



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

TIAGO BRENE OLIVEIRA

**DIREITO NEGOCIAL CONSTITUCIONAL:**  
SOBRE O ESPÓLIO DA AUTONOMIA PRIVADA PARA ALÉM  
DA CONCEPÇÃO DE *ESTADO SOCIAL*

---

Londrina  
2016

TIAGO BRENE OLIVEIRA

**DIREITO NEGOCIAL CONSTITUCIONAL:**  
SOBRE O ESPÓLIO DA AUTONOMIA PRIVADA PARA ALÉM  
DA CONCEPÇÃO DE *ESTADO SOCIAL*

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do  
Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito  
Negocial da Universidade Estadual de Londrina -  
UEL, como requisito parcial para obtenção do título  
de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer  
Soares.

Londrina  
2016

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

Oliveira, Tiago Brene.

DIREITO NEGOCIAL CONSTITUCIONAL. : Sobre o Espólio da Autonomia Privada para além da Concepção de Estado Social / Tiago Brene Oliveira. - Londrina, 2015. 200 f.

Orientador: Marcos Antonio Striquer Soares.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2015.

Inclui bibliografia.

1. Direito Negocial e Autonomia Privada - Teses. 2. Estado Social - Teses. 3. Liberalismo e Republicanismo - Teses. 4. Filosofia do Direito - Teses. I. Striquer Soares, Marcos Antonio . II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

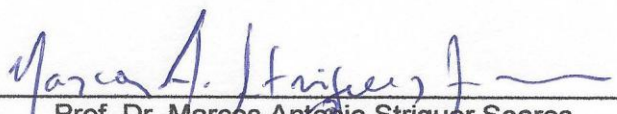
**TIAGO BRENE OLIVEIRA**

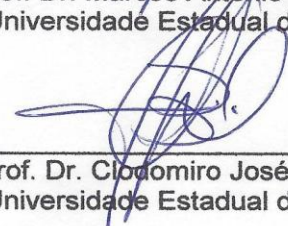
**DIREITO NEGOCIAL CONSTITUCIONAL**  
**Sobre o Espólio da Autonomia Privada**  
**para além da concepção de *Estado Social***

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer Soares.

**BANCA EXAMINADORA**

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer Soares  
Universidade Estadual de Londrina -UEL

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Junior  
Universidade Estadual de Londrina -UEL

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado  
Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM

Londrina, 18 de novembro de 2015.

*Aos meus pais,  
Silvio e Fátima, que me impuseram  
a vida, mas me deram muito amor.*

*A dissonância cognitiva de uma  
pessoa é o conservadorismo  
epistêmico de outra.*

**Richard A. Posner.**

## AGRADECIMENTOS

A **Deus**, pelo dom da vida, pela graça salvadora que se manifestou salvadora a todos os homens (TITO 2:11).

À minha necessária e imprescindível, sempre digna de ser amada **Amanda Brene e Brene**. Já dizia Blaise Pascal que o *amor* tem razões que a própria razão desconhece. Pois, digo eu, em relação ao seu amor a razão é absolutamente prescindível. A sua capacidade de acreditar em mim, quando eu mesmo já não creio e fiz ingressar nesta jornada, de despertar de um sonho para viver a realidade. A sua capacidade de enxergar em mim forças, quando eu mesmo já não encontrava forças, me permitiu concluir este trabalho. A presença da minha ausência se tornou mais constante quanto mais avançava adentro no trabalho, tópico após tópico, lauda após lauda. E quando novos tópicos ou novas explicações se mostravam, a mim imprescindíveis, em minha idiosincrasia adocentada, autorrefletida, o tempo se alterava perceptivelmente para se tornar menor. Quando isso acontecia, e aconteceu algumas vezes, a riqueza do seu amor se transbordou e em complicitade, a despeito da sua não-adesão a essa postura que comprometia o compromisso, o qual parecia escorrer pelas minhas mãos na forma de uma obsessão. Ficou claro que o destinatário era eu mesmo, em minhas angústias e dificuldades de entender inúmeras questões filosóficas da vida, do direito, e em geral, da *ética*. Seu amor transcendeu. Minhas obsessões intelectuais é, diante do seu amor, uma redenção.

Agradeço ao meu orientador professor Dr. **Marcos Antonio Striquer Soares**, pessoa de singular retidão e generosidade. Um pesquisador nato, envolvido e crendo que há algo a ser desvendado. Uma raridade nos tempos de hoje.

Mais uma vez, e isso me alegra desmedidamente, sou grato ao professor Dr. **Clodomiro José Bannwart Junior**, pela aproximação de um convívio inestimável em aprendizagem que transcendem as cercanias de uma vida acadêmica. Com ele e, em suas aulas, me reaproximei de outro elemento chave desta dissertação, qual seja, a perspectiva do uso pragmático, moral e ético da razão prática segundo a análise realizada pelo filósofo alemão Jürgen Habermas.

Sou grato a Professora Dra. **Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral**, cujas aulas tive acesso ao conceito de situação jurídica, que se tornou um elemento chave desta dissertação.

Da mesma forma, sou grato a professora Dra. **Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador**, com a qual tive a sorte e a oportunidade de refletir, pela primeira vez, sobre a possibilidade, em tese, de que as categorias de autonomia da vontade e autonomia privada coexistam. A decisão de pesquisar e escrever sobre a autonomia privada é fruto da frequência em suas aulas.

Gostaria de consignar um especial agradecimento ao Chico.

Agradeço ao patrimônio imaterial constituído ao longo do curso do programa de mestrado, que é, sem dúvida, o laço de amizade constituído nas cercanias da Universidade Estadual de Londrina – UEL. Num cenário muito atípico no meio acadêmico, conheci pessoas despidas de vaidade e de um pedantismo oculto, que ecoam somente a si mesmo com algum sentido. Agradeço, então, Alessandra da Silva, João Henrique de Almeida Scaff, Maicon Castilho, Marcos Guilhen Esteves, Maria Luiza Garib, Taisa Vieira Sripes, Thalles Alexandre Takada e Tiago Freire dos Santos.

Meu agradecimento pelo convívio e aprendizagem em especial aos amigos Fernando Moreira Freitas da Silva, Bruno Augusto Sampaio Fugato, Thiago Moreira de Souza Sabião, Marcos Akira Mizusaki, Marcos Massashi Horita.

Às belas e inestimáveis amigas de todas as horas e incansáveis, Ana Karina Andrade Alves Sanfelice e Annila Carine da Cruz.

Não menos importante, e eu seria injusto se deixasse de agradecer, a Café Itamaraty, The Coca-Cola Company, The Hershey's Company, cujo consumo de seus produtos certamente me daria o direito de me tornar um acionista.

Embora eu reconheça que e nem sempre tenha sido um aluno que dedicou a atenção devida a estes Mestres, com os quais tive o privilégio de conviver por um curto espaço de tempo, e que nem sempre tenha sido um aluno a contento na realização de atividades solicitadas em razão das avaliações inerentes ao programa de Mestrado, me alegro em verificar, agora, que parte significativa deste trabalho é resultado do convívio que desfrutei com estes Mestres. Apesar disso, guardo entendimento contrário a um número excessivo de créditos no âmbito de um programa *stricto sensu*. O número excessivo de créditos num programa de pós-graduação *stricto sensu* torna o curso, paradoxalmente, tão generalista quanto um programa *lato sensu* ou mesmo uma graduação. Além de não contribuir para as pesquisas individuais de cada aluno, inviabilizam o aprofundamento naquilo que é realmente área de interesse de pesquisa dentro do recorte epistemológico de cada mestrando. Cada crédito traz consigo uma exigência protocolar de realização de trabalhos e uma tomada de tempo que, para alguns alunos pode representar o *insight* perfeito para a realização de uma excelente dissertação, e, para outros, o sacrifício de um tempo cada vez mais curto em nossa contemporaneidade, para conviver com temas que lhes são completamente estranhos ao interesse de desenvolvimento do projeto de dissertação. Ao invés disso, o mestrando se vê privado de eventualmente frequentar aulas de outros programas de mestrado e doutorado, cujo conteúdo, aliás, atendam a necessidade do desenvolvimento de seus respectivos projetos de pesquisa. E tal impossibilidade por vezes ocorre tanto dentro da própria instituição, quanto por ausência de convênios concretos com outras instituições externas. A exigência eloquente de carga horária de créditos, em dias e horários surpresas, pedantemente vista com o um preço a ser pago, inviabilizam que outros estudiosos e pesquisadores de outros municípios, Estados da Federação, e mesmo outros países vizinhos e irmãos, concorram a participar do programa. Disso decorre uma ausência de intercâmbio cultural que só empobrece as discussões acadêmicas, tornando o programa doméstico e bairrista, seguro de que os mesmos pensamentos sejam perpetuados e repetidos. Nossos pensamentos necessitam de interlocuções, precisam ser confrontados e, a partir disso, semeados. Semear significa que os nossos pensamentos necessitam ecoar para além das lindas e apaixonantes cercanias do *Campus Universitário*. Essas incongruências refletem um desespero para lidar e atender as exigências formais da CAPES. Toda via, os programas *stricto sensu* espalhados pelo país não podem fundar suas bases numa estrutura de agremiação, clube ou prosélitos formados domesticamente em suas bases. Admitir que *menos* pode ser *mais*, não é uma postura ou decisão fácil. Isso porque exigiria rever-se de dentro para fora, e tentar encontrar caminhos para lidar com exigências formais não tão idealistas. Se eu pudesse voltar atrás, se eu pudesse voltar no tempo, faria tudo exatamente igual, porque foi a melhor experiência da minha vida até a realização de um sonho. Se eu pudesse ficaria muito mais. Mas, agora, preciso de alguma forma, levar as sementes que aqui brotaram, para que, com sorte, sejam semeadas em outros lugares. Saio, segundo minha autoavaliação, muito melhor do que entrei, com o pessoal e com o pesquisador, ao que serei eternamente tributário ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina*.

Encerrando hoje, primavera de 20.10.2015, às 04h20min, em sublocação do quarto do meu filho mais velho Natan Brene Moretto. Também, meu muito obrigado com amor.

OLIVEIRA, Tiago Bren e. *Direito Negocial Constitucional. Sobre o Espólio da Autonomia Privada para Além da Concepção de Estado Social*. 2015. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2015.

## RESUMO

Correlaciona os fundamentos filosóficos da ética e da moral com as concepções de soberania do povo e direitos fundamentais. Em seguida traça uma confluência temática entre ética e soberania popular com os fundamentos do republicanismo. Da mesma forma, traça uma confluência da moral e dos direitos fundamentais com os fundamentos do liberalismo político. Questiona a compreensão das diversas classificações do *Estado* contemporâneo à luz de diversas filosofias da história. Em especial problematiza se é possível compreender o *Estado Social* como fase histórica disjuntivamente sucessiva do chamado *Estado Liberal*. A hipótese do trabalho é de que a relativização da autonomia privada não deve ser realizada com vista à uma compreensão de terminista do *Estado Social*, mas sim, a partir dos pressupostos ético, moral e pragmático da razão prática. Nisto consiste que e problemas éticos deverão buscar soluções éticas, tais como problemas morais e pragmáticos deverão buscar, respectivamente, soluções morais e pragmáticas. Propõe a distinção e a coexistência da autonomia da *vontade* e da autonomia *privada* como categorias jurídicas que expressam direitos fundamentais à liberdade do indivíduo. Tais categoria fica correlacionadas à distinção entre direito subjetivo e direito potestativo, a partir de uma proposta normativa apresentada. A partir disso busca no ordenamento jurídico brasileiro exemplos nos quais são possíveis verificar a fruição do uso da autonomia da vontade enquanto expressão de direito potestativo que se reportam às situações jurídicas, bem como o gozo da autonomia privada enquanto exemplo de direito subjetivo decorrente de relações intersubjetivas. Fixadas tais premissas, analisa, por fim, o direito negocial a partir de uma perspectiva constitucional. Tal proposta rejeita que o *Direito Negocial* seja analisado à luz de uma concepção de filosofia da história de um *Estado Social*. Em contrapartida, entende que a *Constituição* é uma equalizadora da tensão entre direitos fundamentais e soberania do povo, entre discursos moral e ético. Em razão disso, a proposta da análise do direito negocial constitucional leva em conta o uso moral, ético e pragmático da razão prática. Essa perspectiva é submetida, igualmente, a testes empírico-normativos, que buscam encontrar no ordenamento jurídico exemplos que justifiquem tais usos da razão prática enquanto expressão de catalisação da tensão que os discursos moral e éticos proporcionam quando são tensionados formalmente ou abstratamente. À luz desta exposição, a verificação de um direito negocial ou mesmo do negócio jurídico constitucional, admite a eficácia horizontal de direitos fundamentais no âmbito das relações sociais privadas. Todavia, a compreensão do que seja essa eficácia de direitos fundamentais aplicada às relações privadas não se reduz à uma compreensão moral ou liberal de direitos fundamentais. Ao contrário, enxerga no ordenamento elementos de ligação e de preenchimento de texturas normativas abertas, as quais permitem que o próprio direito privado seja aplicado constitucionalizadamente, e nisto significa a oportunidade de aplicação de elementos do uso moral, ético e pragmático da razão prática, os quais encontram-se positivados e em sede constitucional como princípios, valores, objetivos e diretrizes.

**Palavras-chave:** Moral e ética. Autonomia da vontade e autonomia privada. *Estado Social*.

OLIVEIRA, Tiago Brene. *Constitutional Negotiation Law. On the Estate of Private Autonomy Beyond the Welfare State Concept*. 2015. 200 p. Dissertation (Master's degree in Negotiation Law), Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2015.

## ABSTRACT

Relates the philosophical foundations of ethics and morals with the sovereignty of the people's conceptions and fundamental rights. Then draws a thematic confluence between ethics and popular sovereignty with the fundamentals of republicanism. Similarly, traces a confluence of moral and fundamental rights on the grounds of political liberalism. Questions the understanding of the diverse classifications of the contemporary *State* in the light of various philosophies of history. Especially discusses whether it is possible to understand the welfare state as successive disjunctively historical phase of so-called *Liberal State*. The hypothesis of the study is that the relativization of private autonomy should not be held with a view to a deterministic understanding of the *Welfare State*, but rather from the ethical assumptions, moral and pragmatic of practical reason. Herein is that ethical problems should seek ethical solutions such as moral and pragmatic problems should seek, respectively, moral and pragmatic solutions. It proposes the distinction and the coexistence of freedom of choice and private autonomy as legal categories that express fundamental rights to freedom of the individual. Such category are related to the distinction between subjective rights and potestative right, from a normative proposal. From this search in the legal Brazilian legal instances in which it is possible to verify the enjoyment of the use of freedom of choice while potestative right of expression which relate to legal situations, and the enjoyment of private autonomy as an example of subjective rights resulting from interpersonal relations. Set such assumptions, analyzes, finally, the negotiation law from a constitutional perspective. The proposal rejects the Negotiating law to be examined in the light of a philosophy of design history of a *Welfare State*. In contrast, believes that the Constitution is an equalizing the tension between fundamental rights and sovereignty of the people, between moral and ethical discourse. As a result, the proposal of constitutional review of negotiation law takes into account the moral, ethical and pragmatic use of practical reason. This perspective is submitted also the empirical-normative tests, which seek to find examples in the legal system to justify such uses of practical reason while catalyzing expression of the tension that the moral and ethical discourse provide when they are stressed formally or abstractly. In light of this exposure, checking a business law or even constitutional legal business, admits the horizontal effect of fundamental rights in the context of private social relations. However, the understanding of what this effectiveness of fundamental rights applied to private relations can not be reduced to a moral or liberal understanding of fundamental rights. On the contrary, sees in land connecting elements and fill normative open textures, which allow the very private law be applied constitutionalized, and it means the opportunity to apply elements of moral use, ethical and pragmatic practice reason, which are positivized in headquarters and constitutional principles, values, objectives and guidelines.

**Keywords:** Morals and ethics. Freedom of choice and private autonomy. Social status.

# Sumário

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>1 PARA DESCONTRUIR UM ENTENDIMENTO – RE-ENACT .....</b>	<b>20</b>
1.1 DA ÁGORA DA ÉTICA AO CALABOUÇO DA MORAL?.....	21
1.1.1 Pressupostos Teóricos da Ética .....	23
1.1.1.1 A Ética Enquanto Hábito – O Comportamento Pragmático como um Costume .....	27
1.1.1.2 A Ética Enquanto Virtude – Uma Virtude Teleológica? .....	30
1.1.1.3 A Ética enquanto Tradição – A “Morada” Deontológica .....	33
1.1.2 Pressupostos Teórico da Moral .....	36
1.1.2.1 Moral – Filosofia do Sujeito e Modernidade .....	42
1.1.2.2 Por que Kant? .....	44
1.1.2.2.1 Da Teoria do Conhecimento à Filosofia Prática – Moral ou “Do Que Posso Conhecer”? ao “O Que Devo Fazer”? .....	45
1.1.2.2.2 Do Imperativo Moral à Filosofia da História .....	54
1.2 PRIMEIRA CONFLUÊNCIA TEMÁTICA - SOBERANIA POPULAR E SOBERANIA DA LEI .....	58
1.2.1 Soberania Popular .....	60
1.2.2 Direitos Humanos – Fundamentais .....	63
1.3 SEGUNDA CONFLUÊNCIA TEMÁTICA - LIBERDADE DE ANTIGOS E MODERNOS – LIBERDADE NEGATIVA E POSITIVA .....	70
1.3.1 Republicanismo .....	75
1.3.2 Liberalismo Político .....	77
1.3.3 Comunitarismo .....	79
<b>2 A HIPÓSTASE DO ESTADO DE DIREITO.....</b>	<b>81</b>
2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO: UMA IDEIA FORA DE CONTEXTO – SOBRE A FILOSOFIA DA HISTÓRIA.....	84
2.1.1 A Visão Cíclica da História – Eterno Retorno .....	86
2.1.2 Filosofia da História e Modernidade.....	87
2.1.3 Dimensões – Gerações – de Direitos Fundamentais – Filosofia da História dos Direitos Fundamentais? .....	94
2.2 CLASSIFICAÇÃO À LA CARTE DO ESTADO - FILOSOFIA DA HISTÓRIA DO ESTADO? .....	97
2.3 ESTADO SOCIAL NO CURSO DA HISTÓRIA. O QUE VEM DEPOIS? .....	101
2.3.1 Revendo a História. Despindo-se da História .....	105
2.3.2 De Súditos a Cidadãos do Estado .....	109
2.3.3 De Cidadãos a Clientes do Estado <i>de Bem-Estar</i> .....	111
2.4 DISTINÇÃO ENTRE LIBERDADE E CONDIÇÕES DE LIBERDADE LIBERTY E FREEDOM.....	113
2.5 UMA VISÃO NORMATIVA: ESTADO SOCIAL COMO CONDIÇÃO DE LIBERDADE.....	119

<b>3 ESPÓLIO DA AUTONOMIA PRIVADA .....</b>	<b>122</b>
3.1 DA AUTONOMIA DA VONTADE À AUTONOMIA PRIVADA?	
AUTONOMIA PRIVADA NA ÓTICA DO ESTADO SOCIAL .....	123
3.2 AUTONOMIA PÚBLICA E AUTONOMIA PRIVADA .....	126
3.3 UMA VISÃO NORMATIVO-PRAGMÁTICA - LIGANDO OS PONTOS.....	131
3.4 DIREITO POTESTATIVO E AUTONOMIA DA VONTADE .....	142
3.4.1 Autonomia da Vontade e	
Diretiva Antecipada de Vontade – “Testamento Vital” .....	142
3.4.2 Autonomia da Vontade e Exercício do Direito de Preferência.....	146
3.5 DIREITO SUBJETIVO E AUTONOMIA PRIVADA.....	149
3.5.1 Autonomia Privada - Contrato de Compra e Venda .....	149
3.5.2 Autonomia Privada - Contrato de Mandato .....	151
<b>4 DIREITO NEGOCIAL CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>152</b>
4.1 DILEMAS DAS DIMENSÕES PRAGMÁTICA, MORAL E ÉTICA	
DO NEGÓCIO JURÍDICO .....	154
4.2 A RELAÇÃO JURÍDICA E O NEGÓCIO JURÍDICO .....	156
4.3 USO MORAL DA RAZÃO PRÁTICA .....	161
4.3.1 Enriquecimento sem Causa .....	162
4.3.2 Deveres Anexos da Boa-fé Objetiva.....	163
4.4 USO ÉTICO DA RAZÃO PRÁTICA.....	166
4.4.1 Função Social do Contrato .....	167
4.4.2 Teoria do Adimplemento Substancial.....	169
4.5 USO PRAGMÁTICO DA RAZÃO PRÁTICA.....	171
4.5.1 Contratos de Adesão .....	171
4.5.2 Negócios Jurídicos Processuais .....	175
4.6 NEGÓCIO JURÍDICO CONSTITUCIONALIZADO.....	178
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>183</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>191</b>

## INTRODUÇÃO

Este é um trabalho sobre teoria, isto é, debruça-se predominantemente sobre questões e aspectos generalistas acerca do desenvolvimento da concepção da autonomia privada, contextualizada entre as formas de justificação da liberdade, traduzidas pelos fundamentos do liberalismo político e do republicanismo. A intuição sobre a qual gravita o desenvolvimento do trabalho aponta para a impossibilidade, ou sobre eventuais riscos, que se assume quando se faz uma interpretação, ou mesmo se tenta fundamentar a concepção contemporânea de autonomia privada, como um pressuposto de uma *filosofia da história*, que aponta para formação de um “modelo” de *Estado* denominado por *Estado Social* ou *Estado do Bem-Estar*. A ausência de confirmação empírica da realização e da implantação de um modelo de *Estado salvador*, com propósito institucionalizador da solidariedade e implementador da harmonia social, ou mesmo uma realização deste “modelo” de *Estado* a descontento do que era almejado, tende a levar à frustrações e ressentimentos de toda sorte. Por isso parece arriscado atrelar a concepção *constitucionalizada* de autonomia privada ao parâmetro conceitual de um *Estado Social* idealizado, muitas vezes idealizado ontologicamente. Quando isso ocorre, a concepção de autonomia privada imperceptivelmente se divorcia de suas próprias bases teóricas. Visando se atualizar pela ótica de um direito privado *constitucionalizado* e, com isso, recobrar o protagonismo que já lhe fora tributado [direito privado], atrela-se, muitas vezes indistintamente, a título de *constitucional*, fundamentos abstratos e principiológicos, com intuito de *humanizar* e harmonizar as relações negociais, com isso se justificando a relativização da autonomia privada. Percebe-se que o *Direito Privado* contemporâneo pretende, dessa forma, estar em consonância com a nova ordem constitucional e democrática. Ocorre, porém, que a arquitetura constitucional de regras, princípios, diretrizes e postulados é de uma complexidade alarmante para que se permita ser sintetizada como expressão de um “modelo” de *Estado – Social* -. Por isso, quando a releitura de um conceito igualmente complexo como o da autonomia privada é realizado com uma ligação direta a um conceito de *Estado Social*, na qualidade de um axioma de todo o ordenamento, acaba-se por emergir no caminho retrógrado de uma metafísica difícil de ser sustentada e defendida em nossos dias. Isso ocorre sobretudo porque a idealização de um “modelo” de *Estado Social* que se volta para expectativas messiânicas, quase sempre é concebido como um *fim – em si mesmo* - e não como uma *condição de liberdade*. Aqui, a diferença é toda importante. Ao tentar contemporizar o conceito de autonomia privada, relativizando a sua atuação circunscricional

por via do apelo constitucional, o qual se reporta à uma suposta implantação de um *Estado Social*, o resultado, sempre justificado por belos fins que se pretende alcançar, pode levar à institucionalização de uma ficção justificadora, que ao invés de conduzir o homem à sua maioria socialmente harmoniosa, o realoca para bases cujos fundamentos são parelhos à uma antiga metafísica de cunho teológico.

Por isso soa contraditório que o direito privado busque se tornar atual à luz de fundamentos que o vinculam ao *Estado Social*. Ora, a equalização das relações sociais não precisa estar condicionada à institucionalização da solidariedade por parte do *Estado*. Soa contraditório avocar termos [institutos?] como o da *repersonalização* do direito privado, quando justamente a autonomia privada, caráter inerente da personalidade, é mitigada e recebe padrões objetivos universais. Noutras palavras, parece haver um paradoxo na busca pela *repersonalização* do *Direito Privado* quando se institucionaliza o esvaziamento da responsabilidade por parte de sujeitos que se tornam, cada dia mais, objetivados por padrões *standards* de comportamento de uma sociedade que se encontra verticalizada diante de um suposto modelo de *Estado*. Não por acaso há uma terceirização da obrigação (responsabilidade) de reparar os danos, e o fim (rescisão, resilição e resolução) da relação negocial se dá na maioria das vezes pela via judicial. O esvaziamento da responsabilidade por parte dos sujeitos negociais faz proliferar uma massa de negociantes incautos, seguros de poderem analisar todas as nuances de uma relação negocial após o pacto do negócio jurídico. A expectativa e a exigência de que o interlocutor seja probo e correto é maximizada e idealizada a ponto de se esvaziar o dever de cautela e a responsabilidade de análise sobre termos e condições pré-contratuais.

Por essa razão, a hipótese é de que nos *Estados* constitucionais contemporâneos, especificamente os *Estados Democráticos* substancialmente constitucionais (*com respeito aos direitos humanos fundamentais e com a previsão de garantias civis e de direitos individuais*), a autonomia privada não deve ser analisada sob os aspectos da intervenção *prestacional* do *Estado*, ou mesmo da intervenção reguladora do ponto de vista das economias planejadas, o que, muitas vezes, acaba sendo compreendida indistintamente como similares ou vertentes de *Estado Social*. Intervir, por si só, é da natureza do *Estado*, é praticamente a sua razão de existir. Estado que não intervém é *Estado* que não existe. Sobre essa natureza interventiva do *Estado* o que se discute é o *quantum* de obstrução e intervenção cada modelo histórico opera em sua sociedade. Isto, porém, não é sinônimo de *Estado Social*. Por essa razão, deve-se, muito mais, serem analisadas com vista a identificar em qual instância determinadas

intervenções possuem fundamentos *moral* ou *ético*. Segundo propomos, uma identificação que pode ser auferida pelas formas contemporâneas de justificação do *Estado*, quais sejam, republicanismo e liberalismo político, respectivamente.

Normativamente parece ser quase impossível encontrar exemplos de *Constituição* contemporânea que represente um tipo puro de liberalismo político ou mesmo do republicanismo. Isto porque, até mesmo os conceitos sobre o que sejam liberalismo político e republicanismo não são estáticos, variando conforme as diversas abordagens dos historiadores, cientistas políticos e filósofos. Nisto – *o fato de não se identificar um tipo empírico puro de um determinado modelo liberal ou republicano* - não há qualquer paradoxo ou eventual arranjo de interesses mal elaborados positivados em forma de *Constituição*. Revela, por outro lado, o curso do desenvolvimento da teoria do conhecimento, sobretudo a partir da secularização da própria razão teórica cuja ascendência remonta ao início da modernidade e se acentua com a pretensão esclarecedora do iluminismo. Isso desemboca e irá refletir, contemporaneamente, para outra possibilidade do uso da razão para além da razão teórica, isto é, das possibilidades do uso *pragmático, moral e ético* da *razão prática* (HABERMAS, 1989). Ora, se esse resgate do uso da *razão prática* é possível e necessário, e se estas possibilidades para o uso da *razão prática* subsistem nos dias de hoje, à luz das mais diversas teorias do conhecimento - *cuja importância podemos relativizar neste ponto* -, é possível admitir, ainda na qualidade de uma hipótese provisória, que as formas de justificação do *Estado*, liberal ou republicana, podem harmonizar-se no interior de um espaço constitucional, num mesmo ordenamento normativo, sem que isto signifique, objetivamente, uma redução ao absurdo (*Reductio ad absurdum* - *ή εις άτοπον απαγωγή*). Trata-se, na verdade, de possibilidades e caminhos diferentes para o uso da *razão prática* no que toca a resolução conflitos intersubjetivos e sociais, que na ótica da *ética* e da *moral* apresentam proposições problematizadas tais como *o que devo fazer? Como devo agir? qual limite para o que desejo?* ou até mesmo *o que devo desejar-almejar?*

Disso resulta que aquilo que irá determinar a tomada por uma busca de soluções *moral* ou *ética* não será, a princípio, a preferência institucionalizada por grupos no Poder, a ideologia, ou mesmo a filiação à determinada teoria do conhecimento. Mas sim, a forma pela qual os problemas pertinentes à *filosofia prática*, na órbita de sua competência das ações políticas, da moral, da ética e do direito, se apresentam. Os limites e as possibilidades para o gozo da autonomia privada estão inseridos neste contexto. Destarte, pretender dar uma solução *ética* para problemas que talvez sejam circunstancialmente de ordem *moral*, pode

conduzir, agora sim, à uma resposta incongruente ou pouco efetiva. Por isso, talvez ajude e seja importante identificar nos seios das relações sociais, no caso em análise as relações negociais e do negócio jurídico propriamente dito, o tipo de demanda *prática* que se apresenta, seja abstratamente, seja num caso concreto. Nisto reside a justificativa do presente trabalho. O ponto de fuga para essa análise traz consigo o seguinte questionamento: é possível analisar a relativização contemporânea da autonomia privada sob os aspectos do uso *pragmático, moral e ético* da *razão prática* no lugar de fundamentar e tolher os limites já inerentes da autonomia privada com base em fundamentos abstratos, e por vezes ideológicos, de um *Estado Social*? De qualquer forma, problemas *práticos* devem buscar recursos de filosofia *prática* para a sua resolução.

Dessa forma, o legislador ao tentar regulamentar abstratamente os princípios da boa-fé (*e seus deveres anexos*), consigna, normativamente, diretrizes axiológicas as quais espera que sejam respeitadas no âmbito interno das relações *sociais* negociais, valendo-se, neste exemplo, de pressupostos de ordem *moral* que, a despeito de refletir uma limitação para a autonomia da vontade, expressa pressupostos teóricos do liberalismo político. Da mesma forma, um caso concreto pode exigir que a *autonomia privada* de um ator negocial seja tolhida, mesmo que este ator esteja respeitando formalmente ao ordenamento jurídico e às regras do jogo negocial de interesses unilateralmente considerados por cada parte. Isto pode ocorrer quando determinado caso concreto revela um desnível na relação negocial a ponto de ser desrespeitada a função social do contrato. Nesta segunda hipótese, em vista da finalidade *télos* (τέλος) social que se pretende preservar ou mesmo alcançar (*função social do contrato*), tem-se uma intervenção de ordem *ética* na relação negocial e, portanto, na autonomia privada, que neste caso, parece indicar pressupostos ligados ao republicanismo. Nesta segunda hipótese, a neutralidade e a imperatividade da norma – *nomocracia* – curva-se aos objetivos maior de uma determinada comunidade. Por isso se justifica uma intervenção de equalização carregada de elementos valorativos (*aqui, mais uma vez, sem considerarmos os pressupostos de uma teoria do conhecimento, por exemplo, dos próprios valores*).

Por fim, a autonomia privada pode ser relativizada a partir de necessidades técnicas a fim de otimizar e viabilizar que um grande número de microrrelações negociais recebam a segurança da cartularidade por meio contratos padrão. Trata-se do uso pragmático da razão. É o que o ocorre, por exemplo, pela técnica dos contratos de adesão o qual relativiza o aspecto sinalagmático e paritário dos contratos.

Em vista destes três primeiros exemplos, meramente provocativos, é preciso cuidado para não confundir a possibilidade, em tese, de uma difusão normativa de todas estas possibilidades da *filosofia prática* serem diluída em uma única *Constituição*, com o reflexo ou ausência de reflexo que uma sociedade historicamente considerada pode apresentar diante de uma *Constituição*. A sociedade civil não é como um espelho diante de um diploma *Constitucional* e vice-versa. Noutras palavras, uma sociedade sobressalente com características liberais pode muito bem ter uma *Constituição*, e mesmo normas *infraconstitucionais*, que alberguem em seu interior orgânico estrutural, mecanismos para a aplicação das diversas possibilidades para o uso da *razão prática*, em nosso contexto, esposadas no liberalismo político e no republicanismo. Isto sequer se trata sobre o que Habermas aborda como uma tensão externa entre *facticidade* (*faktizität*) e *validade* (*Geltung*). Outrossim, não é esse o ponto que temos em mente quando dizemos que uma sociedade com esta ou aquela característica (*liberal ou republicana*), pode ter *Constituição* que normativamente apresente em seu bojo conteúdos *ético* e *moral*. O fato de uma sociedade ser predominantemente caracterizada por traços e convicções *liberal* ou *republicana* e, ao mesmo tempo, possuírem *Constituições* que ratificam em seu bojo exigências e expectativas *liberal* e *republicana*, não representa, por si só, uma tensão externa entre *facticidade* (*faktizität*) e *validade* (*Geltung*). Esse tipo de tensão, nos parece, não deve ser considerada abstratamente, até porque exigiria a observação de um *mundo da vida* que não é estático. Essa tensão (*facticidade - faktizität - e validade - Geltung*) exige outro tipo de análise, por exemplo, um estudo sobre teoria social segunda a proposta do próprio Habermas. Contudo, essa discussão não faz parte das intenções e do recorte epistemológico deste trabalho.

