

O JUSNATURALISMO CLÁSSICO

Giovanne Henrique Bressan Schiavon *

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2.O Jusnaturalismo. 3.O Estado e o Direito na Antigüidade. 3.1.Os Gregos. 3.1.1.A sofística. 3.1.2.Sócrates, Platão e Aristóteles. 3.1.3.O pensamento pós-aristotélico. 3.2.Os Romanos. 4.Conclusão. 5. Bibliografia.

SUMMARY: 1.Introduction. 2. Jusnaturalism. 3. State and Law in Antiquity. 3.1. The Greeks. 3.1.1. The Sophistic. 3.1.2. Socrates, Plato and Aristotle. 3.1.3. Post-aristotelian thought. 3.2. The Romans. 4.Conclusions. 5. Bibliography.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Jusnaturalismo. 3. Estado y ley en Antigüedad. 3.1. Los Griegos. 3.1.1. La Sofística. 3.1.2. Sócrates, Platón y Aristóteles. 3.1.3. Pensamientos Poste-aristotélicos. 3.2. Los Romanos. 4.Conclusiones. 5. Bibliografía.

RESUMO: Apresenta-se o modelo de racionalidade da Antigüidade, especificamente o pensamento grego e romano, como estrutura ética jurídica material influenciada pela filosofia.

ABSTRACT: The model of rationality by antiquity, especially the Greek's and Roman's thought is analyzed like ethical-material-juridical structure represented by philosophy.

RESUMEN: El modelo de la racionalidad por antigüedad, especialmente los pensamientos griego y romano es analizado como la estructura ético-material-jurídica representada por la filosofía.

PALAVRAS-CHAVE: Filosofia do direito. Jusnaturalismo. História do direito.

* Mestrando em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Professor do Curso de Direito da Faculdade Paranaense (FACCAR).

KEY-WORDS: *Jurisprudence. Philosophy. Jusnaturalism. Law's history.*

PALABRAS LLAVES: *Jurisprudencia. Filosofia. Jusnaturalismo. Historia de lo derecho.*

1. Introdução

O presente artigo traz alguns aspectos da história do pensamento humano contrapostos à doutrina do direito, com o objetivo de caracterizar a teoria do direito natural - em sua proposta original - o "jusnaturalismo clássico". A exposição é informal, não se preocupa fornecer datas e visa aclarar conceitos para exposições mais detalhadas que virão a seguir¹.

É certo que, cada época possui uma explicação própria do seu modo de viver. Ainda que em tais épocas não se tivesse a percepção sobre seu próprio viver, esse modelo de racionalidade, criado inconscientemente, guia os indivíduos, ou seja, o grupo se orienta a partir dessa autocompreensão dos fenômenos cotidianos².

Assim, busca-se identificar a racionalidade debatida pelos pensadores da antigüidade. Vale destacar que, se, de um lado, o direito, ao selecionar as condutas desejáveis, estabiliza a sociedade e por isso é adaptado, conforme a estrutura social evolui ou regride. Por outro lado, a filosofia tem-se esforçado, desde as suas origens, para explicar o mundo em sua totalidade, refletindo a racionalidade de cada época. Justifica-se, então, utilizar-se dos problemas versados por teorias filosóficas para apresentar um dado sistema jurídico³.

Assim, inicia-se pela conceituação do jusnaturalismo (1), para depois discutir a compreensão do direito e do Estado pelos antigos (2) especificamente dentre os gregos (2.1) - aqui destacados a sofística (2.1.1), Sócrates, Platão e Aristóteles (2.1.2) e o pensamento pós-aristotélico (2.1.3) - e os romanos (2.2). Para em conclusão, tecer considerações sobre as características do pensamento antigo.

¹ cf. FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. Trad. Fernando de Aguiar, 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 123: "(...) no estudo de sociedades antigas as épocas indicam-se mais facilmente pela sucessão das idéias e das instituições que pela seqüência dos anos (...)".

² sobre essa explicação de modelo de racionalidade cf. HANSEN, Gilvan Luiz. *Modernidade, utopia e trabalho*. Prefácio de Leonardo Prota. Londrina: CEFIL, 1999.

³ HABERMAS, Jürgen. *Teoría da acción comunicativa*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1988. p. 15. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social.

2. O Jusnaturalismo

A escola do direito natural, ou a teoria do jusnaturalismo, é uma corrente jusfilosófica que sustenta a existência de leis objetivas que espelham uma ordem preestabelecida e na possibilidade de seu descobrimento por meio da razão. Assim, a validade do ordenamento jurídico (ou o seu reconhecimento como um poder, pelos membros da comunidade) é obtida por meio de sua identificação com essa ordem superior objetiva⁴.

Conforme o sistema de idéias adotadas, divide-se os períodos do direito natural em três: clássico, teológico e racionalista (ou moderno). No jusnaturalismo clássico, no mundo antigo, com sua interpretação mítica da realidade, a razão aparece como meio de explicar o mundo em seu conjunto, a unidade na diversidade dos fenômenos. Esse pensamento oriental, ao final, é absorvido pelos romanos. Já no jusnaturalismo teológico - da Idade Média - a razão constitui-se no melhor caminho para se aceder à revelação divina. Gradualmente, as idéias cristãs incorporam influências germânicas, romanas e da filosofia oriental. Por fim, no jusnaturalismo moderno (ou racionalista) - resultado das idéias do renascimento e da ilustração - as teorias do contratualismo são resgatadas para fundamentar racionalmente o Estado.

