo modelo das respostas antinômicas que foi elaborado por Portalis no século XVIII.

Se, no Parecer, os protestantes poderiam ver reconhecidos seus casamentos em virtude de seus serviços e da necessidade de segurança econômica, no Acórdão, para os homossexuais, também teriam reconhecidas suas uniões (ao menos como equiparadas às uniões estáveis), porque contribuem economicamente para a percepção

dos benefícios previdenciários. Em ambas as situações, o Estado oferta a sua tutela jurídica em função dos relevantes aspectos econômicos que essa tutela representa para a sociedade. Aqui, tem-se a reprodução da antinomia da funcionalização do Estado à atividade econômica.

Com outro enfoque, demonstrou-se que as duas conclusões, a do Parecer e a do Acórdão, conduzem a uma reiteração da antinomia da abstração da subjetividade jurídica quanto às situações existenciais concretas. No Parecer, porque as uniões entre protestantes, para serem tuteladas, devem adequar-se aos padrões normativos do casamento católico. No caso dos homossexuais, porque para que possam valer-se da tutela previdenciária, devem comportar-se segundo o padrão normativo da união estável, tipicamente construída segundo as uniões heterossexuais. A dignidade da pessoa humana, que possibilitaria uma tutela efetiva e concreta das uniões homossexuais, revela-se, em verdade, uma forma de controle comportamental ao condicionar essa tutela à sujeição das uniões homossexuais concretas ao modelo abstrato legal.

Disso tudo, concluiu-se que, dificilmente, seja possível sustentar que a *constitucionalização do Direito Civil* e a *repersonalização do Direito*, amparadas no princípio da dignidade da pessoa humana, estejam aptas a superar as antinomias da subjetividade jurídica.

Apesar de apontar as antinomias estruturantes e a funcionalização instrumental do Direito aos processos técnicos que as reforçam e as ocultam, esta dissertação não acolhe um niilismo que concluiria que essas situações como a dos homossexuais devam permanecer sem a tutela jurídica típica do Direito Moderno e nem que essas tentativas de realizar uma tutela concreta sejam inúteis. A dissertação, diversamente, tem um objetivo cético-problematizador para reconhecer que a transformação do modelo jurídico Moderno não depende apenas de modificações legislativas, mas, possivelmente, de transformações sociais mais amplas que não são dependentes do discurso dos juristas e que seriam capazes de alterar as bases estruturais sobre as quais

se assenta a Modernidade. Disso conclui-se também que o estudo do Direito e da sua funcionalidade social não pode apenas estar adstrito ao discurso jurídico, embora dele não possa prescindir.

Para superar os dogmatismos, cujas tintas resistentes encobrem a moldura civilística contemporânea, é necessária a tonalidade crítica assumida por esta dissertação e que pode ser expressada por uma imagem tirada de “O Nome da Rosa”. Após o incêndio da Biblioteca, Guilherme de Baskerville lamenta ter sido aquela a maior biblioteca da cristandade e afirma que, em virtude disso, o Anticristo estaria próximo, sendo que naquela noite do incêndio, Guilherme e seu fiel Adso teriam visto seu vulto. Adso questiona quem seria o vulto do Anticristo e Guilherme responde que seria Jorge, o padre que causou o incêndio e que envenenava aqueles que liam o livro de Aristóteles que falava sobre o riso humano; riso que, para Jorge, era considerado uma deformação do ser humano. Em seguida, Guilherme adverte Adso:

O Anticristo pode nascer da própria piedade, do excessivo amor a Deus ou da verdade, como o herege nasce do santo e o endemoninhado do vidente. Teme, Adso, os profetas e os que estão dispostos a morrer pela verdade, pois de hábito levam à morte muitíssimos consigo, frequentemente antes de si, às vezes em seu lugar. Jorge cumpriu uma obra diabólica porque amava tão lubricamente a sua verdade, a ponto de ousar tudo para destruir a mentira. Jorge temia o segundo livro de Aristóteles porque este talvez ensinasse realmente a deformar o rosto de toda verdade, a fim de que não nos tornássemos escravos de nossos fantasmas. Talvez a tarefa de quem ama os homens seja fazer rir da verdade, *fazer rir a verdade*, porque a única verdade é aprendermos a nos libertar da paixão insana pela verdade.⁴⁴⁹

Por isso, para superar o *mal* que se potencializa em todo dogmatismo, exorta-se ao pensamento crítico que problematize a realidade das transformações postuladas pela *repersonalização do Direito* em relação ao Direito Moderno e à civilística oitocentista e que, para além, examine a dinâmica social dessa *repersonalização* com a paixão daqueles que riem da verdade. O riso do dogmatismo exorta para que o tempo dos conceitos, o tempo do *sujeito de direito* seja exposto.