O trabalho se desenvolve sobre dois eixos que estão indissociavelmente ligados: (i) que os limites e a relativização da autonomia privada sejam realizados com vista a identificar uma intervenção ética, moral e pragmática da razão prática, ilustradas pelas teorias da liberdade do liberalismo político e do republicanismo; (ii) que esta análise deve ser realizada em detrimento de uma compreensão valorativa de *Estado Social* enquanto expressão de síntese constitucional, razão pela qual refuta a compreensão teórico-normativa de que o *Estado Social* consiste em um modelo sucessor ou substitutivo do *Estado Liberal*. Por isso um eixo não pode ser dissociado do outro. Ora, a refutação teórico-normativa do *Estado Social* enquanto parâmetro de análise da autonomia privada acaba sendo, ao mesmo tempo, a justificativa metodológica e epistemológica da presente dissertação. Isto porque, entende-se

que “*Estado Social*” não é uma categoria constitucional válida para parametrizar o direito negocial contemporâneo.

O trabalho está dividido em quatro partes. O primeiro capítulo se desdobra para tentar explicar em qual medida é possível distinguir a *ética* da *moral* para, posteriormente, tentar correlacionar seus pressupostos filosóficos com os conceitos de *direitos fundamentais e soberania do povo*, e ainda, *liberalismo político e republicanismo*. O segundo capítulo inaugura o questionamento acerca da compreensão teórica e filosófica do *Estado Social* enquanto um suposto “*modelo*” de Estado que veio substituir o “*modelo*” chamado *Estado Liberal*. O ponto de partida é o *Estado Moderno*, mas a problematização se desenvolve com a análise da fase do *Estado do Bem-Estar* na Europa Ocidental e do *New Deal* nos Estados Unidos da América do Norte. O Terceiro capítulo é um ponto de confluência do trabalho. Ao abordar aspectos sobre o desenvolvimento privatista acerca da autonomia da vontade para a autonomia privada, este capítulo prepara o campo de discussão acerca de um *Direito Negocial Constitucional*. O quarto capítulo se presta para tentarmos experimentar de qual forma os conceitos fixados durante o trabalho podem ser utilizados. O principal objetivo é apenas tentar identificar, em determinadas relações, situações e hipóteses normativo-jurídica do ordenamento jurídico brasileiro, quais os fundamentos filosóficos fundamentam a relativização da autonomia privada.

O trabalho toma como suporte inicial o que já se tem assentado na doutrina contemporânea e mesmo a jurisprudência acerca dos princípios orientadores das relações negociais. Todavia, há um proposital regresso, isto é, um voltar os olhos para trás, no que toca à pesquisa em relação aos fundamentos teóricos e filosóficos. Este voltar os olhos para trás visa, justamente, lançar luz ao cenário contemporâneo do direito privado e, em especial das relações jurídicas negociais. Só assim é possível testar (hipoteticamente) se os pontos de ligações entre a compreensão de alguns institutos jurídicos positivados nos dias de hoje encontram-se em consonância com os fundamentos que lhe dão suporte, isto é, moral, ética e pragmática. Parece razoável reconhecer que toda a escolha representa um arbítrio. No entanto, arbitrar entre seguir para direita ou esquerda em plena neblina que cega aos olhos não é o mesmo que arbitrar entre seguir para direita ou esquerda após ter ciência das diversidades das estradas que nos são ofertadas. Na hipótese deste trabalho, nem todos os caminhos podem “conduzir à Roma”. Isto porque, se assenta na ideia de que, a rigor, problemas éticos requerem soluções éticas, assim como problemas morais requerem soluções cuja

fundamentação se assenta em pressupostos morais, e, por fim, questões pragmáticas reclamam soluções pragmáticas.

Este trabalho está fadado a absoluta ingratidão de ser considerado raso ou superficial caso suas premissas iniciais fossem submetidas a um programa de filosofia em centro de “ciências humanas”. E certamente será considerado demasiadamente analítico e abstrato ao submeter as mesmas premissas a um programa predominantemente do Direito, em centro de “ciências sociais aplicadas”. Então, a despeito deste limbo acadêmico ao qual se antevê, cumpre fixar, ao menos, de onde partimos e para onde pretendemos chegar: o trabalho parte de premissas filosóficas para se comunicar e concluir com um pensamento contemporâneo do *Direito Privado*, em depuração, do *Direito Negocial* com vistas e pretensões constitucionais.

## 1 PARA DESCONSTRUIR UM ENTENDIMENTO – *RE-ENACT*

Seria quase que impensável supor uma defesa teórica – *ou mesmo empírica* - de *Estado Social* dissociado da *Ética* e da *Moral*. Como uma página virada, um degrau superado, a ideia de *Estado Social* se solidificou como um fato histórico, um acontecimento. E essa constatação histórica, aqui e ali, democrática ou não, parecia ter a mesma tônica: que o Direito<sup>1</sup> e o Estado não bastariam ser puramente estruturais – *pragmáticos* -, não bastaria a sua arquitetura de imputação, relação e causalidade com os cidadãos e outros Estados-Soberanos, em resumo, não poderiam ser neutros em *sua profissão de fé*.

Paradoxalmente, a *neutralidade*<sup>2</sup> já era vista, por si só, como sendo um lado da moeda. A *neutralidade*<sup>3</sup>, sobretudo a partir da explosão do pensamento marxista – *não necessariamente do próprio Karl Marx*, simbolizava e indicava elementos de uma ideologia que deveria ser combatida e superada. Curiosamente a *neutralidade* dos elementos estruturais do Direito e do Estado era um *lado*, era um partido. A *neutralidade* “era um conteúdo” e possuía racionalidade própria.

Assim, outro caminho não restava senão socorrer-se à *Moral* e a *Ética*. E nesse ponto a própria curiosidade da *neutralidade*, que não era assim “tão neutra”, visto que possuía uma

---

<sup>1</sup> Para Kelsen a divisão ou distinção entre *Direito* e *Estado* cumpre uma função *ideológica*. Por essa razão, Kelsen entende que o *Estado* é expressão normativa do *Direito*. “*O dualismo de Direito e Estado é uma duplicação supérflua do objeto de nossa cognição, um resultado de nossa tendência a personificar e então hipostatizar nossas personificações. Imaginamos por trás do Direito a sua personificação hipostatizada, o Estado, a divindade do Direito. O dualismo de Direito e Estado é uma superstição animista*”. [...] – “*Contudo, esse dualismo é teoricamente indefensável. O Estado como comunidade jurídica não é algo separado de sua ordem jurídica, não mais do que a corporação é distinta de sua ordem constitutiva. Uma quantidade de indivíduos forma uma comunidade apenas porque uma ordem normativa regulamenta sua conduta recíproca*”. In: KELSEN, Hans. Teoria geral do Direito e do Estado. 3 ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 275 e 263

<sup>2</sup> Trata-se da hipostatização do *Estado*, que se personifica, por si só, como ente neutro e distinto dos elementos *povo-nação*. A soberania política cede espaço a soberania jurídica, a qual traça uma linha divisória com o elo comunitário. Nesse sentido “*a juridicização do Estado, quer pela criação de um direito do Estado nacional, quer pela depuração política e da atitude neutra do jurista científico, traduz-se em estatização do direito, isentando do elo histórico-orgânico, ou cultural que fosse, com a soberania da nação*”.- [...] “*O juspositivismo, como sabemos, separa do objeto da ciência jurídica atitudes ético-políticas, pretensões de justiça e questões morais, partindo do pressuposto de que não pode haver discricção científica do direito que não seja a do direito positivo e definindo direito positivo como direito pelo que é (e não pelo que deve ser) e como direito posto por vontade dispositiva de uma autoridade suposta competente*” In: PALOMBELLA, Gianluigi. Filosofia do direito. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 145 e 153.

<sup>3</sup> Nesse sentido: “*Os teóricos do liberalismo argumentam que os valores da autonomia e da individualidade são princípios essenciais. Por isso, eles necessitam de um Estado neutro diante da diversidade de concepções que os indivíduos disputam. Qualquer interferência estatal em favor desta ou daquela concepção particular afeta a autonomia dos sujeitos e o valor da imparcialidade do poder público*. In: RAMOS, Cesar Augusto. O Liberalismo Político e seus Críticos. In \_\_\_\_\_: Crítica Revista de Filosofia. Vol. 10, n. 32. Londrina: 2005, pp. 236, 237.

racionalidade própria, se torna um espanto. Isto porque ao avocar para o Direito e ao Estado conteúdos substanciais da *Moral* e da *Ética* incorria-se num sofisma ao ignorar que a engenharia estrutural, mesmo que formal do Direito e do Estado, em sua suposta neutralidade foram formadas justamente a partir de fundamentos da *Moral* e da *Ética*, cada qual em sua boa medida. E, por isso, parece fazer sentido a distinção realizada por Robert Alexy entre questões *ético-filosóficas* e questões *jurídico-dogmática*, ressaltando que as questões *ético-filosóficas* acabam por influenciar na formação e estruturação das questões *jurídico-dogmática* (ALEXY, 2008, pp. 180, 181). Por certo, é importante não perder de vista esta distinção, e, ao mesmo tempo, o entrelace em tais pressupostos normativos, visando evitar de oferecer eventuais respostas corretas para enunciados equivocados ou vice-versa.

Era evidente que algo estava acontecendo. Havia, sim, indiscutivelmente uma mudança em curso. Mas uma mudança da qual não se pode referir, uma evolução da qual não se podia descrever, não era, assim, uma mudança palatável. Por essa razão a descrição tomou corpo e ganhou identidade: o *Estado Social* ou *Estado do Bem-Estar*. E para que fosse ratificado e simbolizasse uma vitória sobre a “neutralidade” o *Estado Social* passou a ser visto como uma consequência histórica, um aperfeiçoamento no rumo da progressão do *homem* na história da humanidade.

Mas, a consequência do “novo” revirava-se em fundamentos não tão novos assim, e lá estavam sendo manejados os pressupostos da *Moral* e da *Ética*. Se essas primeiras intuições estiverem corretas, se for possível ao menos fixar esse enredo como um axioma, então se faz necessário tentar distinguir e posicionar os fundamentos teóricos da *Moral* e da *Ética*.

## 1.1 DA ÁGORA DA ÉTICA AO CALABOUÇO DA MORAL?

Talvez seja temerário tentar distinguir ou propor que exista alguma distinção entre *ética* e *moral* a partir de uma apropriação puramente etimológica ou mesmo de uma investigação com perspectiva resolutamente semântica. Certamente nos perderíamos por entre labirintos filológicos e etimológicos. Isto, porém, não inibe que seja traçado uma breve incursão a fim de investigar eventuais diferenças entre os conteúdos substantivos de *ética* e *moral*. Incursão, que vale ressaltar, não tem a pretensão de esgotar esta dicotomia ou, ainda, de expor todo referencial teórico sobre o tema.

Uma forma de abreviar a própria justificação do problema é consignar que o presente trabalho já parte da pressuposição de que existe, sim, elementos distintivos na concepção do que sejam *ética* e *moral*. Esse pressuposto é como uma premissa que pretende desembocar, mais tarde, nas diferentes formas de legitimação do próprio Estado Moderno (HABERMAS, 2003, p. 153). Basicamente trata-se da tensão entre direitos humanos – *fundamentais* – e autodeterminação soberana do povo, em *ultima ratio* a contraposição entre liberalismo político e republicanismo. O recurso epistemológico aqui empregado, ao invés de defender ou problematizar se existe ou não diferença entre tais categorias, a elege como uma intuição fixada em forma de premissa.

E a provocação ilustrativa e tipológica entre *Ágora* e *Calabouço* visa, justamente, chamar a atenção para as diferentes dimensões entre *ética* e *moral*. Como se sabe, a *Ágora* era um espaço público para o gozo da vida política grega, onde os cidadãos, iguais, faziam dessa vida política um debate público (VERNAMT, 2002, p. 11). Não estamos pensando num espaço de deliberação ou decisão propriamente dito, isto é, um *areópago*. Mas, pensamos, aqui, num espaço de [trans]formação de cultura, de integração de sociedade e da formação de identidade do cidadão. Destarte, toda a carga axiológica desta formação de identidade coletiva é relativa, isto é, relativa à *pólis* (πόλις). Limita-se à ligação do cidadão à sua *pólis* (πόλις). Os valores dados pela sociedade circunscreve-se apenas àquela sociedade que forjou determinados costumes. A estrutura dessa “concepção ética de cidade” revela-se, neste quadro institucional, limitada e ligada ao interior da *pólis* (πόλις). Não há como dissociá-las.

Mas, em que sentido o calabouço pode simbolizar (*segundo estamos propondo*) a moral? Ainda, como pode, paradoxalmente, simbolizar as pretensões universalizantes da moral por meio de seus postulados e máximas da razão? Na verdade chama-se atenção ao fato de que, na perspectiva moral, a salvação é concebida como sendo individual e não coletiva, e não a partir da *pólis* (πόλις), e estendida a todos os seres humanos. O que forja os valores translucidados em imperativos é a razão individual do sujeito em seu calabouço pessoal, “*a formação da vontade individual encontra, por fim, seus limites no fato de abstrair da realidade da vontade alheia*” (HABERMAS, 1989, p. 4). Por isso, o homem, no interior deste *calabouço* não concebe conteúdos valorativos, não concebe *bens* e *fins* a serem atingidos, (até porque cada qual pode perseguir sua própria história e trajetória), mas, máximas de ações e condutas que possam ser universalizadas, desejadas e executadas por qualquer ser racional. Com efeito, os princípios que podem orientar a salvação individual devem ser os mesmos para toda e qualquer pessoa, para todo o “*kósmo*” (κόσμος), isto é, todo

universo ou mundo, independentemente da cidade - *pólis* (πόλις), a qual o *cidadão* esteja ligado (*no sentido de pertencimento*), deve ser, portanto, *cosmopolita* (κοσμοπολίτης). De um lado uma *Ágora* (ἀγορά) reservada exclusivamente para os seus *cidadãos*, de outro, um calabouço racional de diretrizes deontológicas pertencente e inerente à natureza de toda a “pessoa humana”.

### 1.1.1 Pressupostos Teóricos da Ética

A *ética* (τά ηθικά) em sua raiz grega (ἠθικός) - *ethikos* – que decorre de *ethos* - é, em geral, e segundo Nicola Abbagnano (2003, p.380) a ciência que estuda ou se dedica a estudar a *conduta*. Ocorre, porém, que é muito conhecida e difundida a ideia segundo a qual a *ética* deriva de uma raiz dúplice do termo *ethos*. Nessa linha temos que a *ética* teria, raízes próximas e interligadas, mas que num olhar aproximado revelaria, em tese, nuances e diferenças. Estas primeiras linhas diferenciáveis se trata das duas formas possíveis de grafar a expressão *ethos* (εθος e ήθος). A primeira hipótese seria *éthos* (εθος) com destaque para uma vogal curta ou abreviada *épsilon* (ε) cuja a ortoépia sugere uma pronúncia mais aberta (é), significando costume ou tradição. Por sua vez, a segunda forma seria *êthos* (ήθος) de pronúncia mais fechada *eta* (η) com vogal de entonação mais longa ou cumprida (ê) que significa a morada, habitação ou residência, “*nesse segundo sentido, ethos refere-se às características individuais de cada um e que determinam quais as virtudes e quais os vícios uma pessoa é capaz de praticar*” (ALENCASTRO e HEEMANN, p. 02). Seguindo essa trajetória, a concepção de virtude “*moral*”, por exemplo, derivaria ou estaria diretamente vinculada com esta segunda raiz da expressão *ética*, isto é, do *êthos* (ήθος). Sem embargo, essa particularidade acerca do *êthos* (ήθος), ligada à virtude, será visto mais adiante com a devida atenção.

Uma maneira bem tradicional e histórica de tentar diferenciar *ética* de *moral* se volta a explorar as possíveis concepções e desenvolvimento semântico do próprio *significante* “*ética*” – escrito aqui na forma ocidental e de tradição latina - para a forma tal qual conhecemos hoje. Miguel Spinelli (2009) dedica um trabalho exclusivamente para tentar desvendar eventuais diferenças da raiz semântica “*ethos*”, as quais são bem evidenciadas logo no título de seu artigo: “*Sobre as diferenças entre éthos com epsilon (sic) e êthos com eta*”. Essa incursão realizada por Spinelli remonta à mitologia e literatura – *tragédia* - grega. Nesse

contexto o *êthos* (ἦθος) escrito com *eta remontaria* a Homero, ao passo que o *éthos* (εθος) grafado com *épsilon* remeteria a Ésquilo, o fundador da tragédia grega. Miguel Spinelli expõe que tanto a história semântica (*significante e significado*) das expressões *éthos e êthos* (εθος / ἦθος), quanto à significação empregada por diversos autores (v. g. de Homero a Aristóteles), se mostrou dinâmica, isto é, comportou e recebeu grande variação durante os séculos que se passaram na antiguidade clássica. Ora os autores gregos pareciam apresentar certo rigor no intuito de diferenciar uma forma da outra, ora pareciam não distinguir minuciosamente tais categorias. Como se sabe, um idioma ou dialeto não é algo estático no tempo e na cultura e no espaço. Um idioma possui “*vida*” não só por questões metodológicas (v. g. reforma ortográfica do língua portuguesa), mas também por questões sociais ligadas às tradições de uma comunidade política.

Disso resulta que, muito provavelmente, que a proximidade e semelhança que ambas as expressões (*éthos e êthos*) no âmbito seu desenvolvimento filológico, bem como pelo próprio desenvolvimento do pensamento filosófico grego, tenha se dado em razão aos temas relacionados à democracia e à própria *pólis* (πόλις). O *êthos* (ἦθος) homérico (século VII a. C) referia-se aos usos e costumes ligados ao modo de pensar, a uma sabedoria. O *éthos* (εθος) em Ésquilo (século IV a. C) reporta-se quase a mesma coisa, mas com um sentido de *hábito* corriqueiro, do dia a dia, em geral, de usos e costumes.

No interessantíssimo levantamento realizado por Miguel Spinelli (2009), é possível verificar que Aristóteles admite, ou ao menos realizou uma variação das duas formas de *éthos / êthos* (εθος / ἦθος). É o que se verifica em *Ética a Nicômaco* (1996), *Metafísica* (2002) e *Política* (2000). Embora não se possa afirmar categoricamente que Aristóteles tenha realizado tal distinção, fato é que a sutileza que ganha relevância, parcialmente considerada a partir da obra de Aristóteles, aponta para *êthos* (ἦθος) como algo que deriva da natureza<sup>4</sup> (do homem), isto é, um *êthos* (ἦθος) como incorporação de potência e habilidade derivada diretamente da razão. Em contraposição a essa compreensão estaria o *éthos* (εθος) enquanto uma habilidade da mão de um artífice ou artesão, não derivado diretamente da razão, mas sim, do *consuetudines*, a saber, daquilo que se torna consuetudinário, costumeiro e familiarizado. Em suma, aquilo que se acostuma tanto para um sujeito individualmente, quanto para uma sociedade (SPINELLI, 2009, p. 11).

---

<sup>4</sup> Aqui não se refere a conceito de *phýsis* (φύσις). Sobre isso reportamos o leitor a nota 1.1.1.2

Notadamente é possível verificar que o corolário primário de *ethos* tornou-se aquele ligado à ideia de tradição. Desse corolário, na forma indistinta a qual nos referimos, não se distingue *tradição* (de uma pretensa natureza ligada à razão) de *hábitos* mecanicamente assimilados e incorporados numa forma de vida ou mesmo de comportamento (individual ou coletivo).

Entretanto, essa dupla possibilidade de *significante* e *significado* de *ethos* como hábito - puramente externo - ( $\epsilon\theta\omicron\varsigma$ ) e morada-tradição ( $\eta\theta\omicron\varsigma$ ), vai ao encontro, de certa forma, para o que Abbagnano chama a atenção no sentido de que existem duas concepções fundamentais de *ética* ( $\eta\theta\iota\kappa\omicron\varsigma$ ). Muito embora Abbagnano não afirme expressamente, é possível compreender um sentido externo e um sentido interno de *ethos* e, portanto, da própria ética, senão vejamos.

A primeira concepção seria sobre os meios – *instrumentos* - utilizados para alcançar determinados fins, o que movimenta e qualifica a conduta dos homens. (ABBAGNANO, 2003, p.380). Note-se que “*instrumentos*” assume, aqui, uma figura polivalente, podendo se referir tanto à uma técnica, quanto à uma forma de comportamento, postura, enfim, à uma prática necessária para a realização de uma *ação ética* do ponto de vista de sua *virtude* (eventualmente um “*valor*” a ser realizado), quanto em relação ao bem/fim a ser alcançado.

A segunda concepção considera a *ética* como a *ciência* que investiga o *móvel-móbil* da conduta do sujeito. Nessa segunda possibilidade se investiga as causas e os motivos que determinam uma conduta (possivelmente para atingir determinados fins). Segundo estamos propondo o sentido externo seria o *éthos* ( $\epsilon\theta\omicron\varsigma$ ), isto é, a tradição enquanto um hábito adquirido pela prática, pela assimilação e pela vivência, e o sentido interno seria o *êthos* ( $\eta\theta\omicron\varsigma$ ), a saber, a tradição enquanto morada ou habitação do “*ser*” do homem. Assim, estamos analisando a conduta sobre dois aspectos: a motivação (*móbil*) da conduta, o meio (o qual dever ser) empregado e o fim a ser atingido por essa conduta. Os fins a serem atingidos e desejados tendem a expressar *valores* ao passo que o *móbil* da conduta tende a revelar o caráter do sujeito, os princípios e as virtudes que movimentam a conduta na persecução de determinado valor – *fim*. Nesse sentido Leonardo Boff acentua que “*a experiência de base, de raiz, sempre válida, é constituída pela experiência da morada humana (ethos). Mas a morada não era e não deve ser entendida fisicamente (as quatro paredes e o teto), mas*

*existencialmente*” (BOFF, 2003, p. 38)<sup>5</sup>.

Propomos, então, antes de adentrarmos na análise sobre os pressupostos teórico da *moral*<sup>6</sup>, escrutinar as variáveis que o significado de *ética* atrelada a *ethos* possuía na antiguidade grega. A nossa *primeira* intuição para esta proposta decorre a partir da ideia de Habermas acerca do uso “*pragmático, ético e moral da razão prática*” (HABERMAS, 1989). Não estamos afirmando, contudo, que nos próximos pontos que seguem cada tópico corresponderá à uma dessas categorias descritas por Habermas (pragmática, ética e moral). Não é esta a intenção. Ocorre que, se o pressuposto segundo o qual a partir da modernidade a *moral* ganhou sentido próprio e distinto de *ética* estiver correto, podemos questionar se há indícios naquela antiguidade clássica entre gregos, estoicos e romanos, que contribuíram para a autonomização conceitual e teórica da *moral*. Com isso, pretendemos verificar se dentro da própria trajetória do conceito de *ética* no mundo grego existem elementos de intersecção ou que serviram, de alguma forma, para concepção moderna de *moral*. A *segunda* intuição, tenta relacionar tais pressupostos à famosa tensão entre direitos fundamentais e soberania do povo. A sugestão é de que os pressupostos da *ética* estejam mais próximos da fundamentação da soberania do povo, ao passo que a *moral* traria, em seu bojo, os elementos dos direitos fundamentais (supremacia normativa). A *terceira* e última intuição visa ligar todos esses elementos (ética-moral e soberania do povo e direitos fundamentais) e ainda, as categorias elencadas por Habermas para os possíveis uso da *razão prática* (pragmática, ética e moral), a fim de realizar um “*teste*” teórico que eventualmente revele a possível correlação destes elementos com as atuais teorias legitimadoras do *Estado* contemporâneo, quais sejam: (neo)republicanismo; (neo)liberalismo político e comunitarismo, espelhados, uma vez mais, na tensão entre direitos fundamentais e soberania do povo.

Este circuito proposto, à primeira vista truncado, se explica por algumas razões. Tentaremos investigar os imperativos condicionais e incondicionais de cada categoria do uso

---

<sup>5</sup> Curiosamente o mesmo Leonardo Boff, em outro livro, “*Ethos Mundial*”, parece inverter ou trocar os sentidos possíveis de *ethos*: “*Ethos com e pequeno significa morada, o abrigo permanente, seja dos animais (estábulo), seja dos seres humanos (casa). No âmbito da totalidade da Mãe-Natureza (chamada physis, filosoficamente, e Gaia, miticamente), o ser humano delimita uma porção dela e aí constrói para si uma morada. A morada o enraíza na realidade, dá-lhe segurança e permite a ele sentir-se bem no mundo. Ela não é, de antemão, da pela natureza, mas tem de ser construída pela atividade humana. Eis a obra da cultura. A morada deve ser cuidada e continuamente retrabalhada, enfeitada e melhorada. Em outras palavras: o ethos não é algo acabado, mas algo aberto a ser sempre feito, refeito, e cuidado como só acontece com a moradia humana. Ethos se traduz, então, por ética. É uma realidade de ordem dos fins. Viver bem, morar bem. Ética tem a ver com fins fundamentais (como poder morar bem), com valores imprescindíveis (como defender a vida, especialmente a do indefeso)* In: BOFF, Leonardo. *Ethos mundial*. Rio de Janeiro: Editora Record, p.30.

<sup>6</sup> Vale esclarecer se trata de uma concepção de *moral* a partir de um recorte epistemológico e uma base teórica eleita segunda a nossa intuição como principal aporte filosófico para a modernidade e contemporaneidade.

da razão prática. E isso irá eclodir em nosso objetivo principal que será analisar a autonomia privada nas relações negociais. Assim, fixadas essas premissas, acreditamos que estaremos aptos para questionar quais são os imperativos que legitimam a intervenção na autonomia privada, bem como tentar identificar, se possível, quando determinada intervenção estatal possui pressuposto ético, moral (ou eventualmente até mesmo *pragmático*) para relativizar e intervir na autonomia privada no âmbito dos negócios jurídicos.

De toda forma, cabe a advertência de que nos três tópicos que seguem, as três hipóteses intuídas são *éticas materiais*, são éticas de bens e fins (CORTINA, 2000, p. 51), até mesmo quando se volta a estudar o seu móbil e os seus *princípios* (eventual pressuposto deontológico). Nas palavras de Emilio Llédó Íñigo, ao afirmar ser certo que o *ethos* (sem distinguir as variáveis de *significantes* e *significado*) se configura em objetos, coisas e técnicas (ÍÑIGO, 1998 p. 52), é que pretendemos propor com a fragmentação da forma como segue.

### **1.1.1.1 A *Ética Enquanto Hábito* – *O Comportamento Pragmático como um Costume***

Nesta classificação não se pretende afirmar que entre os gregos existiam três concepções fortemente definidas e distintas de *ética*. Na verdade o que tentaremos chamar a atenção refere-se ao vínculo e ao contexto que a palavra *ethos* recebe na antiguidade grega e, conseqüentemente, as formas pelas as quais a *ética* está relacionada historicamente e filosoficamente.

Com efeito, Miguel Spinelli (2009, p. 10) relata que Aristóteles se valia de uma grande variação para indicar tanto a concepção de *tradição*, *hábito* quanto da própria *ética*, valendo transcrever:

Ora, em vista da atividade prática, a experiência em nada parece diferir da arte; os empíricos têm mais sucesso do que os que possuem a teoria sem a prática. E a razão disso é a seguinte: a experiência é conhecimento dos particulares, enquanto a arte é conhecimento dos universais. [...]

Todavia, consideramos que o saber e o entender sejam mais próprios da arte do que da experiência, e julgamos os que possuem a arte mais sábios do que os que só possuem a experiência, na medida em que estamos convencidos de que a sapiência, em cada um dos homens, corresponda à sua capacidade de conhecer. E isso porque os primeiros conhecem a causa, enquanto os outros

não a conhecem. Os empíricos conhecem o puro dado de fato, mas não seu porquê; ao contrário, os outros conhecem o porquê da causa.

Por isso consideramos os que têm a direção nas diferentes artes mais dignos de honra e possuidores de maior conhecimento e mais sábios do que os trabalhadores manuais, na medida em que aqueles conhecem as causas das coisas que são feitas; ao contrário, os trabalhadores manuais agem, mas sem saber o que fazem, assim como agem alguns dos seres inanimados, por exemplo, como o fogo queima: cada um desses seres inanimados age por certo impulso natural, enquanto os trabalhadores manuais agem por hábito. Por isso consideramos os primeiros mais sábios, não porque capazes de fazer, mas porque possuidores de um saber conceptual e por conhecerem a causa (ARISTÓTELES, *Metafísica*, I, 1, 981<sup>a</sup>, 15 e 25; 981<sup>b</sup> 5).

O que vemos, então, em Aristóteles é uma tentativa de distinguir aquilo que se torna habitual para um indivíduo ou mesmo um grupo, uma habilidade adquirida, aprendida e adestrada, mas que não deriva diretamente da razão. Note-se que o trabalho mecânico ao qual é comparado às forças motrizes da natureza não é tomado por sinônimo de *éthos* (εθος), mas sim descrito como “*phýsei tivì poieîn*<sup>7</sup> (φύσις τινι ποιεῖν), uma ação que se faz naturalmente, isto é, um impulso natural. O trabalho manual equivalente à força inanimada da natureza é *cheirotéchanas*, portanto, ambas desprovidas de uma ligação direta da razão. Spinelli (2009, p. 13,) demonstra, ainda, a distinção da qual se valeu Parmênides reportando-se aos seus discípulos e os exortando para que se afastem do *éthos* (εθος) de muita empiria (*éthos polýpeiron*). Este *éthos* (εθος) adquirido pela habitualidade, pela familiarização é que, mais tarde, acabou sendo traduzido para o latim como *consuetudines*, no sentido daquilo que é costumeiro (SPINELLI, 2009, p. 10).

A eficácia das lições depende dos hábitos dos ouvintes. Nós exigimos, com efeito, que se fale do modo como estamos familiarizados; as coisas que não nos são ditas desse modo não nos parecem as mesmas, mas por falta de hábito, parecem-nos mais difíceis de compreender e mais estranhas. O que é habitual é mais facilmente cognoscível.

---

<sup>7</sup> Importante frisar as duas formas pela qual a natureza poderia ser compreendida entre os gregos. Nesse sentido: “*El arte –dice Aristóteles– imita y perfecciona la naturaleza: «la educación y el arte persiguen colmar las deficiencias de la naturaleza», aunque hay una diferencia entre ambos: «el arte es el principio y la forma del producto, pero reside en otra parte que en el producto; por el contrario, el movimiento de la naturaleza reside en el producto mismo y viene de otra naturaleza que contiene la forma en acto».* En ocasiones, lo natural equivale –dice Aristóteles– a lo que sucede más frecuentemente (τὰ δ' ὡς ἐπὶ τὸ πολὺ γιγνόμενα μάλιστα κατὰ φύσιν ἐστίν). De ahí su afirmación de que «la costumbre es una segunda naturaleza». Por otra parte, afirma que la naturaleza se dice de dos maneras: como sustancia o materia y como causa eficiente o fin (ἄλλως τε καὶ τῆς φύσεως διχῶς λεγομένης καὶ οὐσίας τῆς μὲν ὡς ὕλης τῆς δ' ὡς οὐσίας. Καὶ ἔστιν αὕτη καὶ ὡς ἡ κινουῦσα καὶ ὡς τὸ τέλος). De algún modo, siguiendo muy de cerca a Platón, Aristóteles, en los escritos biológicos, dice que «al estudiar la naturaleza se debería de hablar más del alma que de la materia, porque gracias al alma la materia es naturaleza y no al revés». Si fuera objeto de la ciencia natural estudiar todas las especies de almas, no quedaría ningún lugar para otro tipo de filosofía que la natural”. In: DONIS, Marcelino Rodríguez. *La naturaleza humana em Aristóteles*. Revista Fragmentos de filosofía» Sevilla: nº 9 2011, ISSN: 1132-3329, pp. 123, 124.

A força do hábito é demonstrada pelas leis, nas quais até o que é mítico e pueril, em virtude do hábito, tem mais força do que o próprio conhecimento. (ARISTÓTELES, *Metafísica, II, 3, 995<sup>a</sup>, 1-5*).

Trata-se de uma forma de tradição cuja formação ou mesmo conhecimento se dá à revelia da *epistemê*. Portanto, meramente fenomênico<sup>8</sup>. Em linhas gerais, trata-se de um conhecimento distinto do conhecimento dito *noético*<sup>9</sup> (nóêsis – νόησις). Esse *éthos* (ἔθος) não está ligado diretamente à *mente* ou ao entendimento racional. É tratado até mesmo como um *sensu comum* (κοινός νοῦς). Em alguns casos esse hábito assimilável é identificado até mesmo como retórico, dada sua dissociação noética.

Ela [*doxa* enquanto uma *alêtheia* fraca] não só tem como fundamento o aparecer fenomênico (o que é dado ao sensível, manifesto externamente ao senso comum) como também o consuetudinário: os usos e costumes forjados pela força do hábito. [...] O crédito (o pressuposto de certeza que gera persuasão) não deriva dele mesmo, mas vem de fora; a *alêlhês* não lhe é inerente, mas forjada por indivíduos que dotavam, sem métrica e sem apelo a *nóisis*, as manifestações fenomênicas de sentido e verdade. (SPINELLI, 2009, p. 14).

Diante disso, difícil não correlacionar, ainda que arbitrariamente, e, ciente das eventuais diferenças, entre *ética* aqui exposta e aquilo Habermas chama de *uso pragmático* da razão prática:

Discursos pragmáticos, nos quais fundamentamos recomendações técnicas e estratégicas, têm uma certa afinidade com discursos empíricos. Eles servem para referir saber empírico às fixações de fim e às preferências hipotéticas, e valorar as consequências de decisões (informadas de modo incompleto) segundo máximas postas como fundamento. Recomendações técnicas ou estratégicas tiram sua validade do saber empírico no qual se apoiam. Sua validade é independente de se um receptor decide adotar as indicações para a ação. Discursos pragmáticos referem-se a contextos possíveis de aplicação. Eles estão em contato com a formação fática de vontade dos agentes apenas mediante suas fixações de fim e de suas preferências subjetivas. Não há nenhuma relação *interna* entre razão e vontade. Nos discursos ético-existenciais, essa constelação se modifica de maneira que as fundamentações constituam um motivo racional para a mudança de posicionamento. (HABERMAS, 1989, p. 13).