Pode-se, então, indicar como característica comum às propostas do direito natural, referirem-se ao conjunto do mundo, da natureza, da história e da sociedade, no sentido de um saber totalizante. Acarretando no, que se acostumou denominar como, dualismo jurídico. Uma hierarquia de leis, segundo a qual o direito positivo permanece subordinado a moral, ou a um direito natural, recebendo dela sua orientação. Assim, na teoria do direito natural, idéias clássicas, a moral teológica e a moral racional se revezam como padrão para o discurso constituinte do direito. Na qual, a autonomia dos cidadãos coincide com a vontade livre de pessoas morais e o direito natural forma o núcleo do direito positivo.⁵

⁴ cf. BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1997. p. 60; OST, François. "Prólogo" apud FALCON Y TELLA, Maria Jose. *Concepto y fundamento de la validez del derecho*. Madrid: Civitas, 1994. p. 16; e, FARIÑAS DULCE, Maria José. *El problema de la validez jurídica*. ProL. Gregorio Peces-Barba, Madrid: Civitas, 1991. p. 39.

⁵ Importante esclarecer que, conforme a tradição kantiana a moral é constituída por normas universais que indicam o certo e o errado e que continuam valendo mesmo que ninguém do grupo as sigam Cf. PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia del derecho: moderna y contemporánea*. Trad. José Calvo Conzález. Madrid: Tecnos, 1999. p. 15-6: "No plano filosófico e no epistemológico, os postulados teóricos característicos do jusnaturalismo, enquanto doutrina do direito natural, conduzem a presumir a existência de um direito ulterior e distinto do direito positivo e vigente, e em tudo diferente a este último; em geral, se trata de um direito concebido com o propósito de constituir o fundamento éticonatural sobre o qual se apóia ou deveria apoiar o direito positivo... Devido a esta ótica cognitivista e objetivista, o jusnaturalismo é também prevalentemente um "derivacionista": de fato, não só considera possível conhecer universalmente verdades objetivas (como pertencentes à realidade da natureza, do ser, dos fatos), mas que delas *deriva* proposições normativas, preceitos: cai assim naquela *falácia naturalista*, que constitui um indevido salto lógico do ser ao dever ser". (tradução livre); vd. também, HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol. II, p. 309.

3. O Estado e o Direito na Antigüidade

Com apoio no conhecimento antropológico, é possível afirmar que o direito, enquanto instrumento que possibilita a vida em sociedade, precede o surgimento do poder político, organizado no Estado. As leis (o direito institucionalizado pelo Estado) e a administração (o poder do Estado organizado juridicamente) surgem simultaneamente, na forma de poder político. Diz-se então que, o desenvolvimento do direito resultou no poder político soberano, “*no qual o poder do Estado e do direito do Estado se constituem reciprocamente*”⁶.

Em sociedades tribais, não há procedimentos judiciais, os conflitos internos se sujeitam à vingança privada (desafio), ao misticismo, com a invocação ritual de forças mágicas (oráculo) e a mediação de um árbitro (a qual se apresenta como equivalente pacífico para a violência e a feitiçaria). O árbitro não tem jurisdição, nem pode conferir executoriedade para suas decisões, sua atuação é condicionada pela vontade das partes⁷.

Por isso, deve-se atentar à dificuldade existente para as populações primitivas fundamentarem sociedades regulares. Neste sentido Fustel de Coulanges sustenta que para o surgimento do vínculo social, ou seja, para a instituição de um comando que se fizesse acatar pela obediência, foi necessário algo mais forte do que a força material, a “crença”:

“(…) Nada de mais poderoso existe sobre a alma. A crença é obra do nosso espírito, mas não encontramos neste liberdade para modificá-la a seu gosto. (...) O homem pode dominar a natureza, mas está sempre sujeito ao seu próprio pensamento.”⁸.

3.1 Os Gregos

Antes de apresentar os sofistas, são necessárias algumas observações, o pensamento grego não começa com a sofística e nada do que os sofistas escreveram sobreviveu até o presente, as análises têm sido feitas a partir de seus comentadores ou opositores, especialmente pelos diálogos platônicos. Justifica-se a eleição da sofística, como ponto de partida, face ao momento histórico, de seu apogeu, marcar a entrada da Grécia em seu período de ilustração. No qual, a cultura grega se emancipa da religião e simultaneamente o poder político se democratiza.

⁶ HABERMAS, Jürgen. *op. cit.*, p. 233-4.

⁷ HABERMAS, Jürgen. *op. cit.*, p. 234-5.

⁸ FUSTEL DE COULANGES. *op. cit.*, p. 139-40.

