

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**Espaço Público e Cidadania:
Autoridade, Confiança e Compromisso.**

Tese apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Faculdade de Direito/Pós-Graduação em Direito

Requisito para obtenção do Grau de Doutor

Orientador: Professor Doutor Luis Fernando Barzotto

Aluna: Maria Isabel Pezzi Klein

Porto Alegre

2012

Maria Isabel Pezzi Klein

**Espaço Público e Cidadania:
Autoridade, Confiança e Compromisso.**

Tese apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação.

Requisito para obtenção de Grau de Doutor

Aprovação em: 22 de maio de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Luis Fernando Barzotto

Professor Doutor Cezar Saldanha Souza Junior

Professor Doutor Ricardo Timm de Souza

Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet

Professor Doutor Juarez Freitas

AGRADECIMENTOS

Minhas homenagens sinceras ao Magistério do Ensino Superior desta Universidade, especialmente, ao Professor Doutor Luis Fernando Barzotto, meu orientador.

RESUMO

Esta tese é uma reflexão sobre os arranjos institucionais que compõem as ordens jurídicas e políticas de nossas democracias ocidentais. Queremos mostrar a urgência de uma virada na perspectiva antropológica, como alternativa para superação da imensa crise pela qual passamos, e, para tanto, a filosofia política de Hannah Arendt foi a inspiração certa. Com a Filósofa, aprendemos que é somente na interação do “*eu com os outros*” que se concretiza a realidade do mundo humano, garantindo a vitalidade do espaço público, sede, por excelência, da ação política. Enquanto permanecermos presos ao individualismo solipsista, reproduzindo o padrão comportamental daquele a quem Hannah Arendt chama de *animal laborans*, não poderá existir uma esfera verdadeiramente pública, mas, tão-somente, atividades privadas exibidas em público. O que queremos demonstrar é que a possibilidade de superação dos atuais problemas passa pelo afastamento da violência que destrói o poder e esvazia a autoridade, pelo resgate da confiança dos cidadãos e pela afirmação do compromisso entre governantes e governados.

Trata-se de uma concreta mudança na perspectiva antropológica subjacente às estruturas institucionais da comunidade política. Sai de cena o *animal laborans*, dando lugar ao amável *zôon politikón*, o ser humano, na sua condição plena, que sabe que a liberdade real só existe neste “*estar um com o outro*” no espaço público, onde há a necessária confiança e o essencial consentimento dos cidadãos para construir e fazer funcionar as ordens jurídicas e políticas. Voltamos os nossos olhos para o passado, examinando os contornos políticos, jurídicos e sociais dos respectivos espaços públicos, antigo, medieval e moderno, avaliando as consequências no desenvolvimento de nossa compreensão sobre a cidadania. A alternativa de solução que propomos investe no valor da argumentação jurídica, pois acreditamos que a compreensão humana é o outro lado da nossa capacidade de agir. Sendo assim, defendemos, neste trabalho, a máxima importância da argumentação jurídica como um dos componentes da cidadania ativa capaz de recuperar as densidades éticas, jurídicas e políticas do espaço público, dando legitimidade democrática às suas regras de regência.

Palavras-chave: condição humana, espaço público, cidadania ativa, confiança, autoridade, compromisso.

ABSTRACT

The thesis is a careful thought about the political, social and legal system of our western democracies. It shows how we need, as soon as possible, to make an anthropological overturn, like an alternative to get over the immeasurable crisis we are suffering now. In this task, we are supported by Hannah Arendt's political philosophy. This wonderful thinker taught that we need to treat the others like equals. At least, if we want to build a human life in the world with a real public space where the political action can happen. If *animal laborans* keeps the control over the public arena, it will not be a truly public sphere, but only a place where private activities are showed. We will get over the problems if we realize that violence destroys the power and the authority. So, we need to rescue the citizen's trust and the compromise between the Government and people.

It is a real change in the anthropological perspective that deeply affects the political, legal and social orders. *Animal laborans* gets out of the public scene. He is replaced by a lovely newcomer: *zôon politikón*, who lives a truly Human Condition. Actually, he lives in a democratic society in which citizens have access to political debate and can themselves be heard in it. He knows that only in this special place, where we are together, a sphere of open and free discussion is possible. The public space is the place where exists the much-needed trust and the common consent of citizens for build and do work the political and legal orders. We outline a historical retrospect scenery of the western political organizations and their public spheres in order to point out the evolution that happened in the societies in face of the several political, legal and social facts that permeated the last centuries. Especially, we emphasize the effects and consequences of that facts in the citizens's behavior and citizen's understanding. We consider that it is quite indispensable to enable and improve the legal reasoning, especially the practical reasoning, because we believe that the human understanding is the other side of our capacity of action. In this way, we defend the great value of legal reasoning for active citizenship. Actually, we believe in this alternative to recover the ethical, legal and political density of public space, legitimating its rules.

Key-words: Human Condition, public space, active citizenship, trust, authority, compromise.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
PARTE I – O CIDADÃO NO ESPAÇO PÚBLICO ANTIGO	
1. Breves Considerações	19
2. A Contribuição da Cultura Helênica	
2.1 – A pólis: uma autarquia	20
2.2 – A noção do justo político	34
2.3 – A noção de cidadania	54
3. O Legado Romano	
3.1 – <i>A res publica</i> romana	61
3.2 – Cidadania romana: a fuga da barbárie	72
3.3 – As bases do Direito: autoridade e confiança	89
4. A Transição Medieval	113
PARTE II – O CIDADÃO NO ESPAÇO PÚBLICO MODERNO	
1. Breves Considerações	130
2. A Herança Moderna	
2.1 – As influências de Thomas Hobbes e John Locke	131
2.2 – A nova organização política: o Estado Moderno	154
2.3 – O cidadão moderno	169
2.4 - A violência como garantia da paz	179

3. A Urgência da recuperação Ética na Vida das Relações no Espaço Público	
3.1 – Domesticando o <i>Leviatã</i>	183
3.2 – Revitalizando a democracia	190
PARTE III – O CIDADÃO NO ESPAÇO PÚBLICO CONTEMPORÂNEO	
1. Breves Considerações	199
2. O Enfraquecimento do Elo Social	200
2.1 – A vitória do <i>animal laborans</i> e a perda do espaço da experiência comum	
2.2 – Tirania x negócios públicos	206
2.3 - O cidadão contemporâneo	213
3. As Chances de um Novo Começo	
3.1 – Resgatando a condição humana	224
3.2 – Superação do caos político: a necessária virada antropológica	231
3.3 – A força da argumentação	240
CONCLUSÃO	259
OBRAS CONSULTADAS	267

INTRODUÇÃO

O **objetivo** deste trabalho é demonstrar a necessidade de modificar a perspectiva antropológica, de forte conotação privatizada, que está na base dos atuais arranjos institucionais que compõem a ordem política e a ordem jurídica, impedindo a realização de uma dimensão pública e social para os bens da vida. Na exata medida em que há generalizado descrédito em relação às instituições sociais, entre elas, o Direito, a cidadania entra em acelerado processo de despolitização. Sendo assim, a crise de autoridade que abala o Direito e a consequente desconfiança dos cidadãos nas instituições permitem o avanço da violência sobre o espaço público, sede, por excelência, do agir voltado à promoção do bem comum.

Na busca deste objetivo, recorreremos ao legado da filosofia política de Hannah Arendt, especialmente, a sua antropologia. Com ela, aprendemos que é da interação do “eu” com os “outros” que se concretiza a realidade do mundo humano. Um mundo que só se torna comum quando se abre à pluralidade de perspectivas e inovações, garantindo assim a vitalidade da esfera pública. De fato, a Filósofa nos ensinou que a presença dos outros, que vêem o que vemos, e que ouvem o que ouvimos é o que garante a realidade do mundo e de nós mesmos. O “ser visto” e o “ser ouvido” pelos outros é importante pelo fato de que todos vêem e ouvem de ângulos diferentes.

Sendo assim, para Hannah Arendt, a esfera pública é precisamente este mundo comum, no qual entramos ao nascer e deixamos para trás quando morremos. Ela disse que este mundo comum acaba – e com ele toda a chance para a Política – quando ele é visto apenas sob um aspecto e só lhe é permitida apenas uma perspectiva. A reprovação da Autora recai incisivamente sobre aquele a quem chama de *animal laborans*, a criatura que restringe a própria atuação no mundo ao ciclo “produzir para consumir”.¹ Nesse sentido, ela alerta que o triunfo do mundo moderno sobre a necessidade se deve à emancipação do labor, com a ocupação do espaço público precisamente pelo *animal laborans*, esvaziando qualquer sentido possível para o que seja uma vida pública.

¹ ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Tradução de Roberto Raposo. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2001, pp. 183-192.

O diagnóstico mais grave feito pela Filósofa corresponde à constatação de que, enquanto o *animal laborans* for o agente vitorioso que acena com uma vida fácil, repleta de objetos para consumir, não poderá existir uma esfera verdadeiramente pública, mas, tão-somente, atividades privadas exibidas em público. Isso seria o mesmo que condenar as pessoas a uma vida fútil, que não se fixa nem se realiza em coisa alguma que seja permanente e que possa continuar a existir mesmo depois de terminado o labor. Ao permanecerem presas ao ciclo do “produzir para consumir”, as pessoas deixam de lado as capacidades humanas de prever, de deliberar, de escolher e de decidir, todas elas tão essenciais à ação política que constrói nossas instituições sociais, entre elas, o Direito.

O que a presente tese quer demonstrar é que a possibilidade de superar estes problemas passa pelo afastamento da violência que destrói o poder e esvazia a autoridade, pelo resgate da confiança dos cidadãos e pela afirmação do compromisso entre governantes e governados. Ao contrário do que possa parecer, esta não é uma fórmula programática abstrata. Mas, uma mudança concreta da perspectiva antropológica subjacente às estruturas institucionais da comunidade política. Sai do controle da cena pública o *animal laborans*. Quem volta é o *zôon politikón*, o ser humano na sua condição plena, que sabe que a liberdade real só existe neste “estar um com o outro”, precisamente, no espaço vital, onde há a necessária confiança e o essencial consentimento dos cidadãos para construir e fazer funcionar as ordens jurídicas e políticas.²

A associação que pretendemos fazer entre as principais categorias da filosofia política de Hannah Arendt com os modos de atuação das normas que regem a vida das relações no espaço público não decorre de uma escolha aleatória. Ela parte de uma imensa esperança nos ideais da democracia que vem sendo construída na História ocidental, num processo de altos e baixos, mas que, ainda assim, conta com uma sólida tradição institucional que merece prestígio e estudo. Embora não se pretenda aqui fazer um exame histórico da metodologia do Direito, entendemos que a solução para os desafios atuais não pode estar na rejeição pura e simples dos legados jurídicos e políticos dos nossos ancestrais antigos e modernos. A proposta de investir na plenitude da condição humana corresponde à atribuição de renovados significados para as importantes categorias políticas e jurídicas que herdamos e que serão examinadas em quatro momentos

² ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Ob.cit., pp. 38-43.

decisivos: Antiguidade, Transição Medieval, Modernidade e Contexto Contemporâneo. **Sendo assim, dividimos o trabalho em três partes: “o cidadão no espaço público antigo; o cidadão no espaço público moderno, e o cidadão no espaço público contemporâneo”.** Em cada uma delas, identificamos os contornos políticos e jurídicos dos respectivos espaços públicos e os modos pelos quais os cidadãos ocidentais puderam, neles, se movimentar.

Na Antiguidade, vamos observar o comportamento da cidadania e os formatos das instituições políticas e jurídicas mais importantes, especialmente, como nasceu o pensamento político em Atenas e o pensamento jurídico em Roma. A contribuição extraordinária da Grécia antiga corresponde ao surgimento do pensamento político específico que pretendeu organizar a vida comunitária da pólis, especialmente, a pólis Atenas. Sendo assim, **a tradição antiga deixou uma noção de isonomia política que vai além da igualdade perante a lei, alcançando o ideal de inclusão dos cidadãos em um plano no qual todos têm direito à atividade política que, na pólis ateniense, era de preferência uma atividade de conversa mútua.** Além disso, eles aperfeiçoaram sua percepção do Direito e da vida política, na medida em que abandonaram as explicações míticas da Natureza, e tentaram encontrar razões lógicas para avaliar as estruturas institucionais da cidade-estado. Eles perceberam o valor sem igual da educação para a atividade política. Nossos ancestrais conheceram os sofistas, mas, também, Sócrates, Platão e Aristóteles. Neste último, as compreensões sobre o Direito e sobre o Justo ordenamento da pólis (justo político) assumiram significados que mantêm atualidade. Sua noção de justiça vinculada ao Direito vigente na cidade guarda, em si mesma, uma premissa que valoriza a ordem comum decidida por cidadãos livres e iguais. Para o Filósofo, o Direito sempre foi o promotor do Justo Político. De fato, o melhor da contribuição helênica está na percepção da Justiça como uma virtude social que só se concretiza, plenamente, entre os cidadãos no contexto comunitário da pólis. Mesmo que as cidades reais daquela época fossem, muito provavelmente, repletas de injustiças e discriminações inadmissíveis, aquele povo antigo nos deixou o ideal precioso de se construir uma ordem para a organização política pautada pela igualdade entre os cidadãos e o compromisso entre governantes e governados. A cidadania era, nesse sentido, entendida como a participação ativa na jurisdição e no governo.

A Antiguidade também nos legou Roma com seus modelos políticos e jurídicos exemplares. A chave para compreendê-los é a boa ordem, sendo que a liberdade foi de importância central para a formulação do conceito de coisa política, coisa pública ou *res publica*. À vida de bárbaros, se seguiu um modelo de organização política guiado pelo apreço à família, às tradições, à religião, a dignidade do poder institucional e ao predomínio de uma forte disciplina militar. A origem obscura da organização política trouxe consigo uma consequência imediata: uma disciplina de ferro e o sentimento de sacrifício em prol da comunidade. Para os romanos, o Estado se identificava com a comunidade dos cidadãos, ou seja, era *civitas*, o que equivale a afirmar que era a comunidade de cidadãos ou *res publica* ou a comunidade do povo romano. No conceito de cidadão, prevaleceu também em Roma o momento da participação ativa na vida do Estado. A cidadania romana correspondia à entrada na comunidade da vida política por meio de laços fortes. **A guerra ensinou-lhes o preço da boa ordem; a paz o da liberdade.** Eles souberam entender, de modo pragmático, que, para o começo de um espaço político, era necessário um tratado de paz e de aliança. A **Lex** romana significava ligação duradoura, algo que nascia do arranjo ou acordo mútuo, do qual a Lei das XII Tábuas foi o mais célebre exemplo de pacificação, pela via do Direito, de duas classes em conflito: os patrícios e os plebeus. Isso leva à inevitável reflexão sobre a importância de pensar o modelo institucional de administração pública segundo a perspectiva do bem comum. **O melhor da herança romana corresponde ao respeito ao Direito, a submissão espontânea do romano às disposições legais, o amor do povo à justiça, e a sua aversão às violências contra o Direito.** O sentimento de segurança inspirava em Roma a confiança de seu triunfo, em uma palavra, o sentimento enérgico e sadio da legalidade.

A **Transição Medieval** consta ao final da primeira divisão, ainda ligada ao momento antigo. Nela, analisamos a ruptura institucional do Império Romano e as inevitáveis consequências políticas, jurídicas, econômicas e sociais que afetaram milhões de pessoas que, até então, viviam e se movimentavam no espaço público forjado por uma organização política e jurídica exemplar. As sucessivas tentativas de reorganizações, a influência extraordinária da Igreja Católica, as guerras, as invasões e os sofrimentos ocorridos, em um dos mais longos períodos de nossa História, promoveram o despertar da consciência humana, com paulatina diferenciação dos múltiplos aspectos da condição humana, resultando em renovados modos de interações política, jurídica e social que pavimentaram o caminho para a Modernidade. Precisamente, a expansão do

feudalismo por toda a Europa traria grandes repercussões à esfera do Direito Público. Alterou-se a posição institucional do rei que passou a desempenhar um duplo papel: o de rei, soberano pela Graça Divina, chefe, legislador e juiz supremo de seu país; e o de supremo suserano feudal que estabelecia relação com seus homens pela via de um contrato, no qual havia expressão mútua de livre vontade entre as partes, criando direitos e deveres recíprocos. **O rei/suserano feudal tinha deveres para com seus súditos e o eventual descumprimento destes conferia aos vassalos o direito de resistência e de desobediência.** Tais acontecimentos relacionados a tão notável período de transição política de nossa História tiveram ao menos três desdobramentos importantes à construção do futuro Estado Moderno e seu conceito de soberania: o antagonismo *rex x regnum*, o início da diferenciação das várias dimensões do humano com o despertar da consciência jurídica do indivíduo e, finalmente, já ao final da Baixa Idade Média, o nascimento da sociedade moderna e a luta pela unidade interior do Estado com a conseqüente evolução do conceito de soberania. O Direito constitucional, como nós o entendemos hoje, teve, neste fértil período histórico, seu momento embrionário. **A organização política medieval tardia, um esboço do futuro Estado Moderno, estava posicionada entre a velha constituição feudal e a monarquia absoluta da Era Moderna.** Há uma continuidade direta entre as leis fundamentais da Baixa Idade Média e as Constituições e Declarações de Direito do mundo atual, especialmente, no que diz respeito aos direitos e liberdades dos cidadãos. **A herança medieval corresponde à percepção constitucional de que o exercício do poder político deve ser limitado por um pacto fundamental entre governantes e governados, salvaguardando os direitos destes últimos e definindo as tarefas e poderes daqueles primeiros.**

O Início da **Modernidade** coincidiu com a era do Direito racional. Era uma época marcada pelas dramáticas experiências dos conflitos políticos e religiosos decorrentes das guerras civis confessionais, o que promoveu o surgimento e a consolidação do Estado Moderno e a readequação do Direito no sentido de sua vinculação à legalidade formal. A Modernidade guardou em si uma mudança antropológica decisiva, pois a razão humana passou a apoiar-se sobre si mesma, tomando a individualidade, suas necessidades e direitos respectivos, como pontos de partida do novo modelo das organizações política, jurídica, econômica e social. As Doutrinas do Direito e do Estado ganharam autonomia, buscando neutralidade em relação às concepções de bem, segundo uma perspectiva secularizada. Sendo assim, esta extraordinária e

inovadora forma de organização política e jurídica que chamamos Estado Moderno e seu Direito foram as heranças mais expressivas que a Modernidade nos deixou.

Se, hoje, a Dignidade humana, a paz, as estabilidades políticas e jurídicas, a liberdade e a equidade estão entre os fundamentos mais valiosos do Estado Constitucional Democrático e Social, temos de ter presente que tais noções ganharam conteúdo e vida, a partir de situações históricas concretas, no fazer e no sofrer, como as vividas nas guerras civis, no terror e nas injustiças sociais que significaram – e significam – um permanente desafio à racionalidade humana e, para as quais, o Estado Moderno se apresentou como uma possível resposta. De fato, a guerra civil confessional do século XVI despertou nas pessoas o desejo de paz interna às nações. Só o Estado Moderno baseado no princípio da soberania, foi capaz de conter os conflitos. De início, ele se apresentou na forma absoluta, mas o medo extremo levou à busca pela liberdade, transformando o Estado Nacional Absolutista em Estado Constitucional. O nascente Estado Constitucional Moderno tinha suas contradições, decorrentes da permissão ilimitada para a liberdade econômica que gerou a escravidão, as lutas de classes e a miséria social extrema. A tentativa de superação destes dramas, ainda não erradicados totalmente, veio com o despertar da consciência humana para o imenso valor da equidade sob a forma do Estado Constitucional Democrático e Social. **O que de melhor nos foi deixado pelos modernos foi a compreensão de que o Estado é uma unidade jurídica e política elaborada em co-autoria por sujeitos de direito (o cidadão moderno).**

Sáimos da Modernidade e, especialmente, no século XX, as experiências políticas, sociais e jurídicas não foram das mais animadoras. Já nos anos noventa do século passado, vivenciamos avanços tecnológicos maravilhosos, crises econômicas de dimensões planetárias, guerras hediondas e, entramos no século XXI, cheios de incertezas, numa nova fase de transição política, jurídica, econômica e social com a qual ainda não estabelecemos uma clara relação cognitiva. Se o cidadão moderno, hoje, qualificado como **contemporâneo**, e que está ingressando num espaço público marcado pelas incertezas típicas às fases de transição, **for capaz de dar os passos necessários, rompendo com o solipsismo individualista**, então a conseqüente ruptura com o egoísmo fortemente estruturado em nossas instituições sociais afetará, positivamente, não apenas o espaço público, mas o próprio perfil do sujeito de direito.

Foi essa esperança **que nos motivou a associar algumas noções do pensamento político de Hannah Arendt à cultura da argumentação jurídica.** Hannah Arendt disse uma vez que **“o coração humano é a única coisa no mundo capaz de assumir o fardo que o dom divino da acção, o fardo de sermos um começo e de sermos por isso capazes de fazer um começo, pôs sobre nossos ombros”**. A afirmação da Filósofa ocorreu no contexto da análise muito profunda sobre o totalitarismo e sobre as dificuldades que temos de lidar com o fenômeno da compreensão. Ela reconheceu que o ato de compreender é mesmo um estranho empreendimento que pode cair naquilo que os lógicos chamam de círculo vicioso da pré-compreensão e que compromete a busca da verdade. No entanto, a pensadora lembrou da prece que o rei Salomão dirigiu a Deus, pedindo o dom de **“um coração capaz de compreender”**.³ Segundo Hannah Arendt, a oração da realeza hebraica ainda faz todo o sentido em nossos dias. E ela está absolutamente certa, quando diz que **“um coração capaz de compreender”** é bem mais do que reflexão ou sentimento, mas aquilo que torna suportável vivermos uns com os outros no mundo. E é por isso que se a essência de toda a ação, em especial, a ação política, é começar algo novo, então a compreensão só pode corresponder ao outro lado da ação. A Autora, ao discorrer sobre o drama do encolhimento do espaço público, advertiu que:

“O que faz do homem um ser político é sua faculdade para a ação; ela o capacita a reunir-se com seus pares, a agir em concerto e a almejar objetivos e empreendimentos que jamais passariam por sua mente, para não falar nos desejos de seu coração, se a ele não tivesse sido concedido esse dom – o de aventurar-se em algo novo. Filosoficamente falando, agir é a resposta humana para a condição da natalidade. (...) Nem a violência nem o poder são fenômenos naturais, isto é, uma manifestação do processo vital; eles pertencem ao âmbito político dos negócios humanos, cuja qualidade essencialmente humana é garantida pela faculdade do homem para agir, a habilidade para começar algo novo”.⁴

Nessa medida, **na linha de inspiração dada pelo pensamento político de Hannah Arendt,** porque acreditamos que a compreensão é inarredável da ação política, defendemos, nesta tese, a máxima importância da argumentação jurídica como um dos componentes da cidadania ativa capaz de recuperar as densidades ética, jurídica e política do espaço público, dando legitimidade democrática às suas regras de regência. Ernst-Wolfgang Böckenförde, na introdução de sua Obra **História da Filosofia do Direito e do Estado,** adverte para a tendência contemporânea de nossas

³ ARENDT, Hannah. Compreensão e Política e Outros Ensaios. 1930-1954. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2001, pp. 250-252.

⁴ ARENDT, Hannah. Sobre a Violência. Tradução de André Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, pp. 102-103.

universidades de transmitir e adquirir conhecimento que seja principalmente **útil e aplicável**.

Ainda assim, ele admite que:

“O conhecimento útil e aplicável, tão valorizado na sociedade de nossos tempos, tem suas raízes cortadas quando se deixa de lidar com os fundamentos desse conhecimento e com as reflexões dele advindas; de que perdem com isso a capacidade crítica e criadora do pensamento e também a capacidade de inovar, ficando-se limitado aos métodos e técnicas a que lhe são imanentes. Isso se aplica sobretudo à ciência do Direito e às ciências relacionadas ao Estado e ao ordenamento político. **É preciso fazer frente a essa aridez do conhecimento**”.⁵

Concordamos inteiramente com o referido Autor e **vamos assumir o imenso risco de propor uma tese** que quer ser apenas uma proposta de reflexão sobre o modo como os cidadãos estão vivendo no espaço público. A resposta não é nada animadora diante do avanço da lógica utilitarista que contamina as práticas cotidianas e as instituições. Ainda que não faltem Cartas constitucionais, contando com regras claras que, formalmente, legitimam a associação humana voluntária, a vida prática revela um quadro de pouca disposição sincera para um entendimento real. A pior consequência está na morte da Política que se mostra na inversão dos significados do poder e da autoridade. No dia-a-dia, os cidadãos se deparam, perplexos, com o crescente esvaziamento de qualquer sentido possível para as regras que regem o espaço da convivência comum, a perda mesmo de suas densidades políticas e jurídicas, a evidente privatização dos institutos essenciais, consequência do inchaço social dominado pelas regras da economia de consumo. Subjacente a esta lógica terrível, está a negação do caráter político do agir humano, determinando que as relações sociais sejam confortavelmente alienadas.

Não pretendemos voltar às utopias dos antigos, tampouco, desconsiderar os avanços dos últimos séculos e o quanto somos devedores dos ideais revolucionários. Mas, não se pode ignorar que o princípio superior dos tempos modernos, subjacente aos modos como as pessoas, no mundo contemporâneo, se relacionam no âmbito institucional, é a crença inabalável na supremacia da razão e a consequente liberdade de pensamento. Se assim o é, ao conquistar e tudo apostar na autonomia da individualidade, o homem moderno aderiu a uma lógica política muito contraditória, com inevitáveis reflexos nos modos como interagimos com as instituições políticas, jurídicas e sociais no espaço público.⁶ Jean-François Kervégan, ao analisar a mediação política na

⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado – Antiguidade e Idade Média. Tradução de Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p.15.

⁶ HANNAY, Alastair. ON The Public. New York: Routledge, 2005, pp. 25 e 49.

sociedade civil, a partir das obras de Carl Schmitt e Hegel, mostra que a referida conquista da autonomia da individualidade subjetiva teve como uma das conseqüências a formação de um espaço público e de uma opinião pública no sentido moderno. Todos, a partir daí, se acharam no direito e perfeitamente capazes de elaborar sentimentos próprios no que diz respeito aos assuntos públicos.

O aporte doutrinário deste Autor põe o dedo na ferida, na medida em que faz uma crítica lúcida sobre o problema atual da privatização do espaço público. De fato, o indivíduo – e não mais o cidadão – constituído como um ator econômico e um consumidor cada vez mais ávido, num mundo sempre capaz de produzir novos artefatos, deixa de se preocupar com o universal ou o bem comum. Salvo, é claro, se os assuntos relacionados ao bem comum puderem, de algum modo, interferir na sua existência privada, no mais estrito sentido que esta possa assumir, beirando ao intimismo. Tal perspectiva se assenta não só no esvaziamento de significado para a Dignidade humana, como deixa dúvidas se, algum dia, o homem contemporâneo vai conseguir, de fato, estabelecer um padrão especificamente evoluído de viver a Política.⁷

Não há exatamente inocentes arrastados neste processo devastador. Pelo contrário, as perdas das substâncias ética, política e jurídica correspondem ao reprovável distanciamento de todos, no que diz respeito às obrigações morais e jurídicas que têm para com a comunidade à qual pertencem. De fato, apostou-se tudo no conforto que o mundo instrumental pode oferecer, ignorando que o alto preço a pagar está na desqualificação da condição humana. Portanto, **o que defendemos é a urgência de mudança em nossa perspectiva antropológica, a consciência de que só poderemos alcançar a plenitude de nossas existências individuais e coletivas se nos comprometermos com o bem comum de nossas comunidades.**

⁷ KERVÉGAN, Jean-François. Hegel, Carl Schmitt – o político entre a especulação e a positividade. Tradução de Carolina Huang. São Paulo: Manole, 2006. Ao analisar a mediação política na sociedade civil, a partir das obras de Carl Schmitt e Hegel, o autor diz que **“uma das conseqüências dessa conquista de uma autonomia da individualidade subjetiva é a formação de um espaço público e de uma opinião pública no sentido moderno do termo; pois todos podem, agora, achar-se no direito e capazes de elaborar para si um sentimento próprio quanto aos assuntos públicos. (...) Tornando “burguês”, ou dito de outro modo: constituído como ator econômico de um mercado estruturado pela divisão do trabalho e dotado de mecanismos espontâneos de regulação, o indivíduo não se preocupa espontaneamente com o universal ou com o bem comum a não ser na medida em que este contribua para favorecer sua existência privada”**.

A proposta de solução consiste em demonstrar que a cultura da argumentação jurídica, vocalizada pela cidadania ativa, dentro dos limites da legalidade estabelecida na ordem jurídica vigente na comunidade política, é uma alternativa de recuperação da densidade ética e política do espaço público, revitalizando as suas regras de regência. Ainda que não haja pretensão de definir o que é o Direito, este trabalho procura enfatizar algumas de suas mais preciosas características para a vida prática, entre elas, a de funcionar como um antídoto contra todo e qualquer arbítrio. Ao valorizar o melhor da racionalidade humana, resgatando as capacidades de argumentar e de debater sobre questões essenciais à vida das relações no espaço público, estamos investindo em uma percepção sobre o Direito que o vê como expressão da vontade jurídica da comunidade politicamente ativa. Uma alternativa viável parte do **compromisso entre governantes e governados na concretização do bem comum**. Este compromisso não corresponde apenas ao pacto social dos modernos, mas o exercício da cidadania ativa capaz de forjar alianças, algo que só é possível em um contexto social altamente politizado, no qual a condição humana expressa suas mais altas capacidades, entre elas, a de incluir o outro, enquanto outro, o **semelhante diferente**, no âmbito das próprias ponderações e decisões.

Essa renovada perspectiva antropológica que compromete as pessoas, integrando-as no horizonte de bem comum de sua comunidade, faz toda a diferença, quando atribuímos significados aos princípios do Estado de Direito e da Soberania Popular que, em permanente interlocução, iluminam os ideais da democracia. Se, graças ao direito ao voto em eleições livres, periódicas e diretas, as pessoas podem eleger seus representantes para editar leis que vão assegurar a certeza e a segurança jurídicas, ambas, vitais ao regular funcionamento das estruturas sociais, é pela possibilidade da argumentação aberta pelas vias do contraditório e da ampla defesa, veiculados no direito de agir, que os cidadãos atuam, de modo efetivo, na construção da ordem jurídica que realmente querem ter. É do resgate dos fenômenos da autoridade do Direito, da confiança dos cidadãos nas instituições e do compromisso entre governantes e governados que estamos falando.

Por fim, cabe enfatizar que, por se tratar de uma proposta de reflexão sobre os fundamentos das experiências jurídicas e políticas mais relevantes na história ocidental, esta tese se valeu do método analítico-crítico, pesquisando nas Obras clássicas dos conhecidos doutrinadores de

Direito Público, referidos na seqüência do texto. Não se trata, portanto, de um trabalho sobre a Filosofia Política de Hannah Arendt, muito embora a inspiração tenha origem em seu pensamento inteligente e amoroso, especialmente, do seu livro A Condição Humana.

Hannah Arendt, como consta em sua biografia, viveu períodos difíceis no século XX e sua filosofia é permeada por uma pungente dor e incisiva oposição à negativa influência que o totalitarismo exerceu no cenário político do mundo de seu tempo. Como ninguém, ela tematizou a questão judaica, o drama da violência no espaço social e a triste perspectiva da morte da política em uma guerra termonuclear. Sendo assim, não há paralelos, entre a realidade existencial desta extraordinária pensadora e a de uma jurista que vive no século XXI, em uma pequena cidade de um jovem país emergente que, no dia-a-dia de sua atividade prática, está muito mais preocupada com questões relacionadas à justiça distributiva. Ainda assim, sua obra, como um todo, mantém a atualidade e se mostra capaz de motivar os estudiosos de Direito Público, principalmente, para que repensem sobre suas ingênuas certezas a respeito das reais possibilidades de se construir um espaço público politizado.

PARTE I

O CIDADÃO NO ESPAÇO PÚBLICO ANTIGO

1- Breves Considerações

A idéia central deste capítulo consiste em demonstrar que a cidadania na Antiguidade foi consolidada a partir da integração dos múltiplos aspectos do humano na realidade da organização política, especialmente, nos paradigmas mais conhecidos da *pólis* ateniense e da *civitas* romana. As contribuições da cultura helênica e do legado romano correspondem à noção de um cidadão que se movimentava em um espaço público interiormente unificado, ou seja, no qual havia unidade de visões de mundo e de culto. Com a queda do Império Romano do Ocidente e início da Era Medieval, iniciou-se um lento e sofrido progresso das idéias políticas, jurídicas e sociais que, ao final da transição, pavimentou o despertar da Modernidade e a diferenciação das múltiplas dimensões humanas. Especificamente, os âmbitos do Direito e da Política, em busca da neutralidade, se separaram das demais dimensões humanas para permitir que o pluralismo da vida social fosse possível. Ainda que se possam observar, nos textos dos autores consultados, as utilizações de expressões como Estado grego e Estado romano, vale enfatizar que a *pólis* ateniense e a *civitas* romana eram duas das formas possíveis de organizações políticas. E, não, Estado, propriamente dito, pois esta é a forma típica de se designar a organização política moderna. Ainda assim, foi possível resgatar para o nosso trabalho alguns significados de categorias essenciais daquelas ordens jurídicas e políticas ancestrais, que são atribuídos aos gregos, de modo geral, mesmo que, possivelmente, elas só tenham existido e, por breve período, na época do apogeu da filosofia Ática, e em um específico local: Atenas. Quanto à organização política romana e seu Direito, temos dados mais precisos, graças ao estudo que romanistas europeus desenvolveram, dando sobrevivência temporal àquele valioso legado. Mas, ainda assim, em ambos os casos, nossa análise é cautelosa e está apoiada nas autoridades dos doutrinadores consultados, entre eles, Rudolf Von Ihering, Jean-Pierre Vernant, Georg Jellinek, Teodoro Mommsen e Ernst-Wolfgang Böckenförde.

2 – A Contribuição da Cultura Helênica

2.1 – A *pólis*: uma autarquia

É muito difícil para um estudioso contemporâneo estabelecer uma relação cognitiva com as abordagens de mundo subjacentes às estruturas institucionais dos ancestrais gregos. Ernst-Wolfgang Böckenförde, em seu livro **História da Filosofia do Direito e do Estado – Antiguidade e Idade Média**⁸, disse que devemos, à Grécia antiga, o surgimento de um pensamento político específico, o qual pretendeu ordenar a vida comunitária na *pólis* que, constantemente, era ameaçada por conflitos internos e externos. Segundo o Autor, **“esse pensamento lançou as raízes da peculiar forma de organização política que surgiu entre os gregos, que encontrou em uma de suas *pólis*, Atenas, uma configuração que foi designada pela reflexão teórica posterior como democracia”**.⁹

Jean-Pierre Vernant, em sua obra **Mito & pensamento entre os Gregos**¹⁰, ao analisar o espaço e a organização política na Grécia antiga, enfatizou o valor transformador das reformas de Clístenes no plano institucional. Mais do que uma transformação estrutural, sua iniciativa impulsionou o desenvolvimento da vida política da Atenas clássica. Os atenienses passaram do domínio econômico para o das instituições cívicas. Este novo sistema institucional permitiu a homogeneização da cidade, tornada uma sociedade de cidadãos semelhantes e iguais, tendo os mesmos direitos de participar na gestão dos negócios públicos. A partir de então, a isonomia adquiriu um valor político claramente definido. Ainda que não se pretenda, aqui, defender qualquer sacrifício do indivíduo e de sua valiosa capacidade de escolha em favor de alguma deidade comunitária superior, a beleza da noção ancestral de isonomia política leva à inevitável reflexão na atualidade sobre a importância do compromisso dos cidadãos para com a comunidade à qual pertencem. Segundo Vernant,

⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *História da Filosofia do Direito e do Estado – Antiguidade e Idade Média*. Tradução de Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2012.

⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *História da Filosofia do Direito e do Estado*. Ob. cit., p. 41.

¹⁰ VERNANT, Jean-Pierre. *MITO & pensamento entre os Gregos*. Tradução de Haiganuch Sarian. 2ª edição. 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.

“As reformas de Clístenes situam-se no plano das instituições. Elas fixam o quadro no qual se desenvolveu a vida política da Atenas clássica. **Mais do que uma transformação, deve-se mesmo falar, a seu propósito, de uma instauração do político, do advento do plano político, no sentido próprio, na existência social dos gregos.** De Sólon a Clístenes, constata-se que os conflitos que dividem a cidade exprimem-se em outros termos. Não se modificaram apenas; deslocaram-se: o centro de gravidade dos debates não é mais o mesmo; o jogo das forças antagonistas se desenrola em um contexto transformado. Ressaltemos o mais significativo deslize a esse respeito. Passa-se do domínio econômico ao das instituições cívicas, a questão das dívidas e da terra, no primeiro plano em Sólon, eclipsando-se diante de um outro problema: **como criar um sistema institucional permitindo unificar os grupos humanos, ainda separados por estatutos sociais, familiares, territoriais, religiosos diferentes; como separar os indivíduos das antigas solidariedades, de suas dependências tradicionais, para constituí-los em uma cidade homogênea, feita de cidadãos semelhantes e iguais, tendo os mesmos direitos de participar na gestão dos negócios públicos**”.¹¹

A compilação feita por Ursula Ludz de fragmentos das obras póstumas de Hannah Arendt, condensadas no livro **O Que é Política?**, traz, entre outros temas, passagens valiosas contendo reflexões da Filósofa sobre o fenômeno político na Antiguidade Clássica. Segundo ela, **“o que distingue o convívio dos homens na pólis de todas as outras formas de convívio humano que eram bem conhecidas dos gregos, era a liberdade. (...) Ser-livre e viver-numa-pólis eram, num certo sentido, a mesma coisa**”.¹² Como bem esclareceu a Autora, para tanto, os cidadãos precisavam contar com a mão-de-obra dos escravos e assim ficariam liberados dos esforços diários da sobrevivência, podendo se ocupar apenas dos assuntos relacionados à organização política da comunidade. Sem dúvida, uma realidade social brutal para os padrões contemporâneos. Contudo, o que tem importância é resgatar o despertar da consciência humana para as específicas noções que, no curso de nossa História, foram sendo aprimoradas. Se, por um lado, a escravidão é fato abominável de um passado que a Humanidade gostaria de esquecer, por outro lado, correlacionar os fenômenos políticos às relações interpessoais livres de coação e de domínio foi algo extraordinário. Nas palavras de Hannah Arendt,

“Iguais com iguais que só em caso de necessidade, ou seja, em tempos de guerra, davam ordens e obedeciam uns aos outros; porém, exceto isso, regulamentavam todos os assuntos por meio da conversa mútua e do convencimento recíproco. **A coisa política entendida nesse sentido grego está, portanto, centrada em torno da liberdade, sendo liberdade entendida negativamente como o não-ser-dominado e não-dominar, e positivamente como um espaço que só pode ser produzido por muitos, onde cada qual se move entre iguais**”.¹³

Não se pode ignorar que a democracia ática não comportava uma noção de liberdade semelhante a que se tem hoje, nas modernas democracias igualitárias, afinal, os “iguais”

¹¹ VERNANT, Jean-Pierre. MITO & pensamento entre os Gregos. Ob. cit., pp. 285-287.

¹² ARENDT, Hannah. O Que é Política? Fragmentos das Obras Póstumas Compiladas por Ursula Ludz. 5ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004, p. 47.

¹³ ARENDT, Hannah. O que é Política?, Ob. cit., p. 48.

correspondiam a uma pequena parcela da população da cidade, quase sempre de origem aristocrática e rica, de tal modo que só alguns poucos ou “os melhores” se relacionariam entre si como iguais. Além deste tipo de igualdade não guardar qualquer vínculo com as noções modernas de igualdade e de justiça, ele provavelmente autorizou discriminações que, na perspectiva contemporânea, são consideradas imorais e antijurídicas. Apesar disso, a tradição antiga deixou de bom, à posteridade, uma noção de isonomia política que vai além da igualdade perante a lei, alcançando o ideal de inclusão dos cidadãos em um plano no qual todos têm direito à atividade política que, na pólis, era de preferência uma atividade de conversa mútua. Como bem enfatizou Hannah Arendt,

“Só na liberdade do falar um com o outro nasce o mundo sobre o qual se fala, em sua objetividade visível de todos os lados. O viver-num-mundo real e o falar-sobre-ele-com-outros são, no fundo, a mesma e única coisa, e a vida privada pareceria “idiota” para os gregos porque os privava dessa complexidade de conversar-sobre-alguma-coisa e, com isso, da experiência sobre como a coisa acontecia, de fato, no mundo. Essa liberdade de movimento, seja a liberdade de ir em frente e começar algo novo e inaudito, ou seja, a liberdade de se relacionar com muitos conversando e tomar conhecimentos de muitas coisas que, em sua totalidade, são o mundo em dado momento, não era nem é, de maneira alguma, o objetivo da política – aquilo que seria alcançável por meios políticos; é muito mais o conteúdo e sentido original da própria **coisa política**. Nesse sentido, política e liberdade são idênticas e sempre onde não existe essa espécie de liberdade, tampouco existe o espaço político no verdadeiro sentido”.¹⁴

Analisando mais detidamente as pesquisas realizadas por Ernst-Wolfgang Böckenförde e por Jean-Pierre Vernant, é possível encontrar dados mais específicos sobre as imagens de mundo que nossos ancestrais remotos tinham e que foram determinantes na evolução dos significados para a condição humana e na progressiva modelagem da arquitetura institucional do Ocidente. Vernant, ao estudar a influência da geometria e da astronomia na cosmologia grega, percebeu que os jônicos foram, de fato, inovadores ao romper com o modo como a sociedade babilônica associava a astronomia à religião. Os físicos da Jônia, como Tales, Anaximandro e Anaxímenes introduziram uma cosmologia teórica, algo que pudesse tornar o mundo inteligível para os homens, sem tantas preocupações com crenças religiosas. Ao propor uma forma de saber ligada ao ideal da inteligibilidade, tentando explicar a ordem do universo de modo racional, eles deram um salto civilizacional extraordinário. Foi uma revolução intelectual que transformou a percepção arcaica que o homem tinha de si mesmo e de sua posição no universo. Tal transformação trouxe inevitáveis modificações nos planos sociais e econômicos.¹⁵ Vernant disse

¹⁴ ARENDT, Hannah. O Que é Política?, Ob. cit., p.60.

¹⁵ VERNANT, Jean-Pierre. MITO & pensamento entre os Gregos. Obra citada. Nesse sentido, ver páginas 243-258.

que o ponto essencial a ser considerado para compreensão da referida mudança foi um fenômeno político, “isto é, do advento da *pólis* grega”.¹⁶

O referido Autor procurou identificar o elo mediador entre a prática social dos gregos do século VII a.C. e o novo horizonte intelectual que se colocava diante deles, em um momento de suas existências bastante crítico, no qual o comércio marítimo se expandia e a economia monetária surgia. O contexto de transição levou aquele povo a repensar sua vida social, para adequá-la a algumas aspirações igualitárias. Para Vernant, iniciava-se, pela primeira vez, na história humana, uma reflexão consciente sobre os modos de se viver em sociedade. Nas suas palavras,

“As instituições da cidade não implicam somente uma existência de um domínio **político**, mas também de um **pensamento político** (...) Com efeito, há, para o grego, na vida humana, dois planos bem separados: um domínio privado, familiar, doméstico (o que os gregos denominam economia), e um domínio público que compreende todas as decisões de interesse comum, tudo o que faz da coletividade de um grupo unido e solidário, uma *pólis* no sentido próprio. No quadro das instituições da cidade – esta cidade que surge precisamente entre a época de Hesíodo e a de Anaximandro – nada do que pertence ao domínio público pode ser mais regulamentado por um indivíduo único, mesmo que ele seja o rei. Todas as coisas **comuns** devem ser o objeto, entre os que compõem a coletividade política, de um debate livre, de uma discussão pública, em plena luz da **ágora**, sob a forma de discursos argumentados. A **pólis pressupõe, pois, um processo de dessacralização e de racionalização da vida social**”.¹⁷

Vernant acentua que, a partir de então, não é mais um rei sacerdote o responsável pela tomada de decisões relevantes à comunidade com base em um calendário religioso. Os negócios da cidade, relacionados ao destino comum dos cidadãos, passaram a ser regulamentados pela via do debate público, no qual cada um poderia intervir livremente, colocando seus argumentos. O **lógos**, enquanto instrumento dos debates públicos, assumiu assim duplo significado: de um lado, correspondia à palavra, ao discurso dos oradores nas assembleias; de outro, era a razão, a faculdade humana que permite argumentar e deliberar, aquilo que define o homem como **zôon politikón**, um ser racional e de linguagem. A palavra então adquiriu a condição de instrumento, por excelência, da vida política, o que também importou em modificação no significado social da escrita. Ela se tornou coisa comum a todos os cidadãos, viabilizando o conhecimento de todos a respeito dos assuntos de interesse da comunidade. Segundo Vernant,

“As leis devem ser escritas; por isso tornam-se verdadeiramente a coisa de todos. As conseqüências dessa transformação do *status* social da escrita serão fundamentais para a história intelectual. Se a escrita permite

¹⁶ VERNANT, Jean-Pierre. MITO & pensamento entre os Gregos. Ob. cit., p. 249.

¹⁷ VERNANT, Jean-Pierre. MITO & pensamento entre os Gregos. Ob. cit., p. 250.

tornar público, colocar aos olhos de todos, o que nas civilizações orientais permanecia mais ou menos secreto, resulta disso que as regras do jogo político, isto é, o livre debate, a discussão pública, a argumentação contraditória vão tornar-se também as regras do jogo intelectual”.¹⁸

Ao estudar a nova imagem de mundo para os gregos, desde então, Vernant enfatiza que houve sensível modificação no espaço urbano. Para ele, é no mundo grego que aparece um novo plano de cidade, de tal modo que todas as construções urbanas são centradas ao redor de uma praça chamada de **ágora**. É de fato algo muito significativo, pois este específico espaço dentro da cidade correspondia a um sistema de vida social pautado pelo debate público, quanto aos assuntos que diziam respeito aos negócios comuns da cidade. A **ágora** ou **praça pública** apareceu nas cidades jônicas e gregas e correspondia ao advento das suas instituições políticas. Para Vernant,

“O grupo humano tem, pois, de si mesmo, a seguinte imagem: ao lado das casas privadas, particulares, há um centro onde os negócios públicos são debatidos, e este centro representa tudo o que é **comum**, a coletividade como tal. Nesse centro, cada um é igual ao outro, ninguém está submetido a ninguém. Nesse debate livre que se institui no centro da **ágora**, todos os cidadãos se definem como iguais, semelhantes. Vemos surgir uma sociedade em que a relação do homem com o homem é pensada sob a forma de uma relação de identidade, de simetria, de reversibilidade. Em vez de a sociedade humana formar, como o espaço mítico, um mundo com degraus em que o rei está em cima, e abaixo dele toda uma hierarquia de estatutos sociais definidos em termos de dominação e de submissão, o universo da cidade aparece constituído por relações igualitárias e reversíveis em que todos os cidadãos se definem como idênticos no plano político com relação uns aos outros. Pode-se dizer que, tendo acesso a esse espaço circular e centrado da **ágora**, os cidadãos entram num quadro de um sistema político cuja lei é o equilíbrio, a simetria e a reciprocidade”.¹⁹

Ao analisar o pensamento religioso dos gregos, o referido Autor identifica dois temas que lhe são centrais: o umbigo (**omphalós**) e a lareira (**héstia**). A lareira, ocupando uma posição central no centro da casa, é, para eles, o umbigo que liga a morada humana às profundezas da terra, ao mesmo tempo em que representa um ponto de contato entre o céu e a superfície do solo em que vivem os mortais. Ao redor da lareira, há quatro colunas que sustentam o teto no qual existe um orifício por onde passa a fumaça exalada quando o fogo é aceso. Precisamente, esta chama, ao elevar-se da lareira, estabelece uma conexão entre a casa terrestre e a morada dos deuses. Sendo assim, a origem mítica materializada na lareira corresponde aos três níveis cósmicos do universo. Quando na cidade surgiu a **ágora**, um espaço que não era doméstico, mas, sim, um espaço público, ele se tornou na verdade o umbigo da comunidade. Um local do qual ninguém poderia se apropriar. Para tanto, foi erigida aí uma lareira que passou a representar não mais uma família, mas o todo de uma comunidade política em que cada elemento particular, sob o reinado da

¹⁸ VERNANT, Jean-Pierre. MITO & pensamento entre os Gregos. Ob. cit., p. 251.

¹⁹ VERNANT, Jean-Pierre. MITO & pensamento entre os Gregos. Ob. cit., pp. 253-254.

isonomia, passaria a ser, desde então, o igual de todos os outros. Esta **Héstia** comum era um símbolo político. No seu entorno, se reuniam todos os homens para exercer as mais diversas atividades, tanto comerciais, como para a discussão racional sobre os negócios de interesse da Cidade. Como disse Vernant, **“pelas transformações do simbolismo de Héstia, nós aprendemos, assim, a passagem de uma imagem mítica a uma noção política e geométrica; compreendemos como o advento da Cidade, a discussão pública, o modelo social de uma comunidade humana constituída por iguais, permitiriam ao pensamento racionalizar-se, abrir-se a uma concepção nova do espaço, exprimindo-se ao mesmo tempo sobre toda uma série de planos na vida política, na organização do espaço urbano, na cosmologia e na astronomia”**.²⁰

Apesar dos avanços, a grande virada política e social só aconteceu em Atenas nos últimos anos do século VI a.C, especialmente, aquelas associadas ao nome de Clístenes. Suas reformas aconteceram no plano das instituições e estabeleceram, dali em diante, as diretrizes segundo as quais a vida política da Atenas clássica se desenvolveria. Vernant considera que, mais do que transformações, as reformas de Clístenes instauraram o fenômeno do político na existência social dos gregos. **“Pela constituição clisteniana, a cidade se faz democracia (...) o ideal de isonomia implica, pelo contrário, que a cidade resolva seus problemas graças ao funcionamento normal de suas instituições, pelo respeito de seu próprio *nómos***.²¹

Ernst-Wolfgang Böckenförde alerta para o equívoco anti-histórico de se identificar as organizações políticas ancestrais ao conceito de Estado. Segundo ele, **“Estado, ao contrário, não significa simplesmente ordenamento político, mas uma das possíveis configurações derivadas da idéia de ordenamento político”**.²² Especificamente, com relação à *pólis*, diz que sua estrutura inicial correspondia a um exercício de poder extremamente personalista, sendo que os elementos essenciais daquela ordem social arcaica eram os laços de família da casa (*oikos*), pois era, nela, que se dava toda a movimentação social, econômica, cultural e religiosa. Quando as casas se integraram entre si e com os povoados vizinhos, esboçaram-se os primeiros arranjos institucionais daquela organização política antiga chamada *pólis*. Segundo o referido Autor,

²⁰ VERNANT, Jean-Pierre. MITO & pensamento entre os Gregos. Ob.cit., p. 258.

²¹ VERNANT, Jean-Pierre. MITO & pensamento entre os Gregos. Ob. cit., p. 286.

²² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., p. 21.

provavelmente, a partir do século VIII a.C., sendo que **“a vida pública da *pólis* concentrou-se normalmente numa colônia urbana (a cidade), que assumiu a função de centro em relação a seus arredores (assim, foi pelo menos no caso de Atenas em relação à Ática e de Esparta em relação à Lacedemônia). A formação de instituições estáveis para organizar a vida comunitária e levar a cabo tarefas comuns foi um processo relativamente moroso, assim como foi morosa a interação formal e regular dos organismos políticos”**.²³

De início, por força de um poder, como referido, essencialmente personalista, os senhores das casas, que podiam ser camponeses ou nobres, eram as essências da *pólis*. Apenas, eles, e não todos os habitantes da cidade é que formaram a estrutura política inicial desta específica forma de organização política. Posteriormente, com o aumento da participação dos cidadãos (*politai*), surgiram novas instituições e repartições na cidade, especialmente, em Atenas, quando o exercício do poder e da autoridade foi deixando de ser personalista. Havia repartições encarregadas das operações bélicas, dos cultos, das diretrizes jurídicas, além de um conselho aristocrático (*areopag*) encarregado do controle e da supervisão da organização política. Novamente, como resultado do aumento da participação dos cidadãos nos negócios públicos que interessavam à comunidade, surgiu uma instituição que, com o passar do tempo, acabou por dissolver o domínio aristocrático: a assembleia popular (*ekklesia*).

Böckenförde enfatiza que a *pólis* era uma ordem comunitária política e religiosa. Nas suas palavras:

“Não se podem compreender as instituições do mundo antigo sem conhecer as crenças das pessoas (...) a separação entre ordenamento político e ordenamento religioso, algo corriqueiro atualmente para nós, era desconhecida nos primórdios da *pólis* e na Antiguidade de um modo geral. Da *pólis* fazia parte o culto, a adoração dos deuses da *pólis*. A *pólis*, as *phratrien* e as casas surgem e se mantêm justamente como comunidades cultuais. A religião sob a forma de culto aos deuses é o fermento da *pólis* e a força que cunha o intelecto (...) **Quem não concede a devida consideração aos deuses da *pólis*, trai o seu ordenamento**”.²⁴

O Autor destaca, também, que as vidas cultural-religiosa e intelectual-cultural na cidade antiga assumiram caráter público, sendo elementos integradores da dinâmica da comunidade, o que demonstra a estreita correlação que havia entre o sagrado e o político. A *pólis* era, de fato, uma autarquia, no sentido de que a organização política permeava as relações dos indivíduos com a

²³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., p. 30.

²⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., p. 34.

sociedade e com o mundo. Em outras palavras, os cidadãos da *pólis* (senhores das casas e filhos homens maiores de idade), enquanto membros daquela organização política, eram firmemente ligados a ela. É difícil para um observador contemporâneo entender tudo isso, pois a atual distinção entre Estado e sociedade, ao que parece, era impensável para eles. Nesse enfoque, **“considerada em seu conjunto, a *pólis* não é apenas sociedade política e jurídica: é também, simultaneamente, sociedade cultural, artística, festiva e formadora”**.²⁵

Quanto ao surgimento do Direito, como um corpo de regras próprios, distinto dos costumes, da religião e da moral, é difícil precisar a época. O Autor se refere ao século VII a.C., quando teriam sido encontradas algumas leis, como a leis de Drácon em Atenas. Ao que parece, em momentos imemoriais, o Direito arcaico estava ligado a aspectos religiosos e míticos. Eram os **nomoi** ou antigas regras de conduta e elementos ordenadores. Posteriormente, teria surgido uma categoria importante e mais refinada de **nomoi** que corresponderia a estatutos escritos baixados na *pólis* e relacionados à sua boa organização. Segundo Böckenförde, eles diziam respeito às obrigações e ao controle dos titulares de cargos públicos, regras de procedimentos para criação de novos **nomoi** e para a aplicação do Direito, além da configuração e respectivas alterações da organização da comunidade da *pólis*. Foi um avanço institucional importantíssimo, na medida em que correspondia ao regramento da participação ativa na *pólis*, direitos e deveres dos cidadãos, além de autorizações para assembleias populares. Nas palavras do Autor, **“à medida que novas situações se colocavam, o ordenamento da *pólis* ia se moldando e reordenando; os *nomoi* tinham como meta efeitos normativos que alcançavam situações futuras”**.²⁶ Eles foram esculpidos nos muros do templo que era o centro de culto da cidade. Em período posterior, com o aumento do poder da assembleia popular para estabelecer leis, os **nomoi** passaram a ser votados, fato que foi decisivo para ampliar a legitimidade política na transição política para a democracia a partir do século V a.C., indicando que os atenienses adquiriram uma compreensão mais formal e legalista dos **nomoi**.

Böckenförde diz que o pensamento político dos gregos, voltado ao ordenamento da vida comunitária da *pólis*, não deu ensejo à posterior estrutura política designada por democracia. De forma completa, o desenvolvimento desta só ocorreu em Atenas que, em absoluto, não pode ser

²⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., p.36.

²⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., p. 39.

considerada uma representante típica da *pólis* grega. Lá aconteceram determinados fatos importantes, como as reformas institucionais propostas por Sólon (594/593 a.C.) que queria uma estrutura social e econômica mais homogênea entre os cidadãos. Ele, na realidade, não eliminou as ambigüidades relativas à participação política ativa dos cidadãos que os discriminava de acordo com sua origem de camponeses ou de nobres. Mas, ao liberar os camponeses da dependência econômica e da servidão por dívidas, Sólon proibiu que o endividamento dos pobres colocasse em risco o bem maior da integridade física. Segundo o Autor:

“Sólon permitiu que, em sua essência, subsistissem as distinções relativas à participação política ativa, que tinham em sua origem a supremacia dos nobres. Com base em sua fortuna, os cidadãos foram divididos em quatro classes, que tinham direitos e deveres diferenciados. Os cargos oficiais da *pólis*, bem como a participação no Conselho dos Quatrocentos (mais tarde, Quinhentos), permaneceram restritos às classes mais altas, de modo que os numerosos pequenos camponeses, artesãos e trabalhadores assalariados, os *Theten* da quarta classe, tinham acesso apenas à assembléia popular e ao tribunal popular. Subsistiu a hegemonia da classe superior dos nobres, ainda que não mais baseada principalmente na beligerância, no prestígio e na tradição, mas na riqueza, o que permitiu o acesso de outros antes excluídos”.²⁷

Ao longo do desenvolvimento político, Atenas conheceu muitos períodos de governos considerados arbitrários. A *tyrannis*, ou o governo de um ou de alguns poucos, foi entendida, posteriormente, como um antimodelo de ordenamento democrático da *pólis*. Contudo, como adverte o Autor, os efeitos da tirania em boa medida levaram à posterior democratização do poder. Nas suas palavras, **“as modificações institucionais postas em marcha – algumas vezes pela própria *tyrannis*, outras pelo estabelecimento de salvaguardas contra o retorno de uma *tyrannis* eliminada -, além de propiciarem uma tendência “democratizante”, freqüentemente consolidaram a *pólis* como núcleo dos acontecimentos e como unidade político-organizacional”**.²⁸ Mas, a profunda mudança na estrutura institucional ateniense veio mesmo com a já mencionada **Reforma de Clístenes** (508/07 a.C.) que criou as bases para uma cidadania mais consistente. Com isso, a isonomia ou o ordenamento da igualdade alcançou maior efetividade. Mais adiante, já no século V a.C., por decorrência da conjuntura política externa de êxito nas empreitadas bélicas, houve fortalecimento da *pólis* ateniense como a unidade operativa mais poderosa e imponente no cenário do Egeu.

²⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., p. 43.

²⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., p. 44.

Internamente, os reflexos do prestígio de Atenas e de seu enriquecimento se fizeram sentir no impulso em direção à igualdade entre todos os cidadãos e da ampliação da participação política ativa. É, nesse contexto favorável, que surge a figura influente de Péricles cujas reformas significaram o passo decisivo rumo à consolidação da democracia em Atenas. A essência das modificações nas estruturas institucionais da cidade correspondia à limitação do controle e do poder de fiscalização do conselho dos nobres (*areópago*) com transferência de expressivas parcelas de decisão à assembleia popular (*ekklesia*) que ascendeu à posição de órgão central de poder, concretizando o ideal da igualdade. Para Böckenförde, **“somente séculos após a sua instituição, o ordenamento da *pólis* assim configurado foi concebido como *democratia*, mais especificamente quando os cidadãos já estavam amplamente emancipados da influência dos nobres e quando sua nova identidade coletiva já havia se afirmado no *Demoskult* e no simbolismo do poder ático (construção da Acrópole, por exemplo)”**.²⁹

Esta democracia ática, tão distante no tempo, guarda abissais diferenças com a compreensão atual de democracia. Ela correspondia ao domínio e o autogoverno de cidadãos adultos do sexo masculino, ou seja, apenas uma pequena parte da população inteira, em uma estrutura social e econômica que contava com a mão de obra escrava e na qual as mulheres não tinham capacidade legal e política. Além disso, a *democratia* surgiu graças ao sucesso de Atenas como potência marítima hegemônica, portanto os componentes bélicos e imperialistas foram mais do que necessários. Mas, ainda assim, o melhor da herança que este específico modo de organização política nos deixou está no conceito de liberdade como algo essencialmente político que, desde o início, se subsumia na cidadania. Como diz o Autor, **“a liberdade da qual se falava, pela qual se lutava e cuja ausência definia a escravidão foi, inicialmente, a liberdade da própria *pólis*: seu desenvolvimento, independência e capacidade de ação. A liberdade do cidadão consistia em tomar parte nisso, e não em ser independente disso”**.³⁰

Se, na Antiguidade, o sentido da política era a liberdade, hoje, a coisa política é apenas um meio para proteger o sustento da vida da sociedade e a produtividade do desenvolvimento social livre. Contudo, a esperança sempre vai estar nesta capacidade essencialmente humana de agir, de poder impor um novo começo, de tomar iniciativas. Hannah Arendt apontou para o erro de se

²⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., p. 46.

³⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., p.49.

identificar liberdade com livre-arbítrio. Segundo esta estranha convicção, a liberdade não estaria no agir e na coisa política, pelo contrário, mais do que nunca, os cidadãos só se sentiriam livres quando se afastassem da política. Aristóteles não achava que todos os homens fossem políticos ou que a política, ou seja, uma *pólis*, houvesse em toda parte onde viviam homens.³¹ Para a Autora, o Filósofo julgava ser apenas uma característica do homem o fato de poder viver numa *pólis* e que essa organização da cidade representava a forma mais elevada do convívio humano. Ela teria existido, segundo os gregos, apenas na Grécia e por pouco tempo. Seu sinal distintivo era precisamente o de que, nela, o convívio humano era pautado pela liberdade. Sendo assim, o “**ser-livre** e o “**viver-numa-pólis**” eram, num certo sentido, a mesma coisa.³²

Os Autores que examinamos neste item indicam uma estreita vinculação que existia entre o conceito de igualdade e o de liberdade para os antigos gregos. O que é, sem dúvida, uma abordagem da realidade bastante diferente da que ocorre nas atuais democracias liberais que, afirmando a igualdade perante a lei, associam-na à concepção de justiça. Na verdade, ninguém, lucidamente, poderá defender um retorno àquele tipo de sociedade ancestral, na qual só *uns poucos* ou *os melhores* se relacionariam entre si, como iguais entre iguais. Tal perspectiva, no presente estágio da civilização mundial, pode bem corresponder a cruéis desigualdades e injustiças. No entanto, se um retorno às práticas antigas não é adequado nem desejado, especular sobre ganhos e perdas das tradições antigas e modernas é algo essencial ao debate institucional. Há idéias valiosas que se perderam e que precisam ser recuperadas. Como, por exemplo, um outro possível sentido para a isonomia identificado no direito de todos à atividade política que, na

³¹ARISTÓTELES. Política. Tradução, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 3ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 78, item 1275, *alínea b*. “... dizemos que são cidadãos aqueles que podem exercer tais funções públicas. Esta é de um modo geral a definição de cidadão mais adequada a todos aqueles que geralmente são chamados cidadãos. (...) Então o cidadão será necessariamente diferente sob cada forma de constituição, e portanto a definição de cidadão que já demos aplica-se especificamente à cidadania em uma democracia; ela pode ser boa sob outras formas de governo, mas não necessariamente”.

³²ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Tradução de Roberto Raposo. Lisboa: Relógio D’Água Editores, junho de 2001, pp. 257-258. “Na sua filosofia política, Aristóteles tem ainda clara consciência do que está em jogo na política, ou seja, nada menos que a **ergon tou anthrōpou (a obra do homem enquanto homem)**; e, se definiu essa obra como **viver bem (eu zen)** queria com isto dizer claramente que a **obra**, neste caso, não é produto do trabalho, só existindo na pura efectividade da acção. Esta realização especificamente humana nada tem a ver com a categoria de meios e fins; a **obra do homem** não é um fim, porque os meios de realizá-la – as virtudes ou **aretai** – não são qualidades que podem ou não ser realizadas, mas são, por si mesmas, **realidades**. Por outras palavras, o meio de alcançar um fim já seria um fim; e este fim, por sua vez, não pode ser considerado como meio noutra contexto, pois nada há de mais elevado a atingir que essa própria efectivação”.

pólis, era de preferência uma atividade de conversa mútua. Mais do que isso, a consciência antiga de que a perda da coisa política coincidia com a perda da própria liberdade.³³

Hannah Arendt, em um dos seus livros – **A Vida do Espírito**³⁴ –, enfatizou o que parece ser a questão central de nossas inquietações: como deve ser o mundo para que o homem possa conhecê-lo. Esta pergunta parece ser tão antiga quanto à própria ciência e continua até hoje sem resposta. Ela nos alertou para o que já estava acontecendo nas décadas posteriores à primeira metade do Século XX, o que para os sobreviventes do Século XXI é ainda mais intenso. O fato de que todos estão mergulhados no jogo do materialismo auxiliado por computadores cada vez mais inteligentes. É como se o **“Espírito do Mundo”**, na perspectiva de Hegel, estivesse de volta, agora, vestido com a roupagem de um sistema nervoso global modelado por um computador gigante. É como se a comunidade humana global passasse a ser entendida a partir de uma fusão de cérebros em um **“cérebro gigante”**.

A Filósofa se reportou aos ensinamentos de Lewis Thomas, denunciando que todo este imenso erro acaba com a preciosa noção de um **“eu próprio”**, dotado de autonomia, de vontade, de voluntarismo, não no sentido de um individualismo solipsista, mas, sim, naquilo que faz parte das muitas capacidades humanas. Entre elas, a de, sendo livres para tomar iniciativas só suas, os homens serem capazes de inaugurar sempre algo novo no mundo. A seus termos, **“o nome próprio deste mito, do qual somos, de todos os lados aconselhados a nos livrar, é Liberdade”**.³⁵ Sem dúvida, a liberdade política é algo que se vive no contexto da cidade. Nas comunidades políticas organizadas segundo algum modelo institucional, os homens produzem leis para regular a convivência e que, inevitavelmente, acabam por tolher, em maior ou menor medida, a vontade livre de cada um. Ainda assim, o governo que se estabelecer vai sempre deixar

³³ARENDR, Hannah. A Condição Humana. Ob. cit., pp. 255-256. “O poder preserva a esfera pública e o espaço da aparência e, como tal, é também um princípio essencial ao artifício humano, que perderia a sua suprema *‘raison d’être* se deixasse de ser o palco da acção e do discurso, da teia dos negócios e relações humanas e das histórias por eles engendradas (...) Sem a acção para pôr em movimento no mundo o novo começo de que cada homem é capaz por haver nascido, **‘não há nada que seja novo debaixo do sol’**; sem o discurso para materializar e celebrar, ainda que provisoriamente as coisas novas que surgem e resplandecem, **‘não há memória’**; sem a permanência duradoura do artifício humano, **‘não haverá recordação das coisas que têm de suceder depois de nós’**. E, sem o poder, o espaço da aparência produzido pela acção e pelo discurso em público desaparecerá tão rapidamente como o acto ou a palavra viva”.

³⁴ARENDR, Hannah. A Vida do Espírito. Tradução de Cesar Augusto de Almeida, Antônio Abranches e Helena Martins. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, pp. 465 e 472.

³⁵ARENDR, Hannah. A Vida do Espírito. Ob. cit, p. 467.

um amplo espaço para a ação humana e é graças a este fato – o inevitável espaço para a ação – que o corpo constituído de cidadãos entra em movimento.

Nessa medida, a liberdade política se diferencia da liberdade filosófica por ser uma qualidade do **“eu posso”**, mais do que do **“eu quero”**. A liberdade política pertence aos cidadãos e, portanto, é aquele tipo de fenômeno que só faz sentido existir e entender no seio de comunidades, onde a ênfase está na capacidade de estabelecermos relacionamentos uns com os outros, na capacidade de vivência em comum. Ela está no falar e no agir regulado por regras, que podem ser leis, costumes, hábitos mesmos, enfim, tudo o que tem um sentido aceito e um significado inteligível para guiar os passos na vida que se compartilha. Hannah Arendt resumiu isso tudo quando disse que **“a liberdade política só é possível na esfera da pluralidade humana e com a condição de que essa esfera não seja simplesmente uma extensão deste *eu-e-eu mesmo* [*I-and-myself*] dual para um nós plural”**.³⁶

A Autora esclareceu que a liberdade filosófica é a liberdade da vontade, relevante somente para as pessoas que vivem fora das comunidades políticas, como indivíduos solitários. As comunidades políticas, aquelas integradas por cidadãos, são constituídas e mantidas por sistemas legais. Leis, na verdade, feitas por homens que, ainda que variem muito de comunidade para comunidade, originando variadas formas de governos, tendem a limitar a vontade livre de seus cidadãos. Salvo nas hipóteses de governos totalitários, os demais deixam, em maior ou menor grau, espaço para a ação ativa das pessoas, pondo em movimento o corpo constituído dos cidadãos. A liberdade política, na perspectiva ocidental, consiste, nesta linha de raciocínio, no poder de fazer aquilo que devemos querer e, em não sermos forçados a fazer, o que não devemos querer. Apoiando-se em Montesquieu, Hannah Arendt disse que o sistema legal que transforma indivíduos livres e sem lei em cidadãos corresponde às relações que envolvem os assuntos inconstantes do homem mortal, submetidas a todos os acidentes e contingências que podem nos acontecer e que, de fato, variam de acordo com as mudanças da vontade humana. Segundo ela, para Montesquieu e para os homens que fundaram a República americana, as palavras poder e liberdade eram praticamente sinônimos. Sendo assim, a liberdade política corresponderia a um **“eu posso”**. Mas, como poder é sempre limitado, a liberdade política é sempre liberdade

³⁶ ARENDT, Hannah. A Vida do Espírito. Ob. cit., p. 469.

limitada. Ainda assim, os homens e mulheres ocidentais da sociedade atual compreendem a liberdade como a razão de ser de toda a política.³⁷

A Filósofa afirmou que o sentido da política é a liberdade. Diante das experiências reais tão destrutivas que o mundo teve com a política do Século XX, ela indagou com veemência se a política teria ainda algum sentido. Na Antigüidade³⁸, política e liberdade eram conceitos intimamente ligados, coisa que já não acontece mais. Além disso, no mundo contemporâneo, os Estados detêm o monopólio da destruição, o que envolve, pois, o âmbito do político. Sendo assim, o que está em jogo não é apenas a liberdade, mas, sim, a vida, a continuidade da existência da Humanidade e, talvez, de toda a vida orgânica na Terra.

³⁷ ARENDT, Hannah. A Vida do Espírito. Ob.cit., pp. 470-476.

³⁸ VERNANT, Jean-Pierre. MITO e pensamento entre os GREGOS. Ob. cit., pp. 303-304. “O problema é saber se não há no próprio conceito que os gregos tiveram da *politéia* uma ambigüidade fundamental para marcar, em níveis diversos, todo o seu pensamento político. **Os gregos não separaram claramente, como o fazemos, Estado e sociedade, plano político e plano social. Para eles, a oposição se situa entre o privado e o público. O que não é do domínio privado acha-se ligado ao domínio público, ao comum, isto é, finalmente, à espera política (para nós, ao contrário, a maior parte de nossas atividades sociais, que nos colocam em relação com outrem, não são nem do domínio puramente privado, nem do domínio propriamente político).** Para os Antigos, toda a sociedade humana aparece composta de partes múltiplas, diferenciadas por suas funções; mas, ao mesmo tempo, para que essa sociedade forme uma *pólis*, é preciso que ela se afirme em um certo plano como **una** e homogênea. Designando a *politéia* a um mesmo tempo o grupo social tomado em seu conjunto (a **sociedade**) e o Estado em sentido estrito, é difícil fazer dela uma teoria inteiramente coerente, pois, segundo a perspectiva que se colocar, essa *politéia* se apresenta ora como múltipla e heterogênea (diferenciação das funções sociais), ora como **una** e homogênea (**aspecto igualitário e comum das prerrogativas políticas definindo, como tal, o cidadão**)”.

2.2 – A Noção do Justo Político

Vernant, em sua obra **MITO e pensamento entre os Gregos**, faz uma interessante análise estrutural do mito hesiódico das raças que participava do imaginário social daquele povo antigo. Segundo o Autor, do referido **Mito das Raças**, Hesíodo teria tirado um ensinamento que valeria tanto para os pobres lavradores, que extraíam da terra o bom fruto, quanto para os nobres reis, cuja função era regular as querelas por arbitragens. Sua lição consistiria em advertir a todos para que escutassem a Justiça, *Díke*, não deixando aumentar a desmedida, *Hýbris*. Na **Idade de Ouro**, tudo era ordem, justiça e felicidade, época na qual a *Díke* reinaria absoluta. Na **Idade de Ferro**, pelo contrário, imperava a *Hýbris*, princípio nefasto, causador de desordem, de violência e de morte. Vernant enfatiza que Hesíodo via uma grande distância entre o bom soberano, aquele que proferia sentenças justas e os reis “**comedores de presentes**”, cuja ação maléfica teria motivado o retorno da *Díke* para o Céu. Nas suas palavras,

“O poeta está persuadido de que a maneira pela qual os reis se desincumbem da sua função judiciária reflete diretamente sobre o universo do agricultor, ao favorecer, ou pelo contrário, ao exaurir a abundância dos frutos da terra. Há, pois, entre a primeira e a terceira função, entre os reis e os lavradores, uma convivência mítica e ao mesmo tempo real. (...) É que no mundo de Hesíodo, ao contrário da vida na Idade do Ouro, é um mundo confuso em que coexistem lado a lado, mas se opõe, pela sua função, os pequenos e os grandes, os desprezíveis e os nobres, os agricultores e os reis. Nesse universo dissonante, não há outro apoio senão a *Díke*. Se ela desaparece, tudo perece no caos”.³⁹

O Autor esclarece que, no quadro que Hesíodo traçou da sociedade desordenada de seu tempo, a *Hýbris* correspondia a fator de discórdia e disputa que afetava as relações entre reis e lavradores. O paradigma estava na **Idade de Ouro**, onde a justiça e a abundância eram puras. Um tempo pretérito, sem querelas ou disputas entre os homens, quando não haveria processos a julgar. Tampouco, eles precisariam trabalhar a terra para ter o que comer, na medida em que seus frutos a todos bastavam. Ao contrário, na **Idade de Ferro**, a Luta (*Éris*) é quem definiria o modo de viver das pessoas. E *Éris* poderia ter dupla função: uma boa e outra má. Assim, pela luta dos reis sábios, inspirados pela *Díke*, seriam dispensadas sentenças justas concretizando uma *Díke* realista. Pela luta dos agricultores que lavravam a terra, produziam-se frutos que saciariam a fome do povo. Esta seria a *Díke* do agricultor que tornaria, no plano da realidade, a *Éris* virtuosa.

³⁹ VERNANT, Jean-Pierre. MITO & pensamento entre os Gregos. Ob. cit., pp. 57-58.

As visões míticas e religiosas dos tempos imemoriais, a partir das quais os gregos procuravam enfrentar seus dramas existenciais, individuais e coletivos, muito provavelmente, foram sendo atenuados, mas não eliminados, com a progressiva emancipação racional da organização política. O próprio Vernant, mais adiante, na mesma obra, ao analisar a formação do pensamento positivo na Grécia arcaica, adverte que a, a partir do século VI a.C., houve significativa mudança na velha idéia de partilha de honrarias e privilégios entre grupos da *pólis* que se opunham à semelhança das forças vigentes no cosmos. Segundo disse o referido Autor:

“Separadas, natureza e sociedade constituem igualmente objeto de uma reflexão mais positiva e mais abstrata. A ordem social, tornada humana, presta-se a uma elaboração racional do mesmo modo que a ordem natural tornada *physis*. (...) A velha idéia de uma ordem social baseada em uma distribuição, em uma repartição das honras e dos privilégios entre grupos estrangeiros que se opõem na comunidade política, como as forças elementares no cosmo, tornar-se-á, após o século VI a.C., a noção abstrata de igualdade perante a lei entre os indivíduos que se definem todos de modo análogo na qualidade de cidadãos de uma mesma cidade”.⁴⁰

Ao que tudo indica, desde então, a noção de igualdade política representou um avanço na qualidade da cidadania. Nas palavras de Vernant:

“Como a filosofia se desenvolve do mito, como o filósofo deriva do mago, assim também a Cidade se constitui a partir da antiga organização social: ela a destrói, mas, ao mesmo tempo, conserva o quadro; transpõe a organização tribal em uma forma que implica um pensamento mais positivo e abstrato. (...) Pela sua coerência e pela nitidez do seu delineamento, as reformas de Clístenes acusam os traços característicos do novo tipo de pensamento que se exprime na estrutura política da cidade. Em outro plano, eles são comparáveis àqueles que, com o aparecimento da filosofia, nos parecem definir a transformação do mito em razão. (...) O esforço de abstração assinala-se em todos os planos: na divisão administrativa baseada em setores territoriais delimitados e definidos, e já não em laços de consanguinidade; no sistema de números arbitrariamente escolhidos para repartir de modo equitativo, graças a uma correspondência matemática, as responsabilidades sociais, os grupos de homens, os períodos de tempo; na própria definição da Cidade e do cidadão: a Cidade não se identifica mais com uma personagem privilegiada; não é solidária de qualquer atividade, de qualquer família particular; é a forma que toma o grupo unido de todos os cidadãos considerados independentemente da sua pessoa, da sua ascendência, da sua profissão. **A ordem da Cidade é a ordem na qual a relação social, pensada abstrata e independentemente dos laços pessoais ou familiares, se define em termos de igualdade, de identidade.”⁴¹**

Vernant acentua que, no século VI a.C., os filósofos contemplavam o supra-sensível, voltavam seus olhos para o céu e analisavam a regularidade dos movimentos das estrelas e dos astros. A partir deles, conceberam uma ordem para as cidades, ainda que vivessem em um momento histórico no qual as estruturas tradicionais começassem a ruir. Para Clístenes, os problemas na *pólis* poderiam ser resolvidos com a reforma das instituições. Posteriormente, para Platão,

⁴⁰ VERNANT, Jean-Pierre. MITO & pensamento entre os GREGOS. Ob. cit., p. 463.

⁴¹ VERNANT, Jean-Pierre. Mito & pensamento entre os Gregos. Ob. cit., pp. 464-465.

deveriam ser questionados os fundamentos da organização política. Para o mencionado Autor, **“a despeito de todos os elementos que Platão tomou aos Estados de seu tempo, sua cidade teórica, longe de representar a verdade da cidade clássica, lhe é oposta em muitos aspectos. Não são mais os homens, e sim os deuses que a dirigem, e o esforço de Platão não visa encontrar instituições que permitam aos cidadãos governarem-se a si mesmos, mas estabelecer uma cidade que estará, em toda a medida do possível, nas mãos dos deuses”**.⁴²

Se, por um lado, os povos antigos, ao que parece, não conheceram a típica separação radical moderna, entre a organização política e a sociedade, ou o plano político e o plano social⁴³, por outro, não se pode afirmar categoricamente que, desde o final do século V a.C, não houvesse, no espaço público da *pólis* ateniense, um caráter diferenciado no modelo da cidade. É realmente difícil para um observador contemporâneo entender o significado atribuído pelos antigos para a *politéia*, uma estrutura, ao mesmo tempo, una e múltipla. Como disse Vernant,

“Para os Antigos, toda a sociedade humana aparece composta de partes múltiplas, diferenciadas por suas funções; mas, ao mesmo tempo, para que essa sociedade forme uma *pólis*, é preciso que ela se afirme em um certo plano una e homogênea. Designando a *politéia* a um mesmo tempo o grupo social tomado em seu conjunto (a sociedade) e o Estado em sentido estrito, é difícil fazer dela uma teoria inteiramente coerente, pois, segundo a perspectiva em que se colocar, essa *politéia* se apresenta ora como múltipla e heterogênea (diferenciação das funções sociais), ora como una e homogênea (aspecto igualitário e comum das prerrogativas políticas, definindo, como tal o cidadão)”.⁴⁴

Mas uma coisa parecia ser certa para eles, muito diferente de nós, a plenitude da vida humana só era possível na *pólis*. Vale enfatizar que o significado de tal plenitude não pode desconsiderar as possíveis discriminações, aceitas como normais naquele tipo de sociedade ancestral, contra as mulheres, os estrangeiros, os escravos, as crianças e, muito possivelmente, contra os que hoje qualificamos como portadores de necessidades especiais. Segundo o referido Autor,

“Que a *politéia* tenha sido estendida ao conjunto do corpo social formado pelos homens livres de uma cidade ou limitada a um grupo mais restrito, que haja ou não entre os membros da cidade distinções quanto ao seu direito de

⁴² VERNANT, Jean-Pierre. MITO & pensamento entre os Gregos. Ob.cit., p. 300.

⁴³ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Prólogo e traducción de Fernando de los Rios. México: FCE, 2000, pp. 286-287. Segundo este Autor, **“como nota fundamental del Estado griego habría de señalarse su omnipotencia, el desvalimiento del individuo frente al Estado. (...) La libertad antigua consistía exclusivamente en que el individuo tenía capacidad para participar en la formación de las leyes soberanas; pero éstas dominaban al individuo totalmente, sin dejarle esfera alguna de libertad en el sentido más importante que tiene este concepto de libertad para el hombre moderno”**.

⁴⁴ VERNANT, Jean-Pierre. MITO & pensamento entre os Gregos. Ob. cit., p. 303.

exercer o poder em comum, tratou-se sempre de constituir os cidadãos em uma coletividade verdadeiramente una, a despeito de todas as diferenças opondo uns aos outros os indivíduos que a compõem”.⁴⁵

A solução política, proposta por Clístenes, foi no sentido da melhor homogeneização das estruturas políticas e sociais da cidade, uma *pólis* com um formato, tanto quanto fosse possível, sem níveis e sem diferenciações. Sua iniciativa de modelo estatal atendeu ao ideal de uma cidadania um pouco mais igualitária, ainda que a realidade cívica de seu momento existencial correspondesse a uma organização política dilacerada por facções e rivalidades locais. Vernant destaca que:

“No contexto histórico já modificado, as preocupações de Hipódamo não deixam de ser bastante próximas. A **isonomia** de tipo clisteniano não conseguiu suprimir os antagonismos sociais. Muitas cidades do século V, e mais ainda do século IV, estão divididas por lutas intestinais, em que as considerações de interesses – o que nós denominaríamos o econômico – tomaram uma importância que elas não tinham na época de Clístenes. Essas contradições não cessarão de se agravar, e Platão poderá denunciar, por trás da aparente unidade do Estado democrático, o combate dos ricos e dos pobres, dispostos em dois campos inimigos”.⁴⁶

Já no século V a.C, e muito mais no século IV a.C, a *politéia* ateniense experimentava uma profunda instabilidade decorrente de problemas econômicos, políticos e sociais que afetavam sensivelmente o regime democrático. Como disse Böckenförde, **“uma reflexão sobre o direito, em suas distintas versões gregas (*nomoi, thesmos, dike*), e sobre o bom ordenamento (*eunomia*) já haviam ocupado as mentes da Grécia arcaica (séculos VIII e VI a.C.). Os sofistas, que desenvolveram sua doutrina no século V a.C., o primeiro século da democracia ateniense, puderam, então, ligar-se a uma antiga tradição ou dela se distanciar”**.⁴⁷ Os grandes filósofos do Direito e da Política ensinaram e atuaram no século IV a.C. Pensadores, como Platão e Aristóteles, motivados pelo caos, tentaram apresentar propostas e teorias sobre qual seria o ordenamento mais adequado à *pólis*, ou seja, eles refletiram profundamente sobre o Direito e o justo político.

De fato, na própria sociedade arcaica, já se podia antever a preocupação com um ordenamento comunitário equilibrado, como observado na análise precedente do mito hesiódico, quando a preocupação voltava-se à solução dos litígios segundo sentenças retas. Num estágio mais

⁴⁵ VERNANT, Jean-Pierre. MITO & pensamento entre os Gregos. Ob. cit., pp. 304-305.

⁴⁶ VERNANT, Jean-Pierre. MITO & pensamento entre os Gregos. Ob. cit., pp. 305-306.

⁴⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., p.51.

avançado, em Sólon, esboçou-se, de modo mais claro, o justo político na relação entre a **Dike** e a atividade política. Para o mencionado arconte e legislador arbitral de Atenas, importava o bom ordenamento da vida na **pólis**. Segundo Böckenförde,

“Como em Hesíodo, também em Sólon, **Eunomia** é irmã de **Dike**, porém goza de *status* mais elevado do que em Hesíodo: ela não é somente desdobramento e fruto do direito e da justiça, mas um ordenamento superior ao qual o direito e a justiça precisam estar ligados. A vida na **pólis** precisa ser orientada no sentido de se alcançar um estado de equilíbrio e de harmonia entre as forças sociais e, assim, permitir o desenvolvimento do direito; o bom ordenamento da vida comum surge como parte do direito e também como condição para o seu exercício”.⁴⁸

Os gregos aperfeiçoaram sua percepção do direito e da vida política, na medida em que abandonaram as explicações míticas da Natureza e tentaram encontrar razões lógicas para os acontecimentos. Para Böckenförde, **“com *nomos* não mais se quer dizer uma tradição não-escrita, mas uma lei política, a maneira pela qual se determina o ordenamento da *pólis* e da vida na *pólis*. Por esse *nomos* devem os cidadãos lutar como lutam pelos muros da cidade; ele surge do conflito, mas propicia a unidade da *pólis* e agrega os cidadãos da mesma forma como a razão agrega os oradores”**.⁴⁹ Para o Autor, os sofistas deram importante contribuição à discussão sobre os **nomoi** e sobre o correto ordenamento da *pólis*. Isso só foi possível, especialmente, em Atenas, no final do século VI a.C. e durante todo o século V a.C., porque lá já existiam estruturas políticas e econômicas que permitiam uma reflexão sobre os fundamentos da ordem estabelecida, bem como, dos **nomoi** vigentes e respectivas interrelações com o Direito. Há esse tempo, os atenienses conheceram uma grande ampliação dos direitos de participação ativa na *pólis*.