<sup>8</sup> Miguel Spinelli ressalta, ainda, que Parmênides concebe esse *éthos* (ἔθος) relacionado uma *doxa* (δόξα), isto é, uma opinião, enquanto uma *alêtheia* (ἀλήθεια - verdade) fraca. Em resumo, uma “verdade” ou “constatação” fraca. Essa *alêtheia* (ἀλήθεια) fraca, a *doxa*, é dissociada da *episteme*. Por essa razão “ele é *polýpeiron*, porque põe demasiado crédito na empiria. Antes de um saber, em sentido forte, ele é expressão de um *pístis*: de uma fé pública forjada como verdade, revertida em opinião usual, corriqueira, e, bem por isso, em *dóxa* (em um saber sem com o ser). In: SPINELLI, Miguel. *Sobre as diferenças entre éthos com epsilon e éthos com eta*. Revista trans/form/ação, São Paulo, 32(2): 2009, p. 15.

<sup>9</sup> Deriva do grego *nous* (νοῦς) que praticamente significa “mente”. De certa forma se reporta aquilo que é interior, “do espírito”, ao conhecimento subjetivo. Trata-se de uma oposição aqueles sentidos materiais fenomênicos. Em sentido livre e generalista pode-se entender como a contraposição entre aquilo que é intelectual e algo sensorial.

Importante ressaltar que *éthos* (ἔθος) não é uma forma exclusivamente empregada nesse tipo de habitualidade ou costume externo aprendido por uma pessoa ou que se torna costumeiro por uma sociedade ou grupo. Mas, em regra, para essa forma “*exterior*” de costume habitual o que se vê, genericamente falando, da literatura grega é o emprego do termo *éthos* (ἔθος). A ética enquanto morada – princípios deontológicos, seria uma *arché* (ἀρχή), isto é, uma origem ou fonte, o que iremos tratar mais adiante, no último tópico sobre a *ética* (tópico 1.1.1.3).

### 1.1.1.2 A Ética Enquanto Virtude – Uma Virtude Teleológica?

A noção de ética na Grécia narrada desde Homero, parte – *encontra-se interligada* - de alguns conceitos fundamentais, tais como se pode observar e constatar pelos termos e expressões: **(i)** *agathós* (ἀγαθός), que pode ser traduzido como bom ou benigno, bravo ou mesmo afortunado; **(ii)** *kalós* (καλός), bom, ou ainda *Kalokagathia* (καλοκαγαθία) e *kalos kai agathos* (καλός και αγαθός), no sentido de nobreza (*beleza e virtuosidade*), cuja aplicação podia ser imputada para seres animados e inanimados; **(iii)** *Dikaiosýné* – *dikaiosýni* - (δικαιοσύνη), ligada à ideia de justiça e equidade<sup>10</sup>; **(iv)** *Diké* – *diḥā* e *Dicé* (δίκη) – gênero feminino - deusa da vingança – julgamento, “*sentença*” no sentido em que conhecemos nos dias de hoje [justo]<sup>11</sup>; **(v)** *Thémis*<sup>12</sup> (Θέμις), ou ainda *Themida* (Θέμιδα), a deusa da Justiça; **(vi)** *hósios* (ὅσιος) com o sentido de justo santificado ou piedoso<sup>13</sup>; **(vii)** *élenchos*<sup>14</sup> (ἐλέγχος) refutação que tende levar a purificação (ÍÑIGO, 1998, p. 40).

<sup>10</sup> Expressão muito recorrente no Novo Testamento ligada à ideia de Justiça Divina (Novo Testamento - Mateus 3:15 – Lucas 1:75 – João 16:10 – Romanos 4:3). Também utilizada no sentido de cumprimento de exigências legais Lucas 1:6 – Romanos 1:32 – Hebreus 9:1 e 10.

<sup>11</sup> Na mitologia grega uma deusa “*pagã*” a filha de Zeus com Themis. Em oposição a lei divina (Themis) *Diké* – *Dicé* - (δίκη), seria a Lei dos homens relacionada à punição e à vingança.

<sup>12</sup> Na mitologia grega trata-se de uma “*titânides*”, um equivalente feminino de titãs. *Têmis* – *Thémis* – *deusa grega* seria a encarnação titânica das leis e costumes ligados a divindades (v.g. Zeus). Nesse (*vóμος*), *nómos* enquanto lei humana.

<sup>13</sup> Expressão também muito recorrente no Novo Testamento (Atos 2:27 – I Timóteo 2:8 – Hebreus 7:26). Em Platão pode ser compreendido como aquele homem que rendeu aos deuses tudo que é devido, e assim, por cumprir todas as obrigações com os deuses é considerado sem mancha ou imaculado. Cf. BRISSON, Luc. *Leituras de Platão*. Tradução Sonia Maria Maciel. Porto Alegre: EDIPUCRSP, 2003. p.164.

<sup>14</sup> Uma das fases ou parte da técnica socrática de chegar ao conhecimento purificado. Essa purificação que se opera em razão das refutações de respostas insatisfatórias está ligada a ideia de catarse, purificação, cura por divindade. Cf. ARANA, Hermas Gonçalves. *A modéstia dos filósofos*. Revista Filosofia e Educação, ISSN 1984-9605, Campinas: Volume 2, Número 2, Outubro de 2010 – Março de 2011, p. 462. No Novo Testamento é traduzido, também, como *convicção* (Hebreus 11:1). Também ligada a ideia de correção.

São estes elementos que formaram a estrutura orgânica que se move em direção da finalidade da vida dos gregos, isto é, que levará e fará que no interior da *pólis* (πόλις) os desejos e anseios individuais acabem pulverizados em uma finalidade coletiva e refletida ao indivíduo como finalidades próprias e individualizadas que são virtuosas, dignas e imaculadas.

Estes elementos não precisam, necessariamente, ser *inatos*. Ao contrário, deixam de pertencer naturalmente aos heróis e aos deuses e passam a pertencer ao homem por sua natureza de *aprender* tais virtudes. O *ser* do homem torna-se compreendido como um contínuo processo de construção e desconstrução, razão pela qual se pode educar a ponto de que a partir de uma individualidade livre se alcance uma humanização superior (ÍÑIGO, 1998, p. 44). A natureza do homem se desprende da *phýsis* (φύσις)<sup>15</sup> de uma natureza puramente física ou inata (em relação às virtudes) para ter uma natureza cultural, e, portanto, pertencente e transformadora pela história (ainda que ciclicamente). Daí porque de se notar essa transformação a ponto de que já “*na tradição aristotélica, a razão prática assume o papel de uma faculdade de julgar que esclarece o horizonte da história de vida de um etos que se tornou costumeiro*”. (HABERMAS, 1989, p. 12). Nesse sentido:

Ser um indivíduo racional significa participar de tal tipo de vida social e conformar-se, à medida do possível, a esses padrões. É porque e à medida que a *pólis* é uma arena de atividades sistemáticas exatamente desse tipo que ela é o *locus* da racionalidade. E foi porque Aristóteles julgava a *pólis* como a única forma de Estado que podia integrar as diferentes atividades sistemáticas dos seres humanos num tipo de atividade geral, no qual a realização de cada tipo de bem era devidamente reconhecida, que também julgou que apenas a *pólis* poderia ser esse *locus*. Não há racionalidade fora da *pólis* é o equivalente aristotélico do *extra ecclesiam nulla salus*<sup>16</sup>. (MACINTYRE, 1991, p. 156).

---

<sup>15</sup> Nesse sentido: “Kósmos, arché e phýsis expressam aproximadamente a mesma coisa, ou seja, kósmos designa a ordem, ou a harmonia estabelecida, e arché um princípio ordenador do qual a phýsis é a sua explicação. [...]. Kósmos arché e phýsis foram concebidos intimamente relacionados. Phýsis, de modo particular, expressa tanto a arché do movimento como a da imobilidade ou da conservação. Com efeito, foi Heráclito quem atribuiu à arché e à phýsis o conceito de movimento, e Parmênides, o de imobilidade. Entretanto, esses dois conceitos não se contrapõem, mas se completam reciprocamente. Do mesmo modo os conceitos de ápeiron (de imilitado) e o de peíras (de limite). A este último, Parmênides atribuiu um sentido distinto do ápeiron de Anaximandro, e não necessariamente oposto. No que diz respeito ao existente, ao que é, nos termos da arché e da phýsis, Parmênides dissera o seguinte: ‘Dikê não permite, por um afrouxamento de suas amarras, que nasça ou pereça, mas o mantém, [...] Anankê o mantém nos limites de um liame, [...], Moíra o encadeou a ser inteiro e imóvel’. É esse nascer e crescer inalterado que caracteriza a arché e a phýsis. Ou seja, tudo o que existe, ao se mover (do nascimento à morte), está submetido a um princípio que o mantém sempre o mesmo, desde o começo ao fim de sua geração. In: SPINELLI, Miguel. *Questões Fundamentais da filosofia grega*. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p.35-36.

<sup>16</sup> Em tradução livre *fora da igreja – templo - não há salvação*.

Em sintonia ao que afirma MacIntyre, sobre os limites geográficos desta *virtude* do cidadão grego, Habermas pontua que isso não importa, necessariamente, em uma renúncia do indivíduo, mas avoca a exigência da harmonia dos interesses próprios à uma história coletiva, cuja *virtude* pode ser este fio condutor:

Também as questões éticas não exigem absolutamente uma ruptura completa com a perspectiva egocêntrica. Elas referem-se ao *télos* de minha vida. Deste ponto de vista, outras pessoas, outras histórias de vida e esferas de interesse ganham significado apenas na medida em que estejam unidos ou entrelaçados à minha identidade, à minha história de vida e a minha esfera de interesse no âmbito de nossa forma de vida partilhada intersubjetivamente. Meu processo de formação completa-se num contexto de tradições que partilho com outras pessoas; minha identidade também marcada pelas identidades coletivas, e a minha história está inserida em contexto de histórias que se entremeiam. Nesta medida, a vida que é boa pra mim toca também as formas vida que nos são comuns. Assim, o etos do indivíduo permanecia, para Aristóteles, referido e adstrito à pólis dos cidadãos. (HABERMAS, 1989, p. 9).

Ao cunharmos um termo “*virtude teleológica*” é quase como se fixássemos um paradoxo de *móbil-final*, ou o *meio*<sup>17</sup> que se torna fim em si mesmo. Embora isso se possa verificar episodicamente entre os gregos, não é necessariamente a mesma coisa ou uma “*regra*” geral do pensamento sobre a ética na antiguidade. Mas tanto aqui neste tópico quanto no tópico seguinte, seja como for, estas concepções *éticas* da antiguidade serão, a rigor, frutos de um realismo metafísico. Por certo, tanto os aspectos de *móbil* quanto de *fim* (teleológico) da *ética* possuem a natureza humana como pauta da *conduta* (CORTINA, 2000, p. 46). Mesmo entre gregos e estoicos, a rigor, a *ética* tem a primazia de um sentido finalístico. As *virtudes* são observadas pela *ótica* dos fins materiais, dos valores a serem atingidos. Isto porque, de certa forma os *fins* serão considerados objetivamente dentro desta arquitetura metafísica. De igual maneira, a *virtude* enquanto *móbil* de uma ação avoca pra si um caráter objetivo e igualmente metafísico, ligada à natureza do homem – *animal* - político – *zoon politikon* (ζῷον πολιτικόν). Aristóteles, por exemplo, vê o homem como um animal naturalmente político, razão pela qual a felicidade só pode ser alcançada na vida em sociedade com seus semelhantes (WOLFF, 2003, p. 26).

---

<sup>17</sup> Diferentemente, porém, daquele *móvel* da sofística ou até mesmo do utilitarismo, cujo *móvel* é tido sob a perspectiva subjetivista. cf. CORTINA, Adela. *Ética sin moral*. 4 ed. Madrid: Tecnos, 2000, pp. 48-50.

### 1.1.1.3 A *Ética enquanto Tradição* – A “*Morada*” Deontológica

Este tópico é nosso ponto de ligação, a ponte para tratarmos a seguir sobre a moral. É como se *mutatis mutandis* examinássemos os prelúdios teóricos da *moral*. É bem verdade que este tópico poderia muito bem ser tratado estritamente nos pressupostos da moral propriamente dita. Em resumo, podemos admitir, em tese, que este tópico seria suprimível sem prejuízo para o desenvolvimento lógico do raciocínio que estamos tentando traçar. Isto se daria, por exemplo, pelas primeiras explicações filológicas e etimológicas que ligam a tradição latina romana, sobretudo em Lucrécio e Cícero, que conduziu o *êthos* (ἦθος) para ser traduzido por *mos, mores*, e que, por fim, veio a ser denominado, em língua portuguesa, por *moral* (SPINELLI, 2009, p. 16). Mas, o cerne que irá diferenciar esta expectativa da *ética*, segundo um *êthos* (ἦθος) deontológico, cujos pressupostos se tornam, mais tarde, corolários da compreensão do que seja moral, reside no fato de que, aqui, os imperativos da *ética* são, *ainda*, *condicionais*. Por sua vez, quando nos deslocarmos para tratar sobre moral propriamente dita, na perspectiva e dentro do corte epistemológico que propusemos, aí sim, estaremos lidando, ao menos investigando, imperativos *incondicionais*.

Assim, mesmo a *ética* tratada sob o ponto de vista de morada *interna* estará condicionada tanto aos mecanismos e a técnica, quanto suas às virtudes *-aretê* (ἀρετή), a partir dos fins e dos valores que se pretende alcançar. Se em Aristóteles, por exemplo, o fim da *ética* conduz a felicidade *eudaimonia* – (εὐδαιμονία), apenas uma vida com “virtudes éticas” seria capaz, enquanto tarefa da própria *ética*, conduz a tal fim (felicidade). O que conduzirá a vontade ao cumprimento do dever ético e sobretudo guiado e revestido das virtudes éticas serão os bens e fins que se pretende alcançar. O *êthos* (ἦθος), neste contexto, está se reportando às condições humanas em termos da sua racionalidade natural, isto é, a sua capacidade natural de intuir fins nobres para serem alcançados a partir de potência de virtude que o *homem* possui para alcançar tais fins:

O *êthos* vinculado a *daímôn* é tomado como expressão de uma força ou de um poder (de um animus, conforme expressaram os latinos) [...] uma potência intermédia, nem pura determinação da *phýsis*, nem puro arbítrio. Daí que, *êthos*, vinculado a *daímôn*, indica a própria condição humana: um vigor interno em dependência do qual o humano edifica e gerencia o seu modo próprio de ser e de agir. É pois, em vista dessa edificação, que *êthos* é o *daímôn* humano: ele é *daímôn* porque expressa um saber acumulado na alma, feito um depósito do qual colhemos a experiência vivida fecundada pela *phrónêsis* (pelo exercício do pensar).

Daí que *daímôn* (num sentido estritamente filosófico) é acima de tudo expressão de um arbítrio interno, de uma espécie de consciência (natural unívoca, residente em cada um) da qual os humanos se valem para o bem ou para o mal. Enquanto disposição (*héxis*) interna é expressão de uma potência comum a todos, que, em cada um (*oikôumen*), se dá feito um estímulo (força ou vigor), do qual todos têm a posse. (SPINELLI, 2009, pp. 18, 19).

Com efeito, *êthos* (*ἦθος*) ligado a *daímôn* – (*δαίμων*), prospecta, então, dois sentidos: a forma natural como o homem pode habitar a si mesmo; de como o homem valendo-se de sua própria natureza (capaz de arbítrio) é capaz de edificar a sua própria destinação humana. Assim, tendo em vista que, neste contexto elucidado por Spinelli, o *êthos* (*ἦθος*) sugere a morada, o *daímôn* (*δαίμων*), por sua vez, refere-se ao seu destino, isto é, a condução possível e dada para todo homem segundo as perguntas *o que devo querer? Como devo agir?* e que cabe (por natureza) a todo homem zelar e dar provimento. É de suma importância frisar que, a partir desse recorte muito sutil e detalhado fornecido por Miguel Spinelli (2009), podemos, ainda que provisoriamente, enxergar já nos gregos, uma concepção *ética* que, nesse ponto, é essencialmente epistêmica. Disso resulta que esse *êthos* (*ἦθος*) atrelado a *daímôn* (*δαίμων*), ao menos *prima facie* não está se reportando diretamente a bens, valores e fins, isto é, como um acúmulo de conhecimentos e virtudes ancestrais, seja em termos de um realismo ou de forma ontológica, seja por derivação axiológica de uma cultura (*pólis* – *πόλις* – *empírica*), mas sim, se reporta especialmente à disposição natural e interior do homem a fim de arbitrar a si mesmo o fazer o que é devido (SPINELLI, 2009, p. 20).

Essa disposição natural é percebida nos estoicos de uma forma mais veemente, e de certa forma contrapõe a ideia de *êthos* (*ἦθος*) ligada apenas à *pólis* (*πόλις*), do vínculo estritamente político entre *concidadãos*. Assim, por exemplo, o ideal de justiça deve alcançar toda a humanidade e rompe as estreitas fronteiras da *pólis* (*πόλις*). Esta concepção se encaixou, mais tarde, perfeitamente aos propósitos expansionistas do Império Romano, o qual pretendia estender suas fronteiras para todo o mundo.

Para Aristóteles, pelo contrário, a justiça propriamente dita é exercida entre cidadãos livres e iguais de uma mesma *pólis*. – de um modo geral, o âmbito da justiça é definido pelas fronteiras desta *pólis* particular. [...] Quando no mundo antigo, a justiça estendeu-se para além das fronteiras da *pólis*, foi sempre como uma exigência da teologia. [...]

[Em Roma] o deus invocado, no entanto, era, obviamente, um deus romano. E os laços entre a religião cívica e a comunidade política era tais que frequentemente, senão sempre, estender a proteção dos deuses e de sua justiça a algum estranho significava, pelos temporariamente, inclui-lo nas fronteiras da comunidade política. Desse modo, não é surpreendente que, no mundo antigo, a ampliação do âmbito da justiça para além de seus estreitos

limites originais fosse, geralmente, não uma rejeição da identificação das fronteiras da justiça com as fronteiras da comunidade política, mas uma ampliação da concepção das fronteiras políticas.

A mais notável dessas ampliações foi a expressa na teoria e na prática estoicas. Os estoicos foram os primeiros pensadores no mundo greco-romano a firmar sistematicamente que o âmbito da justiça é a humanidade como tal, e o fizeram porque compreendiam todo ser humano, emancipado enquanto cidadão de alguma sociedade política ou não, livre ou escravo, como membro de uma única e mesma comunidade sob uma única e mesma lei. (MACINTYRE, 1991, pp.161-163).

Ora, como se sabe, a pretensão de *universalização de justiça* é um dos pilares dos direitos fundamentais, os quais devem ter por destinatários toda *pessoa humana*. MacIntyre sustenta que Cícero teria se apropriado da doutrina estoica de *oikeiosis*<sup>18</sup> (*οἰκείωσις*), segundo a qual o ser humano dotado da consciência de si próprio, e de si diante dos outros, acabam por adotar comportamentos e conduta de autopreservação, para concluir que todo ser humano é dotado de apetite (*hormé*) e razão, sendo que a razão prescreve o que deve ser feito e evitado, motivo pelo qual comandaria o *apetite* (MACINTYRE, 1991, pp.161-163). Guardadas as devidas diferenças, fica fácil perceber que a *ética* enquanto sucedâneo de *justiça* parece apresentar uma espécie de imperativo incondicional. E isso se torna mais evidente quando Spinelli (2009, p. 29), realça a concepção estoica de “ações ilustres e gloriosas” (*factis illustribus et gloriosis*), as quais devem ser executadas em propósito delas mesmas e não visando a felicidade ou satisfação que elas promovem. Ora, o fim é deslocado para o próprio *móbil* das ações (ilustres e gloriosas), os quais se tornam, eles próprios, um “bem<sup>19</sup>” ético. Ressalvadas as devidas proporções e distinções, é como se fosse um prelúdio do imperativo categórico e das máximas das ações que no iluminismo fora desenvolvida por Kant com vista à uma filosofia crítica da razão, sobretudo quando consideramos sua filosofia prática à luz de sua filosofia transcendental:

<sup>18</sup> Cf. “Para lograr la finalidad deseada, la divinidad conforma a cada ser desde su génesis y lo dota de unas inclinaciones que favorecen la consecución de su fin propio y del fin común. Esto sucede a través de algo que los estoicos llaman *οἰκείωσις*, un término de muy difícil traducción por su amplio contenido semántico. El verbo del que proviene este sustantivo (*οἰκείω*) hace referencia simultáneamente a dos ideas: (i) apropiarse de algo y (ii) tener una disposición afectiva hacia eso de lo que uno se apropia. Este término denota un proceso de familiarización en el que un objeto o una actividad se establece como beneficiosa y propia de la naturaleza (*οἰκείον*) de un determinado ser. Como decíamos, este proceso de *οἰκείωσις* en la constitución de los seres, que llamaremos familiarización, es una estrategia central en el plan providente de Dios para alcanzar el fin propio de cada criatura y, en últimas, el del todo. Así se puede ver en el siguiente pasaje de Diógenes Laercio”. In: GÓMEZ ESPÍNDOLA, L.L. *Providencia, racionalidad y ley natural en el estoicismo*. Bogotá: *Universitas Philosophica*, 31(63), julio-diciembre 2014, pp. 39-70, ISSN 0120-5323, ISSN en línea 2346-2426, doi: 10.11144/Javeriana.uph31-63.prl, p. 45

<sup>19</sup> Nesse sentido: “todos os grandes moralistas, desde Buda e os estoicos até os tempos recentes, encararam o bem como algo que deveria ser, se possível, desfrutado igualmente por todos os homens. Não pensavam em si próprios como príncipes, ou judeus, ou gregos: pensavam em si próprios simplesmente como seres humanos. In: RUSSELL, Bertrand. *O poder. Uma nova análise social*. Tradução de Brenno Silveira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957, p. 206.

Aproximamo-nos, com efeito, do modo de consideração moral assim que examinamos se nossas máximas são conciliáveis com as máximas de outros. Kant chama de máximas àquelas regras de ação próximas da situação (*situationsnah*) e mais ou menos triviais pelas quais a prática de um indivíduo se orienta habitualmente. Elas dispensam o autor do esforço cotidiano de tomar decisões e encaixam-se de maneira mais ou menos consistente numa prática de vida na qual se espelham o caráter e o modo de vida. Kant tinha ante os olhos sobretudo as máximas da sociedade burguesa em seus primórdios, que se diferenciava segundo posição profissional. Em geral, as máximas constituem as menores unidades de um entrelaçamento de hábitos praticados, nos quais se concretizam a identidade e o projeto de vida de uma pessoa (ou de um grupo) – elas regulam o curso do dia, o modo de tratamento, o jeito de lidar com problemas, de solucionar conflitos, etc. **As máximas constituem o ponto de intersecção entre a ética e moral, porque podem ser julgadas simultaneamente sob os pontos de vista ética e moral.** [...] (grifou-se).

Um exame das máximas, ou uma heurística formadora de máximas, que não se deixe guiar pela questão de como quero viver, toma a razão prática de *uma maneira diferente* da reflexão sobre se de meu ponto de vista uma máxima obedecida universalmente é apropriada a regular nossa vida em comum. Num caso se examina se uma máxima é boa para mim ou adequada à situação; no outro caso, se posso querer que uma máxima seja observada como lei universal para todos.

Trata-se, lá, de uma reflexão ética; aqui, de uma reflexão de natureza moral – embora ainda num sentido restrito. Porque o resultado dessa reflexão sempre permanece preso à perspectiva pessoal de um determinado indivíduo. (HABERMAS, 1989, pp. 9, 10).

Com isso, podemos, agora, explorar os marcos teóricos da *moral*, sobretudo saltando na história e questionando tais pressupostos sob a ótica da modernidade, em especial no período reconhecido como *iluminismo* (*aufklärung*), e seus autores.

## 1.1.2 Pressupostos Teórico da Moral

Pois bem. Chegamos ao ponto de questionar e investigar quando a *moral* se desvencilhou-se da *ética*. Essa afirmação provocativa se refere, na verdade, ao questionamento sobre quando a moral se tornou uma *categoria* cognoscível do uso da razão prática ao lado da ética (*e de certa forma ao lado da técnica ou da pragmática*), adquirindo, então, pressupostos conceituais e teóricos próprios. Outrossim, significa tentar compreender em que momento a *moral* “deixa” de ser simplesmente um “sinônimo” de *ética*, é dizer, quando ganha a sua maioridade conceitual filosófica, para, a partir de então, perscrutamos os desdobramentos da formação conceitual desta “*ética da modernidade*”.

Se a noção de *ética* é comumente relacionada à ideia de *ethos* – e suas diversas variações extensivamente demonstradas anteriormente - não menos clássica é a narrativa segunda a qual *moral* seria a tradução que os romanos conduziram para o latim do termo *ethos* a partir das expressões latinas *mores* (*mōrēs*) ou – no plural – *mos* (*mōs*). Não é incomum, também, se deparar com argumentos que sustentam que os romanos teriam se equivocado ao efetuarem a tradução de *ethos* por *mores*, justamente porque tal tradução desprezaria os significados possíveis de *éthos* / *êthos* (*εθος* / *ήθος*) dando a estes *significantes* apenas o *significado* de *costume* e desconsiderando, em tese, o *êthos* (*ήθος*) enquanto parte natural – *da natureza racional e inata* – do homem. Norberto Bobbio parece não ter dúvidas de que:

A palavra costume (em alemão *sitten*), inclusive, corresponde ao latim *mos* e ao grego *ethos*, dos quais derivam tanto moral quanto ética, que indicam de fato a doutrina da conduta humana, em contraposição à doutrina da natureza, ou *física*. (BOBBIO, 2000, p. 81).

Por sua vez, Miguel Spinelli conclui de forma diferente. Spinelli identifica que tanto os gregos quanto os latinos evidenciaram a abrangência semântica distintas para a expressão *ethos* expressados pelos *significantes*: *éthos* (*εθος*) traduzido para o latim como *suetus*, que seria próximo em português com *consueto* ou consuetudinário – *consuetudine* -, no sentido de *corriqueiro*; e *êthos* (*ήθος*) traduzido para o latim enquanto *mōrēs* e *mōs* que em português acabou grafado pelo *significante* que se diz “*moral*”, ligada à ideia de *costumes*. No entanto, para os latinos este *costume* referia-se ao caráter, disposição interior para promover princípios racionais de conduta ou ações de *excelência*. (SPINELLI, 2009, p. 29). Essa característica mais marcante de *costume* ligada às disposições interiores do *sujeito* é que marca a tradução de *ethos* indistintamente, ou do *êthos* (*ήθος*), como pontua Spinelli, por *moral*, o que eleva o sentido de *moral* para estar intimamente ligada com os termos *virtutis*, *honestatis*, sempre em sentido daquilo que é valioso na conduta humana, mormente em seu civismo.

Não por acaso Maquiavel teria tornado célebre a utilização da expressão *virtù*<sup>20</sup>. *O que*

---

<sup>20</sup> Cf. “Como os homens trilham quase sempre caminhos abertos por outros e pautam suas ações pelas imitações, embora não possa seguir em tudo os caminhos dos outros nem igualar a *virtù* daqueles que imita, um homem prudente deve sempre seguir os caminhos abertos pelos grandes homens e espelhar-se nos que foram excelentes. Mesmo não alcançado sua *virtù*, deve pelo menos mostrar algum indício dela e fazer como os arqueiros prudentes que, julgando muito distantes os alvos que pretendem alcançar e conhecendo bem o grau de exatidão de seu arco, orientam a mira para bem mais alto que o lugar destinado, não para atingir tal altura com flecha, mas para poder, por meio de mira tão elevada, chegar ao objetivo. [...] E, como a passagem de simples cidadão a príncipe supõe *virtù* ou fortuna, parece que uma ou outra dessas duas coisas ameniza, em parte, muitas das dificuldades. In: MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Tradução: Maria Júlia Goldwasser e revisão de tradução Zelia de Almeida Cardoso. São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. 23, 24.

que pode inaugurar a primeira diferença substancial, neste início da tratativa sobre um suposto conceito distinto e autônomo de *moral*, isto é, na perspectiva que elegemos para tratar sobre o tema, refere-se à existência, em tese, de uma distinção entre os imperativos condicionais e *incondicionais*. A *moral* teria como *móbil* de suas ações imperativos *incondicionais*. Contudo, a partir de agora não mais na forma de um *realismo metafísico*. Até então, nas mais diversificadas maneiras que tentamos explorar o desenvolvimento filosófico e histórico da compreensão sobre o que seja *ética*, estivemos sempre diante de imperativos *condicionais*, demonstrados, sobretudo, por se tratar de uma – *compreensão* - ética de bens, valores e fins. Até mesmo quando tratamos sobre a perspectiva da *ética* enquanto *morada*, isto é, com um pretense aspecto deontológico, a intersecção que extraímos da intuição de Habermas não expurga, por si só, os imperativos condicionais daquela *ética*. Da forma como estamos propondo, essa cisão se opera nos fechamentos das cortinas da modernidade, em especial – *mas não exclusivamente* - com Immanuel Kant (1724 – 1804).

Essa ubiquidade do conceito de *ética* entre o início da *modernidade* e o *iluminismo*, seja do ponto de vista de um cronograma histórico (*periodização da história*), seja num contexto analítico do pensamento filosófico, evidencia e expõe essa “*ética da modernidade*” à inúmeras críticas, sobretudo pelo projeto principal da modernidade no que diz respeito as possibilidades emancipatórias do homem por meio *razão*<sup>21</sup> (a certa medida a emancipação da própria razão<sup>22</sup>).

---

<sup>21</sup> “A autonomia da razão significa que a verdade (ou a evidência) não está em explicações fundadas na divindade ou na metafísica, mas no próprio eu. Assim, para Descartes, a verdade é encontrada pela razão humana, no eu, é a razão do homem que pode encontrar a verdade. Ele não nega sentimentos e a interferência de sentimento sobre a razão, mas considera que o homem deve usar a razão para encontrar a verdade, evitando que a imaginação e os sentidos ofusquem essa verdade. – [...] Considerando os elementos apresentados, podemos dizer que a verdade deve ser encontrada no homem, no eu penso, no ser pensante, que a encontra fazendo uso da razão. Para encontrá-la, ele utiliza o método, o que propicia certeza às afirmações. O método, inspirado na matemática, estabelece critérios para chegar à verdade. Essa verdade, que é o pensamento do sujeito, então, é transportada para fora dele, apresentando-se como universal”. In: SOARES, Marcos Antônio Striquer. **A decisão judicial analisada sob o enfoque da crítica de Charles Sanders Peirce à tradição do cartesianismo**. Revista Novos Estudos Jurídicos. Itajaí. Eletrônica, Vol. 17 - n. 3 - / set-dez 2012, pp. 441, 442.

<sup>22</sup> Nesse sentido ver Descartes “Por intuição entendo, não a convicção flutuante fornecida pelos sentidos ou o juízo enganador de uma imaginação de composições inadequadas, mas o conceito da mente pura e atenta tão fácil e distinto que nenhuma dúvida nos fica acerca do que compreendemos; ou então, o que é a mesma coisa, o conceito da mente pura a tenta, sem dúvida possível, que nasce apenas da luz da razão e que, por ser mais simples, é ainda mais certo do que a dedução, se bem que esta última não possa ser mal feita pelo homem. Assim, cada qual pode ver pela intuição intelectual que existe, que pensa, que um triângulo é delimitado apenas por três linhas, que a esfera o é apenas por uma superfície, e outras coisas semelhantes, que são mais numerosas do que a maioria observa, porque não dignam aplicar a mente a coisas tão fáceis. In: DESCARTES, René. **Regras para a direção do espírito**. Tradução: João Gama. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 20

Projeto este que secularizou<sup>23</sup> tanto a teoria do conhecimento quanto a própria perspectiva da razão prática, isto é, das possibilidades das ações humanas em relação à política, à ética e ao direito, o que poderia ser exemplificado pela máxima latina *sapere aude – tenha coragem de fazer uso do próprio entendimento* - tornada célebre por Kant (KANT, WA, AA 08: A 481)<sup>24</sup>.

A modernidade acentuará a rescisão da *ética* com as suas bases teológicas, seja em relação às suas finalidades e objetivos, *télos* (τέλος), seja em relação à sua tradição, *êthos* (ἦθος). Até mesmo a compreensão sobre o que seja *virtude* receberá uma ressignificação própria. Este projeto – da modernidade - seria taxado, mais tarde, como ideológico e até mesmo instrumental. Seria visto como expressão da classe burguesa, que visava justificar, unilateralmente, a moral, o *Direito* e o *Estado*, tudo voltado para sustentar uma *moral* abstrata do *sujeito individual*. Por isso o materialismo histórico irá acusar essa *ética* da modernidade, isto é, a *moral*, de “*ficção classista ideológica, a fim de desfigurar, intencionalmente, a realidade*” (CORTINA, 2000, p. 13).