⁴⁴⁹ Eco, Umberto. **O nome da rosa**. Tradução de Aurora Fornoni Bernardini e Homero Freitas de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983. p.551-552.

As tintas que encobrem o retrato da civilística contemporânea revelam, porém, a imagem do sujeito de direito apenas a si próprio, tal como um Dorian Gray⁴⁵⁰ que, para preservar seu corpo do tempo, condena sua alma à clausura das tintas do próprio sentimento de culpa originado da existência que só conhece uma identidade rala por que esvaziada de toda alteridade. O sujeito de direito deve ser nutrido do próprio sangue de sua irrealidade, confrontando-o com os fantasmas encerrados em sua sombra.

O Direito oculta o Direito como Dorian, no retrato, ocultava-se de si próprio: é tempo de apunhalar o retrato ...

⁴⁵⁰ WILDE, Oscar. **O retrato de Dorian Gray**. Tradução de Oscar Mendes. São Paulo: Círculo do Livro, ?. 280 p.

REFERÊNCIAS

- ALONSO, Fernando H. Llano. Racionalidad, universalidad y derecho en Immanuel Kant. **Revista Internazionale Di Filosofia Del Diritto**, Milano, série V, anno LXXIX, n.º 4, p.507-534, ottobre /dicembre 2002.
- ALQUIÉ, Ferdinand. **Galileu, Descartes e o mecanismo**. Lisboa: Gradiva, 1987. p.44-49; 59-79.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.213-243.
- ANDRADE, Fábio Sibeneichler de. **Da Codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.69-78; 91-99; 111-143.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. v.1. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p.1-43.
- ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du code civil français**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969. p.1-21; 61-73; 95-97; 111-114; 121-147; 153-159; 163-167; 171-178; 197-220.
- BERMAN, Harold J. **La formación de la tradición jurídica de occidente**. Traducción de Mónica Utrilla de Neira. [S.l.]: Fondo de Cultura Económica, 1996. p.310-348.
- BOEHNER, Philotheus; GILSON, Etienne. **História da Filosofia Cristã**: Desde as origens até Nicolau de Cusa. Tradução e nota introdutória de Raimundo Vier O. F. M. Petrópolis: Vozes, 1970. p.533-551.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p.129-238.
- BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.
- BRASIL. Código Civil. Lei n. 3.071, de 1.º de janeiro de 1916.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.
- BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.
- BRASIL. Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3.º do art. 226 da Constituição Federal.
- BRASIL. Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.)
- BRASIL. Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei n.º 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n.º 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n.º 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.)

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.^a Região. Apelação Cível n.º 2000.71.00.009347-0/RS. Acórdão de 27 jul. 2005. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Ministério Público Federal, Grupo pela Livre Orientação Sexual – Nuances, Grupo Gay da Bahia - GGB. Relator: Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira. Disponível em: http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/pdf_it.php?num_proc_trf4=2000_71000093470&seq_fase=77>. Acesso em: 21 dez. 2005.

BURKE, Edmund. Reflexiones sobre la Revolución Francesa. In: _____. **Textos Políticos**. Versión española e introducción de Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1942. p.91-97; 132-149.

CARLYLE, A. J. La notion de “contrat” dans les doctrines politiques. **Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique**, Paris, n.º 1-4, p.77-84, 1940.

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica** – seu sentido e limites. 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981. 101p.

CASSIRER, Ernst. **A questão Jean-Jacques Rousseau**. Tradução de Erlon José Paschoal. São Paulo: Editora UNESP, 1999. 141p.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **Rousseau – Vida e Obra**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p.05-11. (Os Pensadores)

CLAIR, André. Aliénation de droits et institution de l’Etat selon Hobbes. **Archives de philosophie du droit**, Paris, Tome 25, p.305-324, 1980.