Até então, os mitos sobre os deuses, desempenhavam o papel de narrativa sobre a origem de algo (dos astros, da Terra, dos homens, das plantas, etc.). Esse discurso era proferido para ouvintes que o recebiam como verdadeiro, porque confiavam naquele que narra. Baseava-se, portanto, na autoridade e confiabilidade da pessoa do narrador. Nesse contexto, os deuses gregos personificam as qualidades e os defeitos morais do homem, culminando por se constituir em idéias e forças que existem e obram entre os homens e para os homens⁹.

Assim, os sofistas, percebendo as contradições e limitações dos mitos, foram racionalizando essas narrativas, transformando-as numa outra coisa, numa explicação inteiramente nova e diferente. A direção do poder político, era obtida pela retórica - transmitida de pai para filho como técnica política - o que se refletiu na transformação dos interesses filosóficos¹⁰.

Observe-se que, se antes os mitos desempenhavam função de coesão político-jurídica, agora a sofística reformula os mitos, partindo da natureza empírica do homem e converte-a como fundamento dos mitos e conseqüentemente de determinadas exigências jurídicas¹¹.

Há que se destacar, contudo, que o pensamento grego não constitui um todo unitário, pelo contrário, a necessidade de se determinar o ser do homem, fez surgir duas formas contraditórias de direito natural. Uma delas o direito natural idealista (ou intelectualista), acreditava poder determinar o ser do homem pelos caracteres comuns a todos, e o direito natural empirista, o qual define o ser do homem partindo dos caracteres de cada indivíduo concreto. Assim, no direito natural clássico, os pensadores vislumbram o indivíduo inserto numa realidade objetiva. Assim, ou a vontade é explicada como mero cumprimento possibilidades ideais predeterminadas, ou cede lugar ao instinto natural¹².

⁹ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 12a. ed., São Paulo: Ática, 1999. p. 28 e 31; COSTA, *op. cit.*, p. 8; WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho: Derecho natural y justicia material*. Trad. Felipe González Vicen. 2.ª ed. Madrid: Aguilar, 1974. p. 6.

¹⁰ WELZEL, *op. cit.*, p. 12.

¹¹ *Ibid.*, p. 10.

¹² COSTA, Fausto (*El delito y la pena en la historia de la filosofía*. Trad. Mariano Ruiz-Funes. Cidade do México: Uteha, 1953) esclarece às p. 281 que, somente a civilização mediterrânea começou a pensar a desvinculação da objetividade material. Se a alma é considerada como contribuição da religião persa, foi a vontade arbitrária do Deus hebreu que colocou "entre o espírito e o gênero humano o abismo do céu". Nesse sentido, WELZEL, *op. cit.* p. 46: Em ambas as concepções, se ignora a *peculiaridade específica do ato volitivo* [no intelectualismo] *não há lugar nem para a impenetrabilidade racional da decisão na situação concreta, nem para a livre criação de novas possibilidades de decisão volitiva.*

3.1.1 A sofística

Destaca-se, na sofística, três autores Protágoras de Abdera, Cálicles e Trasímaco, cada qual esposando uma particular concepção do direito.

PROTÁGORAS DE ABDERA explicava a cidadania na condição moral do indivíduo. O indivíduo não tem seu direito à participação condicionado por seu conhecimento, ou sabedoria, mas, na capacidade de reconhecer o bem e/ou mal. O indivíduo é a medida de todas as coisas. Essa medida, na prática implicava em que a determinação do justo e do injusto vincula-se à opinião geral e pública. Se o que era verdade para um, não obrigatoriamente seria verdade para outro, o julgamento moral se transforma em algo coletivo subjetivo, impedindo a existência de uma verdade objetiva no campo ético-político, posto que tudo dependeria da opinião da maioria.

Identifica-se aqui, a primeira tentativa de se justificar a democracia por meio do relativismo subjetivo. Uma teoria democrática da sociedade e do Estado, que reconhece, inclusive, uma concepção contratualista da origem da sociedade. Na prática jurídico-penal, a contribuição mais notável de Protágoras é uma preconizada função preventiva da pena, recepcionada por Platão e depois resgatada pelo jurista romano Seneca¹³.

CÁLICLES, por sua vez, formula uma visão particular da origem contratual da sociedade. O contrato teria existido como um acordo dos fracos para controlar os fortes, os quais naturalmente devem governar. O direito existe, então, na medida da força. Natural, aqui, adquire o sentido de animal, não só porque as analogias traçadas remete a esse raciocínio, mas também porque, para ele, não há nada que distinga os homens dos animais. O homem se vê reduzido a uma coisa, como um computador programável.

TRASÍMACO assemelha-se a Cálicles, ao explicar a justiça como a vantagem do mais forte. Tal para Karl Marx (séc. XIX) o direito seria uma *superestrutura ideológica* que impõe os valores da classe dominante, qual para Trasímaco o direito é sempre expressão do poder. Ocorre aqui a adoção de determinadas características empírica do homem como fundamento de determinadas exigências jurídicas. Então, por exemplo, se o homem tem a capacidade de pensar em grupo, esse grupo obrigará àquele o indivíduo, e daí por diante, os indivíduos serão dominados pelo grupo¹⁴.