Evidentemente que não se pode concluir, apressadamente, que na antiguidade não haviam desejos pessoais, ganância, interesses de grupos ou interesse próprio. (WOLFF, 1999, pp. 40, 41). Ocorre, porém, que em Aristóteles, por exemplo, verifica-se que esse interesse estava sempre gravitando em torno da [mesma] comunidade política:

Agora bem, todas as comunidades parecem parte da comunidade política, pois os homens se associam com vista a algo conveniente e para procurar alguma das coisas necessárias para a vida. A comunidade política parece ter surgido e perdurar em consequência da conveniência; (ARISTÓTELES, *Ét. Nic.* VIII, 1160<sup>a</sup>: 9-14).

Mas, – *na modernidade* -, o projeto da razão pretende harmonizar tais interesses não apenas por meio de suas finalidades e objetivos, *télos* (τέλος), propriamente dito, mas sim,

---

<sup>23</sup> Cf. Adela Cortina “*Y ante tal traducción de un orden religioso a un orden moral, que da sentido al mundo jurídico-político moderno, es necesario, a mi juicio, enfrentar la cuestión: ¿no es la secularización – la imanentización de ciertas nociones transcendentales – sino una traducción de ficciones religiosas a ficciones Morales, que necesitamos para seguir justificando el cobro impuesto?, ¿ es la demostración, por el contrario, de que el orden religioso-moral há acuñado nuestro esquemas cognitivos, de modo que la razón práctica há assumido em parte tareas que entañó llevó sobre sus hombros la religión; las suficientes como para prestar un orden al mundo moral, jurídico y político, cohesión a las sociedades e identidad a los individuos?* In: **CORTINA, ADELA. ÉTICA SIN MORAL. 4 ED. MADRID: TECNOS, 2000, PP. 18, 19.**

<sup>24</sup> No entanto, em Kant a “*a atitude crítica, para se manter, precisa reconhecer os limites da razão. Sem essa consciência, a razão pretender-se-á onisciente e onipotente, tornando-se dogmática e autoritária, perderá seu necessário vínculo com a liberdade e se converterá em irrazão, sob a ilusão de parecer conhecer e de parecer racional.* In: ROHDEN, Valério. *O criticismo kantiano.* In: REZENDE, Antonio. *Curso de filosofia: para professores e alunos dos cursos de ensino médio e graduação.* Rio de Janeiro: Zahar, 1986.

pela parametrização de máximas derivadas dela própria [a razão], as quais podem viabilizar que a liberdade de arbítrio de uma pessoa possa coexistir com a liberdade de arbítrio de outras pessoas segundo uma lei universal ditada pela própria razão em forma de postulado (KANT, MS AA 06, § C, 231). Como já pontuamos anteriormente, Habermas dirá que as máximas serão um ponto de intersecção entre a *ética* e a *moral* porque podem ser avaliadas – *julgadas* – *examinadas* -, simultaneamente sob os pontos de vista *ético* e *moral* (HABERMAS, 1989, p. 9). Por essa razão, muito provavelmente, Habermas (1989, p. 8) irá afirmar que as questões *éticas* também possuem imperativos *incondicionais*, sem atribuir exclusividade de *incondicionalidade* ao uso *moral* da razão prática. Talvez com isso, Habermas tente esquivar-se, intuitivamente, de aderir à estrutura da filosofia da dedução transcendental de Kant, muito embora Habermas reconheça que a *Ética do Discurso* (*Diskursethik*) seja tributária à tradição fundada pela *Crítica da Razão Prática* de Immanuel Kant (*KpV* AA 05 - 1989). Esse reconhecimento, porém, não isola as ressalvas habermasiana oponíveis à arquitetura deontológica de Kant (DURÃO, 1996). Disso resulta que a compreensão sobre aquilo que irá unir as pessoas não será mais a *natureza política* natural de uma comunidade, mas sim, a *natureza racional* de todos os indivíduos, a qual é capaz de harmonizar os arbítrios de uns com os outros. Neste giro, o que irá ligar as pessoas umas às outras não será a identidade de pertencimento à uma determinada comunidade política, mas a identidade de todo o ser racional capaz pelo uso prático de sua razão *pura* deduzir os imperativos morais independentemente de seu vínculo ou pertencimento comunitário.

Ora, tal mudança – *entre os pressupostos da ética para os pressupostos da moral* - é tão significativa que alguns autores, como por exemplo Adela Cortina, parece ir ao extremo quando sustenta que na modernidade houve o desaparecimento da ideia de finalidade *télos* (*τέλος*), e, paradoxalmente acabou de privar as normas morais de sua base racional, (CORTINA, 2000, p. 49). Não é difícil perceber o deslocamento da concepção de *ética* que houve entre os gregos para a arquitetura conceitual da moral que se desenhavam entre os modernos, em especial no período do iluminismo – *Aufklärung* -. Tanto é assim que, mesmo entre os estoicos os conteúdos éticos que possuíam pretensão universalizadora estavam pautados, muitas vezes, numa piedade teológica ou numa virtude teológica. Na modernidade tais conteúdos finalísticos e objetos axiológicos são paulatinamente suprimidos e passam a ser formalizados em máximas morais (*sem conteúdo substancial-material finalístico*), as quais devem ser realizadas tendo por *móbil* da ação – *conduta* - o puro e estrito cumprimento do próprio *dever*. Com isso, a pretensão da universalização das máximas morais não terá como

fundamento um apelo teológico, mas sim, a premissa de que suas máximas formais podem ser operadas por todo sujeito racional.

A moral é já por si mesma uma prática no sentido objetivo, enquanto totalidade de leis que ordenam incondicionalmente, de acordo com as quais *devemos* agir, sendo um evidente absurdo alguém, depois de ter admitido a autoridade deste conceito do dever, querer dizer que não se *pode* realizá-lo. (KANT, 1985, /B 71, 72).

Pois então, qual é novidade que se apresenta na modernidade, uma vez que entre os próprios gregos e estoicos, como vimos anteriormente, já se anunciavam *virtudes* e *fins* com pretensão de universalização? Ora, a diferença, talvez nos diria Habermas, consiste em que naquela *ética clássica* o intuito de universalização encontrava-se *condicionalizado* à autopercepção do sujeito, e bem assim a percepção deste sujeito que se compreendia *na pólis* (*πόλις*) e no *Kósmos* (*κόσμος*). Por sua vez, a moral – “*ética da modernidade*” - buscará superar a chamada “*regra de ouro*”<sup>25</sup> idiosincrática do indivíduo, para formular máxima capaz de universalização a partir da perspectiva de todos os envolvidos, pois só assim poderá obter assentimento universal, uma vez que a questão *ética* “*o que eu devo fazer?*” transmuta-se para o que “*o que deve ser feito?*” incondicionalmente, sem inclinações de *fins* ou *preferências subjetivas*, ou ainda, de *eventuais metas*, mas simplesmente o que se *deve fazer* (*soll*)<sup>26</sup> é feito *por dever* – *obrigação* - (*pflicht*) (HABERMAS, 1989, p. 11). A tomada de decisão sobre o que se deve fazer (*soll*) passa a ser considerada como um fim em si mesma, isto é, deve ser feita em razão do *dever* (*pflicht*). Com isso, ressalta Habermas, o indivíduo

<sup>25</sup> Trata-se, de certa forma, de um *princípio* basilar da *ética clássica*. Suas diversas formulações mais famosas são teológicas. Nesse sentido, também é chamada “*regra áurea*”. No Novo Testamento, por exemplo, “*Tudo quanto, pois, quereis que os homens vos façam, assim fazei-o vós também a eles; porque esta é a Lei e os Profetas*” (Mateus 7: 12). E ainda: “*amarás o teu próximo como a ti mesmo*” (Marcos 12: 31). A mesma regra assume uma “*versão*” negativa em Confúcio (551-552 e 479 a.C), na china, “*não faça para os outros o que não queres que seja feito para ti*”. Com a mudança de perspectiva da modernidade a lei *moral* passou a prescrever um sentido que supera a perspectiva individual do sujeito para “*faça para os outros o que gostaria que todos fizessem para todos*”. Por sua vez, Hobbes parece seria uma forma de síntese da *lex naturalis* sem a força coercitiva que deriva da sanção: “*Mesmo que haja uma grande multidão, se as ações de cada um dos que a compõem forem determinadas pelo julgamento e pelos apetites individuais de cada um, não se poderá esperar que ela seja capaz de dar proteção a ninguém, seja contra o inimigo comum, seja contra os danos causados uns aos outros. [...] se conseguíssemos imaginar uma grande multidão capaz de consentir na observância da justiça e das outras leis de natureza, sem um poder comum que mantivesse a todos em respeito, igualmente conseguiríamos imaginar a humanidade inteira capaz de fazer o mesmo. Nesse caso não haveria, nem seria necessário, nenhum governo civil ou república, pois haveria paz sem sujeição*”. In: HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 144, 145. Verifica-se que a *regra de ouro* acaba por se traduzir num *princípio da reciprocidade* como base do agir *eticamente*.

<sup>26</sup> No idioma alemão o verbo *sollen* tem um sentido de *dever* segundo o qual as pessoas (terceiros) igualmente esperam que determinado sujeito comporta-se ou realize certa ação ou conduta. Diferentemente, pois, de *müssen* que é *aquilo que se tem* (ou necessita) *fazer* mas apenas do ponto de vista do sujeito sem que outras pessoas tenha expectativa sobre esse “*dever*” do indivíduo. No presente contexto algumas situações de *müssen* – *muss* – pode desencadear e desembocar em *sollen* – *soll* -.

isoladamente considerado, deixa de ser o parâmetro ou o próprio paradigma da *ação moral*. Nessa perspectiva a ação moral não pode ser um meio para se atingir algo, assim como os destinatários da referida ação também não o podem ser um meio instrumental para se atingir *fins, valores, preferências* ou *metas*. Ainda que pareça redundante vale ressaltar: neste caso o que se deve (*soll*) fazer não estará submetido ao que se deseja, às questões empíricas ou mesmo de ordem ontológicas, sejam, elas quais forem, mas sim, estará submetida ao *dever* (*pflicht*).

A *razão* proclama, então, que cada indivíduo deve ser respeitado e ter a liberdade de buscar seus ideais, seus sonhos, sua autorrealização. Na realidade, ainda que estejamos pensando na secularização dos fundamentos da razão teórica e prática, o próprio cristianismo já havia assimilado bem a filosofia do epicurismo e o estoicismo, maximizando que a salvação seria para todos homens – *gentios* (Novo Testamento - Tito 2:11). Com efeito, existem *categorias* de direitos que se estendem a todos os homens independentemente da comunidade política a que tenha pertencimento, pelo simples fato de possuir sua natureza de ser *humano*. Dessa natureza racional e moral do indivíduo decorre a institucionalização de uma nova concepção de liberdade expressada pelo liberalismo político (MACRIDIS, 1982, p. 39).

### **1.1.2.1 Moral – Filosofia do Sujeito e Modernidade**

Jürgen Habermas (2002) em “*O discurso filosófico da modernidade*”, ao analisar a leitura de Hegel sobre o fenômeno da autocompreensão da modernidade no fim do século XVIII, pontua o que considera ser os marcos históricos para o estabelecimento daquilo que Hegel chamou de *princípio da subjetividade* a fim de ressaltar um aspecto importante para a modernidade. Estes acontecimentos seriam a *reforma*, o *iluminismo* e a *revolução francesa*, uma vez que a partir de “*Lutero, a fé religiosa tornou-se reflexiva; na solidão da subjetividade, o mundo divino se transformou em algo posto por nós*” (HABERMAS, 2002, p. 26). Com efeito, a *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*, e até mesmo o Código de Napoleão, consagram a soberania do sujeito por meio da liberdade da vontade enquanto fundamento do *Estado*. Neste sentido:

Enquanto a teoria da modernidade se orientou pelas categorias da filosofia da reflexão, pelos conceitos de conhecimento, de tomada de consciência e de

consciência de si, é óbvia a relação interna com o conceito de razão ou de racionalidade. (HABERMAS, 2002, p. 109).

Os *conceitos morais* dos tempos modernos são talhados para reconhecer a liberdade subjetiva dos indivíduos. Fundam-se, por um lado, no direito do indivíduo de discernir como válido o que ele deve fazer; por outro, fundam-se na exigência de que cada um persiga os fins do bem-estar particular em consonância com o bem-estar de todos os outros. A vontade subjetiva ganha autonomia sob leis universais. (HABERMAS, 2002, p. 27).

Não por acaso, Benjamin Constant (1985, p. 9), perceptivo dos acontecimentos de seu tempo, bem como das nuances que a difere aquele período do iluminismo pós-revolução francesa da antiguidade clássica e da renascença, pontua um marco praticamente sem precedentes na história política do homem, a saber, o governo representativo, e, por consequência, a submissão do homem exclusivamente à *Lei*. Na antiguidade, diz Benjamin (1985, p. 11), o “*indivíduo, quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos seus assuntos privados*”. Mas, havia, ainda segundo Benjamin, uma justificação que na modernidade não mais se identifica, visto que “*os antigos, quando sacrificavam essa independência aos direitos políticos, sacrificavam menos para obter mais; enquanto que, fazendo o mesmo sacrifício, nós daríamos mais para obter menos*” (CONSTANT, 1985, p. 15)<sup>27</sup>. A filosofia do sujeito ofertava, então, não apenas um caminho para cisão que resultou na secularização<sup>28</sup> do conhecimento e dos fundamentos para a própria razão prática, mas uma “compensação” para essa ruptura com as bases de fundamentação teológica. Uma vez que essas pretensões se voltam para toda a *pessoa humana*, independentemente de seu pertencimento comunitário, tem-se um alargamento do sentido sobre o que seja cidadania - *que ainda não cabe analisarmos* - cuja pretensão de universalidade fixa uma compreensão de isonomia formal de todos diante da lei. Ora, desenha-se, neste contexto, um casamento altamente poderoso entre os fundamentos do *liberalismo* e da *democracia representativa*, considerando esta em sua nova roupagem arquitetada na modernidade, bem diferente dos modelos democráticos dos gregos. Uma compreensão austera sobre os aspectos moderno e contemporâneo da estrutura do *Estado de Direito – Democrático e Constitucional* - passa, segundo cremos, por essa análise: a transformação da *ética clássica* numa *ética da modernidade*, isto é, em *moral*. Por fim, essa análise aborda como os pressupostos da

<sup>27</sup> Cf. Hannah Arendt também retoma essa construção historiográfica com as diferenças das liberdades políticas dos antigos e dos modernos no início de sua obra “*The Human Condition*”. 2 ed. Chicago: University of Chicago Press, 1958, 349 p.

<sup>28</sup> Em linhas gerais, importa na laicização das crenças e das doutrinas teológicas do cristianismo e à sua conversão ou sucumbência em princípios filosófico, políticos e jurídicos. Em suma, sua conversão às justificações puramente racionais, tendo a *razão* como grande baluarte e “projeto” da modernidade.

filosofia *prática* refugiada, agora, no sujeito, e como tais propostas compensatórias da modernidade (centrada no sujeito) desembocou na fusão entre *liberalismo político* e a *democracia representativa*.

A *moral* enquanto uma possibilidade do uso da *razão prática* não empurra a *razão teórica* para um limbo de razão exclusivamente contemplativa. No entanto, os problemas *práticos* podem recorrer a outros tipos de racionalidade (CORTINA, 2000, pp. 31 e 36). Por isso, a *razão prática* contextualizada assim, entre o início da modernidade e o iluminismo, acaba por oferecer uma *moral* de um sujeito cognoscente autorreflexivo retraído na subjetividade do *eu* e solapado dos objetos externos do mundo a sua volta (HABERMAS, 2006, p. 14).

### 1.1.2.2 *Por que Kant?*

Por que Kant merece um tópico particular, ainda que passageiro, para a abordagem sobre a *moral*, chamadas por alguns como a “*ética da modernidade*”? Além de o fato de Kant ser um dos maiores e mais importantes filósofos da história – *sobretudo do iluminismo* -, é com ele que a distinção entre *ética material* e *ética formal* ganha relevância (CORTINA, 2000, p. 50). É como se o realismo – *metafísico* – da tradição, *êthos* (ἦθος), objeto de fins e valores se convertesse em um *idealismo*. Adela Cortina (2000, p. 51), pontuará o formalismo, o idealismo e a autonomia como as características marcantes desta “*ética da modernidade*”, isto é, a concepção de moral. Por isso, quando dizemos, que na perspectiva da *moral* os imperativos são *incondicionais*, significa dizer que seus imperativos não são conduzidos por determinados fins *télos* (τέλος) externos à vontade da ação moral a que se pretende alcançar, mas são realizados *por dever* (*pflicht*). Essa abstração toda irá influenciar diretamente não só o direito privado do século XIX, mas também, a própria concepção de *Estado de Direito*. Deveras, na *razão teórica*, segundo Kant, os conceitos precisam subsumir-se às intuições empíricas – *dentro da arquitetura kantiana que pressupõe a síntese das intuições a priori do espaço e tempo com o sensorial externo ao sujeito* -. Por sua vez, a *razão prática* não poderá estar condicionada a qualquer intuição que advenha da sensibilidade, exigindo uma abstração de todas as condições sensíveis (DURÃO, 2010, p. 88).

### ***1.1.2.2.1 Da Teoria do Conhecimento à Filosofia Prática – Moral ou “Do Que Posso Conhecer”? ao “O Que Devo Fazer”?***

Imaginem Kant entre os pensamentos fortes e contundentes tais como Platão, Descartes, Leibniz e Wolff de um lado, e, de outro lado, Aristóteles, Newton, Copérnico, Bacon e sobretudo Hume. O primeiro grupo inclinado para a subjetividade do sujeito e o segundo grupo, por sua vez, traçando o valor da experiência empírica e a crítica do universalismo do conhecimento. Poderíamos, talvez, formar um terceiro grupo dos céticos incluindo um ou outro filósofo. Sem tomar partido exclusivista entre racionalistas – “*dogmáticos*” (HÖFFE, 1986, p. 47) e empiristas, e de certa até mesmo entre céticos, Kant buscou validar a possibilidade do conhecimento superando ambas as linhas de pensamento e, ao mesmo tempo, preservando os pressupostos mais importantes de cada uma destas. Diante desse cenário Kant tentou esclarecer qual o papel da experiência [empírica] e do subjetivismo do sujeito no processo – *de formação* – do conhecimento. Em palavras muito simples, Kant optou por uma saída que sintetizasse as duas possibilidades.

Daí, então, surge a famosa *revolução copernicana do conhecimento* realizada por Kant. Nesta revolução do conhecimento Kant desloca a razão – *do sujeito cognoscente* - para o centro gravitacional da cognição e do processo de conhecimento. Antes dessa revolução a relação sujeito-objeto era determinada pelo objeto que se apresentava com validade objetiva em si mesmo diante do sujeito cognoscente (CASSIRER, 1994, p. 135). Por isso é tão recorrente as expressões tais como “coisa em si” ou “realismo metafísico” para se referir às diversas teorias do conhecimento em fase pré-renaissance<sup>29</sup>. Até então a teoria do conhecimento supunha que o *sujeito* é que deveria girar em torno do *objeto*. Todavia, tal suposição limitou a explicação de inúmeros problemas cognoscitivos. Kant então supôs que o *objeto* é que deveria girar em torno do *sujeito*, tal como Copérnico sugeriu que é o planeta *Terra* que gira em torno do *Sol* e não ao contrário (REALE, 2005, p. 352). Kant parece ter relativizado a ontologia autônoma dos objetos (sensoriais ou não), a qual tinha a pretensão de ser apreendida pelo entendimento humano. Segundo Valério Rohden, ao mesmo tempo em que se distanciava dos sistemas racionalistas vigentes à sua época, no qual a metafísica era forma preponderante de conhecimento, Kant teria descoberto o suposto erro de tais dogmas, a

---

<sup>29</sup> Não importa afirmar que as expressões “coisa em si” e “realismo metafísico” sejam sinônimas.

saber, a própria razão (ROHDEN, 1986, p. 108). Por isso, graças à consciência que a razão tomou acerca de seus próprios limites é que se tornou crítica (ROHDEN, 1986, p. 109).

Pois bem. O que decorre da revolução copernicana do conhecimento em Kant é um sujeito contributivo constituinte nas possibilidades da experiência.

Dito isso, convém esclarecer que o microrroteiro “*da teoria do conhecimento à filosofia prática*” não significa uma sucessão de etapas do conhecimento ou sucessão cronológica das possibilidades do uso da razão, ou mesmo um rito de passagem da metafísica da natureza para a metafísica dos costumes. Com Zeljko Loparic (2003) podemos dizer que se trata de partes distintas das “duas metafísicas de Kant”, a metafísica da natureza e a metafísica dos costumes. O roteiro é importante quando se assume posição segunda a qual a filosofia prática kantiana será desenvolvida tendo em vista os mesmos pressupostos da revolução copernicana aplicada à teoria do conhecimento no âmbito da metafísica da natureza. Essa *ponte* entre filosofia teórica formatada em moldes de uma razão crítica e a filosofia prática [pura] é importante de ser ter no horizonte para compreensão futura de inúmeros temas, tais, por exemplos, como princípios de direitos fundamentais e sua pretensão de universalidade e necessidade.

É possível perceber esse canal de ligação quando nos voltamos para a clássica pergunta *como são possíveis juízos sintéticos a priori?* Assim, se na *Crítica da Razão Pura*<sup>30</sup> Kant busca responder como são possíveis juízos sintéticos do conhecimento teórico [especulativo], por sua vez, no campo da filosofia moral – *metafísica dos costumes* – Kant buscou responder como são possíveis juízos sintéticos práticos (PEREZ, 2006, p. 67). Na primeira revelada pela pergunta *o que posso saber?* ao passo que a segunda pela questão *o que devo fazer?* A metafísica da natureza, mesmo na parte transcendental trata de objetos, ao passo que a metafísica dos costumes irá se reportar ao livre arbítrio de uma forma geral (LOPARIC, 2003, p. 6). Por isso, mais uma vez com Loparic, entendemos que a metafísica dos costumes contém elementos da filosofia transcendental<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> A despeito não estar se referindo especificamente à obra da filosofia moral de Kant, Otfried Höffe destaca que as obras de Hegel, Marx, Mill, Nietzsche, e ainda, Frege, Husserl, Heidegger, Russell e mesmo Wittgenstein, nada seria capaz de propor um giro tão profundo na filosofia moderna tal como representou a *Crítica da Razão Pura* (*KrV - Kritik der Reinen Vernunft*) (HÖFFE, 1986, p. 36).

<sup>31</sup> Valério Rohden adverte que *transcendental* não deve ser confundido ou tomado por sinônimo de *transcendente*. In: ROHDEN, Valério. *O criticismo kantiano*. In: REZENDE, Antonio. *Curso de filosofia: para professores e alunos dos cursos de ensino médio e graduação*. Rio de Janeiro: Zahar, 1986, p. 109. Cf. Otfried Höffe que explica que *transcendental* deriva do mesmo radical do latim *transcedere* do qual derivam as expressões *transcendente* e *transcendência* que em termo literal significa *transpassar um limite*. HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Tradução: Diorki. Barcelona: Editorial Herder. 1986, p. 64.

Como quase tudo que envolve a filosofia kantiana, a filosofia transcendental não encontra entre os estudiosos kantianos uma definição imune às controvérsias ou debates muito bem elaborados. Certo, nos parece, é que o idealismo transcendental oferece uma alternativa contrária a teoria do conhecimento do realismo transcendental, em razão que este negará a possibilidade epistêmica *a priori*.

Compreendo por idealismo transcendental de todos os fenômenos a doutrina que os considera, globalmente, simples representações e não coisas em si e segundo a qual, o tempo e o espaço são apenas formas sensíveis da nossa intuição, mas não determinações dadas por si, ou condições dos objetos considerados como coisas em si. A este idealismo opõe-se um realismo transcendental, que considera o espaço e o tempo como algo dado em si (independente da nossa sensibilidade). O realista transcendental representa, pois, os fenômenos exteriores (se se admite a sua realidade) como coisas em si, que existem independentemente de nós e da nossa sensibilidade e, portanto, também estariam fora de nós, segundo conceitos puros do entendimento. (KANT, *KrV*, A 369).

O objeto transcendental, nas palavras de Alexandre F. Morujão (1981, p.240), possui um “parentesco” com os conceitos de (a) *coisa em si*, e (b) *númeno*. O objeto empírico opera-se tal qual uma subsunção de uma intuição a um conceito. Já o objeto transcendental uma unidade vazia de referenciais não dados e tampouco apreendidos ou captados, mas tão-somente pensados. O objeto transcendental é indeterminado de qualquer objeto em geral. O ponto que é importa chamar a atenção é o fato de que o (i) objeto transcendental; (ii) coisa em si; (iii) númeno, serem facilmente identificados como sendo não-empíricos, não resulta que todas essas categorias sejam a mesma coisa. O modo como a razão opera com cada um destes conceitos de forma isolada difere de quando pretende operar com a totalidade de todos estes objetos mediante os conceitos da razão (*Vernunftbegriffe*) (KANT, *KrV*, B 367, A 311). Os conceitos da razão (*Vernunftbegriffe*) que servem para “conceber” contém o incondicionado, isto é, refere-se a algo a que toda experiência se integra, mas a qual ele próprio, em si mesmo, nunca se revela um objeto da experiência (KANT, *KrV*, A 311).

Exposto isso, convém relembrar que compõem direta ou indiretamente a compreensão sobre o que seja idealismo transcendental alguns conceitos ou categorias chaves os quais foram resgatados por Kant, retirados desde a filosofia clássica e mesmo da filosofia escolástica. São eles: (i) as formas de se obter o conhecimento – *a posteriori* e *a priori* -, (ii) os juízos – *sintético* e *analíticos* -, (iii) e os objetos do conhecimento ou formas de intuição referente ao mundo inteligível (*mundi intelligibilis*) - númeno (*noumeno* – *νοούμενον*), ou ainda, a intuição referente ao mundo sensível (*mundi sensibilis*) -, isto é, fenomênica

(*phaenomena - φαινόμενον*). Estes conceitos ajudam a compreender a metafísica especulativa de Kant, isto é, a filosofia transcendental como parte da filosofia da natureza. Vejamos, antes, como Kant refere-se, resumidamente, à sua preocupação com o que seja filosofia transcendental:

Chamo *transcendental* a todo o conhecimento que em geral se ocupa menos dos objetos, que do nosso modo de os conhecer, na medida em que este deve ser possível *a priori*. Um sistema de conceitos deste gênero deveria denominar-se filosofia *transcendental*. (KANT, *KrV*, B 25).

Com efeito, a distinção entre *númeno* e *fenômeno*, como demonstramos previamente acima, represente elementos importantes na arquitetura de uma razão crítica, e um dos alicerces para a compreensão acerca do idealismo transcendental kantiano.

Se entendemos por númeno uma coisa, *na medida em que não é objeto da nossa intuição sensível*, abstraindo do nosso modo de a intuir, essa coisa é então um númeno em sentido *negativo*. Se, porém, a entendemos como *objeto de uma intuição não-sensível*, admitimos um modo particular de intuição, a intelectual, que, todavia, não é a nossa, de que nem podemos encarar a possibilidade e que seria o númeno em sentido *positivo*.

A doutrina da sensibilidade é, pois, simultaneamente, a doutrina dos númenos em sentido negativo, isto é, de coisas que o entendimento deve pensar, independentemente da relação com o nosso modo de intuir, portanto não simplesmente como fenômenos, mas como coisas em si, compreendendo, aliás, nesta abstração, que não pode fazer uso das suas categorias neste modo de considerar as coisas, I porque essas categorias só têm significado em relação à unidade das intuições no espaço e no tempo e só podem determinar *a priori* precisamente essa unidade pelos conceitos gerais de ligação, em virtude apenas da mera idealidade do espaço e do tempo. (KANT, *KrV*, B 307, B 308).

Vejamos, agora, os conceitos acerca do mundo inteligível, chamado de númeno (*noumeno – νοούμενον*), e mundo sensível, chamado de fenômeno<sup>32</sup> *phaenomena* (*phaenomena - φαινόμενον*). Uma vez mais, dentro do sistema kantiano, tais termos volta meia apresentam ligeira ambivalência e ausência de rigor semântico. Contudo, merece advertência o fato de que, novamente em Kant, os termos não são assim tão bem aparelhados ou com significativos equivalentes, por exemplo, entre uma suposta classificação entre inteligível como sendo equiparado ao númeno (*noumeno – νοούμενον*). Não por acaso Alexandre F. Morujão – tradutor da *Crítica da Razão Pura* da edição portuguesa da Fundação Calouste Gulbenkian -, redigiu, já nos idos de 1981, interessantíssimo artigo

<sup>32</sup> Sobre a polêmica envolvendo os termos *erscheinung* (aparecer, surgir, emergir, fenômeno) e *scheinen* (parecer, aparentar brilhar, irradiar aparentar) ver PIMENTA, Olavo C. *A distinção kantiana entre aparecimento e fenômeno*. *Kant e-prints*. Campinas, Série 2, v. 1, n.1, p. 119-126, jan.-jun. 2006.

intitulado *Fenómeno, númeno, coisa em si. Notas sobre três conceitos kantianos* (MORUJÃO, 1981). Neste texto Morujão propõe uma distinção kantiana entre as categorias *coisa em si* e *númeno*. Noutras palavras, Morujão filia-se à corrente a qual entende que no sistema kantiano nem sempre [ou nunca] as categorias *coisa em si* é sinônima de *númeno*.

Em resumo, os objetos sensíveis ou da sensibilidade eram chamados nas escolas antigas de *fenómeno* (*phaenomena - φαινόμενον*), e os objetos ou aquilo que pode ser conhecido pela inteligência são os inteligíveis chamados de *númeno* (*noumeno – νοούμενον*). Os *fenômenos* correspondem as coisas *uti apparent* (*como eles aparentam*), ao passo que aos *númenos* as coisas *sicuti sunt* (*como [elas] são*) (MORUJÃO, 1981, p. 227). Explica Morujão que Kant teria operado uma cisão [sobretudo entre os racionalistas que lhe eram contemporâneos] com relação a forma como se compreende a capacidade cognoscitiva do homem. Assim, sensibilidade e entendimento seriam, na verdade, duas formas distintas de se obter conhecimento [de conhecer]. Destarte, fenômeno e númeno não seriam realidades distintas e estanques entre elas, mas, muito mais, duas possibilidades ou modos distintos de considerar a mesma realidade (MORUJÃO, 1981, 229). Uma distinção nem sempre notada ou comentada pelos estudiosos kantianos diz respeito à “*coisa em si*”. Roberto Torretti, por exemplo, parece focar na distinção kantiana entre fenômeno e *coisa em si* tendo esta por equivalente ou sinônima de númeno (TORRETTI, 1967, p. 489). De todo modo vale a advertência, talvez óbvia, de que *a priori* não é sinônimo de *coisa em si*, ou mesmo que a categoria dita “*coisa em si*” só existe se for pura como os conhecimentos *a priori*. Da mesma forma, a maneira numênica de se conhecer (ou restringir a possibilidade de conhecimento de um objeto), não é sinônima de conhecimento da *coisa em si* (KANT, *KrV*, B 312). Por isso que o conceito puramente inteligível ou numênico não possui dados, sendo puramente formal (MORUJÃO, 1981, p. 229). Vejamos os seguintes excertos todos extraídos da *Crítica da Razão Pura*:

O conceito de um *númeno*, isto é, de uma coisa que não deve ser pensada como objeto dos sentidos, mas como coisa em si (exclusivamente por um entendimento puro), não é contraditório, pois não se pode afirmar que a sensibilidade seja a única forma possível de intuição. Além disso, este conceito é necessário para não alargar a intuição sensível até às coisas em si e para limitar, portanto, a validade objetiva do conhecimento sensível (pois as coisas restantes, I que a intuição sensível não atinge, se chamam por isso mesmo númenos, para indicar que os conhecimentos sensíveis não podem estender o seu domínio sobre tudo o que o pensamento pensa). (KANT, *KrV*, B 310).

O conceito de um númeno é, pois, um *conceito-limite* para cercear a pretensão da sensibilidade e, portanto, para uso simplesmente negativo. Mas

nem por isso é uma ficção arbitrária, pelo contrário, encadeia-se com a limitação da sensibilidade, sem todavia poder estabelecer algo de positivo fora do âmbito desta. (KANT, *KrV*, B 311).

O conceito de um *númeno*, tomado apenas como problemático, é, todavia, não só admissível, mas também inevitável como conceito limitativo da sensibilidade. (KANT, *KrV*, B, A 256).

O que vemos é que na *Crítica da Razão Pura* a objetividade sempre estará relacionada à noção de fenômeno, ao passo que, anteriormente, na *Dissertatio* de 1770, Kant ainda considerará a possibilidade que o *mundus intelligibilis* pudesse ser conhecido de forma abstrata e pura (MORUJÃO, 1981, p. 230). Admitir que um determinado objeto, sensível ou inteligível sejam uma *coisa em si* é algo distinto da limitação fenomênica que só permite conhecer no limite que os sentidos são afetados por tais objetos (MORUJÃO, 1981, p. 235). Por isso em relação aos fenômenos é possível saber muitas coisas, ao passo que pouco se pode dizer sobre a *coisa em si* que pode, por outro lado, servir-se com elemento ou fundamento de fenômenos. A realidade pode ser conhecida enquanto fenômeno, enquanto afeta o conhecimento, mas não é dada a ser conhecida *em si*. Destarte, a *coisa em si* pode se admitir uma natureza ôntica, enquanto realidade subsistente e independente, de certa forma até ponto de origem para o fenômeno. O númeno, por sua vez, perfaz uma estrutura gnosiológica primária (possível [ao menos] numa perspectiva lógica-formal) (MORUJÃO, 1981, p. 241).