COPELSTON, Frederick. **Historia de la filosofía**. Traducción de Juan Carlos García Borrón. 5.ed. Barcelona: Ariel, 2004. v.III: de Ockham a Suarez. p.11-32;52-124.

CORDEIRO, António Menezes. **Teoria Geral do Direito Civil**. v.1. 2.ed. rev. e actual. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1994. p.291-354.

DESCARTES, René. **As Paixões da Alma**. Tradução de: Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p.105-232. (Os Pensadores)

_____. **Discurso sobre o método**. Tradução de: Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p.35-100. (Os Pensadores)

_____. **Meditações**. Tradução de: Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p.235-334. (Os Pensadores)

DUFOUR, Alfred. La notion de loi dans l’Ecole du Droit naturel moderne: Etude sur les sens du mot loi chez Grotius, Hobbes et Pufendorf. **Archives de philosophie du droit**, Paris, Tome 25, p.211-224, 1980.

ECO, Umberto. **O nome da rosa**. Tradução de Aurora Fornoni Bernardini e Homero Freitas de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983. 562p.

EDELMAN, Bernard. **La personne en danger**. Paris: PUF, 1999. p.1-107;505-550.

_____. **O direito captado pela fotografia**: elementos para uma teoria marxista do direito. Tradutores: Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976. 210p.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p.205-255.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa.** Madrid: Alianza, 1995. p.11-96.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.1-18.

FRANÇA. Code Civil.

FRANÇA. Conseil d'Etat. Lecture du 27 du octobre 1995. Contentieux n. 143.578. VILLE D'AIX-EN-PROVENCE e Fun Production, M. Wackenheim. Relatora: Mlle. Laigneu. 27 out. 1995. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/Aspad/UnDocument?base=JADE&nod=JGXCX1995X10X0000043578>>. Acesso em: 15 set. 2005.

FRANÇA. Cour de Cassation. Arrêt du 17 novembre 2000. Pourvoir n. 99-13.701. M. P... (*agissant tant en son nom personnel qu'en sa qualité d'administrateur légal des biens de son fils mineur Nicolas*), Mme P... e Mutuelle d'assurance du corps sanitaire français, M. X..., la Mutuelle des pharmaciens, le Laboratoire de biologie médicale d'Yerres, la Caisse primaire d'assurance maladie de l'Yonne. Relator: M. Pierre Sargos. Disponível em: <<http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-13701rap.htm>>. Acesso em: 13 set. 2005.)

FRANÇA. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

GALLEGO, Elio A. **Tradición jurídica y derecho subjetivo.** Madrid: Dykinson, 1996. p.17-33; 51-114; 127-150.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo.** Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p.11-33.

GIANNOTTI, José Arthur. **Marx – Vida e Obra.** São Paulo: Nova Cultural, 1999. p.05-19. (Os Pensadores)

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito.** Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p.565-584.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro.** São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.1-48.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno.** Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.1-114.

_____. Loi civile et obéissance dans l'Etat-Léviathan. In: ZARKA, Yves Charles; BERNHARDT, Jean (Publié sous la direction de). **Thomas Hobbes: Philosophie première, théorie de la science et politique.** Paris: PUF, 1990. p.289-304.

GUELLEY, Robert. **Philosophie et Théologie chez Guillaume d'Ockham.** Louvain: É. Nauwelaerts/ Paris: J. Vrin, 1947. p.68-129; 313-354.

HELLER, Ágnes. La “primera” y la “Segunda” ética de Kant. In: _____. **Crítica de la Ilustración: las antinomias morales de la razón.** 2.ed. Traducción de Gustau Muñoz y José Ignacio López Soria. Barcelona: Ediciones Península, 1999. p.21-96.

HESAPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia.** [S.l.]: Publicações Europa-América, 1997. p.176-200.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil.** Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p.107-251. (Os Pensadores)

JASPERS, Karl. **Descartes y la Filosofía**. Traducción por Oswald Bayer. Buenos Aires: Leviatán, 1958. 122p.

JAUME, Lucien. **Hobbes et l'État représentatif moderne**. Paris: PUF, 1986. 236p.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003. 335 p.

_____. A paz perpétua – um projecto filosófico. In: _____. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, ?. p.119-171.

_____. Sobre a expressão corrente: isto pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática. In: _____. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, ?. p.73-92.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Traduzida do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, ?. 117p.