¹³ WELZEL, *op. cit.*, p. 7-8; e, ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal: Parte general*. 6a. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991. p. 196.

¹⁴ WELZEL, *op. cit.*, p. 12; e, ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 197.

Em suma, na sofística já aparece uma profunda problemática do direito natural: a estrutura protéica do indivíduo toma nas mãos de cada sofista a forma que ele deseja. Tudo o que tem por justo e desejável é introduzido já de antemão, tacitamente, em seu conceito da natureza do homem, antes de extraí-lo, de novo, para justificar sua noção do justo por natureza¹⁵.

3.1.2. Sócrates, Platão e Aristóteles.

SÓCRATES, de sua parte, levou os estudos da sofística ao seu clímax, terminando por superá-lo. O pensamento socrático também participou da transição do pensamento cosmológico ao pensamento antropológico, o que o levou adotar uma postura crítica frente à ordem tradicional. Todavia, em vez de aceitar o subjetivismo e o relativismo da sofística, ele propôs o auto-conhecimento como forma de *acesso à esfera objetiva de uma verdade subtraída de toda dúvida*¹⁶.

Sócrates, especificamente, tratou de assentar a base para uma nova ordem vinculante. A partir do interior, por um aprofundamento da subjetividade destacada pela sofística, até o exterior, buscando o acesso à esfera objetiva de uma verdade subtraída de toda dúvida. O fundamento de todo comportamento moral é o domínio de si, vale dizer, o domínio da razão sobre as paixões, o qual conduz ao equilíbrio interno, e à harmonia da alma. Só aquele que conseguiu o domínio sobre si, sobre suas paixões, é um homem livre; enquanto que o que não aceita dominar-se é um escravo de seus instintos, não um homem livre.

Então, a paixão deve ser dominada pela razão. Essa afirmação vincula o conceito de liberdade à ação moral do homem, que não deve se deixar escravizar por seus instintos. No *domínio de si* socrático, não se vislumbra autonomia¹⁷, contudo, o conceito de liberdade se encontra mais aprofundado do que na sofística. Aqui, a liberdade, característica da pessoa moral, decorre do domínio de si. O cidadão, é chamado à livre participação no processo de formação da vontade estatal.

¹⁵ WELZEL, *op. cit.*, p. 12.

¹⁶ *Ibid.*, p. 13.

¹⁷ *Ibid.*, p. 13-4. Em teoria política autonomia, tradicionalmente, assume o significado de capacidade da pessoa em eleger suas próprias normas. De acordo com Kant, ação autônoma é aquela na qual o sujeito aceita e afirma a ordem objetivamente como própria da obrigação interna, ao passo que na ação heterônoma se reduz ao cumprimento cego da obrigação ético-material como se tratasse de um imperativo alheio à obrigação.

Sócrates parece ter por idênticas a justiça e a legalidade, aceitando a definição da lei como a determinação escrita do que, por acordo dos cidadãos, deve-se fazer ou omitir. Para ele é do gosto dos deuses que o justo e o divino constituam um todo, assim não distingue a justiça da legalidade, onde ninguém poderia ordenar coisas justas que não se harmonizem com a lei divina. Só dentro dos limites permitidos pela lei pode-se negar obediência aos mandados do poder¹⁸.

Desta feita, a justiça constitui-se em guia da conduta humana. Solucionado o problema ético-subjetivo do agir, vale dizer, a determinação do que deve guiar a conduta, Sócrates trata do problema ético-objetivo, ou seja, eleição do que é (ou qual é) o conteúdo do conceito de justo. Não por um interesse conceitual e teórico, mas pelo propósito prático de superar o relativismo da sofística por meio da determinação de um conceitos indiscutível, de “idéias” de validade objetiva, que norteariam o agir ético.

Sua maior contribuição, não foi a obtenção desse conteúdo, mas a afirmação de que a conduta deve ser ordenada por um saber de validade geral objetiva. Sobretudo, Sócrates foi o primeiro moralista. Seus ensinamentos constituem uma defesa à obediência das leis. É emblemático que, condenado à morte por um tribunal, ele aceite (mesmo com a possibilidade de fuga) executar a pena ingerindo veneno. Seus comentadores, interpretam que cumpre a sentença na crença de que os juízes terão que render contas pelo injusto da sentença aplicada. Assim sua obediência, não significaria uma confirmação do dever mas uma tentativa de restabelecer a ordem jurídica total¹⁹.

PLATÃO. O pensamento socrático inspirou o platônico, também a ele incomodava o subjetivismo e o relativismo dos sofistas. Sócrates, ao apresentar o indivíduo como um sujeito que através do conhecimento poderia dominar as paixões e se aprimorar, conferiu ao problema ético-objetivo uma nova solução, ou seja, se a realidade empírica é cambiante e mutável (por ser objeto de opinião insegura e defeituosa) resta encontrar as idéias que não sejam resultado de mera opinião subjetiva, mas um saber seguro dotado de validade geral imune às mudanças²⁰.

Platão distingue duas realidades: um mundo visível (sensível) ou mundo dos reflexos e o mundo invisível (inteligível) ou mundo das idéias.