Vejamos, agora, sobre a dicotomia formada pelo conhecimento *a priori* e *a posteriori*, a qual diz respeito à sua origem de conhecimento, ao passo que o par conceitual analítico e sintético indica o fundamento decisivo sobre a verdade de um juízo (HÖFFE, 1986, p. 56). Como bem observa Otfried Höffe, a dupla distinção entre *a priori* e *a posteriori* e analítico e sintético oferecem quatro combinações possíveis: **(i)** juízos analíticos *a priori*; **(ii)** juízos analíticos *a posteriori*; **(iii)** juízos sintéticos *a priori*; **(iv)** juízos sintéticos *a posteriori* (HÖFFE, 1986, p. 57). Como se vê, algumas destas combinações, tais como **(i)** juízos analíticos *a priori* e **(iv)** juízos sintéticos *a posteriori* não oferecem grandes problemas para a sua compreensão. Os juízos analíticos são válidos *a priori* por seus próprios conceitos, razão pela qual não pode ser possível de serem analíticos *a posteriori*. A questão subjacente se é possível realizar um juízo sintético *a priori*, que permita uma ampliação do conhecimento antes mesmo de toda a experiência é a pergunta fundamental do idealismo transcendental sobretudo na *Crítica da Razão Pura*. Tais juízos dizem respeito à possibilidade e uma

estrutura geral da experiência que se apresente como sendo universal e necessária, por exemplo, “*tudo o que acontece tem sua causa*” (ROHDEN, 1986, p. 110).

O conhecimento dos objetos pode se dar *a priori* e *a posteriori*. Disso não resulta que a dedução transcendental seja sempre *a priori*, justamente porque transcendental será a crítica do conhecimento e não sua de conhecimento dos objetos (FAGGION, 2007, p. 10)

Começemos pela clássica distinção entre conhecimento *a priori* e *a posteriori*. Kant retoma tais conceitos os tratando da seguinte forma: conhecimento puro o que seja *a priori*, e conhecimento empírico que seja *a posteriori* (KANT, *KrV*, B 1). Diz Kant que parece não existir dúvidas de que todo o conhecimento derive da experiência, porém, isso não importa concluir que todo conhecimento apenas derive da experiência. Um acréscimo *a priori* poderia decorrer de um conhecimento adquirido *a posteriori*. Todavia, isso não distinguiria um conhecimento *puro* de um conhecimento *empírico*. E neste sentido, um conhecimento *a priori* só seria puro se nada de empírico a ele [conhecimento] se misturasse (KANT, *KrV*, B 3). O que Kant busca categorizar no conhecimento *a priori* a fim de que seja realmente puro, é a sua capacidade de ser necessário e sua capacidade de ser universalizável, pois a “*necessidade e rigorosa universalidade são pois os sinais seguros de um conhecimento a priori e são inseparáveis uma da outra*” (KANT, *KrV*, B 4). Evidentemente que a compreensão sobre o que seja *a priori* em Kant não é ontológico ou metafísico, mas sim, epistemológico.

Agora bem, novamente temos que possivelmente o termo *juízo* parece ter sido utilizado pelo próprio Kant com certa polissemia. Henry E. Allison (1992, p. 123) ressalta que Kant teria se valido do termo *juízo* tanto para designar o ato de julgar (*formar um conceito complexo*), quanto um produto ou resultado (*um juízo sobre determinado objeto – uma validade objetiva*). O que nos importa, aqui, é fixar a distinção entre juízos sintéticos e juízos analíticos. Kant chama de juízos analíticos aqueles cuja ligação do sujeito com o predicado é feita por identidade. Por sua vez, são juízos sintéticos aqueles cuja ligação do sujeito com o predicado é pensada sem identidade (KANT, *KrV*, A 7). Os primeiros juízos, *analíticos*, poderiam ser compreendidos como sendo meramente *explicativos*, uma vez que nada acrescentam ao conceito ao qual o sujeito já possui, visto que tais conceitos já estavam pensados [já existiam] embora de forma confusa. Já os juízos *sintéticos* poderiam ser chamados de *extensivos* visto que acrescentam ao conceito de sujeito um predicado que não havia sido pensando e tampouco poderia ser depurado analiticamente sem esse novo dado ou informação predicativa (KANT, *KrV*, B 11). Por essa razão, a rigor, os juízos sintéticos são juízos da experiência, o predicado sempre dependerá de dados ou informações da experiência.

Por isso, também, pode-se afirmar que, a rigor, os juízos sintéticos são conhecidos – *conhecimentos - a posteriori*, ao passo que os juízos analíticos são conhecidos – *conhecimentos - a priori* visto que podem ser formulados independentemente da experiência. Tanto entre os empiristas, quanto entre os racionalistas, o que se tinha como compreensão até Kant eram os conhecimentos *analíticos* seriam, em regra, *a priori* e o *sintético* seriam, em regra, *a posteriori*.

A grande inovação kantiana, por assim dizer, está na sua tese segunda a qual existem juízos que são *sintéticos a priori*. Como vimos, os juízos *a priori* se fundamentam, a rigor, analiticamente e independentemente da experiência, devendo ainda, em razão disso, serem **(a)** *necessários* e **(b)** *universais*. Sem embargo, a questão como são possíveis juízos sintéticos *a priori* pode ser mais bem compreendida pela proposição: juízos sintéticos podem possuir fundamentos que não sejam empíricos? (ALLISON, 1992, p. 137). Ora, não sendo o objeto algo “*em si*” independente do sujeito [cognoscente], dentro da concepção revolucionária copernicana, logo encontra-se constituído justamente pelas condições *a priori* do sujeito cognoscente (HÖFFE, 1986, p. 67). Se por um lado o juízo analítico aumenta o conhecimento em sentido *formal*, por outro lado, o juízo sintético aumenta o conhecimento em sentido material (ALLISON, 1992, p. 134). Destarte, o juízo *sintético a priori* necessitará da *intuição*. Todavia, não uma intuição particularizada ou empírica, mas sim, intuições puras. E tais intuições puras são possíveis na medida que são representações do sujeito do referido juízo (ALLISON, 1992, p. 140). Por essa razão, se o conhecimento objetivo pode ser *sintético a priori* seus pressupostos também deve ser (HÖFFE, 1986, p. 64). Como chama a atenção Allison (1992, p. 140) tal intuição pura deverá ser capaz de se aplicar como necessária e universal tanto ao juízo sintético quanto *a priori*, o que realiza pela intuição dos objetos. Assim, um juízo é sintético não porque seu predicado lógico de existência seja real, mas sim, porque o sujeito [cognoscente] é um sujeito lógico, razão pela qual o juízo apenas afirma a existência de um objeto correspondente a esse sujeito [imbuído de necessidade e universalidade] (ALLISON, 1992, 135).

Essa empresa kantiana, em síntese, tentará demonstrar que a razão oferta juízos que não são meramente subjetivos, isto é, tenta explicar como é possível que juízos tenham validade objetiva e sejam aplicados aos objetos, sem, com isto, serem enunciados com validade apenas para o sujeito que opera tal inferência (DURÃO, 1996, p. 17). A reflexão enquanto processo de flexionar-se em si mesmo, e a própria intuição não devem limitar os juízos da razão apenas para o sujeito cognoscente, mas, ao contrário, devem ser vistas como

condições de possibilidades para que o sujeito transcendental realize operações sintéticas que definam o objeto como resultado de tal síntese, e não uma captação primária (*apreensão ontológica*) do objeto como sendo algo primário *em si* (DURÃO, 1996, p. 13). A validade objetiva dos juízos sintéticos não é dada pela experiência, mas depende que a experiência se adeque aos juízos. Nisso reside a pretensão da validade objetiva, e, em termos, a necessidade e a universalidade.

Aqui temos um ponto decisivo entre os estudiosos kantianos. Alguns defendendo que a filosofia transcendental não foi aproveitada ou não poderia ser aplicada à filosofia prática de Kant. Outros autores defendendo que, no contexto sistemático da obra Kantiana, é possível constatar, sim, a filosofia prática como parte da filosofia transcendental (LOPARIC, 2003 p. 7), que se desenvolveria, então, no campo da filosofia prática com a pergunta *como são possíveis juízos sintético a priori práticos?*

Mesmo sem nos filiar a uma ou outra posição, é possível optarmos epistemologicamente, e no interesse deste trabalho, por uma conclusão segunda a qual a filosofia prática de Kant compõe e possui os elementos da filosofia transcendental e persegue a ideia de uma *razão pura prática*.

Como nos explica Loparic (2003, p. 1), Kant define o filósofo como “*legislador em nome da razão humana*” (KANT, *KrV*, B 867), a qual possui dois objetos, quais sejam, (i) a natureza e (ii) a liberdade. A primeira refere-se a filosofia teórica, a segunda refere-se a filosofia prática. A filosofia teórica devendo se ocupar daquilo “*que é*”, ao passo que a filosofia prática cuidando daqui “*que deve ser*”. A metafísica da natureza se divide entre *teórica*, da qual trata sobre a possibilidade e limites do conhecimento em termos de uma filosofia transcendental, e *fisiológica* (que seria a natureza em sentido estrito), que diz respeito a natureza dada na experiência para se submeter justamente à razão teórica. Paralelamente a essa divisão da filosofia teórica-natureza, a filosofia prática possui uma arquitetura muito similar à filosofia teórica transcendental sendo dividida em *metafísica dos costumes*<sup>33</sup>, que “*contém os princípios que determinam a priori e tornam necessários o fazer e o deixar de fazer*” (KANT, *KrV*, B 869), em resumo, o aspecto formal do livre arbítrio, e a *antropologia moral*, que se reporta ao estudo das condições subjetivas da natureza humana para o cumprimento ou não de tais norma que determinam o que de ser feito ou deixar de ser feito

---

<sup>33</sup> Quando Kant refere-se por “*costume*” (*sitten*) (BOBBIO, 2000, p. 82) tem em mente reportar-se àqueles objetos tradicionais da ética ou da filosofia moral em contraposição a física e a lógica, tal como os gregos dividiam a ciência entre física, ética e lógica (*GMS*, AA 04: BA III, IV).

(LOPARIC, 2003, pp.2 e 3). Disso decorre que a distinção entre filosofia teórica e filosofia prática, da metafísica da natureza para a metafísica dos costumes deve se ter em mente que a metafísica da natureza trata sobre de objetos, sendo que a metafísica dos costumes os atos do livre arbítrio em geral (LOPARIC, 2003, p. 6).

Por fim, se a filosofia teórica, em termos da filosofia transcendental, visava a validade objetiva dos objetos, com sua pretensão de universalidade e necessidade, na filosofia prática Kant, chamará o imperativo moral de *imperativo categórico* “*pelo fato de reivindicar uma universalização incondicionada de regras moralmente relevantes*” (ROHDEN, 1986, 112).

Vale ressaltar, por fim, que tanto para Otfried Höffe (1986, p. 187), assim como para Simone Goyard-Fabre (2002, p. 321), a razão prática consiste na própria razão teórica aplicada – voltada – para a prática. Em vista disso, só existe uma razão, sendo que esta pode ser usada prática ou teoricamente. Outrossim, a razão prática consiste na capacidade de escolher sua ação independentemente de fundamentos ou fins sensíveis, impulsos, paixões, sensações de agradável e desagradável (HÖFFE, 1986, p. 188). Trata-se, em termos mais apurados, da legislação da razão que prescreve um *dever ser* para as ações do sujeito, sem contudo relacionar com os sentimentos ou fins que tal ação possa alcançar, ou seja, a relação da razão apenas com a máxima da ação que prescreve.

### ***1.1.2.2 Do Imperativo Moral à Filosofia da História***

Daremos início a este tópico pinçando, brevemente, elementos que permitam a formação de conceitos meramente ilustrativos, isto é, ainda que perfunctórios, sobre o que sejam *imperativo categórico* e *filosofia da história*.

O imperativo moral, isto é, imperativo categórico, necessita ser considerado dentro da arquitetura da filosofia transcendental. Também, vale lembrar, que a compreensão sobre o que seja imperativo categórico passa pela estrutura, igualmente já exposta, sobre a filosofia prática:

[...] todos os conceitos morais têm a sua sede e origem completamente *a priori* na razão, e isto tanto na razão humana mais vulgar como na especulativa em mais alta medida; que não podem ser abstraídos de nenhum conhecimento empírico e por conseguinte puramente contingente. (KANT, *GMS*, BA 34).

E ainda na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*:

Todos os imperativos se exprimem pelo verbo *dever (sollen)*, e mostram assim a relação de uma lei objectiva da razão para uma vontade que segundo a sua constituição subjectiva não é por ela necessariamente determinada (uma obrigação). (KANT, *GMS*, BA 38).

Nos diz Kant que os *imperativos* ordenam [a ação] *hipoteticamente* ou *categoricamente*. Quando a exigência da prática de uma ação se mostre necessária para alcançar algum fim, um valor, um objetivo, o imperativo é *hipotético*. Quando, por sua vez, a exigência da prática de uma ação se mostra necessária, por si mesma, sem vínculo ou relação com qualquer finalidade, está-se diante de um imperativo *categorico*. O imperativo *hipotético* é identificado pelas boas ações, todavia, boas ações como *meio* para alcançar qualquer outra coisa ou finalidade, um valor solidário ou altruísta que seja. Se uma ação pode ser considerada boa, em si mesma, sem a necessidade de estar ligada a algum resultado, esta ação perfaz pela máxima de um imperativo categorico. (KANT, *GMS*, BA 40). Por essa razão, “*O imperativo categorico, que declara a acção como objectivamente necessária por si, independentemente de qualquer intenção, quer dizer sem qualquer outra finalidade, vale como princípio apodíctico (prático)*” (KANT, *GMS*, BA 40, 41). Disso resulta dizer que os imperativos hipotéticos são *condicionais*, e que os imperativos categoricos são *incondicionais*.

Assim, para Kant, uma conduta pode ser considerada como *ação moral* quando é um resultado da determinação da vontade do próprio sujeito, prescrita pela lei moral de forma objectiva, e pelo puro cumprimento (*observação ou respeito – enquanto móbil da ação moral*) por esta *Lei*. O critério de “verificação” e determinação das máximas das ações, as quais prescrevem como devemos agir, se dá pelo imperativo categorico. O enunciado mais conhecido do imperativo categorico kantiano<sup>34</sup> é “*Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*”. (KANT, *GMS*, BA 52). O imperativo universal do dever também pode ser enunciado de três maneiras diferentes (PAVÃO, 1997, p. 108), sendo eles: (a) “*Age como se a máxima da tua acção se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza* (KANT, *GMS*, B 52); (b) *Age ‘de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio* (KANT, *GMS*, B 66, 67); (c) *age conforme a ideia “da vontade de todo o ser racional concebida como vontade legisladora universal*” (KANT, *GMS*, B 71).

<sup>34</sup> Utilizamos a versão da *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (GMS) - Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, segundo a edição portuguesa de tradução de Paulo Quintela, Edições 70, 2 ed. 1960.

Por fim, vale dizer que o imperativo categórico não se refere à nenhuma regra, mas unicamente à máximas (HÖFFE, 1986, p. 203). Com efeito, por máxima, entende Kant proposições fundamentais subjetivas do agir. Considerando que as proposições universais da vontade prescindem das circunstâncias dada pela experiência, por meio das máximas o partir da ação concreto o modelo fundamental normativo (HÖFFE, 1986, p. 205). Outrossim, a finalidade das máximas é propiciar um âmbito universal de situações de necessidade, posicionando-se como um princípio-guia. Disso resulta que, a universalidade que se oculta em toda máxima, é uma universalidade subjetiva e não objetiva. Por outro lado, a universalização, sim, é que examina o horizonte de vida subjetivo de uma máxima.

Habermas (1989, p. 12) sustenta que em Kant a “*razão prática e moralidade coincidem*”. Vejamos, então, se Habermas está correto. A virada copernicana de Kant visa, também, ajustar um cronograma de filosofia da história, segundo o qual a humanidade paulatinamente se aproxima assintoticamente dos princípios da razão prática (DURÃO, 2010, p. 78), o que parece sugerir que, de fato, que razão prática e moralidade podem, em certos momentos, coincidir em Kant.

Sobre o que se entende por *filosofia da história*<sup>35</sup> é preciso reconhecer que, conceituar é, muitas vezes, excluir possibilidades semânticas e epistêmicas. Mesmo assim, imaginemos que a historiografia é uma área do conhecimento<sup>36</sup> que se dedica a estudar os fatos, a investigar os fatos, que se preocupa em reconstruir a trajetória dos fatos tais como eles ocorreram (MATE, 2013, p. 12). Por sua vez, a filosofia da história apresenta-se, muito mais, como uma ideia. Trata-se de teorias que estudam, em linhas gerais, o progresso da humanidade, a evolução da sociedade. Podemos dizer, apenas para acentuar a distinção com a historiografia, que a filosofia da história possui, até mesmo, um olhar prospectivo. Da análise da história, conforme as bases filosóficas deste ou daquele autor, especula-se o sentido da história e o futuro da humanidade. A filosofia da história se utiliza dos fatos históricos para fazer diagnósticos e traçar prognósticos.

Vejamos, de forma muito simplificada e modesta, da seguinte maneira uma confluência temática de boa parte do que já consignamos no presente trabalho: se na filosofia

---

<sup>35</sup> Cf. BERBERT, Carlos Oiti Jr. *Teoria da História e Filosofia da História: uma análise das relações entre a epistemologia, a metodologia e o pensamento especulativo*. Revista Dimensões, UFES, vol. 24, 2010, p. 173-192. ISSN: 1517-2120.

<sup>36</sup> Uma “ciência” da história ou estudo da história. Evidentemente a forma simplista como a *Teoria da História* está apresentada aqui se presta mais para tentar explicar o que seja *filosofia da história* e suas possíveis diferenças com uma historiografia meramente narrativa de fatos. Contemporaneamente a *Teoria da História* é muito mais rica do que isto, e, cada vez mais, oferecem elementos importantíssimos para a reflexão dos estudos da psicologia, filosofia, política, ciências sociais e demais áreas de humanas e ciências sociais aplicadas.

teórica a pergunta que se revela é *o que posso saber?* na filosofia prática a pergunta é *o que deve fazer?* a filosofia da história poderá ser representada pela pergunta *o que devo esperar?*

Desde o início temos nos preocupado em chamar a atenção sobre pretensa distinção entre imperativos *condicionais* e *incondicionais*. Se fomos bem sucedidos em nossa intenção, a exposição realizada até aqui deixou claro que os imperativos *éticos*, a rigor, são condicionais. Por exemplo, tal como observado pelos *imperativos hipotéticos*. Isto porque tratam de ética de objetos e fins, de valores a serem alcançados. A moral, sobretudo em Kant, revelará imperativos *incondicionais*, tal como o *imperativo categórico*. Isto porque Kant inverte frontalmente a métrica de uma ética de objetos e fins para uma moral principiológica. Não foi pouca coisa. E sendo a moral principiológica seu imperativo se revela, em primeira instância, *incondicional*. A metafísica dos costumes oferece juízos *a priori* moralmente práticos que derivam direta ou indiretamente da lei moral (LOPARIC, 2003, p. 6).

Dessa incondicionalidade da lei moral, que decorre de seus juízos *a priori*, revela como primeiro elemento o sentimento de respeito pela lei moral. Deste sentimento de respeito pela lei moral geram-se “*ações morais, modos de vida morais, grupos e sociedades moralizadas e governadas por constituições racionais, fatos da práxis humana que, tomados em conjunto, remetem à uma humanidade racionalizada ao longo da sua histórica*” (LOPARIC, 2003, p. 7). O propósito da metafísica dos costumes de Kant é oferecer uma legislação *a priori* sobre a práxis humana no que toca à sua liberdade, isto é, ao livre arbítrio dos agentes humanos (LOPARIC, 2003, p. 8). Por isso que o fim visado por esta legislação é conferir o gênero humano sejam regidos por regras e normas racionais.

Sem embargo, talvez de início se mostre nebuloso este fio condutor que tentamos demonstrar, entre filosofia moral e filosofia da história, fio condutor ao qual nos filiamos a Ricardo R. Terra, para concluir que “*a arquitetônica da filosofia prática kantiana*” (TERRA, 1998, pp. 293, 294) desemboca, também, na *filosofia da história*. O kantismo teria introduzido à concepção de *filosofia da história* a ideia do “*discurso reflexivo sobre o devir humano*” (TERRA, 1998, 303 – nota de rodapé). Segundo Ricardo R. Terra (1998, p. 302), a filosofia da história de Kant tem por objetivo estabelecer uma relação entre história e *Direito*. Por isso, dentro do sistema kantiano é “*preciso entender a filosofia da história como história das conquistas e consolidação do direito*” (TERRA, 1998, p. 305). Um exemplo desse progresso da natureza humana pode ser extraído de *A Religião no Limite da Simples Razão* do ano de 1793:

Um *estado civil de direito* (político) é a relação dos homens entre si, enquanto estão comunitariamente sob *leis de direito públicas* (que são no seu todo leis de coação). Um estado civil ético é aquele em que os homens estão unidos sob leis não coactivas, i. e., sob simples *leis de virtude*. (KANT, *RGV*, p.101).

[...]

Além disso, visto que os deveres de virtude dizem respeito a todo o género humano, o conceito de uma comunidade ética está sempre referido ao ideal de uma totalidade de todos os homens e nisso se distingue do de uma comunidade política. (KANT, *RGV*, p.102).

Por ora, parece ser suficiente o registro que fizemos sobre o fio condutor entre filosofia moral e filosofia da história em Kant. Retomaremos mais à frente à questão sobre a *filosofia da história*, mas para discutirmos sobre o desenvolvimento da ideia de *Estado de Direito* que comunicou até a concepção de *Estado Social*.

## 1.2 PRIMEIRA CONFLUÊNCIA TEMÁTICA - SOBERANIA POPULAR E SOBERANIA DA LEI

A primeira confluência temática tem o dever de demonstrar, ainda que com baixa densidade, uma possível correlação entre a premissa do estudo ético fixado, e a dicotomia entre soberania popular e direitos fundamentais – provocativamente intitulado *soberania da lei* -. No fundo, essa é uma dicotomia que, doravante, irá nos acompanhar por todo o trabalho, ainda que eventualmente não venhamos a utilizar tais expressões *ipsis litteris*. Uma confluência ao término deste primeiro capítulo cumpre uma dupla função de saneamento preliminar do trabalho e justaposicionar as premissas até então consignadas.

Uma forma de clarificar essa dualidade entre soberania popular e soberania da lei, está no fato de que a soberania popular constitui uma sociedade *telocrática* e, portanto, governada pelos objetivos dessa sociedade, ao passo que a soberania da lei constitui uma sociedade livre e *nomocrática* governada pela lei (HAYEK, 1981, p. 50). Quando observamos essas primeiras considerações à luz da ética e da moral podemos harmonizar os pressupostos destas “soberanias” da seguinte maneira: a *soberania popular*, a rigor, move-se pelo *télos* (τέλος) da ética e por seu *êthos* (ἦθος) circunscreve um fio condutor e de união para uma determinada sociedade histórica e seus concidadãos; a *soberania da Lei* tem como ponto segurança as

máximas morais fornecidas pela razão, cuja a incidência se reporta a todo indivíduo dentro de seu espaço jurídico circunscricional.

Na soberania popular a exigência ética chama o cidadão a compor ativamente o *êthos* (*ἦθος*) da sociedade a qual faz parte e exige, ainda, que este cidadão contribua e se insira no contexto do *télos* (*τέλος*). Na soberania da *Lei*, ao contrário, o sujeito individual não possui a liberdade irrestrita, pois abre mão de parte de sua liberdade, para, diante da lei, poder conciliar o seu livre-arbítrio com o arbítrio dos demais indivíduos, do que decorre a exigência moral para que haja respeito à Lei a qual irradia sua incidência formalmente isonômica a todos os cidadãos. Na soberania popular tem-se a ética de cidadãos políticos, sendo que na soberania da lei temos a moral de cidadãos jurídicos.

A soberania do povo baseia-se no princípio da democracia, ao passo que a soberania da Constituição baseia-se no princípio de justiça.

Por isso, justapor soberania popular e direitos fundamentais, traz consigo, as ideias modernas de *autorrealização* e *autonomia*, as quais revelam, por sua vez, as lógicas das premissas que apresentamos, quais sejam, as lógicas de questões éticas e morais. As questões éticas refletem os questionamentos sobre planos de vida, e, questões morais elucidam conflitos interpessoais, que necessita harmonizar-se em concordância com os interesses de todos aqueles que são afetados em tais relações intersubjetivas (HABERMAS, 2004, p. 193). Habermas (2004, p.197) torna claro essa intuição, no sentido de que as questões éticas e morais indicam a distinção normativa de anseios por *autorrealização* e *autonomia*, respectivamente. Daí porque arremata dizendo que a tradição do liberalismo concebe os direitos humanos como encarnação da autonomia, e que, por outro lado, a tradição republicana concebe a soberania popular como expressão de autorrealização (HABERMAS, 2004, p. 197).

Disso resulta, então, uma dicotomia altamente excludente entre si? Quer nos parecer que não. No *Direito* contemporâneo a legitimidade pelo procedimento, isto é, pelo processo legislativo se apoia no princípio da soberania popular, sendo que, é justamente o produto deste processo legislativo que retira dos indivíduos o peso solipsista das normas morais e as deposita nas leis (HABERMAS, Vol. 1, p. 1997, 114). Salvo tomadas de posicionamentos mais radicais pelo predomínio entre soberania popular e direitos humanos, nos dias de hoje a questão que as colocam em rota de colisão parece ter se convertido na clássica questão “*o que vem primeiro o ovo ou galinha?*”. Nesse tipo de questionamento não se busca entender

eventual predominância entre soberania popular e direitos humanos, mas sim compreender quais destas categorias conferem condição de valide a outra. Noutras palavras, se é a soberania popular que garante o gozo dos direitos humanos ou, ao contrário, se são os direitos humanos que racionalmente confere a possibilidade de um exercício uníssono de uma soberania popular. Em ambos os casos, tais categorias se pressupõe como condição de existência e validade. Se pressupõem, por fim, enquanto a autonomia privada e autonomia pública. Isto porque, os princípios morais, expostos em máximas de ações, ao assumirem a forma coercitiva de um *Direito Estatutário*, isto é, do *Direito Positivo*, a liberdade do sujeito moral se fragmenta entre (i) autonomia pública que eleva o sujeito moral a qualidade de *colegislador*; (ii) autonomia privada que faz, simultaneamente que o sujeito moral seja, também, destinatário da lei [da qual ele mesmo, o sujeito moral é colegislador]. O processo democrático é o canal que liga tais autonomias – *públicas e privadas* -, com a missão de garantir isonomicamente a todos os cidadãos liberdades iguais, tanto no âmbito da autonomia pública quanto no âmbito da autonomia privada (HABERMAS, 2002-b, 119).

## 1.2.1 Soberania Popular

Muito embora existam opiniões divergentes sobre o tema, podemos assumir a postura segunda a qual a democracia e a soberania popular, a despeito de estarem intimamente correlacionadas, não são a mesma coisa. Essa distinção pode ser vista como algo trivial ou tema espinhoso para ser enfrentado. Não há como realizar o devido aprofundamento sobre as nuances que distingue as linhas limítrofes entre soberania popular e democracia. Mesmo assim, algumas breves considerações se mostram imprescindíveis.

A ideia simples da soberania popular consiste em que o *Poder do Estado* pertence ao *Povo*, à *Nação*. Em uma única linha pontuamos expressões caras à teoria política: Poder; Estado; Povo e Nação. Por outro lado, não podemos nos esquecer que é famigerada a ideia de *democracia* vinculada às suas raízes etimológicas, segundo a qual *democracia* (*δημοκρατία*) é o governo do povo. Nessa forma de compreender a democracia temos que *demos* (*δῆμος*) é o *povo*, e *kratos* (*κράτος*) traduz-se por *poder*. Sem dúvida essa compreensão sobre o que seja *democracia* nos remete à experiência grega, em especial aos atenienses<sup>37</sup>. Na modernidade a

---

<sup>37</sup> Cf. *Democracia antiga e moderna*. FINLEY, Moses I. Tradução: Waldéa Barcellos, Sandra Bedran. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

democracia fica atrelada ao conceito de sufrágio universal. E nesse sentido ela se reporta mais sobre a participação do cidadão na escolha dos governantes que exercerão o *Poder* em seu nome, do que a participação do cidadão ativamente na vida política da sociedade e da administração do *Estado*. Por isso, “*todos decerto reconhecem que a ‘democracia direta’ que despontou na Grécia hoje não passa de curiosidade histórica*” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 2). Não por acaso surgem as democracias adjetivadas como *Democracia Liberal* e *Democracia Representativa*. Facilmente os juristas contemporâneos poderiam resumir sua natureza dizendo que a *democracia* se refere ao regime *político* de um *Estado* – *em oposição ao regime autocrático* -. Mas isso, por si só, não ilide toda a gama de complexidade a qual está envolvida desde a concepção nascente antiga, até a concepção revisitada na modernidade. Sem embargo, se a concepção antiga de democracia era apreendida como “*poder do povo*” “*as democracias que conhecemos hoje são antes regimes nos quais a vontade (ou o consentimento) do povo é a fonte do poder*” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 46).

A partir da modernidade duas ideias permeiam indissociavelmente a compreensão sobre o que seja democracia: (i) procedimento de escolha de representantes, isto é, formação de governo<sup>38</sup> em sentido amplo; (ii) prevalência formal da maioria em detrimento da minoria. Essas duas ideias, são aqui representadas exclusivamente sob perspectivas procedimentais e formais.

Com efeito, soberania popular perfaz um conceito nem sempre preciso, e quase sempre polêmico, muito recorrente sobretudo nos debates constitucionalistas do século XIX. Neste debate o *Estado* soberano carrega a ambivalência de ser um princípio de legitimidade, quanto o poder que reflete uma identidade nacional (HABERMAS, 1983, pp. 232, 233). Ora, uma vez que uma das interpretações clássicas de soberania do povo indicam a ideia de autogoverno, logo se pode ver que há fissura numa pretensão moderna tendo por sinônima entre soberania do povo e democracia. O aspecto formal da vitória da maioria sobre a minoria na formação de um governo é incompatível com a pretensão da formação de uma *vontade geral* do povo que governa a si mesmo. Na “*democracia liberal*” há uma renúncia de parte da liberdade de cada indivíduo em favor do *Estado* cuja administração e controle será exercida pelo governo representativo eleito por um procedimento formalmente pré-estabelecido. Na “*soberania do povo*” a formação de um governo representativo não importa em renúncia de

---

<sup>38</sup> Cf. *Considerações sobre o governo representativo*. MILL, John Stuart. Tradução de Manoel Innocêncio de Lacerda Santos. Jr. Brasília: UnB, 1981.

parcela de sua liberdade, mas a formação de um governo representativo catalisará a liberdade dos cidadãos na personificação de uma vontade geral<sup>39</sup> e comum a todos.

[Soberania] é necessariamente e sempre que a soberania é a soberania do “povo”. E, como é inconcebível que o povo, em corpo, queira fazer mal a si mesmo, a generalidade do poder soberano, que provém da exigência de universalidade da razão que conclui o pacto social, significa seu caráter absoluto e inquestionável. A generalidade formal da vontade pública soberana explica, portanto, sua perfeita retidão. A vontade geral soberana é “inalterável e pura”. Em seu dever se, que é sua única maneira de ser, ela não pode nem falhar nem errar. (GOYARD-FABRE, 2003, pp. 158, 159).

Essa interpretação roussoireana, por exemplo, seria incongruente com as experiências democráticas que temos experimentado desde a modernidade, sobretudo naquilo que chamamos por democracia representativa. E aí reside, também, a ambiguidade com os conceitos modernos e contemporâneos de democracia como sendo um governo do povo pelo povo, pois isso exigiria o reconhecimento do povo como sendo soberano, o que só seria possível em sentido literal se tal democracia fosse exercida diretamente sem intermediários representativos (GOYARD-FABRE, 2003, pp. 117, 118). De qualquer forma, o que se postula com a soberania popular é “*que membros de uma comunidade democrática governe a si mesmo coletivamente*” (HABERMAS, 2004, p. 191).

A ideia embutida na concepção de soberania popular diz respeito a existência de “*sujeitos coletivos*”. Sujeitos coletivos são, neste caso, um paralelismo com sujeito individual *self*<sup>40</sup> um arquétipo ou categoria, e, por isso, não se confunde com a coletividade de pessoas. Nisto reside uma compreensão tipológica segunda a qual o *sujeito coletivo* tem identidade tal como o *sujeito individual – self*. -. Coletividade integradas comportam-se como interlocutores tal como pessoas individuais, possuem ponto de vista que representam para cada um que compõe a coletividade integrada, a ideia de que todos na coletividade sustentam unissonamente (PETIT, 2007, p. 162). Possuindo uma personalidade própria, por assim dizer,

<sup>39</sup> Evidentemente Jean Bodin e Jean Jacques Rousseau são corolários de soberania e vontade geral, respectivamente, mas que não iremos nos aprofundar especificamente em tais pontos além da exposição generalista do corpo do texto da dissertação. Sobre o tema ver a obra já referenciada de Simone Goyard-Fabre que sistematiza e aborda satisfatoriamente ambos os autores. In: GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 365 p.