_____. Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita. Tradução: Rodrigo Naves, Ricardo R. Terra. In: TERRA, Ricardo R. (Org.). **Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.01-22.

_____. **Prolegômenos a tôda metafísica futura que possa apresentar-se como ciência**. Introdução, tradução e notas de António Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959. 218p.

_____. Sobre um suposto direito de mentir por amor à humanidade. Tradução do original alemão por: Floriano de Sousa Fernandes. In: _____. **Textos seletos**. Petrópolis: Vozes, 1974. p.118-129.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. Revisão para a edição brasileira: Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p.138-204.

LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. Tradução de Fátima Sá Correia; Maria Emília V. Aguiar; José Eduardo Torres e Maria Gorete de Souza. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.72; 143; 347; 466; 481; 926; 1268.

LEÃO XIII. Rerum Novarum. In: **A doutrina social da Igreja**. Tradução: ?. Rio de Janeiro: Laemmert, 1968. p.147-207.

LEBRUN, Gérard. Uma escatologia para a moral. Tradução: Renato Janine Ribeiro. In: TERRA, Ricardo R. (Org.). **Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.69-105.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: Origem e Evolução do Casamento**. Curitiba, Juruá, 1991. p.263-322.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **O Direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p.53-81.

_____. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n.141, p. 99-109, jan./ mar., 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Ed. 34/EDESP, 2004. p.19-25; 106-127.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p.42-68.

MARITAIN, Jacques. **Humanismo Integral**: Uma Visão Nova da Ordem Cristã. Tradução de Afrânio Coutinho. 4.ed. São Paulo: Dominus, 1962. p.3-29.

_____. **Os direitos do homem e a lei natural**. Tradução de Afrânio Coutinho. 3.ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editôra, 1967. 112p.

_____. **Trois réformateurs**: Luther – Descartes – Rousseau. Nouvelle édition revue et augmentée. Paris: Librairie Plon, 1925. p.75-325.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 1109p.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.169-270.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O conteúdo do novo código em suas diretrizes fundamentais. In: _____. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.87-185.

MARX, Karl. **A questão judaica**. Tradutor: Silvio Donizete Chagas. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2005. p.13-51.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. **Contribuição ao personalismo jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.203-240.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.67-89; 123-182.

MONTEIRO, João Paulo. **Hobbes – Vida e Obra**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p.05-19. (Os Pensadores)

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Direito Civil Constitucional. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Organizadora). **1988-1998**: uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.115-127.

MOUNIER, Emmanuel. **Écrits sur le personalisme**. Manifeste au service du personalisme. Manchecourt: Éditions du Seuil, 2000. p.15-212.

OCKHAM, Guilherme. **Brevilóquio sobre o principado tirânico**. Introdução de José Antônio de C. R. de Souza e Luis A. De Boni. Tradução de Luis A. De Boni. Petrópolis: Vozes, 1988. 194p.

OCKHAM, William of. **Seleção de obras**. Tradução: Carlos Lopes de Mattos. São Paulo: Nova Cultural, 1989. p.109-172. (Os Pensadores)

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família** (direito matrimonial). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990. p.127-292.

_____. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n.532, p.11-23, fev. 1980.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.1. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.141-144.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. 3.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.1-6; 33-37; 107-110; 153-157.

PESSANHA, José Américo Motta. **Descartes – Vida e Obra**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p.05-31. (Os Pensadores)

POLIN, Raymond. Indivíduo e comunidade. Tradução de Nelson Brissac Peixoto. In: QUIRINO, Célia Galvão; SOUZA, Maria Teresa R. de. (Organização, Introdução e notas). **O pensamento político clássico**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau. São Paulo: T. A. Queiroz, 1992. p.131-164.

_____. O indivíduo e o Estado. Tradução de Nelson Brissac Peixoto. In: QUIRINO, Célia Galvão; SOUZA, Maria Teresa R. de. (Organização, Introdução e notas). **O pensamento político clássico**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau. São Paulo: T. A. Queiroz, 1992. p.107-112.

_____. O mecanismo social no Estado civil. Tradução de Bento Prado Netto e Raquel Seixas de Almeida. In: QUIRINO, Célia Galvão; SOUZA, Maria Teresa R. de. (Organização, Introdução e notas). **O pensamento político clássico**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau. São Paulo: T. A. Queiroz, 1992. p.93-106.