¹⁸ WELZEL, *op. cit.*, p. 14-5; e, COSTA, *op. cit.*, p. 10.

¹⁹ WELZEL, *op. cit.*, p. 16.

²⁰ WELZEL, *op. cit.*, p. 16-7.

Com essas idéias, objetivos de um conhecimento de validade geral estrita, eterna e universal, Platão, explica a organização social. Paradigma que permite a construção de um direito natural ideal, desvinculado da religião. Nele, os deuses não são os legisladores do mundo, até mesmo estes vinculam-se àqueles conceitos, verdades racionais de justiça. Os quais assumem a explicação de relação adequada dos estratos entre si, de tal sorte que cada indivíduo realiza o que lhe é próprio. Assim, quando a razão domina, os estratos inferiores guiam-se pelas idéias²¹.

Efetivamente, o *idealismo* vincula a realidade às formas (ou às idéias) que expressa. Dáí dizer que, real não o objeto (a cadeira ou a mesa,...) tocado e sentido, senão a idéia que se tem dele. Enquanto não se tem a idéia do objeto, este não existe, o conhecimento é anterior à captação da realidade. O modelo platônico, além de possibilitar a reduplicação em sistema normativo positivo e ordem normativa ideal, pode servir de base para a formulação teórica de um sistema político autoritário. Pois, ao declarar que os valores independem da análise das condutas como boas ou más, adota-se um objetivismo-valorativo, o qual afasta a possibilidade de revisão de seu conteúdo²².

Note-se que, os que detêm o conhecimento são chamados a guiar os menos esclarecidos. Ao governo, exercido por sábios, compete ensinar ou, em caso de resistência, eliminar o delinqüente. Realmente, dada a existência de várias culturas humanas: uns sabem outros não, alguns são suscetíveis à educação outros não. Platão propõe para esses que não aceitam correções exteriores o banimento ou a pena de morte. Enquanto, que para aqueles que podem ser educados, prevê o uso de sanções graduadas, não sobre o elemento objetivo do dano provocado, mas sobre o elemento subjetivo, ou intenção criminal.

A sanção é tida por Platão como um ato de justiça. O trabalho de correção do indivíduo visa lhe salvar a alma, como uma medicina da alma. Tal a economia libera o indivíduo da indigência, qual a medicina sara o corpo, o direito, por meio da pena, faz-lhe conhecer a verdade. Fundamenta filosoficamente, a tese de que a coação para o bem é também boa moralmente e lícita. Uma vez que se crê na posse da verdade absoluta, pode-se desprezar o princípio moral do livre cumprimento do dever e do respeito a liberdade individual²³.

²¹ *Ibid.*, p. 18.

²² ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 199.

²³ COSTA, *op. cit.*, p. 14.

Em sua obra da maturidade (“*As leis*”), após malogradas experiências na política. Conclui que qualquer homem ao desfrutar de poder absoluto sobre outros homens, termina por se corromper. Talvez, por isso, aduz que é a lei que deve governar, não o homem (ou a solidariedade).

ARISTÓTELES. Se Platão parte das idéias como critério que revela a realidade, terminando por separar as idéias dos objetos, Aristóteles, por sua vez, parte da realidade concreta, aqui os objetos são compostos de matéria e forma, um princípio potencial (ou determinável) e um princípio formal (ou determinante). Assim, a forma determina a espécie da coisa e origina a idéia que se faz dela²⁴.

Efetivamente, a maior contribuição aristotélica é a fixação do conteúdo da matéria que se conhece por *metafísica*. Na filosofia entende-se por metafísica, o conjunto de questões, formuladas por Aristóteles, as quais foram organizadas em um tratado que foi colocado após o tratado da física (daí o nome) e cuja pergunta mais importante - o quê é o ser? - constitui o centro da *ontologia*. A mesma ontologia, é o centro de qualquer metafísica e para alguns a esgota²⁵.

Como exemplo, pode-se citar a semente: em ato ela é semente, em potência é árvore. Quando a semente for semeada e nascer a árvore, em ato ela será árvore, em potência é fruto, tábua, lenha ... A forma varia, mas somente em função da potência, uma semente não se transmuda em pássaro²⁶.

No livro “*Ética à Nicômaco*”, Aristóteles desenvolve que as ações são os indicadores da potência. Três conceitos se destacam: a *virtude* entendida como meio-termo; a *felicidade* como finalidade de vida ética; e, a *prudência* critério ético fundamental é da ação. A vida humana tem por finalidade a felicidade, o mecanismo para se atingir essa finalidade é a prudência que em última análise seria o equilíbrio.

Confere, desse modo, um particular conceito à natureza. Um conceito finalístico (ou teleológico), no qual o natural é algo predeterminado conforme os pontos de vista axiológicos. *O natural tem que ser encontrado nas coisas em que se encontram em seu estado originário, não naquelas que degeneraram*²⁷.

Por igual, a organização do Estado, em Aristóteles, é explicada, não do modo contratual, mas na natureza (finalidade) do homem. O homem é um *animal político* e por natureza é destinado a formar comunidades

²⁴ ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 199.

²⁵ ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 199-200.