<sup>40</sup> Nesse sentido: “*A palavra ‘pessoa’ deriva do latim persona, a qual refere-se, etimologicamente, a uma máscara por meio da qual os atores representam um personagem ou tomam parte no palco. A palavra self deriva do caso pronominal –se, por meio do qual indicamos que uma atitude ou ação se conecta ao próprio agente. É algo que o agente pode somente descrever, em suas próprias palavras, como um caso do que ‘eu’ faço a ‘mim’ ou pensar sobre ‘mim’ ou seja o que for. As etimologias sugerem fortemente que é natural reservar o uso das palavras persona e self para aqueles agentes que podem, em princípio, falar por si próprios e pensar em si próprios, sob o aspecto da primeira pessoa indexicals ‘eu’, ‘mim’ e ‘meu’.* In: PETTIT, Philip. Teoria da Liberdade. Tradução: Renato Sérgio Pubo Maciel. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 111.

o sujeito coletivo ou coletividade integrada, agem e existem como pessoas por direito próprio, com ponto de vista na primeira pessoa – *selfhood* -.

São sujeitos que podem iniciar um diálogo com outros indivíduos ou entre eles, sendo capazes de se amarrar a um crescente relatório de compromissos tanto nos julgamentos que eles fazem, quanto nas intenções que eles criam e tornam obrigatórias e são sujeitos de um tipo tal que aqueles que s compõem são forçados, como membros de uma coletividade, a pensar nela na primeira pessoa do plural. Do ponto de vista de um de nós, dentro de qualquer uma de tais coletividades, as coisas que a sociedade integrada julga intenta, são coisas que nós julgamos e intentamos e não são assuntos de um mero relatório impessoal (PETTI, 2007, pp. 163, 164).

Por essa razão, vale uma última consideração. Nesta visão de soberania do povo os direitos entres os indivíduos que compõem esse *sujeito coletivo* serão sempre verticalizados em relação a um ordenamento jurídico objetivo, ordenamento o qual terá o papel de a integridade de uma vida comum baseada no respeito mútuo de um histórica comum a todos (HABERMAS, 2004, p. 200). Podemos, agora, dar o próximo passo para finalizar essa primeira confluência temática.

## 1.2.2 Direitos Humanos – Fundamentais

Existe um marco historiográfico que os autores, em sua grande maioria, gostam de relacionar a formalização, enfim, dos chamados direitos humanos ou direitos fundamentais do homem (SILVA, 2013, pp. 151-173) que são as chamadas cartas da *Virginia Bill of Rights* (1776) e a *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* (1789). Mas, a expressão *humano* foi utilizada, de fato, só apenas o segundo pós-guerra, com a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*<sup>41</sup> (1948), conforme relata George Marmelstein (2009, pp. 3-15). Seja como for, tais marcos são referencias importantes para a localização histórica do desenvolvimento de um pensamento, sobretudo na modernidade. No entanto, acabam por ter uma força mais simbólica, no sentido que mais narram a história de fatos e acontecimentos, do que relatam o desenvolvimento filosófico que subjaz tais marcos históricos.

---

<sup>41</sup> À época da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – em 1789 pós-revolução francesa* - a distinção entre pessoa humana – *homem* – e cidadão parece que não causava grandes problemas. Sem embargo, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos – em 1948 pós-guerras mundiais* – não alberga em seu texto a expressão “cidadão”, reportando ao seu destinatário sempre como “ser humano” e “pessoa”.

Há, ainda, certa ambiguidade na terminologia<sup>42</sup> utilizada. Alguns autores sustentam que, pelo fato de somente os seres humanos possuírem capacidade de serem titulares de direitos e obrigações, seria dispensável falar-se em *direitos humanos*, sendo mais recomendado referir-se como *direitos fundamentais*. Ingo Wolfgang Sarlet apresenta alguns termos comumente utilizados, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, e “direitos humanos fundamentais” (SARLET, 2014, p. 262). De fato, o que podemos perceber é que, de maneira geral, a literatura estrangeira sugere uma prevalência para a utilização do termo “*direitos humanos*”. No Brasil diversos autores<sup>43</sup> perfilam do entendimento segundo o qual há uma distinção conceitual entre “*direitos humanos*” e “*direitos fundamentais*”. George Marmelstein se posiciona adepto do entendimento que distingue (a) “*direitos fundamentais*”, (b) “*direitos humanos*” (c) “*direitos do homem*”. “*Direitos Humanos*”, seria termo correto para se referir a tratados internacionais “*Direitos Fundamentais*” seria designação exclusiva para normas positivadas constitucionalmente que dizem respeito à limitação de *Poder* e que estão intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana. “*Direitos do Homem*” seriam valores ético-políticos ainda não positivados, um estágio ou fase pré-jurídica ou pré-positiva, do que poderia ser dito ser semelhante a ideia de um *direito natural* (MARMELSTEIN, 2009, pp. 20-28). Está de acordo com esse entendimento Ingo Wolfgang Sarlet, acrescentando que *Direitos Humanos* reportam-se aos documentos no âmbito do *Direito Internacional* uma vez que dizem respeito àquelas posições jurídicas que reconhecem o ser humano com tal independentemente de seu pertencimento nacional com este ou aquele *Estado Constitucional*, e por isto, os *direitos humanos* pretendem ter validade universal para todos os povos e lugares – uma natureza supranacional – (SARLET, 2014, p. 263). Muito embora tal distinção nos pareça interessante e até mesmo válida, conforme o objeto de estudo que se esquadrinha, para o nosso trabalho não é necessário tomar partido sobre o tema, razão pela qual, também, iremos prosseguir com o uso indistinto entre *direitos humanos* e *direitos fundamentais*.

---

<sup>42</sup> Nesse sentido assevera José Afonso da Silva, para que “*Direitos humanos é expressão preferida nos documentos internacionais. Contra ela, assim, como contra a terminologia direitos do homem, objeta-se que não há direito que não seja humano ou do homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de direitos. Talvez já não mais assim, porque, aos poucos, se vai formando um direito especial de proteção dos animais.*” In: SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 178.

<sup>43</sup> Cf. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, que embora menos rígidos com a distinções sugeridas, mantém a posição que distingue conceitualmente *Direitos Humanos* e *Direitos Fundamentais*. In: *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: RT, 2009.

A despeito dessas breves considerações introdutórias, nossa intuição é no sentido de que no Brasil o debate entre soberania popular e direitos fundamentais parece não ser muito claro. Não chega a ser um tema renegado, mas a forma como é abordado, na grande maioria das vezes, solapa a questão da *soberania popular* para o interior dos *direitos fundamentais*. Um exemplo disso são os livros e manuais que dão grandes destaques aos *direitos fundamentais*, sejam em obras exclusivas sobre *Direitos Fundamentais*, seja em posição de destaque que possui no bojo de obras de *Direito Constitucional* ou *Teoria do Estado*. E a razão para isso talvez seja a própria metonímia que se cria entre *Constituição Democrática* e *Direitos Fundamentais*. A partir do momento que os fundamentos de cidadania (CRFB/88, art. 1º, II), mormente ao que toca a partição popular na eleição e escolha de seus representantes (CRFB/88, art. 1º, parágrafo único – c.c. art. 14), se alinham alçados à categoria de *Direitos Fundamentais* ocorre uma espécie de eclipse dos pressupostos legitimadores do *Estado Democrático* contemporâneo, o qual oculta a abrangência conceitual e a importância legitimadora da *soberania popular*, razão pela qual se sobressai, em nosso caso, a discussão mais energética sobre *Direitos Fundamentais*. No Brasil se vive uma transição de gerações de pensadores, sendo que a geração mais antiga, que vivenciou redemocratização do país vê, nos dias de hoje, com desconfiança os limites e possibilidades das realizações dos direitos fundamentais, principalmente após a expectativa dirigente da *Constituição* e a interpretação programática de suas normas. Alguns já discutem, agora, a identidade semântica dos direitos fundamentais, que passa, de certa forma, pela discussão do que iremos enfrentar sobre *Direitos Sociais*. Noutra ponta, temos uma nova geração de autores, sobretudo de juristas filiados ao movimento do *Neoconstitucionalismo* que, em alguns casos, maximizam indistintamente as expectativas acerca do alcance semântico do que sejam *Direitos Fundamentais*, o que fazem, quase sempre, com intuito de conferir máxima eficácia às normas constitucionais.

Pois bem. Seguindo o propósito de confluência temática, o que nos interessa destacar do ponto de vista da história do desenvolvimento do pensamento, temos que, na órbita constitucional, os *Direitos Humanos* refletem um núcleo do projeto político da modernidade,

ao ponto de ser chamado, como nos lembra Höffe (2003, p. 114) religião civil moderna<sup>44</sup>. Habermas sugere que os *Direitos Humanos* apresentam um genótipo com a cabeça de *Janus* voltadas, ao mesmo tempo, para a moral e para o direito. Se da perspectiva da moral irradia sua pretensão de universalidade, como resultado de um imperativo moral, no âmbito do *Direito Estatutário* limita sua circunscrição e jurisdição à uma determinada comunidade jurídica (HABERMAS, 2001, p. 150).

Os *Direitos Humanos* partem do pressuposto de uma pretensão normativa que é de interesse simétrico para todos os seres humanos. Trata-se de reivindicar a prevalência do uso moral da razão prática como elemento de legitimação e justificação do *Estado* moderno. É por isso que seu ponto de partida são sujeitos individuais - *self*. Como já assinalado, os *Direitos Humanos* referem-se a pretensão de autonomia do sujeito individual, e indicam questões morais da tradição liberal. A moral, enquanto uma “ética da modernidade”, é uma moral da razão cuja especificidade aborda questões de justiça, sempre à luz da incondicionalidade, necessidade, em resumo, da possibilidade de universalização. Höffe chamará de *imperativo categórico do direito* essa justiça política da modernidade, o qual expressará uma validade incondicional e sua obrigatoriedade independentemente de qualquer dado da experiência (HÖFFE, 2003, pp. 84, 85). Ora, a justiça deve oferecer um critério de juízo imparcial, que não esteja vinculado com determinados compromissos (HÖFFE, 2003, p.90). Por isso seu objetivo traduz-se na avaliação imparcial ao que toca a análise de conflitos de ação (HABERMAS, 1997, Vol. 1, p. 149).

Na visão da *soberania do povo* cada pessoa não está disposta a abrir mão de qualquer parcela de sua liberdade, visto que confiam num projeto de um interesse dominante e igual para todos. Este projeto comum certamente protege individualmente as pessoas, visto que ninguém, em tese, irá desejar ou praticar o mal contra si mesmo. Na percepção arquetípica da *soberania do povo*, o mal do outro representa o mal de si mesmo. Por sua vez, um

---

<sup>44</sup> Nesse sentido, a distinção feita por Rousseau (1999, pp. 237, 238), e também percebida por Adela Cortina (2005, pp. 32, 33), entre religião do homem e religião do cidadão, parece indicar uma distinção entre “*pessoa humana*” e *status* de cidadão: Diz Rousseau “*Resta, pois, a religião do homem ou cristianismo, não o cristianismo de hoje, mas o do Evangelho, que é completamente diverso. Pois nessa religião santa, sublime, verdadeira, os homens, filhos do que mesmo Deus, reconhecem-se todos como irmãos, e a sociedade que os une não se dissolve nem com a morte*”. In: ***Do Contrato Social***. Tradução: Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999, pp. 237,238. A religião do homem que se refere Rousseau não faz distinção entre os cidadãos, e considera que todos podem ser alcançados por ela. A teoria dos Direitos Fundamentais não se reporta com exclusividade para um grupo de cidadãos, mas para a “*pessoa humana*”. Adela Cortina harmoniza a visão da religião do homem defendendo que a noção moderna de cidadania deve integrar cidadania nacional e cosmopolita, uma vez que ela não vislumbra a substituição ou superação de um conceito por outro, mas sim, a necessidade de conjugação ou conciliação destas tradições. In: ***Cidadãos do Mundo. Para uma teoria da cidadania***. Tradução: Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 330.

ordenamento jurídico justificado em *Direitos Humanos* parte de premissas da legitimação mútua da liberdade, as quais, em linhas gerais, baseiam-se na passagem de um estado de natureza racional para a constituição de uma ordem jurídica racional, razão pela qual exige de seus aderentes a renúncia de parte de sua liberdade (HÖFFE, 2003, p. 106). Uma vez que essa renúncia mútua de liberdade não tem como objetivo bens, fins e serviços, mas a própria constituição de um ordenamento que garanta a liberdade, tem-se que tal cooperação negativa de liberdade está preocupada com a definição abstrata de regras, e não com a sua aplicação. Essa preocupação revela a intenção de estabelecimento isonômico de regras, sendo igual para todos e imparcial. Por isso se pode dizer que se trata da renúncia da liberdade em prol da liberdade. (HÖFFE, 2003, p. 113). A reciprocidade que serve como elemento legitimador deste ordenamento, faz que na ótica dos *Direitos Humanos* as pessoas sejam sujeito e objeto, beneficiários e benfeitores, tudo ao mesmo tempo, na medida em que cada direito gera uma obrigação correspondente. Neste sentido, se na visão da *soberania popular* a integração de uma coletividade ou formação de um vontade coletiva é a base para o ordenamento político, a reciprocidade é, por sua vez, uma das bases dos *Direitos Humanos* (HÖFFE, 2003, p. 118). Uma vez que as restrições da liberdade procede sempre do outro, isto é, de fora para dentro, revela-se uma coerção que ao mesmo tempo não é coerção, porque deriva de uma justificação moral (HÖFFE, 2003, p. 121). E essa coerção ilustra um limite formal e neutro da própria liberdade dos outros, de fora para dentro, transforma a limitação em autolimitação moralmente justificada. Destarte, os *Direitos Humanos* assim fundamentados configuram um grupo de *Direitos Humanos* de direito à *liberdade* e representam o atomismo do pensamento liberal (HÖFFE, 2003, p. 120).

Na visão liberal, os direitos humanos impõem-se ao saber moral como algo dado, ancorado num estado natural fictício; ao passo que na interpretação republicana a vontade ético-política de uma coletividade que está se autor-realizando não pode reconhecer nada que não corresponda ao próprio projeto de vida autêntico. No primeiro caso, prevalece o momento moral-cognitivo, no segundo o ético-voluntário (HABERMAS, Vol. 1, 1997, p. 134).

A confluência temática deve acenar, de alguma forma, para o fato de que os ideais morais de *autonomia* e *justiça* acabam por fundir-se constitucionalmente em direitos privados impessoais. Ora, essa impessoalidade depositada numa carta de *Direitos Humanos* fundamentais, tem, dentre outros motivos, a desconfiança liberal de que se opere uma tirania da maioria contra minoria. Do que logo se vê, tal desconfiança acaba por negar a possibilidade e as bases ontológicas da construção de um *sujeito coletivo* tal como

demonstramos anteriormente. Por isso, a ideia de *Direitos Humanos Fundamentais* estão intimamente ligadas com o ideal ou com ideia de *justiça*. De um lado a pretensão ética da soberania popular prima da *autonomia política*, do outro lado a pretensão moral de uma *autonomia da vontade* cuja esperança se encontra depositada na impessoalidade de *Direitos Humanos Fundamentais* com perspectivas de atemporalidade, necessidade e universalidade.

De fato, o liberalismo pretende fundamentar direitos subjetivos dos indivíduos pela via de princípios de justiça e na autodeterminação moral de sujeitos racionais para formulação de um consenso sobre direitos que sejam igualmente de interesses de todos os cidadãos (DURÃO, 2003, p. 830). Essa vinculação entre moral e *Direitos Humanos* decorre do entendimento liberal segundo o qual toda a pessoa humana é portadora de determinados direitos ou categorias de direitos subjetivos que lhes pertence de maneira inaliável e independentemente do direito positivado pelo legislador (DURÃO, 2003, p. 829).

Uma vez que nesta perspectiva o cidadão não é parte de governo pela figura arquetípica do *sujeito coletivo* os *Direitos Humanos* devem garantir uma defesa do cidadão em relação ao *Estado*. Em linhas gerais, esse direito de defesa do cidadão diante do *Estado* resulta numa das grandes etiquetas dessa compreensão normativa de legitimação do *Poder*, muito conhecida como *liberdade negativa*. Nesta perspectiva há uma tomada de escolha da prevalência por direitos jurídicos em detrimento dos direitos e exigências políticas. Destarte, os *Direitos Humanos* terão por meta estruturar um ordenamento jurídico que possibilite verificar em cada caso os direitos e deveres de cada indivíduo. Por isso podemos antecipar, desde já, que os liberais prezarão pelo favorecimento “*impessoal império das leis baseadas em direitos humanos – em especial aqueles direitos que asseguram as liberdades negativas*” (HABERMAS, 2004, p. 201).

Ora, o núcleo dos direitos fundamentais é formado pelos clássicos direitos de liberdade: *habeas-corpus*, o direito ao livre exercício da religião, direitos de propriedade, em síntese todos os direitos de liberdade que garantem uma formação autônoma de vida e persecução do próprio bem-estar (*pursuit of happiness*). Esses direitos fundamentais liberais protegem, evidentemente, bens que possuem valor *intrínseco*. Por isso, eles não se esgotam na função instrumental que podem vir a ter no exercício dos direitos políticos dos cidadãos. (HABERMAS, 2003, p. 159)

Os *Direitos Humanos* acabam por expor uma compreensão de direitos subjetivos que dizem respeito às liberdades negativas das pessoas, na medida que visam uma proteção não apenas contra o *Estado*, mas também do próprio *Estado*, que o próprio direito fundamental à

jurisdição, a fim de proteger “*intervenções ilícitas na liberdade, na vida e na propriedade. A autonomia privada é garantida, nessa esfera colocada sob a proteção do direito, principalmente através do direito de fechar contratos, de adquirir, herdar ou alienar propriedade* (HABERMAS, Vol. 1, 1997, pp. 116, 117).

Para finalizar, gostaríamos de, brevemente, expor como os fundamentos jusfilosóficos das tradições da soberania popular e dos direitos humanos são incorporadas e trabalhadas no Brasil. Evidentemente não temos espaço para processar uma pesquisa exaustiva em toda literatura brasileira sobre o tema. Por isso, tomamos por base a obra *Curso de Direitos Fundamentais* de George Marmelstein (2009):

Em primeiro lugar, os direitos fundamentais possuem um inegável conteúdo ético (aspecto material). Eles são os valores básicos para uma vida digna em sociedade. Nesse contexto, eles estão intimamente ligados à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder. Afinal, em uma ambiente de opressão não há espaço para vida digna.

A dignidade humana é, portanto, a base axiológica desses direitos.

[...]

Além do conteúdo ético (aspecto material), os direitos fundamentais também possuem um conteúdo normativo (aspecto formal). Do ponto de vista jurídico, não é qualquer valor que pode enquadrado nessa categoria. Juridicamente, somente são direitos fundamentais aqueles valores que o povo (leia-se: o poder constituinte) formalmente reconheceu como mercedores de uma proteção normativa especial, ainda que implicitamente. Esse reconhecimento formal ocorre através da positivação desses valores por meio de normas jurídicas. Para ser ainda mais preciso, pode se dizer que, sob o aspecto jurídico-normativo, somente pode ser considerados como direitos fundamentais aqueles valores que foram incorporados ao ordenamento constitucional de determinado país. (MARMELSTEIN, 2009, pp. 18-20).

O livro de Marmelstein possui uma abordagem absolutamente original, e além de possuir uma bela organização estrutural, possui um elevado aprofundamento teórico. Mesmo assim, se espelharmos o excerto transcrito acima com as premissas teóricas da filosofia moral da modernidade e suas consequências na formação de um entendimento de *Direitos Humanos* veremos que há um descompasso de fundamentos filosóficos irremediável. A visão indistinta, muitas vezes trabalhadas por autores brasileiros, de *Direitos Humanos* ligada à bens, fins e serviços, muito mais aproxima seus fundamentos à concepção de autonomia pública da soberania do povo, do que a autonomia privada visada pelos *Direitos Humanos* propriamente ditos. Não bastasse isso, uma vez que essa compreensão axiológica de bens, fins e serviços de *Direitos Humanos* estão vinculados ao famigerado princípio da *Dignidade da Pessoa Humana*, há a necessidade imperiosa de dotar tal princípio de conteúdos, uma vez que em

razão da sua baixa densidade constitucional não é possível indicar *primo ictu oculi* quais sejam os seus conteúdos. Parte disso talvez se deva a um tipo de filosofia da história embutida imperceptivelmente na ideia de *Estado de Direito* e, por consequência, a própria compreensão substantiva de *Direitos Humanos*. Exemplo disso, são as chamadas *gerações* ou *dimensões* de Direito, mas que ainda não é o momento correto para abordar tal peculiaridade.

O formalismo inicial dos *Direitos Humanos*, mormente como expressão da cultura do liberalismo político, tem por núcleo de preocupação garantir que cada indivíduo tenha a mesma liberdade, a fim de usufruir uma vida autêntica e autodeterminada. Nesta paraxe o papel da autonomia pública, exercida [autolegislativa] pela *pessoa coletiva* dos cidadãos do *Estado* é, justamente, garantir a autodeterminação pessoal dos sujeitos individualmente considerados *self*. Por isso conclui Habermas que “*embora a autonomia pública possa ser para algumas pessoas valor intrínseco, em primeira linha ela parece ser um meio para a possibilitação da autonomia privada*” (HABERMAS, 2002-b, 119).

### **1.3 SEGUNDA CONFLUÊNCIA TEMÁTICA - LIBERDADE DE ANTIGOS E MODERNOS – LIBERDADE NEGATIVA E POSITIVA**

É célebre e clássico o ensaio proferido Benjamin Constant proferido no ano de 1819, *Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos - De la Liberté des Anciens Comparée à Celle des Modernes* - (CONSTANT, 1985). Benjamin Constant (1985, p. 9), perceptivo dos acontecimentos de seu tempo, bem como da antiguidade clássica e da renascença, pontuou um marco praticamente sem precedente na história política do homem, a saber, o governo representativo, e, por consequência, a submissão do homem exclusivamente à Lei. Na antiguidade, diz Benjamin (1985, p. 11), o “*indivíduo, quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos seus assuntos privados*”. Mas, havia ainda segundo Benjamin, uma justificação que na modernidade não mais se identifica, visto que “*os antigos, quando sacrificavam essa independência aos direitos políticos, sacrificavam menos para obter mais; enquanto que, fazendo o mesmo sacrifício, nós daríamos mais para obter menos*” (CONSTANT, 1985, p. 15). A soberania do *sujeito coletivo*, isto é, a soberania popular, aos olhos e aos argumentos de Constant já não mais se justificavam. O desenho distintivo entre republicanismo e liberalismo político começava a se tornar mais claro.

Os liberais acentuam as “liberdades dos modernos”, em primeira linha a liberdade de crença e consciência, bem como a defesa da vida, da liberdade e propriedade pessoal, ou seja, o cerne dos direitos civis subjetivos. Em face disso, o republicanismo defendeu a liberdade dos antigos, quais sejam, os direitos políticos de participação e comunicação que possibilitam a práxis autodeterminante dos cidadãos. (HABERMAS, 2002-b, p. 83).

Se na visão da soberania popular há uma resistência em dispor de parte da liberdade de seus cidadãos, os quais pretendem se manter historicamente ativos nas tomadas de decisões e na construção dos planos em comum de um *sujeito coletivo*, os *Direitos Humanos* exigirá, contrariamente, que cada indivíduos abra mão de parte de sua liberdade. A coexistência do arbítrio de um com o arbítrio dos demais importa na coexistência de liberdades o que significa, ao mesmo tempo, a coexistência de limitações recíprocas. Com efeito, essa coexistência pressupõe um tipo de *coerção* (HÖFFE, 2003, p. 99). Nesse sentido, a visão da soberania popular se assemelha a um tipo de intuição de estado de natureza onde cada um reserva a totalidade de sua liberdade. A soberania da *Lei*, que utilizamos simbolicamente para indicar a contraposição à soberania popular faz com a “*a limitação da liberdade seja trocada por uma garantia de liberdade, a negação da liberdade seja recompensada com um direito à liberdade*” (HÖFFE, 2003, p. 102). Disso resulta um intercâmbio *negativo* de renúncias de liberdades, e não um intercâmbio *positivo* de bens, fins ou serviços. Assim, ainda que deseje designar tal intercâmbio como sendo na verdade uma *cooperação*, tal cooperação será, ainda assim, negativa. Ora, a contraposição entre modernos e antigos, é uma contraposição de toda uma carga epistemológica da filosofia do sujeito que começa em Descartes, passa por Kant e desagua em Hegel, isso só para mencionar estes três filósofos. Trata-se da contraposição de uma concepção moral de *Direitos Fundamentais* em face de uma concepção ética de comunidade política, formada em torno de uma tradição *êthos* (*ἦθος*), do interesse comum a todos os seus cidadãos.

Já no século XX esta contraposição é retomada por diversos autores, valendo o destaque para Isaiah Berlin (1981) em seu famoso ensaio *Dois Conceitos de Liberdade - Two Concepts of Liberty* – do ano de 1968. Os dois conceitos de liberdade explorado por Berlin são a *liberdade negativa* e *liberdade positiva*, as quais, em sentido amplo, podemos correlacionar com as liberdade dos modernos e liberdade dos antigos, respectivamente. A análise crítica de Berlin é bem mais elaborada e aborda temas espinhosos, dentre os quais praticamente já abordamos até o momento: filosofia da história, determinismo do idealismo ou materialismo, pluralidade de valores, incomensurabilidade dos valores. Berlin acentua o tipo de discussão que se popularizou no segundo pós-guerra entre *liberdade e igualdade*. Em

razão disso, se dedica para investigar no âmbito da liberdade positiva aquilo que ele entendia por pretensão de autogoverno, e no âmbito da liberdade negativa a coação.

A resposta à pergunta “quem me governa?”, do ponto de vista da lógica, é distinta da pergunta “Até que ponto o governante interfere comigo?” É nesta diferença que consiste, no final, o grande contraste entre os dois conceitos de liberdade positiva e liberdade negativa. (BERLIN, 1981, p. 142).

Autonomias pública e privada estão no cerne do questionamento de Berlin. Todavia, Berlin não consegue enxergar qualquer possibilidade de conciliar ambas as autonomias, noutras palavras, não admite a possibilidade de conciliar as liberdades negativas e positivas. A princípio a análise que Berlin realiza de cada liberdade – *negativa e positiva* – não parece estar equivocada. O que lhe torna característico é seu rigor em não admitir o diálogo entre tais liberdades. De fato, a finalidade de cada perspectiva é diferente, sendo que a liberdade negativa tem como objetivo limitar a interferência do Estado e de outros cidadãos na esfera de liberdade individual e institucional, de impedir que obstáculos se imponham injustificadamente e de mensurar os “caminhos” deixados abertos para a atuação do cidadão. Segundo Berlin (1981, p. 166). A diferença nas finalidades “*não se trata de duas interpretações diferentes de um só conceito, mas de duas atitudes profundamente divergentes e irreconciliáveis quanto às finalidades da vida*”. Soberania popular e *Direitos Fundamentais* são abordados, nestes contexto, como *não-interferência* e *autogoverno*. E neste caso, segundo Berlin, deve haver uma escolha disjuntiva entre um e outro. Evidentemente que, *não-interferência*, está em consonância com o que já apresentamos, isto é, em abrir mão de um espaço de sua liberdade para garantir a liberdade, razão pela qual não possui nenhuma conotação *anarquista*.

Berlin é um autor indiscutivelmente liberal, razão pela qual irá se concentrar em demonstrar os perigos e malefícios daquilo que entende por liberdade positiva. Vale situar que, em especial no ensaio *Two Concepts of Liberty*, Berlin redige numa época de diversos governos autoritários, e ainda, na amargura brevemente recente das guerras mundiais. Assim, Berlin ao descrever a liberdade positiva tem em mente o desvirtuamento das bases da soberania popular que se corrompem para fundamentar regimes autoritários na melhor forma de uma distopia tal como a *1984* de George Orwell<sup>45</sup>. No que toca as pretensões de autogoverno ínsitos da soberania popular Berlin está de acordo de que o sentido positivo da

---

<sup>45</sup> Sobre o tema já tivemos a oportunidade de redigir artigo no qual hipoteticamente simulamos a leitura que Isaiah Berlin teria realizado de George Orwell. In: BRENE, Tiago. *Isaiah Berlin leitor da distopia “1984” de George Orwell*. Disponível em: << <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b84cafda1c185445>>>

palavra liberdade origina-se da vontade de que cada pessoa possui de ser seu próprio senhor (BERLIN, 1981, p. 142).

Contrário ao racionalismo – *romantismo alemão* – Berlin entenderá que o próprio Kant fornecerá, por sua filosofia transcendental, as bases filosóficas para a justificação de regimes autoritários, na medida em que a filosofia do sujeito divide o sujeito em dois, um “ser empírico” e o “ser ideal”. Essa bipartição do sujeito, numa espécie maniqueísta de bem e mal, corresponderia em dois tipos de egos. O “ego ideal” e o “ego empírico” (BERLIN, 1981, p.143). O ego do “eu” superior ou ideal representa o ego racionalmente superior, o qual tem discernimento de tudo que é bom, justo e ético, não só para o presente, mas também, para o futuro – atemporalidade e universalidade -. A outra parte da bipartição do sujeito seria representada pelo “ego empírico”, o qual seria inclinado pela busca de prazeres imediatos, movido por impulso irracional, egoísta e mundano – por isso contrário ao ego racionalmente superior –. Trata-se de um “ego” carecedor de ser disciplinado pela plenitude da natureza ideal.

A próxima etapa desta bipartição do sujeito é explicada numa espécie de tipologia de sujeito-individual e sujeito-coletivo, ontogenia e filogenia. Assim, os dois tipos de “egos” que compõe o homem – ego empírico e ego ideal -, passam a ser representado pela personificação entre indivíduo e sociedade, cidadão e Estado. Sem embargo, o indivíduo será representado por seu “ego empírico”, ao passo que a personificação de um grupo ou sociedade, será detentora do “ego ideal”:

O ego verdadeiro pode ser concebido como algo mais amplo que o indivíduo (conforme se emprega normalmente o termo), como um “todo” social do qual o indivíduo constitui um elemento ou um aspecto: uma tribo, uma raça, uma igreja, um Estado, a grande sociedade dos vivos e dos mortos e dos que ainda estão para nascer. Essa entidade é então identificada como sendo o ego “verdadeiro” que, impondo sua própria vontade coletiva ou “orgânica” sobre os membros recalcitrantes, consegue a sua (e, em consequência, deles) própria liberdade “superior”. (BERLIN, 1981, p. 143).

Essa fundamentação justifica a ação de uma coletividade, representada pelos interesses republicanos ou da liberdade positiva, na tentativa de religar o homem desprovido de virtude e perdido em seu próprio “ego empírico”, com o verdadeiro ego, isto é, “ego ideal”. Com efeito, esta intervenção é justificável ainda que, para tanto, seja realizada contra a própria vontade do indivíduo.

Assim, o “ego ideal” que compõe o indivíduo é o mesmo “ego ideal e perfeito”, que compõe a personificação de uma coletividade – grupo, sociedade, Estado, Nação -. O que acontece, porém, é que nem todos os indivíduos conseguem identificar, entender, “ouvir” e ser guiados pelo “verdadeiro e virtuoso ego”. Disso resulta que as coletividades, representantes do “ego racionalmente superior e perfeito”, se autocompreendem como sendo legitimadas para decidir e interferir na esfera da vida privada e da liberdade individual do cidadão. Isto porque, neste contexto, qualquer interferência na esfera privada do sujeito, será feito sob a justificativa de que se pretende fazer o melhor para o sujeito, ainda que, ele próprio, o sujeito, não compreenda o que é melhor para si, em razão da obstinação de seu “ego empírico”.

Essa personificação do “ego ideal” numa determinada coletividade é que permite fundamentar os princípios da igualdade e da justiça correlatas da liberdade positiva. Isso porque permite igualar o que seja “realmente” bom, justo e certo para todas as pessoas, visto que o “ego perfeito” da coletividade é o mesmo “ego perfeito” que compõe cada indivíduo. A igualdade de proposições de justiça, virtude ética reside na superioridade racional que todo ser humano pode alcançar. A coletividade, “socorre”, contudo, aqueles que não conseguem atingir tal superioridade racional para identificar os verdadeiros propósitos éticos do “ego ideal”.

Como se vê, trata-se de uma visão de um cenário totalmente catastrófico ao que à concepção de liberdade positiva.

Os constitucionalistas atualizam o embate entre liberdade de antigos e modernos para *status* negativo e positivo de direitos de forma mais pontual. Assim, a liberdade negativa revela um *status* negativo de direito, em resumo, direito de defesa ou direito de resistência – *Abwehrrecht* -. Esta *status* de direito revela um sentido de direito subjetivo, numa relação verticalizada entre cidadão e *Estado*, ou mesmo no papel regulador do *Estado* nas relações horizontais entre os cidadãos (DIMOULIS, MARTINS, 2009, pp. 55, 56). Seguindo essa métrica, a liberdade positiva ganha o *status* positivo, o qual pretende ir além da simples defesa do cidadão perante o *Estado*, revelando uma relação de direito objetivo com *Estado*. Aqui, merece a ressalva que o *status* positivo de direito se afasta um pouco da compreensão participativa do cidadão na soberania popular ou mesmo da liberdade positiva, pois posiciona o cidadão passivamente como destinatário prestacional do *Estado*. O sentido subjetivo de direito é de proibição, por isso de direito de defesa, o sentido positivo é de uma ordem

(HÖFFE, 2003, p.121), por ter por destinatário todos os cidadãos, tem dimensão potestativa objetiva.

O fato de não conseguirmos resolver cabalmente a tensão entre liberdade negativa e positiva, isto é, entre soberania popular ou autogoverno, e *Direitos Humanos* ou não-interferência, não nos impede de nos juntarmos a Habermas no sentido que ambas as concepções de liberdade se pressupõe. E desde já essa tomada de posição é importante na medida em que admitimos que a Constituição possui texto de conteúdo ético e moral. E por fim, que ambos os conteúdos é que podem contemporizar a concepção de autonomia privada, conforme o tipo de problema que se apresente.