Na perspectiva de Böckenförde, a referida alteração na organização política mais o sucesso econômico e cultural de Atenas ocasionou aumento na participação ativa da assembléia popular com significativa mudança no que, até então, se entendia por **arete** (competência para governar e liderar a *pólis*). Ele diz que **“a tão aclamada *arete*, a competência para governar e assumir um papel de liderança na *pólis*, não mais surgia espontaneamente em função da origem nobre e do estilo de vida ou do patrimônio aristocrático, ela precisava ser objetivamente reconhecida pela assembléia popular por meio de eleição ou confirmação. (...) tratava-se de**

⁴⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., p. 56.

⁴⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., p. 61.

uma arete nova para os dirigentes políticos, que poderia ser adquirida por intermédio de formação política e educação”.⁵⁰

Os encarregados de ministrar esta educação eram precisamente os sofistas que ofertavam, mediante remuneração, seus ensinamentos, principalmente, para a formação dos novos dirigentes políticos. Por decorrência desta transformação na qualidade da atividade política, o poder institucional foi alvo de questionamentos racionais. Os cidadãos (**politai**) na assembléia popular precisavam ser racionalmente convencidos sobre esta ou aquela decisão em favor da *pólis*. Daí porque a retórica e o poder de persuasão assumiram capital relevo nos discursos dos oradores. O protagonismo dos sofistas, nessa época que correspondeu à entrada de Atenas em um cenário político transformado, era o de educadores preocupados em formar nos alunos uma **techne política**, ou uma capacidade e habilidade destinadas a atuar em benefício da *pólis*. A antiga tradição de comando da cidade nas mãos de aristocratas evoluiu para uma compreensão mais racional e democrática do poder. Além do enfraquecimento dos liames míticos e religiosos, houve um fortalecimento da igualdade política pela via da educação que dizia respeito às pessoas em geral e não mais, apenas, a uma diminuta parte delas.

Segundo Böckenförde, a posição fundamental dos sofistas foi firmada por um de seus mais ilustres representantes, Protágoras, no conhecido princípio segundo o qual o homem seria a medida de todas as coisas. O Autor recorre ao **Teeteto** de Platão para assinalar qual era a concepção de justo e injusto para os sofistas. Segundo diz, **“a concepção dos sofistas quanto ao justo e ao injusto parte do seguinte: “que nada disso, por natureza, possui essência que lhe é própria, mas sim aquilo que conjuntamente lhe é atribuído; que isso é verdadeiro pelo tempo em que assim for valorado e somente enquanto assim for valorado”.**”⁵¹ Nesse sentido, a retórica sofista, ainda que tenha questionado os fundamentos da convivência na cidade, se lançou num terreno movediço de incertezas e ambigüidades, pois se afastou da busca da verdade ou do conhecimento teórico da realidade, contentando-se com o plausível, associando a capacidade de persuadir a metas pragmáticas. Isso se fez sentir na questão do justo político ou no correto ordenamento da *pólis* e nas definições sobre o justo e o injusto. Apesar disso, como bem enfatiza Böckenförde, **“eles despojaram os *nomoi* vigentes na *pólis* do status de normas**

⁵⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., p. 64.

⁵¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., p.70.

incontestavelmente válidas e, assim fazendo, colocaram, de maneira irrefutável, a questão da legitimação para as normas efetivamente vigentes.”⁵² Em palavras simples, é provável, guardadas todas as cautelas que se deve ter com os indícios da História, de que, a partir de então, os atenienses tenham se conscientizado sobre a importância de um debate racional relacionado ao adequado ordenamento da vida em comum pela via do Direito.

É precisamente, neste contexto, que surgiu a figura inovadora de Sócrates. Ainda que, como os sofistas, ele também tenha se distanciado da cosmologia e da filosofia da Natureza, indo em direção ao ser humano e, do mesmo modo, acreditasse no valor da racionalidade argumentativa e na importância do magistério com o objetivo de formar e educar para a cidadania, o pensamento socrático foi absolutamente revolucionário. Se não se pode ter certeza absoluta sobre a existência do Sócrates histórico, tampouco, sobre a realidade de seu caráter, ou se tudo, ao fim e ao cabo, não passou de uma idealização de seus seguidores, o fato é que o Sócrates descrito por Platão foi capaz de propor um exercício da racionalidade diferenciado. Foi ele, Sócrates, quem tornou o agir ético-moral algo consciente e subordinado à reflexão racional. A partir de sua abordagem de mundo, a liberdade excedeu o conteúdo político e avançou sobre o âmbito da ética. Nas palavras de Böckenförde:

“Sócrates torna o agir ético-moral algo consciente e o subordina à reflexão. O agir moral surge do âmago do indivíduo e a partir da prontidão para a meditação e para a transformação (*metanoia*), deixando de lado a mera adaptação exterior e pautando-se pelo agir com vistas ao bom e ao justo. Sócrates pressupõe a existência de um fundamento ético no indivíduo, guiado por uma espécie de compasso interno orientado pela razão. **A liberdade evidencia-se como problema ético, como consumação do agir a partir de um juízo moral, ela não mais existe apenas como conceito político**”.⁵³

Por decorrência do embasamento ético de seu pensamento, as questões relacionadas ao Direito e ao justo assumiram novos significados. Enquanto os sofistas estabeleciam o direito e o justo a partir do caráter dos **nomoi**, Sócrates colocava as questões sobre a conduta reta e justa de forma autônoma e independente. O Direito e o justo não vão mais ao encontro dos **nomoi**, mas são com eles confrontados. O determinante não é o que a maioria ou a própria *pólis* tenha firmado como justo, mas aquilo que, em sentido objetivo a partir de um processo argumentativo-discursivo, apareça, como algo correto, por si mesmo, e conforme a ordem.

⁵² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., p. 83.

⁵³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., pp. 86-87.

Lendo alguns diálogos de Platão, como o **Teeteto**, o **Sofista** ou o **Protágoras**, por exemplo, fica-se com a impressão de que Sócrates preocupava-se com as relações humanas e com os valores que possibilitariam e legitimariam essas relações dos indivíduos que, como cidadãos, viveriam na *pólis*. Nesse enfoque, muito provavelmente sua filosofia teria se ocupado dos conceitos sobre as virtudes, especialmente, a justiça, a sabedoria, a coragem e a moderação. Ao que parece, Sócrates valorizou o ser humano, do mesmo modo que os sofistas, mas deles se afastou, radicalmente, na medida em que sua ética conduzia necessariamente à discussão e à tentativa de elucidação dos conceitos, enquanto que as preocupações dos sofistas voltavam-se, apenas, à utilidade da ação política. A postura de Sócrates nos textos de Platão revela, na realidade, uma aguda polarização entre a especulação e a prática.

Como bem enfatizou Hannah Arendt, a respeito do caráter aporético dos diálogos socráticos de Platão, os argumentos não levavam à específica conclusão sobre qualquer verdade absoluta. Ela tomou, como exemplo, a discussão colocada no **Eutífron** sobre a piedade. Nas suas palavras,

“... para ser pio, é preciso saber o que é piedade. As coisas que agradam aos deuses são pias; mas elas são pias porque agradam aos deuses ou agradam aos deuses porque são pias? (...) **Sócrates, fazendo perguntas para as quais ele não conhece a resposta, coloca-os em movimento; e quando as afirmações voltam ao ponto de partida, em geral é ele quem alegremente propõe começar tudo de novo e investigar o que são a justiça, a piedade, o conhecimento ou a felicidade.** (...) diz-se que Sócrates acreditava que a virtude pudesse ser ensinada. E parece que ele realmente achava que falar e pensar sobre a piedade, a justiça, a coragem e coisas do gênero poderiam tornar os homens mais pios, justos e corajosos, embora nem definições nem **‘valores’** lhes fossem dados para que pudessem orientar sua conduta futura. (...) É como se, ao contrário dos filósofos profissionais, ele sentisse a necessidade de verificar com seus semelhantes se suas perplexidades também eram por eles compartilhadas – e isso é totalmente diferente da propensão a encontrar soluções para enigmas, e então demonstrá-las aos outros”.⁵⁴

A discussão dos conceitos pela via da dialética que pretendia elucidar seus conteúdos, impulsionada pela maiêutica, foi aprimorada pelo mais ilustre dos seguidores de Sócrates, Platão, que deixou, em inúmeros textos, sua herança ética, política e filosófica à posteridade. Não se pode afirmar, com certeza, se as descrições das organizações políticas feitas por Platão e, posteriormente, por Aristóteles guardavam qualquer identidade com as cidades reais de mais de dois milênios atrás. Ou se eles, graças às suas refinadas inteligências, foram capazes de abordar os fenômenos do mundo, de um modo tão genial quanto incompreendido. Mas, seja como for, seus legados chegaram até nós e merecem estudo atento.

⁵⁴ ARENDT, Hannah. A Vida do Espírito. Ob. cit., pp. 191-194.

A **República**⁵⁵ de Platão, muito provavelmente, o primeiro tratado de justiça política do Ocidente, inaugurou uma célebre discussão entre o filósofo e o sofista, reproduzindo o antagonismo que, ao que tudo indica, existia entre essas duas posições intelectuais a respeito da educação para a cidadania, especialmente nas conseqüências que se fariam sentir na estruturação do poder político da cidade. Já no primeiro capítulo da Obra, o personagem Sócrates provoca a questão sobre o que é justo, questão esta que é prontamente respondida pelo sofista Trasímaco para quem o justo nada mais seria do que a vantagem do mais forte.⁵⁶ A perspectiva do cínico interlocutor de Sócrates faria corresponder o conceito de justiça ao poder estruturado unilateralmente, de modo inquestionável e dogmático, sem qualquer preocupação com um conteúdo universalmente verdadeiro para todos. Contra esta concepção dos sofistas sobre os significados da lei e das virtudes, é que Platão conduz sua sensível crítica ao longo de toda a República. Do texto, fica-se com a impressão de que o Sócrates de Platão considerava que a retórica dos sofistas não mantinha qualquer compromisso com a verdade, visando apenas persuadir o público alvo com meras opiniões. Nesta Obra extraordinária, Platão expôs sua concepção sobre a organização política que considerava ideal imantada pela virtude da justiça, além de esboçar sua teoria das formas e de propor um modelo educacional para os cidadãos atenienses.⁵⁷

Mas, em outros diálogos, se fazem presentes discussões sobre os mesmos temas relacionados à justiça e à melhor forma de se organizar o poder e as estruturas institucionais da *pólis*. Vale mencionar **AS LEIS**⁵⁸, diálogo inacabado de um Platão envelhecido, porém rico de reflexões sobre a organização da *pólis* e sobre a adequada conduta dos cidadãos, além de leis específicas que deveriam ser aplicadas na cidade. De todos, no entanto, os mais comoventes e significativos,

⁵⁵ PLATÃO. A República. Introdução, tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 9ª edição, 2001.

⁵⁶ PLATÃO. A República, Ob.cit., pp. 1-51. Ver, especialmente, item 338, alíneas *a, b, c, d, e*.

⁵⁷ PLATÃO. A República. Ob. cit., p. XXXIII. Nos comentários feitos pela tradutora, muito especialmente, aos Livros VIII e IX, a respeito das quatro espécies de governos, são traçados os quadros da timocracia (ou o governo que preza as honrarias), da oligarquia, da democracia e da tirania, bem como, do homem que corresponde a cada uma. Nas suas palavras, “*a descrição do ponto mais baixo a que chegou a degradação humana põe de novo a questão inicial da felicidade e virtude de cada uma destas espécies, em relação com as qualidades que predominam na cidade, com a conclusão de que o tirano, escravo dos mais sórdidos prazeres e apetites, é o que mais se opõe ao filósofo-rei, que tem acesso aos prazeres puros e reais, e de que é a justiça, e não a injustiça, que traz vantagens a quem a pratica*”.

⁵⁸ BRISSON, Luc; PRADEAU, Jean-François. As Leis de Platão. Tradução de Nicolás Nyimi Campanário. Coleção Estudos Platônicos. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

revelando o avanço da ética e da moral sobre o âmbito da política, são o **Êutífron**, a **Apologia de Sócrates** e o **Crítion**⁵⁹, todos eles relacionados ao processo, julgamento e morte de Sócrates.

No diálogo **Êutífron**, Sócrates está se preparando para se defender na Corte de Atenas contra as acusações que lhe são impingidas, especialmente, a mais grave de todas, a de impiedade. Na mesma época, o jovem Êutífron estava depondo, neste Tribunal, contra seu próprio pai, acusado de matar um servo. Matar um servo era considerado algo grave e reprovável ainda que no cenário de uma Atenas corrompida e decadente. Para eles, ter o sangue inocente de alguém nas mãos era um crime religioso e tal mácula desagradava aos deuses. No entanto, o fato de que o filho havia denunciado o pai guardava também uma mancha de reprovação, pois era considerado um ato pouco piedoso, embora jurídico em uma cidade entendida como uma democracia.⁶⁰

A **Apologia de Sócrates**, um monólogo, corresponde ao discurso de defesa feito por Sócrates perante a Corte de Atenas, composta de um júri de 501 (quinhentos e um) atenienses, possivelmente, datado de 399 a.C., quando ele já era bastante idoso. O mais extraordinário deste diálogo é que, mesmo diante de graves acusações, como sedução e, principalmente, impiedade (descrença nos deuses da *pólis*), Sócrates não se retratou, em momento algum, mantendo a coerência de seu discurso e de seus ideais até o fim. Ele respeitava as estruturas oficiais da *pólis* e, também, os detentores dos cargos de poder. Negou que tivesse desrespeitado a Zeus e a Apolo. No entanto, não fez a sua defesa, no sentido moderno que temos dela, pois não temia o sofrimento, o exílio ou a morte. O que parecia ser vital para Sócrates era, tão-somente, o patrimônio de seus ideais dos quais não abriria mão jamais.⁶¹

No **Crítion**, a discussão envolve também o julgamento e a morte de Sócrates e, provavelmente, ocorreu no trintídio que se passou entre estes dois eventos. Crítion, amigo pessoal de Sócrates, era um poderoso e influente cidadão de Atenas que foi visitá-lo na prisão. Ele queria convencer Sócrates sobre um plano de fuga para um lugar a salvo das leis de Atenas. O diálogo de extraordinária força dramática conduz a um debate ético em torno da justiça, revelando, ainda

⁵⁹ PLATÃO. ÊUTIFRON, APOLOGIA DE SÓCRATES, CRÍTION. Tradução, introdução e notas de José Trindade Santos. 3ª edição, corrigida e aumentada. Lisboa: F.C.S.H. da Universidade Nova de Lisboa, 1983.

⁶⁰ PLATÃO. **Êutífron**. Ob.cit., pp 23-56

⁶¹ PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. Ob.cit., pp. 57-100.

que não expressamente, os problemas crônicos da sociedade da época que, ao fim e ao cabo, não são estranhos ao mundo contemporâneo. Afinal, se aplicar a lei visa concretizar a justiça, porque muitas vezes não atingimos este fim? No diálogo, a reprovação de Sócrates aos sofistas é crescente, na medida em que estes não hesitavam em usar da retórica para defender, à revelia da verdade e da justiça, homens indiciados, desde que pudessem bem remunerá-los. O dinheiro e o poder seriam instrumentos úteis à causa da justiça, ou seria o contrário? Afinal o que é justiça? O que é o justo da cidade?⁶² Como Böckenförde enfatizou, **“Sócrates considera ser o questionamento quanto ao justo a base para a avaliação quanto à conduta adequada e correta (...) Não é mais determinante o que à maioria ou à *pólis* parece ser justo, mas aquilo que (em sentido objetivo) é justo”**.⁶³

A leitura conjunta do **Êutífron**, da **Apologia de Sócrates** e do **Críton** revela uma resposta preciosa. A persuasão, enquanto procedimento adotado para resolver as tensões sociais, permitiu a democratização da sociedade ateniense. Contudo, identificar o significado da justiça com a “lei do mais forte”, seja porque este possua muito dinheiro ou muita influência nos círculos do poder, não conseguiu sobreviver ao teste da refutação socrática. De fato, nem Cálicles, nem Trasímaco conseguiram superar as aporias existentes em seus discursos. Sendo assim, suas retóricas caíram diante da força dos princípios da ética de Sócrates. Na **Apologia (29 d)**, Sócrates disse: **“Homens de Atenas, respeito-vos e amo-vos, mas me deixarei convencer pelo Deus do que por vós, e enquanto respirar e for disso capaz, não cessarei de filosofar nem de vos exortar, mostrando-vos o caminho”**.⁶⁴

É difícil saber qual era o real pensamento de Sócrates sobre a realidade da organização política de seu tempo e respectivo ordenamento. Mas, dos diálogos platônicos, pode-se fazer inferências a respeito de sua reflexão sobre o justo político. Vale transcrever um pequeno trecho da provocação que Sócrates fez a Trasímaco no item **345**, alíneas *c-d* da República:

“... mas supões que ele trata de engordar as ovelhas, na medida em que é um pastor, não porque tenha em vista o que é melhor para elas, mas como um conviva ou uma pessoa que quer dar um banquete, para se regalar, ou então para as vender, como se fosse um homem de negócios, e não um pastor. Ora, a finalidade da

⁶² PLATÃO. **Críton**. Ob.cit., pp. 101-127.

⁶³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., p. 88.

⁶⁴ PLATÃO. Apologia de Sócrates. Ob.cit., p. 85.

arte do pastor não é outra, sem dúvida, senão aquela para que foi destinada, conseguir para o seu objecto o máximo de bem-estar – uma vez que seguramente está já dotado o bastante das qualidades específicas que lhe darão supremacia, na medida em que nada lhe falte da sua essência de arte do pastoreio”.⁶⁵

Como se vê, a sua postura crítica em relação ao poder revelou uma preocupação acentuada com o bem comum, o que pode ter feito toda a diferença na percepção que, até então, as pessoas tinham do ato de governar e que influenciou profundamente a história da política ocidental. A julgar pelo texto, muito provavelmente, Sócrates tinha uma percepção sobre o caráter da organização política como uma ordem ainda **una** na qual o cidadão estava inserido. O Sócrates de Platão parece alguém muito preocupado em estabelecer uma ordem para uma *pólis* idealizada, embora a Atenas de sua época estivesse, internamente, fragmentada por disputas políticas, isso sem falar na perspectiva externa conturbada pelo fracasso na Guerra do Peloponeso, com todas as conseqüências econômicas e sociais que daí resultaram.

Enquanto Sócrates questionou a *pólis* de dentro para fora, Platão ofereceu um algo a mais à concepção que foi sendo forjada, desde então, sobre o justo político. Ele era muito jovem quando Sócrates foi condenado e o destino de seu querido mestre muito possivelmente deve ter marcado sua visão do fenômeno político. Ao contrário de Sócrates, sua reflexão sobre a *pólis* e seu ordenamento se fez, a partir de uma perspectiva externa, segundo uma teoria filosófica e, não, a partir da participação ativa na modelagem dos destinos da cidade. Os textos de Platão foram e são alvo de interpretações no decorrer dos dois últimos milênios e isso impede a formulação de afirmações categóricas sobre suas motivações. Ainda assim, guardadas todas as cautelas, a leitura, especialmente, da **República** e das **Leis**, deixa a impressão de que a preocupação com o correto ordenamento da *pólis* foi determinante à sua filosofia política. A sua insistente crítica aos sofistas se voltava contra o relativismo que adotavam, no que diz respeito aos conceitos de bom e de justo, o que teria contribuído para a decadência da ordem em Atenas. Ele propôs, então, a renovação da organização política segundo uma racionalidade ética, como meio de elevar a *pólis* do abismo da crise em que estava mergulhada. Em sua filosofia política, portanto, a questão da justiça é central. Isso se pode observar no **Críton**, no **Górgias** e, principalmente, na **República**, um diálogo de beleza ímpar sobre a justiça, tanto em relação ao indivíduo quanto em relação a *pólis*. Como bem disse Böckenförde, “Platão fala expressamente de justiça (**dikaiosyne**), não

⁶⁵ PLATÃO. A República. Ob. cit., p.35.

apenas do direito e do justo (**dikaion**). A justiça torna-se princípio basilar para a vida das pessoas e para o ordenamento da *pólis*. Como tal, opõe-se às disseminadas noções aristocráticas de honra e de salvaguarda da honra, que não se prendiam muito à questão da justiça”.⁶⁶

Em Platão, a justiça é, antes, justiça no indivíduo e consiste na integração harmônica das três forças anímicas na pessoa, cada uma fazendo a sua parte: a razão (**logistikon**), a coragem (**thymoeides**) e o desejo sensível (**epithymetikon**). À razão, correspondem a sabedoria e a autoridade; à coragem, correspondem a bravura e a vigilância no combate aos perigos externos, e, ao desejo, correspondem a moderação ou prudência (**sophrosyne**) e a preocupação com as necessidades materiais básicas. Justiça significa, nesse enfoque, a atuação e a convivência dessas três partes da alma e suas respectivas habilidades e condutas em harmonia e união, num modo de equilíbrio e estabilidade. Isso que ocorre no indivíduo é projetado, por ele, ao adequado ordenamento da cidade. Trata-se da justiça da organização política que envolve o indivíduo como elo e componente da *pólis*. Como diz Böckenförde, a respeito da concepção de justiça em Platão,

“Ganha especial significado pelo fato de estar necessariamente associada à liberdade. (...) Aquilo que por tradição é firmemente estabelecido como **éthos** é então assimilado pela subjetividade do indivíduo como liberdade e transformado em ética enquanto exigência normativa do agir. (...) **Para o ordenamento da pólis, a justiça é determinada a partir de um paralelo com a justiça relativa ao indivíduo; para Platão – demonstrada no macrocosmo da pólis -, trata-se da mesma idéia de justiça.** Na *pólis*, ela se caracteriza pelas relações equilibradas entre as suas funções básicas. Tal equilíbrio se mostra na compreensão de uma divisão laboral em função da qual certas tarefas ficam a cargo de pessoas (ou grupo de pessoas) determinadas e adequadas para levá-las a efeito e na harmonia relacional entre forças possibilitada por uma visão e orientação racionais. **Sendo assim, a justiça é a base de sustentação e a estruturação interna de um ordenamento racional para a pólis. (...) Então do que depende o bom ordenamento e a harmonia da pólis? Depende de que todos os membros da pólis, de acordo com o que lhes é próprio, contribuam e cooperem com a pólis**”.⁶⁷

É valiosa a compreensão racional de Platão, ao relacionar a justiça do ordenamento da *pólis* ao interesse em tudo o que pudesse dizer respeito à comunidade da cidade (República, item 415, *alíneas a-c*)⁶⁸. Do mesmo modo, ao considerar a educação da comunidade como algo essencial ao seu justo ordenamento (República, item 376, *alínea c*)⁶⁹. Sua Obra permanece, até hoje, e o modo ético como ele abordou os temas ligados ao Direito e ao justo revelam sua noção de justiça em rota de colisão com o significado atribuído, a este fenômeno, pelos sofistas. Na percepção de

⁶⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., p. 105.

⁶⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., p. 108.

⁶⁸ PLATÃO. A República. Ob. cit., pp. 155-156.

⁶⁹ PLATÃO. A República. Ob. cit., p.85.

Platão, a *pólis* ideal e justa correspondia a uma totalidade social, política e religiosa. Sua compreensão de liberdade política, diferente da visão moderna, não era uma liberdade diante da cidade, mas algo que correspondia à participação e à cooperação em favor da *pólis* de acordo com as aptidões e capacidades de cada um. No Platão mais jovem da República, que valorizava, sobretudo, a educação dos cidadãos, a questão central é como obter justiça na *pólis*. Já na fase de sua maturidade tardia, As Leis traduziram sua proposta de organização da cidade, do ponto de vista prático, valorizando os **nomoi**, como principal fator regulador e formador da vida na *pólis* e de seu ordenamento. Nas palavras de Böckenförde, **“as leis são necessárias para as pessoas, que devem obedecê-las, e para os dirigentes, que perante elas são responsáveis e não podem governar sem limites – uma segurança contra o sempre iminente abuso de poder”**.⁷⁰ Entre as duas fases de seu pensamento, permaneceu o ideal imorredouro para o pensamento ocidental de que a *pólis* era uma organização política capaz de assegurar a paz entre as pessoas e, também, uma comunidade de ética e de religiosidade que conduzia as pessoas a uma vida mais completa nas virtudes.

No entanto, para um observador contemporâneo, ainda que inegáveis a riqueza da filosofia política de Platão e a importância de sua preocupação em restabelecer a unidade de uma *pólis* fragmentada por crises imensas, fica um pouco difícil de entender o significado que ele atribuiu à noção de justiça. De um modo geral, hoje, quando se pensa no fenômeno da justiça, especialmente, do justo político, o que se tem presente são as relações sociais, entre as pessoas, e o modo de distribuição dos bens entre os cidadãos no seio da comunidade política. Nesse sentido, pensa-se justiça política como justiça distributiva, associando-a a um meta-critério de legitimação da ordem jurídica e estatal. Muito mais próxima da atual filosofia política está a contribuição do mais notável aluno da Academia de Platão: Aristóteles. O Filósofo se distinguiu de seu mestre justamente pela sua inclinação para a observação e para a experiência, o que deu à sua filosofia um caráter realista. Cabe prestar atenção também, em relação a Aristóteles, às cautelas relacionadas à avaliação e a interpretação das fontes de seu legado. De qualquer modo, parece haver consenso em relação aos temas que são preciosos a este estudo, como a sua percepção a respeito dos fenômenos político e jurídico.

⁷⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., p 123.

Segundo se lê na *Política*, “**a justiça é a base da sociedade; sua aplicação assegura a ordem na comunidade social, por ser o meio de determinar o que é justo**”.⁷¹ Sendo assim, o conceito e a essência do Direito são metodicamente deduzidos desde o Direito posto na *pólis*. Em palavras simples, o justo é o justo legal.⁷² O Direito (**dikaion**) é algo que surge, concretamente, na *pólis* e, enquanto ordenamento da *pólis* concreta, só nela pode se realizar. Como esclarece Böckenförde,

“Segundo o modo como Aristóteles vê a *pólis*, há nela um **telos** que lhe é próprio; ela é composta de determinada maneira e por determinadas instituições, em particular enquanto ordenamento de poder e ordenamento comunitário de livres e iguais. O direito (e o justo), enquanto forma de ordenamento da vida comunitária, existe justamente, e apenas, em tal comunidade de pessoas livres e iguais, nas relações entre pessoas livres e iguais; seu domínio concreto é assim determinado e delimitado. (...) Aristóteles, portanto, restringe o direito em sentido próprio ao âmbito da *pólis*, dele excluindo o ordenamento da casa (**oikos**)”.⁷³

Esta noção de justiça vinculada ao Direito vigente na cidade guarda, em si mesma, uma premissa que valoriza a ordem comum decidida por cidadãos livres e iguais. A proposta de Aristóteles, além de valiosa ao debate jurídico contemporâneo, revela uma concepção de Direito que se atualizava concretamente na *pólis*, na medida de seu desenvolvimento e que era observado como seu ordenamento. Sendo assim, na sua perspectiva, ser da comunidade e estar no Direito guardavam íntima relação. Aceitar este enfoque tem uma conseqüência poderosa: o Direito sempre será o promotor do justo político. Nunca poderá ser identificado apenas com um objeto específico por cuja titularidade dominial autor e réu entram em contenda voraz. Pois o Direito, ainda que seja grande demais para caber dentro de um conceito limitado, é algo que existe para o nós. Ou seja, o justo político que o Direito promove transcende a esfera privada com todos os seus predicados. Vale, de modo geral, para muito além dos estatutos pessoais, como algo externo a eles, público, do qual ninguém é excluído, nem mesmo o pior criminoso. Mesmo os párias, os que causam horror com seus atos, os que investem contra a ordem social e jurídica estabelecidas, os que agredem os fundamentos mais elementares da constituição de um Estado, mesmo eles, devem ter o protagonismo no seio do processo público estatal.⁷⁴

⁷¹ ARISTÓTELES. *Política*. Ob.cit., Livro I, Capítulo I, item 1253, *alínea a.*, pp. 15-16.

⁷² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 4ª Edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. Livro V, Capítulo I, item 1129, *alínea a.*, pp. 91-92. “**O justo, então, é aquilo que é conforme à lei e correto, e o injusto é o ilegal e iníquo**”.

⁷³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *História da Filosofia do Direito e do Estado*. Ob. cit., p. 140.

⁷⁴ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Ob. cit., pp. 197-198. “Parece-nos óbvio que os gregos temiam esta desvalorização do mundo e o seu inseparável antropocentrismo – a opinião ‘*absurda*’ de que o homem é o mais alto

Aristóteles referiu que o Direito seria composto pelo Direito natural, vigente em qualquer lugar e independente da aprovação das pessoas, e pelo Direito estabelecido ou Direito legal, obrigatório a todos, não importando de qual modo foi ajustado. Por consequência, a *pólis* e seu Direito seriam por natureza, pois, nela, os homens livres, seguindo as regras da cidade, teriam sua humanidade concretizada. Só na cidade é que a vida humana poderia ser real e plena. Para o Filósofo, o homem não era apenas um ser individual, ou um ser social, mas um ser destinado à *pólis*: o **zôon politikón**. Seria no âmbito da *pólis*, uma **autarquia**, que todas as esferas do ser humano – biológica, emocional, intelectual e racional – alcançariam seu real destino, um fim e um bem em si.⁷⁵ Nas palavras de Böckenförde, **“o direito conforme a natureza não está dissociado da *pólis*, não subjaz a ela, mas é justamente o direito dado pela *pólis*, que está na base de sua concreta formulação ético-institucional. Aquilo que naturalmente é justo (*physei dikaion*) vive no ordenamento existente, embora não seja mera função deste ordenamento”**.⁷⁶ Entretanto, vale ressaltar que a tendência de Aristóteles de legitimar o Direito efetivamente vigente não correspondia à legitimação de qualquer Direito existente, pois, ao lado de sua teoria sobre o Direito, estava a sua teoria da justiça.

Aristóteles sempre preferiu as leis ao arbítrio, uma racionalidade jurídica aplicativa a uma situacional, um julgamento a partir de padrões prévios em lugar de casuísmos. Mas, mesmo admitindo a superioridade racional da lei, o Filósofo não era indiferente aos casos excepcionais, defendendo o aprendizado do que no Ocidente chamamos de equidade (*epieikeia*).⁷⁷ Certamente, naqueles detalhes muito específicos nos quais lei alguma estabeleceu previamente uma definição,

de todos os seres vivos e de que tudo o mais está sujeito às exigências da vida humana (Aristóteles) -, da mesma forma que viam com desprezo a pura vulgaridade de todo o utilitarismo sistemático. O famoso argumento de Platão contra o dito de Protágoras, aparentemente axiomático, de que ‘o homem é a medida de todas as coisas de uso (*chremata*), da existência das que existem e da inexistência das que não existem’, talvez seja o melhor exemplo de que já se anteviam as consequências de considerar-se o *homo faber* como a mais alta possibilidade humana. (...) O que importa é que Platão percebeu desde logo que, quando se faz do homem a medida de todas as coisas de uso, está-se a correlacionar o mundo com o homem-usuário e fazedor de instrumentos, e não com o homem-orador, pensador ou homem de acção. (...) Na interpretação platônica, Protágoras surge, realmente, como o primeiro precursor de Kant; pois se o homem é a medida de todas as coisas, então só o homem escapa à relação de meios e fins; só ele é um fim em si mesmo, capaz de usar tudo o mais como meios. Platão sabia perfeitamente que as possibilidades de produzir objectos de uso e de tratar todas as coisas da natureza como objectos de uso são tão ilimitadas como as necessidades e os talentos do ser humano. Se os critérios do ‘*homo faber*’ passarem a governar o mundo depois de construído, como devem necessariamente presidir ao nascimento desse mundo, então o ‘*homo faber*’, mais cedo ou mais tarde, servir-se-á de tudo e considerará tudo o que existe como simples meio à sua disposição”.

⁷⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*, Ob.cit., Livro V, item 1134, *alínea b.*, pp. 102-103.

⁷⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *História da Filosofia do Direito e do Estado*. Ob. cit., p. 142.

⁷⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*, Ob. cit., Livro V, item 1129, *alínea a.*, p. 92. **“O Justo, então, é aquilo que é conforme à lei e correto, e o injusto é o ilegal e iníquo”**.

a solução teria – e tem – de ser dada por alguém. Mas, nunca de modo arbitrário, pois a própria lei dava aos magistrados uma formação, autorizando a administração das matérias omissas. Nessa linha de raciocínio, o julgamento deveria ocorrer seguindo o mais justo critério, o que significava dizer que, para os juízes de Atenas, os fenômenos da equidade e da justiça deveriam vir sempre num horizonte de legalidade. Na medida em que a própria lei autorizava que suprissem as omissões e, inclusive, introduzissem todas as retificações que a experiência indicasse como preferíveis, então seria possível pensar em transcender, de modo legítimo, a lei nos casos que, hoje, chamamos de difíceis.⁷⁸ Como bem acentuou Vernant,

“Para o pensamento grego, a natureza representa o domínio de pouco mais ou menos, ao qual não se aplicam nem medida exata nem raciocínio rigoroso. Não se descobre a razão na natureza: ela está imanente na linguagem. Não se forma através de técnicas que operam sobre as coisas; constitui-se pela elaboração e pela análise dos diversos modos de ação sobre os homens, de todas estas técnicas que têm a linguagem por instrumento comum: a arte do advogado, do professor, do orador, do político. A razão grega é a razão que permite agir de modo positivo, refletido, metódico, sobre os homens, mas não transformar a natureza. Nesses limites, como nas suas inovações, ela é bem filha da Cidade”.⁷⁹

Quem sempre segue a lei, sabe quando pode transcendê-la, passando a atuar como legislador do caso concreto. As lições do Sócrates de Platão, do próprio Platão e, especialmente, de Aristóteles levam à reflexão sobre o modo como estamos vivendo as atuais instituições sociais, como o são o Direito e todo o aparelho estatal do constitucionalismo contemporâneo. A abordagem das regras de regência do espaço público tem de levar em consideração que é vivendo nas instituições, delas participando, de modo crítico, lúcido e prudente, só assim, se torna possível o aprendizado sobre seus princípios fundamentais, apontando, quando for o caso, as necessárias reformulações. O resgate desta virtude chamada prudência, este meio termo entre todas as virtudes morais, é que vai permitir uma interação criativa com a realidade, guiando o juízo valorativo das pessoas que, saindo da apatia política, passam a unir a sabedoria com o conhecimento prático.

É precisamente, neste ponto, que a teoria da justiça de Aristóteles assume especial importância. Como vimos, para Platão, o conteúdo da justiça correspondia, de início, à harmônica relação entre as forças anímicas no indivíduo, o qual, depois, em um segundo momento, ele projetava na cidade, enquanto harmônico ordenamento da *pólis*, o qual dependeria da correta

⁷⁸ ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Ob. cit., Livro V, item 1137, *alínea b*, pp. 108-110.

⁷⁹ VERNANT, Jean-Pierre. Mito & pensamento entre os Gregos. Ob. cit., pp. 473-474.

relação entre os diferentes estratos sociais. Ao contrário, para Aristóteles, já de início, a justiça se referia ao âmbito da vida das relações. Ou seja, na perspectiva do Filósofo, a justiça seria uma virtude social, pois diria respeito ao modo como os cidadãos se posicionavam, entre si, e em relação à *pólis*. Exatamente, por ser uma virtude social, é que a justiça guardaria íntima ligação com a observância das leis e com a igualdade dos cidadãos no contexto da cidade. Sendo assim, Aristóteles percebia o justo concretamente determinado a partir dos **nomoi** e, não, o inverso. Os **nomoi** seriam, implicitamente, entendidos como a expressão do justo na *pólis*.

Aristóteles distinguiu diferentes formas de justiça de acordo com os espaços de relacionamento social entre as pessoas. A primeira delas era a justiça geral ou legal (*iustitia universalis*) que se orientaria pelas leis. O respeito e a obediências às leis estabelecidas na cidade corresponderia à sua noção de justiça geral.⁸⁰ Nas palavras de Böckenförde, **“como os *nomoi* podem regular não apenas as relações sociais dos indivíduos entre si, mas quase todas as esferas da vida, eles agora englobam também uma conduta conforme outras virtudes, como a bravura e a prudência. Assim, surge a justiça genérica como justiça universal e torna-se equivalente da virtude em si – na relação com os concidadãos”**.⁸¹

A outra forma de justiça seria a justiça particular ou específica (*iustitia particularis*) que se apresentaria sob duas formas: justiça distributiva (*dianemetikon dikaion*), e justiça comutativa para as relações contratuais e de troca (*dikaion diorthotikon*). Na justiça particular, Aristóteles deu ênfase à igualdade como seu elemento essencial. Segundo Böckenförde,

“Aristóteles indaga sobre a medida da justiça e a encontra, assim como em relação a outras virtudes, em um meio-termo entre dois extremos, meio-termo relativo não à forma, mas ao conteúdo (a denominada doutrina *mesotes*): o meio-termo, por exemplo, entre o excesso e a insuficiência, entre a avareza e a prodigalidade, entre a temeridade e a covardia. O meio-termo da justiça se encontra na igualdade – igualdade de distribuição, igualdade na retaliação, igualdade no intercâmbio; por um lado, ela se limita pelo prejuízo e, por outro, pelo favorecimento. E tal relação de

⁸⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Ob. cit., *Ética a Nicômacos*, Livro V, Capítulo I, item 1129, *alínea b*, pp. 92-93. **“E a lei determina igualmente que ajamos como agem os homens corajosos (ou seja, que não desertemos de nosso posto, nem fuçamos, nem nos desvencilhemos de nossas armas), e como os homens moderados (ou seja, que não cometamos o adultério nem ultrajes), e como os homens amáveis (ou seja, que não agridamos os outros, nem falemos mal deles), e assim por diante em relação às outras formas de excelência moral, impondo a prática de certos atos e proibindo outros, as determinações das leis bem elaboradas são boas e as das leis elaboradas apressadamente não chegam a ser igualmente boas”**.

⁸¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *História da Filosofia do Direito e do Estado*. Ob. cit., p. 148.

igualdade pressupõe sempre diversas pessoas, no mínimo duas, e diversos objetos. **É nisso que se baseia o caráter necessariamente social, e não apenas pessoal, da justiça**".⁸²

Quanto à justiça distributiva na percepção de Aristóteles, esta se referia à repartição de bens comuns entre os cidadãos, como o reconhecimento público e os encargos e incumbências para com a cidade, segundo o parâmetro da proporcionalidade, de tal modo que os bens correspondentes seriam atribuídos de acordo com a capacidade, o merecimento ou a necessidade de cada cidadão. Portanto, tratava-se de uma concepção de justiça que dizia respeito ao espaço das relações entre a comunidade da *pólis* e cada um de seus membros.⁸³ No que diz respeito à justiça comutativa, esta se manifestaria sob as formas de justiça contratual (*iustitia comutativa*) e de justiça de restituição ou compensatória (*iustitia vindicativa*), esta diria respeito às relações contratuais, às de troca e às transgressões que envolveriam os cidadãos. Seria o meio-termo entre o excesso e a insuficiência, entre ganhos e perdas, portanto se daria no âmbito da igualdade aritmética, fazendo equivaler a prestação à contraprestação entre o dano causado e a reparação.⁸⁴

Em síntese, pode-se dizer que, na visão de Aristóteles, a justiça era uma virtude social que só se concretizava, plenamente, entre os cidadãos no contexto comunitário da *pólis*. Pode-se, no entanto, argumentar, com boa dose de razão, a respeito das incertezas e mistérios que acompanham as heranças intelectuais originadas em épocas remotas. Acrescente-se a isso as inevitáveis interpretações, adições, perdas e uma tendência a idealizar o passado, atribuindo aos povos antigos padrões existenciais que os colocam em um patamar mítico no qual a vida seria presumivelmente melhor. Não se pode ignorar também que as sociedades ancestrais eram muito provavelmente marcadas por discriminações sociais hoje inaceitáveis. Como bem pontuou Böckenförde,

“Passa facilmente despercebido o fato de que, para Aristóteles, a justiça em sentido pleno apenas existia entre cidadãos e dentro da comunidade da *pólis*. (...) para Aristóteles a justiça somente tem lugar próprio onde a lei por natureza tem seu lugar, onde as pessoas têm igual participação no governo e na submissão, onde livres e iguais se encontram. Quem, de certo modo, é parte de outrem ou a outrem pertence – crianças e escravos em relação aos pais ou senhores ou, de forma mais branda, as mulheres em sua relação com os homens – coloca-se em uma relação de

⁸² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., p. 149.

⁸³ ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Ob. cit., Ética a Nicômacos, Livro V, Capítulo III, item 1131, *alínea a*, pp. 95-96. **“o que é justo em termos de distribuição deve sê-lo de acordo com o mérito em certo sentido, embora nem todos indiquem a mesma espécie de mérito; os democratas identificam a circunstância de a distribuição dever ser de acordo com a condição de homem livre, os adeptos da oligarquia com a riqueza (ou nobreza de nascimento) e os adeptos da aristocracia com a excelência”**.

⁸⁴ ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Ética a Nicômacos, Livro V, Capítulo IV, item 1132, *alínea a*, pp. 97-98.

direito e de justiça menos abrangente, incompleta: o direito e a justiça (ainda) não são dirigidos às pessoas de uma forma geral, mas aos livres e iguais, pessoas independentes”.⁸⁵

Mas, ainda que assim o seja, mesmo que, no âmbito da realidade da *pólis* ateniense, especialmente, dos séculos V e IV a.C, igualdade e justiça se concretizassem de um modo muito aquém do que hoje tipificaríamos até como insuficiente, eles despertaram para o imenso valor de se construir uma ordem para a organização política pautada pela igualdade entre os cidadãos e pelo compromisso entre governantes e governados.

⁸⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., p. 152.

2.3 – A Noção de Cidadania

Quem era o cidadão que se movimentava no espaço público da *pólis* Atenas, neste período específico entre os séculos VI e IV a.C.? Como vimos, nos itens precedentes, muitos acontecimentos políticos, jurídicos e econômicos marcaram a cidade-estado com momentos de prosperidade e decadência os quais impulsionaram sucessivos processos de reorganização da comunidade política. No entanto, o que temos dos relatos históricos são apenas indícios interpretados no curso de mais de dois milênios. Mesmo apoiados em autores de excelência, como Ernst-Wolfgang Böckenförde, Jean-Pierre Vernant, Georg Jellinek, Hannah Arendt, além dos próprios textos de Platão e Aristóteles, há uma inevitável incerteza sobre o que realmente aconteceu, nesse remoto período da história ocidental, em uma específica *pólis*: Atenas. Ainda assim, há uma convergência entre todos os autores consultados de que, no período referido, aquele povo despertou para a importância de se racionalizar o convívio humano na cidade pela via dos **nomoi** e, posteriormente, de refletir sobre as regras e as instituições, a partir de uma perspectiva filosófica sobre o Direito e a justiça.

Nesse enfoque, o cidadão de Atenas era, possivelmente, alguém que se movimentava em um espaço público enriquecido por uma nova cultura na qual a racionalidade humana era concebida dentro da perspectiva da própria organização política. Em outras palavras, ao que parece, a cidadania ativa correspondia à realização plena de todas as dimensões humanas no contexto da comunidade da *pólis*. Sendo assim, é possível presumir que existia um forte elo que ligava o âmbito social ao âmbito político. Para conferir a validade desta presunção, vale pesquisar a respeito nas filosofias políticas de Platão e de Aristóteles.

Começando por Platão, especialmente, examinando a obra a **República** e a obra **As Leis**, constata-se que sua inquietação relacionava-se à crise institucional da *pólis* de seu tempo e à decadência do comportamento dos cidadãos. Platão via a *pólis* como o local onde os indivíduos podiam alcançar plena realização, tanto das necessidades existenciais mais básicas, como, também, do desenvolvimento intelectual, cultural, ético, religioso e moral.⁸⁶ Nessa medida, Platão esboçou um modelo de cidadania a partir de uma *pólis* estruturada, hierarquicamente, na

⁸⁶ PLATÃO. República. Ob. cit., Livro II, itens 369-382, pp. 71-97.

qual os cidadãos ocupavam determinados postos segundo suas aptidões. Não se observava, ainda, no seu pensamento, uma esfera individual autônoma em relação à cidade. O modo de governo por ele proposto era autocrático, obedecendo à referida visão funcional hierárquica e, não, propriamente, à deliberação de vontades. O filósofo considerava, ainda, essencial a educação dos cidadãos como modo de assegurar que a organização política fosse adequadamente ordenada. O seu programa educacional visava à racionalização da vida em comum no sentido correto.

Nessa medida, a cidadania, na proposta idealizada por Platão, revelava-se funcionalmente estratificada e qualitativamente elitizada. Nas palavras de Böckenförde,

“Guardiões e dirigentes, aos quais incumbe tratar de assuntos relativos à *pólis*, devem dedicar-se integralmente à sua função pública, livres de laços familiares e privados e de quaisquer interesses particulares; eles devem ser apenas agentes públicos e colocar sua vida a serviço da *pólis*, porque somente assim aquilo que serve à comunidade da *pólis* como um todo e ao seu ordenamento racional pode ser percebido e concretizado. (...) Exercer liderança não é privilégio, mas obrigação daqueles que, através de discernimento e experiência, tornaram-se ricos em conhecimento e sábios”.⁸⁷

Como consta na República, **“enquanto não forem, ou os filósofos reis nas cidades, ou os que agora se chamam reis e soberanos filósofos genuínos e capazes, e se dê esta coalescência do poder político com a filosofia, ... não haverá tréguas aos males (...)”.**⁸⁸ Vale enfatizar que, ao que tudo indica o texto da República, o próprio Platão parecia estar ciente de que sua proposta para a *pólis* e para a movimentação dos cidadãos em seu interior era uma idealização sem qualquer correspondência com alguma organização política de seu tempo.⁸⁹

O importante é que o esboço que Platão fez da *pólis* ideal e da cidadania que nela teria lugar serviu, como paradigma, para a aguda crítica sobre as condições existenciais das cidades daquele tempo. Foi assim que ele, sensivelmente, analisou e classificou as formas de *pólis* da época, demonstrando as respectivas deficiências em suas constituições. Para ele, a aristocracia corresponderia à forma mais justa de ordenar a cidade, pois, nela, só os cidadãos mais capacitados por meio de extensa formação teriam a percepção racional mais elevada e, portanto, conquistariam o poder na organização política que se ajustaria a esta percepção. Na timocracia, no entanto, a constituição era péssima, pois a *pólis* seria comandada por guerreiros insanos,

⁸⁷ BÖCKEFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., p. 117.

⁸⁸ PLATÃO. A República. Ob.cit., Livro V, item 473, *alíneas c-d*, pp. 250-251.

⁸⁹ PLATÃO. A República. Ob. cit., Livro IX, item 592, *alíneas a-b*, pp. 446-447.

sempre, movidos pelo desejo de reconhecimento de honra e bravura. Na oligarquia, sistema formado a partir da fortuna, a ambição seria a motivação por meio da qual os ricos governavam e os pobres eram excluídos do poder. Sendo assim, a fortuna seria o parâmetro determinante de poder e de influência e, não, a capacidade e a competência.⁹⁰ A *pólis*, em tal caso, não seria uma verdadeira unidade política, pois ricos e pobres estariam sempre divididos e hostis, uns contra os outros, comprometendo o ideal da cidadania ativa. Quanto à democracia, esta era reprovada por Platão que a considerava o espaço da anarquia, aberta a arbitrariedades, na medida em que todos se sentiriam competentes e aptos para exercer as funções que quisessem.⁹¹ Segundo o filósofo, a cidadania em uma democracia se traduziria em uma vida aparentemente boa, mas aquém da virtude e do respeito aos costumes e à lei.⁹² A pior consequência, a seu ver, estaria na inevitável transformação da democracia em tirania, como decorrência da busca insaciável pela liberdade. O excesso de liberdade que os cidadãos gozariam na democracia transformaria não só a *pólis*, mas os próprios homens em servos daqueles cidadãos sem escrúpulos, mas habilmente persuasivos e que facilmente seriam aceitos na assembléia popular.⁹³

Em que pese toda a idealização que Platão fez da cidade e do que seria correto esperar dos cidadãos, sua teoria política aportou uma contribuição sem igual à cultura ocidental, na medida em que ele, ao correlacionar traços do caráter humano às diferentes formas de *pólis*, propôs uma antropologia a respeito das organizações políticas de seu tempo. Mais do que isso, na sua maturidade avançada, a obra *As Leis* considerou os **nomoi** como o principal fator regulador e formador da vida na *pólis* e de seu ordenamento.⁹⁴ Como bem enfatizou Böckenförde, **“Platão chegou à conclusão de que nenhuma pessoa é, por natureza, dotada de capacidade de reconhecer o melhor para as pessoas na organização de uma *pólis*, nem também, uma vez tendo percebido isso, contra todas as tentações, reunir a força e a vontade suficientes para sempre alcançar o melhor”**.⁹⁵

⁹⁰ PLATÃO. República. Ob. cit., Livro VIII, item 551, *alínea d*, p.374.

⁹¹ PLATÃO. A República. Ob. cit., Livro VIII, item 557, *alínea b*, pp. 383-384.

⁹² PLATÃO. A República. Ob. cit., Livro VIII, itens 557, *alínea e* – 558, *alínea c.*, pp. 384-386.

⁹³ PLATÃO. A República. Ob. cit., Livro VIII, itens 556 *alínea a* – 559, *alínea c.*, pp. 381-387.

⁹⁴ BRISSON, Luc; PRADEAU, Jean-François. *As Leis de Platão*. Ob. cit., pp. 11-31.

⁹⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *História da Filosofia do Direito e do Estado*. Ob. cit., p. 123.

Ao que parece, o Platão envelhecido encontrou nas leis um antídoto contra os abusos de poder. A obra *As Leis* somente foi publicada, após a sua morte, e muito provavelmente deve ter afetado a percepção que os cidadãos atenienses tinham do poder. A idéia esboçada na referida obra de que, tanto as pessoas quanto os dirigentes deveriam se submeter às leis, tornando estes últimos responsáveis e impedidos de governar sem limites, deve ter causado forte impacto nos círculos do poder daquele tempo. De qualquer modo, guardando a necessária humildade diante da magnitude e da complexidade da filosofia política de Platão, ainda assim, é possível ver o cidadão idealizado por Platão como aquele indivíduo firmemente ligado à comunidade da *pólis*, uma totalidade social e política, na qual a religião e o culto religioso constituíam a pedra angular que sustentava a unidade do ordenamento respectivo.

Em Aristóteles, encontramos uma teoria filosófica sobre a *pólis* e sobre a cidadania bastante refinada, destacando-se sua obra *A Política* por uma análise criteriosa a respeito do caráter da *pólis* e sobre seu melhor ordenamento (constituição). A importância desta peça de estudo para o pensamento político ocidental corresponde ao inovador modo de reflexão inaugurado pelo Filósofo, sobre as instituições que integravam a organização política, além de uma teoria constitucional e um tratado de ciência política. Da tendência realista de Aristóteles e de seu método indutivo que buscava, nos dados concretos, as bases para a construção de suas teorias, só poderia resultar um conjunto teórico objetivamente dirigido às cidades de seu tempo. Como bem enfatizou Böckenförde, **“ele procura retroceder aos fundamentos dessas comunidades, questiona seu *télos*, analisa as diferentes formas sob as quais se manifestam e discute o problema relativo à sua melhor estruturação. Nisso a filosofia da *pólis* se associa à ciência política orientada empírica e pragmaticamente”**.⁹⁶

Exatamente por isso é que a *Política* surge como uma alternativa de pesquisa mais segura sobre o que realmente acontecia nos séculos V e IV a.C., como eram modeladas politicamente as cidades e como os cidadãos nelas interagiam. Na sua criteriosa análise, Aristóteles disse **“que a cidade é uma criação natural, e que o homem é por natureza um animal social”**.⁹⁷ Nesse sentido, para Aristóteles a comunidade ideal de vilas seria a *pólis*. Esta, a *pólis*, já teria alcançado o maior grau de ***autarcia* possível, podendo-se dizer que surgiu tendo em vista a vida e que**

⁹⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *História da Filosofia do Direito e do Estado*. Ob. cit., p. 153.

⁹⁷ ARISTÓTELES. *Política*. Ob.cit., Livro I Capítulo I, item 1253 a, p. 15.

permaneceria existindo com vistas a uma boa vida. Sendo assim, toda *pólis* existiria por natureza, mesmo ao tempo das primeiras comunidades. Ou seja, as *pólis* seriam o *télos* de toda a comunidade. **Ora, mas a natureza é *télos* (realização e finalidade)”.**⁹⁸

Da análise do texto, fica a impressão que Aristóteles considerava a *pólis*, como uma comunidade baseada na natureza humana, apresentando-se como unidade composta por outras comunidades (como as casas (*oikos*) e os vilarejos, e cidadãos), além de ser dotada de uma finalidade (*télos*) e de ter o caráter de uma ordem comunitária que a todos alcançava. Sendo assim, a finalidade da *pólis* consistia na satisfação das necessidades, realizando-se concretamente a vida comunitária, pois seria somente, no espaço da organização política, que as faculdades e capacidades próprias das pessoas (como a linguagem, a inteligência racional, a percepção do bem e do mal, do justo e do injusto) alcançariam completo desenvolvimento no sentido de uma boa vida auto-suficiente.

Ao contrário de Platão, Aristóteles não via a *pólis* como unidade em si, mas como uma pluralidade, uma reunião de casas e vilarejos. Para o Filósofo, portanto, a referida organização política perderia sua essência mais fundamental se, continuamente, avançasse, em seu desenvolvimento, e se excedesse em sua busca de unidade. Com efeito, a *pólis* seria, relativamente à sua natureza, uma reunião multifacetada de indivíduos. Portanto, se ela se excedesse, em seu desenvolvimento, no sentido de uma unidade, a *pólis* se tornaria uma comunidade doméstica e, a partir da comunidade doméstica, um indivíduo”.⁹⁹ Nas palavras de Böckenförde,

“Com isso, Aristóteles coloca-se criticamente contra a idéia de *pólis* de Platão. O cerne dessa crítica é que Platão não exalta uma unidade na pluralidade, mas a maior unidade possível como sendo o escopo da *pólis*, de forma que, a partir da *pólis* se faça uma casa (*oikos*) com sua correspondente estrutura hierárquica unitária, ou até mesmo uma grande pessoa, uma unidade absoluta. **Aristóteles não apenas rejeita a comunidade de mulheres e o comunismo patrimonial que Platão postulava para os guardiões, rejeita também o ordenamento da *pólis* nos moldes de um “*oikos*” e a função de governo para os filósofos na *pólis*”.**¹⁰⁰

⁹⁸ ARISTÓTELES. Política. Ob. citada. Nesse enfoque, ver Capítulo I, item, 1253, *alínea a*, p.15.

⁹⁹ ARISTÓTELES. Política. Ob. citada. Nesse sentido, ver Livro II, Capítulo I, item 1261, *alíneas a - b*, p. 35.

¹⁰⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., p. 154.

Na Política, observam-se reflexões preciosas do Filósofo a respeito da cidadania ateniense.¹⁰¹ Seu conceito de cidadão, fortemente atrelado às realidades existentes nas cidades daquela época, revela um significado associado a um específico *status* que ia bem além da condição de mero habitante ou de membro não-cidadão da *pólis* (como camponeses, mulheres, crianças e escravos). Ele mesmo disse, **“então, o que é um cidadão passa a ser claro depois destas considerações; afirmamos agora que aquele que tem o direito de participar da função deliberativa ou da judicial é um cidadão da comunidade na qual ele tem este direito, e esta comunidade – uma cidade – é uma multidão de pessoas suficientemente numerosa para assegurar uma vida independente na mesma”**.¹⁰² Para tanto, o cidadão deveria estar livre das atividades relacionadas à sua subsistência e a de seu grupo familiar. Estando os serviços rotineiros a cargo dos servos e escravos, ficariam livres os senhores das casas e seus filhos maiores, podendo se dedicar em tempo integral aos assuntos da *pólis*, tanto na ágora, quanto no exercício do serviço militar. Segundo Böckenförde, “a *pólis* é uma pluralidade e uma associação, enquanto comunidade apenas de cidadãos e ordenamento comunitário apenas para cidadãos. Com efeito, ela não se funda em indivíduos ou habitantes, mas em cidadãos, e isso significa concretamente os senhores das casas e seus filhos tornados independentes. O conceito de cidadão em Aristóteles é um conceito que está associado a um *status*, distinto de habitante e de membro (da *pólis*) enquanto não-cidadão: **“cidadão é aquele que participa do regime político, isto é, do tribunal e do governo, que tem experiência para tanto e que é versado nas virtudes civis. Camponeses (artesãos), mulheres, crianças e, sobretudo, escravos não pertencem a essa categoria”**.¹⁰³

Como se vê, a concepção de cidadania em Aristóteles está associada à noção de independência, como livre e igual, formando a comunidade da *pólis* na qual o cidadão tem igual participação no que diz respeito a governar e ser governado. Sendo assim, a noção de cidadania se forma no contexto da *pólis*, para uma determinada classe de pessoas portadoras de liberdade e igualdade civis. O cidadão de Aristóteles é aquele que busca alcançar a boa vida (*eudaimonia*), pois esta é a finalidade da organização política. Mas, trata-se de uma boa vida ética, o que dá, à

¹⁰¹ ARISTÓTELES. Política. Obra citada. Nesse sentido, ver Livro III, Capítulo I, item 1275, *alínea a*, p. 77; Livro III, Capítulo III, item 1278, *alínea a*, p. 87.

¹⁰² ARISTÓTELES. Política. Ob. cit., Livro III, Capítulo I, item 1276, *alíneas a-b*, pp. 79-80.

¹⁰³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Ob. cit., p. 155.

cidade, um caráter ético-moral. Segundo o texto da *Política*, a boa vida ética ocorre segundo a virtude e é um bem comunitário, um objetivo da *pólis*. Para o Filósofo, a *pólis* não seria apenas uma comunidade local cuja função se restringisse a evitar injustiças recíprocas ou intercâmbio de bens. Para ele, isso certamente ocorreria em uma *pólis*. Mas, mesmo quando tudo isso ocorre, o corolário não é que uma *pólis* existe. **Uma *pólis* é, tanto para as casas como para os gêneros, comunidade que existe no interesse de um modo de vida autárquico e perfeito**.¹⁰⁴ Novamente, a noção de *autarcia* aparece associada à de cidadania. Como bem pontuou Böckenförde:

“A finalidade da *pólis* é justamente tornar possível a vida ideal para cada um dos cidadãos, e essa vida só pode se concretizar na comunidade da *pólis*. (...) Corresponde a este *télos* o fato de a comunidade da *pólis* ser uma comunidade “*abrangente*”. **Ela não se limita, a exemplo do Estado moderno, a cuidar das necessidades vitais externas, à esfera das privações: abrange também a vida espiritual, ética, artística e religiosa, em resumo, todas as esferas nas quais e por meio das quais a vida boa e completa é alcançada pelo indivíduo em comunidade. Por isso, a educação dos indivíduos desempenha um papel importante.** Ele tem seus contornos definidos pela formação da juventude e por meio dos numerosos *nomoi* atinentes a amplas esferas do comportamento. Nesse sentido, distância em relação a Platão diz respeito apenas à gradação e não a princípios”.¹⁰⁵

¹⁰⁴ ARISTÓTELES. *Política*, Obra citada. Nesse sentido, ver Livro III, Capítulo V, itens 1279, *alínea b*; 1280 *alíneas a-b*, e 1281, *alínea a*, pp. 92-94.

¹⁰⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *História da Filosofia do Direito e do Estado*. Ob. cit., pp. 156-157.

3 - O Legado Romano

3.1 – A *res publica romana*

Como visto nos itens precedentes, a liberdade política para os gregos dependia da igualdade do direito de muitos, pois, só assim, era possível que o algo sobre o qual se falasse pudesse ser visto sob múltiplos aspectos. Sendo assim, o indivíduo isolado jamais seria livre. Só se tornaria livre quando adentrasse ao solo da *pólis* e nela passasse a agir. Hannah Arendt ensinou que, antes mesmo de assumir o significado que distingue a condição de um homem, a liberdade era um atributo de determinada forma de organização de homens entre si. Por essas razões é que, no modelo grego, as fronteiras do espaço da liberdade coincidiam com os muros da cidade, da *pólis*, da *ágora* que nela existia. Nas suas palavras:

“O ser político, o viver numa *pólis*, significava que tudo era decidido mediante palavras e persuasão, e não através de força ou violência. (...) Aristóteles não pretendia definir o homem em geral nem indicar a mais alta capacidade do homem – que, para ele, não era o *logos*, isto é, a palavra ou a razão, mas *nous*, a capacidade de contemplação, cuja principal característica é que o seu conteúdo não pode ser reduzido a palavras. Mas nas suas duas mais famosas definições Aristóteles formulou apenas a opinião corrente na *pólis* acerca do homem e do modo de vida político; e, segundo essa opinião, todos os que viviam fora da *pólis* – escravos e bárbaros – eram *aneu logou*, destituídos, naturalmente, não da faculdade de falar, mas de um modo de vida no qual o discurso e apenas o discurso tinha sentido e no qual a preocupação central de todos os cidadãos era discorrer uns com os outros”.¹⁰⁶

Qual seria a perspectiva dos romanos a respeito da organização política e sobre o espaço de liberdade para os cidadãos? Segundo Rudolf Von Ihering, a origem de Roma seria um estado de selvageria e de anarquia. Seus fundadores seriam bandidos e aventureiros que teriam abandonado seus parentes, deuses e concidadãos em busca de uma liberdade sem limites, contando apenas com a força do braço e da espada. Rômulo seria o chefe e assumiu o poder absoluto, entre seus comparsas guerreiros, após matar o próprio irmão. A origem remota da organização política que

¹⁰⁶ ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Ob. cit., pp. 41-42.

Roma veio a se tornar, ao que indica a lenda, teria sido um fratricídio. Muitos séculos depois, já ao final da República, o assassinato de Júlio César faz lembrar os tempos imemoriais, quando o derramamento de sangue precedeu a instituição do poder. Ihering se reportou às reflexões de Tito Lívio sobre o poder real, enquanto princípio vital do Estado antigo, perguntando sobre o que teria sucedido a Roma se o temor ao rei não mantivesse o respeito entre essa multidão de aventureiros.¹⁰⁷

Para Ihering, o próprio Rômulo pôs fim ao estágio de barbárie, instituindo o poder real e, com ele, fazendo reinar a ordem e o Direito, como os únicos laços capazes de conter a turba de malfeitores. Nas palavras do Autor,

“À fundação do Estado, sucede o lar doméstico, com o rapto das Sabinas. Fundados o Estado e a família, vem, por sua vez, a religião. Rômulo tinha respeito aos deuses, mas a maior parte de sua atividade foi encaminhada ao Estado. Numa, seu sucessor, que, segundo a lenda, foi chamado ao trono pela reputação que gozava de piedade e espírito justiceiro, aparece como representante do princípio religioso. Não se cinge somente ao estabelecimento da religião, à introdução de novos deuses e ao regime do culto, mas tem por finalidade fundar novamente, sob o império das leis e da moral, a cidade que se havia erigido pela violência e pela força das armas. Consegue-o, dando a essas instituições, uma consagração divina que resultava de apresentar as instituições religiosas como inspirações da ninfa Egéria. Restava o direito internacional. Tito Lívio designa a *Ancus Martius*, quarto rei, como o fundador deste ramo do direito. (...) **A primeira fase desta cosmogonia do mundo romano oferece, por esse modo, o espetáculo habitual da história em sua origem; isto é, o reinado da arbitrariedade e da violência. Na fase seguinte, assistimos ao nascimento da comunidade – liga contraída com o fim de banditismo – mantida pela força ou pela disciplina militar, mas que nem por isso deixa de constituir a origem do Estado. A família, a consolidação da dignidade real e a aliança com um povo estrangeiro, vêm depois. Somente no tempo de Numa aparecem a religião e a moralidade.**”¹⁰⁸

Ihering acrescentou que a família e a organização militar eram os pontos de partida da ordem política, salientando que, diferente de nós, para o romano antigo, o Estado correspondia à coletividade dos cidadãos. Sendo assim, o que pertencia à organização política, na realidade, pertencia aos cidadãos. Se alguém lesava ao Estado, lesava, na verdade, a cada um de seus membros.¹⁰⁹ Segundo disse, **“a antiga associação política, em nosso pensar, amalgama esses dois princípios – de coordenação e de subordinação. Assim, o Estado antigo tem suas raízes na família e, elevando seu tronco, esparge as ramagens na organização militar; ou em outros termos, as *gentes* e o respectivo lugar que ocupavam os indivíduos no seio delas se**

¹⁰⁷ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano (Nas diversas fases de seu desenvolvimento). Tradução de Rafael Benaion. Prefácio de Clóvis Beviláqua. Vols. I e II. Rio de Janeiro: Alba Editora, 1943. Nesse sentido, ver as páginas 77-78, a respeito da cosmogonia romana do Direito, caracterizando a inteligência deste povo.

¹⁰⁸ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., pp. 77-79.

¹⁰⁹ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Obra citada. Nesse sentido, ver páginas 133-134.

fundam na idéia de família; as *cúrias*, as *tribus*, com seus chefes e o rei, no interesse militar”.¹¹⁰

Mais adiante, na referida Obra, o Autor alertou para a necessária distinção dos significados antigos e modernos para expressões como *res publica*, *jus publicum*, *judex*, *paena publica*, entre outras. Nas suas palavras, **“sob o ponto de vista do princípio subjetivo, a comunidade política aparece como relação de contrato. O comum acôrdo que existe entre os indivíduos é a consequência de um contrato expresso ou tacito. (...) Entre o Estado e os cidadãos existe a mesma relação que entre a *gens* e os *gentis*: o Estado não é cousa diferente, extranha e superior aos cidadãos. Êles são o Estado, porque Estado e povo são equivalentes”.**¹¹¹

Nesse enfoque, Ihering salientou que, para os romanos, a paz resultava de um pacto (*pacisci*), sendo que a relação comum assim criada seria a da igualdade e da coordenação. A seus termos:

“O Estado, como sujeito, é o conjunto da *cives*: a *civitas*. Dêste ponto de vista principal, se derivam as seguintes consequências. 2) Por mais que se amplie esta sociedade política, o objeto dos direitos, que dela derivam, não é o Estado o representante de seus interesses, senão o conjunto do povo, o conjunto dos cidadãos e, por consequência, também cada um dêles em particular. Os direitos privados e os direitos públicos não se distinguem entre si pela diversidade de seus sujeitos; o sujeito para os dous é a pessoa natural, não havendo entre êles mais que uma só distinção, a de que os direitos privados se relacionam exclusivamente com o particular, enquanto que todo mundo participa dos direitos públicos. A expressão que serve para designar essa relação exclusiva é *proprium* (*pro privo*); a que indica os interesses comuns do povo, é *populicum*, *publicum*, *popularis*. *Res publica*, como personalidade do Estado da época posterior, não indica originariamente, senão o que é comum a todos; *res publicae* são as diversas cousas da sociedade pública, por exemplo, os caminhos, as praças, etc, da qual todos têm igual direito. (...) Inútil é advertir que a idéia dominante, de que os cidadãos, e não o Estado, são sujeitos dos direitos públicos, se reflete claramente na *actio popularis*, que pôde ser intentada por qualquer indivíduo, como simples cidadão”.¹¹²

Segundo Teodoro Mommsen, os romanos conheceram várias formas de organizar politicamente sua comunidade, desde o lendário Rei Rômulo até o Imperador Diocleciano. Contudo, Mommsen enfatizou a imensa dificuldade de se trabalhar com o Direito Público romano, em virtude da falta de uma tradição sistemática dos antigos em relação aos temas que envolvem o Direito do Estado. Além disso, os institutos particulares deste ramo do Direito tiveram origens históricas, portanto, surgiram de modo não racional. Acrescentou que a cooperação das Magistraturas com os Comícios e o Senado foi a pedra angular de toda a

¹¹⁰ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., p. 134.

¹¹¹ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., p. 155.

¹¹² IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., pp. 155-156.

organização política. Nas suas palavras, “**el buen orden es la clave de toda inteligencia (...)**”.¹¹³ Sendo assim, o espaço da liberdade foi de importância central para o conceito que formularam sobre a coisa política, a coisa pública, a **res publica** ou a república.

Mommsen esclareceu que, na Roma arcaica, a organização da comunidade política tinha, por fundamento, a intensa ligação das coisas divinas e humanas, de tal modo que a jurisdição unitária, integrada por sacerdotes e magistrados, era igualmente poderosa em ambos os aspectos. Já a organização política conhecida por republicana traduziu uma perspectiva diferenciada daquela existente no tempo dos antigos reis. Passou a haver uma espécie de secularização, com a separação do sacerdócio em relação aos assuntos da comunidade política, se bem que bastante diferente do processo que se deu nos primórdios da Modernidade e que acabou por influenciar o pensamento político contemporâneo. Nas suas palavras,

“una rigurosa separación entre el sacerdocio de la comunidad, *sacerdotes publici populi Romani*, y la magistratura de la comunidad, *magistratus publici populi Romani*, y una manera análoga de considerar ambos círculos u órdenes; y no ya simplemente la exclusión completa del sacerdocio del manejo de los asuntos temporales, sino además la subordinación del mismo, en tanto en cuanto lo exigiera la organización unitaria de la comunidad, a la magistratura (...) **Esta secularización, tan acentuada como fué posible, de la magistratura, fué acaso lo más esencial y característico de la nueva organización republicana, y a ella fué debida también la introducción en la comunidad romana del predominio de la omnipotencia del Estado, gracias al cual consiguió Roma la hegemonía en la civilización antigua**”.¹¹⁴

Segundo o referido Autor, a magistratura republicana era estritamente anual e se conduzia pelo princípio da colegialidade, o qual fazia iguais a todos aqueles que desempenhassem cargos iguais. No tempo dos reis, a nomeação dos sucessores tinha interferência direta do poder real. Quando, na época da República, se separaram sacerdócio e magistratura, a cidadania adquiriu rapidamente o direito de intervir na designação dos sucessores dos magistrados.¹¹⁵ Ao que parece, no período republicano, a cidadania estava bem consciente da importância de se separar os assuntos religiosos dos assuntos profanos. Nas palavras de Mommsen:

“El poder soberano de la ciudadanía fué adquiriendo cada vez mayor intervención con respecto a la magistratura; en cambio, en el régimen sacral no tenían derecho a mezclarse los Comicios: sólo el magistrado electivo era el depositario del poder popular de los Comicios, no el sacerdote, que entraba en funciones por nombramiento o

¹¹³ MOMMSEN, Teodoro. Compendio del Derecho Publico Romano. Primera Edicion Argentina. Buenos Aires: Editorial Impulso, 1942, (carta al lector redigida en Berlin, mayo de 1893), pp. 7-8.

¹¹⁴ MOMMSEN, Teodoro. Compendio del Derecho Publico Romano. Ob. cit., p. 123.

¹¹⁵ MOMMSEN, Teodoro. Compendio del Derecho Publico Romano. Ob. cit., p. 125.

cooptación (*cooptatio*). Después de la primera guerra púnica es cuando la soberanía popular comenzó a ir penetrando poco a poco también en este campo, que hasta entonces le había estado vedado: primeramente, el pontífice supremo y el presidente de los demás Colegios que tenían importancia política fueron elegidos de entre sus colegas por las pequeñas mitades de las tribus, bajo la dirección pontifical; luego, fueron elegidos de esta misma manera los miembros de los tales Colegios; con lo qual se dejó a un lado el antiguo principio, acudiendo a la escapatoria de decir que el director del acto no era magistrado y las pequeñas mitades de la ciudadanía no eran la ciudadanía”.¹¹⁶

Georg Jellinek acentuou que o Estado romano era, também, comunidade de cultura e de culto, pois o *jus sacrorum* era parte do *jus publicum*. A seus termos:

“Además, el Estado, según la concepción de sus miembros, se identifica con la comunidad de ciudadanos, es decir, es *civitas*, lo que equivale a afirmar que es **la comunidad de ciudadanos o *res publica*, la comunidad del pueblo. En el concepto del ciudadano prevalece también en Roma el momento de la participación activa en la vida del Estado**, tanto más, cuanto que la capacidad para el derecho privado, y el *jus suffragii et honorum* podían estar completamente separados uno de otro, como lo prueba el caso del *filius familias* mayor de edad y el del latino dotado del *commercium*. El Estado romano también, no obstante todos los recuerdos que le hacen derivar de *una variedad de gentes*, muéstrase desde el momento en que aparece en la historia, como un Estado perfecto dotado de competencia para decidir, lo cual no procede de hechos históricos o jurídicos de ninguna clase. Por esto, el Estado romano desde el comienzo es una unidad interior y general. La división de la comunidad en varias partes dotadas de soberanía igualmente originaria es absolutamente imposible; de aquí que en toda época hayamos podido encontrar viva la idea de que, no obstante la pluralidad de los órganos, sólo en uno debe residir la plenitud del poder del Estado, el *imperium*, *la majestas*, y a los demás sólo les puede corresponder un derecho derivado”.¹¹⁷

O objetivo deste item, ao rememorar a paulatina estruturação do poder institucional de Roma, com ênfase na fase republicana, é resgatar um pouco da essência de como nossos ancestrais percebiam e interagiam com a realidade, especialmente, como eles forjaram suas instituições políticas. Muito especificamente, o comprometimento da cidadania no que dizia respeito aos negócios públicos e o modo como eles lidaram com os fenômenos da paz e da guerra, conquistando novos territórios e firmando alianças duradouras com os povos conquistados. Na verdade, as noções que são centrais à discussão política, como o contrato e a aliança, nós devemos aos romanos. Pois, tais concepções eram estranhas à visão que os gregos tinham da *pólis*. Os romanos, bem diferente dos gregos, quando a luta chegava ao fim, não se retiravam de volta para as glórias circunscritas pelos muros da cidade-estado.¹¹⁸ Mas, sim, eles se

¹¹⁶ MOMMSEN, Teodoro. Compendio del Derecho Publico Romano. Ob. cit., pp. 125-126.

¹¹⁷ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob. cit., p. 303.

¹¹⁸ ARENDT, Hannah. O que é Política? Ob. cit., pp. 55 e 97-98. “a *pólis* nasceu do encontro de grandes acontecimentos na guerra ou em outros feitos, quer dizer, das próprias atividades políticas e de sua grandeza original. Em ambos os casos, é como se o acampamento do exército de Homero não fosse desfeito, senão depois que o regresso à pátria, quando fundasse a *pólis* para então encontrar um espaço onde pudessem reunir-se permanentemente. Não importa quanto pode ter-se modificado através dessa constância no futuro, o conteúdo da *pólis* permanece ligado no homérico como em sua origem. (...) No que dizia respeito à guerra, a *pólis* grega trilhou um outro caminho na determinação da coisa política. Ela formou a *pólis* em torno da *ágora* homérica, o local de reunião e conversa dos homens livres, e com isso centrou a verdadeira ‘coisa política’ – ou seja, aquilo que só é

consideravam vitoriosos por alcançarem algo inteiramente inédito: um novo âmbito político assegurado pela via do tratado por meio do qual os inimigos de ontem tornavam-se os aliados de amanhã. Sendo assim, eles fizeram política de um jeito totalmente revolucionário. Afinal, o contrato que ligava os dois povos – conquistador e conquistado – fazia surgir um novo mundo entre eles, garantindo a sua continuidade.¹¹⁹ Como bem pontuou Hannah Arendt:

“Se se quiser expressar isso em categorias modernas, então é preciso dizer que no caso dos romanos a política começou como política externa; portanto, exatamente com aquilo que, segundo o pensamento grego, estava situado fora de toda a coisa política. Também para os romanos o âmbito político só podia surgir e existir dentro da coisa legal; mas esse âmbito surgia e se multiplicava ali onde diferentes povos se encontravam entre si. Esse encontro é guerreiro, e a palavra latina *populus* significava originalmente “mobilização para o exército”(Altheim), mas essa guerra não é o fim, porém o começo da política, ou seja, de um espaço político novo, surgido do tratado de paz e de aliança”.¹²⁰

Hannah Arendt disse que a Guerra de Tróia teve especial significado para os romanos que a ela atribuíam sua existência política e histórica e que o embate não deveria terminar com o aniquilamento dos derrotados, mas sim, pelas vias da aliança e do tratado. Nas suas palavras:

“Não se tratava apenas de atizar o fogo de novo para simplesmente inverter o desenlace, mas sim de inventar um novo desfecho para tal fogo-guerra. **Contrato e aliança, de acordo com sua origem e seu conceito cunhado tão ricamente pelos romanos, estão ligados, do modo mais estreito, com a guerra entre povos e, segundo a concepção romana, representam a continuação natural, por assim dizer, de toda e qualquer guerra. (...) Portanto, contrato e aliança enquanto concepções centrais da coisa política são, em termos históricos, não apenas de origem romana, mas também ambas as coisas são estranhas, em sua essência mais profunda, ao caráter grego e à sua concepção do âmbito da coisa política, ou seja, a *pólis*. (...)** Falando politicamente, o contrato que liga dois povos faz surgir um novo mundo entre eles ou, de maneira mais exata, garante a continuação da existência de um mundo novo, só comum a eles, surgido quando eles se encontraram na luta e, no fazer e no sofrer, produziram um igual (...) Pois, a *lex romana*, em completa diferença e até mesmo em oposição àquilo que os gregos conheciam por *nomos*, significa originalmente “ligação duradoura” e, em seguida, contrato tanto no direito de Estado como no privado. **Portanto, uma lei é algo que liga os homens entre si e se realiza não através de um ato de força ou de um ditado, mas sim através de um arranjo ou um acordo mútuo. O fazer da lei, essa ligação duradoura que se segue à guerra violenta, é ele mesmo totalmente ligado à conversa e à réplica daí a algo que, tanto na opinião dos gregos como na dos romanos, estava no centro de tudo o que é político**”.¹²¹

Como bem ensinou Hannah Arendt, romano foi saber que o outro lado da própria existência, revelado na guerra, deveria ser poupado e mantido vivo. Não apenas por misericórdia para com

próprio da *pólis* e que, por conseguinte, os gregos negavam a todos os bárbaros e a todos os homens não-livres – em torno do conversar-um-com-o-outro, o conversar-com-o-outro e o conversar-sobre-alguma-coisa, e viu toda essa esfera como símbolo de um *peitho* divino, uma força convincente e persuasiva que, sem violência e sem coação, reinava entre iguais e tudo decidia”.

¹¹⁹ ARENDT, Hannah. O que é Política? Obra citada. Nesse sentido, ver páginas 105-111.

¹²⁰ ARENDT, Hannah. O que é Política? Ob. cit., pp. 116-117.

¹²¹ ARENDT, Hannah. O que é Política? Ob. cit., pp. 109-112.

os outros, mas porque a cidade precisava aumentar seus domínios e administrá-los em paz, o que exigia a necessária assimilação do povo estrangeiro em uma nova aliança. As leis serviam bem a este propósito eminentemente prático. Com elas, Roma organizou, primeiro, as regiões romanas e, depois, na crescente expansão territorial, os demais povos que as legiões iam conquistando. A lei romana não era um contrato como hoje o entendemos, mas uma ligação duradoura contendo, portanto, em sua essência uma aliança. Desses aliados – os **socii** – que eram os antigos inimigos vencidos em sangrentas batalhas – resultou a chamada **societas** romana, na verdade, uma associação e a relação nela contida. Ao que parece, a visão imperialista que costumamos atribuir aos romanos - e que tem um estilo tipicamente contemporâneo - lhes era desconhecida. O que interessava aos nossos ancestrais era fundar um sistema de alianças entre os povos, infinitamente dilatável, no qual povos e terras estariam ligados a Roma, não apenas pela via de tratados temporários e renováveis, segundo os preconceitos modernos, mas, sim, por vínculos eternos.¹²² Isso leva à reflexão sobre algo, atualmente, totalmente esquecido que é pensar um modelo institucional de administração pública pautado pela noção de bem comum.¹²³

¹²² ARENDT, Hannah. O que é Política? Ob. cit., pp. 118-119. “Cartago foi a primeira cidade com a qual Roma teve a ver: era igual a Roma em termos de poder e, ao mesmo tempo, encarnava um princípio oposto ao romano. Por conseguinte, nessa cidade foi demonstrado pela primeira vez que o princípio político romano do tratado e da aliança não era aplicável em toda a parte, que possuía seus limites. Para compreender isso, devemos ter presente que as leis com as quais Roma organizou primeiro as regiões romanas e depois os países do mundo não eram apenas contratos em nossa acepção, senão que visavam a uma ligação duradoura, e que portanto continham, em essência, uma aliança. Desses aliados de Roma, os *socii* – que eram quase todos os antigos inimigos derrotados – resultou a *societas romana* que nada tem a ver com a sociedade, mas sim com associação e a relação nela contida. **O que os romanos aspiravam não era tanto aquele *Imperium Romanum*, aquele domínio romano sobre povos e terras que, como sabemos desde Mommsen, tocou-lhes mais contra a própria vontade e lhe foi impingido, quanto uma *Societas Romana*, um sistema de aliança fundado por Roma e infinitamente dilatável, no qual povos e terras estavam ligados a Roma não apenas através de tratados temporários e renováveis, mas sim por alianças eternas.** Os romanos falharam no caso de Cartago justamente porque ali só seria possível, no máximo, um tratado entre iguais com os mesmos direitos, uma espécie de coexistência, falando em termos modernos, e porque tal tratado moderno estava fora das possibilidades do pensamento romano”.

¹²³ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob. cit., p. 458. “También los romanos distinguen con gran agudeza entre Constitución del Estado y disposiciones legislativas particulares, por grande que pueda ser la significación de éstas para la comunidad. Para referirse a la Constitución, tienen ellos la expresión técnica **rem publicam constituere**. El poder de modificar la Constitución ha sido atribuido, en los momentos culminantes de la historia romana, a magistrados extraordinarios con poder constituyente, los cuales reunían en sí de hecho el poder ilimitado de la comunidad (...) **El concepto de Constitución ha sido reconocido en la Antigüedad primeramente en su sentido material. Sobre el conocimiento y reconocimiento de las relaciones romanas descansa la idea de un poder constitucional ilimitado, poder que exclusivamente compete a la colectividad soberana de los ciudadanos, y que ha de ser ejercitado por ésta libremente**”. Esta idea fue divulgada por la escuela del derecho natural, especialmente por Puffendorf, Locke y Wolff, y se halla su aplicación práctica, por vez primera, en los Estados Unidos, y después en la Revolución francesa, al propio tiempo que su expresión teórica en la doctrina del **pouvoir constituant**, en el cual tienen todos los poderes del Estado su punto de arranque. Los efectos de esta doctrina se dejan sentir aún en la actualidad”.

Se há esta identidade comum dos antigos quanto à vinculação do fazer a lei com o diálogo, as diferenças se fizeram sentir nesse imenso legado que os romanos nos deixaram e que merece delicada reflexão dos estudiosos do Direito. A primeira grande diferença está no fato de que os romanos, de modo pioneiro, atribuíram à lei o significado de ligação duradoura. E a segunda, decisiva para a cultura ocidental, foi de que a atividade legislativa – e com isso a própria lei – passou ao âmbito da verdadeira coisa política. Nesse sentido, genialmente inovadora, no âmbito da política institucional do Ocidente, foi a iniciativa romana quanto à edição da **Lei das XII Tábuas**. Não se tratava da obra de um único homem, mas o resultado do contrato entre duas partes em luta: o patriciado e os plebeus. Contrato que precisava de assentimento de todo o povo. Hannah Arendt enfatizou que o aspecto legal específico da regulamentação, no sentido romano, residia em que, a partir de então, um contrato, uma eterna ligação, ligava patrícios e plebeus. A **res publica**, a coisa pública que surgiu a partir deste contrato e que se tornou a **república romana**, estava localizada no espaço intermediário entre os parceiros antes inimigos.¹²⁴ Do ponto de vista político, este é o melhor da herança romana sobre a lei que chegou até nós. Pois, subjacente à noção que aquele povo ancestral tinha de lei – e que é tão relevante para os estudiosos de direito – estava a figura do acordo, surgido entre os homens no falar de duas partes e no agir e contra-agir e, por conseguinte, o que pertencia por sua natureza ao verdadeiro espaço da política.¹²⁵ E é precisamente sobre esta ação política por excelência, pautada pelo diálogo que compromete governantes e governados, cidadãos e instituições oficiais, cujo bom exemplo vem espelhado nos ideais da república romana, que incide a urgência da reflexão, não apenas sobre o que acontece no âmbito interno de nossos Estados nacionais, mas, especialmente, neste imenso e desafiador espaço das relações internacionais, atualmente, afligido por conflitos sangrentos.