²⁶ MONDOLFO, Rodolfo. *O pensamento antigo*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta, rev. Vicente Felix de Queiroz, Vol. I, São Paulo, Mestre Jou, 1973.

²⁷ ARISTÓTELES apud WELZEL, *op. cit.*, p. 25-6.

estatais, é uma necessidade a qual interfere na sua condição de sobrevivência. Esse mesmo fundamento será resgatado no séc. XVIII por Montesquieu²⁸.

Quanto ao conceito de justiça e lei, inicialmente, adota o conceito tradicional que identificava justiça com o agir de acordo com a lei. Mas depois, formula uma distinção entre o justo por lei (particular) e o justo por natureza (geral). O primeiro é estabelecido pelos homens, bem seja a lei escrita ou não escrita, enquanto que o geral é o Direito natural, tem a mesma força por toda a parte, e não depende das opiniões e dos decretos dos homens²⁹.

Aristóteles, no que se refere ao estudo da imputação e da responsabilidade, adota o princípio do “domínio do fato”. Para ele, uma ação só é imputável se se encontra em poder do agente, ou se ele é seu dono, de tal maneira que também poderia agir de outro modo. Só a ação imputável é suscetível de valoração e de censura. Desenvolveu, assim, princípios que se transformaram em idéias permanentes às estruturas materiais do delito, aprimoradas após, por Tomás de Aquino e Puffendorf³⁰.

Sobre a pena, embora a doutrina aristotélica tenha por constante realizar aquela felicidade consistente na atividade virtuosa - o real fim da república - ela compartilha da tese de que as pessoas não se submetem a uma ordem por pudor, mas por medo. As leis são necessárias, porque as pessoas não seguem a palavra, somente a força. A lei, além de oferecer bons preceitos para a virtude, contempla a aplicação de sanção para seus transgressores. Apresenta como um meio necessário para conseguir o fim moral a que se propõe a união civil. É essencialmente dor, porque quem provoca dor com dor deve ser castigado³¹.

Por fim, com Aristóteles se esclarece que, devolver o mal por mal poderá ser um critério adequado para a justiça comutativa, mas não para o penal. Por exemplo, imagine uma situação na qual um juiz golpeia um cidadão qualquer: em tal caso será excessivo castigar ao autor das lesões com outras lesões. Pelo contrário, se um cidadão golpeia um juiz, os golpes de igualdade não serão suficientes para integrar a medida da pena. É necessário um critério mais completo e que se adapte a situação concreta dos casos³².

²⁸ ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 199.

²⁹ WELZEL, *op. cit.*, p. 27-8.

³⁰ COSTA, *op. cit.*, p. 16-7; e, WELZEL, *op. cit.*, p. 30-1.

³¹ COSTA, *op. cit.*, p. 17.

³² *Ibid.*

3.1.3.O pensamento pós-aristotélico.

Como reflexo às idéias platônicas e à metafísica aristotélica apresenta-se Epicuro, quem ao buscar o ideal do homem prudente e ao conviver com a decadência política da Grécia, propôs uma doutrina ética individualista. Na qual o indivíduo, independente do Estado, deve solucionar por si seus problemas, buscando a sua satisfação individual³³.

Importante considerar que, o epicurismo resgatou o conceito e fundamento das leis, dos sofistas. Assim, não haveria na sociedade nada natural, tão só convenções precárias, contratadas pelos homens à luz de determinadas vantagens. Identifica-se aqui, a primeira formulação da teoria que identifica o justo com o útil. Surgem vinculados o princípio utilitário e o contratual, a partir de então, um sempre invocará o outro na história da filosofia.

Para os epicuristas: “ (...) a justiça não é uma coisa que possua vida por si mesma existente e imutável, mas unicamente um reflexo do comércio recíproco dos homens, que varia de lugar a lugar e de um a outro tempo”³⁴.

O estoicismo, por sua vez, soluciona o problema ético-objetivo apelando para um fundamento distinto da satisfação individual. Consequentemente o indivíduo deve observar sua natureza e a lei, ou seja, a força criadora universal e a razão. “A vida racional e natural é um dever que se vem cumprindo mediante a subordinação à lei”³⁵.

Se de um lado, os epicuristas eram individualistas e acreditavam na liberdade individual, de outro os estoicos apresentavam princípios metafísicos que proclamam a necessidade universal das coisas. Assim, a realidade estaria predeterminada, cabendo ao indivíduo seguir ou resistir ao seu destino. Todavia, a resistência era ineficaz pois não há como escapar do seu lugar no grande ciclo. A liberdade então não seria uma característica natural, mas resultado do progresso moral³⁶.

Com esse substrato teórico, os estoicos enfrentaram o problema da responsabilidade, partindo da premissa de que o sentido do ciclo pode ser compreendido por qualquer homem que se dedique a isso, o pecado é a ação contrária ao dever, é indiferente qual pecado foi praticado (todos eram iguais). Contrariamente os epicuristas diferenciava os pecados conforme sua gravidade³⁷.

³³ COSTA, *op. cit.*, p. 19-23; e, WELZEL, *op. cit.*, p. 33-44.

³⁴ COSTA, *op. cit.*, p. 19-20.