_____. Hobbes et le citoyen. In: ZARKA, Yves Charles; BERNHARDT, Jean. (Publié sous la direction de). **Thomas Hobbes**: Philosophie première, théorie de la science et politique. Paris: PUF, 1990. p.327-337.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Consultation sur la validité des mariages des protestants en France. In: _____. **Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil, Par Jean-Étienne-Marie Portalis publiés par le Vicomte Frédéric Portalis**. Paris: Libraire de la Cour de Cassation, 1844. p.444-491.

_____. Discours et fragments d'opinions de Portalis. Extraits du registre des délibérations du Conseil d'État, à la date et suivant l'ordre des séances dans lesquelles ils ont été prononcés. In: _____. **Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil, Par Jean-Étienne-Marie Portalis publiés par le Vicomte Frédéric Portalis**. Paris: Libraire de la Cour de Cassation, 1844. p.393-395; 398-399; 404-417.

_____. Discours préliminaire sur le Projet de Code Civil présenté le 1^{er} Pluviose An IX par la Commission nommée par le Gouvernement Consulaire. In: _____. **Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil, Par Jean-Étienne-Marie Portalis publiés par le Vicomte Frédéric Portalis**. Paris: Libraire de la Cour de Cassation, 1844.. p.1-62.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. Algumas reflexões acerca da Constituição como lei fundamental do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, a. 29, n. 29, p.147-172, 1996.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**. 4.ed. São Paulo: Paulus, 1990. v.1: Antigüidade e Idade Média. p.611-636.

_____. **História da filosofia**. 2.ed. São Paulo: Paulus, 1990. v.2: do Humanismo a Kant. p. 16-32; 350-390.

_____. **História da filosofia**. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1991. p.729-732. v.3: do romantismo até nossos dias. p.723-740; 766-776.

RENAUT, Alain. **O indivíduo**: reflexão acerca da filosofia do sujeito. Tradução de Elena Gaidano. Rio de Janeiro: DIFEL, 1998. 112p.

RENAUT, Alain e SOSOE, Lukas. **Philosophie du droit**. Paris: PUF, 1991. p.257-273; 367-387.

RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo**: Hobbes escrevendo contra o seu tempo. [S.l.]: brasiliense, 1984. p.112-178.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p.51-243. (Os Pensadores)

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.97-118.

SELEME, Sérgio. **Averiguação oficiosa da paternidade**: a caminho da implementação do direito de família constitucional do Brasil. Curitiba, 2000. f.14-33. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. **Jacques Maritain** Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/maritain/>>. Acesso em: 23 out. 2005.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del Derecho Romano Actual**. Tomo Primero. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, ?. p.61-77; 257-265.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.23-54.

_____. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.01-22.

TERRA, Ricardo Ribeiro. Algumas questões sobre a filosofia da história em Kant. In: _____. (Org.). **Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.23-67.

UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW SCHOOL. **Medallions & inscriptions**: Jean Domat (1625-1696). Disponível em: <<http://www.law.upenn.edu/about/history/medallions/domat/>>. Acesso em: 23 out. 2005.

VEGAS, Jesús L. Castillo. **Personalismo y derecho de propiedad**. Valladolid: Ediciones Grapheus, 1992. p.07-43.

VILLEY, Michel. Préface au “De Cive”. **Archives de philosophie du droit**, Paris, Tome 25, . p.285-304, 1980.

_____. Philosophie du droit de Burke. In: _____. **Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)**. Paris: Dalloz, 1976. p.126-127.

_____. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.125-177.

_____. **La formation de la pensée juridique moderne**: cours d’histoire de la philosophie du droit, nouvelle édition corrigée. 4. ed. Paris: ?, 1975. p.225-262; 507-521; 647-676.

_____. Le “Droit subjetif” et la science juridique romaine. In: _____. **Le droit et les droits de l’homme**. Paris: PUF, 1983. p.69-79.

ZARKA, Yves Charles. **L’autre voie de la subjectivité**: six études sur le sujet et le droit naturel au XVII^e siècle. Paris: Beauchesne, 2000. vii, 133p.

_____. **Philosophie et politique à l’âge classique**. Paris: PUF, 1998. p.123-134; 207-281.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Tradução: António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p.279-589.

WILDE, Oscar. **O retrato de Dorian Gray**. Tradução de Oscar Mendes. São Paulo: Círculo do Livro, ? . 280p.