Quando a Filósofa falou sobre a impossibilidade da guerra de extermínio ocupar qualquer lugar no plano da política, ela enfatizou que o mundo humano só existe – e só pode existir – quando está presente uma ordem correspondente de coisas. Se um povo ou um Estado é exterminado e com ele sua específica visão de mundo, então é bem mais que um Estado ou um povo que desaparece, mas uma parte mesmo do mundo humano que irremediavelmente – e para sempre – perece. Nessa medida, muito mais do que ter a ver com os homens, a coisa política tem sintonia fina com o mundo que entre nós surge e que prossegue apesar da nossa temporalidade

¹²⁴ ARENDT, Hannah. O que é Política? Ob. cit., pp. 112-115.

¹²⁵ ARENDT, Hannah. O que é Política? Ob. cit., pp. 116-121.

finita. Ao acabar com os mundos possíveis, a coisa política aniquila a si mesma.¹²⁶ Afinal, quanto mais os povos interagirem pacificamente, de modo infinito e crescente, mais o mundo surgido e renovado entre eles se enriquecerá.

O drama existencial atual, sagazmente percebido pela Autora já em meados do século passado, é que o plano das relações internacionais se mantém sob o controle do poder de fogo armamentista. Mesmo que ainda nenhum maluco tenha feito a besteira final, o fato é que só esta possibilidade real já basta para assinalar o fim da política. Pois a morte da política e, por conseguinte, da cidadania, transformou os humanos em uma massa alienada da realidade, entorpecida pelos vícios da sociedade de consumo, que se satisfaz com pouco mais do que alimentar os instintos primários. Nas palavras de Hannah Arendt, **“só pode haver homem na verdadeira acepção, onde existe mundo, e só pode haver mundo no verdadeiro sentido onde a pluralidade do gênero humano seja mais do que a simples multiplicação de uma espécie”**.¹²⁷

A Filósofa, ao discorrer sobre a resposta romana para a atividade do pensamento, lembra que, para eles, a imortalidade era a propriedade potencial das comunidades humanas, o que tornava a morte de uma cidade algo indesejável, uma punição. Reportando-se à obra *A República de Cícero*, um extenso tratado sobre a *res publica*, cita que **“se um estado (*civitas*) é destruído e extingue-se, é como se – comparando coisas pequenas com coisas grandes – todo o mundo se arruinasse e percesse”** (...) **“pois uma comunidade deve ser constituída de tal modo que dure para sempre”**. No *Sonho de Cipião*, desfecho decisivo do tratado de Cícero, Hannah Arendt lembra o ideal de que se os homens preservarem a pátria certamente irão encontrar seu lugar no céu e serão abençoados com a eternidade, citando o seguinte trecho que vale reproduzir: **“pois o Deus supremo que governa o mundo preza, acima de tudo, as assembléias e as relações humanas a que chamamos Estados; os governantes e aqueles que os conservam voltam ao céu depois de terem deixado este mundo. Seu trabalho na Terra é guardar a Terra”**.¹²⁸

¹²⁶ ARENDT, Hannah. O que é Política? Ob. cit., pp.123-124.

¹²⁷ ARENDT, Hannah. O que é Política? Ob. cit., p.109.

¹²⁸ ARENDT, Hannah. *A Vida do Espírito*. Tradução de Cesar Augusto de Almeida, Antônio Abranches e Helena Martins. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, pp. 180-181.

A Autora dá ao trecho uma significativa interpretação, dizendo que a referida perspectiva não era obviamente cristã, mas uma advertência de Cícero sobre a inércia dos cidadãos romanos, já naqueles tempos de crise da República tardia, em fazer o que a coisa pública deles exigiria, salvo se houvesse promessa de uma recompensa. Mas, ainda assim, com todos os desafios da vida prática que os juristas daquele tempo possam ter enfrentado e com toda a decadência que se seguiu à fase republicana, em Roma, a vivência de uma política externa foi capaz de produzir uma ordem institucional fora das fronteiras do próprio povo da cidade que carregava a qualificação originária de ser uma ordem política de natureza genuinamente romana.¹²⁹ Aos romanos, o Ocidente deve muito, principalmente, a politização do espaço entre os povos, o que permitiu o início do desenvolvimento da configuração do mundo tal como hoje o conhecemos. É muito difícil falar sobre os romanos sem assumir com sinceridade que o que se pode dizer provavelmente está longe do que realmente aconteceu em época tão remota. Mas, como indicam as pesquisas realizadas pelos Autores já nominados, a organização política que eles foram construindo no curso de sua história se consolidou como a **civitas**, a comunidade de cidadãos ou a **res publica**, isto é, a coisa comum ao povo todo. Por isso, essa tentativa de aproximação da percepção política dos antigos, em especial, dos romanos tem relevo no debate sério sobre as instituições políticas e jurídicas contemporâneas.

Não se pode ignorar que, na época de Cícero, a *res publica* romana vivia uma de suas piores crises que alcançava as instituições e o próprio estilo de vida dos cidadãos. À República romana decadente, seguiu-se a fase do Principado e, posteriormente, o longo período Imperial. Desde o século III a.C. até, aproximadamente o século II a.C, mitigados os efeitos das lutas entre as várias classes que existiam no cenário social da cidade, a constituição republicana apresentava-se como uma combinação de encargos e prerrogativas dos magistrados, além da autoridade e o poder de influência do Senado e, por fim, dos direitos reconhecidos aos representantes do povo (Assembléia Popular). Tudo era sustentado por uma série de regras e instituições jurídicas estabelecidas e por padrões de comportamento e *mores* tradicionais. A magistratura romana era composta de diversos cargos, como o de questor, o de edil, o de tribuno do povo, o de pretor, o de

¹²⁹ ARENDT, Hannah. A Vida do Espírito. Ob.cit., pp. 172-188.

cônsul e o de censor, todos eles, seguindo regras que correspondiam à organização e à limitação racional do poder, aliada ao forte apego às tradições dos antepassados.

Contudo, como bem enfatizou Böckenförde,

“Com a expansão dos limites de seu poder entre os séculos II e I a. C., Roma alcançou hegemonia mundial e, com isso, não somente a estrutura das instituições, mas também as regras de procedimento vigentes foram se tornando crescentemente incompatíveis com as novas tarefas e problemas de organização que se foram apresentando. Igualmente, a tradição cunhada pelo *éthos*, o *mos maiorum*, perdeu sua força sustentadora e integrativa, que havia mantido produtiva a estrutura de poder marcadamente aristocrática. As reformas institucionais que se faziam necessárias não foram concretizadas, uma vez que uma reforma conclusiva teria significado a abolição do poder da aristocracia legado pela tradição. **Esses fatores conduziram à crise da República, que motivou os discursos e os escritos de Cícero bem como seu pensamento filosófico, político e jurídico (...)** A crise que se instalou na República foi vista por não poucos contemporâneos como uma crise fundamentalmente moral provocada pela *superbia* e pela *luxuria*. Por isso, o restabelecimento do *mos maiorum* foi adotado como programa pelas forças que se preocupavam com a *res publica*. Tratava-se de redefinir o ordenamento político de Roma, que era um ‘conglomerado de *mos* e *ius*, de comportamentos tornados habituais e de regras distintamente estabelecidas’. Neste caso, o recurso à ética estóica prestou um importante auxílio”.¹³⁰

Seja como for, o que fica da Obra de Cícero decorre de sua refinada capacidade de refletir filosoficamente sobre as ordens políticas e jurídicas da Roma de seu tempo, tentando resgatar os ideais da República, como saída para superação das crises social e política. Como diz Böckenförde,

“Cícero descreve a *res publica* como coisa do povo; com isso, ela é separada daquilo que diz respeito aos governantes e do que diz respeito às pessoas individualmente tomadas. Essa argumentação, aliada a exemplos ligados à tradição romana, tem viés legitimador. Ele se fortalece com a determinação mais aprofundada do que constitui um povo: **‘É, portanto, ... *res publica* coisa do povo; um povo, porém, não é uma associação de pessoas que se congregam de qualquer modo, mas uma multidão que se mantém coesa por um consenso em torno do direito e pela troca recíproca de benefícios (De Republ. I, 25,39)’**.”¹³¹

O que faz toda a diferença é precisamente a compreensão de que não é qualquer ordem política empírica uma *res publica*, mas só aquela que conta com o elo do reconhecimento do Direito e da solidariedade da comunidade na busca do bem comum. Especificamente, este elo que liga os âmbitos social, político e jurídico é que corresponde à marca constitutiva de um povo.

¹³⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., pp. 188-189.

¹³¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., p. 205.

3.2 – Cidadania romana: a fuga da barbárie

Para que se possa ter uma idéia, ao menos aproximada, das características do cidadão que se movia no espaço público da *civitas* romana, torna-se necessária uma pesquisa a respeito do surgimento dos sentidos de pertencimentos cívico e jurídico à comunidade política. Segundo Ihering,

“A história de Roma deve, conseguintemente, desde o seu início percorrer, em absoluto, a extensa vida de selvageria natural, anterior à fundação do Estado; depois a proximidade atomística dos indivíduos, até a formação de povo e de estado viril; e, finalmente, a civilização e a religião. **Roma tem por único patrimônio homens de braços fortes, que se encontram no escabelo ínfimo da história – naufragos, moralmente nus, voluntariamente jogados a uma praia. Não têm passado, não pertencem a um só e único povo, acodem de todos os pontos do horizonte; não trazem nem direito comum, nem deuses comuns, e não veneram nada do que os povos de então respeitavam como bom e santo; assim é que aparecem aos olhos destes últimos como a escória da humanidade**”.¹³²

Na perspectiva do Autor, à vida de bárbaros, se seguiu a luta para fins de pilhagens, mantida pela força e pela disciplina militar, constituindo o embrião do que seria a futura organização política. Posteriormente, as formações familiares e a dignidade da realeza deram regras e moralidade mínimas a este Estado que se expandia por força das alianças com os povos estrangeiros derrotados nas guerras. Só, no momento final desta gênese da ordem, é que apareceu a religião. Nas suas palavras, **“a paz fica assegurada no exterior. No interior, as condições da vida pública ordinária vêm-se garantidas; termina o reinado da força bruta e chega o momento de principiar a educação moral do povo. (...) Aqui termina a gênese do mundo romano. Depois disso, só se verificam mudanças parciais na ordem estabelecida, ...”**¹³³

¹³² IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., p. 79.

¹³³ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., p.79.

Ihering se reportou aos ensinamentos de Hegel que, segundo ele, teria compreendido, de modo singular, a essência do espírito romano, reproduzindo o seguinte trecho de sua obra a Filosofia da História: **“Essa origem do Estado levava consigo, como consequência imediata, uma disciplina de ferro e o sentimento de sacrifício em prol da comunidade. Roma tem, desde a sua origem, alguma coisa de artificial, de violento, de imprevisto, de originalidade”**.¹³⁴ Na obra **A Razão na História**, Hegel disse que:

“No mundo grego, a interioridade incipiente, a reflexão em geral, existe como um momento; e o seguinte momento consiste em que esta reflexão interior, o pensamento, a eficácia do pensamento abre caminho e cria um reino de um fim universal. Tal é o princípio da terceira figura: a universalidade, o fim que com tal existe, mas em abstracta universalidade; **é a figura do Império Romano**. Um Estado como tal é o fim que se encontra face aos indivíduos, pelo qual eles tudo fazem. Esta época pode olhar-se como a idade viril da história. O varão não vive nem no arbítrio do senhor nem no próprio e belo arbítrio; seu é o penoso trabalho de viver ao serviço, e não na alegre liberdade do seu fim. O fim é para ele, sem dúvida, algo de universal, mas ao mesmo tempo algo de rígido, a que se deve consagrar. **Um Estado, leis, constituições são fins, e a eles serve o indivíduo: nele sucumbe e alcança o seu próprio fim como no fim universal**. (Semelhante reino parece existir para a eternidade, sobretudo se traz ainda em si também o princípio da satisfação subjectiva, como na religião, se chega a ser o sacro Império Romano. Mas este desapareceu há dois decénios). O Estado começa a despertar abstractamente e a constituir-se para um fim em que também participam os indivíduos, mas não com uma participação contínua e concreta. **Os indivíduos livres são efectivamente sacrificados à dureza do fim a que têm de se votar neste serviço em prol do abstractamente universal**. O Império Romano já não é o reino dos indivíduos, como fora a cidade de Atenas. Já não existe aqui hilaridade e alegria, mas duro e amargo trabalho. O interesse separa-se dos indivíduos, mas estes alcançam em si mesmos a universalidade formal abstracta. O universal subjuga os indivíduos que, nele, têm de si renunciar; mas em contrapartida, recebem a universalidade de si mesmos, isto é, a personalidade; tornam-se, como privados, pessoas jurídicas. No sentido em que os indivíduos são incorporados no conceito abstracto de pessoa é que justamente os povos, enquanto indivíduos, sofrerão o destino; as suas figuras concretas serão oprimidas e incorporadas em massa sob esta universalidade. **Roma transforma-se num panteão de todos os deuses e de todo o espiritual, mas sem que tais deuses e tal espírito conservem a sua vitalidade peculiar.**”¹³⁵

Ihering enfatizou que a formação do Direito e do Estado romanos não decorreram apenas da necessidade de se colocar um freio à ação agressiva e imoral do bando de malfeitores. Seu desenvolvimento repousava, antes, sobre a base de camadas populacionais preexistentes, provavelmente, latinos, sabinos e etruscos, o que sinaliza a existência de um dote histórico também para a Roma antiga. De fato, aos mitos e às lendas, por mais preciosos que sejam à compreensão dos fenômenos relacionados aos nascimentos tanto do sentimento da cidadania quanto do sentimento jurídico, deve-se acrescentar as contribuições dos povos que residiam naquele local que virou um refúgio para os guerreiros selvagens. Para o referido Autor, a construção do edifício do mundo moral romano repousava sobre três princípios: - o princípio da vontade subjetiva (apoiado na idéia de que o indivíduo leva em si, em seu sentimento jurídico e

¹³⁴ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., p.80.

¹³⁵ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. A Razão na História – Introdução à Filosofia da História Universal. Lisboa: Edições 70, 1995, pp. 206-207.

em sua energia, a razão de seu direito, limitando-se à sua própria força na realização desse direito); - o princípio criador do Estado e, como sua derivação, o princípio da comunidade baseada na união das famílias e no predomínio da constituição militar sobre a comunidade, e, por último, o princípio religioso com sua influência sobre o Direito e o Estado.¹³⁶ Analisando esses três princípios fundamentais, consegue-se uma aproximação do fenômeno da cidadania romana.

Ihering estudou cada um desses princípios importantes à compreensão do grande projeto político que Roma veio a se tornar. Ele atribuiu, ao princípio da vontade subjetiva, a condição de fonte originária do Direito privado romano. Segundo ele,

“O primeiro germen do sentimento jurídico é o sentimento da *própria razão*, fundado sobre a manutenção das próprias forças e que tendia a conservar os seus resultados. O que o homem conquista com o suor de sua fronte, ou a trôco de seu sangue, quer conservá-lo. (...) a força preponderante funda o direito. (...) O mundo pertence à força individual, porque cada qual leva em si mesmo o fundamento de seu direito e deve defendê-lo: **tal a síntese das idéias da Roma antiga sobre a vida privada, como vamos deduzir dos vestígios que nos conservam o direito, os mitos e a etimologia. (...) O mundo romano foi fundado pela espada.**”¹³⁷

O referido Autor disse que a espada ou a lança eram os símbolos mais remotos do Direito e que a força material, poder, seria a real origem do Direito romano. Nas suas palavras, **“a virtude romana, *vir-tus*, é, pois, segundo a sua significação primitiva, a posse da virilidade, isto é, do valôr guerreiro. (...) A idéia de que nos ocupamos, revestida de uma forma pessoal, assim pôde ser interpretada: - Um guerreiro (*vir*), exerce sua força (*vis*) por meio de lança (*hasta*) e submete pessoas e cousas ao seu poder (*manus*)”**.¹³⁸ Ainda que esses temas da violência e da força física, a partir das quais os romanos conquistavam territórios e se apropriavam das riquezas de outros povos, tenham estreita vinculação com a formação posterior dos institutos do direito privado, eles também tiveram influência direta na percepção que os romanos tinham de si, como indivíduos e como cidadãos, e da sua organização política. Como disse Ihering,

“**Quiris, curis** é a antiga lança sabina. Os **Quirites** são os portadores das lanças (...) Logo, se **curia** é derivada de *conviria*, tropa, *curis*, se se lhe admitir êsse parentesco, deve derivar-se desta palavras e têr o sentido “daquilo que é próprio da curia”, isto é, **a lança guerreira de serviço comum para todos**. (...) Esta lança imprescindível, que já encontramos entre os deuses e entre os homens, nos casamentos e nas vendas, nas manumissões e nas audiências dos tribunais, não podia encontrar lugar mais oportuno no nome dêsse mesmo povo”.¹³⁹

¹³⁶ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Obra citada. Nesse sentido, ver páginas 80-85.

¹³⁷ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Obra citada. Nesse sentido, ver páginas 86-90.

¹³⁸ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., pp. 91-92.

¹³⁹ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., p. 92.

Quanto ao princípio criador do Estado, Ihering disse que a família e a organização militar foram os reais pontos de partida da ordem política. Segundo ele, a união política das raças, em Roma, assemelhava-se a uma estrutura de pirâmide. Na base, estariam trezentas gentes, que, subindo na escala, produziriam trinta cúrias e, depois, três tribos, sendo que o ápice da pirâmide correspondia ao poder pessoal do rei. Precisamente, as gentes correspondiam à união das famílias, enquanto as cúrias e as tribos, junto ao poder real, decorreriam da constituição militar. A **gens** era a identificação da família com o Estado. Nas palavras do Autor,

“O vínculo que forma a *gens*, cinge toda a existência do indivíduo. Todos os interesses que agitam sua vida, conduzem-no a ela e nela encontram, senão uma satisfação completa, pelo menos ponto de apoio. **O culto dos deuses, como o serviço militar e o exercício dos direitos políticos, agrupam os gentes, e a própria morte os reúne em sepulturas hereditárias e comuns.** Mantêm-se unidos nos momentos mais sagrados e terríveis, tanto no templo como no campo de batalha. A honra e a deshonra, a felicidade e a desgraça, tudo lhes é comum; o brilho e a fama da *gens* aproveitam a cada um de seus membros, bem como o seu modo de proceder. Por isso, a *gens* toma o mais vivo interesse na sorte e nas ações do indivíduo, que não está ligado a ela só pelo laço débil de membro da corporação e de ter direitos comuns, senão pelo vínculo de um membro de família, cujos benefícios e males, honra e deshonra, a toda ela interessam”.¹⁴⁰

No mesmo sentido, Teodoro Mommsen afirmou que a célula originária do Estado romano foi o matrimônio, provavelmente, monogâmico, em todas as conseqüências jurídicas, e, sobre ele, descansava a família. Sendo assim, o Estado romano antigo consistia na reunião de famílias, coexistindo umas com as outras. Além disso, a família romana era uma instituição que só podia ser pensada no contexto da organização política. Nesse enfoque, a cidadania era constituída por todos os membros das famílias unidas politicamente. O sentido de pertencer à cidadania não era outra coisa que pertencer a uma das famílias que compunham à comunidade romana. Todo *gentilis* era um *quiris*, este, o modo mais antigo de se designar ao cidadão, diferenciando-o do escravo e do estrangeiro. As garantias dos direitos das famílias romanas, apesar de todas as transformações típicas da evolução histórica que ocorreu, não pertenciam a esta ou aquela específica família, mas à reunião de todas elas, isto é, ao Estado, por meio de seus sacerdotes, do senado, dos magistrados e, finalmente, dos comícios. Sendo assim, a mais fundamental idéia política, segundo a qual a unidade do Estado exclui a independência de suas partes componentes

¹⁴⁰ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., pp. 138-139.

foi concebida e aperfeiçoada em Roma, já nos primeiros e difíceis momentos de sua extraordinária evolução política e jurídica.¹⁴¹

O referido Autor enfatizou que, nos tempos primitivos, os membros das famílias patrícias eram os únicos que gozavam do direito de cidadania. As famílias se reuniam em *curias*, um agrupamento capaz de agir politicamente. O *populus* representava a associação geral das famílias. Posteriormente, a cidadania antiga foi se convertendo em nobreza privilegiada e as outras classes de pessoas que, até então, eram consideradas dependentes e inferiores, e cuja sujeição pessoal desapareceu, afirmaram-se como plebeus (*plebeii*) que, ao lado dos patrícios (*patricii*), constituíram a cidadania estendida patrício-plebéia. *Populus*, que antes designava a comunidade dos patrícios, passou a corresponder ao conjunto de patrícios e plebeus. Os *liberi* não são mais exclusivamente os dependentes, senão os cidadãos em geral, todos, sob a igual designação de *cives* (abarcando cidadãos antigos e novos).¹⁴²

Ihering viu no relacionamento dos indivíduos com a *gens* um sistema de direitos e deveres recíprocos muito fortes. Segundo ele, a assistência recíproca visava minimizar os efeitos das injustiças e da pobreza, e este liame poderoso resultou em uma preponderância, por longo tempo, dos patrícios sobre os plebeus que, além desta fraternidade jurídica privada, contavam também com elevada influência política. As limitações e deveres que afetavam os indivíduos integrantes de uma mesma *gens* correspondiam à noção de que havia uma relação de coordenação e, não, de subordinação. Sendo assim, os indivíduos se relacionavam, entre si, e com a *gens* e, do mesmo modo, a *gens* com o Estado, tudo, de modo coordenado. A idéia de subordinação política só apareceu com a organização militar. Precisamente, a relação íntima dos gentis e sua solidariedade foram determinantes para imprimir o caráter universal da comunidade política. Nas palavras do Autor,

“A *gens* não é outra cousa que a universalidade dos gentis, e a expressão *gentiles*, com que se os designa, expressa, em uma palavra, a verdadeira essência. Se a *gens*, efetivamente, não é nada mais de que a universalidade dos gentis, não pôde ter um poder superior ao dêles; em outros termos: cada um de seus membros não é o *sujeito da gens*, senão o *igual* aos outros gentis. Esta relação não varia, porque os gentis elegiam um dêles (*decurio*) para chefiá-los. Fóra de suas funções militares, de que recebe o nome, êste chefe não tem nenhuma ordem a dar, e sim dirige sómente as deliberações das *gens* e oferece os sacrifícios em seu nome. **A conservação do laço originário de**

¹⁴¹ MOMMSEN, Teodoro. Compendio del Derecho Publico Romano. Obra citada. Nesse sentido, ver páginas 11-35.

¹⁴² MOMMSEN, Teodoro. Compendio del Derecho Publico Romano. Obra citada. Nesse sentido, pp. 17-25 .

família, na *gens*, limita-se à manutenção das relações de fraternidade dos *gentis*; a *patria potestas* não foi imitada, politicamente, nem na *gens*, nem no Estado”.¹⁴³

Ainda assim, Ihering salientou que a *gens* tinha um poder de censura sobre seus membros, os patrícios. Nesse enfoque, a *gens* poderia limitar a ampla liberdade individual. E esta censura moral da *gens* tinha alto significado político e consolidava o poder dos patrícios como uma classe que tinha preponderância sobre as demais. O patrício romano, por mais que fosse odiado pelo plebeu, tinha de parecer honrado e puro e, neste sentido, a vigilância moral da corporação sobre seus membros servia bem à finalidade de conservação do poder. Como disse Ihering, **“à polícia moral da *gens* a que se deve atribuir a simplicidade e a pureza dos costumes patrícios; o ódio de partido dos plebeus não ousava contestar estas virtudes, que deviam, como se pôde deduzir, dar autoridade extraordinária à situação política dos patrícios. O instinto prático dos romanos reconheceu, desde o princípio, que a liberdade, para ser um poder, devia impôr limites a si mesma”**.¹⁴⁴ Segundo o Autor, eles foram capazes de perceber que as restrições impostas à plena expressão do princípio da vontade subjetiva decorriam dela mesma e correspondiam ao preço que se deveria pagar para obter aquilo que o princípio da liberdade ilimitada não lhes poderia jamais dar: proteção, auxílio e assistência dos associados. Nesse sentido, as decisões das *gens* eram semelhantes às leis e, formalmente, guardavam identidade com os convênios que os *gentis* firmavam entre si. Como enfatizou Ihering, **“também, em Roma, a lei emana do consentimento de todos os particulares, isto é, do nosso princípio da vontade subjetiva”**.¹⁴⁵

O referido Autor disse que o centro de gravidade do antigo Estado romano estava nele e, sobretudo, na *gens*. Exemplificou a afirmação com o tema da propriedade do solo romano que, desde os tempos imemoriais, era regido pelo princípio da propriedade pública e o da propriedade privada, submetido a restrições em proveito da *gens*. A propriedade pública do Estado, o *ager publicus*, era necessário para proteger os três interesses mais relevantes à sua organização: político, religioso e militar. Se foi necessária a propriedade pública, no topo da organização sob a qual se abrigavam todas as castas e que se apoiava sobre elas como sobre colunas, a *gens* tinha

¹⁴³ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., pp. 141-142.

¹⁴⁴ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., p. 145.

¹⁴⁵ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., p.146.

dela uma necessidade ainda maior. Segundo Ihering, ao explicar a relação da *gens* com o Estado (constituição gentilícia), este encontrava sua razão final nas gentes. A seus termos,

“Os direitos e as obrigações do Estado são divididos segundo as *gentes*; o Estado não tem nenhuma relação política imediata com o cidadão isolado. As *cúrias* e as *tribus* são aglomerados de *gentes*, das quais achamos que a causa originária está no interesse da constituição militar; a importância política e a coesão, como corporações, não podem ser comparadas às das *gentes*. Estas últimas estão moral e juridicamente organizadas de forma muito mais sólida. O vínculo torna-se muito mais fraco, à medida que se eleva. O Estado não é superior às *gentes*, senão que nelas consiste; seu poder é a soma de poderes das mesmas e assim como a *gens* constituiu uma relação de coordenação dos gentis, o Estado não constituiu mais que um traço de união entre as *gentes* isoladas”.¹⁴⁶

Ihering deixou claro que a forma primitiva da relação do Estado com o Direito privado era a de um contrato. A comunidade prometia proteção àquele cidadão que a solicitasse e, a partir daí, ele deveria submeter-se às suas restrições. Tanto a proteção quanto o preço por ela pago tinha, por fundamento, a livre vontade das partes e, nessa medida, a relação, de natureza contratual, era regida pelo princípio da coordenação. Nas palavras do Autor,

“No que precede, encontramos uma nova prova da importância do contrato, na história da formação do direito. Vêmo-la por toda parte: na lei, contrato de sociedade entre os membros de uma associação; na introdução das penas privadas; na subordinação das partes ao juiz e no objeto de nosso estudo. A eleição dos reis e magistrados pode ser, também, chamada de contrato; todo o direito internacional, segundo veremos no parágrafo seguinte, funda-se num contrato. Assim, o nascimento da legislação, da justiça penal, do processo civil e da magistratura, como idéia de proteção jurídica e pública, prendem-se ao pacto; **a própria comunidade política tem por base a noção de contrato e o direito internacional resolve-se em contratos**”.¹⁴⁷

O Autor disse que **“em Roma não existia direito nem Estado, senão para os romanos; ou para falar com mais assêrto, o direito era circunscrito à comunidade dos gentis. Gentilidade e capacidade civil plena, falta de gentilidade e completa incapacidade civil são, em sua origem, equivalentes. (...) Sua exclusão é completa; a própria religião não lhe dá acesso, porque, também, é uma instituição do Estado”**.¹⁴⁸ Sendo assim, pode-se ter uma noção da importância de ostentar a condição de cidadão, na medida em que, para os estrangeiros e para os que eram desterrados, havia completa privação de direitos, ainda que, para aqueles, a posterior evolução do Direito, decorrente do incremento das relações comerciais e da expansão territorial do império, tenha assegurado relativa proteção jurídica. O desterrado, entretanto, perdia tudo o que tinha, o lar, as associações, a paz do Direito e o culto comum dos deuses. Só o que levava era

¹⁴⁶ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., p. 152.

¹⁴⁷ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., p. 164.

¹⁴⁸ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob.cit., p.166.

a miséria e o abandono de uma vida exposta aos azares, privações e perseguições. Perdia até mesmo a chance de manter sua liberdade pessoal, na medida em que outro mais forte poderia facilmente reduzi-lo à condição de escravo. Como disse Ihering, **“se é perseguido e atacado, não tem companheiro que o defenda; se perece no combate, ninguém vingará a sua morte, nem por êle se oferecerá, na pátria, um sacrifício funerário, nem terá descanso a sua sombra errante: seus manes vagarão sem pátria por estranhas terras”**.¹⁴⁹ Mais tarde, com a introdução da *captis deminutio magna*, havia a possibilidade de perda da cidadania que correspondia à morte civil, à expulsão do indivíduo do terreno do direito, coberto de vergonha.

Segundo Mommsen, a cidadania era um corpo armado apto para a coexistência pacífica. Sendo assim, a ninguém era permitido fazer justiça com as próprias mãos. Antes, deveria recorrer ao tribunal arbitral, concedido ao magistrado supremo. Mas, ainda assim, esse corpo pacífico de cidadãos estava sempre pronto para reunir-se, caso fosse necessário, para, sob a direção da mesma magistratura suprema, defender-se ou atacar um inimigo exterior.¹⁵⁰ Uma comunidade eterna precisava contar com uma representação eterna e sem interrupções. Na prática, isso era difícil, pois as lacunas na ocupação dos cargos sofriam a mesma sorte da temporalidade humana. Em princípio, todo o cidadão estaria apto a colocar-se à frente dos demais e dar aquelas regras que fossem necessárias. Contudo, o apego à tradição tão característico do povo romano, fazia com que fossem preferidos os mais notáveis cidadãos de Roma, ou seja, os senadores na cidade e os oficiais do exército nos acampamentos. Afinal, a continuidade sem interrupções, como o exigia a representação da comunidade, não existiria se não fosse a magistratura permanente, na qual a representação estaria perfeita e concluída. Precisamente, esta continuidade essencial à suprema magistratura dependia do senado patrício, o qual, para este efeito, se transmitiu inalterável à organização patrício-plebéia da comunidade. Desde os começos da República, foi confiada aos magistrados supremos a nomeação regular do sucessor com fixação do prazo do mandato. Posteriormente, com a expansão da cidadania patrício-plebéia, o direito de nomeação passou aos comícios e, sendo assim, estes adquiriram o direito de representação do poder da comunidade. Desse modo, o centro de gravidade do regime foi sendo transferido da magistratura para os comícios. Pode-se dizer que no auge do período republicano, a cidadania adquiriu soberania, especialmente, quando começou a eleger os magistrados nos comícios.¹⁵¹

¹⁴⁹ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., p. 167.

¹⁵⁰ MOMMSEN, Teodoro. Compendio del Derecho Publico Romano. Obra citada. Ver páginas 133-136.

¹⁵¹ MOMMSEN, Teodoro. Compendio del Derecho Publico Romano. Obra citada. Ver páginas 141-151.

Mommsen assinalou que já havia um grau de intervenção da cidadania nos negócios públicos que podia ser visto na proibição geral existente de executá-los em locais privados. Sendo assim, de regra, os magistrados realizavam seus atos diante do público (*in conventione* o *contione*). Mas, a efetiva intervenção da cidadania na celebração de atos públicos, intervenção esta que implicava na participação dos cidadãos no ato respectivo, manifestando sua vontade sobre o assunto, tinha por pressuposto à sua congregação segundo a organização que, pela constituição, lhes corresponderia, isto é, por meio dos *comitia*. Os comícios tinham dupla organização: civil e militar, na medida em que todo o cidadão era, ao mesmo tempo em que cidadão, um indivíduo obrigado à defesa da pátria. A cidadania podia reunir-se, ou atendendo à sua organização civil (cúrias ordenadas por famílias), ou por tribos (para cuja formação se atendia principalmente ao domicílio dos cidadãos), ou atendendo à organização militar, quer dizer, à sua divisão por centúrias. Na época republicana, os comícios propriamente políticos se reuniam ou por tribos ou por centúrias. A regra segundo a qual toda a ação da comunidade era um ato executado pela magistratura também se aplicava às questões políticas, contudo, para estas, era necessário obter o consentimento da cidadania. De fato, na organização patrícia dos tempos primitivos, cabia ao rei o direito de convocar os comícios. Na posterior organização patrício-plebéia, a convocação da cidadania era faculdade da magistratura suprema, ou seja, ao *cônsul*, ao *interrex*, ao *ditador*, ao *pretor*, e também aos magistrados excepcionais revestidos de poder constituinte. Nos primórdios, os comícios se realizavam no pátio do templo de Júpiter capitolino, e depois, quando se tratava de fazer leis, no Fórum romano. Por ocasião das eleições, eles se reuniam no Campo de Marte, local em que, no tempo de Augusto, se estabeleceu uma praça especial para as votações (*Saepta Juliae*), junto ao edifício no qual os soldados eram pagos (*diribitorium*). Um dado interessante e que revela a interligação da ordem divina com a organização política é que, ao mesmo tempo em que fazia a convocação da comunidade toda, o magistrado que dirigia os comícios invocava o beneplácito dos deuses por meio dos auspícios.¹⁵²

Mesmo que a comunidade política romana tenha iniciado com uma monarquia e, posteriormente, na fase republicana, tenha contado com uma magistratura forte diante da cidadania e distinta dela, o fato é que a magistratura conheceu limites jurídicos à sua atuação,

¹⁵² MOMMSEN. Teodoro. Compendio del Derecho Publico Romano. Obra citada. Ver páginas 407-415.

tanto em relação aos particulares cidadãos, quanto em relação ao conselho de anciãos (senado) e à coletividade de cidadãos legitimamente congregados em assembleia (comícios). Ainda que o magistrado representasse a comunidade, ele era obrigado a provocá-la sobre questões políticas mais fundamentais, inquirindo as opiniões que, em relação a tais temas, tivessem tanto a assembleia de cidadãos quanto o conselho de anciãos. Vale enfatizar o princípio segundo o qual a magistratura tinha o dever e o direito de pôr em prática e fazer funcionar a ordem jurídica existente. Mas, toda vez que o magistrado tivesse de atuar, separando-se da ordem jurídica vigente, como ocorria, por exemplo, nos casos de declaração de guerra e de formação de um testamento, era essencial pedir e obter o consentimento dos cidadãos. Esta noção política fundamental foi se desnaturando com o passar do tempo. A cidadania começou a congregar-se sem contar com a interseção do conselho. Ainda que a magistratura seguisse tendo a iniciativa e que os comícios nunca tivessem adquirido legalmente a mesma onipotência da *ekklesia* helênica, na verdade, eles foram, pouco a pouco, se apoderando da soberania da comunidade. O conselho de cidadãos deixou, temporariamente, de participar ativamente do governo da comunidade, mas readquiriu esta participação quando foi ampliada a organização patrício-plebéia. E a readquiriu porque, cada vez mais, foi-se tornando maior a obrigação que a magistratura tinha de ater-se às proposições feitas pelo conselho dos anciãos. Mais tarde, já na época do Principado, os comícios foram perdendo sua importância política de participação, tornando-se o senado o legítimo depositário da soberania da comunidade.¹⁵³

No Estado romano, os comícios tinham uma índole predominantemente formal. Na prática, os cidadãos somente votavam sim ou não, pois as discussões jurídicas e políticas ficavam restritas aos senadores que bem podiam fundamentar suas opiniões. Os comícios funcionavam sob a tutela do senado. A princípio, seu direito diante da magistratura, era o de impedir que esta realizasse determinados atos, sendo que, em questões de legislação, nunca tiveram mais do que poder de veto. Quando o governo dos comícios pelo senado começou a enfraquecer, estes se converteram em instrumentos nas mãos de políticos que os convocavam, transformando-os em mera plataforma de interesses pessoais de homens influentes. Mas, de qualquer modo, a competência dos comícios, ainda que limitada, era efetiva, pois em matéria de organização das famílias, no exercício do direito de indulto e nas declarações de guerra contra as comunidades vizinhas, era a

¹⁵³ MOMMSEN, Teodoro. *Compendio del Derecho Publico Romano*. Ob. cit., pp. 405-406

determinação espontânea dos cidadãos particulares o que dava o impulso necessário. Pode-se dizer que, aos comícios, coube o poder de legislar, ao menos, sob o reinado de Augusto, o que garantiu alguma parcela de independência política aos cidadãos de Roma. Mas, de fato, desde o início do Principado, o poder legislativo foi assumido pelo senado. Os comícios não foram abolidos, quando da decadência da República romana, mas foram paulatinamente caindo em desuso. No reinado de Tibério César, a eleição dos magistrados passou dos comícios para o senado.¹⁵⁴

Vale registrar, ainda, que o senado da comunidade romana era uma instituição dupla, tanto por sua composição como pelo seu funcionamento. Sendo assim, existiram, um ao lado do outro, o senado da cidadania patrícia e o senado da cidadania patrício-plebéia, com diferentes graus de participação política. O senado patrício era o legítimo possuidor e depositário da magistratura, a expressão viva da eterna realeza que se achava sobre a cidadania. Além disso, era, ao mesmo tempo, a instituição que exercia a vigilância e servia de complemento ao poder soberano da comunidade que correspondia à cidadania, na medida em que todos os acordos desta tinham de ser confirmados pelo senado patrício. No início, o senado plebeu era apenas uma assembléia que aconselhava, de modo permanente, à magistratura suprema. Posteriormente, com o fortalecimento da cidadania patrício-plebéia foi o senado patrício-plebeu que, realmente, manejou o governo de Roma. O senado patrício tinha o poder de direito e o patrício-plebeu o poder de fato. Se, pela constituição primitiva era impossível a nomeação de senadores pelos comícios, na época republicana mais avançada, foi atribuída a soberana faculdade eleitoral aos comícios, de tal forma que o senado era considerado como uma representação do povo eleita pela cidadania. Augusto deu início a uma transformação, nos modos de nomeação dos senadores, que foi intensificada por Tibério, de tal modo que, com a consolidação do poder imperial, ainda que, em tese, um imperador não tivesse o direito de nomear diretamente senadores, ele, de fato, influía nas escolhas. Domiciano incorporou para sempre a censura ao Principado e, nessa medida, o direito de nomear senadores, determinando, inclusive, livremente, a classe a qual deveriam participar, passou à ingerência da Coroa.¹⁵⁵

¹⁵⁴ MOMMSEN, Teodoro. *Compendio del Derecho Publico Romano*. Obra citada. Ver páginas 441-442.

¹⁵⁵ MOMMSEN, Teodoro. *Compendio del Derecho Publico Romano*. Ob. cit., pp. 417-423.

Ao senado romano, não se pode atribuir a atual compreensão de segunda instância legislativa. O modo como era designada tecnicamente a confirmação era “*autorictas*”, denominação que também se aplicava ao Direito político com igual significado com que, no Direito privado, se aplicava à tutela. Ou seja, a cidadania agia de modo análogo aos pupilos e, sendo assim, o senado, da mesma maneira que o tutor, protegeria a comunidade (que estaria privada, como os pupilos, da completa capacidade de agir), negando-se a confirmar os acordos errados ou prejudiciais que tomassem. A inovação romana foi o de perceber o poder original da comunidade se manifestando de uma tripla maneira: a proposição do magistrado, o acordo da cidadania e a confirmação do senado.¹⁵⁶ O poder partilhado, entre os comícios, a magistratura e o senado, é o que garantia a soberania universal de Roma e sua estabilidade institucional. Essa noção é extraordinariamente valiosa para os juristas contemporâneos, pois destaca a necessidade de comprometimento entre governantes e governados. A idéia era a de que sempre que o povo chegava a um acordo sobre determinado tema, por exemplo, a introdução de alguma modificação na ordem jurídica, ou alguma alteração na organização das famílias via testamentos, ou nos preceitos penais relacionados à graça ou indulto, ou a respeito da eterna aliança por meio de declarações de guerra, era preciso que um magistrado apresentasse a proposição à cidadania e, se esta a aprovasse, o acordo deveria ser levado ao senado, como condição essencial para obter a confirmação desta instituição por meio da interrogação e da votação.¹⁵⁷

Ao que tudo indica, o povo romano parecia perceber a necessidade da participação da assembleia dos cidadãos nos assuntos relacionados à organização e ao bom funcionamento da comunidade política. A cidadania romana consistia, antes de tudo, em valorizar o passado, convencido que estavam da vital importância da tradição em qualquer projeto de civilização que, lucidamente, quisesse fortalecer o bem comum. Mesmo que, posteriormente, com a consolidação do império e a expansão da cidadania, tenha havido a necessidade prática de burocratizar as instâncias estatais, ainda assim, os romanos queriam preservar os ideais republicanos e as glórias do passado. Por esses motivos é que era tão importante investir na formação do cidadão romano. A consciência da dimensão valorativa deste algo a mais que correspondia à cidadania romana era tão denso que as instituições se consolidaram fortes o suficiente para continuar funcionando e levando avante o projeto Roma, mesmo quando encabeçadas por imperadores insanos.

¹⁵⁶ MOMMSEN, Teodoro. *Compendio del Derecho Publico Romano*. Ob. cit., pp. 444-449.

¹⁵⁷ MOMMSEN, Teodoro. *Compendio del Derecho Publico Romano*. Ob. cit., pp. 442-444.

A análise dessas circunstâncias permite um esboço da cidadania romana que correspondia à entrada na comunidade da vida política por meio de laços fortes. A organização política era tudo para o cidadão. Como disse Ihering, **“abandoná-lo, representa um sacrifício e sua queda os sepulta sob as suas ruínas, com tudo quanto possuem. À expulsão do Estado se agrega a perda da personalidade e do bem-estar privado. O instinto da conservação pessoal chega a ser, de uma forma dupla, o meio eficaz de conservar o próprio Estado. Primeiro, unindo a ele, tanto quanto for possível, os membros de que se compõe e, segundo, levando ao extremo sua força de resistência contra todo o perigo que do exterior possa ameaçar o Estado. (...)**”¹⁵⁸

Quando Roma nascia como organização política, ela precisou de uma rígida escola de ordem e de disciplina para conter o espírito indômito e belicoso dos indivíduos, transformando-os em cidadãos submetidos à vida comunitária, graças ao direito que garantia e protegia a nova ordem que se formava. Num estágio mais desenvolvido, Roma se encontrava na presença de um povo educado na escola da disciplina e da ordem, sujeito a si próprio e ao Estado por fortes laços produzidos pelo curso dos acontecimentos de sua história. Cada cidadão romano estava bem consciente do significado de Roma. Uma possível derrota na guerra correspondia à real possibilidade de perder não apenas a vida ou a liberdade, mas a família, a honra e os bens. Sendo assim, a conservação dos indivíduos dependia da estabilidade e do progresso da organização política. Eles eram o Estado. Se fosse possível usar uma expressão bem contemporânea para qualificar a cidadania romana, diríamos que ela era o “caso central”.

Quanto à influência da Constituição militar sobre o Estado e o direito, Ihering entendia que foi em tudo favorável ao projeto político de Roma. Segundo ele, a guerra não era para os romanos algo transitório, ao contrário, eles queriam estar sempre armados, mesmo nos poucos períodos de paz. O caráter belicoso e rebelde deste povo, avesso à vida fácil e pacífica, foi compensado pela rígida disciplina militar. A antiga Roma era um acampamento permanente, onde reinava a ordem e a severidade dos exércitos, de tal modo que a constituição política se transformou bem cedo em constituição militar. Nas palavras do Autor,

¹⁵⁸ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., p. 168-169.

“... o interesse militar dotou o Estado de uma idéia até então ignorada, a da supremacia e a da subordinação. A ordem do exército e a constituição militar unem-se à ordem da família, à união política das raças, para formar a unidade militar e política, ou seja, a constituição romana antiga. (...) **A constituição militar é a que determina as formas fundamentais do Estado, e os interesses religiosos e políticos vêm adaptar-se, em seguida, a esta ordem assim estabelecida; eis aí o ponto característico de toda a constituição romana.** (...) O povo é um exército; o exército inteiro tem o seu culto e suas funções políticas, como cada uma de suas divisões. A cúria é uma associação política que tem importância religiosa e militar, uma unidade religiosa que exerce, ao mesmo tempo funções políticas e militares; é uma divisão permanente do exército e, como povo e exército são cousas equivalentes, constituem, portanto, uma divisão do povo. (...) A *gens*, também, é uma divisão do exército. (...) A ordem de batalha é, pois, a ordem primitiva; mas para que pódia prestar serviços, em tempo de guerra, é preciso que seja conservada durante a paz. **O povo, voltando aos seus lares depois da guerra, conservava sua divisão guerreira e permanecia armado; a paz mostra-nos o povo como um exército em descanso, a guerra faz-nos ver o exército como um povo disciplinado e ativo.** (...) As assembleias do povo não são mais que reuniões do exército, que só o general em chefe pôde convocar, e cujas divisões se reúnem sob o comando de seus chefes militares. (...) Nas assembleias populares, pois, só assistem os jovens, os guerreiros, porque eles têm vontade, e não se considerava como verdadeira vontade senão a do homem que pôde executar as suas resoluções. (...) **Povo, *populus*, equivale, pois, a grupo, ou massa de jovens, ... e jôven significa capaz para conduzir as armas. Daí vem *pubes* e, por conseqüência, membro do *populus*; assim, aquêlo que está apto para o serviço, quem pôde conduzir as armas, não tem necessidade de tutor e pôde votar na assembleia do povo**”.¹⁵⁹

Como bem enfatizou Ihering, a disciplina militar teve notável influência civilizadora sobre o povo romano. A própria história da evolução do Direito romano tem íntima correlação com o espírito rigoroso da ordem e com o imenso respeito pelas formalidades que eram tão característicos deste povo. Nada melhor para fazer compreender ao homem a necessidade da ordem do que a disciplina militar que os torna avessos a toda desordem, carência de formas e falta de métodos seguros. Quando os romanos atingiram o apogeu de sua educação, por via da referida disciplina militar, adquirindo sentimentos de ordem e de legalidade, como uma segunda natureza, então foi possível a eles restringir um pouco os rigores das exigências típicas do acampamento guerreiro. Segundo Ihering, **“a guerra ensinou-lhes o preço da ordem, a paz o da liberdade. A mocidade romana, educada na rígida escola da obediência, que se inicia sob o tétio paterno, com a *patria potestas*, fez-se digna e capaz de, por sua vez, comandar**”.¹⁶⁰

O último princípio estudado por Ihering, relacionado à construção do mundo moral romano e que permite vislumbrar as características deste típico cidadão, foi o religioso e sua acentuada influência na organização política e no Direito. Segundo o mencionado Autor, os romanos, graças à força analítica de seu espírito, foram capazes de separar, desde o início, as coisas divinas das coisas humanas. Nas suas palavras, **“Deus e os homens, a religião e o Estado estabeleceram as**

¹⁵⁹ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., pp. 179-181.

¹⁶⁰ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., pp. 190-191.

suas respectivas fronteiras”.¹⁶¹ Não no sentido moderno da oposição radical entre Estado e Igreja, mas uma antítese do FAS e do JUS. Tanto que o serviço divino era uma instituição pública e, portanto, era, como as demais, protegida pela obrigação jurídica. Como disse Ihering, **“o povo, com efeito, é responsável perante os deuses até pelo indivíduo isolado; é no povo inteiro que eles se vingam das faltas, negligências e ultrajes de cada um”**.¹⁶² O FAS corresponderia ao direito religioso, santo ou revelado. Era estável, mais do que isso, imutável, fundamentado na vontade dos deuses aos quais cabia, com exclusividade, a prerrogativa de modificá-los. O JUS seria uma instituição humana, portanto, variável e progressiva, sendo que seu caráter obrigatório decorreria do acordo geral do povo, tanto que eventual inobservância de seus comandos só pode prejudicar interesses puramente humanos. Para Ihering, esta diferenciação assinalou um dos mais notáveis progressos da consciência humana.¹⁶³

O fato é que os romanos não podiam sequer conceber a união política sem o vínculo religioso. Os deuses eram do Estado e o acompanhavam na sua expansão, de tal modo que as alianças políticas preservavam o elemento religioso. Nas palavras de Ihering, **“o apôio da religião era, mais que nenhum outro direito, indispensável ao internacional, porque, em todas épocas, realiza com mais dificuldade, a idéia do direito. Os deuses de ambas as partes velavam pelo cumprimento dos tratados jurados, e os convênios aceitos se conservam no templo de Jupiter Capitolino, centro religioso de todo o Estado romano”**.¹⁶⁴ Nesse enfoque, o primeiro cuidado que o Estado deveria tomar era o de conservar o favor dos deuses. Quem representava o Estado, também o fazia perante as divindades. Sendo assim, o rei e depois o cônsul, tanto em Roma como nas províncias, dirigiam as cerimônias sagradas e consultavam os auspícios. Cabia ao povo, ao Senado e às autoridades se empenhar nos votos e nas obras que agradassem aos deuses. Antes de fazer um negócio, por exemplo, o romano deveria consultar os augúrios, oferecendo sacrifícios e orações nos dias permitidos pelo FAS. Além disso, o FAS comportava também grande número de princípios políticos. A antiga constituição romana recebeu consagração religiosa e, mesmo no período republicano, as relações entre o Direito público e a religião se mantiveram fortes. Ihering trouxe o exemplo das *leges sacratae* e dos tribunos que

¹⁶¹ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., p. 193.

¹⁶² IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., p. 194.

¹⁶³ IHERING, Rudolf, Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., pp. 192-193.

¹⁶⁴ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., pp. 198-199.

elas confeririam ao povo e que estavam, pelo juramento popular, sob proteção da religião. A religião, neste caso, teria prestado adesão à causa dos plebeus, protegendo seus direitos políticos. Em outros momentos, a religião foi mais favorável aos patrícios, até porque a constituição originária da antiga Roma estava embasada por fortes elementos religiosos, o que era politicamente explorado pela resistência patrícia às reivindicações da plebe.¹⁶⁵

Sobretudo o direito criminal tinha uma estreita vinculação com a religiosidade do povo romano. A idéia de base é que, se a ordem fosse maculada por um ilícito, os deuses ofendidos tinham que ser acalmados, sob pena de fulminar com sua cólera toda a comunidade que era, ao fim e ao cabo, a responsável perante as divindades pelas faltas cometidas pelos seus cidadãos.¹⁶⁶ Nas palavras de Ihering, **“para o Estado livrar-se de qualquer responsabilidade perante os deuses, carecia dar, pelo seu lado, ou publicar um decreto, pelo qual repudiasse de sua comunhão o delinquente. Era o *aquae et ignis interdictio*”**.¹⁶⁷ Quanto ao Direito privado e ao processo civil, ainda que tivessem também influência do FAS, não a sofreram com a mesma intensidade que o Direito público e o Direito criminal. Mas, sem dúvida, a paz doméstica e a inviolabilidade do lar romano eram garantidos pelo FAS. A mais antiga forma sagrada de celebrar o matrimônio era a *confarreatio*, segundo a qual, presentes o *pontifex maximus* e o *flamen dialis*, a união devia efetuar-se por meio de um sacrifício solene. A contagem do tempo, santificada pelo FAS, e a elaboração do calendário por conta dos pontífices, exerciam, ambos, grande influência nas relações de direito privado e no processo civil.¹⁶⁸

Segundo Ihering, o Colégio dos Pontífices era como um tribunal eclesiástico e o FAS da Roma antiga era algo como o *ius canonicum* da Roma medieval. Como os pontífices eram pessoas muito cultas e profundas conhecedoras da tradição jurídica romana, sua influência se estendeu para além das questões relacionadas ao FAS, alcançando, também, temas profanos do Direito civil e do processo civil. O Autor pontuou que a vida romana conhecia três formas pelas quais um homem versado em Direito podia colocar-se à disposição do serviço público: redator e escrivão de atos jurídicos (*cavere e scribere*), de conselheiro (*respondere*) e de árbitro (*receptum*

¹⁶⁵ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Obra citada. A este respeito, ver pp. 197-198.

¹⁶⁶ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Sobre a correlação entre Direito penal e Religião, ver páginas 199-208.

¹⁶⁷ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., p. 207.

¹⁶⁸ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., pp. 208-209.

arbitri). Ora, os pontífices estavam acostumados a escrever, com prudência e sagacidade, levando a bom termo grande número de atos e fórmulas que a sua vocação sacerdotal lhes determinava. Eram pessoas familiarizadas com os princípios do Direito sagrado que interessavam aos atos da vida civil. Sendo assim, estavam aptos para redigir os atos jurídicos concernentes aos casos concretos, bem como, à confecção de fórmulas fixas que facilitariam o trabalho.¹⁶⁹ Como disse o Autor, **“quando se conhece a grande importância que essas compilações exerceram no desenvolvimento da forma e do fundo do Direito romano ... não se deve pôr em dúvida que essa prática notarial, se assim podemos chamar, abriu, de par em par, as portas aos pontífices para o domínio do direito civil, o qual, por tôdos os lados, patenteia sua mão laboriosa”**.¹⁷⁰ Também, o processo civil mais antigo em Roma foi obra dos pontífices, os quais detinham a autoridade para estabelecer os princípios e as fórmulas correspondentes a este ramo do Direito. Com o tempo, eles foram perdendo a sua influência. Mas a justiça eclesiástica, propriamente dita, parece nunca ter perdido sua força jurídica.

Como se pode ver da análise conjunta destes três princípios que modelaram seu mundo, o que os romanos, nessa busca pela ordem e pela estabilidade da vida das relações na comunidade, pareciam temer mais que tudo era o retorno aos tempos mais remotos nos quais viviam na selvageria e na barbárie. Começando pela fundação e o funcionamento de Roma, observa-se que eles se deram sobre os ritos religiosos. Pelos mitos e ritos religiosos, eles consolidaram os fundamentos deste inovador modo de viver em sociedade. No princípio, os **mores** se davam no contexto da oralidade. O *rex*, aquele que tinha conhecimento das coisas divinas e humanas, enquanto chefe, inclusive religioso, esclarecia, via *jurisdictio*, eventuais dúvidas, atualizando e reatualizando os modelos. Os romanos cultivavam algo muito esquecido no mundo contemporâneo: prudência no sentido de experiência e no sentido de apreço pela tradição. Sendo assim, o projeto político romano era a consolidação de uma identidade comum: ser romano. Muito ao contrário de nossa perspectiva de processo e de evolução que retrata uma sociedade esfacelada e sem qualquer identidade. O que mais pesava para os romanos era o caráter histórico

¹⁶⁹ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit. Nesse sentido, ver pp. 211-215.

¹⁷⁰ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., p. 213.

de práticas e instituições e o desejo intenso de mantê-las.¹⁷¹ É o bom exemplo que as sociedades ocidentais da atualidade precisam resgatar.

3.3 – As bases do Direito: autoridade e confiança

Ihering disse uma vez que **“as grandes descobertas morais, que jamais são a obra de um só talento, representam o fruto lentamente sazonado da vida e do pensamento de gerações inteiras. (...) Todos os tesouros da ciência nada representam em comparação com essas verdades inoculadas no povo, que, por isso mesmo, são imperecíveis e transformam a vida”**.¹⁷² Esse patrimônio jurídico imenso que os antigos romanos nos legaram foi construído lentamente, no ir e vir de sua história, pautada pelo egoísmo, pela ambição desmedida e desejo insaciável de conquistas e de riquezas. Como uma base social e política tão cruel pode ter produzido algo tão bom? Já vimos, no item precedente, que, segundo o próprio Autor, o edifício do mundo moral romano foi construído sobre três princípios fundamentais: o princípio da vontade subjetiva, apoiado na idéia de que a força do indivíduo é a razão de seu direito; o princípio criador do Estado, apoiado em uma comunidade baseada na união de famílias e sobre a

¹⁷¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Antiguidade e Idade Média. Ob. cit., pp. 192-192. “Justamente sob esse aspecto foram importantes o período anterior a Cícero e a época em que ele viveu. Aqui se pode divisar a superação do pensamento orientado por casos individuais, no que destacam, por exemplo, os juristas **Quintus Mucius Scaevola** e **Servius Rufus**. Somente após seus trabalhos, registra-se, relativamente à jurisprudência republicana, a ampla recepção da doutrina científica helenística e a adoção da interpretação conceitual dialética e da argumentação circunstanciada como motores de sua doutrina jurídica específica. Categorias jurídicas (*definitiones*) foram rigorosamente isoladas umas das outras e princípios aglutinadores (*regulae*) foram formados para tornar possível o tratamento uniforme e técnico dos casos. Esse pensamento progressivamente gerou estruturas jurídicas teóricas e formais e levou até mesmo a que, por exemplo, a noções de *aequitas* e da justa compensação (inicialmente, estabelecida somente na ética filosófica) do direito, enquanto categoria extrajudicial, pudesse ser apreendida e utilizada para resolver casos – inovação que não se registrou na história do direito grego (...) todavia ainda seria necessário percorrer um longo caminho até que a literatura jurídica do período imperial fosse amplamente sistematizada, o que se concretizou generalizadamente ao tempo das instituições de *Gaius* (séc. II d.C.). Foi esse apogeu da sistematização promovida pelos juristas romanos que se propagou pela Europa através das codificações de Justiniano (*Corpus Juris Civilis*) do século VI d.C. Essas singulares contribuições dogmáticas na forma de registrar e processar o direito romano que nos foram transmitidas são resultado de uma cultura cognitiva e social complexa e sofisticada. Sobre elas repousam em grande parte o que nós hoje entendemos por direito e a maneira como o compreendemos. A influência dessas contribuições sobre a formação das estruturas políticas européias ao longo dos séculos subseqüentes, particularmente das estruturas de Estado, dificilmente pode ser superestimada, como desde a alta Idade Média demonstra a forma como repercutiram o direito romano e as concepções jurídicas romanas.

¹⁷² IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit. Nesse sentido, ver p. 83 e pp. 220-221. **“A história de Roma começa por uma vitória sobre a sua própria nacionalidade, e, chegada a seu ponto culminante, mostra-nos o Estado romano a dominar os limites do mundo antigo e do mundo moderno, calcando aos pés os povos dessa época. Após a queda desta dominação política universal, ergue-se no mesmo terreno o princípio universal da Igreja, império espiritual ainda muito mais poderoso que o da espada; e como se tantos séculos depois da desapareição do povo romano a força centralizadora e de expansão do espírito romano se despertava, surge o império universal do Direito romano”**.

qual a constituição militar predominava; e o princípio religioso que teve decisiva influência sobre o Direito e o Estado. Mais do que isso, apoiados nos costumes, nas instituições e idéias jurídicas dos sabinos, latinos e etruscos, eles, de modo prático, souberam depurar os elementos contraditórios, concretizando a unidade no interesse da nova organização política. Sendo assim, houve, já de início, um triunfo do Estado romano sobre a diversidade das raças. Este fato histórico teve conseqüências jurídicas e políticas importantíssimas. Como bem enfatizou Ihering, nunca houve uma organização política que conseguisse tal contraste entre o princípio da nacionalidade e as tendências supranacionais de universalização. Roma conseguiu realizar a universalidade política e jurídica abstrata em oposição à singularidade do princípio nacional.¹⁷³

Apesar do caráter cosmopolita do povo romano, eles também tinham um nacionalismo muito forte. Como isso seria possível? Ihering respondeu, dizendo que a universalidade do caráter romano decorria de uma propriedade que guardaria em si, de um lado, a expansão e a universalidade e, de outro, a restrição e o exclusivismo. Esta seria chamada de egoísmo cuja universalidade consistiria em querer se apoderar de tudo. O referido romanista destacou a contradição de se atribuir, ao egoísmo, o móvel de virtudes e sentimento nobres como o amor à pátria, à religiosidade e o respeito à lei. Entretanto, advertiu que tudo pode ser esclarecido, quando se observa a ação do espírito do povo romano, um povo completamente imbuído de uma idéia, cujo caráter foi por ela moldado. Sendo assim, o egoísmo exigiria, pelo lado moral, grande energia de caráter, de valor, de domínio de si mesmo, de constância e abnegação, diante do fim almejado, qualidades estas tão típicas dos romanos. Nas palavras do Autor, **“o espírito nacional modela o caráter do povo, as suas instituições morais, a sua vida inteira, da maneira mais favorável a seu fim”**.¹⁷⁴

Ihering se reporta a Robino para dizer que **“a forma de todas as instituições, diz um dos mais sábios conhecedores da antiguidade romana, prova que nenhuma partícula da vida do Estado se entregou ao seu movimento espontâneo, que nenhuma repousa sobre um conjunto de tradições distintas; mas onde quer que seja se manifesta revelar o esforço de um princípio supremo, e de aplicá-lo com a mais rigorosa das lógicas, em todas as regras,**

¹⁷³ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., pp. 219-223.

¹⁷⁴ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Obra citada. Nesse sentido, ver pp. 223-225

em tôdas as fórmãs e em tôdos os símbolos”.¹⁷⁵ Ihering aponta a existência de um instinto nacional que teria o protagonismo central na cena política e jurídica de Roma. Ele fala de uma tendência prática, um hábito dos romanos, como uma segunda natureza que os levava a aplicar toda a força moral e intelectual ao serviço do egoísmo. Aos romanos não seria permitido fazer nada que não fosse estritamente oportuno. Sendo assim, nas palavras de Ihering, **“a criação completa do mundo romano, com todas suas instituições e todas as virtudes que nêle se manifestam, não são outra cousa que o egoísmo nacional objetivo, ou organizado”.**¹⁷⁶ O romanista ressaltou que eles sempre foram capazes de perceber que a organização institucional, ainda que movida pelo mencionado egoísmo, precisava ser articulada segundo uma idéia de conexão entre as partes do conjunto, nunca sacrificando o todo por uma satisfação momentânea. Ou seja, o egoísmo romano consistiria em traçar planos objetivos, assinalando a cada força seu lugar e papel a desempenhar. Tudo e todos estariam congregados e conscientes da grandeza do objetivo comum e de que suas ações eram indispensáveis para consegui-lo. Era o que bastava à satisfação do egoísmo e, daí em diante, sem dúvidas ou indecisões, eles agiam em completa abnegação. Ihering bem compreendeu o sentido dessa espécie de código convencional de deveres, fundamentado numa idéia utilitária, ao qual todos se submetiam sem restrição, dizendo que **“o carater romano, com as suas virtudes e defeitos, é, pois, o sistema do egoismo organizado, cujo princípio fundamental consiste em que os objetos secundários devem sacrificar-se à sua finalidade, o indivíduo ao Estado, o caso particular à regra abstrata, e o transitório ao indefinido”.**¹⁷⁷

Após essas considerações sobre a essência do espírito romano, começa-se a entender o motivo pelo qual o direito era o ponto culminante do mundo romano. Segundo Ihering, **“o direito é a religião do egoismo; em direito, a idéia da oportunidade objetiva pôde e deve manifestar-se, se não de um módo absoluto, ao menos em um gráu muito elevado; é precisamente, nêste sentido, que o espírito romano compreendeu e desenvolveu o direito”.**¹⁷⁸ Como bem enfatizou o romanista, este povo foi capaz de transportar o Direito do plano dos sentimentos e do subjetivismo para o plano objetivo da inteligência culta. Precisamente, esta separação entre o

¹⁷⁵ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., p. 225.

¹⁷⁶ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Obra citada. Nesse sentido, ver pp. 223-237.

¹⁷⁷ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., pp. 228-229.

¹⁷⁸ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., p. 229.

Direito e o sentimento moral subjetivo momentâneo foi o que permitiu a compreensão do fenômeno jurídico como algo exterior e objetivo, impulsionando o desenvolvimento do Direito romano no grau de sofisticação que ele alcançou. A idéia romana da oportunidade, que lhe era subjacente, correspondia à noção de que os casos particulares deveriam se submeter às regras abstratas, o particular sacrificando-se pela elevação do geral, o que viabilizou decisões uniformes para as contendas jurídicas, dando ao comércio da vida das relações a segurança necessária à evolução deste grande projeto político, social e econômico que Roma acabou por se tornar.

Ihering acentuou que a realização prática da subordinação dos casos particulares, às regras gerais abstratas, exigia muita firmeza de caráter e conhecimento jurídico seguro, formado pelo uso, e isso parece ter sido bem percebido pelos romanos, do mesmo modo, como aceitaram e mantiveram a rígida disciplina militar. Nesse enfoque, enquanto o Direito romano devia sua grandeza a esta espécie de tirania jurídica, o Estado romano devia a sua à forte disciplina militar. O Direito ocupava, assim, no sistema do egoísmo romano, um lugar destacado. Nas palavras do Autor, **“êsse respeito pelo direito, a submissão espontânea do romano às disposições legais, o amor do povo à justiça, a sua aversão às violências do direito e o sentimento de segurança que inspirava, em Roma, a confiança de seu triunfo, em uma palavra, o sentimento sadio, enérgico e viril da legalidade, - eis o que exaltava o orgulho do romano”**.¹⁷⁹ Em palavras simples, eles foram capazes de perceber que o Direito tem íntima ligação com os fenômenos da autoridade e da confiança. Mais do que isso, eles valorizavam a tradição de uma ordem jurídica que, para eles, era objeto de reconhecimento moral. Essa tendência dominante do espírito romano para o Direito apoiava-se nas capacidades analítica e prática daquele povo, especialmente, na sua força moral que correspondia à energia de sua vontade. Nas palavras de Ihering, **“o direito não é convicção, opinião, saber, etc.; em uma palavra, não é uma força intelectual, senão moral: - é a vontade. Só esta póde dar ao direito o que constitúi a sua essência: - a realização; porque só a vontade possui um poder realizador e criador.”**¹⁸⁰ Esse poder moral do Direito sobre as inteligências se fez valer também nas relações com os povos estrangeiros. Foi assim que eles, de modo pioneiro, organizaram as relações jurídicas com os demais povos pela via do *jus gentium*.

¹⁷⁹ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., p. 230-231.

¹⁸⁰ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., p. 232.

Ihering enfatizou que o Direito de um povo só evolui, quando conta com sua vontade, energia e perseverança. Sendo assim, as regras do Direito e as instituições jurídicas só adquirem estabilidade, quando contam com a força da vontade. É precisamente esta estabilidade a base que garante seu aperfeiçoamento técnico. Segundo ele, **“nenhum direito é mais apropriado que o romano antigo para nos dar a idéia clara da importância do elemento da vontade, e da ação recíproca das forças moral e intelectual”**.¹⁸¹ Para o Autor, duas qualidades despontaram como resultados e indícios desta vontade firme e enérgica: a lógica rigorosa e o espírito conservador. O povo romano se submetia à força desta lógica, com admirável apreço pela tradição jurídica ancestral. A seus termos, **“se a ciência jurídica romana encontrou já feito um direito simples e lógico, deve-o moralmente ao povo romano antigo, que, apesar de seu espírito de liberdade, deixou-se impôr, durante séculos, o peso de uma lógica inexorável”**.¹⁸²

Eles, de fato, prezavam o saber jurídico consolidado na tradição, não admitindo violações levianas aos princípios estabelecidos. Contudo, diante dos desafios da vida prática, a inteligência romana soube conciliar, de modo inventivo, sua lógica rigorosa às necessidades reais, elevando, ao mais alto grau, a perfeição técnica de seu Direito. Como sintetizou Ihering:

“A segunda qualidade nacional dos romanos, que mais acima nomeámos, - o seu espírito conservador, - exerceu, exatamente, a mesma influência, foi poderosa alavanca para o seu gênio inventivo, no campo do direito. **Conciliar as necessidades do presente com as tradições do passado, fazer justiça aos primeiros sem romper, nem na forma nem no fundo, com os princípios tradicionais**, regularizar o comércio jurídico, encaminhar a força progressiva do direito em seu verdadeiro curso, tal foi, durante séculos, em Roma, a missão verdadeiramente nobre e patriótica da ciência jurídica, que cresceu em proporção às dificuldades que encontrava”.¹⁸³

Mas, este apego à tradição não ignorou a necessária adaptação das ordens jurídica e política aos novos tempos. Embora, eles não fizessem mudanças abruptas, não temiam derrogar antigas instituições em desuso para introduzir outras. De fato, o Direito romano abrigava sérias revoluções e transformações na comunidade política. Basta que se pense na passagem do regime monárquico para o republicano e deste para o principado. Entretanto, essas não eram modificações impetuosas, momentâneas ou desenfreadas. Antes, corresponderam a lentos processos que levavam a sólidos resultados.¹⁸⁴ Como pontuou Ihering, **“a tendência**

¹⁸¹ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., pp.232-233.

¹⁸² IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., p. 233.

¹⁸³ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., pp. 233-234.

¹⁸⁴ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., p. 234.

conservadora do povo romano funda-se numa força ativa e não na inércia. É a força com que um caráter firme segue os princípios que se traçou e defende o que reconheceu como verdadeiro e justo”.¹⁸⁵

Para o referido romanista, no curso de sua história, o povo romano experimentou grandes contrastes que revelaram com mais intensidade a sua força moral. Ele apontou três momentos decisivos: o primeiro, como já vimos nos itens precedentes, quando o povo se constituiu como tal, passando do estágio pré-político de uma liga de bandoleiros para uma comunidade organizada com base na união de famílias; o segundo, no embate jurídico e político entre patrícios e plebeus que resultou na expansão da cidadania, agora, patrício-plebéia; e o terceiro, a do contraste entre o *jus civile* e o *jus gentium*. Graças ao sistema político firme e organizado, o confronto entre os patrícios e os plebeus traduziu a luta entre o elemento conservador e retrógrado (patrícios) e o elemento progressivo e empreendedor (plebeus), resultando no fortalecimento do Direito, dando-lhe uniformidade, unidade e progresso. Já no contraste, entre o *jus civile* e o *jus gentium*, a força moral do povo romano garantiu que a dupla fisionomia de sua legislação não maculasse o seu próprio caráter, afirmando o sentimento de segurança nacional.¹⁸⁶

O mencionado Autor encontrou na história de Roma uma série de antíteses, citando, como exemplos, a soberania do povo e o orgulhoso sentimento de independência individual; os amplos poderes da magistratura e a severa disciplina do chefe do exército fora de Roma, ou, mesmo nela, em caso de necessidade, a autoridade ilimitada do ditador; a casa isolada governada pela plena soberania doméstica e o censor que, dentro de sua jurisdição, tinha acesso aos segredos dos lares; o amor pela liberdade ao lado da popularidade de um funcionário que exercia atos de autoridade típicos de um rei. A própria constituição romana guardava antíteses surpreendentes: em vez de um só magistrado para cada função, havia dois, um neutralizando o poder do outro; ao lado desta e em oposição à magistratura patrícia, a instituição plebéia dos tribunais. Quanto ao povo, apresentava o mesmo dualismo, na medida em que tinha duas assembleias populares, uma por centúrias e outra por tribos. Sobre elas, havia o senado, com seu imenso poder, inclusive, de anular leis e eleições, o que, na prática, correspondia à própria negação da vontade popular. A seus termos, **“apesar de todos êstes poderes, que pareciam negar-se reciprocamente; apesar**

¹⁸⁵ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., p. 235.

¹⁸⁶ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., pp. 235-236.

dos conflitos violentos que se desencadeavam, freqüentemente, entre êles, o resultado geral é satisfatório: - força, ordem, unidade! Qual a causa? A resposta já nos foi dada: a força romana estava feita para resistir a tôdas essas antíteses”.¹⁸⁷ Sendo assim, para Ihering, a causa da existência do Direito romano não se apoiava apenas na inteligência de seus jurisconsultos, mas muito mais na força moral deste povo. À predisposição dos romanos para a cultura do Direito, sob os pontos de vista moral e intelectual, somou-se a circunstância bastante favorável da concentração da vida romana na cidade de Roma, não tanto a concentração local, mas a força centralizadora dos princípios do Direito.¹⁸⁸

Ihering observou que a edificação completa do antigo *jus civile* levou séculos e, nessa medida, tratou de pesquisar a arquitetura e os planos primitivos para, neles, identificar o querer do espírito romano no terreno do Direito. Ele enfatizou que o que mais chamou sua atenção, no antigo mundo jurídico, foi a brilhante luz da publicidade que nele se projetava. No *Fórum* romano, o pretor dava suas audiências ao ar livre, sob as vistas diretas do povo romano. Segundo o Autor, **“a publicidade é ainda mais necessária no processo criminal. Quando a espada sangrenta da justiça está suspensa sôbre a cabeça de um cidadão, suscita-se uma questão nacional”.**¹⁸⁹ A publicidade constituiu o traço fundamental do Direito da época antiga e traduziu a íntima ligação que existia entre o indivíduo e a comunidade. Para Ihering, **“póde-se dizer que é a fôrma exterior, sob a qual se manifesta a comunhão primitiva da vida e dos interesses. Supõe uma sã consciência e valôr moral, e tem como consequência uma grande confiança no cumprimento das relações jurídicas”.**¹⁹⁰

O romanista identificou, na plástica do Direito antigo, outra qualidade que lhe era essencial, manifestada em formas imutáveis prescritas pelas relações jurídicas pautadas pela praticidade e pela simplicidade. De fato, as formas não iam muito além do que reclamava o fim jurídico, como, por exemplo, o comparecimento das partes, a intimação de testemunhas, o pronunciamento de fórmulas. Ou, ainda, o que seria necessário para expressar exteriormente o sentido íntimo dos atos, como tocar os objetos com as mãos, em sinal de aquisição de propriedade, ou mesmo pesar, de modo simulado, uma moeda em sinal de extinção de uma obrigação. Empregavam também

¹⁸⁷ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., pp. 236-237.

¹⁸⁸ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Vol. I, Ob. cit., p. 237.

¹⁸⁹ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit. Vol. II. Vide pp, 5-10.

¹⁹⁰ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., Vol. II, p. 11.

uma lança para representar o embate típico da *vindicatio*. As duas formas principais existentes no Direito antigo eram a *mancipatio* e a *in jure cessio*. Ihering acentuou a importância das formas para a estabilidade das relações jurídicas, dizendo que:

“As relações jurídicas movimentavam-se, as mais das vezes, em torno destas duas formas. Obrigatórias nas transmissões de propriedade das coisas móveis ou imóveis, na venda de escravos e de filhos-famílias, na adoção, no casamento, na emancipação, na manumissão, na confecção do testamento, na conclusão e extinção do *nexum*, etc., a repetição contínua das solenidades da *mancipatio* e da *in jure cessio*, dão ao comércio jurídico certa monotonia exterior”.¹⁹¹

Graças à simplicidade e à praticidade das formas, é que o comércio jurídico pode-se acomodar com mais facilidade, permitindo que a jurisprudência evoluísse, aprimorando a teoria e ganhando a certeza. Vale salientar que, para os romanos, os atos jurídicos precisavam ter forma certa e publicidade. As ausências destes quesitos correspondiam a pouca disposição das partes em realmente concluir os atos e negócios jurídicos respectivos. Segundo o citado romanista, **“o direito também deveria ser exteriormente reconhecível por seu uniforme jurídico ou *toga civilis*(...)”.**¹⁹²

Quanto às tendências fundamentais do Direito romano ou os seus fins mais elevados, estes eram em número de três: espontaneidade, espírito de igualdade e amor ao poder e à liberdade.¹⁹³ Sua espontaneidade consistiu, na Roma antiga, em separar a administração da justiça dos outros ramos da administração pública. Nesse enfoque, o juiz personificaria a espontaneidade e a independência do Direito. Para evitar possíveis arbítrios, duas instituições o acompanhavam: a determinação legal das regras de processos e a determinação do fundo do direito, dando ao corpo jurídico uma existência material e evidente. O magistrado, a organização do processo e a determinação legal dos princípios jurídicos que deveria aplicar, juntos, constituíam, as instituições que asseguravam ao Direito uma dimensão de estabilidade e de previsibilidade. Para Ihering, **“... um domínio exteriormente definido e um aspecto fixo e perceptível, um mecanismo, dando-lhe as condições exteriores necessárias para realizar, fielmente, com segurança e uniformidade, o conteúdo que deve receber. Essas instituições, e o modo por que estão organizadas, formam a base fundamental da justiça: - a justiça na aplicação do**

¹⁹¹ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., Vol. II, p. 12.

¹⁹² IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., Vol. II, p. 13.

¹⁹³ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., Vol. II, p. 14-17.

direito”.¹⁹⁴ O Autor referiu que esta parte correspondia à espontaneidade formal do Direito, de tal modo que aquilo que fosse conhecido por Direito fosse inevitavelmente aplicado como tal. E nessa tarefa, a forma tinha um papel essencial. Sendo assim, a forma era **“a encarnação da substância fluida do direito em um corpo sólido e, por isso mesmo, limitado”.**¹⁹⁵

Ihering assinalou que, à espontaneidade formal ou prática do Direito, opunha-se a espontaneidade interna ou material deste que corresponderia ao conteúdo desejado para a idéia do Direito.¹⁹⁶ Segundo ele, a medida da espontaneidade ou da não-espontaneidade do Direito positivo seria a medida da liberdade individual que este garantiria. Na antiga Roma, o contraste entre o Direito e a Moral era perfeitamente limitado. Não porque eles estimassem menos as leis da Moral, mas porque sabiam que o homem livre queria o bem pelo próprio bem e não porque a isso seria constringido.¹⁹⁷ Isso trouxe a Roma conseqüências poderosas e que repercutem até hoje. Do primeiro passo, dado pela espontaneidade do Direito, houve a transição do Direito não-escrito para o Direito escrito, a conversão dos usos e direitos consuetudinários em lei. Nas palavras do Autor, **“à medida que um povo reconhece a necessidade da justiça, isto é, da igualdade, sente dentro de si formar-se a tendência que o arrasta a fazer-se independente dos azares da inspiração puramente individual, e a procurar mais e mais a justiça dentro do próprio direito. Êsse meio o encontra na lei”.**¹⁹⁸

Ihering enfatizou que os romanos não se contentaram com os seus usos. **“Muito mais simples para o espírito romano era que a reflexão e a consciência dotassem de fôrma ao mundo moral, ou, pelo menos, que trouxessem os princípios que dêle existem, em fôrma de leis”.**¹⁹⁹ Na época republicana, houve florescimento da atividade legislativa, tendo destaque a Lei das XII Tábuas, uma codificação do Direito então existente. Esta Lei nasceu, ao que tudo indica, dos conflitos decorrentes das desigualdades que, até então, existiam entre patrícios e plebeus. Segundo o mencionado romanista, deve-se à plebe o mérito de haver exigido a codificação do

¹⁹⁴ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., Vol. II, p. 17.

¹⁹⁵ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., Vol. II, p.17.

¹⁹⁶ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., Vol. II, p.18.

¹⁹⁷ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., Vol. II, p.20.

¹⁹⁸ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit.,Vol. II, p.25.

¹⁹⁹ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., Vol. II, p.28.

Direito em vigor naquela época, exigência que repercutiu favoravelmente a todo o desenvolvimento posterior do Direito romano. Para o Autor,

“... o processo romano antigo é, pela sua própria base, e por toda a sua história, o protesto mais categórico e mais claro contra o direito consuetudinário. Se se pensar que a incerteza do direito consuetudinário foi a causa alegada e o motivo que deu logar à formação da Lei das XII tábuas, compreender-se-á êste protesto. **O fim da instituição era colocar o magistrado na impossibilidade de julgar segundo outra fonte de direito que não fôsse a da lei**”.²⁰⁰

Como se vê, segundo Ihering, o processo romano antigo deixou para trás o direito consuetudinário incerto e rumou para a lei escrita, da qual a Lei das XII Tábuas passou a história como o célebre exemplo de codificação. O objetivo colimado era impedir que os magistrados julgassem segundo outras fontes de Direito que não fossem a lei. Os romanos, ao contrário do contexto atual, não conheceram a radical distinção entre fundo de direito e processo. As *legis actiones* continham, ao mesmo tempo, o fundo do direito, sendo assim, não existia para um juiz demanda na qual não pudesse invocar, em seu favor, o apoio de uma lei. A *interpretatio* dos juristas fez florescer princípios novos e permitiu a evolução do Direito. Contudo, o mérito das criações dos jurisconsultos, elas que tanta influência tiveram na construção do *jus civile* no sentido estrito, correspondeu a uma arte altamente aperfeiçoada e sujeita, ela mesma, a regras fixas. Isso porque a tendência à precisão formal exterior era extremamente prestigiada no direito antigo.²⁰¹ **“O formalismo, um dos traços fundamentais que mais se destacou no direito antigo, conduziu, no direito privado, às convenções formais, e no processo, ao agrupamento das ações sob fórmulas fixas. Assim, a menos que se ponha em contradição consigo mesmo, conduziu o direito, desde as suas origens, à formação e ao desenvolvimento do sistema escrito, em oposição ao do direito não-escrito”**.²⁰²

Ihering alertou para uma importante distinção que os romanos faziam ao abordar o fenômeno jurídico. Enquanto que as relações privadas submetiam-se às regras fixas e inflexíveis, pautadas pela regularidade, segurança e visibilidade, outra coisa ocorria com relação ao Estado e à vida pública. Sendo assim, **“enquanto, que, no processo civil, tinham, por intermédio da lei e com bastante cuidado, ligado as mãos ao magistrado, não se lhes ocultava que nas relações de direito público, a livre intenção, e não a regra morta, é a que deve prevalecer e assim se**

²⁰⁰ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., Vol. II, p.30.

²⁰¹ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., Vol.II, pp.30-31.

²⁰² IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., Vol.II, p.32.

abstinham de tirar ao magistrado a faculdade de fazer o bem para impedir-lhe a de fazer o mal".²⁰³ Segundo o Autor, enquanto no mundo moderno as relações dos cidadãos com o Estado são puramente jurídicas, no Estado antigo, ao contrário, o Estado queria ações de seus cidadãos, dirigia-se à alma deles, apoiava-se nos sentimentos de amor e de abnegação do povo, nascendo daí uma fonte abundante de ações nobres e belas. Em outras palavras, o Estado lhes fazia exigências morais e internas, ao passo que o Estado moderno se contenta com ações jurídicas e exteriores.

O cidadão romano pertencia ao Estado tal como era e com tudo o que possuía. A seus termos, **“não tinha necessidade da lei para saber como se devia conduzir na vida pública; sómente o amor dá semelhantes instruções. O próprio sentimento inspira sua conduta”**.²⁰⁴ Vale enfatizar, no entanto, que o gênio romano foi capaz de perceber que também no âmbito das relações de regência do espaço público se fazia sentir a necessidade de regras claras, especialmente, no âmbito do Direito criminal. De fato, os acusados nos processos penais não contavam com garantias que conduzissem à verdadeira justiça, uma justiça sempre constante e igual a si mesma. Foi preciso criar regras objetivas e traduzi-las na forma de leis. Este foi o caminho encontrado ao final da República e que, felizmente, seguimos até hoje.

Pode-se, em síntese, dizer que foram três as circunstâncias que contribuíram para o engrandecimento do Direito romano, especialmente, do Direito privado: a codificação que, desde muito cedo, deu-lhe a espontaneidade na forma; a salutar separação das esferas de ação do FAS e da censura do âmbito do JUS, que permitiu o livre desenvolvimento dos princípios jurídicos e do próprio Direito privado em toda a sua pureza e, especialmente, o caráter inviolável da Lei das XII Tábua que teve o mérito de manter o Direito romano, por longo tempo, sobre uma base sólida e segura. Além disso, a garantia do império do Direito contou com o apoio da organização política. De fato, o Estado romano nunca se atreveu a ultrajar o Direito impunemente. As duas tentativas foram desastrosas para os culpados. Como bem lembrou Ihering, a expulsão dos reis e dos decênviros ensinou aos poderosos o quanto poderia custar em Roma espezinhar o Direito. **“Duro, cruel, brutal, no que tinham em si as fórmulas do direito, se submetiam, de bom grado, à sua**

²⁰³ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., Vol.II, p.32.

²⁰⁴ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., Vol.II, p.34.

dureza e à sua severidade, porque o sentimento romano era exatamente sensível à violação das fórmulas da lei”.²⁰⁵

A segunda tendência ou fim mais elevado do Direito romano referida por Ihering era o espírito da igualdade. O Autor disse que **“a igualdade romana vai de mãos dadas com a verdadeira liberdade, e, conseqüentemente, com o movimento fecundo das desigualdades da história, podendo ser considerada como emanção da própria liberdade”.**²⁰⁶ Ao se reportar ao embate histórico entre patrícios e plebeus, Ihering pontuou que tais acontecimentos muito ensinaram sobre o significado de igualdade política para os romanos. Segundo ele, o que a plebe queria era obter uma assimilação jurídica com os patrícios, abolindo, por consequência, os privilégios das castas. Ihering disse que o respeito que o povo tinha pela *Constituição Serviana*, por exemplo, revelava o amor que eles tinham pela igualdade política. Pela referida constituição, cada cidadão exercia seus direitos políticos na medida em que participava dos encargos do Estado. Nas suas palavras:

“Ao lado dos comícios por centúrias, e apoiando-se na Constituição, se achavam, também, os comícios por *tribus*, estabelecidos sob o princípio da capitação, se bem que a influência política e o poder realmente decisivo estavam, no entanto, reservados, anteriormente, aos primeiros. Com efeito, fóra do poder legislativo, comum a ambos, e da preponderância da jurisdição criminal, os comícios por centúrias estavam, exclusivamente, de posse do direito de escolher os magistrados *curules* e de decidir sobre a paz e a guerra”.²⁰⁷

Além disso, após a assimilação das castas, os plebeus passaram a usufruir a liberdade política desejada. A partir de então, nenhum plebeu, por mais humilde que pudesse ser a sua origem, encontrava obstáculos jurídicos à ascensão aos postos mais elevados dentro da administração do Estado, enobrecendo, assim, graças ao seu próprio mérito, a si e à sua família. Para Ihering, **“em Roma, como em toda parte, não era só a capacidade pessoal, mas a oportunidade e a ambição, que ajudavam a obter o sucesso. (...) Mas, de direito, a concorrência era possível. A honra, a energia, o mérito, vinham paralisar essa preponderância que dava o nascimento; e longe de ser um obstáculo à verdadeira força, era o estímulo que duplicava os esforços”.**²⁰⁸

²⁰⁵ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., Vol.II. Neste sentido, vide pp. 48-49.