³⁵ *Ibid.*, p. 21.

³⁶ COSTA, *op. cit.*, p. 21-2; e, ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 200.

³⁷ COSTA, *op. cit.*, p. 22; e, ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 200.

Há que se reconhecer a contribuição dos estoicos às primeiras valorações casuísticas das ações humanas. Diferem a ação simplesmente conveniente (correspondendo a uma exigência externa da ação) e a ação boa em si mesma (realizada com a intenção de fazer o bem). Distinção que fundamentará a diferenciação entre “*rectum*”, “*honestum*” e moralidade do jurista romano Marco Túlio Cícero, pelo que se diz que o estoicismo contém o gérmen de uma das mais importantes doutrinas sobre os caracteres diferenciais entre moral, ética e direito³⁸.

3.2. Os Romanos.

O império romano em seus mil e trezentos anos de história elaborou o mais refinado sistema jurídico da antigüidade. Mais políticos e juristas do que filósofos, os romanos captaram a essência das doutrinas de caráter prático gregas. Ressalte-se que, os pensadores romanos iniciam o esforço da diferenciação da moral e o direito. Talvez porque, os conceitos jurídicos, foram sendo burilados, no exame das questões concretas, e as instituições jurídicas modelaram-se através da contribuição dos administradores, dos doutrinadores e dos juizes, sem que, entretanto, houvesse a preocupação de delimitar teoricamente os campos da atividade humana³⁹.

MARCO TÚLIO CÍCERO. Na fase republicana, o pensamento romano, tem por porta-voz Cícero, o qual normalmente é explicado em conexão com as idéias gregas. Entretanto, seu conceito de cidadania, ou seja, a subordinação do cidadão à lei, mesmo quando exista disparidade entre os valores individuais e os coletivos, não é explicada com o auxílio dos textos gregos. A cidadania romana tem sua origem associada ao espírito do povo romano, mais pragmático do que os gregos⁴⁰.

Essa inovação, na qual o indivíduo se desintegra ante o coletivo, apesar de notável, não rompe completamente o modelo oriental. Ou seja, se por um lado, no espírito romano predomina a vontade, a consciência imediata, o consenso comum, no lugar do intelectualismo universalista oriental, por outro, essa adesão do cidadão à lei continua sendo obtida por veneração, por temor e por interesse.

A obra, “*De legibus*”, livro primeiro, expõe a concepção de uma lei natural e divina, ditada pela razão reta, escrita e não escrita, com a qual

³⁸ COSTA, *op. cit.*, p. 22-3.

³⁹ Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 626-32.

⁴⁰ DILTHEY apud CORTS GRAU, Jose. *Historia de la filosofia del derecho*. 2a. ed., Tomo I, Madrid, Nacional, 1968, p. 179; e, COSTA, *op. cit.*, p. 25-6.

deve conformar-se todo o direito positivo. Esta lei representa o bem supremo e o dever absoluto. O direito não deve ser buscado no edito do pretor, nem nas doze tábuas, mas por via filosófica na natureza do homem. A lei injusta não converte-se em justa, porque os governantes possam impô-la, nem sequer quando os súditos a cumprem⁴¹.

O direito de castigar, então, é explicado por força da justiça natural e divina. Castiga-se para fazer justiça. Por outro lado, o injusto, também, não dependerá de valoração, existirá por si, sem necessidade de referência ao outro. Ora, se o injusto é a violação da lei natural e divina, e essa é eterna e imutável, o que é injusto hoje será injusto sempre, independente da consideração humana.

Assim, pode-se sustentar que, no mundo romano surge a figura do direito natural identificada com a própria moral, servindo de pressuposto ao direito positivo, expressando certos princípios gerais de conduta, como exigências imediatas e necessárias da racionalidade humana⁴².

Como acreditar que o homem conhecendo o bem, opte pelo mal, afastando-se da lei natural? Qual o fundamento da culpa? Cícero enfrenta essas indagações, reconhecendo que o homem nasceu para obrar com justiça, mas se não o faz, é porque, como ensinavam os estóicos, a virtude não se improvisa, é uma conquista do homem. Assim, aquele que faz o esforço necessário para se aperfeiçoar, cuidando do espírito e do corpo, é o homem de bem, aquele que toma em consideração o útil distinguindo-o do honesto, acaba por cair na culpa, e é o malvado⁴³.

Sobre a pena, Cícero, determina que esta deve conservar uma medida eqüitativa, sua função não pode se restringir a provocar o arrependimento do culpável. Desse modo, confere a pena, também, uma função preventiva e, por fim, proíbe que se lhe aplique com cólera e ressentimento, não sendo lícito que seja utilizada para humilhar o réu⁴⁴.

LUCIO ANNEO SÊNECA. Para muitos o maior penalista da antigüidade, trabalhou as questões estritas do estoicismo, embora nem sempre rígido ou coerente. Sobre a pena, por exemplo, segue o ensinamento de Protágoras, Platão e Epicuro. Sêneca acolhe o argumento platônico e define a pena como “medicina da alma”, assim, tal a medicina, a sanção pode produzir um

⁴¹ CORTS GRAU, *op. cit.*, p. 184; e, COSTA, *op. cit.*, p. 26-7.