Este primeiro capítulo se encerra com os apontamentos sobre os conceitos contemporâneos sobre republicanismo, liberalismo político e, também, sobre os chamados comunitaristas.

### 1.3.1 Republicanismo

Hodiernamente, quando falamos em republicanismo, diz-se, na verdade, sobre um novo republicanismo ou *neorepublicanismo*. As bases principais do republicanismo são, como já tivemos a oportunidade de ver, tradição ética, de um *êthos* (ἦθος) comum à uma comunidade, a soberania popular, que, em linhas gerais, indicam a ideia de autogoverno, orientado por bens, fins e serviços que representam a vontade de um *sujeito coletivo*.

As bases filosóficas e mesmo historiográficas não empurram, quaisquer das destas categorias, republicanismo, liberalismo político, ou mesmo o comunitarismo, para um passado distante. Elas são estudadas à luz de discursos revigorados e contemporâneos por diversos autores.

O republicanismo possui, então, justificação empírica, lastreada na histórica circunscrita de um povo ou nação. Sua justificação *heterônoma* revela, assim, imperativos condicionais. As perguntas que se impõe no âmbito do republicanismo são: **(i)** o que todos nós devemos fazer? **(ii)** o que cada um deve fazer pelo todo? **(iii)** o que todos podem fazer por cada um? Essa relação ética finalística revela um caráter de direito objetivo, cujas as obrigações éticas e políticas tem pretensão *erga omnes*. Eventual intervenção na esfera privada, da autonomia privada do cidadão, pode ser não apenas tolerada, mas também

desejada, dependendo do apelo ético finalístico que se pretende alcançar em favor de toda sociedade. Em linhas gerais podemos correlacionar o republicanismo com a liberdade dos antigos, na visão de Constant, ou mesmo com a liberdade positiva como destacou Berlin.

Disso decorre que, a rigor, o republicanismo terá uma compreensão participativa de democracia. Todavia, já vale mencionar que o republicanismo contemporâneo com autores que admitem, também, a forma de um governo representativo, o que, em certa medida, lhe deixa próximo de algumas bases do liberalismo político. Tendo em vista o debate norte americano que se acirrou entre liberais e Comunitaristas entre a virada das décadas de 1970 e 1980, o republicanismo se posiciona, em alguns momentos, com uma terceira de opção entre aquelas duas. Essa igualdade na participação, todavia, não pode ser apenas formas, mas deve considerar todas as suas condições materiais de participação, isto é, os direitos objetivamente existente em sentido positivo. Ocorre, aqui, porém, que no enfoque heterônomo e empírico do *êthos* (*ἦθος*) republicano, há rejeição à concepção racional de direito natural, o que implica reconhecer sua gama de direitos e garantias fundamentais como produto histórico de deliberação política. Noutras palavras, os direitos são resultados do processo político e não o pressuposto deste processo (PEÑA, 2000, p. 192).

Por isso na visão republicana o sentido de liberdade individual não pode ser dissociado de democracia participativa, ou, noutras palavras, de participação ativa do cidadão na comunidade política da qual pertence. A participação ativa do cidadão é a *conditio sine qua non* para que tenha liberdade individual. Aí reside conceitos caros ao republicanismo, tais como autogoverno, cidadania ativa e autorrealização (PEÑA, 2000, p. 195, 196). O cidadão republicano é o cidadão de direitos políticos. Ou, noutra ponta, é um cidadão com exigência e atribuições de virtudes<sup>46</sup> cívicas (RAMOS, 2006, p. 79).

---

<sup>46</sup> No sentido republicano *virtude* tem um sentido próximo de *dever*. “A concepção republicana de liberdade valoriza a noção dos deveres em relação à coletividade sem sacrificar a tese da primazia dos direitos individuais. Se o indivíduo é livre, não contra o poder político, mas com ele, os deveres cívicos são tão importantes quanto os direitos. [...] “O termo *virtude* (*virtus*, *virtù*) cívica ou civil é usado para denotar um conjunto de capacidades que cada cidadão deve possuir para servir o bem comum, assegurar a liberdade individual e da comunidade e, em consequência leva-la a auto-suficiência”. In: RAMOS, Cesar Augusto. *A cidadania como intitulação de direitos ou atribuição de virtudes cívicas: liberalismo ou republicanismo?* Revista Síntese, Belo Horizonte, v. 33, n. 105, 2006, pp. 86, 87.

## 1.3.2 Liberalismo Político

Liberalismo político não é sinônimo de liberalismo econômico, muito embora em algumas situações elas podem se pressupor. Por isso não representa nenhuma absurdo que pessoas ou mesmo governos tenham posturas mais liberais do ponto de vista político, e menos liberal do ponto de vista da regulação do jogo econômico. Por certo tal ressalva pode parecer óbvia, mas cautela tem um sentido e não para por aí. O que se entende por liberal na Europa continental ou mesmo no Brasil, pode ter um sentido oposto, por exemplo, quando voltamos os olhos para os Estados Unidos da América. Carlos Henrique Cardim ao apresentar o livro *Liberalismo Político* de John Rawls (2000) expõe uma narrativa objetiva esclarecedora desta diferença. Os *Liberais*, nos EAU, representados por sua maioria pelo Partido Democrata, defende adoção políticas oficiais destinadas a promover melhores condições de vida para minorias e de intervenção do domínio econômico a fim de fomentar econômica e gerar postos de emprego (*New Deal* de Roosevelt e *Big Society* de Lyndon Johnson). Tanto assim, que os conservadores, em sua maioria do Partido Republicano são mais liberais em sentido econômico e menos liberais em sentido político.

O liberalismo político releva-se por justificação transcendental racional, lastreada na justificação autônoma da razão. Sua justificação *autônoma* racional, revela, assim, imperativos incondicionais. As perguntas que movem são (i) o que devo fazer o me abster de fazer? (ii) o que todos devem fazer para não interferir injustamente na esfera de liberdade individual de cada um? Em resumo, o que todos devem fazer para se abster de interferir na vida de cada um e o que cada pessoa pode fazer por si mesma. Assim a relação moral é principiológica, e não ética finalística tal como no republicanismo. E essa relação moral principiológica revela relações intersubjetivas entre os indivíduos. Disso decorre uma compreensão liberal de democracia como representação, isto é, uma democracia representativa. Apelos de piedade, por si só, não são suficientes para justificar a intervenção no âmbito da autonomia privada do cidadão, visto que a solidariedade pode ser exercida por questões morais individualmente e autonomamente, e não por imposição heterônoma e externa a tomada de decisão do indivíduo. Por isso, em linhas gerais podemos correlacionar o liberalismo político com a liberdade dos modernos, nos termos de Benjamin Constant, ou mesmo liberdade negativa como deu destaque Berlin.

[...] direitos subjetivos são direitos negativos que protegem os espaços de ação individual, na medida em que fundamentam pretensões, reclamáveis judicialmente, contra intervenções ilícitas nas liberdades, na vida e na propriedade. A autonomia privada é garantida, nessa esfera colocada sob a proteção do direito, principalmente através dos direitos de fechar contratos, de adquirir, herdar ou alienar propriedade. (HABERMAS, Vol. 1, 1997, pp. 116, 117).

Historicamente o advento da jurisprudência desloca o conceito de cidadão político do *polites* grego ao *civis* latino de Roma, do *zoón politikón* ao *homo legalis* (CORTINA, 2005, p. 43). Consignamos isso porque, a certa medida, o sentido liberal de cidadania herda da tradição romana que pretende estender o Império Romano a toda terra conhecida, o que na modernidade, se traduziu com a pretensão de universalização da liberdade como sendo a grande invenção da modernidade (CORTINA, 2005, p. 40). Se no republicanismo e no comunitarismo o homem é animal naturalmente *político*, no liberalismo político o homem será um animal naturalmente *livre*. Dessas pretensões mais delimitadas do liberalismo, das liberdades em sentido negativo, resulta, também, uma concepção de *Estado* com estrutura administrativa menor, ao menos em tese, do que as pretensões positivas da liberdade republicana.

O cidadão *liberal* é o cidadão de direitos *civis*. A concepção liberal de cidadania é confere um *status* jurídico do indivíduo que sendo membro de uma comunidade política se reconhece como cidadão pelo vínculo de identidade jurídica “segundo um conjunto de direitos subjetivos positivados como fundamentais”. O “dever cívico” da cidadania liberal consiste no respeito às leis, aos *Direitos Fundamentais* de todos os cidadãos juridicamente ligados à uma comunidade (PEÑA, 2000, p. 144). Disso decorre que a cidadania, nessa perspectiva, é fazer tais direitos positivados em sede constitucional, noutras palavras, proteger e garantir tais *direitos fundamentais* (RAMOS, 2006, p. 83). A visão liberal de cidadania tem a premissa formal de que todos os indivíduos são iguais e livres [diante do ordenamento], o que permite a idealizar a universalização formal de *sujeitos de direitos*, isto é, o cidadão jurídico (RAMOS, 2006, p. 84). Por isso é característico a preferência liberal pelo individualismo em face do holismo republicano, pressupondo tal individualismo tanto no plano metodológico quanto axiológico (PEÑA, 2000, 137). Com isso, o liberalismo, genericamente considerado, isto é, dentre os diversos autores e suas variações teóricas, não aceitam que a sociedade tenha uma identidade própria, seja personificada, como se fosse uma pessoa distinta de seus cidadãos, com interesses e objetivos próprios (PEÑA, 2000, p. 138). Por consequência, a leitura dos *Direitos Fundamentais* individuais tem prioridade em face de

eventuais metas e projetos coletivos. O que este individualismo revela vai além de uma suposta visão maniqueísta nos propósitos liberais e republicanos, por exemplo. Isso porque, a concepção individualista do liberalismo revela, muito mais, aspectos de uma filosofia moral, e de certa de uma compreensão moral da política, a qual parte dos pressupostos de que a sociedade moderna alberga diversas formas de existência de vida (PEÑA, 2000, p. 146, 147), e uma pluralidade dos valores éticas, suas finalidades, bens e serviços. Ao se limitar, em não dizer o que é bom para cada um, o liberalismo se posiciona para compreender aquilo que pode ser justo para todos, mormente porque tenta estabelecer o consenso de sua justiça pela universalização formal de princípios.

### 1.3.3 Comunitarismo

Na virada das décadas de 1970 e 1980, de forma heterogênea surgem, principalmente nos EUA, autores que irão fazer uma crítica ao *Liberalismo Político*. Em linhas gerais os *Comunitaristas* partem da crítica dos pressupostos incondicionais da moral que formula os padrões de *Justiça* do *Liberalismo Político*. Nesses termos, aderir à uma teoria racional de *Justiça* representaria, aos *Comunitaristas*, um retorno às filosofias totalizantes do sujeitos tal como na modernidade. Neste ponto a crítica comunitarista é bem focada contra a teoria de *Justiça* do liberalismo político. Isto porque, as bases transcendentais de justiça, tal como dos enunciados dos *Direitos Humanos [universais]* acabariam por incitar uma cultura perfeita e única, ofuscando por meio de seu monismo moral o pluralismo e o multiculturalismo (CORTINA, 2005, p. 24). Alguns *comunitaristas* consideram a si mesmo simplesmente como *republicanos* (PEÑA, 2000, p. 186). Em torno dos escritos comunitaristas temos historiadores, tais como Pocock, Skinner, Viroli. Já no âmbito do *Direito* e filosofia política podemos apontar Michael Sandel, Alasdair MacIntyre, Michael Walzer (POSNER, 2007, pp. 554).

A comunidade política na visão dos comunitaristas é uma comunidade mais densa e, ao mesmo tempo homogênea, à maneira daquela ideia de *sujeito coletivo* ou coletividade integrada. Tal natureza homogênea deriva da tradição comunitária de que define a identidade coletiva e a própria vontade de seus membros (em termos parecidos como Berlin descreve alguns aspectos da sua concepção de liberdade positiva), pressupõe uma adesão ontológica de uma vontade ideal e perfeita de seus membros. Na versão atual ou *soft* do republicanismo a

adesão ou vontade ideal sede espaço à participação e deliberação (PEÑA, 2000, p. 203). Para os comunitaristas, os direitos subjetivos, fulcrado na ideia de *Direitos Fundamentais*<sup>47</sup>, embora sejam básicos, não podem ser subtraídos da comunidade para solapar abstrata e idealmente no sujeito individual, uma vez que entende que tais direitos são, na verdade, construídos historicamente na tradição dos valores (RAMOS, 2005, p. 245).

Os comunitaristas reclamam por cidadãos mais virtuosos em relação à comunidade. Por certo, a visão democrática dos comunitaristas é *participativa*, e de certa forma, com uma exigência maior que a dos *republicanos*, sobretudo da exigência de *virtude cívica* de seus cidadãos. Em linhas gerais, os comunitaristas parecem estar mais próximos das exigências éticas da tradição grega, em especial dos atenienses. Não por acaso a tradição grega, em boa partes esposada também pelo *republicanismo clássico* apoia-se me bases de *democracia participativa* (CORTINA, 2005, p. 33). Daí porque a noção de cidadania dos *comunitaristas*, é uma noção predominantemente de *cidadania política*.

Daí decorre, também, uma expectativa comunitarista de que o *Estado* seja ativista na promoção da solidariedade social de forma direta ou indireta, por meio do altruísmo e virtudes cívicas de seus cidadãos (POSNER, 2007, p. 555). Na leitura de Posner os comunitaristas defendem uma *supermoralidade* traduzido num código de comportamento individual muito exigente aos padrões contemporâneo da maioria dos indivíduos que vivem em sociedade (POSNER, 2007, p. 558). Na visão crítica e cética de Posner, o comunitarismo se posiciona de forma utópica porque aspiram um irreal altruísmo universal, na esperança de que a história empírica da natureza humana sejam contingentes reversíveis numa natureza altruísta e solidária (POSNER, 2007, pp; 560-562).

---

<sup>47</sup> Lembrando da identificação do comunitarismo com o republicanismo clássico, em especial da tradição grega, vale transcrever a observação de Spnelli no sentido de que: “*Daí que, tanto Sócrates quanto Platão, no que diz respeito à vida ética, punham sobretudo em questão a êdos do comportamento, e, não a rigor, a ideia de um governo assentado exclusivamente na lei*”. [...] “*O que, efetivamente, quer Sócrates, quer Platão colocaram em questão não foi o domínio da lei na vida da pólis, mas sim o elevado valor que os atenienses atribuíam à lei como se ela fosse o pressuposto e a garantia do bem-estar (da eudaimonía) da vida cívica*”. [...] “*A grande questão, enfim, que a partir deles se impôs foi a seguinte: a lei é, sim, um valor político a ser considerado, no entanto, a vida política do cidadão e a dos governantes não podem, em nome dela, se desassociar da vida ética, ou seja, de um comportamento fundado a partir das ideias do bem e do justo. Com efeito, mesmo que o bom e o justo resultem por fim indefiníveis enquanto conceitos (isso por força da absoluta unidade de compreensão a que estão constrangidos), eles, entretanto, se constituem em móveis (do ponto de vista de uma fundamentação teórica do agir) orientadores não só do agir, como também da pensar. Dá-se que, quanto ao agir (isto no que diz respeito à vida ética), ele forçosamente deve coincidir com a virtude; quanto ao pensar (isto no que concerne à ciência), ele deve coincidir com a verdade*”. In: SPINELLI, Miguel. Sobre as diferenças entre êthos com épsilon e êthos com eta. Revista Trans/Form/Ação, São Paulo, 32(2): 9-44, 2009, pp. 38 e 39.

## 2 A HIPÓSTASE DO ESTADO DE DIREITO

*Estado*, *Estado de Direito*, *État de Droit*, *Rule of law*, *Rechtsstaat*, são etimologias irmãs filhas de pais diferentes. Costuma ser atribuído a Maquiavel (1469-1527) a utilização pela primeira vez do termo *Estado*, *Stato*, como particípio de *Stare*, tendo em mente uma organização estável, uma administração burocraticamente estabelecida. No primeiro momento do Estado moderno, por certo se trata do Estado absolutista, formado a partir da centralização do poder e organização política (CORTINA, 2005, p. 44). A Albert Venn Dicey (1835-1922), atribui-se o termo *Rule of Law* cunhado em *Introduction to the study of the law of the constitution* (1982). Já a expressão alemã *Rechtsstaat* é atribuída a Robert von Mohl (-1799-1875) (SALDANHA, 1976, p. 40).

São inúmeras as formas de se abordar o tema. São incontáveis as conclusões sobre o que seja *Estado de Direito* a partir das óticas da política, antropologia, sociologia, filosofia, ou mesmo do Direito. Muitas vezes a explicação sobre o que seja *Estado* se dá pela metonímia de seus elementos formadores, tais como povo, nação, soberania, território, dentre outros elementos possíveis. Não iremos nos aprofundar nesses pontos, que, sem dúvida, são relevantes. Outra forma de explicar o que seja *Estado* é catalogar suas funções e objetivos. Nosso propósito é testar uma abordagem a partir da filosofia política e mesmo da filosofia da história acerca da compreensão do que seja o *Estado* em relação às suas fontes de justificação e legitimação, bem como a sua relação com os cidadãos por meio do fenômeno da imputação governamental. Parece ter razão Georges Burdeau (2005, p. 2), quando explica que se trata de um preciosismo linguístico ou generosidade verbal qualificar qualquer organização política do passado como sendo um *Estado* tal como conhecemos nos dias de hoje.

Admitir o *Estado* na qualidade de uma *hipóstase* (ὑπόστασις – *hypostasis*) é, de certa forma, um atalho, para dizer que, seja como expressão de um ordenamento jurídico, seja como expressão orgânica de um povo ou nação organizada, com ou sem território, o fato é que, historicamente, o *Estado*, ou os *Estados* existem com um mínimo de organização administrativa. O *Estado* existe. O *Estado* é. A forma pela qual o *Estado* é e *existe* varia conforme as mais diversas perspectivas teóricas. Melhor dizendo, historicamente existem *Estados*.

O conceito Estado é um conceito inserto dentro da teoria do direito público. Essa distribuição conceitual não impede, de parte a parte, o uso de ambos os

conceitos. A história vale-se do conceito Estado, conceito que para o conhecimento empírico da realidade histórica tem a função de pressuposto. Quer dizer, não é incumbência específica da história definir o Estado. A conceituação Estado reside na teoria do direito público e na filosofia. Nesta, na qualidade de conhecimento último e síntese, de saber da essência do Estado. Todavia, para evitar o apriorismo material inerente ao problema de essência do Estado, no conhecimento histórico, como conhecimento científico e empírico da realidade, a conceituação do Estado vale com fundamentações metafísicas; o historiador, como tal, opera conceitualmente com total eliminação desse fundamento (VILANOVA, 2003, p. 122).

Sem dúvida o fato de o *Estado* ser adjetivado como sendo de *Direito* quer significar algo. Sem dúvida, também, o fato de o *Estado* ser compreendido como sendo de *Direito* localiza essa ideia num determinado momento histórico. E não há como tentar escapar de relacionar a formação histórica e a compreensão filosófica do *Estado de Direito* com as ideias iluministas, em especial, de correlacioná-las com os ideias do liberalismo. O *Estado de Direito*, além de ser fruto de um pensamento moderno, representa um amadurecimento deste fruto, uma segunda fase dessa formação na modernidade. A teoria jusnaturalista clássica se converte numa compreensão moderna do conceito de direito natural, a qual fixa o *homem* como tema, baseado no humanismo, individualismo e racionalismo (GOYARD-FABRE, 2002, p. 43, 44). Em certa medida, o que podemos concluir é que há uma transposição da fundamentação do direito natural clássico ao direito natural racional, cujas bases já tivemos a oportunidade de analisar.

Entretanto, o direito natural não pode admitir, em virtude do seu princípio fundamental, que a autoridade do Estado seja concebida como um poder sem limites, como uma *potestas legibus soluta*. Para salvar esse princípio, a ideia de contrato social tem que ser concebida num outro sentido muito diverso e defendida de outra maneira. A sociedade, no espírito de Grotius, não é uma associação de indivíduos com vista à realização de um certo objetivo; ela baseia-se num instinto irreprimível da natureza, um “*appetitus societatis*”<sup>48</sup>. (CASSIRER, 1994, p. 342).

Uma vez que já tivemos a oportunidade de ver a concepção de *Direitos Humanos* característica do *Liberalismo Político*, fica fácil notar que a supremacia de uma nova forma de encarar a natureza do contrato social, isto é, suas bases de moral racional, conduzirá, quase que imperceptivelmente, à ideia de supremacia da Constituição. Por essa razão, em termos estatutários, as *Constituições* modernas é que irão assumir o papel de contrato da sociedade para factualização da hipóstase do *Estado*. No *Estado* absolutista o contrato é praticamente outorgado pelo rei detentor do Poder. Não deixa de ser um *Estado* jurídico, que tenha

---

<sup>48</sup> Um “*apetite de viver em sociedade*”

juridicidade. A diferença que propõe a literatura sobre o tema sugere que o *Estado* de Direito se baseia num contrato entre sociedade e Estado, quase sempre firmado no ideal de proteção constitucional. Apenas para nos voltar para a compreensão sobre o tema vale transcrever Lourival Vilanova:

A teoria do Estado social-democrático de direito, como qualquer modalidade histórica de Estado de direito, firma-se na tese dos direitos humanos. Sabe-se, não é qualquer Estado jurídico que é Estado de direito. É aquele que reparte tecnicamente o exercício do Poder com o fim de garantir o exercício dos direitos humanos. Mais pormenorizadamente: aquele que mantém supremacia material e supremacia formal da Constituição. Supremacia material, tem-na qualquer Estado, pois juridicamente todo Estado é Estado constitucional: inexistente Estado sem constituição (ou sem leis constitucionais *ratione materiae*) (VILANOVA, 2003, p. 424).

O processo de fundação do *Estado de Direito*, quando espelhado ao *Estado Absolutista*, acaba revelando, paradoxalmente, uma natureza de despersonalização do *Poder*, em razão de que deve primar a soberania em sentido jurídico, portanto neutra, em detrimento da soberania em sentido político (PALOMBELLA, 2005, p.142) A descentralização do poder baseado num direito natural racional veio acompanhada de questões pragmáticas e técnicas que são marcantes deste período, tais como a divisão do *Poder* em legislativo, executivo e judiciário. Também vale mencionar a consolidação da democracia representativa e dos governos representativos nos séculos XIX e XX. Aqui outro paradoxo se apresenta, mas que se torna mais visível com nosso olhar retroativo e histórico. Consolida-se uma junção entre democracia e liberalismo, que a princípio poderia ser vista como uma contradição, mas acabou por se firmar como modelo quase que *standard* de *Estado de Direito*, fundamentado na democracia liberal. A democracia enquanto procedimento político de formação e legitimação do *Poder*, e o liberalismo pelo formato do Poder representativo. Vale a nota de Streck e Morais:

O que pode divisar deste esboço é que o liberalismo significou uma limitação da autoridade, bem como uma divisão da autoridade, sendo que o governo popular se formula a partir do sufrágio e da representação restritos a cidadãos prósperos, embora esta situação tenha transformado já em fins do séc. XIX, quando a representação e o sufrágio se universalizaram (primeiro com o voto masculino independente de renda). Com isto há a consolidação das conquistas liberais, tais como: liberdades, direitos humanos, ordem legal, governo representativo, legitimação da mobilidade social, etc. (STRECK, MORAIS, 2006, p. 56).

Uma vez que localizamos o *Estado de Direito* e suas bases teóricas, bem como o quanto a sua formatação é tributária à tradição liberal, podemos analisar como e porque surgiram diversas compreensões teóricas a partir do *Estado de Direito*.

## 2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO: UMA IDEIA FORA DE CONTEXTO – SOBRE A FILOSOFIA DA HISTÓRIA

A filosofia da história começa a tomar forma em meados do século XVIII, em meio ao iluminismo, tendo por expoentes Voltaire<sup>49</sup>, Condorcet (BOURDÉ, MARTIN, 1983, p. 44), e mesmo Kant (DURÃO, 2010, p. 78). Mas, é no século XIX, signatários do impacto da revolução francesa, que a filosofia da história ganha espaço e relevância enquanto *conteúdo* ou *disciplina* a ser investigada ou, por fim, valendo-se como força motriz e fio condutor de diversos sistemas filosóficos<sup>50</sup>. Neste contexto vale citar, por exemplo, Hegel e Comte, cada qual em sua vertente filosófica. Até mesmo o materialismo histórico de Marx com a sua pretensão científica “*não sai inteiramente do âmbito da filosofia da história na medida em que, a evolução da humanidade permanece orientada para um fim*” (BOURDÉ, MARTIN, 1983, p. 44). Não salvo de controvérsia, é possível identificar ao menos determinismo<sup>51</sup> da história em Marx. Vale mencionar, ainda, uma retomada realizada por Nietzsche (século XIX) à concepção – *mito* - do eterno retorno (LÖWITH, 1991, pp. 217-226).

<sup>49</sup> Atribui-se a Voltaire a inauguração da expressão “*filosofia da história*” na obra “*Ensaio sobre os costumes e o espírito das nações*”, do ano de 1756. In: LÖWITH, Karl. *O sentido da história*. Tradução: Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1991, p. 107.

<sup>50</sup> Nisto não importa afirmar que na antiguidade clássica, ou mesmo no renascimento, não podemos encontrar elementos teóricos de um filosofia da história, sobretudo pela conhecida teoria do mito do eterno retorno.

<sup>51</sup> Sobre o tema ver Marilena Chauí: “*O racionalismo de Marx não é subjetivo (à maneira de Descartes ou Kant) e sim objetivo (à maneira de Hegel), ou seja, o real é racional e o racional é real. A história é racional em três sentidos. O objeto da história passada é racional porque um objeto cujo modelo é o das ciências naturais: forças agindo sobre pontos de aplicação definidos produzem os resultados predeterminados segundo um grande esquema causal que deve explicar a estática e a dinâmica da história, a constituição e o funcionamento de cada sociedade, bem como o desequilíbrio e a perturbação que devem conduzir a uma forma nova. O objeto da história futura é igualmente racional e realizará a razão num segundo sentido: não apenas como fato (passado), mas também como valor. A história por vir será o que ela deve ser, verá nascer uma sociedade racional que encarnará as aspirações da humanidade e onde o homem será enfim humano (isto é, sua existência e sua essência coincidirão; seu ser efetivo realizará seu conceito). Enfim, a história é racional num terceiro sentido: da ligação do passado com o futuro, da passagem do fato ao valor, as leis quase-naturais cegas abrem caminho para uma humanidade livre, a liberdade emergindo do seio da pura necessidade; há uma razão imanente às coisas que fará surgir uma sociedade miraculosamente conforme à nossa razão. O racionalismo objetivista só pode ser um determinismo, pois afirmar que o passado e o futuro são integralmente compreensíveis é o mesmo que afirmar a existência de uma causalidade sem falhas*”. In: CHAUI, Marilena. *A história no pensamento de Marx*. In: \_\_\_\_\_. *A teoria marxista hoje. Problemas e perspectivas*. BORON, Atilio A.; AMADEO, JAVIER; Gonzalez, Sabrina. 2007 ISBN 978987118367-8 .

A filosofia da história, ou as *filosofias* da história, se identificam, ao menos no que toca a sua procura de sentido histórico nos acontecimentos, segundo uma visão de unidade, um padrão de marcha ou contramarcha, universalidade, mudanças e continuidades “*independentemente se consideram o fluxo da história linear, cíclico, em espiral ou caótico*” (MELLO, 2012, p. 378). Para Hegel, Marx, Spengler, e muitos outros filósofos e historiadores que veem na história não apenas fatos pretéritos, a realidade dos fatos são, muito mais, “marcha da história” objetiva, novamente, sendo cíclica, espiral, retilínea, ou mesmo num zigue-zague dialético, de avanços e retrocessos, uniformemente contínuo ou por saltos (BERLIN, 1981, p. 79, 80).

É ínsito da filosofia da história compreender um movimento ascendente da humanidade com rumo a um *Estado* ideal, seja pela repetição de princípios eternos, seja pelo curso escatológico de um destino previamente traçado à natureza humana (*por um Deus teologicamente admitido ou pela natureza da própria razão*). O fio condutor da filosofia da história entre antigos (clássicos) e modernos reside nos pressupostos de uma totalidade universal e inexorável cujos princípios sugerem um determinismo histórico (NEVES, 2013, p. 306).

Duas são as concepções mais conhecidas sobre fluxo do tempo na história, quais sejam, a concepção cíclica, fundamentada com ênfase no mito do eterno retorno e a concepção linear ou retilínea da história fundamentada sobretudo na tradição – *hebraica* - judaico-cristã.

Grosso modo, essas concepções de filosofia da história podem ser divididas em uma teoria da história dos antigos (*antiguidade clássica*), como dito, se reporta a um fluxo temporal de história cíclica alinhada à mitologia do eterno retorno, e uma teoria da história marcadamente imbricada pela filosofia da história dos modernos (*cujas tradições se inicia já em Santo Agostinho e, portanto, no período pré-moderno*), a qual revelará uma *teologia* da história, a qual será convertida no iluminismo em diversos tipos de racionalismo da história, admitindo um destino pré-determinado da história da humanidade através dos séculos (NEVES, 2013, pp. 303, 304).

Nas diversas concepções de filosofia da história o *Estado* tem papel de grande importância como mediador ou condutor da evolução e aperfeiçoamento da humanidade e da sociedade civil. Nisto reside a importância de tentar compreender a ideia e a concepção de

*Estado Social* dentro desta arquitetura de filosofia da história, mormente na linha descente de Kant, Hegel e Marx.

A constituição de sentido da consciência humana, aplicada ao tempo, não se esgota na memória. Dão-se saltos *utópicos* para o futuro, que superam sempre o conteúdo factual do passado. É nessa ultrapassagem que reside seu sentido próprio: esses saltos vivificam a esperança e a nostalgia como impulsos importantes de autocompreensão humana e do agir humano transformador do mundo. Eles fazem desses saltos fatores de orientação existencial, que a consciência histórica sozinha não conseguiria gerar. Os saltos utópicos para o inteiramente outro com respeito às circunstâncias dadas da vida permitem identificar, exemplarmente, os limites racionais da cultura histórica e sua dependência das constituições meta-históricas de sentido. O inédito no trabalho de constituição de sentido da consciência humana, consiste justamente em que nela pode ocorrer um ato de transcendência de tudo que é dado. É nesse ato que refulge a possibilidade do inteiramente outro, a qual se insere, como elemento conformador, na organização cultural das circunstâncias dadas da vida. (RÜSEN, 2007, p. 136).

De certa maneira, essa carga acaba sendo aplicada nas expectativas de que o *Estado* [de Direito] hipostatizado, com relação de imputação entre seus governantes, máquina administrativa e cidadãos, devam realizar, beneficiando e sendo beneficiados.

### 2.1.1 A Visão Cíclica da História – Eterno Retorno

Para os gregos a preocupação primordial com o curso da história os reportava para *arché* - (*ἀρχή*) e *logos* (*λόγος*). Já tivemos a oportunidade de ver a compreensão de *arché* (*ἀρχή*) enquanto princípio ou origem (NEVES, 2013, p. 304). *Logos* (*λόγος*) que habitualmente também é traduzida por *verbo* ou *palavra*, tem sentido, aqui, de uma capacidade racional ao *Kósmos* (*κόσμος*). Por isso entre os antigos a compreensão do fluxo do tempo é iminentemente política, alinhada e compreendida sob a ideia de *Kósmos* (*κόσμος*) e da própria *pólis* (*πόλις*) e seus cidadãos, inseridas na órbita organizada dessa cosmologia. A substância primária para os gregos será sempre política, isto é, o princípio pelo qual o tempo se desenvolve em círculos num terno retorno. O ponto imutável deste eterno retorno será sempre o elemento político alinhado cosmologicamente.

Para a antiguidade clássica, em especial os gregos, a história é uma eterna repetição mítica de um princípio, centro e tempo absoluto. Assim, a análise de um tempo presente revelaria características de um tempo que já se passara anteriormente. A história, para os

gregos, se debruça sobre a natureza humana. E por isso vale lembrar que, para os gregos, o homem é naturalmente um animal político – *zoon politikon* (ζῷον πολιτικόν) (LÖWITZ, 1991, p. 31).

Em *Fédon* de Platão temos a obra clássica na qual há destaque, inclusive, para a ideia de reencarnação da alma. Neste diálogo Platão enuncia por meio de Sócrates – *o qual estava no Hades após a sua morte* - a ideia de que existe uma ordem no universo em vista de um nobre resultado, isto é, uma inteligência ordenadora que dirige ao mundo esta concepção (PLATÃO, *Fédon*, 92 a – 93 c). Platão parece rechaçar expressamente a compreensão de uma história linear:

\_ Ora, repara, Cebes, não é, creio, sem boas razões que assentámos nisso; com efeito, se os contrários se não compensassem mutuamente por uma constante alternância de gerações, como que numa sucessão circular. Se, ao invés, a geração se processasse linearmente e num único sentido, de um extremo para o seu oposto, sem dar a volta na direcção do primeiro e vice-versa, bem vês: todas as coisas acabariam por adquirir a mesma postura, por se sujeitarem a um mesmo estado, e seria o fim da geração ... (PLATÃO, *Fédon*, 72 b).