²⁰⁶ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., Vol. II, p. 63.

²⁰⁷ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., Vol.II, p.69.

²⁰⁸ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., Vol.II, p.70.

A última tendência do Direito romano, explorada por Ihering, foi o amor ao poder e à liberdade. Para ele, **“a idéia do poder e da liberdade fórma a primitiva fonte psicológica do carater romano. Esta idéia mantem a energia dos indivíduos, como a do Estado, numa tensão constante, e a desenvolve até o mais alto gráu. Sua realização constitúi o facto mais importante da história romana”**.²⁰⁹ O Autor disse que os romanos não se satisfaziam em ocupar posições sem sacrifícios. A tensão entre forças opostas, a resistência dos obstáculos externos, o perigo, as lutas, a energia que os movia na busca de seus propósitos, tudo isso, era como uma necessidade natural. Eles seguiam caminhos planejados na busca dos fins que almejavam: o de dar ao Estado romano a dominação do mundo. Eles não se consideravam usurpadores, mas pessoas dotadas de superioridade moral que tinham uma missão certamente apoiada pelos deuses. **“Se a sua sêde de domínio deve ser considerada como um defeito, jámais existiu outro que chegasse a ser fonte tão fecunda de virtudes cívicas e de ações brilhantes”**.²¹⁰

Quanto ao seu Direito, este revelou o amor ao poder germinado em seu verdadeiro terreno. Neste domínio, tipicamente romano, foi possível celebrar os triunfos das alianças que firmavam, contendo o derramamento de sangue. Ihering enfatizou que a constituição republicana outorgava expressiva parte ao cidadão na administração do Estado, no poder legislativo, na jurisdição criminal, na escolha dos funcionários e até na administração da polícia por meio de ações populares.²¹¹ Ela mesma assegurava aos cidadãos amplo espaço de liberdade individual, ainda que muito provavelmente, eles não tivessem consciência da dimensão dessa liberdade, como a percebemos a partir da Modernidade. Os próprios romanos consideravam como garantias preciosas, por exemplo, a liberdade pessoal que gozava um réu, até o momento de ser julgado, ou a proteção contra as arbitrariedades dos funcionários públicos graças à ampla forma do direito de queixa perante a assembléia do povo, e ainda, a possibilidade de recursos a magistrados superiores e tribunais. E, o que tanto importa à análise que estamos fazendo neste item, eles, provavelmente, tinham a clara consciência de que o elemento da autoridade era essencial à compreensão do fenômeno jurídico. Nas palavras do citado romanista, **“quando o direito antigo coloca o critério jurídico específico das relações jurídicas na idéia de autoridade, está,**

²⁰⁹ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., Vol.II, p. 91.

²¹⁰ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., Vol.II. Neste sentido, ver pp. 92-93.

²¹¹ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., Vol.II, pp. 92-93

pensamos nós, inteiramente com a verdade. Força de vontade e autoridade, eis o objeto de toda relação jurídica despida de suas partes acessórias e só considerada em seu meio jurídico. As diferenças de relações jurídicas são diferenças de autoridade.²¹²

Como bem observou Ihering, ao discorrer sobre os fenômenos do poder e da liberdade no direito público, os romanos sabiam que um Estado poderoso exigia cidadãos vigorosos. O respeito inato dos romanos para com a autoridade, seu sentimento natural de disciplina e de subordinação explicam a naturalidade com que eles aceitavam o poder e autoridade dos quais os funcionários do Estado estavam investidos. As garantias contra as ilegalidades e os abusos estavam na constituição, mas, principalmente, no espírito da época, no caráter do povo, nos elementos da vida romana. Ao magistrado, por exemplo, era conferido o poder público e este deveria exercê-lo à luz da publicidade, sujeitando-se, a todo o momento, à crítica dos concidadãos e expondo-se, também, ao julgamento das gerações futuras. Era, pois, um poder público acessível a todos os olhares e sujeito a todas as influências e considerações. Nas palavras do Autor, **“o direito dava plena liberdade ao funcionário, mas o laço invisível que o cercava por toda parte, sem impedi-lo de fazer o bem, lhe evitava de cair na tentação de fazer o mal. (...) Essa faculdade invisível, o amor à pátria, o espírito de abnegação e o respeito às tradições latentes no coração do magistrado, eram as que faziam que a primitiva Constituição romana atingisse à sua posterior pureza”**.²¹³

Sendo assim, o magistrado, no seu trabalho, não era inteiramente livre, nem desprovido de liberdade. Ainda que houvesse espaço para o juiz criar novas soluções, ele não era inteiramente livre, porque ambas as tradições, política e jurídica, estavam no coração do espírito conservador romano. Eles, de fato, prestigiavam a sabedoria dos antepassados, dando imenso valor aos precedentes. Para Ihering, a força moral de quem exercia a magistratura determinava o seu poder, sendo que a eventual fraqueza de caráter de um juiz acabava por comprometer a autoridade da magistratura como um todo. A seus termos:

“Quando, porém, aparecia um homem altivo, de alma vigorosa, dominando com seu gênio a própria função, demonstra a dignidade e o poder dessa majestade! Revivia direitos que, após séculos, os seus predecessores não faziam prevalecer, restabelecendo pretensões novas e revelando outras, que, até então, tentaram dominar;

²¹² IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., Vol.II, pp. 96-97.

²¹³ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., Vol.II, p. 185

restabelecia e realçava o brilho da função, dilatava o seu vôo, e durante longos anos, seus sucesores colhem os frutos, da passagem de tal homem, pela magistratura de um ano”.²¹⁴

Desde o fim do século IV a.C. até, ao menos, o século I a.C., situa-se o período do chamado Direito romano clássico, uma expressão jurídica daquele fenômeno político sem precedentes na história ocidental conhecido como a República romana. Foi um Direito concebido e voltado para os cidadãos romanos. Mas o império cresceu muito. Os peregrinos que chegavam à cidade eterna queriam e precisavam ser regulados. Emergiu, neste momento específico, o protagonismo de um agente institucional que é, até hoje, modelo para todos os juízes: o pretor romano. Se, antes, na sociedade arcaica, para entrar com uma ação, o cidadão precisava, primeiro, falar com um sacerdote, já em períodos mais recentes, de 300 a 150 a.C., com a publicação das fórmulas, antes secretas, houve a consolidação de uma República mais democrática na exata medida do acesso dos plebeus à jurisdição. Surgiram os jurisconsultos que detinham as iniciativas de **agere, respondere e cavere (precavere)**. Era a época do **Jus Flaviano**, no qual estes personagens, os jurisconsultos, aconselhavam e acompanhavam as partes perante o pretor.²¹⁵

O cenário político de Roma mudara muito. Com o fim das Guerras Púnicas, houve um incremento do comércio (nos idos de 150 a.C.). Tal fato acabou por consolidar o poder nas províncias romanas, que eram senatoriais e imperiais, e conseqüente pacificação dos domínios respectivos. Foi nesse contexto de mudanças significativas e de abertura de poder que surgiu a

²¹⁴ IHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano. Ob. cit., Vol.II, p.195.

²¹⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., pp. 193-194. “Na época da República tardia, a época em que viveu Cícero, a evolução há pouco descrita estava justamente em curso. **Ius, lex** e formação jurídica pretoriana não constituíam então, isoladamente nem em conjunto, uma ordem jurídica sistematicamente construída – pelo menos não na época da República. Ao lado de **ius** e **lex**, operava também ativamente o costume baseado no **éthos (mos)** como força ordenadora, dando forma e apoio à vida em comum. Nem o **ius** nem as **leges** ou tampouco o **ius honorarium** eram codificações. Eles deixavam de regular várias esferas que necessitavam de ordenamento na vida em comum das pessoas e não regulavam, particularmente, o exercício de determinadas competências e posições de poder. Havia, portanto, um amplo domínio cuja regulação e justificação estava a cargo do **mos** e, em considerável extensão, havia também exigências comportamentais cujo fundamento era religioso (**Fas**). Quem por elas não se pautasse ou a elas se opusesse podia contar com sanções sociais ou com a exclusão (por infâmia contra os deuses, **nefas**). Na República tardia, no entanto, quando esses códigos comportamentais não jurídicos começaram clara e progressivamente a erodir e a perder sua capacidade de determinar condutas, passou-se a atribuir nova importância e urgência às questões relativas ao direito e à regulamentação jurídica. Além disso, ampliou-se o combate à crise emergente do ordenamento herdado por meio da crescente padronização jurídica para, assim, estabilizar a ordem ameaçada. Serviu de ponto de referência para isso sobretudo a controvérsia envolvendo a educação e a ética gregas, cuja hipótese namotética – reconstrução e melhoramento do ordenamento por meio de avanços legislativos (acima § 512) – exercia influência. **A juridicização e o apelo por maior poder para o direito devem ter sido empregados politicamente na administração da crise. Simultaneamente, porém, isso deve ter suscitado a questão sobre o que realmente seria o direito, por que e como ele poderia estabilizar a ordem** “.

figura de um novo tipo de pretor, o pretor peregrino. Ele não podia aplicar o Direito romano que era eminentemente religioso. Precisava construir um Direito das Gentes, com base nos costumes imemoriais anteriores à civilização romana (especialmente, o Direito do comércio). As **Lex Actiones** (só para romanos) evoluíram para as **Lex Formularis** (fórmulas aprimoradas no contexto do caso concreto). O pretor peregrino tinha uma ligação direta com os fundamentos históricos do Direito das Gentes, na medida em que aprimorou as fórmulas de regência das relações entre romanos e não-romanos, e entre não-romanos somente.

O processo formulário consistia basicamente em trazer as partes para o diálogo e, a partir daí, construir a fórmula. Esta prática foi se adaptando, enquanto continuidade e aprimoramento de toda uma tradição cultural. Os elementos jurídicos não vinham mais dos elementos míticos dos antigos pontífices, por decorrência inevitável da adaptação aos novos tempos. Mesmo que os romanos assimilassem os deuses dos povos conquistados, eles não deixavam de ser romanos por isso. Pois ser romano era, antes de tudo, ser da religião romana. Era o que realmente contava para eles. A real ruptura do quadro institucional só veio séculos mais tarde com a expansão extraordinariamente fecunda da Religião Cristã. Até então, processo, técnica jurídica e procedimentos, tudo, tinha por base a religiosidade romana. Sendo assim, a questão religiosa era também política, pois o modo eficaz de viver deles conquistou a admiração dos demais povos. Portanto, o forte em Roma era mesmo o Direito público e, não, apenas o Direito privado como equivocadamente muitos pensam. Precisamente, porque os romanos eram práticos e sua administração visava à eficácia. Foi assim que o Direito público daquele povo ancestral, constituído a partir do Direito das Gentes, se tornou a causa exemplar para todo o Ocidente. Um Direito que era a essência deste fenômeno civilizacional sem precedentes que foi Roma, cujo foco estava na relação jurídico-social, muito diferente da perspectiva moderna que transforma em objeto tudo o que toca.

Tipicamente romana era a defesa do útil. Era um povo pragmático. A pergunta mais importante era sobre como fazer para que o processo levasse ao resultado prático mais vantajoso para a comunidade.²¹⁶ Paulatinamente, as fórmulas orais foram transformadas em fórmulas

²¹⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., 197-198. **“Há que se mencionar também algo determinante para os romanos: a orientação pela vida prática, a *vita activa*. *Theoria*, o conhecimento sem outro objetivo que o próprio conhecimento, a aspiração por uma *vita contemplativa*, não**

escritas. Mas, a forma e a estrutura do Direito romano estavam fundamentadas na tradição e na Lei das XII Tábuas. Em outras palavras, a essência institucional era preservada, ainda que tenha havido aprimoramento e adaptação aos novos tempos. Portanto, a influência grega foi secundária e posterior a este núcleo principalmente romano. Eles tiveram pensadores extraordinários, políticos influentes, juristas sábios e prudentes. Pode-se citar, a estas alturas, os nomes de **Quinto Mucius Scaevola** e de **Marcus Tullius Cícero**, homens públicos excepcionais, que influenciaram um ao outro, e que aportaram contribuições significativas à construção da ciência jurídica romana. Com **Scaevola**, pela primeira vez, se fez uma doutrina jurídica consolidada, escrita, sistemática dos institutos jurídicos, formados com a experiência da tradição, de tal modo que fosse possível dar conta das imensas demandas sociais de um grande império em expansão. Provavelmente, foi ele o autor do primeiro tratado de doutrina jurídica do mundo ocidental. E doutrina jurídica no seu melhor sentido, ou seja, percepção da realidade e explicação da natureza das relações.

Quanto a Cícero, este pretendeu ordenar o Direito em uma perspectiva científica (**reducere jus in artem de oratore**). Seu legado foi reduzir o Direito em arte. Vivendo em época de crítica transição política, especificamente, da decadência da República, ele foi jurisconsulto dotado de grande poder de oratória, estudioso da filosofia do Direito e ardoroso defensor dos valores republicanos. Não se sabe até que ponto Cícero foi capaz de distinguir entre o que tem dimensão científica (normativismo) daquilo que tem dimensão técnica (retórica). Mas, sua tentativa de ordenar o Direito, muito provavelmente, correspondesse a uma primeira séria reflexão sobre um tema que, até hoje, está sem resposta última, precisamente, o como ordenar a matéria do Direito. Em palavras bem simples, como encontrar os princípios de regência da ciência do Direito? Só por esta investigação pioneira já vale creditar aos romanos – e ao seu Direito – o mérito de causa exemplar.²¹⁷

eram o motivo que impelia os romanos, assim como Cícero, a se voltarem para a filosofia. Cícero atuava ativamente, participava da vida e dos problemas da *res publica* romana. Apoiado na cultura de seu tempo, tratava-se para ele da aquisição de conhecimentos que pudessem orientar a vida prática, especialmente a atuação política, conhecimentos que pudessem ser empregados no fortalecimento da comunidade, algo a que Cícero atribuía grande importância; nesse sentido, ele advogava também uma unidade entre teoria e prática. Também por essa razão, chegasse com Cícero a uma nova associação e relação entre filosofia e retórica. Os conhecimentos e informações resultantes da reflexão filosófica precisavam ser transmitidos para a *res publica*, e isso se fazia particularmente por meio da retórica, que, assim, associava-se estreitamente com a filosofia”.

²¹⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., pp. 202-203. **“Para Cícero, é estreita a relação entre a justiça e o direito no sentido em que este foi apresentado por ele.** Ele se

Cícero, ao que tudo indica, nunca renegou o passado, o costume da casa e a religião privada enquanto realidades pré-políticas. Valorizava-as. Mas, ao mesmo tempo, queria uma inovação nos costumes e na realidade política. Provavelmente, o que ele queria era um refinamento das leis e das práticas ancestrais. Por decorrência lógica, o sábio buscava o equilíbrio das forças da comunidade, vinculando a teoria com a prática no projeto de construção da sociedade romana.²¹⁸ As leis que organizavam a cidade eram as formas específicas para o ideário da República romana, na qual a autoridade exercia um peso forte sobre a sociedade. Segundo Cícero, o poder estava no povo, mas a autoridade repousava no Senado, o órgão responsável pela concretização da política real. O equilíbrio da força do poder que estava no povo e da autoridade que estava no Senado era o que dava estabilidade ao extraordinário projeto de civilização que Roma representa até hoje. Mais de setecentos anos após a fundação de Roma, Cícero e seus contemporâneos, ainda que divergissem entre si, defendiam firmemente a velha tradição religiosa, ou sua identidade

distancia claramente, como mostra o texto há pouco referido, da concepção transmitida pelos gregos segundo a qual a justiça consistiria em respeitar e reverenciar as leis (estabelecidas) e instituições dos povos; igualmente, ele se vira decididamente contra o cálculo de vantagens envolvendo a justiça feito por alguns sofistas e contra a concepção de que a justiça seria uma reivindicação dos fracos (acima §3 II 5b). A justiça tem seu ponto de referência naquilo que é, por natureza direito; ela prescreve ‘de todos cuidar, preocupar-se com o gênero humano, a cada um restituir o que lhe é devido, não tocar o sagrado, o público nem o estrangeiro’ (De Republ. III, 15, 24). Assim, não existe justiça alguma se ela não se constitui a partir da natureza ou se ela pode ser suprimida no interesse do ganho. O direito que provém da razão da natureza e a justiça coincidem, eles se mantêm juntos contra o positivismo do direito vigente (...) a rejeição a todo positivismo do direito, mas também ao elemento postulatório dessa rejeição, não poderiam ser mais incisivos. Cícero a formulou do mesmo modo em De Republica, em um texto que resume sua filosofia de forma concisa: **‘A verdadeira lei (*vera lex*) é a justa razão, está em sintonia com a natureza e, eterna e imutável, tudo permeia; por meio de comando, chama ao cumprimento do dever e, por meio de proibição, dissuade da improbidade ... Procurar subtrair algo da força dessa lei é um ultraje, ela não pode ser objeto de barganha nem pode ser ab-rogada, de seu cumprimento não podemos ser eximidos pelo Senado nem pelo povo ... A lei não será uma em Roma e outra em Atenas, uma agora e outra depois, mas lei una, eterna e imutável que a todos os povos e em todos os tempos submeterá, e um deus uno será o senhor e soberano de todos. Ele é o inventor dessa lei, seu criador e sancionador. Quem a ela não obedece furta-se a si próprio ...’** (De Republ. III, 22, 32 furta; trad. K. Ziegler).

²¹⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., pp. 203-204. “A elucidação feita por Cícero acerca do que é, por sua natureza, o direito serve como base e premissa para a apresentação de seu programa de reforma política e, além disso, explica seu caráter fortemente postulatório. O programa de reformas deve, partindo da natureza do direito, formular as leis que devem ser criadas para que o direito na **res publica** (novamente) vija e seja exercido. Daí resultam a exposição e o exame de algumas leis para o direito religioso e para o direito político, que Cícero empreende no segundo e no terceiro livros da obra **De legibus**. Cícero desenvolve aqui um programa nomotético destinado a, imediatamente, materializar a verdade e o direito, que são eternos, sob a forma de leis e determinações jurídicas. Ele quer propor leis que – devido a seu conteúdo de direito – jamais possam ser revogadas. Cícero detalha isso: também o bem-estar comum dos cidadãos, sua vida com paz e felicidade e a preservação das **civitates** são apresentados como sentido e propósito das leis – é justamente isso que corresponde à correta razão quando se trata do comandar e do proibir. **Não obstante isso, o resultado – tendo em vista a intenção política de Cícero, nada estranhável – é que o *mos maiorum*, os costumes e regras tradicionais do direito religioso e do direito político que haviam sido deixados de lado ou abandonados na crise da República, aparecem, em larga extensão, como correspondendo ao verdadeiro *ius*, portanto o direito por natureza. A reverência ao passado filosoficamente fundamentada serve a um fim político.**”

enquanto povo. Progressos à parte, disso não queriam abrir mão. Para eles, o Direito existia para o bem dos cidadãos e da cidade. Cícero e seus pares preocupavam-se com a desestruturação institucional de Roma, pois isso significava para eles um retorno à barbárie. Ele tentou resgatar a noção de viver em uma civilização ordenada. Para tanto, era necessário voltar à idéia da Fundação – que era divina – e que abandonava o caos da selvageria. Na ordem das coisas, na ordem cósmica, construir a ciência do Direito tinha, portanto, por pressuposto, um fundamento divino. Um de seus méritos foi o de antever na decadência do final da República um sinal de um futuro incerto, aquilo que todo o cidadão romano temia: ser e agir como um selvagem.

De fato, manter a República romana segundo tais fundamentos era o caso central. Para se ter uma dimensão do valor dessas idéias e o compromisso dos homens públicos com o bem comum e com a preservação das instâncias de poder e de autoridade, o próprio Otávio Augusto nunca se declarou imperador. Ele se considerava apenas o primeiro cidadão do povo ou o príncipe do Senado. Uma honraria, mas, antes de tudo, o maior dos encargos, pois era o responsável por dar as diretrizes mais adequadas à manutenção da identidade jurídica de Roma, identidade esta que era profundamente sagrada. Os romanos queriam uma ciência jurídica que cristalizasse a essência do Direito, pois temiam uma tirania demagógica com todas as suas desastrosas conseqüências, como a instabilidade política e a decadência do poder de gerenciar a convivência social pacífica. A falta de paz na cidade-estado correspondia ao retorno à era da barbárie, de tudo aquilo que é a antítese da civilização. Otávio Augusto governava dialogando com o Senado, uma espécie de diarquia, onde a tradição era vocalizada pelo Senado, enquanto a voz do povo era emitida pelo príncipe ou pelo cônsul. Essas eram as bases jurídicas e políticas do início do Principado, época na qual se formaram os principais fundamentos institucionais do Direito público que o Ocidente herdou de Roma.²¹⁹

²¹⁹ CICERÓN, Marco Túlio. **Las Leyes Catilnarias**. Traducción, introducción y notas de Álvaro D’Ors. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 28-41. “Así, pues, puede decirse que Cicerón distingue el *ius civile* (propio de la comunidad ciudadana, de la *civitas*) del *ius gentium* (común a todos los hombres) y del *ius naturale* (que constituye el orden de la comunidad superior); pero este último debe regir como norma superior los otros dos, y el mismo *ius gentium* se halla recogido por el *ius civitatis*, pero no al revés. (...) El *ius perfectum* creado por las *leges* de Cicerón presupone una constitución política perfecta. Las *leges* sirven para mantener la *res publica*, pero es ésta la que, con su perfección, proporciona al hombre una vida feliz (de Rep., IV, 3). La misma ley sería inútil si no la hiciera hablar el magistrado. (...) El tradicional equilibrio entre los tres poderes – *magistratus, populus, senatus* – había nacido como resultado de una larga lucha entre patricios y plebeyos; la dualidad se había reabsorbido en una tríada. Pero la tensión dual había reaparecido en una forma nueva, ya que aquella constitución, perfecta en otros aspectos, se había demostrado inservible para operar la reforma social que los tiempos pedían. Y esta nueva dualidad va a ser superada, pero no ya con una

De fato, nos primeiros tempos, o império em formação era uma continuação da República. Sendo assim, a administração exercida com justiça e utilidade exigia dos governantes um perfil prudente. Além de regras claras sobre o governo, eles queriam – e com o tempo conseguiram – órgãos de fiscalização e de controle das atividades dos senadores. O chamado Tribunal da Plebe foi um claro exemplo desta tensão entre a Roma do agora (povo) e a Roma da tradição (Senado). Posteriormente, com a centralização do poder e da autoridade na pessoa do imperador, este se tornou o representante do povo, sendo o Digesto o equivalente da tradição e os códigos os correspondentes do direito do agora. A história revela que, só a partir de Diocleciano, o imperador assumiu a condição de divindade, numa época chamada de **Dominato**. Dizem que, nesta fase tardia, os juristas assumiram posição servil aos desejos do imperador.

Vale enfatizar que a distinção de maior importância entre o Estado antigo e o Estado moderno reside na diferente valorização que a um e a outro merece a pessoa humana. Do mesmo modo que o Estado grego, o Estado romano era, ao mesmo tempo, uma comunidade de cultura, pois o **jus sacrorum** formava parte do **jus publicum**. Além disso, o Estado, segundo a concepção de seus membros, se identificava com a comunidade de cidadãos, quer dizer, era **civitas**, o que equivalia a afirmar que era a comunidade de cidadãos ou a **res publica**, a comunidade do povo. No

nueva fórmula de gobierno tripartito, sino por la aparición de una nueva figura, el **princeps rei publicae**, preconizado ya por el mismo Cicerón, que, erigiéndose en tutor de la república, degeneraría con los siglos en un rey, aunque sin el nombre de **rex**, y sin ese don de legitimidad en que reside la principal virtud de las monarquías. Superada, aunque no resuelta, por el Imperio de los Césares la dualidad social, aquella tensión reaparecerá todavía en una nueva forma: la dualidad territorial que acabará por separar el Oriente del Occidente. (...) **Supuesta la constitución perfecta, el derecho de esa comunidad, el ius civile, debe derivarse de la lex naturae.** (...) En efecto, dentro de la vida jurídica romana se imponía una distinción entre la **lex**, que contenía una decisión del **populus Romanus** reunido en las asambleas comiciales, y el **ius**, que era aquello que se consideraba como justo según la autoridad de los **prudentes (iuris consulti)**. Entre aquella **lex publica** y este **ius privatum** existía, así, una neta diferenciación. Sin embargo, al observar los mismos **prudentes** las decisiones legales del pueblo y sancionarlas los magistrados jurisdicentes, siempre bajo la influencia de aquellos jurisconsultos, (1) la **lex publica** acabó por considerarse fuente del **ius civile (2)**, como ya había ocurrido con el viejo código decenviral, que, al ser objeto de una **interpretatio** jurisprudencial, se había convertido en fuente del **ius, el ius legitimum.** (...) A la **lex**, como hemos dicho, se contraponen y equipara el **ius**, que nace de la **iuris prudentia**, pero también de la misma ley. (...) **Ius civile es el ius de la civitas, el ius civitatis, o el ius de los cives, es decir, 'lo justo dentro de la ciudad', o 'entre los ciudadanos', y en este concepto amplio cabe tanto la regla formulada por los 'prudentes' de Roma, como el título de ciudadano – civitas, ius civitatis -, como las servidumbres de paso o de agua – iura praediorum -. Todos estos entran dentro del 'ius civile': 'las cosas justas de la ciudad'.** Paralela a ese '**ius civile**' está la tradición veneranda y multiseccular de los '**mores maiorum**'. Esos '**mores**' no son lo mismo que el **ius**, pero pueden llegar a determinar una trayectoria jurisprudencial y, en ese sentido, convertirse en **ius**, el **ius moribus conditum**. Así, pues, los **mores maiorum** quedan al margen del **ius**. Sin embargo, Cicerón dice que valían **ut lex**, y, no los juristas de la época clásica, pero sí los de la época burocrática dirán que la **consuetudo** vale **pro lege**, es decir, como ley positiva, y se adoptará entonces la consabida antítesis, de origen griego, entre el **ius scriptum o lex (nómos égraphon)** y el **ius non scriptum o consuetudo (nómos ágraphos)**".

conceito de cidadania prevalecia, também em Roma, o momento da participação ativa na vida do Estado, tanto mais, quanto que a capacidade para o Direito privado, e os **jus suffragii et honorum** podiam estar completamente separados um do outro, como o prova o caso do **filius familias** maior de idade e do latino dotado de **commercium**. O Estado romano, também, apesar da variedade de gentes que o formavam, mostrou-se, desde o momento em que apareceu como tal na história, como um Estado dotado de competência para decidir. Por isso, o Estado romano, desde a sua formação inicial, era uma unidade interior e geral.

A divisão da comunidade em várias partes dotadas de soberania igualmente originária era absolutamente impossível. Daí que, em todos os momentos da história romana, foi possível identificar a idéia de que, não obstante a pluralidade dos órgãos, somente em um residia a plenitude do poder do Estado, o **imperium**, a **majestas**, e aos demais somente lhes poderia corresponder um direito derivado. Quando o **princeps** se colocava no ápice do Estado, seu poder procedia daquele que o povo lhe havia transmitido. Mediante a lei régia, os direitos que, originariamente, pertenciam ao povo eram repassados ao imperador. E, precisamente, por isso, o **princeps** representava em sua pessoa a totalidade do povo. Nesse enfoque, no mundo ocidental, apareceu, pela primeira vez, no império romano, corporificados em uma só pessoa, o poder e a totalidade dos poderes do Estado. Daqui em diante, toda a concentração de poderes dos príncipes sofreu influência deste primitivo modelo romano. Aonde quer que se criasse um Estado, renascia para servir de tipo de construção, a idéia imorredoura romana do **imperium**. Mediante a ação dos glosadores e dos legisladores, as concepções romanas influíram na vida política da Idade Média, e o Renascimento voltou a tomar, como imagem para a formação dos Estados modernos, a própria concepção romana do Estado. O antigo Estado influenciou imediatamente no mundo político moderno, não tanto sob sua forma helênica, mas decisivamente em sua forma romana.

A família romana descansava na concepção de uma séria organização autoritária – o **pater familias** – que tinha uma espécie de poder político sobre os seus que durava por toda a sua vida. Por conseguinte, a situação do pai de família romano em relação ao Estado era bem diferente do pai grego. Pois, o pai romano tinha um poder de autoridade independente e não derivado do Estado, tampouco, submetido à sua fiscalização. Em outras palavras, o pai de família romano detinha um poder análogo ao do Estado. Nessa medida, nas instituições primitivas do Estado, se

fundava o reconhecimento de uma personalidade individual, livre e independente do aparelho estatal, ao menos no que se refere ao **homo sui juris**, esta era a situação do **pater familias** em Roma. Nas lembranças do povo sobrevivia a idéia de que o Estado havia nascido de uma união de famílias constituídas em **gentes**, com o qual a família (a que Cícero chamava **quasi seminarium rei publicae**) aparecia como uma organização permanente e primitiva na formação do Estado. Sendo assim, a distinção mais remota entre Direito público e Direito privado nós encontramos nas raízes familiares romanas.

O romano perante o Estado era também pessoa. Mesmo que a cidadania romana fosse, para aquele povo ancestral, o caso central, ainda assim, eles não foram inteiramente absorvidos pelo Estado. Segundo alguns intérpretes dos textos antigos, o próprio Cícero considerava que a ordem da propriedade era o objeto mais importante da totalidade da vida política do Estado. O individualismo também teve um papel evidente no jogo político daquela época, tanto que os romanos tornaram-se os dominadores daquele mundo. Ao fim e ao cabo, a submissão dos indivíduos ao projeto Roma resultou em amplas recompensas. Todavia, tanto para os gregos quanto para os romanos, faltou a consciência jurídica de uma esfera de subjetividade, ao menos nos termos e com a importância que nós atribuímos a ela, ainda que seja muito provável que eles tivessem bem presente a necessidade de impor limites à atividade de seus legisladores. Quando, bem mais tarde, o principado e o império reduziram ao mínimo os direitos públicos das pessoas, a tal ponto que o caráter de cidadão tinha por fundamento quase exclusivo a sua capacidade de Direito privado, aí, sim, pode-se dizer que foi aniquilada a liberdade que existia no apogeu do período republicano, uma liberdade tão grande que tudo podia ser feito, desde que não fosse oposição aos interesses diretos do Estado. Pode-se mesmo dizer que a afirmação de que o indivíduo romano não possuía existência independente do Estado valeu mesmo a partir de Constantino e do Reino de Bizâncio. Dizem que não houve época na história dos povos ocidentais na qual o indivíduo tenha vivido mais oprimido que nesta. Nela, os romanos só possuíam um pequeno espaço de atuação até para o Direito privado, mas desconheciam o que era exercer o poder ou ter liberdade diante dele.

Nesse item, foram tecidas algumas considerações sobre este patrimônio político e jurídico imenso que é a herança romana. Especialmente para os estudiosos do Direito público, Roma é,

sim, o caso central que permite uma séria reflexão sobre os atuais modos de viver e de construir o mundo real. Especialmente, porque as sociedades contemporâneas estão, de modo geral, imersas em uma crise tão profunda e tão extensa que abarca a vida social como um todo, tanto nos aspectos econômicos, como nos aspectos políticos e institucionais, enfim, afetando tudo o que constitui um projeto de civilização que pretende conviver sob o comando do Direito observado pelo Estado. As incertezas de hoje não correspondem mais a lutas ideológicas, ou por escolhas religiosas, ou por convicções morais, sequer por diretrizes econômicas. Ao menos, aqui, no Ocidente, tais temas não traduzem mais o eixo principal dos nossos dramas. O problema real é a mais absoluta indiferença com qualquer coisa que não seja a mera satisfação material, consumo mesmo. O drama concreto é a alienação dos cidadãos que se esquivam, deliberadamente, de todo e qualquer questionamento sobre a substância que forma as bases da cooperação, convivência e progresso da sociedade global.

O que Roma tem a nos ensinar, ao menos este é o foco desta tese, é que o Estado era uma unidade geral que, a todos, comprometia. De fato, sempre lhes foi estranha uma separação radical do Estado, em governantes e governados, com interesses opostos e colidentes, distorção esta que, desde a Modernidade, as pessoas assimilaram, sem qualquer crítica, como algo normal. O que deve ser resgatado é a noção de compromisso com um projeto de bem comum na hora de reconstruir as melhores instituições jurídicas e políticas. É de fato de uma virada cultural contundente que as sociedades ocidentais da atualidade precisam. Talvez, o primeiro degrau a subir corresponda ao firme compromisso, a partir do qual, governantes e governados se tornem responsáveis pela boa guarda da ordem jurídica e estatal, visando à evolução do bem comum. Certamente, há e serão propostas muitas soluções inteligentes para enfrentar a profunda crise que afeta as atuais instituições sociais. Aqui, estamos investindo na idéia segundo a qual o exercício do bom Direito sob a organização estatal põe em relevo algo que é muito humano: a capacidade de criar o novo. Sujeitos de direito? Sim, é isso o que somos, mas, do mesmo modo e com a mesma intensidade, devemos agir como sujeitos responsáveis e comprometidos com os resultados, criando lucidamente a própria história institucional da comunidade política na qual vivemos.

Especialmente, os juristas devem ter bem presente que, se por um lado, no Direito, a autoridade é parcialmente construída com argumentos, por outro, é impossível pretender derivar toda a decisão que se vai tomar tão-somente das premissas argumentadas. Por quê? Precisamente, porque, entre a argumentação e a decisão, está este algo essencial à construção das instituições sociais: a confiança dos cidadãos. A genialidade romana foi a de enxergar este mistério filosófico e, de modo prático, apresentar a solução: o Direito ao modo deles. De fato, uma pragmática e bem sucedida combinação de estabilidade e de mudança capaz de dar sustentação às suas instituições. Subjacente ao sucesso da invenção romana estava a percepção que eles tinham do Direito como um saber prático que visava ao bem comum, que visava a um fim moral.

Muito diferente do modo como, desde a Modernidade, os cidadãos vêm se valendo do Direito para a solução de problemas: a partir de pontos de vistas morais pretensamente neutros. Sendo assim, no âmbito do Direito, o bem se deslocou do justo concreto para a cômoda perspectiva do menor índice de perturbação social. O Direito ficou reduzido à melhor técnica, ao melhor planejamento estratégico, no fundo, agora, o Direito foi reduzido a mero saber tecnológico. O problema para os cidadãos da sociedade de consumo é que tudo foi minimizado à categoria de meios úteis para um fim, porque todos pensam e agem no horizonte da técnica, deixando a excelência da ação humana em favor de resultados materiais imediatos. Por decorrência, a ciência jurídica foi diminuída para um saber meramente dogmático que diz buscar resultados moralmente neutros, preferencialmente, sem abalar o estatuto social dominante. As consequências passaram a ser, nesse enfoque contemporâneo, mais importantes que a atividade. A posição que se defende é a de resgate da percepção do Direito como um saber prático, no qual os problemas são essencialmente de natureza moral. Trata-se de um saber voltado à ação, como os romanos ensinaram ao Ocidente. Nessa perspectiva voltada à solução de problemas, as pessoas são impulsionadas a assumir responsabilidades e a agir conscientemente de acordo com elas. Mais do que um corolário lógico de todo este raciocínio, fica a esperança de chamar a atenção para o renovado enfoque deste tipo muito valioso de saber que busca alcançar o justo e realizá-lo.

4 – A Transição Medieval

Até então, estudamos alguns temas relacionados à organização política antiga, tentando encontrar os indícios que permitam identificar o perfil do cidadão e sua movimentação naquele espaço público ancestral. Antes de analisar o comportamento da cidadania ativa no espaço público moderno, nos deparamos com uma fase de transição absolutamente espetacular e que correspondeu a nada menos do que mil anos da história da trajetória humana sobre a Terra. A chamada Idade Média, uma época de forte dominação da Igreja Católica sobre o contexto social e político ocidental, está relacionada à divisão e acelerada desestruturação do Império Romano, com sucessivos processos de organizações e desorganizações das estruturas políticas, crises viscerais, invasões, desordens e conflitos sangrentos, investidas sobre o Oriente Médio, pobreza extrema e medo. Mas, também, foi um tempo de efervescência cultural que pavimentou o caminho para construção dos alicerces do modelo político, econômico, jurídico e social de uma nova Era que nasceu sob o signo da Modernidade.

A fragmentação das estruturas institucionais do Império Romano, e o caos social que se seguiu, motivou o despertar da consciência jurídica do individualismo que, posteriormente, já nos primórdios da Modernidade, veio a ser teorizada por pensadores da importância de Thomas Hobbes e John Locke. De início, é interessante avaliar, de modo mais detido, o que aconteceu na fase tardia do Império Romano, nos primeiros séculos da Era Cristã, e, para tanto, Teodoro Mommsen aportou notável contribuição doutrinária que muito esclarece sobre as sucessivas reorganizações políticas que afetaram a gigantesca estrutura institucional então existente e sobre

os papéis que os cidadãos passaram a desempenhar neste inovador espaço público. Segundo Teodoro Mommsen, houve uma extraordinária modificação do Estado romano desde o imperador Diocleciano. Com a extinção da Dinastia Severa, nos anos de 235 d.C. (século III de nossa Era), o Estado romano se decompôs, seguindo em agonia institucional até o início do século IV d.C. Bárbaros exerciam, de fato, o poder dentro da organização política, uns ao lado de outros e uns contra os outros, numa época de agonia institucional em que a aristocracia no governo do império, a educação das altas classes, o bem-estar da população, a segurança e a defesa das fronteiras, tudo, desapareceu ao mesmo tempo. Segundo Mommsen, **“los edificios, las monedas, los manuscritos, las inscripciones de esta época, todos ellos imponentes en la forma, mezquinos de contenido, hablan el mismo language, el del espantoso tartamudeo de la civilización agónica”**.²²⁰

A catástrofe, por muito tempo contida, iniciou-se, especialmente acelerada pela soberania dos persas e pela decadência política da época de Galiano, sendo que, já ao final do século III d.C, a crise institucional se estendeu por todo o Estado romano. Tanto o extremo Oriente como o extremo Ocidente pareciam estar desligados da organização política que, por séculos, dominou o mundo conhecido. Segundo o referido Autor, **“los persas se apoderaron de Antioquía, los godos de Efeso, los francos de Tarragona; perdiéronse todas las posesiones de más allá del Danubio y del Rhin; los alemanes entraron dentro de la propia Italia, llegando hasta Rávena, y aun están en pie las murallas de Verona, con las cuales se defendió contra los mismos germanos esta ciudad, que no esperaba ya ningún auxilio del Estado”**.²²¹ Este estado de decadência institucional, no entanto, conseguiu ser temporariamente controlado até a queda total do Império Romano do Ocidente no século VI d.C. Os vinte anos do governo do Imperador Diocleciano (284-305 d.C) corresponderam à tentativa de reorganização das estruturas estatais. Segundo Mommsen, este imperador formou um Estado novo, com reformas completas das estruturas ruinosas, garantindo unidade e coesão, reorganizando tudo, do trono à religião, os cargos públicos, a justiça, a administração, o exército e o regime financeiro. A forma final deste Estado romano renovado por Diocleciano foi a de uma estrutura marcada pela soberania e pelo poder, ambos, absolutos do monarca, sobre as pessoas e bens de seus súditos. Os antigos títulos que o príncipe usava e todo aquele conjunto de denominações, nas quais se refletiam as

²²⁰ MOMMSEN, Teodoro. Compendio del Derecho Publico. Ob. cit., p.473.

²²¹ MOMMSEN, Teodoro. Compendio del Derecho Publico. Ob. cit., p. 477

diversidades de cargos e faculdades das quais foram se apoderando, paulatinamente, os imperadores, e que corresponderam às tantas outras magistraturas da gloriosa época republicana, simplesmente, desapareceram, restando apenas o posto de imperador. Na época de Diocleciano, o imperador se considerava um deus vivo, imperador Júpiter e imperador Hércules, filho e pai dos deuses. Posteriormente, por influência do Cristianismo, passou-se a designar, preferencialmente, ao soberano, com o título de proprietário do Estado (**dominus**).²²²

A soberania se organizou, neste novo modelo estatal, não seguindo os critérios do antigo Principado, mas, agora, tomando, por paradigma, a estrutura oriental do **shah** da Pérsia. No âmbito religioso, um dos princípios fundamentais da nova monarquia foi o de considerar, como obrigação do governo, o de fixar e uniformizar o credo religioso dos cidadãos. Quando Diocleciano, já bastante idoso, quis moderar esta tendência, Galerio instaurou uma perseguição contra os cristãos, tão ampla e tão violenta, cuja selvageria nunca tinha sido vista nos séculos anteriores. Posteriormente, a situação se inverteu, e o paganismo que desmoronava foi exterminado pelas mãos dos governos seguintes. Como consequência, o Estado passou a considerar-se com o direito de formular, de um modo positivo, a nova crença. Nos tempos de imperador Constantino I, foi quando, pela primeira vez, ocorreu a contraposição entre cristãos que admitiam o credo geral (*catholici*) e os que tinham particulares opiniões (*haeretici*), com o fim de limitar o círculo dos privilégios políticos concedidos legalmente em favor dos cristãos. Nas palavras de Mommsen, **“desde Graciano, en adelante, se aplicó por decretos oficiales a todos los ciudadanos del Estado, proclamándose de una manera tan ilógica como peligrosa, que el profesar la ‘creencia legítima’ (orthodoxia) era requisito necesario para gozar de la plenitud del derecho de ciudadano del Estado”**.²²³ Foi um fenômeno social extraordinário, pois, desde então, a história política se caracterizou pela luta e pela defesa dos dogmas da Religião Católica, por parte do próprio Estado, instaurando-se uma dramática perseguição oficial aos que eram considerados hereges.

Vale enfatizar que, já ao tempo da reforma institucional de Diocleciano, mantida pelos imperadores seguintes, estabeleceu-se uma co-soberania, rompendo com o significado que a unidade interna do Estado tinha nos tempos áureos da República romana e mesmo do Principado.

²²² MOMMSEN, Teodoro. Compendio del Derecho Publico Romano. Ob. cit. Neste sentido, ver pp. 477-479.

²²³ MOMMSEN, Teodoro. Compendio del Derecho Publico Romano. Ob.cit., p. 481.

Se, na época da dinastia constantina, se podia falar em uma soberania que, apesar de fracionada, ainda mantinha o ideário de um Reino soberano, tão logo esta se extinguiu, houve sua divisão em duas metades, cuja separação foi visível politicamente no Ocidente latino e no Oriente grego. Segundo Mommsen, **“esta división no hizo en verdad desaparecer por completo la totalidad antigua. El imperium Romanum siguió existiendo, según la concepción oficial de esta época, como una unidad, dividiéndose sólo en “parte de Oriente” (*partes Orientis*) y “parte de Occidente” (*partes Occidentis*)”**.²²⁴ Havia dois côsules, um para governar o Oriente, outro para governar o Ocidente. No princípio, a legislação era idêntica para ambas as partes, pois o decreto de cada um dos co-soberanos era ratificado pelo outro, além disso, todo o decreto dado, em cada uma das metades do Estado, tinha ou deveria ter valor também na outra. Diocleciano, por ocasião de suas reformas, tentou restabelecer a unidade da organização política, ao menos nos assuntos principais, segundo um regime de participação. Sendo assim, cada co-soberano ou participante na soberania tinha tropas próprias e seus próprios funcionários e deveria governar com iguais direitos e em igualdade de posição com a de seu colega, ainda que tivesse independência jurídica dele. Na prática, tal ideal de soberania partilhada experimentou constantes modificações, tanto por motivos de guerra como por motivos de submissão e de dependência.²²⁵

Diocleciano manteve Roma, ao menos em tese, como a capital do Império, contudo, a nova soberania não possuía um lugar de residência obrigatória para ele que considerava, como a capital, o lugar onde o novo exército do Estado tivesse seu quartel principal, algo que mudava com muita frequência. Neste estado de coisas, Roma não voltou a ser a sede exclusiva da organização política. Tanto que o soberano ocidental residiu em Milão e, desde os começos do século V, em Rávena, enquanto que o soberano oriental residiu, desde Constantino I, na antiga cidade de Bizâncio, sobre o Helesponto na moderna Constantinopla. Aliás, Constantinopla veio a ser considerada a nova Roma e a segunda capital do Império, de tal modo que, na nova organização, a parte Oriental acabou por predominar sobre a Ocidental.

Mommsen esclareceu que o governo do Estado, tanto durante a República quanto durante o Principado, se apoiava sobre o fundamento do *imperium* unitário, ou seja, que sua base era a inseparabilidade do mando militar das duas outras estruturas, justiça e administração. Na nova

²²⁴ MOMMSEN, Teodoro. Compendio del Derecho Publico Romano. Ob.cit., p. 481-482.

²²⁵ MOMMSEN, Teodoro. Compendio del Derecho Publico Romano. Ob. cit., pp. 482-483.

organização estatal, a separação, entre os cidadãos e os soldados, se aplicou também à magistratura, organizando-se, por consequência, nesta, um poder civil perfeitamente distinto do militar. Os cargos civis passaram a ser considerados como serviços prestados por soldados sem armas (*militia*). Esta inovação decorreu também do inevitável crescimento que interiormente ocorreu na organização da própria monarquia. Diocleciano concentrou a soberania do Estado na pessoa do monarca, não admitindo ao lado deste mais do que auxiliares. Como a organização do pessoal se fez por assuntos, o mando militar e a administração da justiça acabaram por se separar. O Autor considerou este como um dos elementos mais essenciais da nova organização política. Ele afirmou que a reorganização diocleciano-constantiniana estabeleceu os *praefecti praetori* e a chefatura militar dos *magistri militum*, considerados como magistrados supremos, com jurisdição sobre todo o extenso território, contando com funcionários subalternos, tanto civis como militares. O Autor assinalou que, com Diocleciano, a monarquia instituiu o que hoje entendemos por burocracia. Nas suas palavras,

“Manifiéstase también dicha burocracia mediante el riguroso esquematismo y el sistema de ascenso fijo a que se hallaban sujetos, no sólo los altos funcionarios, sino también el personal de subalternos (*officia*), que era muchas veces el que en realidad desempeñaba los cargos, y mediante la ordenación jerárquica y la titulación de los funcionarios, hechas de un modo tan completo y tan riguroso que, en comparación de ellas, todo lo que posteriormente se hizo en este orden no fué sino un mezquino trabajo de principiantes”.²²⁶

O referido romanista disse que o exercício imediato do poder soberano pertencia exclusivamente ao imperador. Segundo consta, um escritor da época de Constantino II mostrou sua indignação em relação ao fato de que não houvesse mais uma única interrogação ao senado, nos casos de vacância do trono, atribuindo a culpa à aristocracia covarde e corrupta que admitia, ao posto, soldados rasos e bárbaros. O senado continuou existindo, mesmo após a divisão do Império em ocidental e oriental. Contudo, os senados não eram, de fato e de direito, muito mais do que lugares onde se publicavam as leis feitas pelo imperador. A nomeação dos funcionários públicos e a faculdade de legislar correspondiam ao imperador.²²⁷ Mas, a nova organização política nunca conseguiu reproduzir as glórias do passado, nem criar novamente uma medula nacional ou uma religião. As estruturas oficiais do poder passaram a servir à civilização helênica no Oriente e à latina no Ocidente. A decadência produziu um espaço público de carências. Como disse Mommsen, **“tratóse de prevenir la ruinosa decadencia de la agricultura, aboliendo, en**

²²⁶ MOMMSEN, Teodoro. Compendio del Derecho Publico Romano. Ob. cit., pp. 483-484.

²²⁷ MOMMSEN, Teodoro. Compendio del Derecho Publico Romano. Ob. cit., pp. 486-491.

interés de las grandes posesiones de terreno, la libertad que tenían las gentes pobres y humildes de ir a trabajar donde quisieran, extendiendo así cada vez más la servidumbre de la gleba”.²²⁸ Do mesmo modo, assinalou o mencionado Autor, a decadência econômica foi contornada, fazendo forçosamente hereditários o serviço no exército e os cargos públicos subalternos, os postos dos conselheiros oficiais das cidades, além de muitas outras profissões essenciais à manutenção do Estado. Isso sem falar nos impostos, cada vez mais altos, que empobreceram a população. De qualquer maneira, com as reformas políticas de Diocleciano e, depois, de Constantino, muitas coisas boas foram devolvidas à organização política e social romana, especialmente, a recuperação financeira. Contudo, nada foi suficiente para evitar que, no século V d.C, a metade ocidental do Império desmoronasse.

Como se vê, a riqueza dos acontecimentos desse período imediatamente anterior ao início da Alta Idade Média guarda fascinante complexidade que revela uma profunda modificação no espaço público, modelando diferenciadas formas de interações políticas, jurídicas e sociais que, pelos séculos que se seguiram, foram submetidas, ao longo processo de amadurecimento institucional, resultando nas estruturas atuais. É bastante sensível a reflexão do Professor Doutor Urbano Carvelli, que traduziu e prefaciou o Livro de Martin Kriele, ao dizer que:

“Ao se focar uma visão multidimensional do Estado e se tratar intensivamente das causas e das conseqüências que resultaram na conformação de sua estrutura, o interessado logo perceberá a evidente causalidade entre as inúmeras microvariáveis que compõem o Estado e chegará à questão da substancialidade do material genético imanente e determinante de sua concepção estrutural: o *zoon politikon*. Assim, chegamos finalmente ao denominador comum de uma visão polidimensional do Estado, a qual conta com três macrovariáveis imprescindíveis: o Estado, a sociedade e a pessoa humana”.²²⁹

Nessa linha de raciocínio, não poderíamos falar sobre a Idade Moderna, sem antes esboçar algumas considerações sobre três questões que consideramos essenciais ao objeto do presente estudo: o antagonismo *rex x regnum*; o início da diferenciação das várias dimensões humanas com o despertar da consciência jurídica do indivíduo, e, finalmente, a luta pela unidade interior do Estado com a conseqüente evolução do conceito de soberania. Segundo Caenegem, surgiu um novo mundo por decorrência do colapso do Império Romano do Ocidente, na Alta Idade Média,

²²⁸ MOMMSEN, Teodoro. Compendio del Derecho Publico Romano. Ob. cit., p.492.

²²⁹ KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado (Os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático). Tradução de Urbano Carvelli. 6ª edição alemã refeita e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, pp. 15-17.

por volta do século V d.C., o Império Romano do Ocidente era a casa política na qual milhões de pessoas tinham vivido até então. Sua queda correspondeu a um grande e desolador vazio político que afetou, negativamente, a ordem e a tranquilidade da convivência dos cidadãos no espaço público. Sob a égide da Igreja Latina, começou a se formar o mundo romano-germânico que evoluiu até à Europa moderna. Foram aproximados trezentos e cinquenta anos, do século V d.C. ao século VIII d.C., de dominação das monarquias tribais. Os povos germânicos que conquistaram o Império Romano do Ocidente destituíram seu último imperador e, ato seguinte, iniciaram um processo de divisão do imenso território, em reinos seminômades, os quais guerreavam uns com os outros. Era uma época de caos, período de ausência daquelas concepções de poder e de autoridade que os povos já haviam conhecido ao tempo da burocracia imperial romana. Do caos, três mundos emergiram: a cristandade grega em Bizâncio como uma continuação direta, embora politicamente bem diminuída do que um dia foi o Império Romano do Oriente; a cristandade latina que vivia sob o domínio dos reis tribais germânicos, que tinham pouca cultura e nenhuma adesão ao Direito romano, e o mundo árabe do Islão que se estendia da Ásia através do Norte da África até a região que hoje é conhecida por Espanha, e que apenas herdou a ciência grega, sem vinculação com o Cristianismo que se fortalecia, muito menos com a tradição do Direito romano. Era o novo mundo dos bárbaros, caracterizado, fundamentalmente, pela dispersão do poder. A realeza tribal estava ligada a um grupo de pessoas, onde quer que elas vivessem. Só, muito mais tarde, é que estas precárias organizações políticas se tornaram territoriais, quando as nações germânicas, antes em movimento, se tornaram sedentárias. A administração romana entrou em colapso, havendo grave perda de registros documentais, fossem públicos ou privados. As pessoas não eram mais capazes de redigir documentos em latim. As populações foram se tornando cada vez mais analfabetas, sendo que a cultura formal foi se tornando um monopólio do clero. Segundo Caenegem:

“As nações germânicas possuíam as suas leis tribais, que nada tinham em comum com o direito romano, que estava escrito. Para os seus súbditos redigiram-se compêndios de direito romano, que preservavam alguns elementos da herança clássica, particularmente em terras mediterrâneas. Tratava-se somente de direito privado. Na nova *dispensatio* tribal não havia lugar para o direito constitucional romano. Não nos devemos esquecer de que, mesmo na zona mediterrânica, eram reis germânicos – visigodos, ostrogodos e longobardos – que detinham o poder”.²³⁰

²³⁰ CAENEGERM, R.C.van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Tradução de Alexandre Vaz Pereira. Coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, pp. 55-64.

A narrativa desses acontecimentos revela um momento histórico perturbador de um espaço público marcado por conflitos, saques, insegurança, pouca valia à vida humana e, salvo a mínima proteção com a qual podiam contar os cidadãos no interior de suas próprias tribos, nenhuma vinculação institucional. Caenegem acentuou que a tradicional dicotomia romana entre o *jus publicum* (o direito público referia-se ao Estado romano) e o *jus privatum* (o direito privado dizia respeito àquilo que era útil aos cidadãos) desapareceu, enquanto ascendeu o conceito patrimonial de Estado, num novo modelo de espaço público no qual o reino era tratado como propriedade familiar, entregue em dote ou hipotecado. Sendo assim, o termo *publicus* que, pela tradição política e jurídica romanas, se referia à comunidade política ou Estado, tal como em *res publica* romana ou *aerarium publicum*, passou a significar régio, assim como *ficus* não correspondia mais às finanças do governo imperial, mas ao tesouro pessoal do rei ou às propriedades régias (domínios territoriais da família real). Afinal, se o dinheiro privado dos reis se confundia com o dinheiro do tesouro real, não havia mesmo razão que justificasse a diferenciação entre público e privado.²³¹ Também, o território que, hoje, corresponde a um elemento essencial à compreensão do fenômeno estatal, não tinha grande relevância, pois a vinculação do rei era ao povo e não ao país. Os francos que, ao que parece, foram os sedentários pioneiros, ainda assim, mantiveram, no rei merovíngio, a pedra angular permanente da organização política, no caso, uma monarquia hereditária. Como pontuou Caenegem:

“Em termos jurídicos o elemento central da autoridade real era o *bannum*, o direito de comandar e proibir, i.e., o império. Este *bannum* não era puramente pessoal ou ilimitado, já que o consentimento do *populus francorum* tinha de ser obtido. As pessoas deviam fidelidade não ao Estado e à sua constituição, mas à pessoa do soberano. Este era o dever crucial de *fidelitas*, e significava que o crime mais hediondo era a *infidelitas*, a deslealdade pessoal, que conduziu ao banimento e à confiscação de posses”.²³²

A estrutura institucional da antiguidade greco-romana, forjada no curso dos séculos, tal como havia se consolidado, homogênea e estável, desapareceu, sem que uma nova ordem política e jurídica de igual magnitude tomasse o seu lugar.²³³ Como disse o mencionado Autor:

“Entre meados do século VIII e o fim do século IX, a dinastia carolíngia fez um esforço notável para dar a esta sociedade sem pilares um novo sentido de governo e uma nova confiança. No campo do direito público, o extenso e energicamente governado império de Carlos Magno deu passos grandes e criativos. A coroação de Carlos Magno como imperador romano indicava uma restauração da situação normal. Doravante, a Europa

²³¹ CAENEGEM, R.C.van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Ob. cit., pp. 18 e 60-63.

²³² CAENEGEM, R.C.van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Ob. cit., pp. 61-62.

²³³ CAENEGEM, R.C. van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Ob. cit., pp. 17-25.

Ocidental considerava-se igual a Bizâncio: ambas possuíam um imperador, um líder espiritual e um a capital – Constantinopla era já um facto, Aachen sê-lo-ia em breve, segundo se esperava”.²³⁴

Caenegem relata que, na primeira metade do século VIII d.C, a Europa ocidental encontrava-se em dificuldades, com conflitos sangrentos que iam da região que hoje corresponde ao Reino Unido até a da atual Espanha, esta subjugada à dominação muçulmana. Na Itália, o reino dos lombardos estava em guerra contra a autoridade papal. O paganismo ainda era uma realidade nas culturas germânicas e saxônicas. No Oriente, Bizâncio caiu nas mãos dos árabes. O Ocidente latino precisava de soluções urgentes para readquirir, ao menos em parte, a estabilidade institucional de outrora. Foi, então, firmada uma aliança entre o Papa e a casa carolíngia que tentaram, assim, reunir os povos do Ocidente em um grande Estado, restaurando a organização política, ainda que parcialmente e sem a mesma força do antigo Estado mediterrâneo integral. O império carolíngio compreendia, em termos modernos, os territórios da atual França, da Alemanha ocidental, da Bélgica, da Holanda, de Luxemburgo, da Suíça, do noroeste da Espanha e da Itália do Norte mais o protetorado pontifício da Itália central.²³⁵

A conseqüência foi o estabelecimento de uma superestrutura política, de caráter supranacional, para os povos da parte ocidental do continente europeu. Foi a chamada Primeira Europa, inigualável até o recente advento, já ao final do século XX, da Zona do Euro. Em termos institucionais, a monarquia era a pedra angular da construção desta nova mega organização política e jurídica. O trono era geralmente hereditário, os reis eram sagrados, recebendo a unção da Igreja Católica, fato que os colocava em uma posição acima dos demais cidadãos leigos. O poder político tinha natureza essencialmente pessoal e exigia a prestação de juramento de lealdade ao rei por parte dos súditos. O rei governava, de modo decisivo, e mesmo que consultasse ao *populus francorum*, este não correspondia à noção de assembléia popular ou parlamento de representantes eleitos, incluindo, apenas, as principais figuras clericais e leigas. A inspiração religiosa da dinastia carolíngia era muito forte, tendo havido expansão da fé cristã e consolidação do poder da Igreja. No espaço público, a influência acentuada da Religião Católica e de seus valores importou na obrigação dos reis de proteger seus súditos, especialmente, os mais vulneráveis, como as mulheres e as crianças. A Igreja voltava suas preocupações à proteção de

²³⁴ CAENEGEM, R.C.van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Ob. cit., p. 25.

²³⁵ CAENEGEM, R.C.van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Ob. cit., pp. 64-65.

todos os pobres que, não raro, estavam expostos à prepotência dos poderosos que ameaçavam suas terras e liberdade.²³⁶

O que importa destacar é que foi a dinastia carolíngia quem criou o sistema de feudos e vassalagem que caracterizou a forma do espaço público medieval durante séculos. Por que isso é tão importante para o atual estudo do Direito Público? Porque o ponto de partida do feudalismo era o elemento da vassalagem, uma ligação pessoal entre o senhor e o vassalo, pela via voluntária e contratual para toda a vida, criando direitos e obrigações mútuas. Tal fato de extraordinárias dimensões políticas, jurídicas e sociais, mesmo que muito provavelmente as pessoas envolvidas nesse tipo de relação contratual não tivessem qualquer vínculo cognitivo com tais fenômenos, correspondeu ao início de uma diferenciação das dimensões humanas com inevitáveis repercussões nos modos que, a partir de então, a comunidade humana ocidental passou a organizar a convivência no espaço público. Caenegem disse que:

“o alastrar do feudalismo teria grandes repercussões na esfera do direito público. Alterou a posição constitucional do rei, que passou a assumir um papel dual, senão equívoco. Como rei, era e continuava a ser soberano pela graça divina, chefe, legislador e juiz supremo de seu povo; como supremo suserano feudal, tinha uma relação com seus homens baseada num contrato, na expressão mútua de livre vontade, o que acarretava direitos e deveres mútuos. O rei/suserano feudal tinha deveres para com os seus vassalos, e a falta de cumprimento destes deveres conferia aos vassalos o direito a resistir e a desobedecer”.²³⁷

Mesmo que a tendência fosse a de organizar as coisas e de unificar o poder e a autoridade, o fato é que o feudalismo, concebido para aumentar a coesão política e social, guardava em si um dualismo que enfraquecia o Estado. No entanto, como adverte Caenegem, esta “Primeira Europa” tombou no curso do século IX d.C, sendo que os séculos X e XI d.C. corresponderam a períodos de profunda divisão política e fragmentação extrema. Apesar da queda, a experiência carolíngia deixou traços relevantes no desenvolvimento do Direito público europeu, entre eles, a instituição da realeza unguida, a íntima ligação entre o Estado e a Igreja Católica que somente foi rejeitada, de modo definitivo, na Modernidade. O Sacro Império Romano foi, também, um legado dos carolíngios, bem como, o feudalismo que foi um modo duradouro de organização política no Medievo. Nesse, mais uma vez, turbulento espaço público que se seguiu à queda da Primeira Europa, a vida política acontecia em pequena escala, na forma de senhorios que compreendiam a

²³⁶ CAENEGEM, R.C.van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Ob. cit. Vide pp. 66-76.

²³⁷ CAENEGEM, R.C.van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Ob. cit., p. 72.

terra e os camponeses, em torno de um castelo feudal, numa área geralmente inferior a cinco quilômetros, conjunto o qual esboçava a rudimentar estrutura de Direito público que existia. Tanto que reinos, ducados e condados perderam gradativamente qualquer importância no exercício diário da autoridade pública. Era o tempo do feudalismo clássico, seus castelos e senhores, sendo que as instituições políticas do Estado, tais como as podemos entender, hoje, praticamente não existiam. Os indivíduos se movimentavam em um espaço público marcado pela insegurança, no qual prevalecia o caráter belicoso e arbitrário dos senhores feudais.

Esse estado de coisas mudou, a partir do século XII d.C, quando, por volta de 1.100 d.C, renasceu o poder monárquico e a possibilidade de administração estatal. Foi, desde essa época, que surgiram os mais conhecidos estados-nações europeus, como monarquias, mas ainda não absolutas, pois havia a poderosa influência da autoridade e do poder papal, além da autoridade imperial, do poder dos orgulhosos barões e das nascentes cidades. Só, bem mais tarde, já no início da Modernidade, com o advento do Absolutismo clássico é que tais limitações foram removidas, sendo que a Reforma protestante pôs fim à autoridade universal da Cúria papal. O já combalido Império Romano transformou-se em uma monarquia nacional germânica. O Absolutismo reduziu a autonomia das cidades e dos parlamentos nacionais que se tornaram apenas peças administrativas integrantes da máquina do Estado. Bem mais tarde, o próprio Absolutismo ruiu, sendo substituído por estruturas institucionais mais refinadas, como monarquias constitucionais e parlamentares e, até mesmo, por regimes que aboliram a monarquia em favor de constituições republicanas.²³⁸

Em que pese a importância dessas sucessivas reorganizações políticas e sociais experimentadas na Alta Idade Média na gênese das futuras estruturas institucionais do Ocidente, foi, no período entre os séculos XII e XV, conhecido por Baixa Idade Média, que ocorreram as modificações políticas, jurídicas e sociais que pavimentaram o inovador modelo organizacional da convivência humana chamado Estado. Estado é, precisamente, a organização política típica do Estado-Nação da Modernidade. Houve a persistência de alguns elementos do Direito público antigo, entre eles, a monarquia, ainda que bastante transformada quanto ao exercício do poder e da autoridade. Mas, houve um acelerado processo de secularização da ordem política, assinalando o fim da acentuada influência da Religião Católica nos assuntos estatais. Os novos reis buscaram

²³⁸ CAENEGEM, R.C. van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Ob. cit., pp. 24-27.

inspiração no Direito romano, sendo que o exercício da vida pública assumiu diferenciadas qualidades. A administração dos negócios públicos passou à administração de funcionários nomeados pelo poder central. Como disse Caenegem, **“os velhos conselhos feudais, indiferenciados, que conduziam os assuntos de Estado de forma amadora, cederam lugar a profissionais de créditos estabelecidos, nomeados para zelar pelas tarefas financeiras, judiciais e legislativas da monarquia”**.²³⁹ A centralização foi o fenômeno político mais importante que qualificou a existência deste novo modelo estatal. O Direito público foi evoluindo da dispersão germânica dos centros de poder para a concentração romana de toda a autoridade em uma só mão: a do monarca e seus conselheiros.

Segundo Caenegem, desde o século XII, os cargos locais não eram mais ocupados pelos nobres, mas, sim, por funcionários nomeados pelo rei e de sua confiança. Era o caminho do fortalecimento do poder e da autoridade dos reis. Sendo assim, os órgãos centrais do Estado foram radicalmente transformados pela via de um corpo de funcionários altamente especializado. O mencionado Autor cita, como exemplos, na Inglaterra, as Casas de Contas, onde as contas dos agentes da coroa eram guardadas e verificadas e os litígios fiscais resolvidos. Havia, ainda, os tribunais centrais, como o Tribunal das Queixas Comuns em Westminster e o Parlement de Paris e a Casa de Suplicação em Portugal. A escrita adquiriu singular relevo e as decisões tomadas pelos funcionários eram destituídas de responsabilidade política, pois agiam de acordo com normas fixas e precedentes, sem a intervenção direta do monarca. Os oficiais e juízes da coroa eram pessoas muito cultas e preparadas, quer pela prática jurídica, como acontecia na Inglaterra, quer pelo estudo do Direito romano, como ocorreu no continente europeu. As origens sociais destes profissionais encontravam-se na fidalguia das províncias e nos habitantes mais prósperos das cidades e vilas. Além do grau de especialização, essas pessoas firmavam um compromisso de lealdade para com a coroa. Um dos fatos mais impressionantes do Estado moderno consistiu que, desde seu advento, ele se caracterizou por uma forte vinculação territorial. Esta foi a mais profunda transformação política da monarquia na Baixa Idade Média. Desde 1.200 d.C., os reis passaram a usar títulos como, por exemplo, rei da França, rei da Inglaterra, numa clara

²³⁹ CAENEGEM, R.C.van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Ob.cit., p. 97.

demonstração de que o Estado havia se tornado uma base territorial, essencialidade que ele guarda até hoje.²⁴⁰

Nessa linha de pensamento, a organização política medieval tardia, um esboço do futuro Estado na concepção moderna, estava posicionada, de modo equidistante, entre a velha constituição feudal e a monarquia absoluta dos primórdios da Era Moderna. Vale prestar atenção nos elementos típicos desta forma de organização da convivência humana que precedeu imediatamente a esta à qual estamos vinculados até hoje. O Estado ainda era semifeudal e os barões, que eram os principais proprietários de terras, incomodavam muito o poder da coroa, exigindo ativa participação na atividade política. A estrutura ainda era semiburocrática, sendo que os funcionários se atinham às tarefas administrativas e judiciais rotineiras, destituídos de um efetivo poder de decisão. Não bastasse, a distinção entre as áreas do Direito público e do Direito privado era imperfeita, pois os príncipes pensavam seus países como propriedades da casa real que seriam deixadas aos seus sucessores hereditários. Isso sem falar na conseqüente confusão entre finanças públicas e privadas da realeza. De fato, só, na Era Moderna, é que houve uma adequada distinção das referidas esferas financeiras, destinando-se específica verba para sustento da família real, separada da que deveria compor o tesouro público.

Como esclarece Caenegem, essa espécie de constitucionalismo que aconteceu no Medievo tardio teve impacto direto e decisivo no Direito público europeu, refletindo-se nas instituições políticas e jurídicas até hoje. Nas palavras do Autor:

“Há uma continuidade directa entre as leis fundamentais da última Idade Média e as Constituições e Declarações de Direitos do nosso mundo contemporâneo, em especial no que respeita aos direitos e liberdades do cidadão. (...) constitucionalismo refere-se a uma tradição jurídica baseada na idéia de que o exercício do poder político deve ser limitado por um pacto fundamental entre governantes e governados, salvaguardando os direitos dos últimos e definindo as tarefas e poderes dos primeiros”.²⁴¹

Fizemos, no início deste item, referência ao antagonismo político e jurídico entre rei e reino, ao despertar da consciência jurídica da individualidade, a partir da diferenciação das várias dimensões da condição humana, e à luta pela unidade interior do Estado, dizendo que estes

²⁴⁰ CAENEGEM, R.C.van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Ob. cit. Nesse sentido, ver pp. 97-102.

²⁴¹ CAENEGEM, R.C.van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Ob. cit., p.106.

estariam entre os fenômenos importantes que modelaram o futuro espaço público e o perfil do cidadão que nele passou a se movimentar. De fato, o referido antagonismo entre o monarca e os súditos deu, aos últimos, a consciência de que teriam direitos, enquanto indivíduos, perante o poder, sendo assim, houve além da paulatina diferenciação das dimensões humanas, uma oposição entre poder oficial e cidadãos que permanece nos núcleos institucionais do Estado até hoje. Os cidadãos passaram a oferecer resistência à dominação dos soberanos sobre suas pessoas e seus bens e tal embate foi, provavelmente, a chave de ignição do constitucionalismo europeu.

Surgiram, por decorrência, as Cartas solenes pelas quais os monarcas se comprometiam a eliminar os abusos nelas expressamente referidos, além da promessa régia de lidar com os súditos de acordo com as regras de Direito. Eram os pactos formais escritos que fundamentavam a aliança entre o príncipe e o povo. As pessoas começaram a tomar consciência da importância de se garantir juridicamente as liberdades individuais e do imenso valor que tinha para a comunidade o **rule of law**, ou o primado do Direito. A mais famosa Carta de Direitos é a Magna Carta de João Sem-Terra, dada em 1215, na Inglaterra, que teve notável influência no desenvolvimento do constitucionalismo não apenas no referido país, mas também na Europa, na América e, de resto, por todo o Ocidente.²⁴² Nas palavras de Caenegem, **“o artigo 39 (da versão de 1215) possui, contudo, um peso particular. É um dos primeiros marcos na estrada para o rule of law, pois nele é dito que nenhuma pessoa livre podia ser punida (com a perda de bens, desterro ou deportação, etc.), senão por meio de um julgamento regular, pelos seus pares, ou de acordo com a lei do país: a toda a pessoa livre assistia o direito ao que mais tarde se viria a chamar o due process of law”**.²⁴³

No mesmo período da Baixa Idade Média, surgiram junto com as constituições os primeiros Parlamentos, instituição que chegou, até nossos dias, e que conta com aceitação pacífica nas democracias ocidentais, ainda que varie muito o seu modelo de funcionamento em cada país. Em síntese, a idéia original do parlamentarismo correspondia a uma forma de governo na qual o soberano atuava em consulta aos representantes do país, alguns dos quais eram eleitos (representante popular mandatado). Tudo começou quando a antiga Cúria Regis baronal foi

²⁴²CAENEGEM, R.C.van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Obra citada. Nesse sentido, ver pp. 104-107.

²⁴³ CAENEGEM, R.C.van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Obra citada, p. 107.

ampliada, admitindo representantes das comunidades locais, fossem de origem urbana ou rural. Esses parlamentos do período medieval tardio foram os precursores diretos dos atuais, entre eles, o Parlamento inglês que data do século XIII. A matriz das instituições parlamentares era a corte dos reis feudais, onde o rei, na condição de supremo suserano feudal, consultava seus principais vassallos que davam conselhos nas questões de Estado. O referido conselho, inicialmente aristocrático, funcionava em uma Europa feudal e agrária. Mas, não, nos novos tempos, do comércio intenso entre as cidades que evoluíram e se tornaram economicamente potentes. A transformação da vida humana, no espaço público das cidades do final da Idade Média, com a ascensão da burguesia enriquecida pelos êxitos comerciais, impôs a ampliação da antiga Cúria Regis (órgão consultivo do soberano), dando assento não só aos proprietários rurais, mas especialmente aos representantes desse novo fenômeno social que nascia: a sociedade burguesa moderna.²⁴⁴

As tarefas iniciais dos parlamentares ancestrais, restritas a aconselhar o rei sobre assuntos políticos, foram paulatinamente sendo substituídas por uma participação ativa na legislação, segundo objetivos jurídicos autônomos, além de competência judicial e, principalmente, interesse nas questões monetárias relacionadas ao comércio que se fortalecia mais e mais, interna e externamente aos países. Mas, cabe enfatizar que, naquele momento pretérito de nossa história, ainda não cabiam aos parlamentos as atuais funções, como aquelas que vinculam a governança das nações ocidentais à formação de maiorias parlamentares. Como disse Caenegem, **“dirigir o país era a tarefa concedida por Deus ao rei, que reinava pessoalmente, e não a missão dos políticos, cuja autoridade se baseava na vontade popular”**.²⁴⁵

Exatamente, por decorrência da imensa influência do Papado no âmbito interno das jovens nações modernas européias, é que as monarquias medievais, mesmo do final da Idade Média, se sujeitavam a limitações externas. Não eram nem absolutas, tampouco soberanas (na percepção que hoje temos de soberania e que decorre de estudos preciosos levados a efeito, só mais tarde, já na Era Moderna, com Jean Bodin), pois reconheciam a autoridade superior dualista representada pelo Imperador romano e pelo Papa. De fato, há este tempo, a autoridade do Imperador romano

²⁴⁴CAENEGEM, R.C.van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Obra citada. Ver pp. 108-112.

²⁴⁵CAENEGEM, R.C.van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Ob. cit., p. 112.

estava muito enfraquecida e, principalmente, a França o olhava com muitas reservas, não aceitando sua interferência nos assuntos internos do reino. No entanto, as pretensões do Papa ao governo universal das nações eram levadas bem a sério. Segundo Caenegem,

“Como autoridade supranacional amplamente aceite por todo o mundo católico, o Sumo Pontífice era, numa época de fervor religioso, a figura óbvia para satisfazer o desejo de unidade ocidental. (...) A ascensão da teocracia papal, de Gregório VII (1085) a Bonifácio VIII (1303), mostra quão perto a cúria romana esteve de estabelecer um governo europeu por acima dos governos existentes. Os papas lançaram e coordenaram expedições militares internacionais e proclamaram cruzadas contra o infiel; actuaram como árbitros entre os reinos cristãos e, ocasionalmente, incitaram também monarcas a guerras com aqueles que não gozavam de aprovação da Santa Sé”.²⁴⁶

Para se ter uma idéia de quais eram as influências mais determinantes na arquitetura do espaço público da Baixa Idade Média, a liderança universal da Cúria Papal se assentava sobre dois pilares: um gládio temporal para os reis e imperadores e um gládio espiritual ao Papa. Sendo a esfera celestial superior à terrena, a autoridade eclesiástica era superior à autoridade temporal a quem competia se valer da força secular para garantir a prevalência dos valores espirituais. Nesse enfoque, as monarquias européias eram profundamente ligadas à Religião Católica. Só, no século XIV, é que estes fundamentos começaram a se alterar, diante do crescente orgulho nacional dos países europeus. O rei Felipe IV da França teve um papel exponencial nesta transformação. Ele rejeitava cabalmente a ingerência da Cúria romana nos assuntos políticos da França. Isso também aconteceu na Inglaterra de Henrique VIII. Era o esboço da futura emancipação dos estados-nações na Europa, de tal modo que estes deveriam decidir, livremente, quais seriam seus destinos e de que forma suas sociedades deveriam se organizar sem sujeição às ordens religiosas.²⁴⁷

Qual a posição dos cidadãos nesse espaço público em transformação? Dependendo de quem fosse o rei, o Estado do final do Medievo poderia ser uma tirania ou algo mais brando, ainda que bem longe do que entendemos, hoje, por democracia. Caenegem se reporta a dois exemplos que aconteceram na França. Sob o reinado de Felipe IV, internamente, o povo sofreu as injustiças de um rei perverso e opressor. Era uma autocracia poderosa e que desconhecia os limites da lei. O direito criminal, por exemplo, era administrado segundo práticas desumanas, torturas e formas vis de execução das penas. Do ponto de vista da política externa, o monarca revelou toda a sua agressividade ao determinar a invasão de outras regiões, anexar províncias alemãs, além de

²⁴⁶ CAENEGEM, R.C.van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Ob.cit., p.113.

²⁴⁷ CAENEGEM, R.C.van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Ob. cit., pp.113-115.

maltratar o próprio Papa Bonifácio VIII. Mas, o final da Idade Média na França também conheceu outro monarca, Luis IX, que administrava, internamente, o país e seus súditos, com brandura e, externamente, conseguiu estabelecer um modo pacífico de convivência com a vizinha Inglaterra, tanto que foi responsável pelo Tratado de Paris de 1259. Mesmo que se alternassem bons e maus momentos na vida política e social, a Idade Média foi toda fundamentada numa espécie de constitucionalismo ancestral que correspondia à idéia de livre contrato entre senhor e vassalo, contrato que criava direitos e obrigações mútuas. Como refere Caenegem, **“o constitucionalismo medieval tardio demonstra que as pessoas haviam intuído a idéia fundamental do primado do direito, e o mesmo se poderá dizer da noção de democracia, pelo menos na sua forma indirecta e parlamentar”**.²⁴⁸

Importante, salientar, ainda, a força das cidades na promoção de decisões democráticas que afetaram sensivelmente a compreensão daqueles cidadãos. O referido Autor esclarece que as noções de democracia direta e de primado do Direito eram ambas produtos das cidades. Foi, no interior dos burgos, que o homem medieval tomou conhecimento político e jurídico da democracia direta. Nos séculos XIV e XV, muitas decisões eram entregues às assembleias de massas das cidades e, não, às magistraturas urbanas. As massas populares eram organizadas em confrarias e ofícios e lideradas por determinados membros. **“As comunas, que se governavam a si próprias, tinham muito cedo interiorizado o princípio de que tudo na vida pública, incluindo actos de administração, tinha de ser feito de acordo com o direito, de modo que as poderíamos designar por “cidades de direito”, por analogia com “Estado de direito”**.²⁴⁹ A compreensão que aqueles cidadãos adquiriram foi de que, nas vilas e cidades, deveria prevalecer o Direito, mesmo pelo governo vigente. Caso houvesse abusos ou conflitos, a decisão caberia ao tribunal dos vereadores, ainda que o veredicto final fosse desfavorável aos que comandavam a localidade.

²⁴⁸ CAENEGERM, R.C.van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Ob.cit., pp. 117-118.

²⁴⁹ CAENEGERM, R.C.van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Ob.cit., p. 118.

PARTE II

O CIDADÃO NO ESPAÇO PÚBLICO MODERNO

1. Breves Considerações

A idéia central desta parte procura enfatizar os ganhos e as perdas para o cidadão que passou a se movimentar neste novo espaço público no qual a Política e o Direito buscaram a neutralidade em relação à multiplicidade das visões de mundo, permitindo a expansão da sociedade moderna. A Modernidade pode ser entendida como o apogeu de uma modificação antropológica muito profunda na qual o indivíduo se sentiu conscientemente, tanto igual ao grupo quanto dotado de um poder oposto a este e que deveria contar com reconhecimento jurídico. Isso, por um lado, foi um ganho excepcional no processo de evolução da condição humana. Por outro, no entanto, houve um acentuado enfraquecimento do elo social que corresponde à crescente indiferença dos cidadãos, no que diz respeito à condução dos negócios públicos que importam à concretização do bem comum. Estamos imersos em uma crise abissal que afeta o espaço da vida das relações, como um todo, e é assim fragilizados e perplexos que ingressamos, no século XXI, uma possível

fase de transição para um novo momento em relação ao qual não estabelecemos, ainda, vínculo cognitivo que possa guiar nossos projetos civilizacionais mais caros.²⁵⁰

2. A Herança Moderna

2.1 - As Influências de Thomas Hobbes e John Locke

O Absolutismo clássico começou na Europa, aproximadamente, ao final do século XV, estendendo-se, na maior parte dos países, até meados do século XVIII. Assim o **Estado do Príncipe**, por quase três séculos, dominou o espaço público da nova Era Moderna. Suas duas características principais eram o poder ilimitado dos monarcas, excedente até mesmo às leis nacionais, e uma concepção também ilimitada de soberania do Estado-Nação, sem qualquer vinculação a eventuais jurisdições internacionais como hoje entendemos. Os Estados podiam escolher, de modo totalmente autônomo em relação à comunidade internacional, seus rumos políticos, o que dava a eles um caráter arbitrário e violento à medida que as suas respectivas forças militares e econômicas cresciam. Internamente, o espaço público dos Estados nacionais era moldado pela vontade de um rei que correspondia à lei. Melhor dizendo, o monarca estava acima das leis de sua própria nação. Eram, na verdade, autocracias.

Segundo Caenegem, o constitucionalismo medieval foi uma das primeiras vítimas do Absolutismo, tanto que a Carta Magna era considerada uma relíquia de privilégios medievais, inadmissíveis em um Estado no qual o monarca poderia conceder ou revogar direitos. Todos os

²⁵⁰ HANNAY, Alastair. ON The Public. Ob.cit., pp. 125, 127, 128 e 130. “We spoke of public space, or public spaces in the plural. Not streets, markets or pedestrian precincts, but an abstract space formed by a shared political landscape. Historically, the market-place does offer one example of a public space; the Athenian agora and the Roman forum were not just bounded physical spaces where people met, they were political arenas, places where at least male members of society could mingle with their representatives, senators, and other important political figures. But the ancient market-place has no true successors in the vastly expanded societies of today. The closest analogue is to be found in the corridors of power where the press, not the people, meet the powers that be, sometimes directly but more often through official briefings and carefully crafted communiqués. (...) But if the public will not be enlightened by media, then it must be enlightened by itself, which means by those among it still able to find the time and space to look for themselves, in both senses, and to hearken to the voices of new Voltaires”.

súditos eram obrigados a obedecer à vontade do governo central, sem poder invocar a autoridade de um velho pergaminho para se opor à majestade do Estado. Tanto a nobreza quanto o clero foram subjugados pela autocracia estabelecida pelo Estado absoluto, embora mantivessem os privilégios econômicos de uma vida confortável. O papel do imperador, como árbitro supranacional, perdeu importância. Nem mesmo o Papado, que teve influência central até o final da Idade Média, na condição de mediador político entre as nações, sobreviveu aos duros regimes das monarquias absolutas.²⁵¹ **“Na Época Moderna, não existia nenhuma entidade supranacional para interceder como juiz ou árbitro entre as nações da Europa”.**²⁵²

Mas, este antigo regime acima das leis guardava contradições internas que levaram à sua decadência, entre elas, as políticas financeiras inadequadas, os constantes e dispendiosos conflitos armados que ocorriam entre os países, o que, na prática, comprometia a saúde dos tesouros nacionais. Havia, ainda, em alguns países, o fato social e político do regionalismo, como na França, dividida em três tipos de províncias com seus próprios e tradicionais estatutos. Além disso, a magistratura desempenhava o importante papel de obstar a ação ilimitada da monarquia absoluta, garantindo as liberdades e privilégios tradicionais, atuando como protetores das leis fundamentais e do povo. Os Estados nacionais também sofriam o drama social da intolerância religiosa. Nas palavras de Caenegem, **“muitos estavam dispostos a pagar o preço da intolerância se isso lhes permitia escapar aos horrores das guerras de religião, civis ou internacionais. A rejeição da religião da coroa, ou até somente a sua crítica, era considerada deslealdade e traição”.**²⁵³ A intolerância, no entanto, não serviu para fortalecer a unidade estatal, antes, contribuiu para sua debilidade institucional e econômica, com a evasão dos melhores cérebros para outros países mais tolerantes do ponto de vista religioso.

Entretanto, o fato político e jurídico decisivo às transformações que se seguiram correspondeu à obstinada rejeição dos liberais ao Absolutismo, mesmo em sua mais branda forma, o chamado Absolutismo Iluminado. A censura voltava-se contra a natureza arbitrária e, portanto, imprevisível do governo pessoal que desprezava a *rule of Law*, colocando em perigo a liberdade

²⁵¹ CAENEGEM, R.C.van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Ob.cit. Nesse sentido, ver pp. 119-123.

²⁵² CAENEGEM, R.C.van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Ob. cit. Nesse sentido, p. 122.