⁴² Miguel Reale, entende o direito natural romano como um conjunto dos princípios primordiais do agir, que refletem, de maneira imediata e necessária, as obrigações do homem enquanto homem, e como tais, imanentes do “*jus gentium*”(cf. *Filosofia do direito*. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 632.)

⁴³ COSTA, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 28.

sofrimento e inclusive resultar aparentemente nociva, mas quando atua como deve ser - exclusivamente ditada pela razão - produz a cura⁴⁵.

O magistrado, até onde é possível, trata dos espíritos com a palavra, empregando as expressões mais doces, de maneira que possa persuadir a cada um do cumprimento de seu dever e inspirar a todos o sentimento de justiça. Passa depois a uma linguagem mais severa para oferecer uma advertência extrema. E só ao final recorre aos castigos: começa pelas penas ligeiras, sobressaindo as vezes, mediante o perdão; aplica depois aos grandes criminosos sanções mais graves. Tudo porque a pena surte mais efeito naquele que teme perder algo: ninguém respeita a própria dignidade se a considera perdida para sempre⁴⁶.

Sêneca concebe uma única diferença da pena frente a medicina. Enquanto o médico procura um fim doce àquele que não pode salvar, o executor da lei rodeia a pena de um aparato desonroso. Isto ocorre não porque encontre alguma satisfação no castigo, mas para que o exemplo dos executados sirva a todos e a morte daqueles que não quiseram ser úteis, se converta em uma utilidade social⁴⁷.

4. Conclusão

A teoria do jusnaturalismo, então, apóia-se na existência de leis objetivas que espelham uma ordem preestabelecida e na possibilidade de sua apreensão e cumprimento pelos homens. Com Hans Welzel afirma-se que o direito natural greco-romano divide-se em duas teorias, o direito positivo fundamentado em: a) verdades racionais eternas; ou no, b) caráter vital instintivo.

Na Grécia surgiram as primeiras dúvidas e com essas as primeiras formas do saber humano. Ou seja, os gregos se notabilizaram dentre os antigos, por, pela primeira vez, realizarem e documentarem, um estudo sistemático da realidade que os cercavam. Os pensadores gregos pareceram fundir a vontade divina com a vontade humana. Porém, o indivíduo, descrito por eles, não possui o livre-arbítrio, era mero executor das idéias eternas ou agiu por instinto (por veneração, por temor e por interesse). Nesse contexto, Sócrates e Platão examinaram as relações entre o conhecimento e o mal, enquanto que Aristóteles delineou a teoria subjetiva da responsabilidade, a qual foi aperfeiçoada pelos juristas romanos.

⁴⁵ COSTA, *op. cit.*, p. 30; e, CORTS GRAU, *op. cit.*, p. 164.

⁴⁶ COSTA, *op. cit.*, p. 30; e, CORTS GRAU, *op. cit.*, p. 169.

⁴⁷ COSTA, *op. cit.*, p. 30-1.

Importante destacar, ainda que, os romanos lidaram com o direito como se tivessem feito uma distinção deste com a moral, mas, em verdade, não aprofundaram a análise, não resolveram o problema no âmbito de uma indagação filosófica específica. Pois como observa, Jürgen Habermas, em seus aspectos fundamentais o direito romano repetiu a explicação do direito como algo sagrado que influencia o profano.

Pode-se afirmar que, essa característica sagrada do direito será desnudada, com a transição para a Idade Média, na qual acentuar-se-á a fundamentação divina do direito natural e a questão do arbítrio individual receberá novo tratamento. Assim, no direito natural medieval ficará evidente a tensão entre o soberano que deve se submeter ao direito sagrado.

5. BIBLIOGRAFIA

- BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1997.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 12^o ed., São Paulo: Ática, 1999.
- CORTS GRAU, Jose. *Historia de la filosofía del derecho*. 2^o ed. Tomo I. Madrid: Nacional, 1968.
- COSTA, Fausto. *El delito y la pena en la historia de la filosofía*. Trad. Mariano Ruiz-Funes. México: Uteha, 1953.
- FALCON Y TELLA, Maria Jose. *Concepto y fundamento de la validez del derecho*. Madrid: Civitas, 1994.
- FARIÑAS DULCE, Maria José. *El problema de la validez jurídica*. Prolog. Gregorio Peces-Barba. Madrid: Civitas, 1991.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. Trad. Fernando de Aguiar. 4^o ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría da acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1^o ed. Madrid: Taurus, 1988.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol. II.
- HANSEN, Gilvan Luiz. *Modernidade, utopia e trabalho*. Prefácio de Leonardo Prota. Londrina: CEFIL, 1999.
- MONDOLFO, Rodolfo. *O pensamento antigo*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1973. vol. I.

- PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofía del derecho: moderna y contemporánea*. Trad. José Calvo Conzález. Madrid: Tecnos, 1999.
- REALE, Miguel. *Filosofía do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho: Derecho natural y justicia material*. Trad. Felipe González Vicen. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1974.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal: Parte general*, 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991.