²⁵³ CAENEGEM, R.C.van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Ob.cit., p.124.

individual e o direito de propriedade. A questão política central parecia contemplar dois lados igualmente importantes: de um, a importância da *rule of Law*, com um governo limitado pelas leis e que funcionasse consultando à nação, protegendo a liberdade pessoal, os direitos de escolha dos cidadãos e a propriedade privada; de outro, a necessidade de um governo centralizador e forte que contasse com uma burocracia ordeira e eficiente, estabelecendo políticas públicas marcadamente mercantis, protegendo a indústria nacional nascente. A Inglaterra parece ter sido pioneira na solução do impasse, desde que estabeleceu uma monarquia constitucional e parlamentar, dotada de um governo central sólido, capaz de proteger os interesses do país, mas que, por outro lado, só poderia atuar dentro dos parâmetros traçados pelas leis, graças à força de um poder judicial influente e independente. O monarca tinha, ainda, de respeitar os direitos individuais assegurados legalmente e governar com o apoio da maioria parlamentar que, na Casa dos Comuns, era eleita pelos habitantes.²⁵⁴

Contudo, o referido regime absoluto clássico ou Alto Absolutismo foi, apenas, uma fase temporária no desenvolvimento do Direito público, na medida em que o exercício pessoal do poder, sem limitações, pelo monarca não mais foi aceito nas nações. Em países que mantiveram a monarquia, esta sofreu profunda modificação estrutural, pois o papel do rei passou a ter conotação formal, sendo que as decisões políticas ficaram a cargo dos parlamentos e dos governos apoiados por maiorias parlamentares. É o exemplo clássico da Inglaterra que, após a queda da dinastia Stuart, nos meados do século XVII, estabeleceu um regime constitucional e parlamentar, uma oligarquia de nobreza local, abrindo espaço para a prosperidade da burguesia que fez florescer a economia de mercado.

Para entender um pouco da organização do espaço público ocidental daquela época e do perfil do cidadão que nele passou a se movimentar, é preciso voltar a atenção para a doutrina de Thomas Hobbes sobre o Estado, pesquisando os argumentos que o tornaram um dos maiores teóricos da soberania estatal e do individualismo possessivo. Nos capítulos XIII a XV do **Leviatã**, obra na qual tematizou o estado de natureza e o contrato social, o referido pensador apresentou sua conhecida construção do pacto social que submeteria todos a um soberano, enquanto solução para o conflito mortal existente no chamado estado de natureza. De modo bem

²⁵⁴ CAENEGEM, R.C.van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Ob.cit., ver pp. 124-127.

resumido, o tal estado era, para ele, um verdadeiro estado de guerra, uma situação na qual, ausente a estrutura institucional do Estado, o homem levaria uma vida solitária, pobre, sórdida, brutal e breve. Um local onde, a princípio, todo e qualquer homem teria direitos ilimitados, onde todos seriam iguais na medida em que poderiam causar mutuamente suas mortes. O espaço público seria o local onde o ideal da vida igual teria uma dimensão, a tal ponto agonística, que poderia causar a recíproca aniquilação. Por quê? Por que a inclinação natural dos homens seria competir pelo poder e, para tanto, eles se valeriam de qualquer meio para obter bens futuros, especialmente, riquezas e relações importantes, enfim, os grandes poderes instrumentais. Por quê? Por que o homem seria um ser auto-interessado e extremamente perigoso.²⁵⁵

Nesse enfoque, foi a necessidade de superar o inevitável conflito armado típico do estado de natureza que geraria a exigência da ordem e o surgimento do Estado. Lendo os capítulos mencionados, fica a impressão de que uma teoria da justiça em Hobbes estaria na mais absoluta dependência da solução que ele deu ao problema da obrigação política. Aliás, é ele mesmo quem afirmou que uma noção de justiça é totalmente desprovida de sentido, a menos que seja considerada à luz da soberania. Ele disse que haveria necessidade de um poder coercitivo que obrigasse a todos os homens igualmente a cumprir as convenções e os contratos, por medo de algum castigo que pudesse ser maior que os eventuais benefícios obtidos com o descumprimento dos acordos que firmassem. Ou seja, a noção de justiça em Hobbes depende de um acordo prévio, destinado a vincular, no interesse de cada um, as ações de indivíduos racionais e auto-interessados.²⁵⁶ Mas, como o poder é sempre e inevitavelmente um dado relacional, será preciso o Direito, no caso, o Direito público, para tornar inteligíveis as escolhas políticas e legislativas dos soberanos. O Direito passaria, por decorrência, à condição meramente instrumental em relação à política, sendo que seria ela quem criaria as condições de sua aplicação. Não bastasse, sendo o poder um dado relacional, a única solução para os detentores do poder institucional seria travar um jogo de *vale-tudo* constante para obter sempre mais e mais poder. Na medida em que

²⁵⁵ HOBBS, Thomas. LEVIATÁN – O La Materia, Forma y Poder de un Estado Eclesiástico y Civil. Madrid: Alianza Editorial, 2009. Neste sentido, vide pp. 113-143.

²⁵⁶ HOBBS, Thomas. Leviatán. Ob. cit., pp. 131-132. “**Por lo tanto, antes que los nombres de justo e injusto puedan tener cabida, tiene que haber un poder coercitivo que obligue a todos los hombres por igual al cumplimiento de sus convenios, por terror a algún castigo que sea mayor que los beneficios que esperarían obtener del infringimiento de su acuerdo, y para hacer efectiva esa propiedad que los hombres adquieren en sus contratos mutuos, como recompensa por el derecho universal al que han renunciado. Un poder coercitivo así, no lo hay con anterioridad a la erección del Estado**”.

prestígio e poder se tornaram bens passíveis de apropriação privada, surgiram os inevitáveis conflitos.²⁵⁷

Se for aceita a idéia de Hobbes sobre a natureza humana irremediavelmente perigosa, então o passo seguinte será admitir que, sendo os bens escassos e o desejo humano por eles infinito, certamente, o homem não conhecerá restrições à escalada de poder. Afinal, as leis puramente naturais o autorizariam a fazer tudo para manter a própria vida. E foi, nessa linha de raciocínio, que Hobbes chegou à terrível conclusão de que todo o homem teria seu preço, mais precisamente, o quanto seria dado pelo uso de seu poder. E, de fato, ao assimilar esta doutrina filosófica, na construção institucional do Estado Liberal clássico, o homem moderno abriu, deliberadamente, um amplo espaço para o mercado exercer o seu papel de atribuir o preço de tudo e de todos. Para evitar a guerra de todos contra todos e construir um suposto mundo de paz, os modernos partiram de uma visão míope da natureza humana, reduzindo drasticamente a amplitude da razão prática.

Martin Kriele, na obra **Introdução à Teoria do Estado** (os fundamentos históricos do Estado Constitucional Democrático) faz uma interessante análise das raízes do Estado Constitucional na Inglaterra do Século XVII.²⁵⁸ Segundo ele, enquanto o Absolutismo no século XVII avançava por toda a Europa continental, na Inglaterra, o fenômeno encontrou a resistência daquele povo dotado de uma consciência jurídica a respeito das condições constitucionais da liberdade que correspondeu à raiz histórica do Estado Constitucional, hoje, disseminado pelo Ocidente. O conflito histórico, entre o Absolutismo e o Estado Constitucional, ocorreu, antes da guerra civil, que durou de 1642 a 1649, e se tornou o centro das discussões políticas desde a ascensão ao trono do rei Jaime I. O nó górdio consistia em decidir se deveria ser aplicada a Inglaterra a doutrina da soberania francesa esboçada no século XVI. A Rainha Elisabeth I parece ter sido sábia o bastante para evitar colisões constitucionais contra o Parlamento e os tribunais da *Common Law*. Contudo, seu sucessor Jaime I seguia a linha dura do Absolutismo, o que incomodava o povo inglês. Não bastasse, seu filho e sucessor, Carlos I, teve uma vontade de imposição mais forte que a de seu pai e desconsiderou audaciosamente a Carta de Direitos. Segundo o referido Autor, as

²⁵⁷ KRIELE, Martin. *Introdução à Teoria do Estado*. Ob.cit. Nesse sentido, ver a análise que o Autor fez do individualismo utilitarista nas páginas 43-50.

²⁵⁸ KRIELE, Martin. *Introdução à Teoria do Estado*. Ob. cit., pp. 133-168.

provocações desses dois Stuarts dividiram o povo o que desencadeou a guerra civil. Nas suas palavras,

“Após uma recusa de mais de uma década de convocar o parlamento, após aumentos de impostos sem aprovação parlamentar, após o apoio das tentativas confessionais de unificação de *Laud* e outras tantas situações, a tentativa de prisões arbitrárias através da violação dos Direitos de imunidade parlamentar e a quebra da promessa dada com a aceitação da *Bill of Rights*, extrapolaram os limites admissivos aos olhos dos ingleses, o que causou uma revolta aberta e, com isso, a guerra civil”.²⁵⁹

Como bem pontuou Kriele, a *Common Law* continha uma série de normas constitucionais que regulavam, principalmente, a participação do Parlamento na legislação e na reforma legislativa, no aumento de impostos, na proibição de violações à lei também pelo monarca, e, sobretudo, a proteção do indivíduo contra morte arbitrária, punição, privação e prisão, regras que não eram compatíveis com a noção de Estado absolutista. Não se pode afirmar que os absolutistas seriam favoráveis às prisões e mortes arbitrárias, entretanto, eles confiavam tudo a uma suposta ponderação e espírito de equidade do soberano. Isso era o mesmo que deixar os interesses dos cidadãos nas mãos de um rei contra quem não deveria haver proteção jurídica. Jaime I tentou extrapolar os limites da *Common Law*, aprovando decretos que, a rigor, eram da competência da Casa Legislativa. O Parlamento foi aos tribunais da *Common Law*, solicitando uma solução para este conflito de competências, saindo vencedor. De fato, os parlamentares e juristas ingleses fizeram forte oposição à idéia de substituir todo o Direito Constitucional pela filosofia do Estado absolutista. Estava posta a questão política fundamental a ser resolvida: deveria continuar a valer, materialmente, a antiga concepção inglesa de *Rule of Law*, ou deveria ser adotada a concepção estatal absolutista da Europa continental? Deveria ser mantida a possibilidade de reforma dos direitos apenas pela via do processo legislativo legitimado pela mútua colaboração entre o rei e o parlamento, ou deveria ser adotada uma filosofia estatal jusnaturalista que revogaria as referidas regras de cooperação entre as instâncias, conferindo amplos poderes apenas ao monarca, este, colocado acima da ordem jurídica até então vigente?²⁶⁰

Foram essas controvérsias constitucionais a força motriz da divisão política que, mais tarde, levou à guerra civil. Se, por um lado, o povo inglês, já naquele tempo, tinha formado uma consciência jurídica sobre o fenômeno da liberdade, por outro, não se pode negar que a intenção

²⁵⁹ KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Ob. cit., pp. 135-136.

²⁶⁰ KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Ob. cit., pp. 136-138.

dos absolutistas era a de afastar o perigo de uma guerra civil, garantindo a paz interna. A *Common law* não somente limitava as prerrogativas dos reis, mas também as fundamentava. Tanto que os poderes dos soberanos repousavam não apenas no uso da força, mas, especialmente, na autoridade que a *Common Law* lhes concedia. O que Thomas Hobbes, um dos maiores teóricos entre os absolutistas ingleses, quis foi apresentar solução para tais questões políticas, oferecendo uma doutrina na qual a autoridade do soberano não teria mais por fundamento a *Common Law*, mas, sim, o seu direito natural. Segundo Kriele, ao colocar o soberano, como instância neutra, capaz de assegurar a paz, automaticamente, desqualificavam-se eventuais opositores ao regime. Mesmo que não fosse este o objetivo final, o resultado foi o de fanatizar a luta. Aliás, a noção que tem dominado a teoria política, por séculos, que separa Estado e sociedade, teria por base a enganosa idéia de que um rei pudesse ocupar uma posição neutra fora do âmbito das forças sociais de concorrência e poder. A ilusão vem à tona e perde sua força de convencimento quando se pensa na possibilidade de existir uma oposição republicana que não possa ser desmoralizada. Nas palavras do referido Autor, “a teoria absolutista da segurança intrastatal da paz, readaptada à concreta situação histórica da Inglaterra, reza: se as prerrogativas de soberania de Carlos I da Inglaterra tivessem sido reconhecidas no todo, se, portanto, os ingleses tivessem estado dispostos a renunciar a direitos opostos e a adequar-se, sem resistência, às prerrogativas do rei, inclusive, à sua exigência por conformidade confessional, então não se teria chegado à guerra civil”.²⁶¹

É muito possível que Hobbes tenha pensado, primeiro, nos Direitos humanos e, só após, a soberania. Afinal, o mais humano dos direitos é mesmo este de tudo fazer para preservar a própria vida. Se, no enfoque de Hobbes, a característica essencial da Humanidade é o auto-interesse, então a Lei Natural, na sua visão, deve corresponder a um conjunto de preceitos fundamentais que todos devem seguir para assegurar a manutenção de suas vidas. Este conjunto de preceitos, como um arsenal para sobrevivência, seria o direito subjetivo primário dos indivíduos e que precederia a toda e qualquer norma. Era a maneira liberal de abordar o mundo que, muito tempo depois, já no século XVIII, foi tão bem assimilada pela Doutrina do Direito de Immanuel Kant, para quem a lei universal do Direito corresponderia à permissão para agir

²⁶¹ KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Ob. cit., pp. 146-149.

externamente de tal modo que o uso livre do próprio arbítrio pudesse coexistir com a liberdade dos demais segundo uma lei universal.²⁶²

Hobbes, vinte e cinco anos após a eclosão da guerra civil, atribuiu toda a culpa do conflito aos envolvidos, ressaltando, apenas, os dois reis da dinastia Stuart. Como bem enfatizou Kriele:

“Hobbes sonhava com a monarquia absoluta, mas esclarecida. Mas monarquia esclarecida não é uma forma estatal que se possa instituir constitucionalmente. Forma estatal é somente a monarquia absoluta; se o monarca pensa e age de forma esclarecida é questão de sorte, e as chances não são muito grandes. (...) Hobbes se mostra totalmente cego para os perigos que possam surgir no poder ilimitado do soberano devido à ambição de poder, vingança, cobiça, inveja, também por ressentimento contra espírito e razão, a partir da brutalidade e vileza, e assim por diante”.²⁶³

Para Hobbes, partindo do pressuposto de que a razão humana era serva das paixões, a Primeira Lei Natural ou a Lei Fundamental da Natureza voltava-se à proteção da vida, acenando com um cenário de paz só possível para aqueles que estivessem devidamente preparados para a guerra. Por quê? Três argumentos centrais foram utilizados pelo pensador: porque o homem tem medo da morte; porque deseja as coisas necessárias para a manutenção da vida, e porque tem esperança de obtê-las por meio do trabalho. Na realidade, o Estado já era esboçado como um ente que protegeria a vida, a propriedade privada e o trabalho.²⁶⁴ Pela Segunda Lei Natural, seria possível a realização do contrato social, por meio do qual o homem renunciaria a esse direito subjetivo natural a todas as coisas, desde que os demais também o fizessem. Renunciáramos a tudo para preservar a vida e a propriedade. Precisamente, este ato de renúncia coletiva é que criaria um ente capaz de garantir a paz: o Estado.²⁶⁵

²⁶² KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Ob. cit., p.40. Vale citar o que o filósofo estabeleceu, como lei universal do Direito: **“obra externamente de tal modo que o uso libre de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de cada uno según una ley universal, ciertamente es una ley que me impone una obligación, pero que no espera en modo alguno, ni menos aun exige, que *deba yo mismo* restringir mi libertad a esas condiciones por esa obligación, sino que la razón sólo dice que está restringida a ello en su idea y que también puede ser restringida por otros de hecho; y esto lo dice como un postulado, que nos es susceptible de prueba ulterior alguna”.**

²⁶³ KRIELE, Martin. Ob. cit. Introdução à Teoria do Estado. Nesse sentido, ver pp. 151-153.

²⁶⁴ HOBBS, Thomas. *LEVIATÁN*. Ob. cit., p.120. Nas palavras de Hobbes, **“La ley fundamental de naturaleza: como consecuencia, es un precepto o regla general de la razón el que **cada hombre debe procurar la paz hasta donde tenga esperanza de lograrla; y cuando no puede conseguirla, entonces puede buscar y usar todas las ventajas y ayudas de la guerra.** La primera parte de esta regla contiene la primera y fundamental ley natural, que es ésta: **buscar la paz y mantenerla.** En la segunda parte se resume el derecho natural: **defendernos con todos los medios que estén a nuestro alcance”.****

²⁶⁵ HOBBS, Thomas. *LEVIATÁN*. Ob.cit., p.120. Para Hobbes: **La segunda ley de naturaleza**. De esa ley fundamental de naturaleza que manda a los hombres empeñarse en conseguir la paz, se deriva esta segunda ley: **que un hombre debe estar deseoso, cuando los otros lo están también, y a fin de conseguir la paz y la defensa**

Nesse enfoque, o Estado seria criado a partir do contrato social e, em favor dele, seria feita a referida renúncia à liberdade ilimitada. Mas, é bom enfatizar que esta renúncia não poderia ser feita no estado de natureza, justamente, porque seria preciso um terceiro ente capaz de garantir a viabilidade deste pacto de renúncia. Isso só seria possível acontecer no estado civil, pois pactos sem espada não passariam de palavras. Sendo assim, o surgimento do Estado corresponderia à autorização dada por cada um, cedendo seu direito de autogoverno a uma pessoa ou a uma assembleia de pessoas, sob a condição de que todos os envolvidos dessem suas autorizações e cedessem seus direitos, do mesmo modo. O objeto desta renúncia seria precisamente esta liberdade de autogoverno, ou de dispor de todos os meios necessários para preservação da própria vida. Segundo Kriele:

“A teoria absolutista da segurança intra-estatal da paz, readaptada à concreta situação histórica da Inglaterra, reza: se as prerrogativas de soberania de Carlos I da Inglaterra tivessem sido reconhecidas no todo, se, portanto, os ingleses tivessem estado dispostos a renunciar a Direitos opostos e a adequar-se, sem resistência, às prerrogativas do rei, inclusive à sua exigência por conformidade confessional, então não se teria chegado à guerra civil. Se os ingleses e, sobretudo, os juristas tivessem renunciado à *Common Law*, inclusive ao Direito Constitucional e, em vez disso, lido a tempo a filosofia estatal absolutista e a recepcionado, imediatamente, rejeitando todas as filosofias estatais concorrentes – então teria sido evitada a guerra civil”.²⁶⁶

Nesse enfoque, o que Hobbes queria era a afirmação de um poder absoluto, sem limites, irrevogável e, principalmente, indivisível. Afinal, na divisão e no conflito, Hobbes via a guerra, ou tudo o que ele não queria. Seria como uma troca de obediência por proteção, na qual o cidadão obedeceria ao ente que o protegeria, enquanto permanecesse esta proteção segundo uma vontade geral. A vontade deste Estado também passou a ser a vontade de cada um, delineando as noções de representação do poder e da soberania. O que Hobbes parece não ter visto, a razão mesma de seu equívoco, foi o de atribuir à soberania absoluta a virtude de evitar a guerra civil. Muito ao contrário de sua intenção final, ao declarar um só lado, o dos partidários do Absolutismo, como o lado da paz, fez uma desqualificação da oposição e, com isso, foi aberto largo espaço para conflitos sangrentos.²⁶⁷ Segundo Kriele:

“A confiança irrefletida na boa índole do governante, que irá recompensar a obediência com proteção, é o fundamento do pensamento estatal de Hobbes. Uma teoria estatal que simplesmente ignorou a continuação da guerra civil com os meios do Estado e que aceitou como moeda de troca as adulações dos cortesãos não pode, de toda a

personal hasta donde le parezca necesario, de no hacer uso de su derecho a todo, y de contentarse con tanta libertad en su relación con los otros hombres, como la que él permitiría a los otros en su trato con él”.

²⁶⁶ KRIELE, Martín. Introdução à Teoria do Estado. Ob. cit., pp. 146-147.

²⁶⁷ KRIELE, Martín. Introdução à Teoria do Estado. Ob.cit. Nesse sentido, ver pp. 148-149.

forma, reivindicar para si ter reconhecido na pessoa o mal e disso deduzido as conseqüências para a teoria política”.²⁶⁸

É bem verdade que condicionar a prestação de obediência à de proteção não é uma inovação nas propostas políticas ocidentais. O próprio Aristóteles já chamava a atenção para o perigo que representava à democracia uma cidade cheia de pobres.²⁶⁹ Afinal, quem já perdeu tudo não tem motivos para a obediência. Contudo, na compreensão da Antiguidade clássica, a motivação para o convívio humano, ao menos na perspectiva de Aristóteles, repousava na amizade. Muito diferente da perspectiva antropológica de Hobbes, na qual o homem é, ele mesmo, um ser em permanente conflito com seus semelhantes. A infelicidade desta influência foi a eliminação do espaço para a amizade entre os cidadãos. Se a diferenciação das várias dimensões humanas foi um grande e decisivo passo na evolução humana, o outro lado obscuro desta conquista se apóia em uma visão do homem como um ser solitário, vivendo num mundo de inimigos. Mundo no qual a paz só é possível pela via do contrato social que, desde então, se tornou a base constitutiva da sociedade civil. Mas, trata-se de uma paz armada. Construir um projeto social no qual as pessoas são responsabilmente adultas por suas próprias escolhas é inegavelmente algo racional. A irracionalidade está na total indiferença em relação ao bem comum.

Vale enfatizar que o dever de obediência inaugurado na visão moderna não é um princípio básico do raciocínio prático, mas apenas uma estratégia externa a qualquer noção particular de bem. O princípio fundamental da lógica liberal passou a ser o “*manter-se vivo*”. Por decorrência, o Direito positivo para Hobbes correspondia às leis do estado civil. Eram os comandos de que disporia a autoridade principal na direção da cidade (**o soberano**). Portanto, os preceitos conteriam, em si mesmos, as razões da obediência e, sendo assim, seriam inquestionáveis sob o ponto de vista material. As leis naturais guardariam, nesse enfoque, relação fundamental de

²⁶⁸ KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Ob. cit. Neste sentido, ver pp. 154-158.

²⁶⁹ ARISTÓTELES. Política. Ob.cit., p. 144, *item 1296 a*: Para o Filósofo, “origina-se assim uma cidade constituída de escravos e senhores, e não de homens livres, e de uma classe invejosa e outra desdenhosa. Tal situação está muito distante **da amizade e da comunidade política, pois a amizade é um elemento constituinte da comunidade**, já que não se gosta sequer de ir pelo mesmo caminho com inimigos. Mas certamente o ideal para uma cidade é ser composta na medida do possível de pessoas iguais e identificadas entre si, e isso acontece principalmente na classe média; conseqüentemente, uma cidade composta de pessoas da classe média será fatalmente melhor constituída quanto aos elementos dos quais dizemos que as cidades são naturalmente feitas. Esta é também a classe mais segura na cidade, pois os cidadãos que a compõem não cobiçam os bens dos outros, como fazem os pobres, e não são, como os ricos, objeto da cobiça dos pobres; como eles não tramam contra os outros, nem os outros tramam contra eles, os componentes da classe média passam a vida livre de perigo”.

validade em relação às leis civis da cidade. Como bem pontua Kriele, hoje, se concorda que Hobbes era um individualista e que não queria destruir a liberdade dos indivíduos, mas, sim, assegurá-la. Era um iluminista, acreditava na equidade e no Direito natural. O problema é que, muito provavelmente, ele não pensasse nas instituições iluministas, investindo toda a credibilidade em um governante supostamente esclarecido. Graças à razão, os indivíduos criariam o Leviatã artificial, o Estado máquina, forte o suficiente para proteger a todos. Mas, seria uma proteção que deixaria espaço para a consciência individual, o que acentua a importância das reflexões deste pensador na formação do conceito de direito subjetivo no sentido moderno. Contudo, nas palavras de Kriele:

“Foi um engano fundamental pensar que a razão pudesse ser garantida por monarcas esclarecidos. Não se necessita de um monarca esclarecido, e sim, de instituições esclarecidas. O mais sábio dos monarcas não pode possuir mesmo que somente uma parcela da sabedoria já incorporada ao Direito. (...) Então as instituições jurídicas tentam, de toda forma, garantir proteção e liberdade. Essa visão se tornou um dos fundamentos essenciais da legitimidade do Estado Constitucional quando, no século XVII, tratava-se de impedir a introdução do Absolutismo na Inglaterra”.²⁷⁰

O problema do pensamento de Hobbes está no modo como ele acessou a realidade. A nova chave de leitura para a natureza humana foi drasticamente reduzida à visão medíocre do “*homem lobo do homem*”. O equívoco está na persistência, ao longo dos séculos, dessa perspectiva antropológica. Ao partir do princípio de que o homem existe antes da sociedade, Hobbes literalmente se afastou da concepção de homem como *animal político*. Nesse novo enfoque, o convívio humano, como decorrência do afeto natural, na visão de Aristóteles, foi riscado da sua teoria. Não se pode tirar a razão de Hobbes na abordagem que fez do mundo de seu tempo. Ele deve ter visto, no cenário sangrento da Europa do início da Modernidade, com suas guerras confessionais, pobreza e ignorância, um real estado de natureza, destituído de moral, de justiça e de razão. Um estado da *lei do mais forte*, onde todos só lutavam por seus próprios interesses, reduzindo a essência humana à guerra de *todos contra todos*. A única saída encontrada pelo pensador foi a fuga para o estado civil, sede para alguma chance de sobrevivência.

Prosseguindo na análise das importantes influências sobre a construção dos atuais modelos institucionais, repercutindo no espaço que se abre à movimentação dos cidadãos, tem-se, necessariamente, de estudar, além de Thomas Hobbes, um pouco do legado de John Locke,

²⁷⁰ KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Ob. cit., p.159.

visando entender as origens intelectuais do individualismo utilitarista e sua influência sobre os arranjos institucionais do Estado Constitucional. Em especial, ter acesso a uma de suas obras: **Dois Tratados do Governo Civil**²⁷¹. O que está sob questão, neste texto de extraordinária atualidade para os estudiosos do Direito constitucional, mais especificamente, o **2º Tratado** (que é o mais conhecido), é o modo de organização da vida política e moral de um povo. Essa é a grande chance que se tem de, contando com a sabedoria da tradição ocidental, olhar, de uma perspectiva externa, os nossos sentimentos, comportamentos e instituições, enquanto povo, o que permitirá analisar criticamente o que realmente somos e queremos. São dados preciosos que fornecem pontos de vista que esclarecem sobre muitos dos elementos que, no dia-a-dia dos juristas, são tomados como simplesmente correlatos à condição humana. E nem sempre o são. Vale, portanto, dirigir um pouco da atenção a alguns pontos principais da obra de John Locke que, além de atuais, apóiam a reflexão sobre a realidade das práticas políticas e jurídicas contemporâneas.

Para Locke, o problema mais grave da existência política dos homens consistia em saber a quem seria devida a obediência. Nessa medida, a questão central ao debate político não estaria em saber se existe, ou não, poder no mundo, tampouco, averiguar sobre sua origem provável. Mas, apenas, definir quem deveria detê-lo. E esta resposta, para John Locke, só poderia ser dada pela razão humana. Sem dúvida, a base de sua filosofia política era a razão humana e, não, o argumento da autoridade, na época, o direito divino dos monarcas o qual ele rejeitava cabalmente. Ao menos teoricamente, o referido pensador defendia a tese da igualdade natural dos homens²⁷². Para ele, os elementos fundamentais da vida humana eram a liberdade, a igualdade e a propriedade. Ele concordava com Hobbes de que existia um direito natural fundamental que era o direito de autopreservação. Contudo, foi muito mais além que seu antecessor. Os preceitos da Lei Moral eram deduzidos das condições impostas por este desejo de autopreservação que nos é inerente. O estado de natureza, na sua visão, tinha um significado diferente daquele atribuído por Hobbes. Contra a tese de Hobbes, para Locke, o estado de natureza era um estado de paz. Locke recorreu a Deus para fundamentar a igualdade entre os homens. Na sua percepção, as regras da

²⁷¹ LOCKE, John. *Dois Tratados do Governo Civil*. Tradução e Introdução de Miguel Morgado. Revisão Luís Abel Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006.

²⁷² LOCKE, John. *Dois Tratados do Governo Civil*. Ob. Cit., 1º Tratado, § 67, p.147. “... **todos partilham a mesma natureza, as mesmas faculdades e os mesmos poderes, são iguais por natureza, e devem participar dos mesmos direitos e privilégios ...**”.

justiça são comandos de Deus. Pela via da razão e do conhecimento de Deus, os seres humanos seriam capazes de admitir que obedecer à Lei Natural seria justo porque seria – e continua sendo – justo obedecer a Deus. Não havia para Locke nada mais evidente do que a igualdade moral dos homens ou, o que para ele tinha o mesmo significado, a igual liberdade e a independência de todos os homens. O argumento teológico da igualdade natural serviu para justificar sua afirmação de que os seres humanos eram invioláveis (**em seus direitos**) e de que o estado de natureza era, na verdade, um estado de paz. O fato de os seres humanos serem propriedades de Deus lhes conferiria direitos, mais especificamente, o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à saúde e aos bens materiais, todos, direitos passíveis de reivindicação no plano mundano das relações interpessoais, tanto no estado de natureza quanto na vida em sociedade.

Martin Kriele afirma que Locke retomou o princípio individualista-utilitarista de Hobbes e o aplicou à realidade da sociedade inglesa de seu tempo. Nessa medida, o Direito natural sofreu influência do individualismo possessivo, uma variante do individualismo utilitarista. Este consistiria em que todo o interesse próprio, inclusive, a liberdade pessoal fosse articulada na linguagem da propriedade. Para Kriele, Locke via a propriedade como fundamento de toda a liberdade, conferindo a ela um valor superior a todos os outros bens jurídicos. Em função do princípio individualista, Locke não conseguiu fundamentar os direitos pessoais de liberdade como Direitos fundamentais. Por conseguinte, Kriele atribui a Locke a responsabilidade pela degradação da idéia dos Direitos fundamentais na Inglaterra. Os imigrantes levaram as idéias de Locke para a América e, em parte, as institucionalizaram em suas Constituições. Na Inglaterra, no entanto, dada a consciência jurídica que aquele povo tinha a respeito da liberdade, os princípios de Locke sustentaram apenas a idéia da soberania parlamentar. Em síntese, eleições regularmente realizadas do legislador parlamentar levavam em conta as necessidades de propriedade e de mercado do individualismo possessivo, desde que os “despossuídos” fossem destituídos de identidade e excluídos do direito de voto. Pode-se imaginar a dimensão do desastre político e social que tais idéias passaram a representar, na medida em que mais da metade da nação inglesa foi excluída e abandonada a uma vida de miséria.²⁷³ Segundo Kriele, **“Locke, que participava do comércio de escravos e exigia que se mantivessem no trabalho crianças de beneficiários de ajuda social a partir dos três anos, não quis proteger institucionalmente um**

²⁷³ KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Ob. cit. Nesse sentido, ver pp. 248-250.

único Direito de liberdade”.²⁷⁴ Se, por um lado, a proteção da propriedade sempre fez parte dos direitos clássicos de liberdade, no modelo do liberalismo constitucional clássico, por outro, a trágica influência do individualismo possessivo fez com que se perdesse a função da Dignidade humana nos modos de lidar com o direito de propriedade. Como enfatizou Kriele, **“quem não tem propriedade não poderia ser um membro valioso da sociedade”.**²⁷⁵

Teoricamente, ninguém poderia lesar, de modo legítimo, o próximo nos seus Direitos fundamentais. Quanto à amplitude que Locke conferiu a titularidade de direitos, novamente no plano da teoria, para ele, os direitos das pessoas decorriam do fato de que elas seriam obras e propriedades de Deus. Mais do que isso, os homens seriam portadores de direitos, na exata medida da igualdade que definia a relação de todos com Deus, relação esta que era também o fundamento da liberdade natural. Em palavras bem simples, Locke recorreu a Deus para fundamentar a igualdade entre os homens, garantindo a recíproca inviolabilidade moral. Kriele adverte que Locke resumiu o conceito de Direitos fundamentais em vida, liberdade e propriedade. Na prática, só o que interessava era a proteção da propriedade. Tanto que a proteção da vida e da liberdade, ele confiava aos tribunais da *Common Law*, enquanto que a propriedade era assegurada, não pelos Direitos fundamentais, mas, sim, pelo Direito eleitoral, este, reservado só aos possuidores. Especialmente, os grandes proprietários conservariam a sua riqueza, sem correr o risco de que os pobres pudessem recorrer a *Common Law* para subtrair-lhes os bens patrimoniais. Nas lúcidas palavras de Kriele, **“a propriedade é protegida mais eficazmente do que através de Direitos fundamentais, ou seja, através do poder. Muitos elementos do liberalismo constitucional do século XVII foram mantidos por Locke, mas foram adequados aos interesses da burguesia possuidora. (...) o individualismo da posse leva, em última consequência, a uma concepção: Constituição no âmbito da economia, enquanto o real pensamento do liberalismo constitucional era: economia no âmbito da Constituição”.**²⁷⁶ Sendo assim, ainda que ele falasse muito em Deus e na igualdade entre os homens, sua doutrina só admitia solidariedade entre aqueles que tinham posses, atribuindo somente aos proprietários uma cidadania efetiva. Para Kriele, **“o problema de legitimidade lançado pelo individualismo da posse pode ser assim resumido: o individualismo da posse corrompe a economia de**

²⁷⁴ KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Ob. cit., p.249.

²⁷⁵ KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Ob. cit., p. 250.

²⁷⁶ KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Ob. cit., pp. 250-251.

mercado e a economia de mercado, corrompida pelo individualismo da posse, corrompe o Estado Constitucional”.²⁷⁷

Sua teoria política, embora guardasse um núcleo de crueldade, soube estabelecer a distinção entre poder político e poder paternal, ato seguinte, distinguiu qualitativamente as instâncias estatais e familiares, e principalmente, foi capaz de elaborar uma tese que justificasse a distinção entre o público e o privado. Sendo a razão a Voz de Deus no homem, dizia que a sociedade humana estável e duradoura tinha, por único e exclusivo fundamento, o acordo voluntário das partes. Agir moralmente era agir em conformidade com a própria natureza, obedecendo, pela mesma via, à Vontade de Deus. Corolário lógico, os preceitos da Lei Natural consistiam na preservação do gênero humano e da paz. A Lei Natural em Locke correspondia à regra de retidão moral. Era a lei que comandava o bem e proibia o mal. A virtude humana estaria neste poder que temos de negar os desejos que não são sancionados pela razão. Defendeu uma pedagogia de liberdade no seio das famílias, de tal modo que, assim que os filhos atingissem o “*estado da razão*”, eles se tornariam indivíduos livres. Uma de suas propostas foi, portanto, a de dar uma nova dimensão à família tradicional, na medida em que o caráter autoritário ou despótico foi transformado na direção de um lugar de relações tendencialmente igualitárias que acabaria se projetando na estrutura institucional da sociedade como um todo.²⁷⁸

Depois de declarar que todos são propriedades de Deus, Locke iniciou sua teoria sobre a propriedade terrena propriamente dita, afirmando que **“todo o homem tem a propriedade da sua própria pessoa. A esta mais ninguém tem direito senão ele”**.²⁷⁹ Logo, todo o título válido para um bem derivava de um direito natural anterior e independente ao surgimento do Estado. E foi esta percepção de fundo que fez toda a diferença no modo como, a partir das idéias deste pensador, o constitucionalismo moderno foi perdendo sua densidade ética. Basta prestar a

²⁷⁷ KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Ob. cit., pp. 251-252.

²⁷⁸ LOCKE, John. Dois Tratados do Governo Civil. Ob. cit., p. 235. **2º Tratado, §6º**: Nas palavras de John Locke, **“Embora se trate de um estado de liberdade, não é contudo um estado de licenciosidade. Apesar de o homem nesse estado gozar de uma liberdade incontrolável para dispor da sua pessoa e do que possui, não goza da liberdade para se destruir a si mesmo, nem nenhuma criatura que esteja na sua posse, a menos que um fim mais nobre do que a sua simples preservação o exija. O estado de natureza é governado por uma lei natural a que todos estão sujeitos. A razão, que é essa lei, ensina a humanidade inteira que a consultar que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar outro na sua vida, na sua saúde, na sua liberdade, nem nas suas posses.”**

²⁷⁹ LOCKE, John. Dois Tratados do Governo Civil. Ob. Cit., p. 251. **2º Tratado, §27.**

atenção no que o filósofo disse sobre a propriedade, no Capítulo V do **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**,²⁸⁰ pelo qual a validade do título dependeria do fato de que cada um é proprietário de si mesmo. Locke, de fato, precisava desta premissa para fundamentar o caráter natural da propriedade privada. Sendo assim, todos os indivíduos seriam invioláveis e não estariam sujeitos à vontade dos outros. Não se sabe ao certo se Locke atribuía primazia aos direitos individuais em relação às obrigações impostas pela Lei Natural. Mas, sem dúvida, segundo ele, a condição de seres racionais convertia os homens em portadores de direitos iguais. Na doutrina de Locke, a noção de pessoa, como aquele ser dotado de uma faculdade específica chamada razão, ao qual seria conferida a titularidade de direitos, na prática, só valia mesmo para o afortunado proprietário. Além disso, a referida noção de pessoa incluiria também a do trabalho o qual as pessoas teriam condições de desenvolver. E o conceito de propriedade, como exclusão do direito dos outros, derivaria da aplicação do trabalho aos bens naturais, inicialmente, comuns e indivisíveis.

A instituição da propriedade decorreria do exercício do trabalho, independente de qualquer consenso político prévio, tendo por limite, apenas, a capacidade de consumo de quem adquiriu a titularidade sobre os referidos bens. Em outras palavras, na perspectiva de Locke, o fundamento da propriedade privada estava no indivíduo, além disso, a força do contrato social residia justamente em reconhecer alguns direitos fundamentais, como os direitos à vida e à propriedade, dos quais poderiam depender uma ordem igualitária e eficiente da sociedade civil. A noção de propriedade em Locke tinha um sentido muito abrangente, englobando as noções de vida, liberdade e bens materiais. Não bastasse, a perspectiva da justiça tinha por pressuposto a da propriedade. Sendo assim, a prática da justiça envolvia uma disposição para respeitar os direitos dos outros homens, ou seja, para não prejudicar nem atentar contra sua vida, liberdade e bens materiais. No mundo real da Inglaterra de seu tempo, a lógica doutrinária de Locke foi bem articulada para garantir a proteção da riqueza de alguns poucos, mantendo bem distantes os muitos que nada possuíam.

O diferencial na obra de Locke está no fato de que ele introduziu uma nova dimensão econômica no estado de natureza com dramáticas conseqüências: a desigualdade material entre os

²⁸⁰ LOCKE, John. Dois Tratados do Governo Civil. Ob.cit., pp. 250-268.

homens que se acentuou nos estágios posteriores da revolução industrial no que diz respeito às posses privadas em sentido bem amplo. De fato, neste pensador, já se pode identificar as raízes do utilitarismo na medida em que ele nunca hesitou em afirmar que o grande propósito da fundação das sociedades civis era justamente a proteção e o aumento da propriedade. Expressamente, ele disse que **“a preservação da sua propriedade é o fim principal e capital em vista do qual os homens se unem em comunidades políticas e se submetem ao governo. Do estado de natureza estão ausentes muitas das condições de realização desse fim”**.²⁸¹ Locke identificava o ser proprietário com o defensor das liberdades individuais contra o exercício do poder político tirânico. Esta correlação entre uma forma de domínio e a liberdade está presente em toda a obra do Autor. Nesse enfoque, os fins do governo civil em Locke só poderiam consistir na proteção e estímulo à indústria honesta do gênero humano por meio das leis estabelecidas da liberdade.

No Capítulo IX do **Segundo Tratado**, §§ 123 a 131,²⁸² Locke discorreu sobre a origem do poder político como corolário lógico do consentimento dado, pelos cidadãos, pois, para ele, o governo fundado no consentimento seria o único que gozaria de plena legitimidade. Este consentimento correspondia ao ato de aceitação compatível com a liberdade racional (ou liberdade regulada pela razão humana). Trata-se, portanto, de uma teoria política de matiz fortemente individualista. Se a comunidade política reúne criaturas racionais, livres e iguais, então a obrigação política só poderia mesmo resultar do livre consentimento individual, este, imbricado indissociavelmente ao desejo de autopreservação ou, o que, para ele dava no mesmo, ao desejo de proteção da propriedade. A instituição da sociedade civil seria lógica e juridicamente distinta da instituição do governo que a serviria. Qual seria então a forma institucional mais razoável de governo? Levando em consideração os fins da associação política (garantir a vida, a liberdade e a propriedade), só poderia ser o governo das leis (na versão atual, o império do Direito). Governo dotado de um órgão legislativo representativo que subordinaria o poder executivo que só poderia agir com imparcialidade e na defesa do bem público.²⁸³

²⁸¹ LOCKE, John. Dois Tratados do Governo Civil. Ob. cit., p. 316. **2º Tratado**, § 124.

²⁸² LOCKE, John. Dois Tratados do Governo Civil. Ob.cit., pp. 315-319.

²⁸³ LOCKE, John. Dois Tratados do Governo Civil. Ob. cit., pp. 315-319.

Apoiado no conceito de confiança, Locke erigiu uma teoria política na qual estão perfeitamente distinguidas e separadas as instâncias da comunidade política e a do governo civil. Sua leitura colocou o Poder Legislativo em uma posição essencial que daria forma, vida e unidade à comunidade política. Para ele, sair do estado de natureza e entrar na sociedade civil era, principalmente, constituir uma assembléia legislativa. Ele disse, no **Segundo Tratado**, § 143 que: **“o poder legislativo é aquele que tem o direito de determinar como a força da comunidade política será empregue na preservação da comunidade e dos seus membros”**.²⁸⁴ Em outras palavras, ele atribuiu ao Poder Legislativo o papel social de um juiz comum a todos os membros da comunidade, transformando-se na sede da deliberação pública, da escolha e da liberdade. Nessa medida, as leis civis elaboradas pelo Legislativo (desde que legítimo) traduziriam as obrigações políticas às quais todos os súditos estariam submetidos. Por conseqüência, a igualdade jurídica ficaria assegurada pelo império das leis e permitiria a livre ação dos indivíduos, devidamente protegidos em uma esfera própria de autodeterminação. O problema desta doutrina, aparentemente dotada de lógica racional, é que, neste Legislativo supostamente legítimo, os pobres não teriam acesso ou voz.

A razão possibilitaria o conhecimento das leis e estas protegeriam a ação individual. E é, dessa maneira, que o indivíduo em Locke – que não é o cidadão em Aristóteles – adquiriria a liberdade política. Mas, que tipo de liberdade seria essa? A liberdade, segundo a perspectiva de John Locke, corresponderia ao julgamento racional que os homens seriam capazes de fazer e que determinaria suas condutas como seres livres. Como, num contexto político, a vida racional deveria desenvolver-se no cumprimento das leis, para ele, o governo das leis era, ao mesmo tempo, um meio e um fim em si mesmo. Aqui, ao contrário de Hobbes, já se esboçava uma visão de soberania bastante moderada. Se, por um lado, obedecer às leis consentidas e justas seria um sintoma de razoabilidade, por outro, o governo das leis estaria a serviço da realização dos fins que os homens perseguiriam quando se reunissem em uma comunidade política. Sendo assim, o governo civil só seria legítimo se fosse limitado.

À pergunta sobre a legitimidade do governo, John Locke respondeu com suas teses sobre a natureza contratual da comunidade política e sobre a natureza fiduciária do governo civil. Como

²⁸⁴ LOCKE, John. Dois Tratados do Governo Civil. Ob.cit., pp. 329-330.

assegurar que os atos levados a cabo pelo governo serviriam efetivamente ao bem público? Ou, indagando de outro modo, como garantir que quem governasse o faria legitimamente? A resposta para ele estava no limite que o poder do povo sempre foi. O governo civil existiria para proteger os direitos individuais e teria, nessa proteção, sua única justificação. Ele disse, no **Segundo Tratado**, § 149, que: **“a comunidade retém perpetuamente um poder supremo de se salvar das tentativas e desígnios de qualquer pessoa, incluindo os seus legisladores, sempre que forem tão tolos ou tão malvados a ponto de conceber e levar a cabo desígnios que atentem contra as liberdades e propriedades do súbdito”**.²⁸⁵ Em Locke, a comunidade era sempre o poder supremo. De fato, o povo que formava a comunidade política era, para a teoria política de Locke, um supremo tribunal constitucional. Nas suas palavras, **“o fim do governo é o bem do género humano. E o que é melhor para o género humano? Que o povo esteja sempre exposto à vontade sem freios da tirania ou que em certas ocasiões se resista aos governantes quando exorbitam o uso de seu poder e o utilizam para destruir, e não para preservar, as propriedades de seu povo?”**.²⁸⁶

Os desdobramentos práticos posteriores do pensamento individualista possessivo, na vida social e econômica das sociedades ocidentais, especialmente, com o abandono do tradicional modelo econômico de mercado em favor de um amplo *laissez-faire*, foram terríveis, produzindo o igualmente nocivo oposto dialético: o marxismo. Ambos, individualismo possessivo de um lado e marxismo de outro, colocaram em dúvida as bases de legitimidade do Estado Constitucional, além de importarem no sacrifício de milhões de vidas humanas. Como bem pontuou Kriele, **“o corrompimento individualista de posse, primeiro da economia de mercado e, depois, do Estado Constitucional, leva à reinterpretação da Constituição, especialmente, de seus Direitos fundamentais a serviço de interesses individuais, à custa do Estado Constitucional e da própria Dignidade humana”**.²⁸⁷ O Autor diz, ainda, que o individualismo possessivo corrompe a economia de mercado porque tenta sempre driblar os controles legais estabelecidos para assegurar o bem comum da comunidade política.²⁸⁸ Nas suas palavras, **“o corrompimento individualista de posse do Estado Constitucional consiste na reinterpretação dos Direitos**

²⁸⁵ LOCKE, John. Dois Tratados do Governo Civil. Ob.cit., p.332.

²⁸⁶ LOCKE, John. Dois Tratados do Governo Civil. Ob. cit., p. 382, §229.

²⁸⁷ KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Ob. cit., p. 252.

²⁸⁸ KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Ob. cit., pp. 253-255.

fundamentais no sentido de que deve proteger o surgimento do poder econômico, em vez da dignidade humana, e torna inconstitucionais medidas estatais correspondentes”.²⁸⁹

Há, como se vê, um princípio implícito nas teorias de Thomas Hobbes e John Locke, mais precisamente, o de que seria algo muito positivo, para o projeto humano de vida em sociedade, a passagem do estado de natureza para o estado civil, fazendo nascer a obrigação política e consolidando as instituições, segundo um enfoque que une os ideais de justiça e de estabilidade. O que passou a ser avaliado não foi o fato da dominação, mas o caráter justo ou injusto do ato de dominar. Lançando um olhar ético sobre o poder institucional, a justiça política passou a perguntar sobre os fundamentos que tornariam legítimos a ordem jurídica e o Estado.

Nessa linha de raciocínio, o projeto político da Modernidade consistiu em reconhecer que a paz repousava sobre o respeito a fundamentais pretensões de justiça. A paz seria o produto da justiça, esta última, condição necessária à convivência humana. Por quê uma lógica racional tão convincente, na prática, não deu certo? Por quê, mais do que nunca, estamos imersos no caos da instabilidade que afeta as mais caras dimensões humanas? A reflexão impõe o necessário confronto com a dura realidade que o individualismo possessivo vem produzindo e quantas vidas inocentes ficaram pelos caminhos da Modernidade. Ao corromper a economia de mercado, o individualismo de posse fez com que o poder econômico se tornasse, em grande medida, muito mais forte que o poder estatal, reduzindo as chances de um controle legal efetivo. Os Direitos fundamentais acabaram sendo reinterpretados, de modo distorcido, em favor dos interesses particulares de poucos, em detrimento dos interesses comuns dos cidadãos. Esses passaram a se movimentar num espaço público em que a liberdade ilimitada acabou por criar desigualdades cruéis. Talvez, a maior perda nas trilhas da Modernidade, o que foi deixado mesmo pelo caminho, foi o sentido humano subjacente à noção de justiça, comprometendo negativamente as chances reais da pretendida estabilidade social.

Mas, entre o nosso tempo e o do início da Modernidade, existe todo um processo histórico rico de experiências políticas, sociais, jurídicas, enfim, houve um salutar refinamento das estruturas e das variadas dimensões da condição humana. Especificamente, nos espaços da política e do Direito, deve-se ter presente a imensa diferença entre o Estado constitucional e o Estado

²⁸⁹ KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Ob. cit., p. 255.

absolutista, diferença esta que corresponde à divisão de poderes e às Cartas de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos da qual ninguém quer abrir mão. Nessa medida, no Estado constitucional, o poder público nunca está acima do Direito, mas estreitamente vinculado a um Direito a ele concedido. Direitos e garantias fundamentais, separação de poderes, vinculação da ação pública, seja do Executivo, ou do Legislativo e, essencialmente do Judiciário, às leis, todo este conjunto, é, ao mesmo tempo, a matriz soberana e o pressuposto mínimo para a concretização dos Direitos humanos. Nas palavras de Kriele:

“Direitos humanos colocam condições e limites àquele que tem a competência para criar e modificar o Direito, e eles negam o poder de violar o Direito. *Direitos são efetivos somente frente a Direitos, Direitos humanos somente em face de um poder jurídico, ou seja, face a competências cuja origem jurídica e condição jurídica são respeitadas pelo titular da competência. Este é o mais profundo fundamento segundo o qual Direitos humanos podem se efetivar somente num Estado Constitucional. Para a eficácia dos Direitos humanos, a divisão de poderes com independência judicial é mais importante do que o catálogo constitucional dos Direitos fundamentais*”.²⁹⁰

Certamente, já passou da hora de avaliar criticamente a influência das doutrinas de Hobbes e de Locke, no modo como foram construídas - e estão sendo vividas - nossas melhores instituições sociais, entre elas, o Direito. Especialmente, precisamos observar com mais atenção se o que está acontecendo não seria mera projeção da lógica hobbesiana para o plano das relações humanas no espaço público, ignorando o essencial protagonismo das instituições no processo de recuperação das consciências dos cidadãos, como alternativa para a concretização da paz, eliminação da pobreza extrema, redução das desigualdades econômicas e sociais, entre outros dramas que contaminam a harmonia da convivência humana. As vidas que podemos salvar, não apenas a vida biológica, mas, sobretudo, chances reais para construir os próprios destinos, é uma afirmação que não deve corresponder apenas a postulados morais de sonhadores. A dimensão antropológica pode ser recuperada desde que a cidadania ativa tome a decisão política mais fundamental: nós, responsabilmente, podemos reconstruir as instituições políticas, jurídicas e sociais por meio das quais a vida humana é valorizada.

A esperança que temos é de que o século XXI seja o século de uma sociedade civil global consciente de seu poder de co-gestão e de co-responsabilidade na construção das instituições políticas, jurídicas e sociais. Uma sociedade revigorada por valores éticos claros e pautada por

²⁹⁰ KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Ob. cit., p 178.

um profundo senso de justiça. Uma nova utopia? Ainda que a evolução do projeto humano na Terra tenha sido guiada por utopias, o senso de justiça a qual nos referimos assume um significado despretensioso e de simples concretização: é um sentido de justiça pela via do qual cada um pode reclamar tanto o direito de ser respeitado, como agente ativo e participante na co-gestão dos negócios públicos, como o dever da responsabilidade pelo acolhimento dos outros. Nessa medida, o grande desafio civilizacional ético das democracias ocidentais é erradicar a pobreza, aumentando o papel das organizações da sociedade civil. Se não existe, ao menos no horizonte próximo, outras opções que possam ocupar o modelo institucional da democracia liberal, o que cada cidadão deve ter presente é o compromisso de oferecer a ela conteúdo ético. Como? Participando ativamente das instituições. Em que pesem as crises financeiras, a crescente intolerância religiosa, as invasões, o terrorismo e as guerras que assolam o mundo, nesta primeira década do século XXI, um caos que remete ao medo de Hobbes, há motivos concretos para acreditar que estamos evoluindo no equilíbrio das forças sociais, que estamos nos olhando com mais acolhimento e responsabilidade, conscientes do drama da pobreza, dos males da guerra e de todas as formas de discriminações.

As vidas que podemos salvar com medidas simples. Vale repetir, esta idéia não traduz apenas outra utopia do Ocidente, mas uma diretriz realista para a ação humana que decorre da maior inserção política e jurídica dos cidadãos que reclamam liberdade de acesso e direito de participação na construção do mundo no qual todos querem viver e deixar às futuras gerações. Nas palavras de Kriele:

“Para a democracia, o Estado Constitucional é somente uma condição necessária – de forma alguma suficiente. Estados constitucionais podem ser mais ou menos democráticos. O conceito de soberania popular limitado ao *“pouvoir constituant”* e à titularidade do poder estatal ainda não torna um Estado Constitucional em Estado Constitucional Democrático. Além disso, o poder popular que, entretanto, não é poder soberano, faz parte do Estado Constitucional Democrático. O poder popular se manifesta, entre outros, nas eleições livres e iguais, na prerrogativa do órgão eleito, especialmente na vinculação de todos os órgãos estatais à lei, nos Direitos civis de co-gestão e etc. Por outro lado vale: *não há democracia sem Estado Constitucional.*”²⁹¹

A proposta de uma nova perspectiva antropológica que valorize a condição humana e revitalize eticamente a convivência dos cidadãos no espaço público não é só mais uma frase de efeito simbólico. É, sim, algo que pode ser concretizado na vivência responsável das instituições

²⁹¹ KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Ob. cit., p. 369.

jurídicas. O Estado Constitucional densamente democrático é aquele no qual governantes e governados prestam adesão ao império da legalidade e convergem na construção de políticas públicas que interferem na liberdade econômica, pela via de planejamentos, sem que a isso possa se opor um sistema de mercado de liberdade ilimitada constitucionalmente garantida. E essa é uma escolha que depende do grau de consciência da cidadania. Vale mencionar, a esse respeito, a sábia lição de Martin Kriele, segundo o qual:

“A economia de mercado é orientada no bem comum quando fomenta a produção em geral, mas por si ela é neutra aos problemas da justiça. Desde o início, ela estava de acordo com a escravidão, com a exploração das colônias, com um abuso às vezes brutal dos trabalhadores dependentes, com trabalho infantil, com desemprego, etc. Somente se pode conseguir sanar ou minorar a situação com controle estatal, especialmente através de legislação social, desenvolvimento de um Direito trabalhista que legalize e canalize o contra-poder sindical. Essas medidas não colocaram, a princípio, em questão a economia de mercado, e sim, somente a limitaram e complementaram. O *corrompimento* individualista de posse da *economia de mercado e do Estado Constitucional* levou a que, nos Estados constitucionais, esse avanço tivesse que ser combatido passo a passo contra grandes resistências”.²⁹²

²⁹² KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Ob. cit., p. 258.

2.2 - A Nova Organização Política: O Estado Moderno

Böckenförde, ao definir Estado, disse que existe uma grande confusão no modo como esta categoria vem sendo empregada, ignorando a importância de sua real origem histórica. Fala-se, genericamente, em Estado Antigo, Estado da Idade Média, Estado dos Incas, quando, de fato, Estado é somente a designação para esta específica forma de organização política que surgiu ao final da Baixa Idade Média e início da Modernidade clássica. Ele bem assinala que, quando o assunto é Estado, este se refere a traços estruturais e elementos organizacionais básicos que caracterizam a forma de organização concreta do Estado Moderno que surgiu na Europa, aproximadamente, ao final do século XV. Que características básicas seriam essas? A territorialidade do ordenamento (soberania territorial), o monopólio da violência, a centralização e o estabelecimento de competências hierárquicas na sua organização, soberania, enquanto poder de dispor sobre a ordem jurídica estabelecida, devido processo legal administrativo e judicial, burocracia institucional com perfeita delimitação das atribuições associadas a cargos públicos e a desvinculação entre o cargo e o seu ocupante. Nas palavras do Autor, **“nem a pólis grega, nem o império romano, nem os domínios senhoriais da Idade Média constituíam, nesse sentido, um Estado. (...) Estado, ao contrário, não significa simplesmente ordenamento político, mas uma das possíveis configurações derivadas da idéia de ordenamento político”**.²⁹³

²⁹³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., pp. 15-26.

O início da Modernidade coincidiu com a era do Direito racional. Era uma época marcada pela dramática experiência dos conflitos políticos e religiosos decorrentes das guerras civis confessionais, o que promoveu o surgimento e a consolidação do Estado Moderno e a readequação do Direito no sentido de sua vinculação à legalidade. Houve, de fato, nesta época, uma profunda e determinante mudança de paradigma para a ação humana, na medida em que a razão passou a se apoiar sobre si mesma, tomando a individualidade humana, suas necessidades e direitos elementares, como ponto de partida. Nessa linha de raciocínio, as doutrinas do Direito e do Estado se tornaram autônomas, em uma perspectiva secularizada.²⁹⁴ Sendo assim, esta extraordinária e inovadora forma de organização política e jurídica chamada Estado Moderno e seu Direito foram as heranças mais expressivas que a Modernidade nos legou.

Martin Kriele alertou para a importância de se procurar pelas idéias fundamentais do Estado Constitucional Democrático, percorrendo as linhas basais de seu desenvolvimento. Nesse enfoque, quando dizemos que a paz, a liberdade e a equidade são os fundamentos do Estado Constitucional Democrático, devemos estar conscientes de que tais noções ganharam conteúdo e vida, a partir de situações históricas concretas, como guerras civis, terror e injustiças sociais que significaram um desafio à racionalidade humana e, para as quais, o referido modelo estatal foi a resposta. Assim, a guerra civil confessional do século XVI despertou, nas pessoas, o desejo da paz interna às nações. Somente, o Estado Moderno baseado no princípio da soberania foi capaz de por termo aos conflitos. Como, de início, ele se apresentou sob a forma do absolutismo, o medo ao extremo levou à busca pela liberdade a qual só foi amenizada pela domesticação do Estado Absolutista então transformado em Estado Constitucional. Mas, o nascente Estado Constitucional também guardava contradições cruéis, pois, em nome de uma liberdade econômica ilimitada, aceitou a escravidão, a luta de classes e a miséria social extrema. A equidade veio na forma de um Estado Constitucional Democrático e Social.²⁹⁵

Segundo Georg Jellinek, a Igreja Católica ofereceu aos estados da Idade Média o exemplo vivo e permanente de uma associação unitária que não admitia dentro de si divisão, tampouco, oposição, revelando o valor que tem uma organização autoritária e monista. A Igreja representava a possibilidade da existência de um domínio da vida humana em comum que escapava à soberania e à influência das organizações políticas temporais. Sendo assim, o Estado Moderno

²⁹⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado. Ob. cit., pp. 22-26

²⁹⁵ KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Ob.cit., pp. 19-28.

nasceu como unidade de associação organizada conforme uma Constituição, precisamente, por ter dominado, sem eliminar totalmente, o duplo dualismo que, na Idade Média, correspondia ao antagonismo entre rei e povo, bem como, à oposição entre o poder temporal e o poder espiritual. Da luta para dobrar esta dupla dicotomia e conseguir modelar, de modo inovador, as relações políticas, resultou o Estado (moderno), o qual pretendeu dominar as divergências e oposições existentes entre suas partes componentes. O fim mais importante foi, precisamente, a superação do referido dualismo entre príncipe e reino, concentrando, em uma primeira fase de sua evolução política, os poderes nas mãos do monarca, tornando-o o centro de gravidade desta nova forma de organização política e jurídica do convívio humano. Nesse sentido, a monarquia absolutista foi quem, por primeiro, realizou no Ocidente, depois do apogeu de Roma, a idéia da unidade do Estado. Formou-se uma unidade interior de territórios, antes separados uns dos outros, além de instituir uma burocracia de Estado integrada pela administração da justiça no interior da organização política. Não bastasse, as múltiplas representações do Estado estavam, desde então, subordinadas ao poder público do Estado.

Tal organização deu espaço para o fortalecimento de um tipo muito específico de sociedade – a sociedade moderna que emergiu nos primórdios da Modernidade – local onde todos os cidadãos, em princípio, possuiriam a mesma capacidade jurídica. O Estado Moderno, na sua versão original, era concebido como uma organização política una e indivisível e os reis absolutistas tiveram o protagonismo central nesta nova ordem jurídica e política. Posteriormente, por força de revoluções internas às nações, como a Revolução Gloriosa na Inglaterra do século XVII, as Revoluções Francesa e Americana no século XVIII e as transformações no antigo reino alemão no começo do século XIX, o Estado Moderno sofreu transformações no curso do tempo. Contudo, restou preservada a unidade estatal em todas as instituições. Graças a esta unidade, o Estado Moderno conseguiu adotar a forma de uma comunidade organizada, cujas funções foram sendo realizadas, por seus diversos órgãos, estabelecidos como havia sido determinado nas constituições respectivas. Ainda assim, foi possível estabelecer uma limitação jurídica rigorosa entre a comunidade e os seus membros. Sendo assim, a unidade, a organização conforme a constituição e a autolimitação do Estado diante do indivíduo correspondem às características essenciais do que hoje chamamos de Estado Moderno, separando esta específica forma de

organização política das outras formas já existentes no passado. A idéia de unidade é, nesse enfoque, a conclusão de um longo processo de amadurecimento histórico.²⁹⁶

Georg Jellinek esclareceu que a soberania, em sua origem histórica, é uma concepção de índole política que, somente, mais tarde, adquiriu conotação jurídica, novamente, após longos e sofridos processos de lutas internas e externas às nações. O referido doutrinador acentuou que a moderna noção de soberania não guarda identidade com a de autarquia em Aristóteles. Isso porque a autossuficiência aristotélica significava, naquela antiga doutrina sobre a organização política, a propriedade mediante a qual os esforços dos homens, por completarem-se uns aos outros, haveriam de encontrar nela uma satisfação plena. Do mesmo modo que para os gregos, os romanos não possuíam um conceito de Estado soberano como o compreendemos desde a Modernidade. Nas suas palavras, **“el que la Antigüedad no haya llegado a un conocimiento del concepto de soberanía tiene un fundamento histórico de importancia, a saber: que faltaba al mundo antiguo lo que únicamente podía traer a la conciencia el concepto de la soberanía: la oposición del poder del Estado a otros poderes”**.²⁹⁷

De fato, Roma, apesar de seu grande poder e força, não chegou a fazer uma formulação teórica sobre o conceito de Estado como tem sido feita desde o final da Idade Média. Aliás, reconhecer e afirmar soberania, para eles, poderia parecer uma contradição política, na medida em que Roma outorgava ao povo a aparência de uma organização política independente (*qui maiestatem populi Romani comiter servant*). As expressões *maiestas*, *potestas* e *imperium* expressavam a potência e a força do povo romano, o poder civil e militar de mando, mas não indicavam nada a respeito de preocupações que são bem recentes na história política, como as que se referem ao conteúdo e às limitações do Estado e de sua independência em relação a outros poderes estrangeiros. Mesmo a importantíssima definição de Estado de Cícero, bem destacada por Jellinek, **“Res publica res populi. Populus autem nom omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus”**, só esclarece que, para o ideal político romano, o povo era a fonte de todos os poderes

²⁹⁶ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob. cit. Nesse sentido, ver pp. 311-314.

²⁹⁷ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob. cit., p. 405.

públicos. Mas, saber quem realmente detém o poder em um Estado não responde à questão relacionada à soberania.²⁹⁸

Sendo assim, a noção de soberania e sua importância, ao menos como o é entendida hoje, tem origem no Estado Moderno, o qual, desde o início, foi combatido por forças poderosas de todos os lados. No curso da Baixa Idade Média, três poderes investiram contra a noção substancial desta nova forma de organização política e jurídica para a convivência humana. Primeiro, a Igreja Católica que o queria a seu serviço. Depois, o Império Romano que recusava conceder aos emergentes Estados nacionais qualquer reconhecimento que fosse maior do que o devido a meras províncias. Finalmente, os grandes senhores feudais e as corporações poderosas que se sentiam independentes do Estado e até em oposição a ele. Foi, precisamente, do embate contra essas três forças pujantes que nasceu a doutrina da soberania estatal. Segundo Jellinek, foi no meio das guerras civis que assolavam a França no reinado de Henrique III, um monarca fraco, que nasceu a nova doutrina do Estado. O conceito de soberania, forjado na experiência de lutas sangrentas que dividiam a sociedade francesa daquele conturbado período, passou a ser considerado uma nota essencial na definição do Estado Moderno. Com Jean Bodin, foi introduzida uma noção política inteiramente nova: a de que todo o domínio sobre uma pluralidade de famílias, dotado de poder soberano, isto é, revestido de um poder supremo e independente no exterior e no interior, representa um Estado.²⁹⁹

Para Jellinek, a resolução de todos os elementos do conceito de soberania em uma unidade não existia antes da doutrina de Jean Bodin. Além disso, se deve a este último a elevação da noção de soberania a grau superlativo, e a superioridade a **‘suprema potestas’**. Mas, o esboço inicial deste importante conceito era ainda de caráter negativo e correspondia ao poder absoluto livre de toda a lei sobre cidadãos e súditos. Isso significava uma modelagem do espaço público de tal modo que a organização política tivesse um poder independente de todos os outros poderes sociais e políticos. Dessa situação defensiva, o conceito evoluiu, especialmente, com a afirmação do Absolutismo, assumindo conotação também de ataque. Como pontuou o referido Autor, a transição até o Estado Moderno precisou da concentração do poder nas mãos do Príncipe, fosse para instituir a unidade estatal, como ocorreu na Espanha que até então era composta por estados

²⁹⁸ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob.cit., pp. 404-405, nota de rodapé 13.

²⁹⁹ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob. Cit., p. 415.

independentes, fosse para preservar o novo modelo de Estado-nação das forças centrífugas, cada vez mais fortes, que a ele se opunham.³⁰⁰ De fato, a evolução política dos tempos modernos encontrou na doutrina da soberania um apoio forte. O conceito de soberania do Estado, na forma absolutista, foi um fato histórico sem precedentes, e decisivo, na formação institucional do Estado Moderno, como aquele ente que mantém, em si, todo o poder público e, por consequência, somente de quem pode nascer o direito ao exercício das funções públicas. Em síntese, a doutrina da soberania, na sua versão original, parece ter sido uma teoria negativa cujo fim consistia em que o Estado afirmasse a si mesmo. Mas, ao desenvolver-se e tomar, como conteúdo positivo, o caráter de poder do Estado, a soberania transformou os demais conceitos de Direito Público. Especificamente, ao ser criado todo o poder do Estado mediante o contrato de seus membros, não sobrou lugar algum para o poder público de uma associação independente dentro do Estado.

Nessa linha de idéias, Jellinek acentuou que o Estado Moderno teve, como ponto final, o que para as organizações políticas da Antiguidade era o ponto de partida: a unidade interna. Nas suas palavras, **“el primer sistema completo de derecho natural, a saber, la doctrina absolutista de Hobbes, considera al Estado como una personalidad unitaria que no podía ser limitada por ninguna otra voluntad”**.³⁰¹ De qualquer forma, não se pode concluir apressadamente de que haveria, ao fim e ao cabo, identidade entre as estruturas organizacionais antiga e moderna. O Estado que reúne em si todos os poderes públicos, sobre um território bem delimitado e sobre a população que nele habita, é o resultado de longo processo de evolução no qual foram sendo superadas as divisões profundas ocorridas na transição medieval. De fato, existe uma forte oposição de princípios entre os modelos estatais antigo e o moderno. Este último possui, segundo o referido Autor, uma característica ímpar que o diferencia das formas anteriores de Estado. Precisamente, ainda que tenha havido superação do dualismo, o Estado Moderno foi quem fixou juridicamente a situação do indivíduo perante ele. **“En la Antigüedad faltó la conciencia clara de una exigencia jurídico-positiva para que se le reconociese al individuo frente al Estado una esfera de libertad. En el de la época moderna, por el contrario, incluso cuando ha reinado un absolutismo sin límites, jamás ha dejado de existir la convicción de que el individuo era un ser de derechos frente al Estado y que, por tanto, habría de ser reconocido moral e jurídicamente por éste”**.³⁰²

³⁰⁰ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob.citada. Nesse sentido, vide p. 417.

³⁰¹ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob.cit., p. 314.

³⁰² JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob. cit., p. 315.

De acordo com Georg Jellinek, a dupla oposição entre rei e povo permaneceu latente na perspectiva moderna, segundo a qual o poder do Estado, ainda que este tenha soberanias jurídica e política, tem seus limites em relação ao povo. As liberdades dos indivíduos, das corporações e dos estados ou braços do Medievo estão historicamente enlaçados às modernas liberdades que as Constituições passaram a contemplar. Em favor do cidadão moderno, foi reconhecido um poder social pelo fato de ser pessoa, abrindo espaço para a diferenciação das dimensões humanas, fazendo florescer a sociedade moderna e a economia de mercado, impedindo que a superestrutura estatal absorvesse o cidadão por completo. Como bem pontuou Jellinek, o reconhecimento da função jurídica do indivíduo nunca existiu antes. Para o Autor, faltou, à doutrina antiga, o reconhecimento de que corresponde ao indivíduo um lugar próprio e originário juridicamente frente ao do Estado. As constituições da Modernidade repousam sobre uma idéia que só é possível em um modelo de Estado que guarde, em seu cerne, uma dose de dualismo, e que corresponde à noção de direitos e deveres dos governos, bem como, à noção de que o campo de sua atuação, em relação ao outro elemento essencial do Estado – o povo –, deve ser precisado claramente. Sendo assim, continuou a viver, no seio do Estado Moderno, um pouco do dualismo medieval que ele pretendeu dominar. E este dualismo vem influenciando de forma singular no desenvolvimento dos Estados constitucionais. **“En el Estado unitario contemporáneo pervive la antigua oposición de *rex* y *regnum* bajo la forma de una acción paralela, conjunta u opuesta, del jefe del Estado con su gobierno y el parlamento”.**³⁰³

Na medida em que acreditamos que governantes e governados são, ambos, responsáveis pelas construções da ordem política e da ordem jurídica, acentuando a importância do caráter real da sociedade e seu valor criador, a influência doutrinária de Georg Jellinek foi decisiva na assimilação de significados para muitas das categorias jurídicas utilizadas neste trabalho. Sendo assim, cabem algumas considerações sobre temas valiosos desenvolvidos pelo Autor, especificamente relacionados ao melhor da herança moderna, as noções de Estado e de Direito, na sua obra já mencionada, **Teoría General del Estado**, publicada na Alemanha no início do século XX (julho de 1900), mas de extraordinária atualidade, já que uma de suas preocupações

³⁰³ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob. cit., p. 318.

centrais foi a de estabelecer o lugar que corresponderia ao Estado e ao Direito em conexão com a vida ética da comunidade.

Jellinek atribuiu ao Estado uma dupla natureza, social e jurídica. Ele concebeu o Estado como uma função da comunidade humana e, não, uma formação naturalista junto ao homem e sobre o homem. Mesmo que as situações concretas dos Estados possam decorrer das heranças do passado, ele disse que seria um equívoco considerar o Estado como um poder sem relação com os homens e com o arbítrio humano. Nas suas palavras, **“toda tradición, por poderosa que pueda ser y cualquiera que sea su influjo sobre los hechos sociales, no obra como un poder que viene de fuera, sino como una fuerza que engendra nuevas creaciones en el seno de cada generación”**.³⁰⁴ Para o Autor, sob o enfoque social, **“el Estado es la unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación, y formada por hombres asentados en un territorio”**.³⁰⁵

Além disso, ao conceito social de Estado, Jellinek uniu o conhecimento jurídico sobre o mesmo. Sobre se o Estado seria capaz de uma ordem jurídica, ou seja, se havia um Direito para o Estado, Jellinek respondeu que a vontade do Estado era uma vontade humana e, portanto, a questão relacionava-se à determinação da existência de normas obrigatórias para a vontade humana que o Estado representaria.³⁰⁶ Nesse aspecto, partiu do pressuposto da possibilidade de autolimitação jurídica do Estado, na medida em que este, ao submeter-se ao Direito, se converteria em sujeito de direitos e deveres. Como conceito de Direito, o Estado seria a corporação formada por um povo, dotada de um poder de mando originário e assentada em um determinado território, ou, em outras palavras, a corporação territorial dotada de um poder de mando originário. Esta a famosa teoria dos três elementos de Jellinek na qual ele estabeleceu os elementos essenciais da organização política moderna que conhecemos pelo nome de Estado.³⁰⁷

Para explicar o tema relacionado aos fundamentos do Estado, Jellinek recorreu aos ensinamentos da Política de Aristóteles, dizendo que qualquer indagação sobre os fundamentos

³⁰⁴ JELLINEK, Georg. Teoría Genral del Estado. Ob. cit., p.189

³⁰⁵ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob.cit., p. 194.

³⁰⁶ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Obra citada. Nesse sentido, ver p. 323.

³⁰⁷ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Obra citada. Nesse sentido, ver pp. 195-196.

desta forma de organização política coincidiria, essencialmente, com a indagação sobre os fundamentos do Direito. Ele disse que a resposta foi dada pelo Filósofo naquela passagem da Política onde é mostrada uma visão mais profunda sobre a natureza do homem. Nesse enfoque, quando o homem alcança no Estado sua perfeição ele é a melhor de todas as criaturas, assim também, ao se desligar da lei e do Direito é a pior de todas. A injustiça preparada e disposta é a mais perigosa, e o homem foi criado com faculdades para a reflexão, para a virtude, mas pode usá-las facilmente em sentido contrário. Quando o homem é destituído de virtudes, é a criatura mais selvagem e perversa de todas. Mas a justiça vai unida ao Estado, pois o Direito não é senão a ordenação da comunidade do Estado, e toma suas decisões inspirando-se no conceito da justiça.³⁰⁸

Segundo Jellinek, o modo de realização do fim do Direito depende, em cada Estado, da situação do povo e da sua posição internacional. Pois, o Direito não é apenas um meio para conservar uma situação atual, senão, além disso, para colaborar na formação de uma situação para o futuro. O Direito sempre foi um meio importante para atender os interesses da cultura. Esta atividade que favorece aos novos institutos jurídicos se propõe à manutenção dos bens individuais e sociais mais relevantes, de modo mais eficaz, pelo fato de oferecer condições gerais para livre evolução dos indivíduos e da comunidade. Acrescentou que é muito pobre a perspectiva que considera, entre os fins do Estado, principalmente, o simples manter o seu poder, conceder sua proteção e conservar a ordem jurídica. Segundo ele, do mesmo modo que, para o indivíduo, poder e direitos não correspondem aos fins mais elevados a almejar, mas, tão-somente, condições para alcançar outros bens, para o Estado, poder e ordem jurídica proporcionam ao Estado o impulso crescente da cultura, dos novos horizontes e fins mais elevados. Jellinek disse que, **“toda actividad del Estado tiene como fin último, desde este punto de vista, cooperar a la evolución progresiva; en primer lugar de sus miembros, no sólo actuales sino futuros, y además, colaborar a la evolución de la especie, esto es, hacer más y más viva la conciencia de la solidaridad en los pueblos, y hacer que esta realidad supere al Estado y colabore en la evolución de la especie”**.³⁰⁹

³⁰⁸ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob. citada. Nesse sentido, ver pp. 231-233.

³⁰⁹ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob.cit., p.261.

Ao dizer que o mais alto princípio para a atividade geral do Estado consistiria na promoção da evolução progressiva da totalidade do povo e de seus membros, enfatizou que existiriam três tipos de interesses solidários que deveriam ser considerados pelo Estado: individuais, nacionais e humanos. E, nesse enfoque, para o referido Autor, partindo do ponto de vista da justificação teleológica, o Estado teria o caráter de associação de um povo, possuidora de personalidade jurídica soberana que, de modo sistemático e centralizador, valendo-se de meios exteriores, favoreceria aos interesses solidários individuais, nacionais e humanos na direção de uma evolução progressiva e comum. Trata-se de uma definição que contém um critério de valorização, relacionando os fins do Estado com seu fundamento, investindo em uma justificação completa do processo de vida do Estado.³¹⁰

De acordo com Jellinek, o mais importante dos fenômenos sociais que descansam em uma organização determinada pela vontade humana seria precisamente o Estado.³¹¹ Ou seja, o doutrinador via o Estado como um produto da vontade humana. Além disso, ele estabeleceu uma divisão na doutrina do Estado, segundo um enfoque social e outro jurídico e, sendo assim, sua doutrina geral do Estado englobou a doutrina geral sociológica do Estado e a doutrina geral do Direito Público. Esta última corresponde ao conhecimento da natureza jurídica do Estado e dos conceitos fundamentais do Direito Público e, portanto, a apenas uma parte de toda a doutrina geral do Estado. O Direito, para o Autor, estava intimamente ligado à capacidade criativa da sociedade. E, portanto, o Direito era, para ele, um dos mais importantes aspectos do Estado, na medida em que achava impossível existir Estado sem Direito. Mesmo assim, Jellinek negava que o Estado fosse apenas uma construção jurídica. Segundo ele, a doutrina sociológica do Estado o considerava, como uma construção social, e a doutrina geral do Direito Público o veria como uma parte da doutrina do Estado.³¹²

O doutrinador foi capaz de perceber a extraordinária influência que os poderes sociais sempre tiveram sobre o mundo jurídico, como a imprensa, a literatura, as associações religiosas. Sendo assim, a coação jurídica que se exerceria pelas vias dos poderes estatais, por si só, não bastaria para garantir e preservar a ordem jurídica. Segundo ele, as garantias que possuem grande parte do

³¹⁰ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob. cit., pp. 256-262.

³¹¹ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob. cit., p.56.

³¹² JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob.cit., p.61.

Direito Público e do Direito Internacional são frequentemente muito mais fortes que todas as medidas jurídicas coativas que possam ser imaginadas. Nas suas palavras, **“no es, pues, la coacción una nota esencial al concepto del derecho, sino la garantía, de la cual la coacción no es sino una forma subordinada. (...) Las normas jurídicas no son tanto normas coactivas cuanto normas de garantía”**.³¹³

Mais adiante, o Autor disse que a fonte psicológica última do Direito residiria na crença humana a respeito da existência de relações normais. Portanto, valeria como Direito em cada povo, antes de tudo, aquilo que realmente fosse vivido como tal. Por decorrência da força normativa dos fatos, o exercício permanente deste Direito vivido criaria a representação de que ele estaria em conformidade com alguma norma, aparecendo esta norma como ordenação autoritária da comunidade, ou seja, como norma jurídica.³¹⁴ A consideração da força normativa dos fatos nos permitiria compreender as origens do Direito e, também, a solidez da ordem jurídica, pois o que é real tenderia, psicologicamente, a se transformar em obrigatório. Jellinek acentuou que favoreceria muito à compreensão da Doutrina do Estado o conhecimento fundamental da significação normativa dos fatos. Nesse enfoque, sua abordagem social das relações estatais revelou que a ordenação do Estado significaria um compromisso permanente entre os grupos particulares que lutam pela dominação, sendo que a Constituição do Estado, por sua vez, expressaria as relações de potencialidade entre os distintos fatores sociais.

O Direito também decorreria de um compromisso entre os diferentes interesses, mesmo que opostos. Este compromisso resultaria não apenas da força dos interesses, senão do poder social dos interessados envolvidos. Por isso, as relações reais de poder seriam aquelas que serviriam de base à ordem jurídica e encontrariam nela sua expressão. Sem pretender que tal teoria esgotasse as explicações sobre a ordem jurídica e a ordem do Estado, Jellinek achava que, ainda assim, seria possível compreender as origens e os efeitos de algumas partes importantes do Direito Público. Contudo, advertiu que uma abordagem social do fenômeno precisava ser complementada mediante a idéia de que, nas relações reais, residiria uma força normativa, isto é, que daquelas relações nasceria a seguinte convicção: as relações reais de dominação teriam de ser

³¹³ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob.cit., p. 322.

³¹⁴ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob. cit., p. 324.

consideradas como jurídicas.³¹⁵ Nas suas palavras, **“el proceso de la transformación de las relaciones de poder del Estado en relaciones jurídicas se especializa de muy varias maneras en los casos concretos”**.³¹⁶

O Autor disse que precisaríamos de uma doutrina profunda sobre as forças que criariam o Direito. Nesse sentido, não bastaria considerar, como fontes do Direito, o costume e a lei. Antes, seria necessária uma séria investigação sobre as forças reais que correspondem à multiplicidade das dimensões humanas (sociais, culturais, políticas e religiosas) e que determinam a própria existência e desenvolvimento das fontes tradicionalmente conhecidas. Nas suas palavras, **“... es preciso conocer la esencia de los poderes que crean el derecho, y por tanto que son anteriores a él, para que sea posible separar de esta suerte el derecho de lo que no puede ser tal y de lo que aún no lo es”**.³¹⁷ De acordo com Jellinek, existiriam dois elementos que originariam a transformação da ordem do Estado em ordem jurídica: aquele que transformaria o real em normativo (o elemento conservador); e o que engendraria a representação de um Direito superior ao Direito positivo, correspondendo ao elemento racional, evolutivo, progressivo, precisamente, o que impulsionaria para frente, propondo a modificação das situações jurídicas. **“Toda la historia del derecho está formada por un proceso ininterrumpido de racionalización de las instituciones (...) La continuidad histórica de las instituciones humanas descansa en la posibilidad de la transformación de las tradiciones conforme a los fines sociales reconocidos como racionales”**.³¹⁸ O enfoque valioso e atual de Jellinek vê o Direito se formando e evoluindo na interação entre os elementos conservador e racional.

O Autor, de fato, refletiu sobre temas importantes e que merecem a atenção especial dos estudiosos do Direito, pois foi capaz de fazer as diferenciações de espaços, sem desmerecer a necessária interação entre os campos da Ética, da Política e do Direito. Para Jellinek, a Política correspondia à ciência que estudaria o modo como o Estado poderia alcançar determinados fins, considerando os fenômenos da vida do Estado, desde o ponto de vista teleológico. Enquanto a doutrina do Estado conteria juízos cognitivos, a Política seria formada por juízos de valor. Nas

³¹⁵ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob.cit., p. 326.

³¹⁶ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob.cit., pp. 328-329.

³¹⁷ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob.cit., p. 334.

³¹⁸ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob.cit., p. 337.

suas palavras, **“en este sentido estricto, que es el único que puede asegurar a la política un carácter científico independiente, es en el que la ha comprendido por vez primera, recientemente, la ciencia alemana, a la cual debemos la división definitiva de la antigua y confusa ciencia política, en doctrina sociológica del Estado, doctrina jurídica acerca del mismo o derecho público y política”**.³¹⁹

Jellinek advertiu que os âmbitos da Política e do Direito não poderiam, de modo algum, confundir-se, devendo cada um conservar-se em seus próprios limites. Contudo, e aqui temos um suporte doutrinário muito valioso, não seria possível fazer pesquisas sérias em relação às regras de regência do espaço público sem um conhecimento daquilo que fosse possível politicamente falando. Distanciar-se de tais considerações fundamentais implicaria em afastar o próprio Direito Público da realidade. Nesse enfoque poderoso, o conhecimento político é o que ensina, antes de tudo, a fixar os limites dos estudos de Direito Público. Nas palavras de Jellinek:

“Una crítica de las instituciones vigentes de derecho público es un problema político; y esta crítica debe llevarse a efecto, tanto cuando se estudie la doctrina general del derecho público, como cuando se trate de la especial o de una institución particular y concreta. La ciencia del derecho abandonaría una de sus funciones más nobles si redujese su obra a hacer aplicaciones al pasado y no tratase de favorecer a las fuerzas que ayudan a abrir el camino hacia el futuro”.³²⁰

Jellinek enfatizou que o Estado é uma instituição essencialmente humana e, para que se possa ter conhecimento completo a seu respeito, é necessário estudar os fenômenos sociais. Sendo o próprio Estado um fenômeno social, é, na sua perspectiva, inevitável a investigação das relações que se estabelecem entre ele e a sociedade. Nas suas palavras, **“el Estado, como todo lo humano, sólo puede ser comprendido en su esencia si se le considera teniendo en cuenta la naturaleza del hombre tal como se desenvuelve en la comunidad”**.³²¹ Esta visão do Autor é de extraordinária importância, pois os fatos sociais nunca se abrem completamente à percepção das pessoas, ainda que formem a vida concreta dos Estados e suas instituições. Para Jellinek, a sociedade, em sentido estrito, corresponderia à totalidade dos agrupamentos humanos, entre os quais existiria um elemento de união capaz de mantê-los unidos. O Autor considerava impossível uma separação completa ou uma oposição entre Estado e sociedade, pois o Estado, na sua

³¹⁹ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob.cit., p. 63.

³²⁰ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob.cit., pp. 67-68.

³²¹ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob.cit., p. 124.

abordagem doutrinária, seria tanto um pressuposto como um produto da sociedade humana.³²² Para Jellinek, a sociedade consistiria no fato positivo da convivência e da cooperação dos homens, seria o centro de onde irradiariam a pluralidade das disciplinas que estudam o homem, não como indivíduo, mas como um sujeito que vive em comunidade, e que tem dimensões política, religiosa, econômica, social e jurídica.

Para o doutrinador, a ética social teria, como pressuposto, a solidariedade dos membros da comunidade. Por essas razões, considerado, objetivamente, o Direito representaria as condições de conservação da sociedade, tanto quanto essas condições dependessem da vontade humana. Por conseqüência, o mínimo de existência das normas éticas, sob o aspecto subjetivo, seria o mínimo de atos morais que a sociedade exigiria de seus membros. Em síntese, o Autor concebia o Direito como o grau mais elementar da moralidade, como aquele resíduo indispensável desta e que seria necessário à conservação da sociedade. Segundo Jellinek, as estabilidades das relações econômicas e estatais não poderiam ser alcançadas senão mediante a convicção de suas legitimidades. Foi, pois, o processo primário da formação dos Estados, ao mesmo tempo, um processo de formação do Direito, de tal modo que, historicamente, Estado e Direito estão enlaçados, desde o princípio, um com o outro.³²³

Na sua perspectiva, a vida do Direito decorreria do progresso das forças sociais que o condicionariam e, portanto, suas modificações só poderiam ser explicadas se o considerássemos na relação íntima em que vive com a totalidade das atividades sociais. O fim do Estado seria a própria razão de ser de sua existência, ou seja, o de favorecer os interesses solidários, individuais, nacionais e humanos, na direção de uma evolução progressiva e comum. O Estado teria dois aspectos sob os quais poderia ser conhecido e considerado: o social e o jurídico.³²⁴ Certamente, para este doutrinador, não deveriam ser estranhas as noções de autoridade e confiança sem as quais sequer podemos entender o fenômeno jurídico. Tanto que ele disse que o Direito pertenceria ao mundo das representações humanas, vivendo em nossas mentes, sendo a consciência de sua obrigatoriedade a nota necessária a todo o Direito. Sendo assim, uma norma seria obrigatória, quando dispusesse de capacidade bastante para motivar as ações de vontade,

³²² JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob. cit., pp. 127-129.

³²³ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob.cit., pp. 188-233 e p.266.

³²⁴ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob.cit., p.36.

determinando-a. Tal capacidade da norma nasceria de nossa convicção, derivando-se diretamente dela, de que estaríamos obrigados a obedecê-la. Vale especial transcrição, **“la positividad del derecho descansa, pues, en última instancia, en la *convicción* de su obligatoriedad; sobre este elemento puramente subjetivo, se edifica todo el orden jurídico. Ésta es la consecuencia necesaria del reconocimiento de que el derecho es interior a nosotros, de que es una función de la comunidad humana y necesita, por tanto, descansar en elementos puramente psicológicos”**.³²⁵

Para a difícil questão relacionada aos fundamentos últimos do Direito e das instituições políticas, Jellinek apontou a Ética. Ele concordou que doutrinas, como a de John Locke, deram, de fato, extraordinário impulso ao progresso político. Ressalvou, contudo, que a oposição, entre indivíduo e Estado, deixou um profundo abismo na compreensão do fenômeno jurídico. Em uma perspectiva inovadora para seu tempo, Jellinek definiu direito subjetivo como o poder da vontade dirigido até um bem ou interesse reconhecido e protegido pela ordem jurídica. Sendo assim, as relações da vida adquiririam o caráter de relações jurídicas, na medida em que fossem reconhecidas e regradas pelo Direito. Como os direitos subjetivos teriam, por pressuposto, uma ordem jurídica objetiva, os direitos públicos subjetivos exigiriam uma ordem jurídica pública. O titular da ordem jurídica pública seria o Estado que, quando soberano, ele próprio a criaria. Contudo, uma relação efetiva de poder só se tornaria jurídica se os dois pólos da relação, dominante e dominado, fossem capazes de reconhecer, um ao outro, como mútuos titulares de direitos e deveres. A existência do Direito Público, portanto, dependeria da existência de direitos por parte de seus membros. Como, neste enfoque, se poderia então compreender a relação dos direitos subjetivos públicos com o Estado? A resposta é valiosa ao nosso estudo: a partir da compreensão do Estado como a unidade da vontade jurídica da comunidade. Sendo assim, os direitos subjetivos públicos abarcam as condições que a vontade jurídica dos cidadãos vai precisar para o cumprimento dos deveres respectivos. Ou seja, para Jellinek, com o qual concordamos, não se trata de direitos anteriores ao Estado, tampouco, de direitos contra o Estado, **mas direitos no Estado.**

³²⁵ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob.cit., pp. 319-320.

2.3 – O Cidadão Moderno

É um pouco difícil traçar o perfil deste cidadão que passou a se movimentar num espaço público permeado pelo legocentrismo que pretendeu formatar, juridicamente, tudo o que era essencial à reprodução da vida em sociedade. Antes, ele circulava em uma estrutura feudal marcada pela dependência do vassalo em relação ao suserano, onde ausente a centralidade do poder político e, portanto, ao sair da aparente segurança do feudo ao qual pertencia, caía num mundo fragmentado e desconhecido, pautado por diferentes orientações jurídicas que variavam de acordo com a vontade dos seus senhores. A única instância na qual ele encontrava unidade era a Igreja Católica.

Depois, ingressou num mundo jurídico e político totalmente renovado, marcado pela centralidade do poder político, pelo crescente esfacelamento do poder religioso e pela evolução da suserania à soberania. Luiz Moreira, ao apresentar o livro do Dr. Günther Frankenberg – A Gramática da Constituição e do Direito -, disse que:

“Na Modernidade, os *sujeitos* constituem uma ordem estatal marcada pela associação entre livres e iguais definida em termos jurídicos. Ao vínculo comunitário feudal sucede um vínculo *político-jurídico*; à relação de subordinação entre vassalos e senhor, uma estrutura marcada pela *titularidade de direitos* inerente a cada sujeito que é membro associado de uma sociedade civil, e por sua vez, o direito consuetudinário com

jurisdição fragmentada em feudos regidos pelos suseranos, transforma-se em um unidade jurídico-estatal elaborada em co-autoria pelos sujeitos de direito”.³²⁶

Segundo Luiz Moreira, vínculo político-jurídico, titularidade de direitos e co-autoria da ordem jurídica estatal seriam as características que marcariam as relações entre sujeitos de direito. Sendo assim, os direitos subjetivos implicaram reciprocidade na articulação do conceito moderno de liberdade. Em outras palavras, como os direitos passaram a ser recíprocos, foi apenas no âmbito das relações interpessoais que se tornou possível o reconhecimento da co-autoria do ordenamento jurídico. Nessa medida, como co-autores livres e iguais, aqueles cidadãos tornaram-se capazes de conceber uma reciprocidade de direitos e obrigações comuns a todos os sujeitos de direito. Nas suas palavras, **“o sujeito de direito passa a ser co-fundador de um aparato normativo recíproco universalmente imputável e sua faculdade para a ação, uma titularidade subjetiva se constitui como titularidade de direitos. Essa titularidade de direitos é entendida como um atributo subjetivo, como faculdade própria ao sujeito”.**³²⁷ Precisamente, o exercício desta faculdade recíproca e universal viabilizou, ao mesmo tempo, o surgimento da autonomia individual e da soberania. De um lado, fundiram-se as noções de autonomia e de titularidade de direitos no sujeito, e, de outro, surgiu a estrutura estatal (que, mais tarde, evoluiu para o modelo de Estado Democrático de Direito) como reciprocidade jurídica da liberdade. No projeto político moderno, o Estado reclamou para si a soberania e o reconhecimento dos súditos. Ele teve, até determinado ponto, quando então se fez necessária a ascensão da soberania popular que se institucionalizou pela via do Direito, pois é, nela, que se encontram a autonomia, o poder cidadão de produzir as próprias leis e a equidade, na medida em que todos são, ao menos do ponto de vista formal, igualmente livres. Daqui, já se pode esboçar o perfil do cidadão moderno como o daquele sujeito titular de direitos e dotado de autonomia individual, ambos, só possíveis graças à existência do Estado e do Direito.

O início da trajetória do cidadão moderno partiu da associação entre a burguesia e o príncipe, concentrando-se, neste, todo o poder político e jurídico. Formou-se um corpo administrativo, uma burocracia estatal, sendo que o poder de dizer o Direito sobre um determinado território (o do respectivo Estado-Nação) tornou-se um monopólio estatal inerente às funções do monarca, o que

³²⁶ FRANKENBERG, Günther. A Gramática da Constituição e do Direito. Apresentação Luiz Moreira. Tradução Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. XIX.

³²⁷ FRANKENBERG, Günther. A Gramática da Constituição e do Direito. Ob.cit., p. XIX.

plasmou o poder estatal de soberania. Soberania, na sua concepção originária, correspondia à autoridade que vinculava a todos indistintamente. Nesse enfoque, a liberdade era entendida como a mesma medida de vinculação ao poder estatal. A proposta mostrou sua insuficiência, especialmente, na gestão dos negócios públicos e na atenção às novas necessidades surgidas em um mundo em transformação. Basta que se pense no impacto que deve ter representado, à sociedade europeia dos séculos XV e XVI, as extraordinárias descobertas no campo das ciências exatas, as Grandes Navegações, o Novo Mundo e novos outros mundos experimentados a partir das expedições por rotas comerciais, até então inéditas, para o Oriente. Nos séculos seguintes, o acúmulo de riqueza e a crescente consciência jurídica do valor humano ocasionaram revoluções internas às nações que, na prática, resultaram em um específico formato para o espaço público, abrindo, como nunca antes, dimensões múltiplas para a realização da condição humana. Tais foram a divisão política do exercício do poder, o refinamento das estruturas da burocracia oficial, o desenvolvimento do constitucionalismo com exigências claras em cartas e declarações que assegurassem os direitos e garantias individuais e protegessem a sociedade moderna perante e contra possíveis arbítrios estatais, o princípio da soberania do povo institucionalizada por meio do Direito, a cisão religiosa promovida pela Reforma e a conseqüente separação entre Estado e Religião, finalmente, a revolução industrial, seu acelerado modo de produção e o surgimento da classe dos trabalhadores assalariados (os operários modernos). Já ao final do século XIX, a expansão dos mercados consumidores e a sempre crescente inovação tecnológica construíram um espaço público que exigiu políticas sociais que amenizassem as contradições de uma forma de convivência humana que gerava, ao mesmo tempo, luxo e miséria.

Charles Taylor disse que muitas correntes de pensamento político contribuíram para modelar as sociedades ocidentais contemporâneas. A cívico-humanista é uma delas e, talvez, a mais forte. Mas, há outras influências de grande importância, entre elas, a de compreensão da sociedade como uma associação de portadores de direitos, ou como uma associação de portadores de interesses, sejam de grupos, sejam de indivíduos. Segundo o Autor, a perspectiva dos direitos remonta às grandes teorias do Direito Natural do século XVII. Do mesmo modo, a este período, remonta a da sociedade como um espaço estabelecido para servir aos interesses de seus membros. Como bem enfatizou Charles Taylor, John Locke foi uma importante figura de ambas as tendências. Mas, o pleno desenvolvimento da corrente dos interesses só ocorreu mesmo no século

XVIII com a Ilustração utilitarista. Sendo assim, para o mencionado Autor contemporâneo, o quadro da sociedade, como um instrumento comum de diversos interesses de grupo, é visível, por exemplo, nas teorias do pluralismo dos grupos de interesses ou nas teorias econômicas ou elitistas da democracia. A corrente dos interesses se acha, na época atual, ligada à nossa atitude com respeito à centralização e à burocracia. Segundo Taylor, tal liame tem um lado positivo, pois parece corresponder às condições de um sistema produtivo mais eficaz de bens desejados pelas pessoas individualmente. Pode-se, inclusive, ver a maior produção, como requisito para uma distribuição mais justa. Aliás, como ele bem pontua, a justiça na distribuição sempre foi uma preocupação central na perspectiva dos interesses. O lado negativo corresponde à concentração e à organização burocrática, enquanto adversários do autogoverno, enrijecendo-o ou mesmo tornando-o irrelevante gradualmente, além de produzir desespero e cinismo em uma época de gigantescas e irresponsáveis aglomerações de poder.³²⁸

A crítica de Charles Taylor é severa e lúcida, ao apontar a necessária reflexão sobre os ideais plasmados, na referida corrente de pensamento político, conhecida por cívico-humanista, na qual o cidadão é percebido não apenas como alguém sujeito ao poder, mas como um ativo participante do próprio governo. E, precisamente, esta decisão tão fundamental corresponde ao componente essencial da dignidade humana.³²⁹ Nas palavras do Autor:

“E contrasta a vida em que o cidadão se volta para as grandes questões, em que o destino de pessoas e culturas está em jogo, dos limites estreitos de uma vida focada apenas no enriquecimento pessoal ou nos prazeres privados. O humanismo cívico cunha um sentido especial do termo “liberdade” (ou o toma de empréstimo dos antigos), distinto do senso comum de liberdade “negativa”, a fim de descrever essa condição

³²⁸ TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000., pp. 159-161.

³²⁹ ARISTÓTELES. *Política*. Ob. cit., pp. 223-225. No Livro VII, Capítulo II da Política, o Filósofo discutiu sobre a felicidade de uma cidade. Surgiram para ele duas questões fundamentais relacionadas ao modo de vida mais desejável a cada cidadão: participação e integração nas atividades políticas da cidade ou, ao contrário, uma vida alheia a tais negócios humanos? Aristóteles respondeu no item 1324, *alíneas a,b*: **“evidentemente, a melhor forma de governo é aquela em que qualquer pessoa, seja ela quem for, pode agir melhor e viver feliz. Mesmo aquelas pessoas acordas em pensar que a vida segundo as qualidades morais é mais desejável, levantam uma dúvida: se é mais desejável uma vida politicamente ativa e prática, ou ao contrário, uma vida alheia a todos os aspectos exteriores – por exemplo, alguma modalidade de vida contemplativa, que certas pessoas dizem ser a única digna de um filósofo. Com efeito, estes são praticamente os dois únicos modos de vida que os partidários mais zelosos das qualidades morais parecem achar preferíveis, seja no passado, seja no presente – os dois, quero dizer, são a vida do político e a do filósofo”**. Mais adiante, no Capítulo III do mesmo Livro VII, item 1325, *alínea b*, **“se a felicidade deve ser definida como o sucesso, a vida ativa é a melhor vida tanto para a cidade como um todo quanto para cada indivíduo”**.

política. (...) Esse tipo de regime requer absolutamente que partilhemos um amor pelas “leis”, aquilo que Montesquieu definiu como *vertu*”.³³⁰

Hannah Arendt, no livro **Origens do Totalitarismo**, disse que Hobbes seria o único grande filósofo em relação ao qual a burguesia poderia, com direito e exclusividade, se orgulhar. Ela disse que o **Leviatã** de Hobbes correspondeu a uma teoria política na qual o Estado se alicerçou, tão somente, nos interesses individuais, de tal modo que o interesse privado e o interesse público seriam a mesma coisa. Para a Autora, o que Hobbes retratou, em sua teoria política, foi o homem burguês, numa análise que, mesmo após trezentos anos, não se tornou antiquada, tampouco, foi suplantada. Ela citou trechos do referido pensador, segundo o qual **‘a razão (...) é nada mais que cálculo’; ‘um súdito livre, uma vontade livre (...) [são] palavras (...) sem significado, isto é, um Absurdo’.** O homem é essencialmente uma função da sociedade e é, portanto, julgado de acordo com o seu ‘valor ou merecimento (...) seu preço; ou seja, aquilo que lhe seria dado pelo uso da sua força’; Esse preço é constantemente avaliado e reavaliado pela sociedade, fonte da ‘estima dos outros’, de acordo com a lei da oferta e da procura’.³³¹

Para Hannah Arendt, o poder em Hobbes corresponderia ao controle que permitiria estabelecer os preços e regular a oferta e a procura, de modo que fossem vantajosas a quem detivesse este poder. Na luta pelo poder e mesmo na capacidade inata de desejá-lo, todos os homens seriam iguais. A igualdade entre os homens residiria na potencialidade que todos teriam de matar os demais. Mesmo os mais fracos teriam esta possibilidade, na medida em que poderiam ser mais astutos. Precisamente, esta espécie de igualdade é que deixaria em todos uma sensação de insegurança, enfatizando a necessidade do Estado. Sendo assim, a razão de ser do Estado seria a necessidade de dar alguma segurança ao indivíduo que se sentiria ameaçado o tempo todo por seus semelhantes. Tal perspectiva sombria da condição humana em Hobbes revelaria uma participação na comunidade política temporária e limitada, pois prevaleceria sempre o caráter solitário e privado do indivíduo.³³²

³³⁰ TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos. Ob. cit., pp. 156-157.

³³¹ ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo. Anti-semitismo, Imperialismo, Totalitarismo. Tradução Roberto Raposo. 9ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, pp. 168-172.

³³² ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo. Ob. cit., pp. 168-172.

Nas palavras da Filósofa, **“despojado de direitos políticos, o indivíduo, para quem a vida pública e oficial se manifesta sob o disfarce da necessidade, adquire o novo e maior interesse por sua vida privada e seu destino pessoal. Excluído da participação na gerência dos negócios públicos que envolvem todos os cidadãos, o indivíduo perde tanto o lugar a que tem direito na sociedade quanto à conexão natural com seus semelhantes”**.³³³ O drama de um esboço político que tem, por fundamentos, o egoísmo e a sede de poder é que, ao transferir seus direitos políticos para o Estado, o cidadão se aliena de seus deveres e responsabilidades sociais. Nesse enfoque, caberia ao Estado, tão-somente, o dever de proteger a liberdade, a vida e a propriedade de seus cidadãos, ao mesmo tempo, que seria o único responsável pela sobrevivência dos pobres. Hannah Arendt disse que Hobbes soube compreender muito bem as expectativas políticas desse novo corpo social que nascia na Modernidade, a burguesia em ascensão, com seu desejo insaciável de acumular propriedade e riqueza, portanto, precisando contar com uma super-estrutura política de poder ilimitado: o **Leviatã**.

A lógica com que Hobbes construiu sua teoria sobre o Estado foi útil e convincente, tanto que ainda persiste, em parte, nos núcleos do poder institucional das democracias do Ocidente. Do mesmo modo, tem boa dose de atualidade a obra de John Locke. Vale lembrar algumas passagens de sua teoria sobre o governo civil. Para este pensador, a estabilidade da sociedade humana teria por único e exclusivo fundamento o acordo voluntário das partes. No 2º Tratado do Governo Civil, Capítulo VIII, ao tratar dos princípios das sociedades políticas, ele falou sobre a importância de os homens assumirem vínculos com a sociedade civil, unindo-se, mediante acordo com os demais, formando uma só comunidade, onde seria possível a convivência segura e confortável, na qual todos poderiam usufruir, com tranquilidade, seus direitos de propriedade, contando com adequada proteção contra aqueles que não pertencessem à referida comunidade. Como vimos nos itens precedentes, Locke recorreu a Deus insistentemente para fundamentar os direitos inerentes à condição humana, embora sua teoria fortemente vinculada ao direito à propriedade (ilimitada) guardasse contradições insustentáveis que revelaram seu cínico menosprezo pelo próximo. Ambos os pensadores reduziram a razão humana a uma mera faculdade estratégica pela qual, tão-somente, eram calculadas conseqüências. Só isso. Em troca da promessa de uma paz ilusória para o espaço público que, a bem da verdade, nunca se

³³³ ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Ob. cit., pp. 168-172.

concretizou, o homem moderno abriu mão do melhor de si mesmo, de suas mais altas capacidades humanas, a aptidão de contemplar a verdade e a de buscar o bem.

Olhando para a história da evolução das instituições políticas e jurídicas do Estado Moderno, pode-se dizer que o espaço público que se abriu para os cidadãos, modelando o perfil da cidadania, foi marcado pela possibilidade da autonomia individual e pela soberania estatal como uma capacidade normativa do ente. Para que o Estado-Nação pudesse afirmar, de modo legítimo, seu monopólio normativo, ele precisou contar com o reconhecimento da população respectiva. Isso só se fez possível, tanto da perspectiva política quanto jurídica, a partir de sujeitos que se tornaram, ao mesmo tempo, titulares e co-autores da ordem jurídica que fundaria e obrigaria o Estado. Internamente, o Estado-Nação foi autorizado a deter o monopólio da força e a estabelecer uma burocracia oficial, hierarquicamente construída e estreitamente vinculada à legalidade. Externamente, ele teve de se afirmar perante os demais, de modo independente, o que é, até hoje, um projeto inacabado de tentativas de compatibilizar o direito constitucional ao direito internacional.

Se, de um lado, o Estado passou a deter, mesmo que com o consentimento dos cidadãos, o monopólio da força, por outro, é preciso reconhecer que força não é exatamente sinônimo de violência. A força albergou a violência, quando a sociedade civil optou pelo egoísmo, ao transformar a livre iniciativa em uma categoria a partir da qual todas as relações sociais deveriam se pautar. Vale lembrar que, juridicamente, a vontade livre se expressou na célebre cláusula **pacta sunt servanda**. Só, mais tarde, as viscerais desigualdades econômicas e sociais demonstraram a necessidade da ponderação pela via de outra, a conhecida **rebus sic stantibus**. Afinal, nunca conseguiremos construir um espaço público qualificado pela estabilidade social partindo de bases violentas. Se Hannah Arendt estava certa, e certamente ela estava, a violência destrói o poder, nunca o cria.³³⁴ A natalidade, esta esperança que paira sobre tudo o que é novo e provém da criatividade do início da ação conjunta que anima a *vita activa*, é ela a categoria central da política. Segundo a Filósofa, **“a expressão *vita activa* é perpassada e sobrecarregada de tradição. (...) A própria expressão que, na filosofia medieval, é a tradução consagrada do *bios politikos* de Aristóteles, surge já em Agostinho onde, como *vita negotiosa* ou *actuosa*,**

³³⁴ ARENDT, Hannah. Sobre a Violência. Tradução André de Macedo Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p.11 (prefácio de Celso Láfer).

reflecte ainda o seu significado original: uma vida dedicada aos assuntos públicos e políticos”.³³⁵

Passados cerca de quatrocentos anos, todos têm motivos para lamentações, pois é inegável o protagonismo da violência no âmbito das relações humanas, especialmente, no espaço público moderno. Mas, ocupados demais com os próprios interesses, as pessoas se alienam deste grande problema comum. Ela está ali, todo o tempo, nos discursos inflamados dos representantes políticos, no mundo dos negócios onde ela é vista como audaciosa virtude e no descaso com os problemas sociais. E, ainda assim, todos a ignoram ou, o que é bem pior, a toleram com naturalidade. A força contaminada pela violência se tornou, rapidamente, a mais eficiente técnica de controle social e persuasão, justamente, por estar apoiada no extraordinário desenvolvimento das ciências exatas, como jamais a espécie humana havia experimentado, o que deveria ser algo muito bom, não fosse a total indiferença e alienação em relação à criatividade inerente ao poder legítimo. Fomos erodindo, paulatinamente, as chances de prosperidade moral e material, como pessoas e como cidadãos. E isso não é de hoje. O problema do hoje é que, nunca, em nossa trajetória sobre a Terra, estivemos tão aparelhados tecnicamente para conseguir a total aniquilação enquanto espécie vivente. Sem dúvida, não há precedentes nas gerações anteriores que se aproximem da atual tecnologia da qual o homem contemporâneo dispõe para inovar a experiência da violência. Ninguém, lucidamente, pode estar seguro de que na próxima semana ainda haverá um mundo para se viver. Afinal, a prática da violência, como toda a ação humana, muda o mundo, mas a mudança mais provável sempre será a de um mundo mais violento, quem sabe, até mesmo um mundo em que nós não estejamos mais.

Talvez, a única esperança que reste esteja na originalidade da ação e sua aptidão em romper com este processo destrutivo no âmbito dos assuntos humanos. Lembrar que poder legítimo só pode significar esta habilidade que se tem para agir e para agir em concerto de modo criativo e inovador. Afinal, somente quando os assuntos públicos deixam de ser reduzidos à questão puramente de domínio se torna possível recuperar a essência da diversidade que permeia o mundo. Nas palavras de Hannah Arendt:

³³⁵ ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Ob. cit., pp. 24-29

“Se a essência de toda a acção, e em particular da acção política, é fazer um novo começo, então a compreensão transforma-se no outro lado da acção, sobretudo quando é essa forma de conhecimento, distinta de muitas outras, através da qual os homens que agem (e não os que se cometem com a contemplação de um processo histórico catastrófico ou salvífico) acabam por ser capazes de reconhecer aquilo que aconteceu de irreduzível e de se reconciliar com o que existe de inevitável”.³³⁶

A tarefa nada tem de fácil e exige um olhar crítico sobre aquelas que deveriam ser as melhores instituições sociais, entre elas, o Direito. Ainda que se possa acreditar na ascendência do poder sobre a violência, sabe-se que esta é uma crença em rota de colisão com a realidade desde a Modernidade. Realmente, não é mais possível ignorar que o drama da violência assumiu o controle do espaço público. Nessa perspectiva, o cidadão moderno é aquele tipo de ser que, apesar de todas as suas virtudes e méritos, cometeu o erro de permitir que a violência contaminasse o âmbito da ação humana.

A crítica proposta deve contemplar, no mínimo, duas indagações que são relevantes ao debate sério sobre as crises institucionais que afetam a convivência humana no espaço público. Por quê é tão importante distinguir violência de poder? Qual a natureza disto que é chamado de poder institucional? Hannah Arendt nos advertiu contra a enganosa tentação de pensar o poder exclusivamente em termos de comando e obediência e, sendo assim, equiparar poder e violência. É a velha noção do poder absoluto que acompanhou o surgimento do Estado-Nação europeu soberano, cujo porta-voz mais conhecido, como vimos nos itens precedentes, foi Thomas Hobbes, no século XVII. Velha noção que está inserida no atual pensamento político contemporâneo, por mais incômoda que tal afirmação possa ser, principalmente, porque todos nos orgulhamos do nível de complexidade estrutural que os Estados constitucionais atingiram no Ocidente. Tal concepção, no entanto, ignora o fato de que o poder, assim como a paz, tem um fim em si mesmo. Não precisam de justificação, pois são inerentes às comunidades políticas. Especificamente, o que o poder precisa é de legitimação. Sendo assim, o tema da legitimidade do poder é que deveria ser o centro da discussão política contemporânea. O modo como, gradativamente, foram sendo desgastadas eticamente as estruturas institucionais do Estado Constitucional deixa os juristas com um real problema. Pois, são muitas as contradições que foram assimiladas sem maiores questionamentos, e que estão na raiz das nossas insuperáveis dificuldades práticas de estabelecer uma convivência viável no espaço público.

³³⁶ ARENDT, Hannah. *Compreensão e Política e Outros Ensaio*. 1930-1954. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2001, pp. 250 – 252.

Talvez, o retorno feito, no capítulo precedente, ao berço da civilização ocidental tenha lançado alguma luz ao problema. Respeitando a inevitável ignorância relacionada a momento tão distante no tempo e a leitura que se possa fazer dele, ao que parece, a cidade-estado ateniense denominou sua constituição como o diploma da isonomia. Quanto aos romanos, ao que tudo indicam os relatos dos autores consultados, falaram de uma *civitas* enquanto sua forma de governo. Talvez, esses povos tivessem em mente perspectivas de poder, de lei e de autoridade muito diferentes do que os pensadores modernos, como Hobbes e Locke, conseguiram propor. Quem sabe, a essência do poder institucional antigo, considerado de modo amplo, ou seja, poder e lei ou ordem estatal e jurídica, não se assentasse na relação de mando e obediência com os significados dos tempos posteriores. Tampouco, parece que tenha havido identificação de poder com domínio e de lei com mando. A pergunta sobre a finalidade dos governos bem poderia ser somada à indagação sobre a legitimidade dos que governam. As mais sinceras preocupações seriam, nessa ótica renovada, em relação ao apoio e ao consentimento dos governados. Pois, a legitimidade das leis e do poder institucional só pode estar no apoio dos cidadãos e, não, na cega obediência. Na dicção de Hannah Arendt, **“é o apoio do povo que confere poder às instituições de um país, e esse apoio não é mais do que a continuação do consentimento que trouxe as leis à existência”**.³³⁷

Nessa renovada perspectiva, as transformações políticas e jurídicas atingem diretamente o modo como os indivíduos passam a se entender em seus significados pessoais e sociais. Se o cidadão moderno, hoje, qualificado como contemporâneo, e que está ingressando num espaço público marcado pelas incertezas típicas às fases de transição, for capaz de dar o passo necessário, rompendo com o solipsismo individualista, então a consequente ruptura com o egoísmo fortemente estruturado em nossas instituições sociais afetará, positivamente, não apenas o espaço público, mas o próprio perfil do sujeito de direito. Como disse Luiz Moreira,

“O sujeito de direito não é assumido como membro isolado ou como unidade associada, mas ele se forma a partir de uma relação de *correspondência mútua* que lhe possibilita direitos e deveres. Nessa correspondência, as relações se apresentam como *vínculos múltiplos*, uma vez que a universalidade jurídica implica inclusão, uma inclusão que decorre da *co-autoria da normatividade jurídico-estatal*” (...). É precisamente porque a normatividade jurídico-estatal é concebida como *emanação da vontade livre de cidadãos associados (liberdade qualitativa)* e como *lei múltipla de reconhecimento universal (igualdade na diferença)*, que podemos dizer que,

³³⁷ ARENDT, Hannah. Sobre a Violência. Tradução de André Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p. 57.

com o sujeito de direito, é possível falar em Estado legítimo, isto é, em uma *ordem jurídica isonômica que efetiva a liberdade*”.³³⁸

2.4 – A Violência como Garantia da Paz

Em recente entrevista à revista de variedades nacional³³⁹, o matemático israelense e Prêmio Nobel de Economia de 2005, o Dr. Robert Aumann, fez declarações sobre a aguda crise no Oriente Médio que acentuam as preocupações sobre as chances reais de reversão do atual quadro de desintegração do direito, enquanto instituição social. Trata-se de um homem de cultura refinada e percepção de mundo sensível, que passou pelos horrores das muitas guerras, triste legado do século XX. O argumento central que bem pode sintetizar o conteúdo da breve entrevista é de que **“fazer concessões é o pior caminho para conseguir a paz”**. Ele se reporta à dramática experiência ocidental do nazismo para dar densidade às suas conclusões, afirmando que o terrível líder alemão, na sua expansão destrutiva sobre a Europa, contou com a negligência das autoridades inglesas e francesas, entre eles, o à época primeiro-ministro inglês que, a seu ver, apostou demais na diplomacia, erro que acredita estar sendo repetido pelos chefes de Estado atuais. O jornalista que o entrevistava indagou, então, se o fato de fazer concessões não ajudaria à política internacional, que tipo de incentivo poderia acabar com um conflito. A surpreendente resposta de alguém tão experiente em matéria de relações internacionais foi **“é preciso dizer na**

³³⁸ FRANKENBERG, Günther. A Gramática da Constituição e do Direito. Ob.cit., pp. XXVI e XXVII.

³³⁹ Revista VEJA, edição nº 2137, ano 42, nº 44. Editora Abril: São Paulo, 04.11.2009. Páginas Amarelas.

mesa de negociação: não vamos aceitar essas demandas e, se vocês insistirem nelas, vamos revidar com violência. Há dois tipos de incentivo: a cenoura e o porrete. Theodore Roosevelt dizia para falar com suavidade, mas ter sempre à mão um porrete”.

De um colóquio tão rápido é por certo impossível extrair a complexidade moral do pensamento do ilustre matemático, contudo, não há como deixar de pensar na lógica de Thomas Hobbes e a essencial diferença que existe na percepção do fenômeno político entre antigos e modernos. Há, no mencionado discurso, sem dúvida, uma clara afirmação da violência enquanto instância garantidora da paz. Isso é inquietante, pois revela pouca ou quase nenhuma evolução do espírito humano e das ciências respectivas desde os idos do século XVII. Ou seja, os problemas concretos da agenda política contemporânea parecem muitos semelhantes aos dramas das guerras civis que assolaram a Europa no despertar da Modernidade. E o que é pior, imersos nas comodidades proporcionadas pelo extraordinário avanço da tecnologia atual, os cidadãos se tornaram alienados, apáticos, indiferentes à violência que contamina o espaço público. Para dizer o mínimo, sempre recorrendo aos ensinamentos de Hannah Arendt, torna-se evidente que poder e violência só podem ser opostos: onde um reina absoluto, o outro está ausente. A violência não reconstrói dialeticamente o poder, antes o paralisa e o aniquila. Segundo a Autora,

“A principal razão em função da qual a guerra ainda está entre nós não é um secreto desejo de morte da espécie humana, nem um instinto irreprimível de agressão ou tampouco e por fim, de forma mais plausível, os sérios perigos econômicos e sociais inerentes ao desarmamento, mas o simples fato de que nenhum substituto para esse árbitro último nos negócios internacionais apareceu na cena política. Não estaria Hobbes certo quando disse: ‘Pactos sem a espada são meras palavras’?”.³⁴⁰

Silenciada que está a reação pública à violência que vem acompanhando a ilusória crença na supremacia do progresso tecnológico, apagamos qualquer possibilidade de reflexão sobre as origens e a natureza do comportamento violento que assumiu proporções desastrosas no século XXI. Não se pergunta mais sobre as possíveis correlações entre guerra e política – pelo menos no modo como desde a Modernidade a política tem sido feita aqui no Ocidente –, e, especialmente, entre violência e poder. Basta seguir vivendo, motivados exclusivamente pelo auto-interesse, cumprindo, minimamente, as regras básicas que regem a convivência num contexto social de relativismo. A crença geral é de que o Estado Moderno, por certo, evitará que os conflitos

³⁴⁰ ARENDT, Hannah. SOBRE A VIOLÊNCIA. Tradução de André Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2009, pp.19-20.

axiológicos e os interesses inevitavelmente colidentes acabem em guerra civil. É lamentável constatar tal protagonismo da violência no âmbito dos negócios humanos que acontecem no espaço público. Sua afirmação conta com a passiva aceitação dos cidadãos desta estranha fusão entre poder, violência e autoridade, de reduzir tudo ao “*quem domina quem*”, e ao “*quem domina pode tudo*”. Se há algo central à discussão política, este é a revitalização do significado do poder como aquela habilidade humana para agir, e agir em concerto. Este significado eticamente renovado pode fazer toda a diferença nas recíprocas interações dos cidadãos no contexto da comunidade política a qual pertençam.

Nesse enfoque, os assuntos que interessam aos cidadãos, ou seja, os assuntos relacionados às regras políticas e jurídicas de regência do espaço público poderão emergir com a força original da diversidade. Pois, o poder e a paz - que são as reais essências das comunidades políticas - possuem um fim em si mesmos. Sendo assim, a discussão política que pede urgência, antes que a violência crescente acabe de uma vez com o próprio poder, diz respeito à legitimidade do poder institucional: como os cidadãos o vêem; como os cidadãos querem que ele se concretize. Afinal, se as pessoas abrirem mão da convivência, a política nem mesmo mais existirá. No livro **Sobre a Violência**, Hannah Arendt fala sobre o drama do encolhimento do espaço público de modo pungente. Segundo ela:

“O que faz do homem um ser político é sua faculdade para a ação; ela o capacita a reunir-se com seus pares, a agir em concerto e a almejar objetivos e empreendimentos que jamais passariam por sua mente, para não falar nos desejos de seu coração, se a ele não tivesse sido concedido esse dom – **o de aventurar-se em algo novo**. Filosoficamente falando, agir é a resposta humana para a condição da natalidade (...) **nem a violência nem o poder são fenômenos naturais, isto é, uma manifestação do processo vital; eles pertencem ao âmbito político dos negócios humanos, cuja qualidade essencialmente humana é garantida pela faculdade do homem para agir, a habilidade para começar algo novo.**³⁴¹

Hannah Arendt enfatizou que, à Segunda Guerra Mundial, não se seguiu a paz, mas, sim, a Guerra Fria e a permanente ameaça de um conflito atômico. É horrível saber que tudo o que se

³⁴¹ ARENDT, Hannah. Sobre a Violência. Ob. cit., pp. 102-103. Neste texto, Hannah Arendt fala sobre o drama do encolhimento do espaço público de modo pungente. Segundo ela, “o que faz do homem um ser político é sua faculdade para a ação; ela o capacita a reunir-se com seus pares, a agir em concerto e a almejar objetivos e empreendimentos que jamais passariam por sua mente, para não falar nos desejos de seu coração, se a ele não tivesse sido concedido esse dom – **o de aventurar-se em algo novo**. Filosoficamente falando, agir é a resposta humana para a condição da natalidade (...) **nem a violência nem o poder são fenômenos naturais, isto é, uma manifestação do processo vital; eles pertencem ao âmbito político dos negócios humanos, cuja qualidade essencialmente humana é garantida pela faculdade do homem para agir, a habilidade para começar algo novo.**

tem, tudo no que se acredita, a estrutura social organizada, os sistemas econômicos, as políticas internas aos Estados nacionais, os sistemas jurídicos, absolutamente tudo repousa sobre o potencial para fazer a mais destruidora das guerras. Se assim o é, a inversão nas relações entre poder e violência atingiu um nível tão irracional, a ponto de fazer da possibilidade real de uma guerra termonuclear a principal força que estrutura a sociedade mundial.³⁴² Essa lógica hobbesiana tão presente na sociedade globalizada parece ignorar - e, de modo propositado, ignora mesmo - que a vida política exige pluralismo de concepções de bem, de visões de mundo, de divergências. Enfim, exige uma postura crítica do cidadão sobre o significado do bem comum, da riqueza individual e da riqueza social, da liberdade, das virtudes essenciais e, principalmente, uma decisão conjunta sobre o modo de exercício legítimo do poder, de como serão reconstruídas as instituições que vão concretamente viabilizar uma convivência mais digna no espaço público.

Pierre Manent, ao enfatizar a perda de substância da vida pública, se reporta a uma declaração de Max Weber, segundo o qual o destino de nossa época, caracterizado pela racionalização, pela intelectualização e pelo desencantamento do mundo, conduziu os homens a banir os valores supremos, os mais sublimes da vida pública. Eles encontraram refúgio seja no reino transcendente da vida mística, seja na fraternidade das relações diretas e recíprocas entre indivíduos isolados. Mais adiante, o próprio Manent acentua que um aspecto fundamental da sociedade atual é o de que ela é fundada sobre as separações, de que ela é uma certa organização de separações.³⁴³ Esta separação entre a ciência e a vida se articula poderosamente sobre a separação constitutiva da ordem política entre o público e o privado. De fato, a ciência rege o

³⁴² ARENDT, Hannah. *Compreensão Política e Outros Ensaios*. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2001, p. 315 e 318. “A reacção em cadeia da bomba atômica, portanto, pode facilmente tornar-se o símbolo de uma conspiração do homem e das forças elementares da natureza, que, uma vez activadas pelo saber-fazer humano, poderão um dia vingar-se e destruir toda a vida à superfície da Terra e talvez a própria Terra. Com razão ou sem ela, quando pensam na técnica, os europeus vêem, não um aparelho de televisão em casa de cada um, mas o cogumelo da nuvem de Hiroxima. A bomba atômica foi lançada pelos Estados Unidos, e os Estados Unidos têm, até ao momento presente, ocupado o primeiro lugar no desenvolvimento de armas nucleares. Por conseguinte, o poder político americano é cada vez mais identificado com a aterradora força da tecnologia moderna, com um poder de destruição supremo e irresistível”. (...) “A coragem, no quadro da guerra moderna, perdeu grande parte do seu sentido anterior. Ao pôr em perigo a sobrevivência da humanidade e não apenas a vida individual ou, quando muito, a vida de um povo, a guerra moderna está em vias de transformar o indivíduo humano mortal num membro consciente da espécie humana, de cuja imortalidade o indivíduo precisa de estar certo para ser corajoso e de cuja sobrevivência se deve ocupar acima de tudo. Ou, por outras palavras, embora haja certas condições sob as quais a vida individual deixa de valer a pena, o mesmo não vale para a humanidade. **No momento em que uma guerra pode ameaçar efectivamente a continuação da existência do homem na terra, a alternativa entre a liberdade e a morte perde a sua pertinência de outrora**”.

³⁴³ MANENT, Pierre. *Cours Familier de Philosophie Politique*. Collection TEL, Gallimard. France: Librairie Arthème Fayard, 2001, pp.19-20 (tradução livre).

público, ela é o único valor efetivamente recebido no espaço público. Quanto à vida, a verdadeira vida, ela se encontra no espaço privado. Ou seja, a verdadeira vida para o homem moderno é a vida privada.³⁴⁴ Sendo assim, é sobre a necessária transparência do espaço público que se torna urgente discutir. Vale reprisar a pergunta que deveria ser central à agenda política contemporânea: o que legitima a ordem jurídica e estatal? A indagação guarda pertinência com a insistente afirmação que fazemos neste trabalho sobre a necessária participação dos cidadãos na reconstrução das instituições, recuperando a densidade ética da vida das relações no espaço público.

3 – A Urgência da Recuperação Ética da Vida das Relações no Espaço Público

3.1 – Domesticando o Leviatã

Quando se insiste no tema da legitimidade, pode parecer que haja um vivo interesse na busca de justificações fora do mundo jurídico, ao menos, como ele é ordinariamente compreendido, desde a perspectiva puramente normativa. Sem dúvida, a percepção do Direito que aqui se defende é, sobretudo, institucional. Na exata medida em que admitir a legitimidade das normas jurídicas e das normas que regem a estruturação do Estado, propriamente dita, necessita deste algo a mais que só a perspectiva da justiça consegue oferecer. E o que é mais importante a uma crítica lúcida das instituições sociais, de que questões de justiça são inevitavelmente questões de justificação.

Nessa medida, as razões para escolher agir desta ou daquela maneira, para escolher o caminho desta ou daquela decisão, sempre vão depender dos melhores argumentos disponíveis, os quais

³⁴⁴ MANENT, Pierre. Cours familier de philosophie politique. Ob. cit., pp. 79 e 113. Plus précisément, pour que le dynamisme des citoyens n'entraîne pas la double guerre qui a détruit les cités antiques, on interpose deux artifices: d'une part le filtre de la représentation, d'autre part une législation qui favorise les libertés individuelles, en particulier la liberté commerciale. Dans la nouvelle communauté, le citoyen n'est presque jamais **immédiatement** citoyen: il est d'abord l'agent de ses intérêts privés, 'moraux' non moins que 'matériels', et dans la mesure où il est citoyen, il a besoin de la médiation de ses représentants. (...) **Constituer un corps politique, faire vivre un corps politique, c'est mettre des choses en commun. Les homes sont des animaux politiques parce qu'ils 'mettent en commun'.** Nous devons mettre des choses en commun pour concrétiser l'universalité humaine, qui autrement resterait indéterminée, pure potentialité. Que devons-nous mettre en commun? Aristote emploie une expression frappante. Dans la cité, dit-il, les citoyens 'mettent en commun les actions et les raisons' ”.

buscam seu sentido em alguma teoria que se possa ter sobre o que é justo e o que é bom em uma ordem jurídica determinada. Teorias e doutrinas sobre a justiça correspondem a metacritérios de avaliação dos modos como as pessoas vivem e se organizam, enquanto comunidade política. Precisamente, os modos como escolheram estruturar suas melhores instituições, realizar suas práticas sociais, fazer suas escolhas coletivas, como as regras são produzidas e aplicadas, e como os cidadãos as aceitam ou rejeitam, enfim, uma variedade de objetos que merecem criterioso estudo e avaliação, segundo alguma perspectiva que se tenha sobre o fenômeno da justiça. Isso demonstra uma identidade de anseios que todos temos, enquanto espécie humana, de que as coisas se passem de modo justo. Talvez, porque o melhor da condição humana esteja na base das perguntas sobre como as pessoas devem conduzir adequadamente suas vidas e de como devem forjar as suas instituições sociais mais importantes.³⁴⁵

Martin Kriele disse que soberania e legitimidade são os dois conceitos centrais à compreensão do Estado Moderno. Enquanto que a soberania relaciona-se à força de imposição do poder público, a legitimidade volta-se para a questão da sua justificação. Quando a legitimidade do poder público está abalada, sua soberania se esvaece com a crescente resistência dos súditos, desobediência jurídica, polarizações e, finalmente, o terror da guerra civil. Nas suas palavras, **“a soberania de um Estado depende de sua legitimidade e a legitimidade fundamenta a sua soberania. Neste sentido, a questão da legitimidade é a parte interna da questão da soberania”**.³⁴⁶ Sem dúvida, as condições de funcionamento de um Estado repousam na obrigatoriedade de suas decisões. Como bem enfatizou o referido doutrinador, o que diferencia a ditadura do Estado Constitucional é a limitação da *auctoritas* ao titular do aparato coator e a um grupo restrito de cidadãos. Quanto ao grande grupo da cidadania nacional, o aparato do poder

³⁴⁵ ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Ob. cit. p. 20. “A acção, a única actividade que se exerce directamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao facto de que homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo. Todos os aspectos da condição humana têm alguma relação com a política; mas esta pluralidade é especificamente a condição – não apenas a *conditio sine qua non*, mas a *conditio per quam* – de toda a vida política. Assim, o idioma dos romanos – talvez o povo mais político que conhecemos – empregava como sinónimas as expressões **viver e estar entre os homens (inter homines esse)**, ou **morrer e deixar de estar entre os homens (inter homines esse desinere)**. Mas, na sua forma mais elementar, a condição humana da acção está implícita até mesmo no Génesis (**macho e fêmea Ele criou-os**), se entendermos que esta versão da criação do homem diverge, em princípio, da outra segundo a qual Deus originalmente criou o Homem (**adam**), e não ‘eles’, de modo que a pluralidade dos seres humanos vem a ser o resultado da multiplicação. A acção seria um luxo desnecessário, uma caprichosa interferência com as leis gerais do comportamento, se os homens não passassem de repetições interminavelmente reproduzíveis do mesmo modelo, todas dotadas da mesma natureza e essência, tão previsíveis como a natureza e a essência de qualquer outra coisa. **A pluralidade é a condição da acção humana pelo facto de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exactamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir”**.

³⁴⁶ KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Ob.cit., pp. 29-33.

apresenta-se apenas como *potestas*, como instrumento de coação, no qual o Direito criado pelo ditador tem eficácia sem vigência. Ou seja, o povo a ele se submete por medo do aparato oficial e não porque reconheça a obrigatoriedade do Direito. Segundo Martin Kriele:

“As ditaduras e o Estado Constitucional não se diferenciam na questão se a autoridade repousa na competência do Direito. Esse é o mesmo caso para os dois tipos. Eles se diferenciam no fato se apenas o titular do aparato estatal ou também os cidadãos submetidos ao aparato estatal reconhecem a legitimidade da competência. (...) no Estado Constitucional os altos órgãos do Estado não usufruem apenas de autoridade perante órgãos subalternos; todos os órgãos também usufruem de autoridade perante os cidadãos”.³⁴⁷

Como se vê, há uma inegável coerência nessa herança deixada pelos antepassados modernos. Mas, quais os significados que foram por eles atribuídos para noções tão abstratas como justiça e paz? Não há uma resposta definitiva. O que se vê são conceitos utilizados segundo uma perspectiva quase que inteiramente instrumental. Por quê? Por que todos temos medo: o medo de Hobbes. Por maiores e melhores que sejam os esforços atuais em encontrar soluções para a crise do modelo político-institucional vigente no Ocidente, o problema central está na visão antropológica subjacente. A visão de homem dos modernos não traduz a realidade da condição humana. Na versão contemporânea, como herdeiros da Modernidade, passamos a propor uma atenuação do modelo original, apostando na justiça, vista como um critério de avaliação das instituições do Estado e da ordem jurídica, critério a partir do qual, os homens, seres dotados da mais absoluta autonomia de vontade, seres acima de qualquer preço, possam, deliberadamente, legitimá-las ou não.

Tudo isso dá uma ilusória sensação de alívio, parece mesmo possível retomar o controle das coisas, pois, afinal, o império da lei autoriza a questionar quais seriam os princípios justos e, até que ponto, poderia ir o poder regulador do próprio sistema jurídico que os cidadãos criaram, em tese, livremente. A legitimidade na visão de uma teoria democrática liberal estará sempre atrelada a uma ordem política na qual todo o poder emana do povo, mais do que isso, em que o poder democrático se liga à garantia de Direitos fundamentais de liberdade. Nos Estados constitucionais de hoje, mais do que direitos de primeira, segunda ou terceira gerações, o que se quer mesmo é garantir os Direitos humanos invioláveis, pretensões que o homem, enquanto homem, tem diante de seu pares e do Estado, inegociáveis, valendo em quaisquer circunstâncias. Só assim é possível

³⁴⁷ KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Ob.cit., pp. 37-38.

preservar as instituições contidas no positivismo do Direito e do Estado, impedindo a nefasta consequência de entregá-los ao arbítrio dos dominadores. Essa é, sem sombra de dúvida, a passagem feita pelos modernos, do estado selvagem, de liberdade ampla e instável, para o estado civil, de liberdade equilibrada, regulada e garantida pelos limites da lei. É o esboço de um plano de convivência humana regrada em que a união social não se fundamenta mais em uma concepção de bem comum concreta, seja religiosa ou filosófica, mas numa concepção pública e compartilhada de justiça procedimental, apropriada à noção de cidadãos de um Estado Constitucional, enquanto indivíduos, formalmente, livres e iguais.

Toda esta construção parece muito lógica e atraente. E temos de reconhecer que foi um imenso avanço. Não há como negar que, para a legitimação dos mandatos de exercício de coerção, ao menos no modelo estatal do constitucionalismo moderno, a perspectiva da justiça é imprescindível. Não há como afastar a importância de contar com procedimentos e instituições públicas que chequem se os direitos civis e políticos estão sendo mesmo respeitados, que avaliem se o acesso legal ao poder político não está sendo obstruído, que analisem e apontem soluções coerentes para regular a distribuição das oportunidades, rendas e riquezas de uma nação. A questão é saber sobre que plataforma se assenta tal noção de justiça. Os modernos aceitaram a tarefa de construir a noção de justiça sobre uma idéia da razão prática pura imbricada de modo essencial à idéia de homem dotado de Dignidade, do ser acima de qualquer preço. Passou-se, então, a invocar a justiça, como um imperativo categórico, tanto válido para as relações sociais mais simples, quanto para a ordem jurídica e para a ordem política propriamente ditas.

Enquanto imperativo categórico, ela é uma obrigação válida, sem limites e independente em sua obrigatoriedade do mundo real. Assim, longe de toda e qualquer distinção política e cultural, a cada homem se tornaram devidos os Direitos fundamentais inalienáveis pelo simples fato do humano. Ao menos nos âmbitos do Direito e da Política, o passar do tempo mostrou a aceitação incondicional dos Direitos humanos aqui no Ocidente. Foi essa a noção de justiça, enquanto critério de legitimação do Direito e do Estado, que saiu vitoriosa e, nessa medida, apoiada no pensamento dos Direitos inalienáveis do homem, a via moderna construiu uma idéia que se tornou um princípio dominante entre nós: a Dignidade da pessoa humana. A pessoa humana e sua

dignidade passaram a corresponder à própria justificação da perspectiva da justiça, na verdade, funcionando como uma metacritério de legitimação.

Nesse enfoque, a história do Estado Moderno passou a ser a história da domesticação do Leviatã, tarefa que foi levada a cabo graças, especialmente, aos Direitos humanos, aos princípios da liberdade e da igualdade, aos princípios da democracia e da divisão de poderes, a igualdade dos direitos políticos e dos direitos cívicos, a compreensão da importância do sufrágio universal e igualitário, isso sem falar no valor inestimável do livre acesso à Jurisdição, preservando a igualdade de tratamento na jurisprudência, na administração e na legislação. O Leviatã, um pouco mais dócil, passou a ser um Estado Democrático de Direito, firmado sobre constituições, atuando, formalmente, mediante a divisão de poderes e pelas vias democráticas. Corolário lógico, a filosofia política contemporânea ratificou este longo processo que atenuou o poder estatal inicialmente absoluto, vinculando o exercício do domínio às explícitas determinações contidas nas cartas constitucionais. Como pontuou Kriele, a liberdade, a igualdade e a democracia com separação de poderes, enquanto princípios de organização do Estado Constitucional Democrático e social da Modernidade, servem para estabelecer condições políticas sob as quais cada pessoa pode ter e manter a mesma prerrogativa de liberdade e de dignidade. São os pressupostos mínimos para a vinculação do poder estatal ao Direito e para a validação do princípio da mesma liberdade para todos os cidadãos. Mesmo que se possa contra-argumentar, dizendo que, na dura realidade da vida prática, liberdade e igualdade nunca são alcançadas, definitivamente, mesmo em um Estado Constitucional democrático, vale lembrar que tais princípios são ideais em relação aos quais devemos buscar aproximação, sob pena de sua supressão total. Do mesmo modo, o apreço à generalidade e à universalidade das leis que integram a ordem jurídica demonstra consciente decisão em favor da democracia. Pois, se a validade formal da lei não é condição suficiente, é, sem dúvida, condição necessária à realização substancial de uma porção igualitária de liberdade para cada cidadão.³⁴⁸

Ao fundo de todo este encadeamento lógico, está lá, intacta, a noção originária do contrato social que, por sua essência, consiste numa autolimitação da liberdade recíproca que passou a ter força de lei. É nele, no contrato social, que nós, saibamos ou não, assinamos um acordo sobre as

³⁴⁸ KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Ob.citada. Nesse sentido, pp. 293-309.

liberdades fundamentais, principalmente, as liberdades individuais, sob pena de não ser possível liberdade alguma de ação no âmbito social. A partir daí, no contrato de Estado ou contrato de dominação, a coletividade assumiu, conscientemente ou não, em troca da renúncia ao poder de legislar e julgar, a obrigação de concretizar e impor o referido contrato de liberdade. Como se legitimam o Direito e o Estado pela via desta convenção? Por meio da obediência aos poderes públicos, obediência esta que está a serviço do contrato de liberdade. Ele estabelece, pois, a razão para a obrigação que todos têm de se submeter ao Direito posto, bem como, o alcance e os limites desta obrigação. Em palavras bem simples, o contrato se revela como princípio legitimador e, ao mesmo tempo, limitador do Estado, correspondendo a um padrão crítico para julgar a juridicidade e os limites de atuação das instituições, especialmente, a atuação dos poderes públicos.

Na medida em que a noção de contrato está ligada intimamente às garantias e liberdades mais fundamentais – e aos Direitos humanos propriamente ditos -, o olhar ético sobre as instituições tem o fundamento último na Dignidade da pessoa humana. O contrato social não trata da origem do Estado como ele é, mas de regras que dizem como ele deve ser. E, na realidade contemporânea dos Estados constitucionais, ele deve ser a favor da elevação da condição humana. Martin Kriele, ao discorrer sobre o valor da equidade para o Estado Constitucional Democrático, enfatiza que o passo dado pelo Estado Constitucional clássico em direção ao Estado Constitucional Democrático decorreu da complementação do princípio da liberdade em torno do princípio da igualdade. Nessa medida, igualdade democrática significa liberdade para todos e não somente para alguns. Liberdade e igualdade, na verdade, dependem uma da outra, são como os dois lados de uma mesma moeda. Além disso, o princípio jusnaturalista, baseado no pensamento de liberdade e de igualdade, determina que toda pessoa, pelo simples fato de sua existência humana, tem, como prerrogativa, o respeito à sua Dignidade.

Sendo assim, o referido princípio se contrapõe a qualquer fundamentação jurídica inspirada em mera racionalidade utilitarista. O mencionado doutrinador diz que a liberdade não repousa apenas na Dignidade humana (a qual fundamenta a subjetividade jurídica de cada pessoa), mas, também, sobre a visão das condições mais favoráveis de liberdade, razão, paz, comunidade social, participação democrática e condições de justiça do Direito. Nas suas palavras,

“Na civilização técnico-científica moderna somente esse princípio ético fundamental do Direito pode proteger as pessoas de se tornarem um mero objeto de grandes organizações administradas centralmente e de uma manipulação racional finalista, correndo o risco de serem eliminados em caso de pensamento e agir autônomos. Sem esse princípio não haveria barreira para sistemas de campos de concentração, de perseguição racial ou classista, da extinção da religião, da obstrução, da tortura ou do homicídio organizado, da proibição de saída do país e do domínio intelectual e moral total da pessoa, como vivenciamos nas ditaduras de direita e de esquerda do mundo, e experimentamos e ainda vamos experimentar em muitas partes do mundo”.³⁴⁹

Mesmo neste difícil momento pelo qual passamos, que pode ser adjetivado como uma fase de transição ou de ambivalências, entendemos que as insuficiências democráticas mostradas pela dura realidade não bastam para decretar o fim do Estado Constitucional Democrático. Como disse Martin Kriele, “**o Estado Constitucional somente se torna, de fato, Estado Constitucional Democrático com a *dinâmica de sua democratização.***”³⁵⁰ Esta dinâmica consiste precisamente na valorização das instituições políticas, jurídicas e sociais pela via da ativa e consciente participação e responsabilidade dos cidadãos, especialmente, aqueles que ocupam os cargos oficiais. Nesse sentido, a democracia no Estado Constitucional contemporâneo não pode repousar apenas no princípio puro da representação, tampouco, no princípio puro da identidade. Há um meio termo que corresponde ao **etos** democrático oficial, o qual tem, por fundamentos, a prerrogativa da defesa das leis, a prerrogativa de defesa do interesse geral ou bem comum e, diante dos conflitos de interesses, a prerrogativa de emitir decisões justas e imparciais. O Estado Constitucional democrático é a tentativa de realizar este mínimo ético que decorre da viva relação entre governantes e governados. Mas, para que possamos aprimorar essas estruturas institucionais que foram sendo forjadas nos últimos quatrocentos anos, estabelecendo padrões de conduta viáveis que nos permitam atravessar este difícil momento de transição, no qual ingressamos sem vínculos cognitivos claros, torna-se urgente uma sincera reflexão sobre os significados que assimilamos para nossa condição humana.

³⁴⁹ KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Ob. Citada. Nesse sentido, ver pp. 277-293.

³⁵⁰ KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado. Ob.cit., p.388.

3.2 – Revitalizando a Democracia

Como vimos no item precedente, a construção dos modernos, enquanto proposta de solução para os problemas da convivência, ao menos no plano da teoria, comove pela beleza e pela genialidade. Por quê entrou em crise? Segundo Günther Frankenberg, estamos vivendo na “era da ambivalência”, caracterizada pelo “capitalismo transnacional”, “entrelaçamento global” e “transformação de soberania estatal”, sendo que o tradicional sistema político perdeu sua aptidão para promover não só a consolidação do elo social interno às nações, como, também, a orientação e a agregação interestatal. Ele faz uma profunda reflexão sobre a relação entre Direito e Política, neste momento que podemos qualificar como de transição, alertando para um possível retorno da diretriz amigo-inimigo na linha de pensamento Maquiavel-Hobbes, a contaminar as relações humanas no âmbito político.³⁵¹

De fato, não há respostas éticas, políticas e jurídicas para os imensos desafios que já se apresentam, especialmente, no espaço público, causando incertezas quanto às melhores opções

³⁵¹ FRANKENBERG, Günther. A Gramática da Constituição e do Direito. Ob.cit., p.27.

que devemos fazer para assegurar um mundo possível às futuras gerações. A dramática apatia política acompanhada de erosão ética e descaso para com a ordem jurídica tomou conta da cidadania, de um lado, e, de outro, um acelerado e acrítico desenvolvimento científico, ambos, nos jogaram num plano confuso com o qual ainda não conseguimos estabelecer, minimamente, uma relação cognitiva. Perdemos o sentido de vida em comum, mais do que isso, deixamos para trás um projeto político de civilização humana, no qual deveríamos ser tudo: sujeito, objeto, meio e fim.

Frankenberg inicia sua análise, a partir de dois modelos históricos do espaço político, diametralmente opostos no modo de se relacionarem com a Constituição. Ao primeiro, ele chama de “rivalidade não-constituída”, o qual dispensa qualquer ancoragem constitucional, mas, tão-somente, necessita de “delimitação” de guerra e violência sob o ângulo do Direito dos Povos. Ao segundo, ele chama de “oposição constituída” ou ancorada normativamente na forma constitucional, dependente, portanto, das regras e princípios matizados nas Cartas fundamentais. Frankenberg aponta Carl Schmitt como protagonista do tipo ideal amigo-inimigo. No lado oposto, indica Hannah Arendt, Marcel Gauchet e Cornelius Castoriadis como defensores do tipopositor agonal.³⁵² Segundo o referido Autor, desde que as sociedades ocidentais atribuíram às leis a tarefa de programar seu bem-estar e coordenar a ação coletiva, as duas instâncias – Política e Direito -, ao menos, teoricamente, posicionaram-se no mesmo nível. Quem precederia quem? Neste tema, as teorias constitucionais se movimentaram, tentando manter ambas as autoridades – Direito e Política – no mesmo plano, às vezes colocando barreiras, às vezes promovendo o acoplamento. Sendo assim, passou-se a atribuir ao Direito a tarefa de pôr, sob controle, a formação espontânea da norma, por meio do exercício, do costume, da convenção e, ao mesmo tempo, delimitou-se a formação organizada da norma pela via da legislação, da delegação da competência de criação normativa e do controle da norma. Foi desse modo que o poder deixou de ser dinástico, transformando-se em político-público, ou seja, democrático-republicano. As Constituições dos Estados passaram a traduzir os fins políticos e as decisões em normas jurídicas, conferindo à soberania estatal uma nova legitimação (“todo poder emana do povo”).³⁵³

³⁵² FRANKENBERG, Günther. A Gramática da Constituição e do Direito. Ob.cit., pp. 5-6.

³⁵³ FRANKENBERG, Günther. A Gramática da Constituição e do Direito. Ob.cit., pp 6-8.

Com boa razão, Günther Frankenberg disse, ao prefaciá-la edição brasileira da referida obra, que:

“As teorias do Direito e da Constituição somente são fundamentais quando (...) operam com uma dupla perspectiva, quer dizer, quando não se ocupam somente com processos de juridicização *in abstracto*, mas investigam as estruturas e conseqüências da juridicização em um contexto concreto. (...) ... os efeitos da juridicização em um âmbito concreto de atuação ... de uma Constituição nacional revelam o saber local sobre projetos e construções políticas da comunidade, visões, medos e esperanças dos sujeitos de direito”.³⁵⁴

Frankenberg diz que Carl Schmitt foi um dos padrinhos da precedência não constituída do âmbito político, na medida em que ele, embora reconhecesse ao Direito um espaço próprio relativamente autônomo, o colocava à sombra de uma grande decisão política fundamental dentro de um setor estatal estável. Nas palavras do Autor, **“a decisão diretriz amigo-inimigo é introduzida por Schmitt, na linha da tradição de Maquiavel e Hobbes (...) Ela fundamenta a precedência da Política ao Direito, que assume validade na decisão que a constelação política cria, a decisão existencial que marca o inimigo onipresente”.**³⁵⁵ Nesse enfoque, a definição de Schmitt para o político corresponderia à repetida identificação, separação e exclusão dos inimigos.³⁵⁶ Ora, o modelo amigo-inimigo, subjacente à teoria política de Carl Schmitt, que investe em uma substância estatal existente antes da Constituição, é impensável no contexto de um Estado Constitucional Democrático. Na exata medida em que o Estado só adquire legitimidade e validade no contexto normativo, como Estado Constitucional, organizado objetivamente, mediante instituições, o que viabiliza o autogoverno democrático.³⁵⁷

No lado oposto à teoria de Carl Schmitt sobre o âmbito do político, está a teoria da “oposição constituída” ou “teoria do conflito”, caracterizada pela concorrência de idéias, interesses e exigências entre competidores e opositores, apelando para a realidade da cultura da disputa e celebrando com o Direito Constitucional um acordo de parceria. Segundo Frankenberg, Hannah Arendt foi quem melhor idealizou a felicidade pública a ser vivenciada na esfera política. Nas suas palavras, **“com tal caracterização do espaço político e da atividade lá encontrada, Hannah Arendt retira-se, energicamente, do círculo de proscricção de visões apocalípticas e antropologias negativas e consegue, com serenidade, desenvolver seu modelo republicano-**

³⁵⁴ FRANKENBERG, Günther. A Gramática da Constituição e do Direito. Ob. Cit., p. XXX.

³⁵⁵ FRANKENBERG, Günther. A Gramática da Constituição e do Direito. Ob.cit., p.8.

³⁵⁶ FRANKENBERG, Günther. A Gramática da Constituição e do Direito. Ob.cit., pp. 14-15.

³⁵⁷ FRANKENBERG, Günther. A Gramática da Constituição e do Direito. Ob. cit., pp. 15-18.

democrático do Político.³⁵⁸ Frankenberg esclarece que os adeptos de uma visão agonal do âmbito político colocam-se, de modo permanente, em disputa, concorrência e oposição. Há, então, uma tentativa clara dos pensadores de se aproximar da realidade das sociedades humanas, marcadas pelas diferenças, oposições, pluralismos e conflitos de interesses, sem que seja necessário banir este ou aquele indivíduo por considerá-lo um inimigo. Trata-se de oposição e, não, de inimizade. No lugar de guerras, estabelecem-se discussões legítimas por reconhecimento e bem-estar, por influência e poder político. Nesse sentido, os esforços teóricos e práticos da Política buscam estabelecer regras claras para discussão e decisão, pois é difícil responder à questão sobre os modos de manter e suportar as oposições até o limite máximo anterior à linha do antagonismo. Nas palavras de Frankenberg:

“Ao contrário da unidade exclusiva, assegurada por meio de declarações de rivalidade, a concepção agonal está fincada na inclusão, cultura de conflito como situação cerceada de contra disputa crônica que sempre, novamente, fomenta interesses antagônicos e cosmovisões contraditórias, compreende a idéia do outro. A partir da concorrência, do debate, da participação política e da deliberação pública – resumindo, por meio de lutas políticas com resultado incerto – todos os membros da sociedade civil devem ser inseridos no conflito constante ou, se assim se quer, integrados em uma prática democrática de conflito”.³⁵⁹

Em síntese, admitir que a oposição, a divergência e o conflito fazem parte da realidade da vida das relações corresponde a uma percepção antropológica que prestigia a diversidade da condição humana. E isso faz toda a diferença na construção do espaço público, sede por excelência da ação política, e na modelagem das instituições políticas, jurídicas e sociais. Afinal, o outro não é mais visto como o inimigo, mas, tão-somente, como o semelhante diferente. Há riscos? Sim, definitivamente, tal modelo do âmbito do político importa em riscos imensos e em reais possibilidades de fracassos. Como bem pontuou Frankenberg, **“uma sociedade não pode se assegurar por meio de teorias políticas, nem por meio de constituições. Mas ela pode oferecer às partes conflitantes um *modus disputandi* na forma de uma Constituição que juridiciza os elementos políticos e traduz o dispositivo simbólico em regras e princípios diretivos de ação. Se a oferta será ou não aceita, vai-se verificar na prática social. O risco de fracasso permanece presente”.**³⁶⁰

Os liberais acham que os problemas que temos no dia-a-dia das atuais sociedades ocidentais decorrem dos excessos mesmos da democracia e tentam estabelecer limites aos poderes políticos

³⁵⁸ FRANKENBERG, Günther. A Gramática da Constituição e do Direito. Ob.cit., pp. 20-21.

³⁵⁹ FRANKENBERG, Günther. A Gramática da Constituição e do Direito. Ob.cit., p. 23.

³⁶⁰ FRANKENBERG, Günther. A Gramática da Constituição e do Direito. Ob.cit., p. 26.

e jurídicos. Um expoente do liberalismo político foi John Rawls. Este pensador propôs sua teoria da justiça como equidade, investindo nos princípios da justiça que, na democracia, teriam a função de proteção das minorias, garantindo direitos iguais na diversidade econômica, social, política e religiosa. Os princípios da justiça funcionariam assim como corretivos críticos contra eventuais abusos dos detentores de poder. Os dois princípios propostos pelo John Rawls são:

“1) Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido; 2) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade”.³⁶¹

A tentativa de Rawls é valiosa, mas tem poucas chances de apresentar soluções práticas viáveis para imensidão da crise institucional pela qual o Ocidente está passando. Rawls não apresentou uma relação taxativa dos direitos e liberdades básicos que seriam alvo da igual distribuição entre os cidadãos da sociedade bem-ordenada. Preferiu se referir às liberdades políticas – de consciência, de expressão e de associação –, ao direito de ir e vir, ao direito de propriedade, ao direito de ter uma ocupação lícita, ao que ele chamou de direitos e liberdades abarcados pelo império da lei que garantiriam o *status* comum aos cidadãos iguais de uma sociedade democrática bem-ordenada.³⁶² Ele define sociedade bem-ordenada como aquela na qual cada indivíduo aceita – e sabe que os outros aceitam – os mesmos princípios da justiça. Além disso, nela, todos reconhecem que sua estrutura básica (suas principais instituições políticas, sociais e a maneira segundo a qual se encaixam num sistema único de cooperação) está afinada àqueles princípios. Por fim, neste específico modelo idealizado de sociedade, os cidadãos têm um senso normalmente efetivo de justiça e, portanto, agem de acordo com suas instituições básicas as quais consideram justas.³⁶³ Nas palavras de Rawls, **“numa sociedade assim, a concepção publicamente reconhecida de justiça estabelece um ponto de vista comum, a partir do qual as reivindicações dos cidadãos à sociedade podem ser julgadas”**.³⁶⁴

³⁶¹ RAWLS, John. O Liberalismo Político. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2ª edição. São Paulo: Ática, 2000, pp. 46-53.

³⁶² RAWLS, John. O Liberalismo Político. Ob.cit., p. 228.

³⁶³ RAWLS, John. O Liberalismo Político. Ob.cit., p. 79

³⁶⁴ RAWLS, John. O Liberalismo Político. Ob.cit., p. 79.

O problema deste modelo imaginado por John Rawls é que esses direitos e liberdades básicas têm, por pressuposto, uma sociedade democrática com certo grau de desenvolvimento econômico, incluindo as liberdades políticas, o direito de ter alguma propriedade, o direito ao devido processo legal, ou as chamadas liberdades liberais tradicionais. Seriam precisamente esses direitos e liberdades básicas que, no espaço da sociedade bem-ordenada, assegurariam o respeito de cada cidadão por si mesmo, pois permitiriam a realização dos respectivos projetos individuais de vida. Mais do que isso, porque esses direitos e liberdades básicas seriam todos garantidos, o respeito mútuo entre os cidadãos se revelaria. Decorrência lógica de tanta satisfação individual de projetos de vida, os habitantes da idealizada sociedade bem-ordenada de Rawls desenvolveriam duas capacidades morais relevantes ao convívio social: a capacidade de ter um senso de justiça e a capacidade de ter uma concepção de bem.

A teoria de Rawls não tem chances de êxito porque ele cometeu dois erros irremediáveis: abandonou demais a realidade e apostou em uma concepção abstrata da pessoa humana. Para que a proposta do liberalismo político de Rawls pudesse assumir uma aparência minimamente plausível, ele teve de recorrer a artifícios e pressupostos teóricos sem qualquer vinculação com o que se conhece no plano da realidade, entre eles, a concepção política de pessoa – que nada tem de político -, e a de cooperação social – impossível no âmbito de uma proposta de afirmação do individualismo. Isso sem falar no abandono do ideal de comunidade e na limitação da teoria da justiça à estrutura básica das sociedades democráticas influenciadas pela cultura americana.

Tais princípios associados ao que ele chamou de *overlapping consensus* pretenderam dar estabilidade à sociedade sustentada por uma concepção de justiça como equidade. Sem dúvida, a concepção política de pessoa e a correspondente noção de cooperação social são os dois elementos centrais da teoria política da justiça como equidade. Ele construiu esses conceitos, a partir da ênfase normativa das qualidades morais da pessoa, dotada de senso de justiça e de alguma concepção de bem. Apostou, ainda, na idéia de pessoa como representação e na noção de cooperação social. Os elementos sociais relacionados à cooperação foram a reciprocidade e a mutualidade que ele colocou no plano da ação razoável. Em outras palavras, a cooperação, dado o seu conteúdo de razoabilidade, se manifestaria na sociedade real, quando a pessoa, no uso de sua autonomia plena, se relacionasse com seus pares, e todos observassem os justos termos da

cooperação social, segundo o princípio do mútuo respeito. Só que, em uma perspectiva individualista, necessariamente, há prioridade do indivíduo sobre o social, o que basta para minar as chances de um possível desenvolvimento dos aspectos razoáveis na figura de uma pessoa plena.

A **Teoria da Justiça** de John Rawls se caracteriza por uma reflexão que quer alcançar uma perspectiva exterior, como um olhar de fora lançado sobre as próprias tradições ocidentais. Um ponto de vista independente das diferentes visões de mundo adotadas pelos cidadãos de uma democracia constitucional, afinal, um critério pretensamente neutro, capaz de identificar a razoabilidade das múltiplas doutrinas compreensivas. Mais do que isso, um critério a partir do qual possa ser avaliada a justiça de toda a ordem jurídica. Nessa perspectiva, a justificação filosófica da neutralidade tem, por fundamento, a idéia de que a exigência da imparcialidade de uma razão prática, emancipada da moral das visões de mundo, funda-se em uma autoridade epistêmica independente das e anterior às referidas visões.

A pretensão de uma crítica imparcial na ciência jurídica é, por si mesma, impossível. Trata-se de uma forma de saber jurídico atípica, no qual as crenças que o envolvem condicionam parcialmente o objeto estudado. As instituições dependem para sua avaliação do que previamente as pessoas acreditam que elas sejam, do que realmente querem que elas sejam. Na lição de Charles Taylor, sempre compreendemos contra um pano de fundo daquilo que é tido por certo, no qual simplesmente nos apoiamos e que, na realidade, incorpora nossa compreensão de mundo. Mas, devemos estar abertos à possibilidade de que alguém possa não contar com esse mesmo pano de fundo. Sendo assim, mesmo que seguir regras seja uma prática social aceita, ela não é uma prática cega, pois nossa capacidade de entendê-las e assimilá-las só pode ter sentido se as situarmos no espaço social. Em relação ao sentido do “eu” que adquirimos a partir da Modernidade, o Autor diz que:

“Entre as práticas que ajudaram a criar esse sentido moderno estão as que disciplinam nosso pensamento para o desprendimento da ação corporificada e da inserção social. Conclama-se cada um de nós a tornar-se uma mente pensante, responsável, autoconfiante em seus julgamentos. (...) Mas esse ideal, embora admirável em alguns aspectos, tendeu a nos deixar cegos a importantes facetas da condição humana”.³⁶⁵

³⁶⁵ TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos. Ob. cit., pp. 184-190.

Além disso, as discussões políticas e jurídicas relevantes exigem propostas viáveis para reformulação do modelo institucional estabelecido. Ninguém, no mundo contemporâneo, ousa apostar cegamente na onipotência da razão. De fato, a **Teoria da Justiça como Eqüidade** de John Rawls pode ser vista como mais uma das utopias da filosofia política moderna ocidental, onde o fenômeno da justiça é estudado, a partir do ponto de vista de pessoas pensadas hipoteticamente, portanto descomprometidas com governos ou sistemas constitucionais concretos. Como bem enfatizou Charles Taylor:

“A importância da ação dialógica na vida humana mostra a profunda impropriedade do sujeito monológico das representações que emerge da tradição epistemológica. Não podemos compreender a vida humana simplesmente em termos de sujeitos individuais que criam representações por aí e respondem aos outros; e não o podemos porque grande parte da ação humana só ocorre na medida em que o agente se compreende como parte integrante de um “nós” e como tal se constitui a si mesmo”.³⁶⁶

No entanto e apesar de todos os equívocos e desacertos do pensador americano, ele foi capaz de reelaborar o ideário dos modernos. Sua teoria trouxe à tona as contradições ocultas e a insuficiência dos velhos modos de conviver. O que os tempos atuais exigem é uma postura mais sincera e mais humilde. Em lugar dos modos metafísicos de pensar ou em lugar da pretensão de uma explicação última do que é, há a alternativa de assumir que a razão é finita e falível e que melhor obra quando nos damos conta de que somos apenas criaturas.³⁶⁷ Essa reflexão sobre a condição humana subjacente às estruturas institucionais assume importância singular numa época, como a presente, na qual é impossível precisar quais serão as reais alterações na configuração do espaço político, e quais as possíveis direções que as interações, entre o Direito

³⁶⁶ TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos. Ob.cit., p. 188.

³⁶⁷ ARENDT, Hannah. O que é Política? Ob. cit., pp. 43-45. **“A diferença decisiva entre as ‘infinitas improbabilidades’ nas quais se baseia a vida terrestre-humana e o acontecimento-milagre no âmbito dos assuntos humanos é, claro, existir aqui um taumaturgo e o fato de o próprio homem ser dotado, de um modo extremamente maravilhoso e misterioso, de fazer milagre. No uso idiomático habitual e comum, nós chamamos essa aptidão de agir. É característico do agir a capacidade de desencadear processos cujo automatismo depois parece muito semelhante ao dos processos naturais; é-lhe característico, inclusive, o poder impor um novo começo, começar algo de novo, tomar iniciativa ou, adotando-se o estilo de Kant, começar uma cadeia espontaneamente. O milagre da liberdade está contido nesse poder-começar que, por seu lado, está contido no fato de que cada homem é em si um novo começo, uma vez que, por meio do nascimento, veio ao mundo que existia antes dele e vai continuar existindo depois dele. Portanto, se esperar um milagre for um traço característico da falta de saída em que nosso mundo chegou, então essa expectativa não nos remete, de modo nenhum, para fora do âmbito político original. Se o sentido da política é a liberdade, isso significa que nesse espaço – e em nenhum outro – temos de fato o direito de esperar milagres. Não porque fôssemos crentes em milagres, mas sim porque os homens, enquanto puderem agir, estão em condições de fazer o improvável e o incalculável e, saibam eles ou não, estão sempre fazendo. A pergunta se a política ainda tem algum sentido nos remete, justamente quando ela termina na crença em milagres – e onde mais deveria terminar senão aí – de volta forçosamente à pergunta sobre o sentido da política”.**

e a Política, irão seguir com inevitáveis conseqüências sobre os papéis que as Constituições dos Estados irão desempenhar na consolidação dos elos sociais internos e externos às nações. Günther Frankenberg faz um prognóstico um tanto sombrio sobre o futuro da nossa civilização. Nas suas palavras:

“Uma coisa é inequívoca, o capitalismo transnacional e, sob sua guarita, a civilização ocidental ignoram, inescrupulosamente, comunidades locais, sentimentos tradicionais e outras instituições, sobretudo, de cunho religioso. Sua estratégia de conquista secreta, porque não abertamente militar, chamada de “modernização” da terra arrasada, ou melhor, das sociedades comercializadas, deixa para trás, na persecução da conquista político-econômica, uma cultura de ressentimento latente que se alimenta de uma mistura brisante de tradicionalismo militar com religião intolerante e nacionalismo étnico e que se pode desdobrar em um fogo aberto por qualquer desejo”.³⁶⁸

É mesmo difícil avaliar as reais chances de convivência organizada política e juridicamente nas sociedades deste novo milênio que bem poderíamos qualificar de sociedades pós-tradicionais. No entanto, há uma esperança, ainda que bastante tênue, de revitalizar as democracias constitucionais atuais, a partir da perspectiva da integração tanto política quanto jurídica. Tal perspectiva, em absoluto, não pretende neutralizar ou mesmo eliminar a estrutura de conflitos que marca as sociedades atuais, nas quais emergem oposições de interesses, heteronomia de valores e pluralidade de projetos de vida. Parece contraditório? Não é. Novamente, apela-se à virtude da moderação e à capacidade de acolhimento do outro, como semelhante diferente. Como bem pontua Frankenberg:

“Com a auto-institucionalização republicano-democrática, uma sociedade expressa, simbólica e institucionalmente, que todos os partícipes se consideram recíproca e seriamente como cidadãos e sujeitos de direito. Considerar seriamente no contexto jurídico significa legitimar (conferir um direito) e obrigar (o seu cumprimento). A legitimação diz respeito à organização autônoma privada da vida bem como à participação ativa nos negócios comuns da sociedade (autonomia política). A última inclui, sobretudo, a participação nos processos legiferantes e deliberativos. A obrigatoriedade concentra-se na obediência perante todas as normas jurídicas decididas conforme a Constituição”.³⁶⁹

Em síntese, uma democracia revitalizada não ignora nem pretende eliminar a cultura do conflito de interesses, mas sabe que a convivência humana no espaço público só se faz possível, quando os processos de formação de opinião e de vontade ocorrem, pela via das instituições políticas, jurídicas e sociais, abertas a co-participação real dos cidadãos. A fórmula não pretende ser perfeita e, tampouco, descarta possibilidades reais de fracasso. A oposição de interesses,

³⁶⁸ FRANKENBERG, Günther. A Gramática da Constituição e do Direito. Ob.cit., p. 33.

³⁶⁹ FRANKENBERG, Günther. A Gramática da Constituição e do Direito. Ob.cit., pp. 185-186.

valores heterogêneos, perspectivas de vida em rota de colisão simplesmente não podem ser eliminadas do contexto da sociedade real. Do mesmo modo, o que era mero dissenso de opiniões pode virar antagonismo que, em sua fase aguda, tende a se transformar em guerra civil. Mas, ainda assim, os cidadãos ativos politicamente atuam vinculados à ordem jurídica, contando com uma Constituição garantida por Direitos humanos, a qual não se preocupa apenas em defender os indivíduos contra possíveis abusos estatais, mas também preserva a capacidade ativa e constituinte do povo de deliberar sobre suas opções para organizar a convivência em comum. Nas palavras de Frankenberg:

“Soberano é quem sabe que não sabe tudo e que, por isso, se mantém aberto para o inaudito. Justamente, essa abertura a tais processos, indispensáveis de aprendizado, garante o princípio de uma república democrática, unida a liberdades constitucionais de comunicação política. O princípio republicano deve garantir transparência e publicidade do aprendizado. O âmbito democrático garante a todos os envolvidos, especialmente, também a minorias, acesso aos foros onde ocorrem os processos de aprendizado. Ambos os princípios são apoiados e operacionalizados pelas liberdades de comunicação, ou seja, traduzidos em possibilidades de aprendizado”.³⁷⁰

PARTE III

O CIDADÃO NO ESPAÇO PÚBLICO CONTEMPORÂNEO

1. Breves Considerações

A idéia central nesta parte propõe uma reflexão sobre a entrada em um terreno desconhecido, num contexto social caótico e permeado por crises financeiras e conflitos armados. Seria o fim do Estado-Nação? Passaríamos a ser cidadãos da Pátria-Terra? Se não conseguimos avançar em relação às incertezas e às crises, será possível aventurar-se em um projeto planetário de modo acrítico? De fato, no século XXI, estamos embarcando em uma aventura cercada de mistérios. Os fenômenos da mundialização política, econômica, social e, sobretudo, tecnológica trouxeram um

³⁷⁰ FRANKENBERG, Günther. A Gramática da Constituição e do Direito. Ob.cit., p. 44.

modelo histórico estatal com o qual ainda não estabelecemos uma relação cognitiva. O fato histórico sem precedentes de um Estado Democrático de Direito que se estende da tradicional concepção de Nação à escala planetária pode ter sido esboçado, precariamente, com a experiência, hoje claudicante, mas ainda assim valiosa, da “*zona do euro*”. Contudo, esta nova perspectiva nos joga em um universo totalmente desconhecido e para o qual não estamos preparados, na medida em que nenhuma Nação ocidental conseguiu estabelecer uma experiência de cidadania ativa realmente forte. A Economia internacional tomou o controle das instituições, sinalizando uma nova ordem cosmopolita que bem pode nos remeter a um novo Medievo, de acentuada oposição entre os povos do Mundo. O hipertrofiado controle financeiro dos organismos internacionais, contando com os avanços de uma tecnologia cada vez mais sofisticada, tomou as rédeas da Política e do Direito, minimizando a força regulatória e a soberania dos espaços regionais. Como se movimentarão os cidadãos neste inovador espaço?

2 – O Enfraquecimento do Elo Social

2.1 – A vitória do *animal laborans* e a perda do espaço da experiência comum

Na medida em que todo o tempo, neste trabalho, defende-se a necessidade de uma modificação profunda da perspectiva antropológica subjacente às mais valiosas instituições sociais, cabe tecer algumas considerações sobre um tema relevante estudado no legado de Hannah Arendt. Especificamente, a análise da categoria filosófica denominada *animal laborans*, que, ao que tudo indica a própria história humana no mundo, saiu vitoriosa na exata proporção que fomos perdendo o espaço da experiência comum.³⁷¹ O que se perdeu foi o espaço da

³⁷¹ ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Ob. cit., pp. 109-110. “Os antigos raciocinavam de outra forma: achavam necessário ter escravos em virtude da natureza servil de todas as ocupações que servissem às necessidades de manutenção da vida. (...) Laborar significava ser escravizado pela necessidade, escravidão esta inerente às condições da vida humana. (...) **A degradação do escravo era um rude golpe do destino, um fado pior que a**

vitalidade das relações humanas mais preciosas, onde o agir humano é por excelência político. Sem dúvida, o mundo que os homens criam acaba e, com ele, toda a possibilidade para a política, quando é visto somente sob uma única e determinada perspectiva. Sendo assim, as ambigüidades e contradições que marcam as relações políticas, jurídicas e sociais, no atual espaço público, decorrem do menosprezo pela importância da teia das relações humanas que existe e depende da pluralidade de pessoas que compartilham um mundo comum. O drama contemporâneo corresponde a esta deliberada recusa de construir o Direito público e, com ele, as instituições sociais e políticas, a partir de um compromisso entre governantes e governados. Compromisso que, por sua própria natureza, só pode ser firmado, de modo legítimo, no espaço público, sede por excelência da ação política.

Se assim o é, quem seria este *animal laborans*? Este é um ponto central a esta tese e a obra de Hannah Arendt nos assiste com um suporte filosófico e político ímpar. No encantador livro **A Condição Humana**, Hannah Arendt ensina que, entre todas as atividades humanas, a ação é a única que sequer poderia ser imaginada fora de uma sociedade de pessoas. Ou seja, a ação é uma prerrogativa exclusivamente humana e que só existe – ou só pode existir – quando estamos na presença dos outros. Há, sim, um necessário elemento de alteridade inerente ao agir humano.³⁷² Nessa linha de raciocínio, a atividade do labor, que não exige a presença de quem quer que seja, é exercida por uma criatura – o *animal laborans* – que desistiu de ser humana. Justamente, porque abriu mão de suas mais altas capacidades, perdendo aquela prerrogativa que a distinguiria como portadora da condição humana. E, ao perdê-la, por mais que se esforce sinceramente, nunca poderá criar instituições para uma sociedade de pessoas, muito menos, para um Estado de cidadãos.

Hannah Arendt enfatizou que o mundo no qual nascemos, crescemos e interagimos é um ambiente que só existe graças à atividade humana que o produz todos os dias. De fato, as pessoas

morte, por implicar a transformação do homem em algo semelhante a um animal doméstico. (...) O *animal laborans* é, realmente, apenas uma das espécies animais que vivem na terra – na melhor das hipóteses a mais desenvolvida”.

³⁷² ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Ob. cit., pp. 19-21. “Com a expressão *vita activa*, pretendo designar três actividades humanas fundamentais: labor, trabalho e acção. (...) **A acção, a única actividade que se exerce directamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao facto de que homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo. Todos os aspectos da condição humana têm alguma relação com a política; mas esta pluralidade é especificamente a condição – não apenas a *conditio sine qua non*, mas a *conditio per quam* – de toda a vida política”.**

fabricam coisas, interagem umas com as outras e com a Natureza e, especialmente, se organizam em corpos políticos. O problema contemporâneo, herdado da Modernidade, está no modo como isso é feito. A maneira de abordar o mundo tem, por pressuposto, o que as pessoas pensam de si mesmas, qual a imagem que elas têm da condição humana. Como bem pontuou a Filósofa, a sociedade contemporânea espera de cada um de seus membros, não uma ação original, livre e responsável, capaz de gerar reações espontâneas, mas, tão-somente, comportamentos convencionados e aceitos. Isso se torna particularmente grave no contexto de uma sociedade de massas que conta com a instrumentalidade impressionante e eficaz oferecida pela mídia que absorve grupos sociais diferenciados em uma sociedade única, de comportamentos individuais e sociais padronizados, na verdade, um controle absoluto das capacidades de escolha dos cidadãos, a respeito do que eles realmente querem ser e da vida que querem levar. Sendo assim, a famosa e tão prestigiada igualdade dos modernos está restrita ao reconhecimento político e jurídico do fato de que a sociedade contemporânea conquistou, com um avassalador sucesso, a esfera pública, reduzindo a quase nada a originalidade criativa que lhe era inerente, relativizando as questões humanas mais profundas a mero dissenso de opiniões a respeito de questões privadas individuais.

Vai a tal ponto a destruição da antiga esfera reservada ao político que, hoje, a sociedade é a forma na qual a dependência mútua em prol apenas da subsistência adquiriu importância pública. Aliás, só o que conta é sobreviver, não importando mais qualquer discussão ética sobre os critérios utilizados para alcançar tal fim. Abrimos mão de construir um espaço público, o único local onde realmente poderíamos exercitar nossas muito humanas habilidades políticas, onde poderíamos mostrar quem realmente somos uns para os outros. Só assim, e por amor a um corpo político organizado em instituições com as quais todos estão realmente comprometidos, em direitos e deveres, vantagens e responsabilidades, é que seria possível a experiência de compartilhar, com os demais cidadãos, o ônus da jurisdição, da defesa e da administração dos negócios públicos. Sem dúvida, a presença dos outros, a quem vemos e que nos vêem, a quem ouvimos e que nos ouvem, é graças a eles junto a nós que garantimos a realidade do mundo humano.

A esfera pública é precisamente este mundo comum que separa e que congrega os cidadãos na convivência recíproca. O drama da atual sociedade tecnológica não é apenas a imensidão de

pessoas e a velocidade com que tudo acontece, mas, antes de tudo, o modo superficial como os indivíduos interagem, apenas, o minimamente necessário para garantir a sobrevivência. A sociedade de consumo não consegue criar um ambiente favorável ao florescimento de relações humanas concretas. Vivemos o dia de hoje, fechados em nós mesmos, por medo e desconfiança. As pessoas passaram a duvidar das verdades eternas, e literalmente fogem de qualquer discussão sobre elas, porque temem o desconforto que é encarar a fragilidade temporal típica à condição humana. Deliberadamente se alienam do fato de que o mundo comum só pode sobreviver, ao ir e vir das gerações que se sucedem no correr do tempo, quando ele é dotado de uma presença pública. Pois, assumir responsabilidades pelo tipo de mundo que será deixado às futuras gerações exige maturidade inevitavelmente dolorosa. Nesse enfoque, a realidade da esfera pública necessita dos incontáveis pontos de vista diferentes sobre uma mesma coisa para que possa existir e se expressar. Ao agirem como seres inteiramente privados, ou seja, privados de ver e ouvir os outros e de serem vistos e ouvidos pelos outros, as pessoas, de fato, se tornaram prisioneiras de suas próprias subjetividades, tão caras a elas. Destruíram, assim, a possibilidade de existência de um mundo comum, erigido sobre ações sempre inovadoras, adestradas que estão a repetir, comodamente e aliviadas, comportamentos que seguem uma única perspectiva.³⁷³

Hannah Arendt acentua que a ascensão do social coincidiu historicamente com a transformação da preocupação individual com a propriedade privada em preocupação pública.³⁷⁴ A nova sociedade de proprietários, ao acessar a esfera pública, o fez não para ali estabelecer algum tipo de ação política, fosse qual fosse, mas para exigir proteção institucional para acumular mais e mais riqueza. A riqueza, ela mesma, nunca poderá substituir a novidade da ação política que encontra seu lugar no espaço público. Pois, ela sempre será algo que pertence ao âmbito do privado. Nos tempos modernos, a única coisa que restou de comum foram os governos, tão-somente, para proteger as atividades relacionadas à acumulação da riqueza. É mesmo lamentável

³⁷³ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Ob. cit., pp. 72-73. “... a realidade da esfera pública conta com a presença simultânea de inúmeros aspectos e perspectivas nos quais o mundo comum se apresenta e para os quais nenhuma medida ou denominador comum pôde alguma vez ser inventado. (...) **Ser visto e ouvido por outros é importante pelo facto de que todos vêem e ouvem de ângulos diferentes.** (...) Só quando as coisas podem ser vistas por muitas pessoas, numa variedade de aspectos, sem mudar de identidade, de modo que os que estão à sua volta sabem que vêem o mesmo na mais completa diversidade, é que a realidade do mundo se pode manifestar de maneira real e fidedigna. (...) **O mundo comum acaba quando é visto apenas sob um aspecto e só lhe é permitida uma perspectiva**”.

³⁷⁴ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Ob. cit., p. 81. “**Logo que passou à esfera pública, a sociedade assumiu o disfarce de uma organização de proprietários que, em vez de se arrogarem o acesso à esfera pública em virtude de sua riqueza, exigiram dela protecção para acumulação de mais riqueza**”.

o fato de que os modernos construíram suas teorias jurídicas e políticas, colocando em posição de antagonismo o governo e a sociedade. Permanece no imaginário social, até hoje, a estranha noção de que a sociedade reflete só o melhor da natureza humana. Enquanto que a maldade humana é que tornaria necessária a existência do governo. A célebre e bem conhecida afirmação de *Madison* de que se os homens fossem anjos não haveria necessidade de governos expõe a visão antropológica distorcida subjacente às instituições democráticas. Atualmente, nem mesmo de governos podemos genuinamente falar, mas dos exércitos tecnologicamente eficientes das potências bélicas que contam com a negligência – na maior parte das vezes com o apoio explícito – dos organismos internacionais que deveriam promover a paz que só pode decorrer da interação política entre as nações. É, de fato, assustador observar que, com apenas uma década do novo milênio, a humanidade já passou por conflitos e guerras de proporções desastrosas.

Na sociedade contemporânea, não há mais razão que justifique a existência de uma esfera pública, onde o mérito de cada um possa ser demonstrado perante os outros. Como os escravos da Antiguidade, as pessoas perderam o melhor de si mesmas: a excelência. As duas qualidades que, segundo o próprio Aristóteles, os escravos não tinham eram as faculdades de decidir e deliberar, ou de prever e escolher. Precisamente, por não possuírem estas qualidades é que os escravos estavam sujeitos às necessidades.³⁷⁵ Quanto aos homens e mulheres do mundo atual, imersos que estão em uma profunda solidão, foram reduzidos apenas a mais uma espécie, dentre as muitas espécies de animais que vagam sobre a Terra. O *animal laborans* talvez porque tenha um cérebro tão sofisticado possa ser considerado, orgulhosamente, como a espécie animal mais desenvolvida. O trágico de tudo isso é que, numa sociedade em que a riqueza é avaliada segundo as capacidades de ganhar e gastar, as próprias coisas do mundo são desqualificadas a meros produtos do labor que só servem para consumo. As pessoas perderam a noção de diferença entre coisas que servem ao uso e as que servem ao consumo. Se, como de fato é, tudo e todos servem apenas para consumo, inclusive, as mais preciosas relações interpessoais, por conseqüência, qualquer pretensão lúcida de construção de um espaço para a ação política está definitivamente morta. De fato, devoramos tudo em nome dos supostos benefícios da abundância da sociedade tecnológica

³⁷⁵ ARISTÓTELES. Política. Tradução, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 3ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p.19, Livro I, Capítulo II, item 1254, *alínea b*. “É um escravo por natureza quem é susceptível de pertencer a outrem (e por isto é de outrem), e participa da razão somente até o ponto de apreender esta participação, mas não a usa além deste ponto (os outros animais não são capazes sequer desta apreensão, obedecendo somente a seus instintos).

que é o ideal do *animal laborans*. Para Hannah Arendt, o labor e o consumo são dois estágios de um mesmo processo imposto ao homem pelas necessidades da vida. Em outras palavras, vivemos e somos uma sociedade de criaturas que laboram. A tônica da movimentação dos homens pelo mundo está na habilidade de ganhar o próprio sustento, acentuando a predominância do labor sobre as demais atividades típicas da *vida activa*, como o fabricar, o criar coisas novas, o pensar e, sobretudo, a mais sublime de todas as capacidades humanas: a contemplação do supracensível. Em síntese, tudo o que se fizer, ou é prover a própria subsistência ou é apenas *hobby*. Essa triste perspectiva antropológica é que está na raiz da dissolução da prática do Direito público e, portanto, de todo o Direito. De fato, enquanto o *animal laborans* estiver na posse da esfera pública, esta não será uma verdadeira esfera pública, mas apenas o local aonde as atividades privadas são exibidas em público.

Com Hannah Arendt, aprendemos que é pela ação e pelo discurso que os homens revelam realmente quem são, apresentando, ao mundo humano, suas identidades pessoais e singulares, suas incontáveis qualidades e talentos.³⁷⁶ Tudo isso é mostrado, publicamente, graças ao discurso e à ação, quando as pessoas conseguem estar umas com as outras, interagindo, enfim, convivendo, apesar das não raras abissais diferenças que têm. Afinal, o fato de estarem juntas, umas com as outras, não corresponde necessariamente a estar *pró* ou a estar *contra* os outros. Mas, a referida exposição que as revela como são não é algo banal. E é por isso que o medo que as move prefere a segurança das estruturas engendradas pelo *animal laborans*. O problema mais crucial da convivência humana é mesmo o pavor dessa luz intensa que banha a esfera pública. Os críticos que vociferam contra o ativismo jurídico fazem lembrar o medo e o apego às estruturas sociais supostamente estáveis e totalmente despolitizadas forjadas pelo *animal laborans*. De fato, escravos não têm liberdade de escolha. E isso é terrível. Mas, eles também nunca serão responsabilizados por escolhas erradas. E isso é confortável.

³⁷⁶ ARENDT, Hannah. O que é Política? – Fragmentos das Obras Póstumas, compilados por Ursula Ludz. Tradução Reinaldo Guarany. 5ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004, p. 60. **“Só na liberdade de falar um com o outro nasce o mundo sobre o qual se fala, em sua objetividade visível de todos os lados. O viver-num-mundo-real e o falar-sobre-ele-com-outros são, no fundo, a mesma e única coisa, e a vida privada pareceria ‘idiota’ para os gregos porque os privava dessa complexidade do conversar-sobre-alguma-coisa e, com isso, da experiência sobre como a coisa acontecia, de fato, no mundo”**.

2.2 – Tirania *versus* Negócios Públicos

Hannah Arendt disse que a esfera dos negócios humanos consiste no que ela chama de “*teia das relações humanas*” que existe onde quer que os homens vivam juntos. A Filósofa afirmou que o drama do materialismo político corresponde à negação do fato de que as pessoas sempre se revelam no convívio, mesmo quando seus objetivos são materiais e exclusivamente humanos. E advertiu que ignorar isso é o mesmo que querer transformar os homens naquilo que não são. Ao contrário da fabricação de objetos, a ação humana, em sentido estrito, precisa dos outros. Nesse enfoque, estar isolado é estar literalmente privado da capacidade de agir. Enquanto a fabricação está em permanente interação com o mundo, a ação está imersa na teia dos atos e palavras dos outros homens. Ver isso com mais clareza é particularmente importante, pois coloca, frente a frente, as mais profundas contradições que estão na base da vivência contemporânea. O que os cidadãos deveriam estar pensando e discutindo – e não estão – é o modo como as instituições devem ser construídas. Fazer leis e construir instituições não é a atividade de um homem só. Não é, nunca será, o mesmo que fazer uma mesa ou uma cadeira. Aqui, coloca-se o dedo em uma ferida antiga, pois não passa de um imenso engano associar a certeza e a segurança jurídicas, tão-

somente, às decisões dos órgãos de cúpula da nação, por melhores que eles sejam e por mais bem intencionados que estejam seus agentes.³⁷⁷

Hannah Arendt citou o exemplo do rei Agamêmnon para explicar a falácia do homem forte que é poderoso por estar só. No caso de governantes bem sucedidos - e Agamêmnon, ao fim e ao cabo, passou a História como o rei que conquistou a Tróia de Príamo e Heitor – reivindicou para si o sucesso de uma guerra que só foi possível graças ao empenho e ao sacrifício de milhares de gregos. Aliás, segundo a lenda, guerra que só foi possível pelo sacrifício do primeiro sangue inocente que foi derramado: o sangue de sua própria filha, a princesinha Ifigênia. Ao monopolizar a força de muitos sem os quais jamais teria realizado aquela empresa monstruosa, Agamêmnon criou a ilusão do poderoso monarca. Ilusão que continua habitando o íntimo de muitos agentes públicos contemporâneos, basta que se preste atenção aos discursos dos secretários de Estado das potências bélicas a respeito dos recentes conflitos internacionais, deflagrados no Oriente Médio e no Norte da África. Provavelmente, Estados Unidos, França, Inglaterra e Rússia estejam francamente expandindo suas pretensões de estabelecer naquelas regiões um novo modelo de imperialismo que, na sua essência, pouco difere do que já fizeram, nos mesmos lugares, nos séculos XIX e XX.

De fato, o apego excessivo aos mitos da segurança e certeza jurídicas tem, por pressuposto, a negativa de que o ilimitado é típico da ação política.³⁷⁸ Sem dúvida, a ação e a reação nunca se

³⁷⁷ ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Ob. cit., pp. 272-273. **“A fuga da fragilidade dos negócios humanos para a solidez da tranquilidade e da ordem parece, de facto, tão recomendável que a maior parte da filosofia política, desde Platão, poderia facilmente ser interpretada como uma série de tentativas de encontrar fundamentos teóricos e meios práticos de evitar inteiramente a política. O que caracteriza todas essas modalidades de evasão é o conceito de governo, isto é, a noção de que os homens só podem viver juntos, de maneira legítima e política, quando alguns têm o direito de comandar e os demais são forçados a obedecer. A noção vulgar que já encontramos em Platão e Aristóteles, de que toda a comunidade política consiste em governante e governados (suposição na qual se baseiam, por sua vez, as actuais definições de formas de governo – governo de um ou monarquia, governo de poucos ou oligarquia e governo da maioria ou democracia) baseava-se na suspeita em relação à acção e não no desdém pelo homem, e resultou do sincero desejo de encontrar um substituto para a acção, e não de alguma vontade de poder, irresponsável ou tirânica”.**

³⁷⁸ MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito – uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão teórica de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 38. “A certeza do Direito é, portanto, uma certeza excepcional (*defeasible*), sujeita a mudanças. Essa natureza provisória e excepcional da certeza acaba não sendo, afinal de contas, algo que contrasta com o Caráter Argumentativo do Direito, mas algo que comunga de um fundamento comum com esse caráter. Esse fundamento é a concepção do direito de defesa construída dentro da ideologia do Estado de Direito, compreendido como proteção contra a ação arbitrária dos governos”.

restringem a dois ou três parceiros, portadores das verdades absolutas e que atribuam a si mesmos a condição de únicos capazes de assegurar a concretização dos melhores princípios e valores democráticos. A ação seja qual for seu conteúdo específico, se estritamente política ou predominantemente jurídica, ela tem a qualificação de, sempre, estabelecer relações e, portanto, tende a violar todos os limites e transpor todas as fronteiras. Talvez, seja mesmo muito difícil assumir que é inerente ao agir humano ser ilimitado e que suas conseqüências podem e inevitavelmente escapam do controle que as pessoas se acostumaram a acreditar como necessário para que a sociedade organizada tenha segurança jurídica. Não deve ser fácil aceitar que as limitações legais não são defesas absolutamente seguras contra as ações que vem do interior do próprio corpo político. Isso nos dá um medo extraordinário de que as leis e as instituições sejam frágeis. E de fato são. Mas, não em um sentido subversivo e desalentador. Pelo contrário, como ensinou Hannah Arendt, o ilimitado da ação é apenas o outro lado da sua tremenda capacidade de estabelecer novas relações, isto é, da sua produtividade específica. O antídoto contra a violação de todos os limites está no resgate da antiga virtude da prudência ou moderação, essencial no trato dos negócios públicos. Em absoluto, não é algo sonhador, mas um investimento maciço na educação para a cidadania, esta capacidade que as pessoas têm de se manter dentro de determinados limites que o império das leis lhes assinala e o apreço por elas as submete. É a virtude política, por excelência, que se contrapõe à tentação antipolítica de apropriação indevida do poder.³⁷⁹

Talvez, novamente, o exemplo grego possa nos auxiliar a compreender o que a *pólis* representava efetivamente para eles. A cidade-estado não era Atenas, em si, mas seus cidadãos, os atenienses. Como Hannah Arendt bem salientou, a *pólis* não era tanto a sua localização física, mas, antes, a organização da comunidade que resultava do agir e do falar em conjunto e o seu verdadeiro espaço situava-se entre as pessoas que viviam juntas com tal propósito, não

³⁷⁹ MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Ob. cit., p. 175. O autor acentua a importância do elemento aristocrático na lógica institucional do Direito, elemento este que não está sujeito à pressão popular, temperando os excessos típicos da democracia. Segundo ele, “**o ponto é que os sistemas jurídicos não contêm compromissos únicos ou isolados de princípio ou determinação de políticas. Ao contrário, eles compreendem uma multiplicidade de normas de muitos tipos que interagem umas com as outras, e essas podem ser consideradas como exprimindo uma pluralidade de princípios e de escolhas de políticas públicas. Como tais, são capazes de ser manipuladas de forma que tente dar o máximo de sentido ao todo entendido em seu conjunto e entendido como um todo (...) a prática de interpretar o Direito de modo a dar a ele coerência de forma e conteúdo é uma prática que realmente constrói e reconstrói o Direito como um esquema ordenado de casos e situações inteligivelmente diferenciadas**”.

importando tanto onde estivessem exatamente. Era o espaço da aparência, ou seja, o local em que as pessoas podiam aparecer umas para as outras. Esta aparência correspondia à realidade humana e política para eles, da qual nós estamos privados, como os escravos e os bárbaros da antiguidade também estavam. A organização física da *pólis* era assegurada pelos muros que cercavam a cidade. Quanto à sua estrutura institucional, era garantida por suas leis, editadas para o presente e, principalmente, para que as gerações futuras não a desfigurassem. O que se perdeu foi precisamente este espaço da aparência que precede toda e qualquer constituição formal da esfera pública e as várias formas de governo, ou as várias formas possíveis de organização da esfera pública. Sendo assim, a absoluta falta de consistência para a vida das relações do atual espaço público, as perdas mesmo de suas densidades ética e política, é corolário lógico.

O imenso prejuízo que afeta as pessoas, como indivíduos e como cidadãos, decorre do esquecimento de que o espaço público é o resultado da ação em conjunto, da co-participação em palavras e atos. Pois, só a ação em sentido estrito é que mantém íntima relação com o lado público do mundo, comum a todos, além de ser a única atividade que o constitui. Como ensinou Hannah Arendt, os muros da *pólis* e os limites da lei foram erguidos em torno de um espaço público pré-existente que devia sua permanência precisamente a estas proteções estabilizadoras. Essa noção de memória organizada é particularmente importante para os juristas. Pois, a partir dela, torna-se possível abordar o fenômeno jurídico, na variedade de interpretações que ele comporta, com um respeito mais acentuado pela boa tradição jurídica da comunidade política. Passa-se a encarar o Direito, como um projeto em construção, no qual prestigia-se a tradição e sobre ela inovam-se as propostas para o futuro. Tal perspectiva impulsiona o estudioso do Direito a pesquisar a riqueza da produção intelectual dos mais sábios, dos que o antecederam na solução dos conflitos e foram capazes de adicionar um tanto de sua contribuição para a construção do corpo jurídico nacional.

A Filósofa nos alertou para o fato de que o poder é que mantém a existência da esfera pública ou o espaço potencial da aparência entre os homens que agem e falam. Ela enfatizou que o poder é sempre um potencial de poder, sendo que o único fator material indispensável para a geração do

poder é a convivência entre os homens.³⁸⁰ O problema da tirania, como modo de gerir os negócios públicos, assume atualmente uma perspectiva dolorosa nos milhares de vítimas que estão sendo imoladas nos conflitos armados. Isso nada mais é do que a decorrência da perda do poder. Pois, o poder legítimo é sincero e sempre se concretiza quando a palavra e o ato não se divorciam. Quando as palavras não são vazias e os atos não são brutais. Quando as palavras não servem para dissimular intenções, mas para revelar realidades. Quando os atos não são usados para violar e destruir, mas para criar relações e novas realidades.

De fato, a condição humana da pluralidade, este estar uns com os outros, é que faz viável a geração do poder. Esta noção está na base da criação das primeiras cidades-estados, até hoje, paradigmas para a organização política ocidental. O poder legítimo que permite a organização estatal é o que une as pessoas. Muito ao contrário dos preconceitos mais comuns, o isolamento dos tiranos e de seus pequenos círculos, quase sempre bem representados por organizações internacionais, corresponde à renúncia do poder. E porque perdem o poder – e, muito mais que o poder, a autoridade – é que eles precisam recorrer à violência. Pois o poder humano – que nasce da convivência – corresponde, antes de tudo, à condição humana da pluralidade. Na contramão, está a onipotência que implica sempre na sua destruição.

Se, por um lado, a violência destrói o poder, por outro, ela jamais conseguirá substituí-lo. O que se está vendo, aqui e agora, é um fato já diagnosticado por Hannah Arendt no cenário do mundo de seu tempo: uma combinação de força corrompida pela violência e impotência, denominada de tirania. Como ela bem pontuou, a característica mais reprovável da tirania não é a crueldade, tanto que a história humana tem revelado déspotas benévolos e esclarecidos. Mas, sim, os traços inevitáveis da futilidade e da impotência às quais estão condenados tanto os governantes quanto os governados. A Filósofa atribuiu ao pensador Montesquieu a sagaz percepção de que a tirania tem por pressuposto o isolamento. Nesse enfoque, o tirano se isola do povo - e os populares entre si se isolam - por medos e desconfianças recíprocas. O trágico das tiranias é que

³⁸⁰ ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Ob.cit., pp. 250-253. “O que primeiro solapa e depois destrói as comunidades políticas é a perda do poder e a impotência final. (...) O poder só é efectivado enquanto a palavra e o acto não se divorciam, quando as palavras não são vazias e os actos não são brutais, quando as palavras não são empregadas para velar intenções, mas para revelar realidades, e os actos não são usados para violar e destruir, mas para criar relações e novas realidades. (...) **O único factor material indispensável para a geração do poder é a convivência entre os homens. (...) pois o poder humano corresponde, antes de mais nada, à condição humana da pluralidade. (...) Mas, se a violência é capaz de destruir o poder, jamais pode substituí-lo**”.

elas corrompem não apenas o âmbito institucional da esfera pública, mas toda ela, especialmente, as relações interpessoais no seio da sociedade que ficam contaminadas pelos sentimentos de impotência e de desconfiança. Se prestarmos atenção um pouco mais detida nos atuais modos de interação, como indivíduos e como cidadãos, vamos facilmente perceber que os fundamentos sobre os quais todos se movem são o medo e a desconfiança uns dos outros. Sendo assim, a tirania sequer pode ser considerada uma forma de governo, na medida em que contradiz a condição humana essencial da pluralidade.³⁸¹ Sem dúvida, entre as mais altas capacidades humanas, estão estas de agir e falar em conjunto. São precisamente elas, as habilidades muito humanas do discurso e da ação, somente possíveis na *“teia das relações”*, que estão na base concreta das organizações políticas legítimas.

Hannah Arendt disse que a origem da estima que os antigos tinham pela política repousava sobre a convicção – que não temos mais – de que cada um de nós se revela exatamente como é, no discurso e na ação, atividades que criam a recordação de si mesmas. Por decorrência lógica, a esfera pública tão essencial para que as pessoas possam aparecer como realmente são é uma obra humana num sentido muito mais elevado que o trabalho de suas mãos ou o labor de seus corpos. É este aparecer no mundo das relações que garante suas realidades e suas próprias identidades como pessoas. Nessa medida, o fenômeno jurídico tratado, como mero objeto, nunca poderá dar conta dos desafios que são colocados diante das pessoas no dia-a-dia da prática jurídica. Se elas forem capazes de resgatarem as suas mais altas capacidades, como seres mais plenos, necessariamente, passarão a ver o Direito como algo que nasce da vida das relações, que, ao mesmo tempo, que lhes confere direitos, também lhes atribui responsabilidades. Afinal, o mundo no qual vivemos é um mundo comum a todos. Como bem pontuou a Filósofa, o declínio do senso comum e os conseqüentes aumentos da superstição e da credulidade são os sinais inconfundíveis da alienação humana em relação ao mundo.

³⁸¹ ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Ob. cit., p. 253. “Montesquieu percebeu que a principal característica da tirania era o facto de se basear no isolamento – o isolamento do tirano em relação aos súbditos, e dos súbditos entre si através do medo e da suspeita generalizada – e que, portanto, a tirania não era uma forma de governo como qualquer outra, mas contradizia a condição humana essencial da pluralidade, o facto de os homens agirem e falarem em conjunto, que é a condição de todas as formas de organização política. **A tirania impede o desenvolvimento do poder, não só num segmento específico da esfera pública mas na sua totalidade; por outras palavras, gera a impotência tão naturalmente como outros organismos políticos geram poder”.**

De fato, a alienação humana guarda íntima relação com a atrofia do espaço público e o declínio do bom senso ou da virtude da prudência. No tempo do mercado de trocas, homens e mulheres iam às praças para expor e vender os objetos que fabricavam. Não havia qualquer intenção de estabelecer novas relações como pessoas. Hoje, com muito mais razão, esta dolorosa opção pelo isolamento adquiriu a conotação da total impessoalidade nos velozes contratos de compra-e-venda, firmados pela **Internet**. Desde o advento da sociedade comercial, no início da Modernidade, até os dias de hoje, em plena sociedade tecnológica, o que vem se afirmando é uma crescente desumanização e alienação, numa total inversão na antiga relação entre o público e o privado. A revelação que antes se dava na *ágora*, atualmente, se restringe, na melhor das hipóteses, aos círculos da intimidade. Essa perspectiva antropológica desfigurada é que está na raiz de todos os males que afetam, entre outras coisas, uma vivência eticamente mais densa do espaço público com inevitáveis conseqüências sobre suas regras reguladoras. Pois o que somos como pessoas só pode transcender em grandeza e importância a tudo o que nós possamos fazer ou produzir materialmente.

Tudo isso guarda especial interesse quando se reflete sobre a gestão dos assuntos públicos. A metáfora do rei filósofo, um ser tão sábio que seria capaz de resolver os dilemas da ação como se fossem meras questões cognitivas, demonstra a falácia da tirania que é o governo de um homem só. Um governo no qual os cidadãos são banidos da esfera pública e que devem se dedicar apenas aos seus assuntos privados. Os negócios públicos ficam por conta do soberano e de seu círculo de confiança. É como se fosse uma perda de tempo para os cidadãos a preocupação com as coisas que dizem respeito a todos. A compensação pela perda do poder de discutir seriamente sobre os rumos que os cidadãos deveriam querer imprimir ao destino comum, enquanto comunidade política, vem com as promessas de estabilidade, segurança e garantia de produtividade. Na verdade, a fuga da fragilidade dos negócios humanos para a solidez da tranqüilidade e da ordem soa como uma alternativa bem racional não fosse a sua exata correspondência com a morte da política.³⁸²

³⁸² PLATÃO. A República. Introdução, tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 9ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, abril de 2001. No Livro VII, especificamente, Platão se ocupa da preparação do filósofo, enfatizando que é para a idéia suprema do Bem que se orienta a formação do **filósofo-rei**. No item 540 d, “Concordais que não são inteiramente utopias o que estivemos a dizer sobre a cidade e a constituição; que, embora difíceis, eram de algum modo possíveis, mas não de outra maneira que não seja a que dissemos, quando os governantes, um ou vários, **forem filósofos verdadeiros**, que desprezam as honrarias actuais, por as considerarem

2.3 – O Cidadão Contemporâneo

Quem é o cidadão contemporâneo? Em uma perspectiva sombria, poderíamos dizer que é o cidadão moderno do século XXI, totalmente desiludido e que caminha sem rumo. Estamos confusos, solitários, violentos, politicamente apáticos, eticamente indiferentes e juridicamente descomprometidos. Edgar Morin, no pungente livro **Uma Política de Civilização**,³⁸³ disse que o pensamento político corre perigo e o progresso humano agora é incerto e talvez improvável. Nas suas palavras:

“O planeta corre perigo: a crise do progresso afecta a humanidade inteira, provoca rupturas em toda a parte, rebenta as articulações, determina os recuos particularistas; as guerras reacendem-se; o mundo perde a visão global e o sentido do interesse geral. Ao mesmo tempo, estamos na era damoclesiana das ameaças

impróprias de um homem livre e destituídas de valor, mas, por outro lado, que atribuem a máxima importância à rectidão e às honrarias que dela derivam, e consideram o mais alto e o mais necessário dos bens a justiça, à qual servirão e farão prosperar, organizando assim a sua cidade?

³⁸³ MORIN, Edgar; NAÏR, Sami. *Uma Política de Civilização*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

mortais, com possibilidades de destruição e de autodestruição que, após a curta moratória dos anos 89-90, conheceram um novo agravamento”.³⁸⁴

O filósofo destaca que, entre as novas questões problemáticas, está a indagação sobre as bases da antropologia social que deveriam sustentar a nossa concepção política. Ele pergunta se o fenômeno da mundialização seria a última hipótese ou a última desgraça da Humanidade. E, ainda mais, se o nosso **devir** correria para a catástrofe ou para a metamorfose. Segundo ele, a política, hoje, está sobrecarregada de problemas e, ao mesmo tempo, vazia de reflexão. Além disso, sob as referidas condições postas por um pensamento político contraditório, a sociedade humana se defronta com gigantescos desafios, entre eles, a ambivalência dos progressos da ciência, da tecnologia e dos avanços da indústria que proporcionam, ao mesmo tempo, bem-estar e mal-estar, vida e morte, libertação e sujeição, retrocesso e progresso. Nas suas palavras, **“a atomização dos indivíduos, privados das solidariedades antigas e desprovidos de novas solidariedades concretas; (...) a aliança entre a barbárie vinda do fundo dos tempos históricos e a barbárie anônima e gelada vinda dos desenvolvimentos tecno-burocráticos”**.³⁸⁵

Na mesma Obra, em co-autoria com Edgar Morin, o filósofo Sami Naïr faz uma profunda análise sobre o futuro das democracias liberais. Segundo ele, o modelo antropológico subjacente ao processo de mundialização estaria apoiado sobre três fundamentos: o individualismo integral em oposição à socialização cívica (a cidadania estaria reduzida a assuntos privados); o lucro como diretriz central para o comportamento humano; e a concorrência como princípio constitutivo do elo social (os indivíduos não são apenas atomizados, mas lançados uns contra os outros numa competição voraz). Nas suas palavras:

“Este modelo antropológico, se bem que implícito, opõe-se termo a termo àquele que se consubstanciou progressivamente através de um século de civilização europeia (1870-1970) na predicação republicana: socialidade do indivíduo, igualdade formal de oportunidades, cidadania definidora de um espaço público para o indivíduo, laço social concebido como mecanismo de controlo da competição generalizada”.³⁸⁶

Edgar Morin alerta para a urgência de reintroduzir o ser humano como meio, fim, objeto e sujeito ativo da política, restabelecendo toda a sua complexidade que não se reduz às relações de

³⁸⁴ MORIN, Edgar; NAÏR, Sami. Uma Política de Civilização. Ob.citada. Nesse sentido, vide pp. 11-17.

³⁸⁵ MORIN, Edgar; NAÏR, Sami. Uma Política de Civilização. Ob.cit., pp. 17-28.

³⁸⁶ MORIN, Edgar; NAÏR, Sami. Uma Política de Civilização. Ob.cit., pp. 230-231.

produção, nem só às relações econômicas, mas que é, ao mesmo tempo, social, econômico, mitológico. Nesse enfoque, o ser humano não é só aquela criatura má, à qual foi preciso disciplinar por meio de leis e imposições sociológicas, tampouco, aquele a quem bastava liberar a bondade natural. Como ele bem pontua, **“o ser humano encerra as virtualidades inauditas do pior e do melhor, do dominador e do servil, do medíocre e do sublime, do delírio e da racionalidade, da inconsciência, da falsa consciência e da consciência auto-examinadora e autocrítica”**.³⁸⁷ Como alternativa à crise atual, ele propõe uma refundação política pela via da antropolítica, com regeneração das cidadanias locais e paulatina geração de uma cidadania planetária, ligando as diversas pátrias no seio da terra-pátria.³⁸⁸

Edgar Morin faz uma crítica severa sobre a nova ordem econômica mundial à qual adjetiva, negativamente, como uma reprodução da dominação à escala planetária, com desenvolvimento maciço da precariedade e da exclusão. Ele diz que a mundialização é, de fato, na sua forma atual, sinônimo de destruição social. **“E é por isso, na sequência da redução da soberania dos estados e da perturbação sistemática das relações sociais, que a mundialização levanta em toda a parte o problema da formação de um novo elo social. Na realidade, ela é, sob a sua forma liberal, uma balcamundialização que aumenta os conflitos e leva muitas vezes à desagregação sócio-política”**.³⁸⁹ Ele acrescenta que o desejo das elites mundiais é que os Estados se adaptem, flexivelmente, aos processos econômicos que corroem suas soberanias. Nessa perspectiva, os Estados nacionais deixam de ser um pólo de desenvolvimento humano e de garantias de manutenção da coesão do elo social, reduzindo suas atuações a de meros atores coadjuvantes aos quais compete, apenas, assegurar o mínimo de coesão interna às nações, tornando viáveis as grandes orientações econômicas. Em palavras simples, o novo elo social tende a ser o mercado globalizado, como se fosse possível, nele, concretizar todas as belas potencialidades humanas. **“A retórica do mercado liberalizado na época da mundialização afirma-se assim como uma das mais importantes tentativas culturais jamais feitas de legitimação da idéia de *homo oeconomicus*, qualidade primeira e fim último do sujeito humano”**.³⁹⁰

³⁸⁷ MORIN, Edgar; NAÏR, Sami. Uma Política de Civilização. Ob.cit., pp. 26-27.

³⁸⁸ MORIN, Edgar; NAÏR, Sami. Uma Política de Civilização. Ob.cit., pp. 32-35.

³⁸⁹ MORIN, Edgar; NAÏR, Sami. Uma Política de Civilização. Ob.cit., p.49.

³⁹⁰ MORIN, Edgar; NAÏR, Sami. Uma Política de Civilização. Ob.cit., pp. 53-54.

O referido Autor afirma que a expansão financeira descontrolada está associada à revolução tecnológica em curso, sendo, ambas, as características fundamentais do processo de mundialização que corrói as instituições políticas e sociais. Nesse enfoque, a indústria da informática favoreceu as operações financeiras internacionais, produzindo um mercado verdadeiramente planetário. Em outras palavras, as tradicionais bases territoriais do capitalismo se pulverizaram e a relação entre propriedade e nacionalidade se alterou consideravelmente. A autonomia dos mercados se apresenta, hoje, como a característica mais típica do sistema mundial. Nos modelos clássicos do capitalismo e da economia de mercado, a sociedade de produção era a base, o capital era o movimento e o mercado, tão-somente, o mecanismo. Agora, a sociedade perdeu o controle sobre a circulação dos capitais e do próprio mercado. Todos se voltam para as zonas onde possam ganhar mais e, por conseqüência, zonas inteiras do planeta são abandonadas com um imenso custo de vidas humanas. Nas palavras de Morin, **“quanto ao Estado, os comentadores da mundialização afirmam frequentemente que nada resta da sua autonomia porquanto as elites económicas, e em especial os dirigentes das grandes multinacionais, desenvolvem uma actividade que escapa totalmente à sua influência. Desde logo, os Estados-nação, não orientando os fluxos económicos, mais não podem fazer que adaptar-se”**.³⁹¹

Na perspectiva do referido filósofo, o novo espaço público, agora mundializado, é composto por um sistema de elites que correspondem a grupos sociais cujos interesses se ligam diretamente à economia mundial. A formação de alianças transnacionais de interesses é o mecanismo que as constitui para pensar e agir em termos de mundo, indiferentes às imensas parcelas da sociedade global relegadas à exclusão e à miséria. Segundo Morin, **“a mundialização, longe de ser um processo de unificação do mundo pelo mercado, anuncia-se como uma guerra comercial permanente e como uma polarização crescente dos investimentos nos países desenvolvidos”**.³⁹² Se, antes, o progresso era associado ao refinamento das instituições democráticas e ao desenvolvimento da cidadania social, hoje, o foco do progresso desloca-se da preocupação com o desenvolvimento humano e cinge-se à possibilidade de êxito nos circuitos económicos mundiais. **“A política social já não implica uma visão do desenvolvimento social da nação, e esta última tende cada vez mais a cindir-se entre o povo de dentro (as camadas**

³⁹¹ MORIN, Edgar; NAÏR, Sami. Uma Política de Civilização. Ob. cit., p. 71.

³⁹² MORIN, Edgar; NAÏR, Sami. Uma Política de Civilização. Ob.cit., p. 76.

integradas) e o povo rejeitado: vejam-se o Chiapas e os países da África negra, da Ásia do Sul e o mundo árabe...”.³⁹³

Edgar Morin alerta para o fato da insuficiência democrática de nossas sociedades e da conseqüente necessidade de regenerar a democracia. Regenerar a democracia consiste em resgatar o civismo o qual se apóia na solidariedade e na responsabilidade. Tal postura política implica necessariamente na subordinação dos âmbitos da tecnologia e da economia ao âmbito político, o que exige a ativa participação dos cidadãos. Como ele bem pontua, o conhecimento tem de ser democratizado como condição de possibilidade para a concretização de uma democracia cognitiva. Ainda que o Autor esteja bastante preocupado com a questão européia, seus ensinamentos são valiosos e merecem especial atenção. De fato, a democracia cognitiva é essencial à democracia política. Nesta fase de transição ou de ambivalências políticas, jurídicas e sociais na qual ingressamos, importa despertar a consciência do cidadão contemporâneo para o protagonismo de seu papel na construção de uma sociedade na qual haja comunhão de destinos e sentimento de pertencimento. A seus termos:

“Vivemos num período difícil e incerto, no qual as democracias correm o risco de se esboroarem ou estiolarem. É o sistema político mais civilizado (...) A democracia depende da civilização, a qual depende da democracia. (...) Crises muito grandes ameaçaram muitas vezes a democracia (...) Mas as crises, em muitos casos, também estimularam e renovaram a democracia. (...) No combate multiforme entre civilização e barbárie, no qual se joga o destino da democracia, ainda não foram conquistadas as derivações decisivas”.³⁹⁴

O aporte doutrinário de Edgar Morin permite esboçar um quadro da atualidade política, jurídica, social e econômica que, embora assustador, propõe a democracia cognitiva, como uma alternativa segura para consolidar sociedades democráticas de inclusão social. Como isso seria possível na prática? Quem é o cidadão da democracia cognitiva? A resposta volta-se ao cidadão educado na virtude da prudência, aquela tão bem analisada por Aristóteles, nos capítulos 3 a 7 do Livro VI da **Ética a Nicômacos**³⁹⁵. Em síntese, pode-se dizer que, para o Filósofo, as virtudes podiam ser definidas, como hábitos ou modos de ser, que só poderiam ser adquiridos com a aprendizagem e com a prática. Graças às virtudes, os seres humanos poderiam se aproximar do bem e da perfeição, tanto em seus pensamentos quanto em suas ações. Segundo sua teoria

³⁹³ MORIN, Edgar; NAÏR, Sami. Uma Política de Civilização. Ob.cit., p. 83.

³⁹⁴ MORIN, Edgar; NAÏR, Sami. Uma Política de Civilização. Ob.cit., pp. 182-184.

³⁹⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 4ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

finalista, porque tudo tenderia a um objetivo, assim a ação humana visaria ao bem supremo ou felicidade. Aristóteles classificou as virtudes humanas em dois tipos, as relacionadas ao intelecto (*dianoéticas*) e as relacionadas com a vontade ou a ação (*éticas* ou *morais*). As virtudes éticas, tão caras aos juristas, estavam relacionadas ao modo de atuar no mundo, à firme disposição de controlar os próprios vícios e paixões, de maneira racional e boa, visando sempre o meio termo.

As virtudes *dianoéticas* constituíam-se naquelas que aperfeiçoariam as pessoas em relação ao conhecimento e à verdade. Havia as que correspondiam ao conhecimento teórico, como a sabedoria, a ciência e a inteligência. Também, as que relacionavam os homens ao conhecimento técnico, como a virtude da arte e a capacidade de produzir de maneira racional. Além de uma muito especial, a que tinha a ver com os conhecimentos práticos capazes de guiar as ações e comportamentos humanos, precisamente, a virtude da prudência. Quem era o homem prudente ou moderado? Todo aquele capaz de deliberar retamente sobre o que era bom e conveniente. Sendo assim, graças à virtude da prudência, o homem poderia decidir racional e corretamente sobre aquilo que fosse o melhor para ele e para sua comunidade. Além disso, a prudência seria a base de todas as virtudes éticas, sem a qual nenhum aprendizado sobre as demais seria possível. Levando em consideração a importância de se bem dispor sobre o que fosse o melhor para a comunidade, a prudência era a virtude política por excelência. Como era a qualidade principal que todos os gestores públicos e políticos deveriam ter, a virtude da prudência demonstrava a estreita aproximação entre a Ética e a Política em Aristóteles. De fato, a teoria política do Filósofo nos definiu como *zôon politikón*. Seres que deveriam se organizar em estados, baseados na virtude da prudência, comandados por todos os que a tivessem em elevado grau e fossem capazes de tomar as decisões mais acertadas, dentro de um elenco de possibilidades, ou seja, as que fossem mais favoráveis aos cidadãos da *pólis*.

O que a virtude da prudência pode significar, hoje, para os cidadãos de sociedades liberais e pragmáticas cujo sistema político de há muito perdeu seu rumo? Esta pergunta não é fácil de responder. O fato é que, por mais importantes que sejam as noções de liberdades garantidas, de governo representativo e de um regime de direito fundado na igualdade, já passou da hora dos cidadãos concentrarem suas preocupações em garantir processos de decisão sobre as questões políticas mais fundamentais, segundo uma lógica genuinamente democrática. Nessa medida, a

sociedade civil organizada não pode ser reduzida, apenas, a uma forma social de limitação do âmbito político, mas se constituir, ela mesma, em um meio eficiente para a política democrática. É de uma interação entre sociedade e Estado que estamos falando. Para tanto, as pessoas irão precisar desta virtude muito especial chamada prudência ou moderação. Elas terão de desenvolver a habilidade de discernir sobre os caminhos mais adequados para estabelecer a convivência humana em um tipo muito específico de organização social, pautada pelo consumo e dominada pela tecnologia. Esse é um modo diferenciado de se falar sobre a soberania popular que corresponde à necessária participação dos cidadãos na gestão dos negócios públicos.

Participar ativamente das instituições políticas, jurídicas e sociais importa em riscos imensos que responsabilizam e comprometem os cidadãos por suas ações, escolhas e decisões. Charles Taylor avalia a dimensão crucial da ação humana no tempo, dizendo que, de fato, muitas vezes temos de agir na incerteza, desconhecendo o grau de uma possível irreversibilidade dos resultados produzidos. Mais do que nunca, hoje, os cidadãos têm diante de si uma realidade que os desafia com situações de difícil julgamento. Aquilo que, no papel, é um conjunto de regras certas, na prática, é algo que se vive na incerteza e no suspense. Segundo o Autor, **“foi isso que disse Aristóteles como básico para sua compreensão da virtude da *phronesis*. As situações humanas advêm em infinitas variedades. A determinação do que é uma norma em qualquer situação dada pode exigir um alto grau de compreensão sensível”**.³⁹⁶

Em síntese, a antropologia subjacente às atuais escolhas comuns deve estar focada em pessoas com habilidade de escolher o meio termo, entre o excesso e a escassez, entre os vícios e as virtudes angelicais. A sempre difícil escolha que leva à realidade de um caminho essencialmente humano. Para tanto, precisamos encarar com lucidez e coragem o tipo de sociedade que construímos e que possibilidades reais temos de reinventar os modernos modos de viver. É preciso voltar o olhar para o modelo social herdado dos modernos. De fato, trata-se de uma sociedade liberal que tenta maximizar a liberdade negativa e o autogoverno coletivo de acordo com um elenco de direitos fundamentados na igualdade. Um indiscutível avanço nos modos de organizar a convivência humana. No entanto, a sociedade civil moderna foi, equivocadamente, forjada para ser completamente distinta – e em oposição – ao Estado, portanto, algo que deveria

³⁹⁶ TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos. Ob.cit., p. 192-193.

se dedicar a fins, sobretudo, extrapolíticos. Suas duas estruturas principais são uma esfera pública, completamente diferente da visão que os antigos tinham do espaço público, e uma forte economia de mercado. São estes os pilares que, até os anos noventa do século passado, sustentaram a visão bastante frágil do que seria a liberdade humana. Se, por um lado, as mutações do capitalismo e a expansão avassaladora das técnicas de informação são fatos irreversíveis que nos jogaram, subitamente, num âmbito desconhecido e incerto, por outro, ainda somos humanos, portanto, seres capazes de refletir criticamente sobre como deveremos estruturar o espaço reservado para as ações políticas e jurídicas daqui para frente.

Nesse sentido, ao observar os contornos do espaço público atual, ainda que idealmente falando, constata-se que ele corresponde ao local onde os cidadãos tentam entrar em contato uns com os outros, especialmente, pela via da **Internet** e dos mais variados meios midiáticos, além dos cada vez mais raros encontros diretos, para discutir seus interesses, geralmente, questões estranhas ao que tradicionalmente é chamado de bem comum. Em palavras bem simples, a esfera pública da sociedade de hoje é, de modo predominante, apolítica. Contudo, ainda que assim o seja, vive-se a ilusão de que, nela, as pessoas poderão formar livremente as próprias opiniões, tanto individuais como coletivas. Mais do que isso, há uma generalizada crença a respeito da força das idéias e do quanto elas, de alguma maneira, agiriam sobre os governos e até os controlariam.

Sonhamos viver em países livres e democráticos, onde todos possam participar e opinar livremente sobre as mais essenciais questões públicas. Por que estariam vivendo em sociedades livres, as pessoas tenderiam a acreditar - ou, pelo menos, se esforçariam para acreditar - que suas concepções racionais são realmente seguidas pelos governantes. Na prática, ninguém lucidamente ignora que quase tudo o que é discutido publicamente nas sociedades ocidentais tem a ver com assuntos absolutamente fora do poder ou extrapolíticos. Apenas, parte-se do pressuposto que o poder institucional ouça efetivamente a voz dos cidadãos. E, às vezes, ouve. Mas, mais como uma concessão dos detentores do poder do que uma necessária participação ativa da população. Ou seja, a cidadania está esvaziada: o poder cívico não é efetivamente exercitado. O perigo maior que decorre deste sentimento de exclusão não é apenas o tipo de política que ele gera, na qual as coalizões em torno de visões compartilhadas de bem comum são

desprezadas. Por mais grave que o despotismo possa ser, o que é muito mais preocupante é o fenômeno da fragmentação política, ou seja, quando o povo vai se tornando incapaz de formular um propósito comum e de exigir sua concretização. Essa fragmentação política decorre, sem dúvida, do individualismo típico das sociedades de consumo, nas quais os cidadãos não conseguem mais se sentir ligados uns aos outros, como compatriotas empenhados em projetos e compromissos comuns.

A esfera pública, mais do que nunca, se transformou em algo situado fora do poder. Vivemos a ilusão de que, olhando de fora para a arquitetura institucional oficial, nós, em tese, poderemos melhor supervisioná-la e controlá-la. Na contramão do sentido atribuído pela Antiguidade, o novo modelo de esfera pública passou a contar com um discurso da razão sobre o poder e a ele dirigido, e não advindo do poder. A pretensão foi a de abrir, à sociedade, a possibilidade de definir o bem comum, sem a mediação da esfera política, com um discurso racional fora das instituições, mas que a elas obrigaria. O que vingou foi a construção de um modelo social e político fragmentado no qual sociedade e Estado passaram a ocupar posições opostas. Ao contrário dos antigos, o que se construiu foi uma sociedade fora do Estado. Basta que se relembre a causa exemplar que Atenas representa no imaginário ocidental: uma sociedade na exata medida em que era constituída politicamente. A mesma coisa pode ser dito da antiga Roma, especialmente, na fase republicana, na qual as leis davam à sociedade a sua identidade. Nos estandartes das legiões, **SPQR** significava *Senatus populusque romanus*, onde *populus* correspondia à assembléia dos cidadãos romanos que, por serem tais, eram defendidos pelas leis de Roma.

Ainda que, hoje, nem a esfera pública nem a economia de mercado sejam absolutamente puras, pois há intervenção estatal nesses domínios, a idéia central que persiste é que o caráter extrapolítico da sociedade civil se traduz no principal pilar das liberdades dos cidadãos. Este é um problema grave, na medida em que, ausente uma educação para a cidadania ativa, as pessoas não são ensinadas – e isso, sem dúvida, é uma prática - sobre a mais exponencial virtude política: a virtude da prudência. Tal realidade é particularmente perturbadora, pois coloca em risco a qualidade das decisões coletivas, aquelas que visam o bem da comunidade e que, portanto, têm conteúdo essencialmente político. Por não estar sendo desenvolvida a virtude prática da

moderação, os cidadãos se tornaram frágeis para exprimir suas reais aspirações democráticas. Em outras palavras, quem se esvaziou de significados concretos foi a soberania popular. Pode-se até replicar, dizendo que, sim, nas democracias ocidentais, regras e decisões devem ser determinadas pelo povo. Sendo assim, a massa teria voz sobre os destinos do país, aliás, uma voz genuína, livre, bem informada e racional que não seria alcançada por qualquer influência externa da mídia. Quer parecer que um processo de decisão democrática com estas características beira à utopia. Afinal, é visível, a qualquer eleitor com um mínimo de esclarecimento político, a força dos interesses econômicos que manipulam as maiorias populacionais, ao controlarem a mídia, os principais partidos políticos e os próprios recursos para financiamento das campanhas eleitorais. Fatos que, somados, na prática, resultam em um debate público bastante pobre para atender aos mais legítimos anseios da sociedade como um todo.

A essência do sistema político das democracias ocidentais é antagônica, na medida em que os cidadãos foram acostumados a pensar, apenas, nos seus direitos subjetivos, os quais querem ver concretizados, a qualquer custo, mesmo que as conseqüências afetem negativamente a sociedade como um todo. Por quê? Por que todos têm uma imensa dificuldade de identificar na sociedade política uma real comunidade de destinos. Isso é a perversa conseqüência da perspectiva individualista pela qual as pessoas foram treinadas para ver a sociedade, tão-somente, em termos instrumentais. Essa fragmentação se torna mais intensa, quando se percebe que as instituições são impermeáveis aos desejos dos cidadãos que começam a duvidar até dos canais eleitorais como meio significativo para afetar o estado de coisas.

O problema real está na alienação política da comunidade que, começando a ser semeada nos primórdios da Modernidade, alcança, hoje, níveis alarmantes. Realmente, os governos nas democracias ocidentais são acentuadamente centralizados e burocráticos. Os cidadãos comuns percebem seu distanciamento e a pouca importância que os detentores de cargos oficiais lhes dão. As máquinas governamentais seguem em frente, funcionando indiferentes às reais necessidades e sentimentos das populações. A alienação dos indivíduos das sociedades ocidentais de hoje tem ligação direta com a perda do senso de autocompreensão enquanto povo. Por decorrência, as decisões sobre os temas de interesse da comunidade nacional são, apenas, formalmente democráticas. Por que não foram educados na virtude eminentemente política da prudência, os

cidadãos sequer conseguem se compreender como pertencentes a uma comunidade, cujos membros partilham alguns propósitos essenciais comuns. Coisas que são feitas no âmbito da ação e do discurso, espaço no qual vários grupos, tipos e classes de cidadãos podem realmente participar de um debate no qual falam e são ouvidos. A decisão que surgir num ambiente assim qualificado será legítima, não apenas porque será majoritária, mas porque todos puderam ser ouvidos com seriedade.

Afinal, a idéia que fundamenta a concepção moderna de soberania popular é justamente a de que pessoas soberanas formam algum tipo de unidade. Nessa medida, a autocompreensão que um povo tenha de si aliada à cidadania ativa são os componentes mais relevantes de uma sociedade que se pretenda democrática. Isso é particularmente importante, pois, hoje, como nunca antes, jornais, propagandas, programas de televisão, Internet, redes sociais, e uma variedade tecnológica crescente de meios de comunicação parecem estar à disposição de todos. Mas, ainda assim, nesse novo ambiente da sociedade contemporânea, aparentemente tão transparente e acessível, se torna inevitável a indagação sobre as chances reais de que um ponto de vista venha de fato a ser avaliado pelo poder oficial da nação. Ou, se, dependendo das circunstâncias e dos interesses de determinados grupos ou segmentos, ele é simplesmente ignorado.

Por isso, a necessária insistência na educação para a cidadania ativa que tem, por pressuposto, o aprendizado da prudência ou moderação. É preciso abandonar o vício da alienação e desenvolver a virtude da prudência. As coisas tendem a ser diferentes, em uma comunidade substancialmente política, onde o sentido de ouvir e ser ouvido pelos demais não depende do intercâmbio entre indivíduos particulares, mas, sim, do estatuto do relacionamento como um todo. A era das ambivalências ou a fase de transição pela qual estamos passando não traz só contradições e desespero. Ela também descortina um universo de novas possibilidades de solução para os dramas humanos. Ninguém apresentou ainda uma proposta de sistema político viável muito diferente do que está consolidado nas democracias ocidentais, contando com partidos, legislaturas, governos, judiciário, imprensa livre, economia de mercado e diplomacia. No entanto, mesmo as estruturas mais tradicionais – e importantes – não estão dando conta do desafio imenso que é gerir os negócios públicos de uma comunidade política. Se as discussões sobre as questões essenciais à nação ficarem restritas aos canais oficiais, adotando-se a velha perspectiva fragmentada de Estado e sociedade, então vamos, de modo imprudente, deixar de fora dos

debates os argumentos de milhões de cidadãos e de milhares de grupos de interesses, todos, relevantes, e que devem ser ouvidos na hora de traçarmos as políticas do bem comum. A esfera pública que existe no seio da sociedade organizada - e que hoje conta com as facilidades de uma tecnologia sofisticada que a coloca em contato direto com os canais oficiais - tem de ser politizada, na medida em que queremos uma sociedade no Estado e, não, contra ele. Um povo soberano deve ter a consciência de que, quando sua capacidade de participação nos assuntos públicos diminui, a própria comunidade política fracassa como tal. O que os juristas já deveriam ter percebido é de que, numa democracia real, o ativismo jurídico é um dos canais que viabiliza a interlocução entre o princípio do Estado de Direito e o princípio da Soberania Popular.

3 – As Chances de um Novo Começo

3.1 – Resgatando a Condição Humana

Talvez o melhor da herança dos modernos consista em alertar para a urgência de buscar princípios que correspondam a compromissos irrecusáveis em matéria de justificação pública. Este é um ponto muito delicado. Os cidadãos deveriam repensar o modo como estão tratando o passado e os legados valiosos que a tradição ocidental deixou. Voltar a atenção ao exemplo dos romanos que aceitavam o valor do que foi construído pelos antepassados. Não se pretende, aqui, recorrer a qualquer proposta de antiquário, mas talvez já tenha passado da hora de amadurecer, de deixar para trás as críticas levianas e negativas que rejeitam tudo o que foi dado pelo antes. Ouvem-se, freqüentemente, as pessoas dizerem que os modernos viraram as costas para a sabedoria antiga. Talvez não. Basta uma rápida leitura de qualquer dos pensadores importantes

dos séculos XVI a XIX para constatar que eles visitaram – e muito – a filosofia grega e o Direito romano. Houve respeito e valorização do saber. E é isso o que os pensadores atuais precisam recuperar. Prestar atenção às conseqüências dos erros de abordagem da realidade. Mas, principalmente, proceder adequada crítica valorativa e inteligente adaptação às necessidades atuais de uma totalidade riquíssima de acertos que vêm do passado.

Hannah Arendt chamou a atenção para o fato de que o conceito completamente novo da Era Moderna foi a noção do progresso, como força capaz de governar a História humana, e que, portanto, colocou uma ênfase, sem precedentes, no futuro. Mais do que isso, na última fase da Modernidade clássica, a vontade começou a substituir a razão como a mais alta faculdade do espírito. Sem dúvida, o homem moderno é aquele ser que vive no futuro e acredita no progresso como força que governa a sua própria história no mundo. Do mesmo modo e com mais intensidade, essa é a essência do modo de viver na sociedade da informação. Entende-se a história humana como retilínea e progressiva, sendo que o projeto de vida social mais sincero é a construção de um mundo melhor para a posteridade.³⁹⁷ Há, realmente, uma crença generalizada na evolução da espécie humana e, não, na decadência. A tecnologia vem ao encontro das mais profundas expectativas humanas de superação da dor, do medo, do envelhecimento, das perdas e da morte. Deveríamos rejeitar tudo de bom que a ciência nos trouxe? O que precisa mudar? A crença no progresso científico e na evolução do homem? Ou será que a mudança deveria estar no modo de abordar o mundo que as pessoas criam todos os dias, este maravilhoso mundo humano pautado na capacidade de sempre inventar coisas novas e estabelecer afetivamente uma vida de relações? Quando Deus nos tocou, quando Deus nos abençoou com seus muitos dons, há pelo menos dois deles que valem tudo: a capacidade de sentir fé e a capacidade de sentir amizade.

A desordem generalizada da vida social no mundo contemporâneo, além de deixar as pessoas perplexas, assustadas e inseguras, quanto às reais chances de existir um futuro, está levando os juristas a buscar uma moralidade mínima, interna e externa às nações, que assuma a fisionomia de uma moral constitucional. De modo que, entre os cidadãos e o sistema jurídico, e mesmo entre as nações no âmbito das relações internacionais, possam se estabelecer ligações confiáveis à altura da inteligência humana. Na diversidade de visões de mundo, onde Hobbes viu indesejável

³⁹⁷ ARENDT, Hannah. A Vida do Espírito. Ob.cit., p. 280.

conflito, há, de fato, uma imensa riqueza. E tantas diferenças entre os povos não são, de modo algum, obstáculo ao reconhecimento de uma autoridade moral superior, como a Dignidade da pessoa humana promete ser, resultando num ponto de apoio para uma concepção de justiça relacionada à possibilidade de existência de comunidades políticas formadas por pessoas razoáveis. O que é uma pessoa razoável? Alguém, qualquer um, que consiga sentir apreço pelos outros, assim mesmo, gostar por gostar. É do resgate das mais altas capacidades humanas que estamos falando. Se existir alguma chance futura de êxito mínimo para as teorias contemporâneas sobre a justiça, sobre o Direito, sobre o Estado, sobre a comunidade internacional de nações, se de fato existir, já passou da hora de reestruturarmos a nós mesmos.

Ronald Dworkin apresenta uma proposta que leva à reflexão sobre a íntima ligação entre pessoa e Estado, muito embora não tenha conseguido dar o passo mais adiante que seria enfrentar as contradições inerentes à própria construção do modelo estatal do liberalismo clássico. Ele tenta dar densidade ao liberalismo, fundamentando-o numa perspectiva de igualdade bastante solidária, o que traduz seu compromisso com uma moralidade igualitária. Essa forma de liberalismo mais humanizado exige que o poder público trate as pessoas como iguais, em que pese a complexidade desse ideal diante de um mundo real, por si mesmo, heterogêneo e sempre surpreendente. Nas suas exatas palavras³⁹⁸,

“Se os liberais lembrarem-se do que aconselha o igual interesse, constituirão tal teoria agora, indicando os fundamentos mínimos sobre os quais se possa esperar que pessoas com auto-respeito vejam a comunidade como a sua comunidade e considerem o futuro dela como o seu futuro (...) se nosso governo só pode oferecer um futuro atraente por meio da injustiça do presente – obrigando alguns cidadãos ao sacrifício em nome de uma comunidade da qual estão excluídos em todos os sentidos -, então devemos rejeitar esse futuro, por mais atraente que seja, porque não devemos considerá-lo como nosso futuro”.

Ronald Dworkin propôs, no espetacular livro **O Império do Direito**, a sua teoria do Direito como integridade. Aliás, o enigma da legitimidade institucional para ele se resolve na relação direta entre integridade e a autoridade moral do Direito. O autor já inaugura o livro perguntando sobre o significado do Direito: o que é o Direito? Juristas famosos têm perguntado sobre um possível significado para este fenômeno. Immanuel Kant, na **Introdução à Doutrina do Direito** (que faz parte da **Metafísica dos Costumes**), após perguntar sobre a doutrina do Direito, indaga

³⁹⁸ DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 317.

sobre o seu significado. A resposta de Kant: **“o Direito é o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o arbítrio de outro, segundo uma lei universal de liberdade”**. Ato seguinte, Kant encontrou o princípio universal do Direito, de tal modo que **“uma ação é conforme ao Direito quando permite, ou cuja máxima permite à liberdade de arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal”**. De modo simples, na perspectiva kantiana, Direito é um dever-ser.³⁹⁹

Dworkin, por sua vez, propôs uma teoria segundo a qual, o Direito não está materializado, apenas, nas decisões das Cortes, mas presente em toda a sociedade organizada. O autor investe no raciocínio jurídico, enquanto exercício de interpretação construtiva, sendo que o Direito constitui a melhor justificativa do conjunto das práticas jurídicas da comunidade política. Na verdade, o Direito é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis. Dworkin não enfrenta apenas as tradições do positivismo jurídico e do realismo jurídico, vai mais além, promovendo uma poderosa discussão sobre a legitimidade do Direito. A partir da noção do **“romance em cadeia”**, ele fez notar que cada decisão judicial introduzia algo de novo, mesmo que se **vinculasse** às decisões anteriores. É nesta continuidade que se pode observar, ao mesmo tempo, conservação e inovação da história que o legislador começou⁴⁰⁰. É a noção de coerência narrativa que leva em consideração todos os momentos interpretativos. Sendo assim, mudanças de interpretação sobre fatos jurídicos, a princípio semelhantes, encontram justificativa na mudança de papéis dos próprios personagens envolvidos no conflito a decidir. Ele propôs um novo modo de conceber a interpretação operada por juízes e tribunais, posicionando o juiz como um continuador da obra iniciada pelo legislador. E, quanto a isso, ele está completamente certo. O entendimento que defende é de que as normas jurídicas não existem simplesmente prontas, não estão disponíveis para a aplicação técnica do jurista. Precisamente, porque as estruturas da matéria e do problema

³⁹⁹ KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Ob. cit., p. 39. **“Por tanto, el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad”**. (...) **“Una acción es ‘conforme a derecho (recht)’ cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal”**.

⁴⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 271-273. **“O princípio judiciário da integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres jurídicos, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. (...) Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade (...) São concepções de direito que pretendem mostrar nossas práticas jurídicas sob sua melhor luz, e recomendam, em suas conclusões pós-interpretativas, estilos ou programas diferentes de deliberação judicial”**.

e, também, do caso individual, fazem parte dos elementos da sentença judicial. Não existe um ordenamento jurídico isolado, pois, junto aos demais elementos da ordem real inteira, ele se integra e cumpre sua função ordenadora na exata medida desta ao todo. Nesse enfoque, a norma não é supérflua, mas necessária como idéia-diretriz, materialmente caracterizada, cuja natureza essencial (a normatividade) estabiliza as relações sociais. O desafio central do jurista contemporâneo é saber até que ponto a interpretação e a aplicação do Direito podem, em cada caso concreto, buscar apoio na força dos fatos sociais, sem errar o alvo da normatividade do Direito.

Dworkin nos oferece uma proposta de interpretação construtiva do Direito, como alternativa às concepções positivistas e pragmáticas típicas do realismo jurídico americano. A sua idéia central é a do Direito como integridade. Para ele, a integridade é um ideal político, na proporção em que insistimos que o Estado deve agir segundo um conjunto único e coerente de princípios, mesmo quando seus cidadãos estejam divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça coerentes. Sendo assim, uma teoria política deve abranger as seguintes virtudes: - a equidade que envolve a questão de encontrar os procedimentos políticos que distribuem o poder político de modo adequado; a justiça que se preocupa com decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar tenham ou não sido escolhidas com equidade; o devido processo legal adjetivo que diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos, e, finalmente, a integridade que é a vida do Direito tal como os cidadãos o conhecem.

Neste pensador, observa-se a tendência de prestigiar o valor da tradição jurídica produzida pelas cortes. Ele explica porque os juízes devem conceber o corpo do Direito que administram, como um todo, e, não, como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar, uma por uma, como que dotados de mero interesse estratégico pelo restante. Diante das aporias com as quais se defronta a dogmática jurídica atual, ele enfatiza que o valor está na atitude interpretativa de impor um significado à instituição que o Direito é, vê-la em sua melhor luz, e, em seguida, reestruturá-la à luz desse significado. Dworkin, de fato, enfatiza a importância dos processos judiciais e as questões essenciais que ele despertam: questões de fato, questões de direito e questões ligadas à moralidade política e à fidelidade.

Mesmo que o sistema jurídico americano seja diferente do brasileiro, quanto às fontes primárias de produção, ainda assim, as teses de Dworkin, feitas as devidas adaptações, podem bem ser assimiladas na reflexão diária sobre nossa prática institucional. Ainda que o primado da lei produzida pelo Congresso Nacional brasileiro seja, para nós, indiscutível, não se pode negar que a criação do Direito pátrio, propriamente dito, não se restringe apenas à produção legislativa. O âmbito normativo é muito maior do que isso. E o mínimo que o cidadão deve exigir dos poderes públicos é que se estabeleça uma séria discussão sobre o conteúdo das normas, o que equivale à fidelidade institucional que se espera de um Estado Democrático de Direito. Por incrível que isso pudesse parecer a Hobbes, é no plano do debate que há chances reais para os fenômenos tão caros à cidadania ativa como os da certeza e da segurança jurídicas. Sendo assim, se há um objeto central à ciência política, este é o das relações que se travam entre o Poder Judiciário, o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Mas, a amplitude desse objeto vai bem além do intercâmbio institucional dos Três Poderes tradicionais. Alcança, necessariamente, uma lúcida reflexão sobre controle da juridicidade e da constitucionalidade das leis que, antes de tudo, pertence ao cidadão. Afinal, são os cidadãos quem ajuízam as ações. O direito de agir é o instrumento que se coloca em suas mãos e com o qual eles podem moderar os excessos típicos da democracia.⁴⁰¹

Nesse enfoque, o juiz, como continuador da obra iniciada pelo legislador, se vale da interpretação como um modo de prosseguir na história cujos parâmetros iniciais foram fixados pelo constituinte e aprimorados pelo legislador ordinário. Essa idéia de Direito como integridade é valiosíssima em Dworkin. Pois, a capacidade de prosseguir em uma história requer a anterior capacidade da coerência narrativa, de quem compreendeu o contexto de seu tempo e foi capaz de oferecer uma solução inovadora que soma positivamente ao legado recebido. Tradicionalmente, na visão positivista, as instituições que atribuem ao Direito seu significado são o Parlamento e os Tribunais. O sentido originário desta corrente parece ter tido a pretensão de “*descrever*” o direito,

⁴⁰¹ MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Ob. cit., p. 223. **“O Direito produzido pelo legislador é incompleto, e cabe ao juiz que aplica o Direito suplementá-lo com uma regra mais detalhada, dentro de uma estrutura parcialmente inacabada. Por essa razão, o juiz participa do processo legislativo de um modo subordinado, exercendo o tipo de discricionariedade forte que os poderes legislativos têm nas democracias liberais.** “À luz da discussão travada até aqui, isso parece exagerar o elemento puramente decisionista no julgamento relativo ao razoável. É necessário, de fato, haver uma decisão depois de uma avaliação crítica das considerações relevantes, mas essa decisão é do tipo judicial, não do tipo legislativo”.

adotando a típica estratégia metodológica do positivismo jurídico que não quer deixar espaço para qualquer possibilidade criativa, ao argumento de que isto trará incertezas e inseguranças. O primeiro erro está em pensar que a descrição possa em si mesma ser neutra. Ignora, portanto, o fato claro e cristalino de que uma descrição sempre parte de um ponto de vista que, por mais camuflado que possa estar, definitivamente, é essencial e está lá todo o tempo. O segundo grande erro está na constatação de que descrever algo não corresponde automaticamente à descrição da realidade. Sendo assim, a descrição pressupõe sempre a perspectiva de alguém, um observador que se diz neutro, o que é concretamente impossível.

Completamente diferente e muito mais sincera é a perspectiva do jurista que vê na narrativa uma possibilidade eficiente de contato com a realidade. O observador sabe que não é neutro, sabe que está dentro do enredo, sabe que nunca disporá da verdade última, mas, ainda assim, é capaz de propor soluções, nunca perfeitas e infalíveis, sempre criativas e humanas. Isso corresponde não apenas à mudança na perspectiva das fontes, mas em uma resposta bem diferente para o significado do Direito. O Direito como integridade acaba por estimular uma interação recíproca entre Direito e Moral no âmbito de nossa vida prática. E se há um foro em que a vida é prática, este é o Judiciário. Para Dworkin, os princípios e suas interrelações pretendem ser uma resposta decente à complexidade do mundo, abrindo aos juízes caminhos que lhes permitam aperfeiçoar o Direito, ao mesmo tempo, que respeitam as virtudes inerentes à fraternidade às quais a perspectiva da integridade serve. Para ele, integridade é uma questão de Direito público (especificamente, Direito constitucional). Nas suas exatas palavras:

“A integridade, portanto, promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania”.⁴⁰²

Nos casos difíceis, naqueles em que o significado do texto legislativo é omissivo ou é amplo demais ou é pouco claro, o que um juiz deve fazer? Como juízes devem decidir seus casos? Como as Cortes Superiores, como o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal

⁴⁰² DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Ob.cit., p. 230.

devem exercer seu vasto poder? Estas indagações feitas por Dworkin não são originais, elas têm sido o dia após dia de todos os juristas, os problemas reais desde sempre, desde quando fomos jogados no mundo, o que nos forçou a algum tipo de organização institucional para sobreviver. Talvez, seja preciso resgatar a habilidade ética para lidar com os negócios humanos. Evitar o erro de ignorar a imensa responsabilidade de atribuir um sentido moral à aplicação do Direito. Sem dúvida, em que pese a fragilidade da condição humana, ainda que se possa divergir – e de fato há divergências evidentes -, sobre qual a melhor interpretação para esta ou aquela regra nos casos concretos que são submetidos à decisão, deve-se procurar por aquela resposta que possa ser compatível com a estrutura e a prática constitucionais da nação, para poder vê-las segundo uma perspectiva mais coerente.

3.2 – Superação do Caos Político: a necessária virada antropológica

Será que, hoje, há possibilidade de realização dos direitos subjetivos públicos, autêntica expressão da cidadania? Vive-se um momento de crise mundial de proporções grotescas, como ainda não havia sido experimentado na história humana. A crise alcança por igual, a vida social e os aspectos econômicos e políticos que nos constituem como sociedade convivendo, ao menos é esta a pretensão ocidental, sob o império do Direito, especialmente, implantado e observado por este ente chamado Estado. Mais do que nunca está difícil definir, com um mínimo de realismo, o que seja o Estado-Nação. Doutrinas sobre ele não faltam, quer sobre sua natureza e justificação, quer sobre seus fins.⁴⁰³ Debater sobre elas, por si só, já valeria muitos bons textos acadêmicos.

⁴⁰³ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Ob. cit., 319-353. O Autor desenvolveu uma doutrina valiosa para o direito público que é, até hoje, importante nos debates jurídicos. No centro de suas preocupações estava a investigação sobre o lugar que teria o direito no contexto da vida ética da comunidade. Para ele, ainda que este ente chamado Estado não tivesse realidade substancial, os dados empíricos lhe dariam o conteúdo e múltiplos significados. Mas, mesmo sem negar a importância do empírico, o pensador tinha bem presente que o Estado tinha

Aqui, parte-se da premissa que considera o Estado, tanto uma construção social, como um sujeito de direito, pois o objetivo é mesmo refletir sobre os interesses comuns dos cidadãos. Tal pretensão leva à noção de responsabilidade de todos, governantes e governados, pela boa guarda da ordem jurídica, visando uma evolução proativa comum. Defende-se a idéia de que a crise que afeta agressivamente as instituições sociais, entre elas, o Direito e todo o aparato estatal, pode, sim, ser superada, a partir da consciência de que, enquanto comunidade que se interessa, se compromete e participa, os cidadãos têm em mãos o poder de criar destinos comuns. Foi, a partir de Hannah Arendt, que tal noção ficou mais clara, na medida em que ninguém antes tematizou a natalidade, este poder de inaugurar o novo que a espécie humana tem, como ela o fez.⁴⁰⁴

Como bem pontuou a Autora, a constante presença dos outros, o relacionamento com iguais na publicidade da *ágora*, a “*isegoria*”, torna-se o verdadeiro conteúdo do “*ser livre*”. A liberdade, nesse enfoque, está baseada no fato de que cada homem é capaz de começar uma série de novo, estabelecer um início. Há um essencial significado político nessa possibilidade humana de sempre poder começar algo de novo. Precisamente, este o antídoto contra qualquer forma de dominação. Com a Filósofa, aprende-se que os gregos, diferente de nós, compreendiam a liberdade como “*algo político*” e, não, como o objetivo mais elevado dos meios políticos. O

forte conotação enquanto ordenação racional de um mundo de relações voluntárias. À pergunta sobre o significado ético-social do direito, Jellinek respondeu que o conceito de injusto seria fixado a partir do conceito de direito. Pela razão nada simples de que o injusto, como todo conceito negativo, se resolve em um juízo sobre a relação de dois conceitos positivos que são, neste caso, a observância das normas jurídicas. Para o Autor, o direito nada mais seria do que o mínimo ético do qual a sociedade precisaria, em cada momento de sua vida, para continuar vivendo. Sua função? **Conservar a sociedade.** Ao direito caberia o papel de concretizar a moral, primeiro, pela conservação da sociedade e, segundo, pela obtenção dos fins éticos. De fato, para Jellinek, tanto o direito quanto as instituições políticas tirariam seus fundamentos últimos da ética. Admitia que a nota essencial do direito seria a obrigatoriedade, sendo assim, sua positividade descansava em última instância na convicção de sua obrigatoriedade. Apesar disso, sabia que a coação jurídica seria incapaz de garantir por si só o direito. Portanto, valeria como direito, em cada povo, antes de tudo, o que realmente fosse vivido como tal. E o exercício permanente deste direito criaria a representação de que este exercício se conformaria a uma norma, aparecendo, por conseguinte, a norma mesma como ordenação autoritária da comunidade, quer dizer, como norma jurídica. Segundo Jellinek, a vida política de um povo descansa, não em escassa medida na divisão do poder jurídico. A verdadeira constituição de um Estado se estabelece nas mútuas relações de força dos fatores particulares do Estado. Força que é, em parte, ética e histórica. Mas, a mais importante para as recíprocas relações dos órgãos superiores do Estado é a força jurídica que lhes corresponde. Sendo assim, a constituição de um Estado se acharia na posição de um equilíbrio que dependeria das relações sociais subjacentes às quais confeririam os sentidos de sua real concretização. O direito teria uma função exclusivamente social e, por isto, teria como pressuposto a comunidade humana.

⁴⁰⁴ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Ob. cit., p. 21. “**Não obstante, das três actividades, a acção é a mais intimamente relacionada com a condição humana da natalidade; o novo começo inerente a cada nascimento pode fazer-se sentir no mundo porque o recém-chegado possui a capacidade de iniciar algo novo, isto é, de agir. Neste sentido de iniciativa, todas as actividades humanas possuem um elemento de acção e, portanto, de natalidade. Além disto, como a acção é a actividade política por excelência, a natalidade, e não a mortalidade, pode constituir a categoria central do pensamento político, em contraposição ao pensamento metafísico**”.

equívoco moderno, que se acentuou nas sociedades de consumo, consiste no afastamento dos cidadãos em relação aos assuntos estatais, ou numa linguagem antiga, um afastamento da *pólis* ou “*apolitia*”, na verdade, uma indiferença em relação aos assuntos políticos que tanto interessam aos cidadãos. Ao colocar a liberdade, como objetivo final da política, o cidadão contemporâneo escolheu novos critérios para pautar seu agir dentro do âmbito político, trocando a liberdade pela competência e pela capacidade de assegurar a vida.

Mas, este poder tipicamente humano de começar uma cadeia de fatos inteiramente nova, a esperança no novo amanhecer, este Dom Divino que está nos corações de todos, não é algo neutro. Antes, tem ligação necessária com os valores mais sublimes da vida humana. Sendo assim, o centro das preocupações consiste em procurar o lugar que corresponde ao Direito junto aos espaços ético e político da comunidade. Nem poderia ser diferente para quem vê o sistema jurídico a partir da perspectiva do mundo das relações, sabendo que a caracterização da relação jurídica só pode ser descoberta no momento em que o “*eu*” se encontra diante do “*outro*”, encontro que nunca é neutro. E trata-se mesmo de uma perspectiva, pois é muito difícil definir o que seja o Direito. No entanto, é possível atribuir ao fenômeno significados que correspondam ao modo de abordá-lo e de lidar com seus mistérios. Os significados político, ético e social no qual insistimos têm a vantagem de acreditar na sociedade e no seu extraordinário valor criador, na exata medida da solidariedade que magnetiza o agir de seus membros.⁴⁰⁵

A vida do Direito, em especial, do Direito público, nasce e se fortalece no ir e vir das forças sociais que o condicionam. As modificações no Direito só podem ser explicadas se considerarmos a relação íntima que ele mantém com a totalidade das atividades sociais, desde a pluralidade das concepções religiosas e políticas até os mais corriqueiros costumes locais. São

⁴⁰⁵ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Ob. citada, pp. 213-269. O próprio Dworkin, para quem o princípio da integridade é decisivo para aquilo que um juiz reconhece como direito, admite que o referido princípio não tem a última palavra sobre o modo de usar o poder de coerção do Estado. Sendo assim, a integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Portanto, o princípio legislativo da integridade exige que o Legislativo se empenhe em proteger tudo o que as pessoas vêem como seus direitos, morais e políticos, de tal modo que as normas públicas expressem um sistema coerente de **justiça e equidade**. Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis, tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Nessa medida, os princípios e suas interrelações pretendem ser uma resposta decente à complexidade do mundo. Em síntese, para o referido autor, **a integridade serve às virtudes da fraternidade e da solidariedade e isso corresponde a mostrar o direito em sua melhor luz.**

essas movimentações que mantêm a mobilidade permanente da vida do Direito. Pode-se mesmo dizer que este fenômeno social nasce do nexos entre os deveres e os bens éticos e políticos. Considerando-o em permanente interlocução – que não é sinônimo de confusão - com a Ética e a Política, o Direito compreende aquelas determinações universais da ação, mediante as quais as totalidades Ética e Política e suas partes podem ser conservadas e ampliadas. Nessa medida, o fim do Estado, a própria razão de ser de sua existência está em favorecer os interesses solidários, individuais, nacionais e humanos, na direção de uma evolução progressiva comum.

A positividade do Direito repousa na convicção de sua obrigatoriedade. Ou seja, sobre um elemento puramente subjetivo é que se constrói e se eleva toda a ordem jurídica. É de uma questão de natureza metajurídica que estamos falando. De fato, o argumento da autoridade – que traduz uma auto-obrigação moral – é a condição de possibilidade de todo o Direito. E, precisamente, porque a autoridade está ligada intimamente à auto-obrigação moral é que o Direito e as instituições políticas, forjadas segundo suas regras claras, têm na Ética seus fundamentos últimos. Ainda que o titular, por excelência, da ordem jurídica pública seja o Estado, o fato é que o Direito vive no plano das relações, portanto, o poder legítimo só se estabelece quando, governantes e governados, administração e administrados, se reconhecem, uns aos outros, como mútuos titulares de direitos e deveres. Sendo assim, é na dinâmica coerente entre Ética, Política e Direito que o conjunto de normas que rege a vida pública cidadã nasce e pode existir. Essa abordagem faz toda a diferença na prática constitucional atual. Afastam-se os donos do poder, dando lugar aos responsáveis titulares de cargos, na mesma medida em que os cidadãos tomam assento e têm voz nas deliberações dos negócios humanos que importam à vida da comunidade nacional. Em palavras bem simples, a democracia vive e se fortalece na permanente interação entre o princípio do Estado de Direito e o princípio da Soberania Popular.

De fato, o real problema da prática política, real e grave, com diversas e indesejáveis conseqüências na construção dos modelos jurídicos e sociais, está na sua ideação arraigada aos velhos modos dos “*donos do poder*” que se alçam a intermediários entre a ação estatal e o povo. Não são os representantes mandatários típicos de uma democracia, mas os mitos populares, os coronéis, os que dizem fazer política por intuição, enfim, os que fatiam a *res publica* em cartórios próprios que são destinados aos seus aliados, indiferentes que são aos mais elementares

significados que os princípios republicano e democrático podem assumir em uma sociedade organizada sob o reinado das leis.

As chefias do Estado e do governo de um país estão entre as mais importantes instituições políticas no mundo contemporâneo. Os crimes e males que têm lugar na sociedade ocorrem freqüentemente – e não em pequena medida – por decorrência dos maus exemplos institucionais que vêm acontecendo nos últimos anos nas democracias ocidentais. Cabe ao Estado, por meio dos titulares do poder institucional, a incumbência de elevar o nível da moralidade social, mediante o bom exemplo, além das ações concretas nos planos da defesa pública, da segurança nacional, e, principalmente, da exata submissão ao império do Direito. Pensar em extirpar a saudável participação da oposição na vida política nacional ou, da mesma forma reprovável, aniquilar a liberdade de imprensa corresponde a atos que ignoram a força da opinião da sociedade sobre fatos que interessam à sua vida social e política.

Tais acontecimentos não podem passar em branco, pois dizem respeito às questões essenciais relacionadas ao modo como os cidadãos vivem suas vidas públicas. Afinal, a sociedade é o fundamento da atividade moral de um povo. Esta atividade ético-social da vida, atividade que se distingue de uma moral abstrata que se propõe a alcançar um ideal conforme as normas éticas, é da mais alta significação para a formação da vida em comum. E, portanto, também, para o Estado, as idéias morais dominantes em uma época e sua atuação determinada dentro de um povo específico, assim como os grupos particulares que o compõem, influem profundamente, tanto nas instituições humanas, quanto na vida real cotidiana deste. Se, de um lado, o Estado se modifica paulatinamente com o avanço das idéias morais da sociedade, de outro, ele influi por meio de suas instituições e atividades no estágio de moralidade da sociedade.

Os efeitos da opinião pública na vida dos Estados sempre são valiosos e acentuam sua importância com o fortalecimento da democracia e com a difusão em massa da participação dos cidadãos na vida política. Não somente é de importância essencial a opinião pública para a política, da qual a imprensa livre e a oposição responsável são dedicadas porta-vozes, como para o Direito público como um todo. Uma alternativa para se compreender o lugar ocupado pelo Direito público no contexto da comunidade política, sinalizando chances reais de realização de

direitos subjetivos públicos e verdadeira concretização da cidadania tem, por pressuposto, a percepção do Estado como aquele espaço aberto ao querer jurídico de seus membros. Não se trata de uma vontade egoísta, relacionada a supostos direitos anteriores ao Estado ou contra ele. Mas, antes, direitos no Estado. Talvez, a oportunidade de reencontrar o curso da normalidade se dê na consciência de que o Estado, como tudo o que decorre da ação humana, somente pode ser compreendido em sua essência, se considerarmos a natureza do homem tal como ela se desenvolve na comunidade política à qual pertença.

Atualmente, por força das novas tecnologias da informação, com mais facilidade os cidadãos ficam sabendo das reprováveis condutas políticas e sociais de pessoas importantes que atuam, tanto no segmento do poder oficial, quanto no setor econômico privado. Com toda a razão, ficam indignados com os escândalos políticos noticiados pela mídia, todos os dias, e acabam se afastando radicalmente do ativismo político por considerá-lo algo assim como um submundo de criminosos. Mas, ainda que a decepção generalizada da sociedade esteja justificada por fatos graves, as pessoas precisam se dar conta que há uma real impossibilidade de se separar completamente – ou mesmo opor – o Estado à sociedade.

Realmente, é impossível imaginar a construção de um conceito de sociedade totalmente isolado do Estado. Não há como pensar, no atual estágio do desenvolvimento humano, em qualquer grupo social sem considerá-lo, ao mesmo tempo, como algo dentro da estrutura estatal. Dada à intensa coerência entre todos os elementos da comunidade humana, cada um deles exerce forçosamente uma influência mais ou menos suscetível de ser medida sobre os demais. Sendo assim, de modo direto ou indireto, todos os grupos sociais sofrem influxo do Estado e, do mesmo modo, o influenciam. Daí decorre a inevitável conclusão de que a vida completa do Estado somente pode ser compreendida, partindo da totalidade da vida social, na medida em que ambas as instâncias, Estado e sociedade, sofrem influências recíprocas. Por isso, a insistência na defesa de uma mudança – e mudança urgente – na nossa perspectiva antropológica, no modo como estamos vivendo nossa condição humana. Só assim poderá haver chances mínimas para expressar e fixar os interesses comuns da sociedade nas instituições de Direito público.

Ainda que Immanuel Kant tenha tentado salvar, politicamente, a dignidade humana, assegurando *o homem como um fim em si mesmo*, acima de qualquer preço, as características

próprias da Modernidade fertilizaram o campo para a explosão desordenada daquilo que, posteriormente, foi chamado de sociedade de consumo. Consumo que, na perspectiva de Hannah Arendt, destrói tudo o que toca.⁴⁰⁶ Ao voltar as costas para as verdades eternas, o homem moderno abriu mão de, provavelmente, a mais alta de suas capacidades: a de contemplar o suprassensível. Do mesmo modo, retirou-se da realidade sensorial, alienando-se do mundo da vida. A consequência para o Direito dessa nova tomada de posição foi a de que a ordem jurídica passou a ter, por fundamento, uma ficção – o contrato social -, e ficção alguma jamais poderá dar conta sozinha deste imenso drama que é estar no mundo.

Ao preferir erigir a ordem jurídica sobre a base do contrato social, quando o mais prudente seria sobre a vida das relações, o homem moderno diminuiu, de modo expressivo, tanto o âmbito da esfera pública, quanto o da esfera privada. Além disso, dissolveu a salutar distinção – que não é, nunca foi, sinônimo de isolamento -, entre o público e o privado, abrindo espaço para a ascensão desordenada do social. O espaço social governado pelas regras do mercado de consumo estabeleceu a instrumentalidade, enquanto modo básico de relacionamento intersubjetivo e com as coisas do mundo. Como tudo e todos foram reduzidos à categoria de coisas consumíveis, os espaços público e privado – invadidos pelo social – perderam suas características próprias, na exata medida da redução da condição humana.

Talvez, porque o grande equívoco que eclodiu com a Modernidade corresponda à fé do homem, tão-somente, no engenho de suas mãos. O pensar passou a servir apenas ao agir, eliminando a contemplação, no sentido original de “*contemplação da verdade*”.⁴⁰⁷ Para os

⁴⁰⁶ ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Ob. cit., p. 151. “Na nossa necessidade de substituir cada vez mais depressa as coisas mundanas que nos rodeiam já não podemos dar-nos ao luxo de usá-las, de respeitar e preservar a sua inerente durabilidade; temos de consumir, devorar, por assim dizer, as nossas casas, os nossos móveis, os nossos carros, como se estes fossem as ‘boas coisas’ da natureza que se deteriorariam se não fossem logo trazidas para o ciclo infundável do metabolismo do homem com a natureza. **É como se houvéssemos derrubado as fronteiras que distinguem e protegem o mundo, o artifício humano, da natureza, do processo biológico que continua a processar-se dentro dele, bem como os processos cíclicos e naturais que o rodeiam, entregando-lhes e abandonando a eles a já ameaçada estabilidade do mundo humano**”.

⁴⁰⁷ ARENDT, Hannah. A Vida do Espírito. Tradução de César Augusto de Almeida, Antônio Abranches e Helena Martins. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. “**O homem como homem, distinto de outras espécies animais, é um composto de *nous* e *logos* (...) dos dois, apenas o *nous* habilita o homem a tomar parte no eterno e no divino, enquanto o *logos*, que se destina a “dizer o que é” é a habilidade singular e especificamente humana que se aplica também ao mero “pensamento mortal”, opiniões ou *dogmata*, a habilidade que ocorre no âmbito dos assuntos humanos e do que meramente “parece” mas não é.** O Espírito pode diretamente tomar parte nessa eternidade, mas “se um homem abandona-se aos apetites e às ambições, e só com eles se ocupa (...), não

modernos, nem a verdade existiria no sentido de imutável e eterna, tampouco, seria possível conhecer aquilo que não fosse experimentado. Em síntese, trocou-se a contemplação do eterno pela dominação de uma suposta razão humana superior. Numa linguagem bem kantiana, o famoso tribunal supremo da razão. Uma alternativa não apenas filosófica, mas também jurídica, está em buscar um sentido mais profundo da condição humana, dando densidade ao princípio da dignidade que é tão precioso para a prática constitucional de hoje, especialmente, para a reconstrução do espaço do Direito público. Em síntese, a proposta consiste em pensar a reconstrução do Direito como um todo, não mais como um pretense código de verdades, mas como inauguração do encontro ético que busca seu sentido na valorização do fato do humano.

Se, de algum modo, parecer que esta tentativa de reflexão esteja pairando nas nuvens, talvez, a impressão decorra do sucesso dos preconceitos atomistas tão caros para a cultura e para o pensamento político dos modernos. Quando se pensa na grandeza da condição humana, o que se encontra é bem mais do que a bela complexidade de uma estrutura orgânica que se move. Na verdade, nos deparamos com o espetáculo sempre novo de um ser que inexplicavelmente pensa, sente, decide, emociona-se, reage, estabelece relações com os demais. Um ser dotado de linguagem que permite a própria experiência do mundo de um jeito só seu, de interpretar sentimentos, de explicar-se perante os demais, de compreender seus relacionamentos e muito mais.

Não se pode negar o valor sem igual do legado deixado pelos modernos com todos os erros e acertos que ele contém. O que se quer é revisitá-lo, imaginando como seria a influência dessa herança sobre o mundo do Direito se, desde o início, o edifício tivesse sido construído sobre as bases reais da convivência humana. E, não, como aconteceu, a partir de uma noção artificial de pessoa e do que seria o ideal para a sua vida de relações. Basta que se preste atenção ao que Kant disse na Fundamentação da Metafísica dos Costumes sobre **“o que constitui o valor particular de uma vontade absolutamente boa, valor superior a todo o preço, é que o princípio da acção seja livre de todas as influências de motivos contingentes que só a experiência pode fornecer”**. E, mais adiante, ao discorrer sobre o princípio da humanidade e de toda a natureza

deixará de tornar-se totalmente mortal, pois só alimenta sua parte mortal”. Mas se ele “empenhou-se ardentemente” na contemplação dos objetos eternos, **“não poderá deixar de possuir a imortalidade no mais alto grau que a natureza humana admite”**.

racional em geral, disse que **“a razão relaciona pois cada máxima da vontade concebida como legisladora universal com todas as outras vontades e com todas as ações para conosco mesmos, e isto não em virtude de qualquer outro móbil prático ou de qualquer vantagem futura, mas em virtude da ideia da // dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente se dá”**.⁴⁰⁸

Com Hannah Arendt, aprende-se que o verdadeiro conteúdo de ser livre está nesta possibilidade de relações recíprocas de todos como iguais. Só na liberdade de estar um com o outro, de falar um com o outro, é que nasce o mundo sobre o qual se fala, em sua objetividade visível de todos os lados. Exatamente por isso, é que o âmbito do político só existe – ou só pode existir – se o outro for acolhido por cada um de nós exatamente como é. Por decorrência lógica, os significados para a autoridade e para o poder terão, por fundamentos, a amizade e o respeito mútuos. Só assim, haverá chances substanciais para o sistema de direitos e, portanto, para a liberdade, para a segurança e para todos os valores mais caros que o Direito constitucional protege. Parece haver, entre os pensadores contemporâneos, um consenso sobre a necessidade de reconstrução desta instituição social tão valiosa chamada Direito. Uma alternativa viável para essa imensa e desafiadora tarefa parte da recuperação da comunicação com o mundo. Por que é mesmo impossível reduzir a sempre renovada multiplicidade da realidade a uma estrutura estática e atemporal. O drama está no equivocado substrato ideológico que pretendeu substituir a vida real pela ficção, assim abrindo possibilidade para a manipulação dos instrumentos jurídicos, segundo as regras da economia, corrompendo o âmbito do político e deixando poucas alternativas até mesmo para o espaço privado.⁴⁰⁹

⁴⁰⁸ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, agosto de 2001, pp. 65 e 77.

⁴⁰⁹ ARENDT, Hannah. *O que é Política?* – Fragmentos das Obras Póstumas Compiladas por Úrsula Ludz. Tradução de Reinaldo Guarany. 5ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004, pp. 59-60. Não, ao menos, a pessoa política, na bela interpretação de Hannah Arendt, segundo a qual, “algo bem diferente ocorre com a liberdade do falar um com o outro. Ela só é possível no trato com os outros. Sua importância sempre foi múltipla e ambígua e, já na Antiguidade, possuía a ambigüidade duvidosa que ainda tem para nós. Mas, naquele tempo como hoje, o decisivo não era, de maneira alguma, cada um dizer o que bem entendesse, ou cada homem ter um direito imanente de se expressar tal como era. Trata-se aqui talvez da experiência de ninguém poder compreender por si, de maneira adequada, tudo o que é objetivo em sua plenitude, porque a coisa só se mostra e se manifesta numa perspectiva, adequada e inerente à sua posição no mundo. Se alguém quiser ver e conhecer o mundo tal como ele é ‘realmente’, só poderá fazê-lo se entender o mundo como **algo comum a muitos, que está entre eles, separando-os e unindo-os, que se mostra para cada um de maneira diferente e, por conseguinte, só se torna compreensível na medida em que muitos falarem ‘sobre’ ele e trocarem suas opiniões, suas perspectivas uns com os outros e uns contra os outros. Só na liberdade de falar um com o outro nasce o mundo sobre o qual se fala, em sua objetividade visível de todos os lados. O viver-num-mundo-real e o falar-sobre-ele-com-outros são, no fundo, a mesma e**

3.3 – A Força da Argumentação

A cidadania só é concretamente ativa quando as pessoas assumem a plenitude da condição humana, o que, no contexto atual, impõe uma radical mudança na perspectiva antropológica como condição de possibilidade para o fortalecimento da democracia. O *zôon politikón* é aquele tipo de cidadão que age e se comunica com seus pares. Ele está consciente de que tem em mãos um instrumento valioso, o direito de agir, graças ao qual pode participar ativamente com os demais no projeto de construção de uma comunidade de destinos. Sem dúvida, é na íntima ligação da cidadania ativa à prática da argumentação jurídica que o princípio do Estado de Direito e o princípio da Soberania Popular se iluminam.

Os cidadãos, mesmo os leigos na ciência jurídica, têm uma noção, ainda que pouco precisa, de que as decisões judiciais devem guardar submissão ao Direito legislado. O que fundamenta uma noção aparentemente tão singela que vincula decisões oficiais ao princípio da legalidade é uma

única coisa, e a vida privada parecia ‘idiota’ para os gregos porque os privava dessa complexidade do conversar-sobre-alguma-coisa e, com isso, da experiência sobre como a coisa acontecia, de fato, no mundo”.

atividade muito complexa que chamamos de jurisdição. Para que ela seja exercida com prudência, o julgador precisa desenvolver sua racionalidade prática, a partir do Direito regularmente votado pela comunidade política e, nunca, a partir de suas opiniões sobre como o Direito deveria ser. No entanto, se, por um lado, todos podem concordar que o respeito ao princípio do Estado de Direito exige respeito pelas regras de Direito, por outro, soa como uma utopia imaginar que a ordem jurídica possa surgir no mundo como algo essencialmente completo, univocamente compreensível e absolutamente isenta de lacunas. Qualquer jurista sabe que, na vida prática, o Direito muito dificilmente conseguirá dar respostas certas e infalíveis para todos os casos. Mesmo que um desejável consenso aconteça, ele certamente vai decorrer de debates agonizantes sobre o que as partes entendem a respeito daquilo que o Direito realmente possa dizer em um dado caso concreto. Os advogados tentarão legitimamente convencer os juízes das causas nas quais estejam atuando de que suas interpretações são mais aceitáveis que as propostas por seus rivais nos litígios. Cada uma das partes envolvidas tenderá a buscar nas melhores fontes, seja nas leis, seja na riqueza da jurisprudência, os fundamentos jurídicos que garantam o sucesso da interpretação que fazem desses materiais algo dotado de autoridade e de reconhecimento. O juiz terá de aderir a uma das posições veiculadas ou, quem sabe, propor uma terceira visão jurídica para o problema. Seja como for, a solução judicial deverá ser construída, de modo consistente, com a ordem jurídica à qual ele está vinculado, obrigatoriamente, mais do que qualquer jurista, afinal, sua decisão é revestida de poder e, principalmente, dotada de autoridade.⁴¹⁰ O valor moral implícito no respeito às regras jurídicas corresponde a uma questão antropológica muito profunda: a capacidade de incluir as perspectivas dos outros no âmbito das próprias considerações. É precisamente, neste ponto, que residem as virtudes exponenciais do Estado Democrático de Direito e da Soberania Popular.

⁴¹⁰ MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Ob. cit., pp. 101-102. “**A dogmática jurídica não pode nunca ousar ser excessivamente dogmática em seu estilo.** Todas as afirmações de fatos institucionais, e todas as afirmações de normas jurídicas, têm uma certa qualidade excepcionável (*defeasible*). Normas e asserções normativas precisam ser abertas. As regras ‘instituidoras’ das instituições jurídicas têm que ser vistas como normas que estabelecem consições ‘ordinariamente necessárias e presumivelmente suficientes’, e não simplesmente ‘necessárias e suficientes’, de forma absoluta. Cada afirmação sobre o Direito, tanto em justificações judiciais como em comentários de doutrina, repousa em um argumento interpretativo ao menos implícito, mas freqüentemente explícito e articulado. Esses argumentos pressupõem e costumam articular sistemas de valores e julgamentos de valor. **Os valores estabelecidos em bons argumentos jurídicos não são meramente idiossincráticos em relação ao juiz, advogado ou doutrinador; eles derivam do sistema jurídico e da reflexão acerca de seus princípios inerentes. A prática da argumentação interpretativa com referência a valores considerados implícitos no sistema interpretado é, em si mesma, uma prática fortemente convencional, que contém, como referido anteriormente, processos de determinação da verdade. (...) Esse tipo de argumentação exercita e demanda virtudes como sabedoria, humanidade e bom senso. Trata-se de argumentação prática, não de argumentação dedutiva**”.

Nas sociedades onde o Direito é prestigiado pelos cidadãos, há mais chances de se construir um Estado de Direito substancial. Tais organizações experimentam grandes benefícios, pois, entre os valores que o Estado de Direito assegura estão a certeza jurídica, a segurança das expectativas dos cidadãos e a garantia da cidadania contra atos arbitrários por parte dos governos e seus agentes. O resultado de tudo isso é a criação de um ambiente social favorável ao desenvolvimento da autonomia individual e coletiva num clima de confiança recíproca. Talvez, a decorrência mais valiosa do Estado Democrático de Direito e de suas garantias subjacentes seja a possibilidade de se construir uma vida de relações apoiada na confiança entre as pessoas. A confiança entre os cidadãos sempre esteve na base de sustentação das comunidades políticas que se mostraram viáveis. Sendo assim, a moralidade da ordem jurídica deixa o plano das especulações puramente filosóficas – por mais importantes que elas sejam – e aparece objetivamente num corpo de regras jurídicas universais, claras e acessíveis aos cidadãos, enquadradas em um sistema dotado de coerência e inteligibilidade, estabelecendo exigências de conduta passíveis de serem obedecidas de modo realista.⁴¹¹ Além disso, como o formato atual do Estado constitucional tem suas raízes remotas na Modernidade clássica, nada mais lógico do que assegurar aos cidadãos que eles estarão protegidos contra eventuais atos arbitrários dos poderes institucionais, na medida em que podem exigir bases jurídicas claras para a ação oficial de seus governantes.

Esse contexto de segurança e previsibilidade que o Estado Democrático de Direito representa, aparentemente, não deixa muito espaço para as teorias que investem no poder da argumentação quando, no momento da aplicação do Direito, os julgadores passam a interpretar as normas jurídicas. Afinal, o terreno da interpretação apresenta-se movediço, e pode perfeitamente servir às construções arbitrárias, antidemocráticas, enfim, tudo o que não se quer: a barbárie do totalitarismo. Será que é mesmo assim? Será que compreender o caráter argumentativo do Direito é mesmo incompatível com a noção do Estado Democrático de Direito? A resposta talvez esteja ao lado dos que vêem na argumentação jurídica um caso especial de raciocínio prático, de tal

⁴¹¹ MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Ob. cit., p. 158. “A única forma moralmente aceitável de comunidade humana é aquela em que cada membro individual recebe de cada um dos demais e das instituições coletivas de governo o mesmo e igual grau de consideração e respeito, que é, na verdade, aquela consideração e respeito totais que são propriamente devidos aos agentes morais como tal”.

modo que precisa estar adequado pelas condições de racionalidade e de razoabilidade que se aplicam a todos os tipos de razão prática. Algo que o temeroso *animal laborans* jamais poderia admitir. Afinal, esta criatura só que ter a certeza e a segurança jurídicas de que o sistema econômico vai continuar produzindo as coisas que ele avidamente quer consumir. Mas, o *zôon politikón* pode entender perfeitamente do que estamos falando, pois ele sabe que os homens só se mostram como realmente são graças à qualidade reveladora do discurso e da ação que emerge, com toda sua luz, no plano da convivência humana. Por que ele é dotado da condição humana plena, quer a consolidação de uma democracia real que decorre da necessária interação entre o princípio do Estado de Direito e o princípio da Soberania Popular.

Hannah Arendt está entre os pensadores que ensinaram que a vida sem discurso e sem ação sequer vida humana é. Enquanto a ação tem sua ignição no fato da natalidade ou nesta sempre presente possibilidade de inaugurar algo novo no mundo, o discurso corresponde à distinção e à efetivação da condição humana da pluralidade. O Direito na perspectiva institucional descortina esta possibilidade da vida humana de ser vivida por um ser que, mesmo sendo distinto e singular, só encontra sua plena realização quando está entre iguais.⁴¹² Sendo assim, o Direito percebido, como uma ordem institucional, só pode estar relacionado a uma moldura comum de compreensão e interpretação compartilhadas entre os membros de uma comunidade política. Como ordem normativa, ele sempre estará sujeito a interpretações e, como uma ordem prática, terá que inevitavelmente se adaptar aos problemas concretos atuais. Por decorrência destas características, não há como fugir de uma prática argumentativa que ganha legitimidade democrática quando a vinculação com a ordem jurídica for o caso central. Afinal, apesar de todas as tentativas legislativas e judiciais de garantir consistência interna, as fontes do Direito dotadas de autoridade como, no caso brasileiro, a lei escrita e, de modo crescente, a jurisprudência das cortes, sempre vão conter elementos imprecisos e até contraditórios, além de outros tantos capazes de suscitar interpretações divergentes. Só o *Juíz Hércules*, na sábia ficção de Ronald Dworkin, poderia

⁴¹² ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Ob. cit., pp. 526-7. “**O isolamento e a impotência, isto é, a incapacidade básica de agir, sempre foram típicos das tiranias. Os contatos políticos entre os homens são cortados no governo tirânico, e as capacidades humanas de ação e poder são frustradas. (...) Enquanto o isolamento se refere apenas ao terreno político da vida, a solidão se refere à vida humana como um todo. O governo totalitário, como todas as tiranias, certamente não poderia existir sem destruir a esfera da vida pública, isto é, sem destruir, através do isolamento dos homens, as suas capacidades políticas. Mas o domínio totalitário como forma de governo é novo no sentido de que não se contenta com esse isolamento, e destrói também a vida privada. Baseia-se na solidão, na experiência de não se pertencer ao mundo, que é uma das mais radicais e desesperadas experiências que o homem pode ter**”.

imaginar um sistema jurídico livre de contradições o qual sustentaria, sem dúvida, um sistema dedutivo completo.⁴¹³

Entre os mitos da certeza e da segurança jurídicas e o desejo inerente à condição humana de sempre inovar o mundo, é que todos os juristas sérios se movem. De um lado, prestigiando a boa tradição, de outro, investindo no desenvolvimento desta instituição social tão preciosa. De fato, o compromisso com a democracia, enquanto condição desejável dos sistemas jurídicos, leva em consideração silogismos normativos decorrentes de práticas interpretativas coerentes entre os julgadores ao longo do tempo. Sendo assim, o raciocínio silogístico é estruturalmente central à formação de um sistema jurídico consistente. Mas, ainda assim, será preciso demonstrar que as pretensões e as decisões estão de acordo com a legislação regularmente votada, o que, por certo, vai exigir uma visão descritiva e interpretativa das normas deste sistema. A argumentação jurídica é prática e, ainda que tenha forte conotação dedutiva no sistema jurídico continental, ela, justamente por ser prática, demanda virtudes como a sabedoria e a prudência, além de um profundo apreço pela condição humana. Em síntese, o que está em jogo é a importância da prudência e do respeito à tradição jurídica. O quanto cada pessoa se humaniza e se moraliza à medida que vai sendo mais e mais capaz de adotar as perspectivas dos outros. O que nem positivistas, tampouco, neoconstitucionalistas conseguem ver é que a ação humana só ocorre em plenitude, quando a comunidade política conta com um grau elevado de organização, permitindo o exercício discursivo da boa argumentação. Ambos ficam fechados em suas próprias convicções às quais atribuem qualidades de Direito objetivo, apontando, reciprocamente, possíveis infrações aos valores, princípios e regras que integram o contexto da democracia.

⁴¹³ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Ob. cit., pp. 482-483. “O direito como integridade, portanto, não apenas permite como também promove formas de conflito ou tensão substantivos dentro da melhor interpretação geral do direito. Agora, estamos em posição de explicar o porquê. Aceitamos a integridade como um ideal político distinto, e aceitamos o princípio de integridade na prestação jurisdicional como soberano em todo o direito, pois queremos tratar a nós mesmos como uma **associação de princípios, como uma comunidade governada por uma visão simples e coerente de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo na proporção adequada**. Já notamos que essas três virtudes componentes – equidade, justiça e devido processo – às vezes entram em conflito. **Hércules evita obter integridade a partir do ponto de vista da justiça apenas – coerência nos princípios substantivos de justiça que permeiam sua descrição do que é o direito agora -, pois tem buscado uma integridade mais ampla que também confira eficácia a princípios de equidade e devido processo legal adjetivo (...) a supremacia legislativa, que obriga Hércules aplicar as leis, mesmo quando produz uma incoerência substantiva, é uma questão de equidade porque protege o poder da maioria de fazer o direito que quer”.**

A segurança está em entender que os argumentos precisam ter forte ligação com o sistema jurídico, pois só assim eles poderão ser considerados como racionalmente defensáveis. A plenitude da condição humana envolve muitas capacidades e, essencialmente, um profundo sentimento de amizade. Pois, se o senso de justiça é o núcleo duro do Direito, o fim da justiça é – e somente pode ser – a amizade entre os homens. E se a amizade para com nossos concidadãos é realmente algo tão valioso para nós, o Direito que vamos construir, junto à comunidade, parte de um discurso imantado pelas boas palavras. Se for mesmo possível construir as instituições sociais mais relevantes, entre elas, o Direito, a partir de uma argumentação influenciada pela amizade cidadã, as palavras serão usadas como instrumentos de persuasão racional. Nunca, como artifícios de pura retórica.

A abertura vem com a necessária valorização da racionalidade humana na prática jurídica. Não é por outro motivo a nossa tentativa de resgatar, com Hannah Arendt, um sentido mais denso para a condição humana. Se assim o é, resta perguntar sobre o que pode ser considerada uma racional e razoável argumentação jurídica, ou as boas palavras antes mencionadas. A resposta é direta, mas não é simples: o bom argumento é aquele ancorado na melhor tradição jurídica da comunidade política à qual pertencemos. Ou seja, é aquele que, por sua vinculação com a ordem jurídica democrática, pode pertencer ao contexto dos valores e princípios fundamentais eleitos pelos cidadãos. Este é um outro modo de qualificar o Direito como uma ordem normativa institucional. É aquilo que existe na e para a sociedade organizada real. Nesse enfoque, o bom argumento não pode ser apenas uma questão de retórica, ao menos, não para aqueles realmente comprometidos com a manutenção da ordem jurídica, entendida como uma instituição social e política relevante, voltada para o bem da paz e da previsibilidade das relações humanas. E, a este ponto, quando se fala em paz e previsibilidade, no âmbito das relações humanas, está se fazendo referência a dois dos elementos mais essenciais à construção da convivência humana justa.

Quando os cidadãos votam, para eleger os representantes dos Poderes Legislativo e Executivo, seja na esfera federal, estadual ou municipal, eles têm, ainda que hoje a maioria esteja bastante desapontada, uma tênue esperança de que as decisões políticas que eles vierem a tomar possam, de algum modo, modificar as vidas de todos para melhor. É de fato interessante observar este fenômeno tão humano como o é a esperança que se deposita nas estruturas institucionais. Os

cidadãos acreditam que a edição de leis pode realmente fazer diferença em suas vidas e destinos. No caso brasileiro, basta voltar os olhos para o passado recente. Foi com vivo entusiasmo que a sociedade recebeu a nova Carta Constitucional de 1988. Do mesmo modo, foram bem aceitos os inovadores diplomas legislativos como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, as Novas Leis de Custeio e Benefícios da Previdência Social, a nova Lei Orgânica da Assistência Social, o Estatuto do Idoso e o tão aguardado Novo Código Civil. Na verdade, aqueles que participam da edição de uma lei, ou que apóiam a sua edição, devem supor que algum tipo de valor será alcançado quando da sua concretização. Afinal, a produção do Direito legítimo só pode corresponder a uma atividade racional e teleológica guiada por programas políticos estruturados a partir de algum senso de justiça e de bem comum. A importância da legislação está no fato de que ela é um instrumento capaz de fornecer uma moldura comum para o estabelecimento de regras de conduta razoavelmente previsíveis na vida social. A grande responsabilidade do Congresso Nacional está em editar uma legislação que opere de modo compatível com os direitos convencionados. Esta não é uma tarefa fácil, pois as sociedades atuais, muito ao contrário dos arquétipos da *pólis* grega e da *civitas* romana, não são pautadas pela busca da verdade.

Qualquer jurista que viva a prática judiciária sabe que o trabalho do legislador nunca estará completo. Quando o texto se torna formalmente lei e é promulgado, ele se insere no mundo jurídico e, a partir de então, problemas previstos, ou não, pelo legislador começam a aparecer. E eles são de toda a ordem. Uns dizem respeito ao exato escopo do texto legislativo, outros, à sua justa aplicação a alguma situação que surja e que possa ser relevante o bastante para motivar questionamentos sobre sua legalidade ou constitucionalidade. Não bastasse, há os problemas corriqueiros que decorrem da simples aplicação da lei, como os relacionados à prova dos fatos ou à sua classificação, problemas de interpretação ou até de insuficiência de leis, todos eles a motivar litígios entre as partes afetadas no curso normal da vida mundana. Cada vez mais, as boas doutrina e jurisprudência traduzem as preocupações dos juristas que, seriamente, refletem sobre o texto e que tentam dar conta das múltiplas interpretações que dele emergem.

Não estamos falando apenas das divergências jurisprudenciais, mas daquelas interpretações que os próprios cidadãos fazem das leis que têm de cumprir, de como eles percebem e abordam os fenômenos jurídicos produzidos pelas instituições oficiais. Aquilo que é ensinado aos

estudantes das Faculdades de Direito brasileiras e os consequentes debates que ocorrem nas salas de aula, do mesmo modo como acontece nas sessões de julgamento das cortes, têm aspectos políticos relevantes. Pois, em ambos os casos, os envolvidos estão profundamente preocupados com o bem da comunidade e com o desenvolvimento daquilo que está implícito no Direito legislado. Todos esses aportes contribuem muito para a formação do corpo jurídico que o Legislativo criou. Pode-se mesmo dizer que o lado bom da política jurídica ativista diz respeito a algo essencialmente humano: o desejo de mudança. As novas gerações sempre vão querer redirecionar o futuro, refletindo sobre as heranças do passado.

Todos podem concordar que o Direito não é uma ciência exata. A dificuldade está em enfrentar as consequências desta afirmação. Não deve ser fácil admitir que as decisões oficiais e as correspondentes argumentações que as justificam não têm o caráter exclusivamente demonstrativo que o formato do silogismo parece traçar. Sem dúvida, a fundamentação de um julgamento é principalmente silogística e densamente jurídica. Mas, com reservas e qualificações. Há, de fato, um meio termo entre as posições arraigadas nos extremos: de um lado, os que acreditam no poder da retórica das boas intenções, de outro, os que investem tudo na mecânica dedutiva. Este meio termo corresponde à realista aceitação de que as certezas que o Direito pode nos oferecer são passíveis de alterações. Isso, em absoluto, não significa negar os papéis proeminentes que tanto a lógica dedutiva quanto o formalismo jurídico têm no Direito. Só poderemos identificar as alegações relevantes a partir de uma leitura minuciosa da lei para saber o que realmente conta. Mas, mesmo assim, não podemos fechar os olhos para o fato de que o Direito é integrado por conceitos e proposições que demandam interpretações e de que todos os argumentos que as partes vierem a ofertar também serão suscetíveis, em maior ou menor grau, de juízos críticos. Não poderá haver uma boa decisão, para determinado caso concreto, até que as visões opostas sobre a correta interpretação da respectiva lei de regência tenham sido adequadamente ouvidas e consideradas, alcançando uma conclusão que exiba padrões mínimos de coerência e razoabilidade. Que significados poderíamos atribuir a tais padrões? A resposta é dada pela constatação de que a conclusão do silogismo é tanto mais apta a justificar o ato de

decisão quanto mais puder convencer os destinatários do julgamento – e a sociedade como um todo – de sua estreita vinculação com a ordem jurídica.⁴¹⁴

Quando se discute sobre interpretação jurídica, deve-se ter em mente que os juristas têm de respeitar a consistência interna da ordem jurídica e ver a lei como algo que guarda coerência geral à luz de seus princípios subjacentes e de outros princípios fundamentais do próprio sistema. Especialmente, aqueles mais relevantes ao ramo no qual a referida lei esteja inserida. Não basta isso, devem sempre pensar quais são as implicações reais desta ou daquela interpretação do texto sobre a vida social e sobre o quanto é possível afetar positiva ou negativamente a credibilidade da comunidade nas suas melhores instituições. De fato, refletir sobre as conseqüências das propostas interpretativas guarda em si um imenso valor político para a sociedade, na medida em que a idéia central corresponde ao necessário prestígio à coesão da ordem jurídica. Muitos dizem que casos difíceis produzem um mau Direito. Sendo assim, os críticos advertem para o perigo que representa para a democracia a distorção, ainda que bem intencionada, da legislação, visando atender situações concretas excepcionalmente duras. Realmente, os chamados casos difíceis tocam de perto a desconfiança em relação ao ativismo judicial e suas técnicas de interpretação. Ronald Dworkin trouxe um aporte doutrinário de excelência para este problema. Ele disse que essas situações da vida real são na verdade oportunidades de se produzir bom Direito. E ele está certo. Afinal, tais momentos exigem superação de barreiras e elaboração de soluções até então não pensadas. É muito graças aos casos difíceis que o Direito se desenvolve. As dificuldades geralmente estão nos fatos que permitem o confronto de argumentos rivais igualmente fortes e defensáveis, do ponto de vista jurídico, o que torna árdua a tarefa de determinar qual a melhor solução.

⁴¹⁴ MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Ob. cit., p.306. **“Como Dworkin diz, é importante para as instituições humanas que suas normas exibam um tipo de integridade. Ainda que o Direito não possa permanecer parado, a capacidade de reconciliação racional de uma decisão proferida num certo momento com outras tomadas posteriormente é uma questão de equidade (...) o valor da integridade interpretado dessa maneira demanda uma certa coerência, ao longo do tempo, no desenvolvimento de normas jurídicas e sua respectiva interpretação.** Não se trata de um substituto para a coerência que demandamos, como questão de justiça formal, entre as normas vigentes de um sistema num dado momento, mas sim de uma exigência adicional. Idealmente, ao menos, a coerência normativa sincrônica demandada pela integridade é a coerência através do sistema, o qual, a cada momento em seu desenvolvimento, deve (na medida do humanamente possível) exibir coerência sincrônica, enquanto um sistema momentâneo. **O sistema enquanto sistema compreende regras e normas gerais, em diversos níveis de generalidade”.**

Nessa fase de transição na qual ingressamos, as novas descobertas científicas descortinam um novo mundo de possibilidades fascinantes que desafiam o potencial da legislação para regular os inéditos espaços de convivência que estão sendo inaugurados. A Modernidade mostrou que nem mesmo o poder eclesiástico conseguiu cercear, normativamente, os avanços da ciência. E são especialmente essas notáveis descobertas que se constituem, hoje, nos casos difíceis que, esperamos, produzam o melhor Direito. Günther Frankenberg faz uma interessante análise das questões jurídicas que envolvem as recentes pesquisas no campo das biociências. No texto, intitulado **“A dignidade do clone e a crise do Direito”**, o Autor acentua que o avanço incontrolável da biociência exige muito do Direito. Segundo ele, ainda que os legisladores alemães tenham decidido contra a possibilidade de clonagem de pessoas, pela edição, em 1991, da **“Lei de Proteção ao Embrião”**, não se pode ignorar o quanto é difícil para o Direito normatizar procedimentos tecnológicos, avaliar os avanços e riscos da técnica moderna, demarcando proibições de infrações, mesmo apelando para o conceito chave da ordem constitucional: o princípio da Dignidade Humana. O Autor alerta para o fato de que, ainda que não tenha sido ultrapassado qualquer limite normativo, tanto no nível interno como no supranacional, permanece em aberto de que forma e a que nível de proteção a Comissão e o Conselho da União Européia irão fazer uso de suas competências legislativas.⁴¹⁵

Günther Frankenberg diz que o discurso jurídico, até então, mostra unanimidade de resultado pela severa rejeição da clonagem de células humanas. Por outro lado, a utilização de material celular embrionário humano, para fins de pesquisa, deve ser permitida sob determinadas condições. Alerta, no entanto, que proibições e outras disciplinas da genética humana necessitam de justificação, pois elas delimitam a liberdade de pesquisa garantida constitucionalmente. O problema que ele observa no cenário europeu é que os caminhos de justificação não são estáveis e podem produzir argumentos ambivalentes. O primeiro deles, relacionado ao princípio da igualdade, aponta o receio de que a clonagem possa produzir seres marginalizados e, portanto, discriminados, ignorando que eventuais reações sociais ao clone poderiam ser iludidas por processos de produção anônimos. O segundo apóia-se, com muito mais força, no princípio constitucional da Dignidade humana. O Autor, contudo, tem sérias dúvidas se o referido princípio conseguiria erigir uma barreira jurídica contra os abusos decorrentes do conhecimento genético.

⁴¹⁵ FRANKENBERG, Günther. A Gramática da Constituição e do Direito. Ob.cit., pp.321-323.

Ele fala que degradações evidentes, como torturas, penas cruéis, formas drásticas de proscricção, confinamento de exilados por tempo indeterminado, entre outros, traduzem violações indiscutíveis ao princípio da Dignidade, tanto ética quanto juridicamente. Contudo, como ele bem enfatiza, **“difícilmente isso valeria para práticas mais sutis de genética humana, como a inseminação heteróloga, a pesquisa em embriões excedentes, a análise do genoma ou, menos ainda, os métodos de terapia genética”**.⁴¹⁶

Após breves considerações sobre as três conhecidas teorias que tentam determinar positivamente o conteúdo da Dignidade humana (**teoria do dote, teoria da prestação e teoria do reconhecimento**), Frankenberg diz que a garantia da Dignidade exige do Estado a proteção de indivíduos concretos em situações concretas, mas não a humanidade como um todo. Uma solução possível para o impasse estaria no compromisso constitucional. Nas suas palavras:

“Sem amarras jurídico-individuais, tal compromisso poderia expressar adequadamente a decisão (desejável, pois indicada normativamente) de uma sociedade, no sentido de oferecer oposição à escravidão do gene por meio da técnica genética. Teríamos, assim, o esclarecimento dos riscos da genética humana e a certeza sobre a avaliação de tais riscos, se essa sociedade pudesse dedicar-se a um amplo debate público, certamente controverso, e, ao fim, chegar a uma solução política, em vez de oscilar em uma certeza ingênua, reportando-se à dignidade humana”.⁴¹⁷

Como a inspiração filosófica deste trabalho teve a honra de contar com o luxuoso aporte doutrinário da Filósofa Hannah Arendt, especialmente, de sua obra *A Condição Humana*, não poderíamos deixar de falar no célebre julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, cujo objeto jurídico foi a impugnação em bloco do art. 5º, da Lei nº 11.105, de 24.03.2005 (**Lei de Biossegurança**), uma causa cujo equacionamento jurídico pode ser considerado como de interesse de toda a Humanidade. Ações como esta revelam a atualidade de nossos desafios que precisam contar com defesas jurídicas muito mais fortes do que o princípio da Dignidade, tradicionalmente, tem representado, enquanto núcleo essencial que fundamenta os Estados Constitucionais. Como bem enfatizou Frankenberg, **“em virtude do futuro da humanidade é que ‘são conferidos novos conteúdos’ à dignidade, a proteção da ‘imagem humana como um todo’, a proteção da ‘essência humana’ e de ‘nosso autorespeito’**. **Entretanto, tais conteúdos vão além do conceito de dignidade e extrapolam sua estrutura**

⁴¹⁶ FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Ob.cit., p.329.

⁴¹⁷ FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Ob. cit., p.334.

jurídica individual. Em vez de falar de ‘dignidade humana’ seria melhor falar de ‘dignidade da humanidade’...’.⁴¹⁸

De fato, nos idos de 2008, houve, aqui no Brasil, intenso debate sobre questões ligadas às pesquisas biogenéticas, quando do julgamento da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, proposta pelo Procurador-Geral da República, impugnando em bloco o art. 5º da Lei nº 11.105, de 24.03.2005, a chamada **Lei de Biossegurança**, ao argumento de violação de princípios e valores centrais da nossa Carta de 1988, como a Vida e a Dignidade da pessoa humana.⁴¹⁹ O Relator do feito foi o Ministro Carlos Ayres Britto e a decisão, após idas e vindas, adiamentos e pedidos de vistas, debates e sustentações orais das entidades interessadas (como a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil e o Movimento em Prol da Vida), foi, por maioria, de improcedência, nos termos do voto-condutor (julgamento definitivo anunciado em 29.05.2008).⁴²⁰ Vale enfatizar que o Ministro Ayres Britto, no curso da instrução processual, adotou o procedimento de convocar, nacionalmente, todas as entidades interessadas na questão, para uma audiência pública, na qual puderam debater temas como direito à vida, quando esta começa, aborto, limites para as pesquisas no campo da biotecnologia, direito ao planejamento familiar responsável e co-respectivos deveres estatais, entre eles, o de adequada fiscalização e regulação das atividades em tela.

O dispositivo legal questionado pela ADIN relaciona-se à permissão de utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizadas no respectivo procedimento, desde que: a) sejam embriões inviáveis, ou b) embriões congelados há mais de três anos ou mais, na data da publicação da lei, ou que já congelados na data da publicação da lei, depois de completarem três anos, contados a partir do congelamento. O §1º do referido artigo da Lei de Biossegurança exige o consentimento dos genitores, além disso, no §2º, há a necessária vinculação dos institutos de pesquisa e dos serviços de saúde, que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas, que submetam seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em

⁴¹⁸ FRANKENBERG, Günther. A Gramática da Constituição e do Direito. Ob.cit., pp. 332-333.

⁴¹⁹ Revista Veja, edição nº 2063, ano 41, nº 22, 4.6.2008, p. 65.

⁴²⁰ www.stf.gov.br. Notícias, 29.05.2008.

pesquisa. No §3º, foi estabelecida vedação expressa à comercialização do material biológico, prática que resta caracterizada como o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 04.02.1997.

Tanto o Autor da ADIN, quanto às entidades religiosas e de proteção à vida, se valeram de argumentos poderosos, principalmente, a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano seria vida humana, o que faria ruir o maior fundamento do Estado Democrático de Direito: a preservação da Dignidade humana. Aliás, o princípio da Dignidade humana foi utilizado nas argumentações de todos os envolvidos, neste célebre julgamento, tanto o Autor, como os requeridos e os interessados, e, especialmente, todos os Ministros julgadores, fossem eles da maioria vitoriosa ou da minoria. Dignidade humana e direito à vida foram significantes que assumiram, nas múltiplas argumentações, não exatamente significados diferentes. O surpreendente neste julgamento e que evidencia a importância da argumentação na construção da ordem jurídica, é que, um mesmo significado pode seguir direções que levam a resultados absolutamente diferentes. Em relação a este grau de incerteza, inarredável da ação humana da qual faz parte a interpretação jurídica, nem os positivistas, nem os neoconstitucionalistas conseguem apresentar respostas. Suas teorias simplesmente ignoram estas questões que, hoje, cada vez mais, tomam conta de nossos Foros e Cortes, pois traduzem as expectativas de cidadãos que procuram soluções realistas para os casos difíceis decorrentes da complexidade estrutural das sociedades contemporâneas.

Além da necessária discussão pública de tema que diz respeito ao nosso futuro enquanto espécie, o que este caso difícil foi capaz de mostrar é que a argumentação jurídica tem protagonismo relevante na interrelação do princípio do Estado de Direito com o princípio da Soberania Popular. À segurança jurídica que corresponde a uma lei regularmente votada pelo Congresso Nacional, como a Lei de Biossegurança, foi oposta a insatisfação de milhões de pessoas, pela via de seus representantes, num imenso contraditório no qual defenderam suas posições éticas, jurídicas e religiosas. O citado Diploma legislativo, quando ainda era um simples anteprojeto de lei, foi discutido em várias comissões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, sendo votado pelos nossos representantes eleitos segundo o voto livre e democrático. Mas, como soberania popular não adquire densidade democrática só no direito ao voto, o povo, devidamente representado por uma de suas instituições de defesa mais importantes – A Procuradoria-Geral da República – propôs a ADIN respectiva, acionando outro elemento

essencial à concretização de sua soberania: o direito de agir. E é neste específico direito que se abre, em toda sua beleza, a força da argumentação jurídica. Mesmo que muitos possam discordar com o resultado do referido julgamento, ele se torna um paradigma, enquanto peça participante da criação do Direito pátrio, pois nele é possível identificar os momentos essenciais de uma argumentação jurídica realmente democrática. Da análise do voto-condutor, pode-se observar que Sua Excelência, o Ministro Carlos Ayres Britto, na condição de relator deste importante caso, teve primoroso cuidado em vincular juridicamente cada momento da formulação do silogismo que sustentou o ato de decisão final de improcedência da ADIN.

De início, Sua Excelência explorou os fatos cientificamente possíveis, contando com informações técnicas abalizadas por autoridades médicas especializadas na área de biotecnologia. Sendo assim, ele fez uma primeira diferenciação de tipos de células humanas, para apresentar a definição científica atual de células-tronco embrionárias, encontradas em embriões decorrentes de manipulação humana em laboratório ou *in vitro* e, não, espontaneamente, ou *in vida*. Acentuou que, paralelamente a esta pesquisa científica, há outras como as que vêm sendo feitas com células-tronco adultas. Em todos os casos, o interesse atual dos pesquisadores é a medicina regenerativa, tendo em vista as moléstias que, nas sociedades modernas, podem causar morte ou estados de morbidade, como as doenças cardíacas, diferentes tipos de câncer, pneumopatias e doenças genéticas. Esboçado o atual contexto fático, o Magistrado buscou a respectiva vinculação à Ordem Jurídica brasileira, passando ao momento predominantemente jurídico de sua argumentação. Começou pelo hostilizado art. 5º, *caput*, incisos I e II e §§ 1º, 2º e 3º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), identificando o que o texto realmente permite e o que ele expressamente condiciona ou até proíbe, em termos de pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias. Segundo o Relator, o conjunto normativo revela, ao contrário do que postulou a parte Autora, um profundo apreço pela dignidade de toda a forma de vida humana, ou que tenha possibilidade para tanto, ainda que a manipulação do material genético tenha ocorrido fora do corpo feminino. Na sua visão, a Constituição Federal de 1988 calou a respeito do provável início da vida humana. A Lei Civil brasileira, no entanto, considera que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, ainda que ponha a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Nesse enfoque, assumiu que é preciso vida pós-parto para o ganho de personalidade perante o Direito, em nítida adesão à teoria natalista, colocando-se em franca oposição à teoria da

personalidade condicional e à teoria concepcionista. Como se vê, concordando ou não com os argumentos iniciais, a partir dos quais Sua Excelência construiu seu silogismo, o fato é que ele, sinceramente, se apoiou não em suas opiniões íntimas sobre o caso, mas em dados normativos e doutrinários consolidados na boa tradição da Ordem Jurídica nacional. Isso faz toda a diferença para os que prezam o valor da Constituição. Em outras palavras, aderir à teoria jurídica da natalidade foi uma opção juridicamente séria do Julgador. Sua escolha, sem dúvida, estabeleceu um fio condutor para a semântica do princípio da Dignidade que ele utilizou várias vezes, no seu raciocínio jurídico. Mas, tal alternativa foi expressamente indicada no voto, sendo densamente jurídica. Quem quisesse contra-atacar precisaria se valer de uma opção argumentativa de, no mínimo, igual força normativa.

A partir da compreensão da vida humana, já revestida do atributo da personalidade civil, como o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte, Sua Excelência concluiu que a Carta Magna, além de silenciar sobre o início da vida, em momento algum, fez de todo e qualquer estágio da vida humana um bem jurídico autônomo, mas, sim, da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque **nativiva** e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural. A este ser, já personalizado indivíduo, é que o art. 5º teria reconhecido a inviolabilidade. O Ministro admitiu que o princípio da Dignidade humana é realmente central para nossa Constituição e que comporta transbordamentos. Tanto que, já no plano infraconstitucional, a Lei Civil protege o embrião e o feto, segundo a humanitária diretriz de que o apogeu do ciclo biológico justifica a tutela das respectivas etapas. Mas, adverte que nascituro é aquele ser que está no ventre da mãe. Não, em uma “placa de Petri”. Sua Excelência distinguiu e valorizou, juridicamente, as três realidades: embrião, feto e pessoa humana. E, nessa medida, disse que não existiria pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana, conclusão que guarda inegável coerência lógica com sua escolha inicial da teoria da natalidade.

Em síntese, por maioria, nos termos do voto do Ministro-relator, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não lhe caberia decidir qual seria a forma de pesquisa mais promissora: se a pesquisa com células-tronco adultas ou aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. Sendo assim, a certeza científico-tecnológica estaria em que um tipo de pesquisa não invalidaria a outro, na medida em que ambas seriam complementares. Além disso, concluiu pela legitimidade

das pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos, afirmando o constitucionalismo fraternal, na medida em que a pesquisa autorizada pela referida Lei de Biossegurança visaria enfrentar a cura de patologias e traumatismos que severamente limitariam e não raras vezes degradariam a vida de expressivo contingente populacional. Quanto à proteção constitucional do direito à vida e os direitos infraconstitucionais do embrião pré-implanto, a Corte entendeu que teria uma diferença entre embrião, feto e pessoa humana. Portanto, não existiria pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. Sendo assim, na lógica da Corte, o embrião referido na Lei de Biossegurança (*in vitro*, apenas) não seria uma vida a caminho de outra vida nova, pois lhe faltariam as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não teria possibilidade de fato de uma vida autônoma. Os Ministros julgadores entenderam que as pesquisas com células-tronco não caracterizariam aborto e que tal matéria, inclusive, seria estranha à lide. No que diz respeito aos direitos fundamentais à autonomia da vontade, ao planejamento familiar e à maternidade, o Supremo entendeu que a opção de um casal, por um processo *in vitro* de fecundação artificial de óvulos, conteria implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar a esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e geneticamente viáveis. Quanto ao direito à saúde como corolário do direito fundamental à vida digna, a Corte afirmou que o §4º do art. 199 da CF 1988, que versa sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à Saúde (Seção II do Capítulo II do Título VIII). E o direito à saúde é um dos primeiros direitos sociais fundamentais. Sendo assim, a Lei de Biossegurança estaria promovendo um encontro do direito à saúde com a própria ciência. Não bastasse, o Supremo reconheceu o direito constitucional à liberdade de expressão e a Lei de Biossegurança como densificação dessa liberdade. A regra de que “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas” (art. 218, *caput*, da CF de 1988) é de logo complementada com o preceito (§1º do mesmo art. 218 do Texto Magno) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. Por fim, no que diz respeito à suficiência das cautelas e restrições impostas pela Lei de Biossegurança na condução das pesquisas com células-tronco embrionárias, a Corte afirmou que o referido diploma legal parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana ou que tenha potencialidade para tanto.

Esse caso difícil leva à reflexão sobre os limites da potencialidade que a legislação, por si mesma, tem de interferir nos modos de vida das pessoas. Ela, de fato, muda as coisas em determinada direção, mas só a roda incessante da vida das relações é que poderá dar a exata noção sobre qual será, ao final de determinado período de tempo, a efetiva mudança e o quanto ela poderá afetar concretamente os cidadãos. As certezas e as garantias que as leis podem dar não são absolutas. O máximo que, de modo realista, pode-se alcançar é a redução das incertezas a um grau compatível à convivência social adequada. Esta adequação vai depender muito do nível de organização social e política e dos valores que realmente sejam essenciais à sociedade. Este é um ponto vital e toca de perto as duas virtudes sistêmicas mais importantes do Direito: a consistência e a coerência do sistema jurídico. No caso brasileiro, por exemplo, estamos valorizando, cada vez mais, a boa jurisprudência e as decisões das Cortes superiores. E isso revela uma nova consciência sobre a importância que a justiça representa na construção de um sistema jurídico imparcial que trate casos iguais, ou com semelhanças significativas, do mesmo modo que os casos passados. Além disso, a fidelidade ao princípio do Estado Democrático de Direito exige cautela extremada, quando da alteração dos padrões de decisão que uma dada matéria até então vinha recebendo. Na prática judiciária, esses são os significados para as virtudes da coerência e da consistência do sistema jurídico que os jurisdicionados esperam ver concretizados.⁴²¹

Sem dúvida, a segurança e a certeza jurídicas somente podem ser realizadas na medida em que um Estado seja governado de acordo com regras prévias, claras e inteligíveis. Pois, onde o Direito prevalece, todos podem saber onde estão e o que são capazes de fazer dentro da legalidade. Não há como negar que sem a certeza e a segurança jurídicas nunca poderemos atribuir ao Estado Democrático de Direito todo o valor político e jurídico que ele tem. Mas, também não há como negar que o princípio mais amplo do Estado Democrático de Direito comporta muitos outros princípios, entre eles, dois que correspondem às promessas mais expressivas que a Modernidade clássica fez aos cidadãos: de um lado, as oportunidades de ampla defesa e de contraditório, de outro, o direito ao Direito, claro, previamente anunciado em regras capazes de garantir certeza e segurança. Muito mais do que a possível ambigüidade da linguagem corrente, é do conflito de princípios, interno ao próprio Estado Democrático de Direito, que

⁴²¹ MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Obra citada. Ver, nesse sentido, pp. 32-42 e pp. 65-102.

resulta a inevitável imprecisão do Direito.⁴²² Por isso, gostem ou não os críticos mais severos do ativismo judicial, a democracia constitucional, ao menos no modelo ocidental moldado nos últimos séculos, só existe na estreita vinculação a um Poder Judiciário forte.

Esse modo de entender o Direito, segundo um ponto de vista prático, pode deixar as pessoas com a sensação de que argumentos as colocariam facilmente no plano do relativismo, campo fértil às retóricas fúteis e sem critérios. O *animal laborans* tem razões de sobra para se exasperar. Contudo, o amável *zôon politikón*, aquele ser que sente apreço pelos seus concidadãos, tem bem presente que os argumentos só são realmente jurídicos, quando guardam íntima ligação com o corpo organizado do conhecimento jurídico produzido pela comunidade política. A ciência jurídica ou o estudo estruturado e organizado das leis, da doutrina e da jurisprudência compõe o alicerce fundamental para o Direito compreendido como uma instituição social forjada na prática cotidiana da vida das relações. Todos aqueles que acham que a justificação das decisões judiciais é uma questão de lógica dedutiva, na verdade, pensam o sistema jurídico como um conjunto de normas completas, autoconsistentes, isentas de contradições e lacunas. Como se a vida do Direito pudesse ser comparada a um jogo qualquer, governado por regras específicas, no qual todos os movimentos dos participantes fossem automáticos e passíveis de controle. Ora, interpretações rivais a respeito das normas jurídicas incidentes em determinado caso, dissídios jurisprudenciais e até leituras conflitantes sobre os possíveis significados dos princípios são inarredáveis da prática judiciária.

Tudo pode ser diferente quando os juristas compreendem que o núcleo da argumentação jurídica corresponde ao tipo de argumento silogístico que chamamos de lógica aplicada. Quando um advogado apresenta um caso diante de um juiz ou de uma Corte, por certo, ele vai investir muito mais na força da retórica, afinal, ele quer convencer os julgadores sobre o possível direito de seu cliente. Mas, ele sabe que sua retórica só será realmente eficiente, quando estiver ancorada em uma clara compreensão das implicações lógicas do processo. Dessa interação entre momentos retóricos e lógicos, o bom Direito se aprimora, pois a força impressionante e, não raro, comovente da retórica, que usa, ao máximo, princípios e valores, fica limitada pela coerência da lógica persuasiva apoiada em argumentos densamente jurídicos. Esta é a realidade da vida

⁴²² MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Obra citada. Nesse sentido, ver pp. 161-190.

prática. Na verdade, o silogismo jurídico como um todo guarda em si mesmo uma sempre presente tensão entre componentes lógicos e retóricos. Exatamente por isso é que o recurso ao silogismo jurídico é uma parte necessária da retórica da justificação no Direito, pois o respeito ao princípio do Estado Democrático de Direito exige, antes de tudo, respeito às regras da legislação estabelecida pela sociedade organizada. Sendo assim, porque estamos comprometidos com a democracia, nossas decisões têm de necessariamente conter um elemento silogístico ou dedutivo na argumentação jurídica, e ele é central. Essa é uma posição que aposta na virtude da prudência ao incluir a lógica dedutiva no núcleo da argumentação jurídica.

Por decorrência, a legitimidade democrática da argumentação jurídica repousa precisamente na certeza e segurança que só existem quando a comunidade política adota o valor moral central de respeito à condição humana. Parece abstrato? Não é. Pois, respeitar as regras esculpidas na ordem jurídica é um específico modo de dizer que os outros são importantes para nós. É este valor moral compartilhado que está na base da compreensão da natureza e do caráter do Direito, como atividade prática. O ato de decidir não é um ato puro de vontade, pois há um nexos inefável entre a ação e a razão. Sendo assim, tratar a argumentação como algo que justifica a decisão correspondente não é o mesmo que confundir a decisão com o ato de dedução. Em outras palavras, a decisão em si não é dedutível das premissas que inauguram o silogismo jurídico. O que realmente acontece é que as conclusões do silogismo jurídico são realmente relevantes para a questão da escolha da melhor decisão para o caso ou aquela que seria a mais justificável juridicamente. Na verdade, quando os advogados, de modo eloquente, afirmam as pretensões de seus clientes e quando os juízes tomam as decisões respectivas ao final do processo, em ambos os casos, eles exercem atos de vontade. E atos de vontade não são conclusões lógicas derivadas de argumentos. Mas, ainda que a relação entre a ação e a razão justificadora de uma decisão não seja de dedução ou inferência, isso não descarta o fato de que a razão justificadora é ela mesma estabelecida por dedução ou inferência. Talvez, esta seja uma nova maneira de prestigiarmos o princípio da democracia e o significativo peso que as leis editadas pelo Congresso Nacional têm nas nossas vidas. Na medida em que os julgadores comprometidos com as instituições democráticas assumem o dever de concretizar as regras esculpidas na ordem jurídica, qualquer argumento será uma justificação, ao menos parcial, de uma decisão se demonstrar que a conclusão que a justifica deriva de premissas vinculadas ao corpo jurídico.

CONCLUSÃO

Hoje, não temos mais muitas certezas em relação aos possíveis contornos políticos, jurídicos e sociais deste novo modelo de espaço público que está se apresentando diante de nós. Quando a insegurança sobre o futuro próximo de nossas instituições, entre elas o Direito, é grande, voltar os olhos para o passado pode ser uma alternativa viável para recuperar os melhores significados que a tradição ocidental forjou no curso da História humana sobre a Terra. Noções fundamentais à construção de uma convivência pública possível, como liberdade e igualdade políticas, democracia, poder, autoridade, força, direitos e deveres, constituições, declarações de direito, soberania estatal e soberania popular, Dignidade humana, entre tantas outras, assumiram significados que foram ganhando qualidade, como vimos, nos três períodos mais marcantes de nossa evolução.

É, no entanto, pouco provável que, mesmo a mais ampla e democrática mesa de debates possa viabilizar um modelo social pautado pela generalizada felicidade pública. As oposições, os conflitos de interesses, as divergências de compreensões são inarredáveis da vida das relações. Nem modelos políticos-jurídicos, nem teorias políticas ou filosóficas vão conseguir dar conta deste desafio real que é viver entre iguais diferentes. Contudo, oposições, contradições e diferenças trazem em si a energia que pode nos mover na positiva administração da vida em comum, evitando que diferenças se transformem em ângulos que, de tão agudos, produzem desordem, conflitos e exclusão. Perseguir este propósito não é tarefa fácil. As chances de fracasso são concretamente grandes. É mesmo muito difícil conter as oposições até o limite máximo, a partir do qual as polarizações são tão fortes que se transformam em conflitos irremediáveis que comprometem as densidades éticas, políticas e jurídicas do espaço público. Mas, ainda que, neste início do século XXI, todos estejam caminhando às cegas por rumos incertos, fica a esperança de que regular as relações humanas no espaço público, a partir da necessária interação dos poderes políticos, jurídicos, éticos e sociais, possa aumentar nossas chances de sucesso.

Tentamos, nesta tese, demonstrar que as crises indesejáveis que afetam o equilíbrio da convivência humana no espaço público e à própria prática jurídica decorrem de uma contradição de natureza antropológica muito profunda e, sendo assim, foi preciso recorrer à inteligência amorosa de Hannah Arendt para tentar compreender um pouco mais a respeito das características do cidadão contemporâneo. Seu apoio doutrinário de excelência foi importante para entender que a liberdade política só adquire sentido na esfera da pluralidade humana. O verdadeiro conteúdo de “*ser livre*” está na possibilidade de se estabelecer relações recíprocas de todos como iguais. A essência do político é precisamente este “*estar um com o outro*” no espaço público, onde é possível a troca e o debate entre iguais. Só com uma abordagem mais densa da condição humana é que haverá chances reais de fixar os interesses comuns da sociedade nas instituições de direito público. Sendo assim, autoridade e poder, elementos sem os quais sequer é possível entender os mistérios do direito, resgatarão seus principais fundamentos que são – sempre foram - a amizade e o respeito mútuos.

A condição básica do discurso e da ação, sem os quais a vida nem é humana, é a pluralidade que, em si mesma, encerra dois aspectos: igualdade e diferença. Só o homem é capaz de exprimir essa diferença e distinguir-se, comunicando a si mesmo e não, apenas, a alguma coisa, como sede, fome, afeto, hostilidade ou medo. É graças ao agir e ao discursar que as pessoas sempre podem inaugurar um novo começo e, na mesma medida, concretizar a condição humana da pluralidade. O maravilhoso mundo humano que se constrói desde esta perspectiva é aquele no qual cada um vive como um ser distinto e singular entre iguais. O que está em jogo é o caráter de revelação, sem o qual a ação e o discurso perderiam toda a sua relevância. Precisamente, esta qualidade reveladora da ação e do discurso é que emerge até a superfície quando as pessoas estão umas com as outras, convivendo no espaço comum a todos. Não se trata de estar *pró* ou *contra* os outros como acontece no plano dos comportamentos padronizados da sociedade de consumo.

O real problema do cidadão moderno, e com muito mais intensidade do consumidor contemporâneo, é que ele não precisa de quem quer que seja para ser livre. A sua liberdade é definida e se esgota, tão-somente, na garantia de proteção contra possíveis abusos dos poderes estatais. Além disso, o indivíduo, constituído como ator meramente econômico e, mais do que nunca, um consumidor ávido por novas e fascinantes tecnologias, deixou de se preocupar com possíveis significados para o bem comum. Esses são temas que, a rigor, não seriam sequer adequados a um debate jurídico sério, pois só teriam importância para os sonhadores, os românticos ou os filósofos. Afinal, parece não haver correlação possível entre as noções filosóficas de ação e discurso com princípios e garantias estruturais das democracias ocidentais como o são o Estado de Direito, a Soberania Popular, as certeza e segurança jurídicas, o contraditório e a ampla defesa, o direito ao voto livre e o direito de agir.

Tal perspectiva, no entanto, se assenta não apenas no esvaziamento axiológico da dignidade humana, como põe em dúvida se, algum dia, o homem contemporâneo vai conseguir, de fato, estabelecer um modo especificamente evoluído de viver a política. Se houver alguma esperança para a renovação da prática constitucional, ela só poderá estar no compromisso entre governantes e governados na concretização do bem comum. E isso exige a coragem de se expor pela via da ação e do discurso no espaço da convivência, onde as pessoas podem revelar ativamente suas identidades pessoais e singulares e fazer a parte que lhes toca na construção do mundo comum.

No plano institucional, esse compromisso recíproco tem, por pressuposto, um ativismo cidadão capaz de forjar alianças, recuperando o sentimento de vinculação à comunidade organizada segundo as regras do direito. O que defendemos é que esta característica essencialmente política só existe na condição humana plena de suas mais altas capacidades, entre elas, a de incluir o outro, enquanto outro, no âmbito das próprias ponderações e decisões.

A antiguidade clássica, em especial, Atenas e Roma, nos deixou um legado político ímpar. Ao que parece, eles tinham a clara consciência de que a perda da coisa política coincidia com a perda da liberdade. Sendo assim, eles percebiam o fenômeno jurídico a partir do justo político, tanto que estar no direito e pertencer a uma dada comunidade guardavam íntima relação de identidade. O homem contemporâneo que não vê qualquer sentido em pertencer a uma comunidade de destinos, do mesmo modo, não consegue perceber o direito como uma instituição social. Essa perda do espaço da vitalidade das relações humanas mais preciosas, onde o agir humano é por excelência político, abriu caminho largo para a sociedade de consumo conquistar com avassalador sucesso a esfera pública, reduzindo, a quase nada, a originalidade criativa que lhe é inerente, despolitizando os cidadãos.

Realmente, o que começou com uma sociedade de proprietários, avançando até os extremos atuais da sociedade de massas consumidoras, prescinde da existência deste mundo compartilhado que, ao mesmo tempo, separa e congrega os cidadãos. A consequência mais perversa foi, sem sombra de dúvida, a perda da excelência humana, na exata proporção em que as pessoas abriram mão das faculdades de decidir e deliberar ou de prever e de escolher. Por que elas abriram mão da plenitude da condição humana, a cidadania se desativou e, por conseguinte, esvaziou-se o conteúdo da soberania popular que, hoje, é pouco mais que um princípio de boas intenções esculpido nas cartas constitucionais. Enquanto o *animal laborans* estiver de posse do mundo comum, este não será uma efetiva esfera pública, mas, apenas, o local onde as atividades privadas executadas pelos indivíduos – e não pelos cidadãos – são exibidas em público.

O que se perdeu na sociedade atual foi o antigo espaço da aparência que corresponde à realidade humana e política, precedendo toda e qualquer constituição formal do espaço público. O poder é quem mantém este espaço da aparência ou mundo comum, sendo que o único fator

indispensável para sua geração é - e só pode ser - a convivência humana na teia das relações. A ação é quem mantém a íntima relação com o lado público do mundo, onde se esboçam os destinos comuns, além de ser a única atividade que concretamente o constitui. O poder legítimo, antítese da onipotência, é densamente humano e, portanto, só pode nascer da convivência e corresponde, antes de tudo, à condição da pluralidade. O drama da tirania é que ela é a perversa combinação de força e de impotência, nunca sendo apta a gerar poder, mas, apenas, a futilidade, o isolamento e a desconfiança, entre o soberano e o povo, de todos contra todos, frustrando as possibilidades reais de se construir um espaço público. A alienação humana guarda íntima relação com a atrofia deste espaço e com o declínio do bom senso ou da virtude da prudência. Olhar bem de perto para essas fragilidades é algo inarredável quando se pretende estabelecer um debate lúcido sobre a gestão dos assuntos que interessam à comunidade nacional. A falácia da tirania está na sua exata correspondência ao tipo de governo no qual os cidadãos são literalmente banidos da esfera pública, afastados da participação em seus negócios mais importantes, devendo se dedicar apenas aos assuntos privados. É uma forma de governo no qual a soberania popular é apenas mais uma promessa. A compensação pela despolitização da cidadania e sua conseqüente perda de poder está na ilusória sensação de estabilidade para segurança e garantia da produtividade.

Entre as mais altas capacidades humanas estão essas de agir e falar em conjunto, principalmente, sobre os assuntos que dizem respeito à comunidade política. São elas que pertencem à teia das relações e que estão na base concreta das organizações políticas. Os antigos tinham estima pela política, pois entendiam que cada um se revela tal qual é no discurso e na ação. Quando as pessoas recuperarem a plenitude da condição humana, elas certamente passarão a ver o direito como algo que nasce da vida das relações, algo que lhes confere direitos subjetivos e, também, responsabilidades para com seus concidadãos. Mas, o exercício da cidadania consciente não acontece por acaso. Antes, depende de sérios investimentos na educação e na politização da sociedade organizada, não nesta ou naquela ideologia partidária, mas no desenvolvimento da virtude da prudência que compromete as pessoas na construção de uma comunidade de destinos.

Não há dúvidas de que o homem contemporâneo se afastou muito do ideal aristotélico do **zôon politikón** e, sendo assim, ficam sérias dúvidas sobre o significado que a virtude da prudência pode assumir no tipo atual de sociedade no qual o rumo da política se perdeu. O necessário retorno passa pela retomada da participação dos cidadãos na gestão dos negócios públicos, o que enfatiza a importância da soberania popular. Afinal a sociedade civil organizada não pode ficar reduzida à mera forma social de limitação do âmbito da política. Ela é, antes de tudo, um meio eficiente para a política democrática que decorre da salutar interação da sociedade com o Estado. Para tanto, os cidadãos deverão ser educados na virtude da prudência que vai pautar as sempre difíceis escolhas para regular a convivência humana neste tipo muito específico de sociedade dominada pela tecnologia.

Devemos ter coragem para reinventar os modos modernos de viver, o que exige mudança na antropologia subjacente aos modelos institucionais que construímos desde a Modernidade clássica. Nela, a sociedade liberal foi erguida, maximizando a liberdade negativa e o autogoverno coletivo, segundo um elenco de direitos fundamentados na igualdade formal. A estrutura construída é algo assim em completa oposição ao Estado, dedicando-se tão-somente às atividades extrapolíticas. O conseqüente espaço público, politicamente fragmentado – portanto fraco demais para se alçar ao poder –, apenas admite a entrada de questões privadas, absolutamente estranhas ao que a tradição ocidental aprendeu a chamar de bem comum. Nele, a cidadania desativada se torna incapaz de formular propósitos que digam respeito a todos, tampouco, terá poder cívico para exigir dos governantes as respectivas concretizações. A lógica de funcionamento das atuais democracias representativas esvaziaram o conteúdo da soberania popular, colocando em risco a qualidade das decisões coletivas, precisamente aquelas mais relevantes aos interesses nacionais, que, por sua natureza especificamente política, deveriam visar o bem da comunidade. A decorrente alienação política da sociedade que, hoje, alcança níveis alarmantes, tem ligação direta com a perda do sentimento de vinculação às instituições sociais e políticas da Nação. O trágico desta perda está no fato de que a autocompreensão que um povo tenha de si aliada à cidadania ativa são os componentes mais relevantes de uma sociedade que se pretenda substancialmente democrática. Vale enfatizar, cidadania ativa que se consolida principalmente pela via do voto e do direito de agir.

Os antigos gregos entendiam sua sociedade, a *pólis*, na exata medida em que ela era constituída politicamente. E eles estavam absolutamente certos. A vida completa do Estado só pode ser compreendida a partir da totalidade da vida social, pois ambas as instâncias, Estado e sociedade, sofrem influências recíprocas. De fato, a compreensão a respeito do lugar ocupado pelo direito público, no contexto da comunidade política, tem, por pressuposto, a noção de que o Estado corresponde àquele espaço aberto ao querer jurídico e político de seus membros. Só assim é possível pretender a realização de direitos subjetivos públicos e a afirmação da verdadeira cidadania. Não são direitos anteriores ou contra o Estado, mas direitos no Estado. As atuais estruturas institucionais herdadas da Modernidade não estão conseguindo dar conta do imenso desafio que é gerir os negócios públicos mais essenciais à vitalidade das comunidades políticas, exatamente, por que elas foram erigidas sobre uma perspectiva politicamente fragmentada que coloca em posições antagônicas o Estado e a sociedade. As chances reais de se construir uma sociedade no Estado, e não contra ele, exige uma renovada abordagem da interação entre os princípios do Estado de Direito e o da Soberania Popular que, de fato, têm significados bem mais densos do que os juristas vêm admitindo. Muito especialmente, exige uma mudança urgente na nossa perspectiva antropológica, no modo como estamos vivendo a condição humana, aumentando as possibilidades reais de expressão dos interesses compartilhados da sociedade nas instituições de direito público. Ao fundo de tudo, lá estão os fenômenos mais caros ao direito público de hoje: cidadania, autoridade, confiança e compromisso.

A crise social e econômica que abala a sociedade mundial revela o quadro de insuficiência institucional de nossas democracias representativas nas quais os papéis tradicionalmente desempenhados pelos poderes respectivos estão se alterando visivelmente. A urgência está em avaliar criticamente como essas novas interações vão repercutir no desenvolvimento do direito sem afetar negativamente o princípio da democracia. Há, sem dúvida, um imenso ganho, no índice de desenvolvimento humano de um povo, quando as iniciativas de propor projetos de lei e o direito de agir, ambos, iluminam o princípio da Soberania Popular, segundo a perspectiva de uma cidadania mais realista que tenha voz efetiva na criação e no refinamento da ordem jurídica.

Para muitos doutrinadores, a consequência inevitável dessa movimentação foi a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política, sede até então praticamente exclusiva para as atuações do

Poder Legislativo e do Poder Executivo. Na prática, quem entrou nesse âmbito valioso foi o cidadão que, pela via do direito de agir, não se contenta mais em aguardar passivamente pelo rompimento da inércia dos representantes eleitos. Uma mudança, sem sombra de dúvidas, extraordinária nos modos de se compreender e viver os fenômenos do poder e da autoridade. Mais do que isso, uma verdadeira revolução que afeta o cerne das estruturas dos três poderes e a maneira como eles vêm se articulando desde os primórdios da Modernidade. Foi a resposta surpreendentemente madura que os cidadãos deram à lentidão e à ineficiência com que as democracias liberais vêm lidando com os graves problemas econômicos e sociais, negligenciando com os assuntos mais importantes à convivência comum e gerindo muito mal os negócios públicos.

Se, por um lado, é impossível definir o direito, por outro, pode-se enfatizar algumas de suas mais preciosas características para a vida prática, entre elas, a de funcionar como um antídoto contra toda a espécie de totalitarismo, na medida em que ele se torna cada vez mais a expressão da vontade jurídica da comunidade politicamente ativa. Por que levamos a sério a plenitude da condição humana, investimos nossas esperanças no melhor da racionalidade que corresponde à capacidade de argumentar e debater sobre questões essenciais ao convívio da comunidade política. Sendo assim, o foco central é mesmo a adequada valorização da racionalidade humana na prática jurídica, desenvolvendo uma cultura de argumentação totalmente vinculada à ordem jurídica. Nem poderia ser diferente, pois uma democracia desenvolvida e forte vive da interação permanente entre o princípio do Estado de Direito e o princípio da Soberania Popular. Estes dois princípios tão fundamentais à estruturação da ordem democrática abrigam muitos outros que lhes dão densidades internas. Pode-se mesmo dizer que, se graças ao direito ao voto em eleições livres, periódicas e diretas, as pessoas podem eleger seus representantes para editar as leis que vão assegurar a certeza e a segurança jurídica, ambas vitais ao bom funcionamento das estruturas sociais, é pela possibilidade da argumentação aberta pelas vias do contraditório e da ampla defesa, veiculados no direito de agir, que os cidadãos atuam, de modo efetivo, no refinamento da ordem jurídica que querem ter.

Nesse enfoque, o direito produzido pelo legislador, por melhor que seja a qualidade de sua produção, nunca estará completo, pois a vida real é sempre surpreendente. Cabe à cidadania

ativa, se valendo do direito de agir, participar da complementação e desenvolvimento do direito legislado, desde que a argumentação e o debate se dêem dentro da moldura por ele esboçada. O problema do preconceito de ver as decisões judiciais sob a perspectiva tão somente volitiva leva os críticos do ativismo jurídico a alegar uma suposta invasão do Poder Judiciário nos espaços dos outros dois Poderes. O *animal laborans* fica muito irritado, afinal, a democracia, segundo sua percepção, se apóia em um único pilar: certeza e segurança jurídicas para o bom andamento da economia. Aliás, o que ele quer é um direito legislado, votado por um Congresso Nacional subserviente e instrumental aos interesses econômicos das amplas coligações que assumem a chefia do Executivo, controlando, com exclusividade, tudo o que possa acontecer nos destinos da Nação.

Muito diferente é o modo como o *zôon politikón* aborda a realidade do mundo humano. Ele sabe que o antídoto contra todo e qualquer arbítrio está na força da argumentação jurídica vocalizada pela cidadania ativa que, sempre, estará comprometida com a ordem jurídica da comunidade política. Só assim é possível compatibilizar as noções de desenvolvimento do direito com os ideais da certeza e da segurança jurídicas. Aliás, as coisas mudam quando as pessoas passam a perceber que as decisões judiciais que se seguem aos seus argumentos são minimamente volitivas e intensamente cognitivas. O direito público revelado nessa viva interlocução compromete os cidadãos – e é realmente um compromisso – que depositam a necessária confiança para garantir a legitimidade do poder e o bom exercício da autoridade.

OBRAS CONSULTADAS

ACKERMAN, Bruce. Transformação do Direito Constitucional. Apresentação: Delamar José Volpato Dutra e Julia Sichieri Moura. Coordenação e Supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. We The People. 1. Foundation. London: The Belknap Press of Harvard University y Press, 1993.

ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Tradução Roberto Raposo. Lisboa: Relógio D'Água Editores, junho de 2001.

_____. A Vida do Espírito. Tradução de César Augusto de Almeida, Antônio Abranches e Helena Martins. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

_____. Compreensão e Política e Outros Ensaio (1930 – 1954). Tradução Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água Editores, outubro de 2001.

_____. Homens em Tempos Sombrios. Tradução Denise Bottmann. Pós-fácio Celso Lafer. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

_____. O que é Política? 5ª edição. Organização Ursula Ludz. Prefácio Kurt Sontheimer. Tradução Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

_____. Responsabilité et Jugement. Traduit par Jean-Luc Fidel. Édition établie et préfacée par Jerome Kohn. Paris: Payot, 2005.

_____. Sobre a Violência. Tradução de André Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

_____. Origens do Totalitarismo. Anti-Semitismo, Imperialismo, Totalitarismo. Tradução Roberto Raposo. 9ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Tradução do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 4ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

_____. Política. Tradução de Mário da Gama Kury, 3ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

ARON, Raymond. Introduction à la philosophie de l'histoire. Collection Tel. Nouvelle édition revue et annotée par Sylvie Mesure. Paris: Éditions Gallimard, 1986.

BANKOWSKI, Zenon. Vivendo Plenamente a Lei. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BECK, Ulrich; GRANDE, Edgar. La Europa Cosmopolita – sociedad y política en la segunda modernidad. Traducción de Vicente Gomes Ibáñez. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 2006.

BILBENY, Norbert. La Identidad Cosmopolita. Los límites del patriotismo en la era global. Barcelona: Kairós, 2007.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. História da Filosofia do Direito e do Estado – Antiguidade e Idade Média. Tradução de Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

BULFINCH, Thomas. O Livro de Ouro da Mitologia (A Idade da Fábula) – Histórias de Deuses e Heróis. Tradução de David Jardim Júnior. 22ª edição. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

CAENEGEM, R. C. Van. Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental. Tradução de Alexandre Vaz Pereira, coordenação de Antônio Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CICERÓN, Marco Túlio. Las Leyes Catilinas. Edición bilingüe. Clásicos Políticos. Traducción, introducción y notas de Álvaro D'Ors. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

DOEHRING, Karl. Teoria do Estado. Apresentação Ingo Wolfgang Sarlet. Coordenador e Supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Traducción de Marta Guastavino. 5ª reimpressão. Barcelona: Ariel, 2002.

_____. O Império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. Uma Questão de Princípio. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. Justice In Robes. London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

_____. El Dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. Versión española de Ricardo Caracciolo y Victor Ferreres. 1ª reimpressão. Barcelona: Editorial Ariel, 1998.

FLICKINGER, Hans-Georg. Em nome da Liberdade – Elementos da crítica ao liberalismo contemporâneo. Porto Alegre: PUCRS, 2003.

FRANKENBERG, Günther. A Gramática da Constituição e do Direito. Apresentação Luiz Moreira. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GALLIGAN, D. J. Due Process and Fair Procedures – A study of administrative procedures. New York: Oxford University Press, 1996.

GARCÍA, Eusébio Fernández. Dignidad humana y Ciudadanía Cosmopolita. Madrid: Editorial Dykinson, 2001.

GRIMM, Dieter. Constituição e Política. Apresentação Inocêncio Mártires Coelho. Coordenação Luiz Moreira. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUARINO, Antonio. L'Ordinamento Giuridico Romano. Lezioni Istituzionali di Diritto Romano. Seconda Edizione. Riveduta e Completata. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1956.

_____. Diritto Privato Romano. Lezioni Istituzionali di Diritto Romano. Seconda Edizione Riveduta. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1963.

HABERMAS, Jürgen. O Discurso Filosófico da Modernidade. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fonte, 2000.

_____. Facticidad y Validez – Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos da teoría del discurso. 4ª edição revisada. Introdução e tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

HANNAY, Alastair. ON The Public. London: Routledge, 2005.

HOBBS, Thomas. Leviatán – O La Matéria, Forma y Poder de um Estado Eclesiástico y Civil. Traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

HÖFFE, Otfried. O Que é Justiça? Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

_____. Justiça Política. Fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado. Tradução Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. Categorical Principles of Law – A Counterpoint to Modernity. Translated by Mark Migotti. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2002.

JHERING, Rudolf Von. O Espírito do Direito Romano – Nas diversas fases de seu desenvolvimento. Tradução de Rafael Benaion. Prefácio de Clóvis Beviláqua, Volumes I e II. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

_____. Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico. Edición de Frederico Fernández-Crehuet. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

_____. Prehistoria de los Indoeuropeos. Obra póstuma de Rodolfo Von Ihering. Versión española y estudio preliminar originário de Adolfo Posada. Granada: Editorial Comares, 2008.

JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Prólogo y traducción de Fernando de los Rios. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KANT, Immanuel. La Metafísica de las Costumbres. Estudio preliminar de Adela Cortina Orts. Traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Tercera Edición. Reimpresión. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

_____. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2001.

_____. Crítica da Razão Prática. Tradução, introdução e notas de Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Versão condensada pelo próprio autor. 5ª edição revista da tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

KERVÉGAN, Jean-François. Hegel, Carl Schmitt – o político entre a especulação e a positividade. Tradução Carolina Huang. São Paulo: Manole, 2006.

KRIELE, Martin. Introdução à Teoria do Estado – os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

KUNKEL, Wolfgang. Historia del derecho romano. Traducción de la cuarta edición alemana por Juan Miquel. 5ª reimpresión. Barcelona: Editorial Ariel, 1999.

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 6ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LOCKE, John. Dois Tratados do Governo Civil. Lisboa: Edições 70, 2006.

MACPHERSON, C.B. La théorie politique de l'individualisme possessif – De Hobbes à Locke. Paris: Éditions Gallimard, 2004.

MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MANENT, Pierre. Cours familial de philosophie politique. Collection Tel Gallimard. Paris: Librairie Arthème Fayard, 2001.

_____. Tocqueville et la nature de la démocratie. Collection Tel Gallimard. Paris: Librairie Arthème Fayard, 1993.

MAQUIAVEL. O Príncipe. Tradução Maria Júlia Goldewasser. 3ª edição revisada. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MOMMSEN, Teodoro. Compendio del Derecho Publico Romano. Primera Edicion Argentina. Buenos Aires: Editorial Impulso, 1942.

MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Eduardo Jardim de; BIGNOTTO, Newton (Organizadores). HANNAH ARENDT – Diálogos, reflexões, memórias. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

MORAES, Alexandre de (Org.). Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 2009.

MORIN, Edgar; NAÏR, Sami. Uma Política de Civilização. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito Romano. Vols. I e II. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MOUSKHELI, M. Teoría Jurídica del Estado Federal. Traducido del original francês por Armando Lazaroy Ros. México: Editora Nacional, 1981.

PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. Historia del Pensamiento Jurídico. I – De Heráclito a la Revolución francesa. 8ª edición. Madrid: Universidad Complutense – Facultad de Derecho, 1996.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado de Argumentação. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

PLATÃO. A República. Introdução, tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 9ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. Parmênides. Texto estabelecido e anotado por John Burnet. Tradução, apresentação e notas de Maura Iglesias e Fernando Rodrigues. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2003.

_____. Êutifron, Apologia de Sócrates, Críton. Tradução, introdução e notas de José Trindade Santos. 3ª edição corrigida e aumentada. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda – F.C.S.H. da Universidade Nova de Lisboa, 1983.

RAWLS, John. Justice as Fairness. A Restatement. Edited by Erin Kelly. 3ª edição. London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Tradução Almiro Pisetta, Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. O Liberalismo Político. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Revisão da tradução de Álvaro de Vita. 2ª edição. São Paulo: Ática, 2000.

REALE, Giovanni. História da Filosofia Antiga. II. Platão e Aristóteles. Tradução Henrique Cláudio de Lima Vaz e Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1994.

SANDEL, Michael J. JUSTIÇA – Fazemos o que devemos? 1ª edição. Tradução Ana Cristina Pais. Lisboa: Editorial Presença, 2011.

STRAUSS, Leo. La renaissance du rationalisme politique classique. Collection Tel. Traduction de l'anglais (États-Unis) et postface par Pierre Guglielmina. Paris: Éditions Gallimard, 1993.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A Constituição e o Supremo. 2ª edição. Brasília: STF, 2009.

TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos. Tradução Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

_____. Hegel e a sociedade moderna. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

TOURAINÉ, Alain. Um Novo Paradigma – Para Compreender o Mundo de Hoje. Tradução Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

VERNANT, Jean-Pierre. Mito e Pensamento entre os Gregos. 2ª edição. 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. Prefácio Franz Wieacker. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, janeiro de 1980.

WILHELM, Walter. La Metodología Jurídica en siglo XIX. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidos, 1980.