Da mesma forma podemos colher de Aristóteles:

Dissemos acima que as substancias são três, duas físicas e uma imóvel. Pois bem, demove falar agora desta de devemos demonstrar que necessariamente existe uma substância eterna e imóvel. As substâncias, de fato, têm prioridade relativamente a todos os outros modos de ser, e se todas fossem corruptíveis, então tudo o que existe seria corruptível. Mas é impossível que o movimento se gere e se corrompa, porque ele sempre foi, e também não é possível que se gere e se corrompa o tempo, porque não poderia haver o antes e o depois se não existisse o tempo. Portanto, o movimento é contínuo, assim como o tempo: de fato, o tempo ou é a mesma coisa que o movimento ou uma característica dele. E não há outro movimento contínuo senão o movimento local, antes, propriamente contínuo só é o movimento circular. (ARISTÓTELES, *Metafísica*, Livro 12, [Λ] 1071<sup>b</sup>, 5-10).

Neste ponto verificamos, brevemente, uma concepção cíclica de história. Cabe, agora, vermos as maneiras pelas quais a filosofia da história se desenvolveu na modernidade.

## 2.1.2 Filosofia da História e Modernidade

É possível dizer que, em linhas gerais, que os modernos rompem com a visão do fluxo temporal cíclico dos antigos – *gregos* – para secularizarem uma ideia de história progressiva da humanidade rumo a um *télos* escatológico ou de juízo final redentor e pré-determinado

(HABERMAS, 1987, p. 103). Pode parecer pouco, mas não é. Enquanto o historiador da antiguidade clássica iria se perguntar como ou *porquê* algo aconteceu, na modernidade, por sua vez, a pergunta se converteria como iremos prosseguir e para onde iremos prosseguir? Os gregos concebem, então, a história como um ciclo, ao passo que os hebreus e, posteriormente, os filósofos da modernidade, assimilam a história como um progresso *ad finitum* ou mesmo *ad infinitum* (MOMIGLIANO, 1977, p. 158). Trata-se da clássica distinção entre a compreensão de tempo cíclico ou espiral com a ideia de linear do tempo. Em linhas gerais, quando comparamos com os modernos, a historiografia antiga não se dedicava a formular representações de ideias gerais que tive por objetivo impulsionar o mundo (AUERBACH, 1987, p. 32).

A filosofia da história vislumbra um *têlos* – *finalidade* - para a história – “universal” da humanidade -. De certa forma, a própria ideia de uma história universal está inserida neste contexto de uma filosofia da história. Com isso, tem-se implícito a intenção de previsibilidade do desenvolvimento da história da humanidade. Em linhas gerais denota uma filosofia especulativa da história.

O futuro é o <<verdadeiro>> foco da história, desde que a verdade resida na base religiosa do Ocidente cristão, cuja consciência histórica é, na verdade, determinada por uma motivação escatológica, de Isaías a Marx, de Santo Agostinho a Hegel, e de Joaquim a Schelling. O significado desta visão de um fim derradeiro, como simultaneamente *finis* e *telos*, é o facto de constituir um esquema de ordem e sentido progressivos, um esquema que tem sido capaz de vencer o medo antigo no fado e na fortuna. O *eschaton* não só delimita o processo da história através de um fim, como o articula e preenche também com um objectivo definido. A influência do pensamento escatológico sobre a consciência histórica do Ocidente situa-se ao nível da conquista do fluxo do tempo histórico, que se desgasta e depara as suas próprias criações a menos que seja definido por um fim derradeiro. Comparável à bússola que nos orienta no espaço, e assim nos permite conquistar-lo, a bússola escatológica orienta no tempo indicando o Reino de Deus como objectivo e fim derradeiros. (LÖWITZ, 1991, pp. 30, 31).

Não somos nem antigos nem antigos cristãos, mas modernos – ou seja, uma mistura mais ou menos inconsistente de ambas as tradições. Os historiadores gregos escreveram uma história pragmática centrada em torno de um grande acontecimento político; os Padres da Igreja desenvolveram a partir da profecia hebraica e da escatologia cristã uma teologia da história virada para acontecimentos supra-históricos de criação, encarnação e consumação; os modernos elaboraram uma filosofia da história secularizando os princípios teológicos e aplicando-os a um cada um cada vez maior número de factos empíricos. Parece que as duas grandes concepções escatológica esgotaram as abordagens básicas à compreensão da história. (LÖWITZ, 1991, p. 31).

A ideia de uma história cíclica, o mito do eterno retorno, não é algo novo, e defendido por uma boa corrente de teoria da história, e o ser humano estaria percorrendo um ciclo repetitivo, de avanços e retrocessos, de marchas e contramarchas. Por isso, a contrapartida desta compreensão de filosofia da história é a sua compreensão linear, encontrada originalmente a partir da história dos judeus e, mais tarde, refletida no cristianismo e em especial com Agostinho, configurando, em resumo, mais característico das tradições Judaico-cristã. Nesse sentido a história possui uma trajetória determinada. O tempo como um clico de eterno retorno integrado a noção de *kósmos*, *sem início e sem final é contraposta pela ideia judaica de um história linear* com um plano de salvação através dos séculos (alfa e ômega). Os fundamentos teológicos de uma filosofia da história com compreensão linear de tradição judaico-cristã converte-se em meio a secularização da modernidade uma filosofia da história linear de fundamentos racionalistas. É como se pudéssemos repetir o embate de antigos e modernos no âmbito da compreensão histórica: a histórica cíclica dos antigos e o progresso dos modernos. É claro que estamos sendo, de alguma forma, exagerados, mas com o fim de chamar a atenção para algumas distinções nestas visões da filosofia da história.

Na filosofia de Kant pode ser vista como *do imperativo moral à filosofia da história*, tal como discorremos no ponto “1.1.2.2.2”.

Em ambos os casos [estado de natureza jurídico e estado de natureza ético] cada homem proporciona a si mesmo a lei, e não há nenhuma lei externa a que ele se reconheça submetido juntamente com todos os outros. Em ambos, cada homem é o seu próprio juiz, e não há nenhuma autoridade *pública* detentora de poder, que, nos casos em que se apresentam, é dever de cada um e leve tal dever a geral execução. (KANT, *RGV AA 06*, p. 101).

[...] o cidadão da comunidade política permanece, pois, plenamente livre, no que toca à competência legisladora da última, quer quera, além disso, ingressar numa união ética com outros concidadãos, quer pretenda antes permanecer no estado de natureza desta índole. No entanto, só na medida em que uma comunidade ética tem de se fundar em leis *públicas* e conter uma constituição que nelas se funda, os que livremente se associam para ingressar em tal estado terão não de se deixar ordenar pelo poder político como devem dispor ou não dispor interiormente de tais leis, mas sim tolerar tais restrições, a saber, relativamente à condição de que nada exista na comunidade ética que esteja em conflito com o dever dos seus membros como cidadãos do *Estado*; embora, se a primeira vinculação é de índole genuína, de nenhum nodo há que se preocupar-se do último. (KANT, *RGV AA 06*, p. 102).

A história *linear* teológica se seculariza entre a modernidade e a contemporaneidade, sobre tudo em Hegel e, posteriormente, com a crítica de Marx a Hegel. Em linhas gerais, era como se a teologia da história em sua fase secularizada ganhasse suas verões idealista e

materialista. Gerald A. Cohen em *La teoria de la historia de Karl Marx* (1986) explica que Hegel compreende a história da humanidade como unificada por pelo princípio que aglutina os indivíduos. Assim, a história não seria um mosaico disperso de fatos isolados e grandes acontecimentos e catástrofes, mas mantém um fio condutor pelo *espírito universal* (COHEN, 1986, p. 3). Em Hegel a história é parte da obra do *espírito universal* e da razão, mas, por outra parte, também, da liberdade e da ideia, uma vez que, o espírito é a razão autoconsciente e a ideia de espírito a liberdade (COHEN, 1986, pp. 18, 19). Contudo, em Hegel, seguindo em partes Herder, a história pode até avançar em rumo ao seu *telos*, mas não de forma determinada no que concerne aos seus conteúdos (BODEI, 2001, pp. 50, 51). Neste aspecto Hegel parece não acreditar que a filosofia da história possa, profeticamente, oferecer previsão do futuro.

Marx mantém, a certa medida, se vale da estrutura hegeliana da história, porém lhe inserindo novo conteúdo, a saber, a estrutura econômica. Por isso, para Marx, a história da humanidade é a história da indústria humana.

O resultado geral a que cheguei e que, uma vez obtido, serviu-me de fio condutor aos meus estudos, pode ser formulado em poucas palavras: na produção social da própria vida, os homens contraem relações determinadas, necessárias e independentes de sua vontade, relações de produção estas que correspondem a uma etapa determinada de desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. A totalidade destas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se levanta uma superestrutura jurídica e política, e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo em geral de vida social, político e espiritual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas, ao contrário, é o ser social que determina sua consciência. (MARX, 1999. pp. 129, 130).

Marx, diferentemente de Hegel parece acreditar em objetivos mais concretos para o curso da História (BODEI, 2001, p. 51). Marx entende que os fenômenos sociais devem ser explicados historicamente e, dessa forma, os períodos históricos devem ser compreendidos como produtos históricos de desenvolvimento prévios (POPPER, 1974, p. 109). Hegel aceita a ideia de uma racionalidade própria da história, mas não com uma direção de um *telos* com conteúdos substancialmente específicos (BODEI, 2001, p. 52). Na sua visão crítica acerca da teoria marxista, Popper está convencido de que “o marxismo é uma teoria puramente histórica, uma teoria que visa a prever o curso do futuro dos desenvolvimentos econômicos e de poder político, e especialmente das revoluções (POPPER, 1974, p. 90). Disso, resultaria,

em tese, a ideia de que a ciência só poderia pré-dizer o futuro se o futuro estivesse predeterminado (POPPER, 1974, p. 92).

Determinismo, como muitos outros termos no lago semântico da areia movediça filosófica, pode receber diversos significados e conceitos. Mas, em linhas gerais, resulta desta compreensão de que a história encontra-se presa ou predeterminada. Grosso modo, refere-se à uma teleologia da história universal.

Sem embargo, podemos perceber no próprio desenvolvimento da psicanálise que a ideia de *determinismo psíquico* teve, ao menos em seu início, um papel muito importante, sobretudo nos escritos freudianos do fim século XIX. Evidentemente trata-se de semelhanças e distinções entre diversos autores pela proximidade da época na qual estavam desenvolvendo seus trabalhos. Não por acaso Freud, em algumas passagens e em certos momentos do desenvolvimento de sua vasta obra, admitia que a pessoa era o resultado de um determinismo psíquico individual (ROVIGHI, 2004, p. 300). É conhecida a afirmação de Freud em *A Interpretação de Sonhos* no sentido de que os acontecimentos psíquicos são determinados (GARCIA-ROSA, 2009, pp. 170, 171). Isaiah Berlin no ensaio *Two Concepts of Liberty* (1981), ao questionar a concepção positiva de liberdade, entendia que existia uma influência freudiana determinista em tais discursos de liberdade positiva, em especial na construção do *eu empírico* e *eu ideal*.

Destarte, Berlin aborda o determinismo em duas perspectivas, quais sejam, a causal e a teleológica, ou ainda, empirista ou idealista. Com sua maneira peculiar de expor suas ideias, Berlin questiona o aparente paradoxo que surge a partir das afirmações de que o *homem* seja livre, tenha um livre-arbítrio e, ao mesmo tempo, todos os eventos lhe sejam completamente determinados, e que os homens, são o que são, em virtude de outros eventos (BERLIN, 1981, p. 2). Para Berlin (1981, p. 3), o determinismo acaba por esvaziar a gama de expressões morais na medida de que a avaliação de uma ação moral revelaria que, pelo determinismo, ou não poderia ter acontecido diferente ou teve uma causa externa a ela [ação moral] que a conduziu. Nisto reside a visão incompatibilista entre responsabilidade e determinismo na visão de Berlin. Por essa razão, os deterministas ao utilizarem a linguagem do elogio ou críticas morais, seria o mesmo que ateus que clamam o nome de *Deus* e amantes que juram fidelidade (BERLIN, 1981, p. 5). É por isso que Berlin não entende como o sistema moral Kantiano pode ser defendido, uma vez que, ao mesmo tempo em engenha a autonomia do sujeito cognoscente, prevê um sistema causalmente determinado. Para Berlin, em sistemas causalmente determinados a “*os conceitos de livre escolha e de responsabilidade moral, nos*

*sentidos em que são geralmente empregados, desaparecem ou, pelo menos, ressentem-se de aplicação, e ter-se-ia de reconsiderar o conceito de ação* (BERLIN, 1981, p. 19). Em outro ensaio *Inevitabilidade Histórica*, Berlin é ainda mais enfático sobre a explicação das compreensões deterministas da história:

O conceito de que a história obedece as leis, seja, elas leis naturais ou sobrenaturais, de que cada fato da vida humana é elemento de um padrão necessário, tem origens metafísicas profundas: a fascinação pelas ciências naturais estimula essa corrente, mas não é sua única nem principal fonte. Em primeiro lugar, há a visão teleológica cujas raízes remontam aos primórdios do pensamento humano. Essa visão ocorre em muitas versões, mas o que é comum a elas todas é a crença de que os homens e todas as criaturas vivas e talvez também as coisas inanimadas não são simplesmente como são, mas têm funções e perseguem objetivos. Esses objetivos ou são impostos a elas por um criador que fez cada pessoa e cada coisa para atingir um determinado fim, ou, então, esses objetivos não são verdadeiramente impostos por um criador, mas são, por assim dizer, inerentes a seus possuidores, de modo que todas as entidades têm uma “natureza” e perseguem um fim específico que é “natural” a ela, e a medida de sua perfeição consiste no grau em que ela a satisfaz. (BERLIN, 1981, pp. 81, 80).

Em outro trecho no mesmo ensaio Berlin destaca as consequências dessa compreensão determinista da história.

A noção de que se podem descobrir amplos padrões ou regularidades no curso dos fatos históricos naturalmente atrai aqueles que se impressionam com o sucesso das ciências naturais ao classificar, correlacionar e, acima de tudo, prever. Consequentemente, essas pessoas procurarão ampliar o conhecimento científico para preencher lacunas no passado (e, às vezes, para servir-se da ilimitada lacuna do futuro) por meio da aplicação do método “científico”, lançando-se armados de um sistema metafísico ou empírico, a partir de ilhas de certo (ou praticamente certo) conhecimento dos fatos as quais proclamam possuir. E não resta dúvida de que muita coisa já foi feita e será feita tanto no campo histórico quanto em outros campos mediante apresentação de argumentos que partem do conhecido para o menos conhecido ainda. Mas qualquer que seja o valor que possa ter a percepção de padrões ou uniformidades para estimular ou verificar hipóteses específicas a respeito do passado ou do futuro, essa percepção tem representado – e está representando cada vez mais – um outro e mais dúbio papel na determinação do panorama do nosso tempo. Tem afetado não apenas as formas de observar e descrever as atividades e caracteres dos seres humanos, mas também as atitudes morais, políticas e religiosas em relação a eles, pois, entre as questões que definitivamente surgem ao considerar-se com e por que os seres humanos agem e vivem como agem e vivem, estão questões de estímulos e responsabilidade humanos. Ao classificar o comportamento humano, a percepção de padrões e uniformidades sempre foi artificial e mais do que austera para omitir questões do caráter, objetivos e estímulos dos indivíduos. (BERLIN, 1981, pp. 76, 77).

Com efeito, para Berlin, o materialismo histórico de Marx possui uma estrutura hegeliana da história, a compreendendo como um processo único, no qual não ocorre repetições, razão pela qual cada fase, nesse processo, é novo com características novas<sup>52</sup> (BERLIN, 2007, pp. 116, 117). Seja como for, a filosofia da história, ou mesmo o determinismo em suas mais diversas possibilidades, vertentes, bem como decorrente de suas mais variadas fundamentações, estão à procura do significado da história. E mais do que isso, buscam apropriar-se deste significado<sup>53</sup> da história a fim de reorganizar a explicação do presente e reivindicar o cumprimento de metas e intenções futuras. Segundo entendemos, a forma de compreender o *Estado de Direito* e suas diversas nomações, acabam por lidar com esse ranço determinista da filosofia da história. Consciente ou inconsciente, talvez isso seja pouco relevante quando comparada às consequências que tais perspectivas têm imposto à compreensão do papel do *Estado* contemporâneo.

---

<sup>52</sup> Nesse sentido: *A polêmica de Benjamin contra o nivelamento da apreensão que o materialismo histórico faz da história, em termos de teoria da evolução social, dirige-se a uma tal degeneração da consciência de tempo da modernidade, aberta ao futuro. Onde o progresso coagula, tornando-se norma histórica, é eliminada da relação do presente com o futuro a qualidade de novo, a ênfase no começo imprevisível.* In: HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução: Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 20.

<sup>53</sup> Nesse sentido: “a história, afirmo, não tem significação. Mas essa afirmação não quer dizer que tudo quanto podemos fazer a tal respeito seja olhar atônitos para a história do poder político, ou que tudo quanto podemos fazer a tal respeito seja olhar atônitos para a história do poder político, ou que devamos encará-la como uma cruel zombaria. Podemos interpretá-la, com vistas àqueles problemas do poder político cuja solução escolhemos tentar em nossa época. Podemos interpretar a história do poder político do ponto de vista de nossa luta pela sociedade aberta, por um regime da razão, pela justiça, igualdade, liberdade e pelo controle do crime internacional. Embora a história não tenha fins, podemos impor-lhes esses fins nossos; e embora a história não tenha significação, podemos dar-lhe uma significação. [...] os fatos, seja os da natureza, seja os da história, não podem tomar a decisão por nós, não podem determinar os fins que iremos escolher. Nós é que introduzimos propósito e significação na natureza e na história. Os homens não são iguais; mas podemos decidir lugar por direitos iguais. As instituições humanas tais como o estado não são racionais, mas podemos decidir lutar para torna-las mais racionais. [...] como o jogo, o historicismo nasceu de nosso desespero com a racionalidade e a responsabilidade de nossas ações. É uma esperança degradada, uma degradada fé, uma tentativa para substituir a fé a esperança que nascem nosso entusiasmo moral e do desprezo pelo sucesso por uma certeza que provém de uma pseudo-ciência: uma pseudo-ciência das estrelas, ou da ‘natureza humana’ ou do destino histórico. [...] Esta acentuação sobre o dualismo de fatos e decisões determina também nossa atitude em relação a idéias tais como o ‘progresso’. Se pensamos que a história progride, ou que estamos fadados a progredir, então cometemos o mesmo engano daqueles que crêem ter a história em significado que pode ser descoberto nela e não necessita ser-lhe dado. Progredir, com efeito, é mover-se para certa espécie de fim, para um fim que existe para nós como seres humanos. A ‘história’ não pode fazer tal coisa; apenas nós, os indivíduos humanos, podemos fazê-lo. [...] Em vez de nos estadearmos como profetas, devemos tornar-nos os autores de nosso destino. Devemos aprender a fazer as coisas o melhor que pudermos e a encarar nossos enganos. E quanto tivermos abandonado a idéia de que a história do poder será a nossa julgadora, quando tivermos desistido de nos afligir por indagar se a história nos justificará ou não, entoa talvez um dia possamos ter êxito em colocar o poder sob nosso domínio. Dêsse modo, poderemos mesmo, por nossa vez, justificar a história. Ela necessita desesperadamente dessa justificação. In: POPPER, KARL. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Vol 2. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1974, pp. 286, 287, 288, 289.

### 2.1.3 Dimensões – Gerações – de Direitos Fundamentais – Filosofia da História dos Direitos Fundamentais?

Atribui-se a Karel Vasak a primeira utilização da expressão “gerações de direitos fundamentais”, em conferência proferida em 1979 no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo (SARLET, 2014, p. 272). Naquela ocasião Vasak sustentou a ideia de evolução dos direitos humanos e fundamentais a tal medida que tal evolução poderia ser compreendida como tendo desenvolvido três *gerações de direitos fundamentais*. Vasak que é tcheco naturalizado francês, inspirou-se no lema da revolução francesa<sup>54</sup> para tipificar as gerações de direitos fundamentais em: **(i)** a primeira geração seria da liberdade – *liberté* – equivalente ao direito de defesa que já tivemos oportunidade de ver, concentrando-se nos direitos civis e políticos do cidadão; **(ii)** a segunda geração seria relacionada à igualdade – *égalité* – aproximando da ideia de liberdade positiva, propugnando direitos econômicos, sociais e até mesmo culturais; **(iii)** terceira geração em alusão ao espírito de fraternidade – *fraternité* – focando na solidariedade, à paz, temas da ordem do dia no segundo pós-guerra (MARMELSTEIN, 2009. p. 40). Os chamados direitos de quarta e quinta geração são mais comumente abordados nos manuais. Segundo Paulo Bonavides o direito de quarta geração diz respeito ao direito à democracia, informação e ao pluralismo, na visão de Bonavides, trata-se de uma universalização de direitos políticos essenciais. Todavia, Bonavides reclama por uma democracia direta (BONAVIDES, 2004-b, 571). Também Paulo Bonavides (2008), fala em direitos fundamentais de quinta geração, como sendo o direito à paz.

De 1979, quando da conferência proferida por Vasak, até aos nossos dias, muita água passou por baixo dessa ponte dos *Direitos Fundamentais*. Há autores que sustentam que existem, hoje, direitos de sexta<sup>55</sup> e sétima<sup>56</sup> geração (MARMELSTEIN, 2009. p. 55). Todavia, é mais comum ver a propagação da ideia de direitos até as quarta e quinta gerações. Merece uma pequena observação o fato de que, mais recentemente, os autores embora não queiram negar a existências catalogada de tais direitos fundamentais, diverjam quanto à nomenclatura que se deva dar a estes direitos. Ingo Wolfgang Sarlet (2014, pp. 272, 273), perfilha ao

<sup>54</sup> A liberdade é azul, a igualdade é branca e a fraternidade é vermelha.

<sup>55</sup> Entende-se que a *água potável* seria um direito de sexta geração. Ver FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. *Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão*. Campinas: Millennium Editora, 2011. Cf. FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 228, 229.

<sup>56</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 54.

entendimento de que o termo correto deveria ser “*dimensões*” ao invés de “*gerações*” uma vez que o “*reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância [...]*”. Ainda que por caminhos diferentes George Marmelstein (2009, pp. 56-60) prefere o termo *dimensão*, bem como Zulmar Fachin (2013, pp. 222, 223). Fiel a terminologia “*gerações*” encontra-se Paulo Bonavides (2004-b, pp. 562-572). Já Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2010, pp. 28-31), rechaçam ambas as terminologias “*gerações*” e “*dimensões*” e optam pelos termos “*categorias*” ou “*espécies*” de direitos fundamentais. A discussão terminológica, na verdade, é mais um pano de fundo em relação a preocupação dos autores para que não haja compreensão de ruptura entre um direito e outro, entre uma geração e outra. Todavia, a necessidade de se explicar historicamente tais conquistas de direitos, e, ao mesmo tempo, formatar uma teoria cumulativa e unidimensional dos direitos fundamentais, traz consigo o cuidado e o receio de não banalizar a própria escala de importância na racionalização sistemática dos direitos fundamentais. Ora, uma vez que sucessivamente novos direitos fundamentais são alçados a tal categoria, com pretensão de universalidade e atemporalidade, tem-se, contraditoriamente, um enfraquecimento da própria compreensão genérica do que sejam direitos fundamentais. É o caso da famosa escada que, após ser utilizada, acaba se tornando inconveniente e necessita ser descartada. O que se constata, na realidade, é uma herança, ainda que imperceptível, da filosofia da história e de determinismo psíquicos, característicos da psicologia da primeira metade do século XX, os quais criam arquétipos *standards* que se tornam um alvo ou uma meta a serem alcançados. Mas, agora, a universalização pretendida, por arquétipos axiológicos, revela um caminho diferente para a formação e para o progresso dos novos direitos fundamentais. Não mais as máximas principiológicas, mas sim, conteúdos de bens, serviços e valores éticos que devem ser universalizados.

Não é difícil perceber que o rol de direitos fundamentais aumentam na medida em que as necessidades de aperfeiçoamento humano ou progresso da humanidade se tornam mais claras ou alarmantes. Quando perfilhamos as gerações ou dimensões de direitos fundamentais, percebe-se facilmente uma marcha progressiva. E mais, percebe-se um curso que parte do indivíduo ao coletivo. Nas últimas gerações percebe-se que o destinatário de tais direitos é o ser humano enquanto espécie e abstratamente considerado. Destarte, compreende Bonavides:

Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo

cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo metafísica daqueles direitos contida no jusnaturalismo do século XVIII (BONAVIDES, 2004-b, p. 563).

O que podemos constatar é o anseio para que haja uma universalização ética de valores, bens, serviços e fins que a humanidade deve, em tese, alcançar. Se há excesso de guerras, massacres, perseguição de etnias, então os direitos fundamentais progridem para universalizar a paz enquanto um valor universal. Se há escassez de água potável, capaz de colocar em risco a própria existência humana, nova geração de direitos fundamentais surge visando universalizar o direito fundamental à água potável. Evidentemente tais valores são nobres e valiosos por si mesmo. Mas há, seja em que medida for, uma carga determinista e da filosofia da história no alargamento do rol destas categorias de direitos fundamentais. Quase sempre provocando um eclipse que encobre o sujeito individual para o interior do sujeito coletivo, realoca o indivíduo para o interior da entidade da “vida humana” e o reposiciona para viver harmoniosamente com seu habitat e seus recursos naturais finitos. A responsabilidade individual pelas guerras ou escassez de recursos naturais limitados tornam-se pulverizadas. Tudo é difuso. A responsabilidade pelas ações morais e éticas, quando muito se reportam à entidades tais como *nação, país, seita, fanáticos*, mas pouco diz sobre o sujeito no processo de construção de soluções pela via comunicacional.

Essas interligações de ordem de valores absolutos não possuem limites. As correlações axiológicas podem se interconectar por formas as mais diversas imagináveis. Tomemos, por exemplo, o direito de livre locomoção – *um corolário do direito de liberdade* -. Uma vez que pelas exigências reais do mundo contemporâneo o automóvel é um dos meios de transporte mais eficaz, podemos chegar à conclusão de que há um direito fundamental ao *petróleo*. É claro que nosso exemplo é uma “*pantomima*” provocativa para tentar chamar a atenção sobre a forma pela qual o progresso das gerações de direitos fundamentais são concebidos.

Essa filosofia da história que visa aperfeiçoar o mundo real a partir da elaboração do mundo normativo e teórico, quase sempre posiciona o *homem, a um só tempo*, como destinatário e credor de todas as categorias de direitos fundamentais. O polo passivo dessa demanda de direitos subjetivos público quase sempre é hipostatizado numa entidade, no *Estado*, ou mesmo numa sociedade. A compreensão sobre as diversas formas de *Estado* enquanto fruto de gerações sucessoras, enquanto etapas superadas ou mesmo aperfeiçoamento e de marcha para o progresso, não apenas passa pelos mesmo sintomas desta compreensão das

gerações dos direitos fundamentais, como sofre as mesmas consequências, em especial na relação entre *Estado* e o cidadão.

Nos poderia ser objetado que as ideias de bloco de constitucionalidade ou do fenômeno da mutação constitucional se valem da mesma plataforma de progresso das gerações de direitos fundamentais. Se isso nos fosse levantado seria um engano. Isto porque tais fenômenos refletem, muito mais, revisões republicanas da própria história a fim atualizar e harmonizar o texto escrito da Constituição com realidade da sociedade contemporânea.

## **2.2 CLASSIFICAÇÃO À LA CARTE DO *ESTADO* - FILOSOFIA DA HISTÓRIA DO ESTADO?**

Tentaremos aqui, problematizar e chamar a atenção como os autores em Teoria do Estado, Filosofia do Direito, enfim, juristas e jusfilosofos, conseguiram maximizar as transformações do *Estado*, classificando em diversos tipos históricos-sucesivos. O ponto de partida, quase sempre, é a partir daquilo que se tem chamado de *Estado Liberal*. Este ponto, embora cumpra um papel descritivo marcante, até mesmo de levantamento bibliográfico, é preponderante para a compreensão de nosso trabalho. Evidentemente que faremos apenas uma amostragem a qual, desde já, esclarecemos que será levada em conta muito mais o nosso acesso às obras do que sua autoridade ou eventual relevância acadêmica. Não nos preocupa, nesse ponto, nenhum apelo de autoridade.

Pietro de Jesús Lora Alarcón, em seu livro *Ciência política, Estado e Direito Público. Uma introdução do Direito Público da contemporaneidade* (2011), começa a listagem dos tipos de Estados em (a) Estado antigo, (b) Estado pré-colombiano, (c) Estado Feudal, (d) Estado Moderno, (e) Estado de Direito Liberal, (f) Estado Social, (g) Estado Neoliberal, (h) Estado Democrático e Social de Direito.

José Afonso da Silva em quase toda sua obra anota os diversos tipos de *Estado*, valendo apontar o livro *O Poder Constituinte e Poder Popular* (2007), no qual define o *Estado de Direito* como sendo a expressão da democracia liberal, *Estado Social de Direito* e diferencia este do *Estado Social Democrático de Direito*, por avaliar que nem sempre o *Estado Social* foi historicamente democrático (SILVA, 2007, pp. 114-134):

A evolução histórica e a superação do liberalismo, a que se vinculou o conceito de Estado de Direito, colocam em debate a questão da sua sintonia com a sociedade democrática. O reconhecimento de sua insuficiência gerou o conceito de Estado Social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. (SILVA, 2007, p. 114).

Jorge Reis Novais em *Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa* (2004), além de fazer o tradicional apanhado histórico entre medievo e modernidade, descreve o *Estado de Direito Liberal*, *Estado de Direito Material e Formal*, *Estado de Legalidade* e *Estado Social e Democrático de Direito*, e conclui que o “*Estado de Direito actual – enquanto síntese das três dimensões que se recolhem da fórmula Estado social e democrático de Direito – revela-se em toda extensão como Estado de Direito material* (NOVAIS, 2004, p. 40).

O também português José Joaquim Gomes Canotilho (2005) parece entender que o *Estado Constitucional* é um produto entre do Estado de Direito e o Estado Democrático, afirmando que:

O Estado Constitucional, para ser um estado com qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de direito e Estado democrático. Estas duas qualidades surgem muitas vezes separadas. Fala-se em Estado de direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado democrático silenciando a dimensão de Estado de direito. (CANOTILHO, 2005 , p. 93).

A ideia defendida por Canotilho é a clássica relação de que o Estado de Direito sendo neutro e com base nos princípios do liberalismo, visa apenas garantir do direito de defesa do cidadão frente ao Estado.

Mas são nos manuais que a ideia de modulação e classificações linearmente históricas ficam mais ricas e ganham inúmeros desdobramentos. Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2010), elencam o *Estado Democrático Social de Direito* (ARAUJO, NUNES, 2010, p. 121-124). Alexandre de Moraes, em sua leitura de Canotilho, assevera que o “*Estado Constitucional, portanto, é mais do que o Estado de Direito, é também o Estado Democrático, introduzido no constitucionalismo como garantia de legitimação e limitação do poder*. (MORAES, 2011, p. 6). De um modo mais profético e determinista, Paulo Bonavides vislumbrou essa passagem teórica como transformação necessária e impossível de ser evitada:

Os que viveram à época do liberalismo – os nossos ditosos antepassados – podiam romanticamente considerar o problema do Estado com a presunção

otimista de haver criado um mundo melhor e mais sólido, baseado na utopia revolucionária dos direitos do homem.

O Estado liberal humanizou a idéia estatal, democratizando-a teoricamente, pela primeira vez, na Idade Moderna. Estado de uma classe – burguesia – viu-se ele, porém, condenado à morte, desde que começou o declínio do capitalismo. (BONAVIDES, 2001, p. 143).

Zulmar Fachin (2013) fala em modelos de Estado totalitário, liberal, social e “privado” (FACHIN, 2013, p.185-190). Streck e Moraes falam da transformação do liberalismo e da mutação dos papéis do Estado que vai do absentéismo ao intervencionismo (STRECK, MORAIS, 2006, pp. 51-90). Pois bem. Esse é um pensamento quase que sedimentado, isto é, os autores em Teoria do Estado, Teoria Constitucional, Teoria Política, percorrem esse desenvolvimento linear da história do Estado. Como vimos, alguns autores entendem se tratar se “sínteses” de modelos distintos, outros acreditam que se trata de complementos na medida em que as demandas das sociedades foram se consolidando. Esse movimento é percebido por Canotilho:

Uma significativa corrente da historiografia moderna põe em causa a sucessão linear de modelos de Estado (“Estado Estamental” → “Estado Absoluto” → “Estado Liberal”) e censura mesmo a transposição “acrítica” para Portugal de conceitos elaborados para outros quadrantes político-culturais, como, por exemplo, os de “absolutismo”, “despotismo”, “Estado moderno” (CANOTILHO, 2005, p. 91).

O fato de muitos autores repetirem e seguirem a mesma linha de compreensão acerca dos diversos modelos, tipos ou síntese de Estado, não significa que não possamos questionar este entendimento. De fato, os modelos históricos de Estado, isto é, desde o início do Estado moderno até aos nossos dias, não se seguiram estáticos. Isso, porém, seria suficiente para indicar uma ruptura de modelo e de sistema tal qual apresentamos anteriormente? Essas mudanças de modelo, tipificações, desdobramentos ou sínteses apontadas pelos autores apontam para algum tipo de ruptura com a descentralização do Poder, democracia, Poder representativo, Direitos fundamentais de defesa do cidadão baseado na nítida distinção entre Estado e Sociedade? Como veremos mais a frente, em termos de fundamentos e argumentos, nem mesmo o totalitarismo corresponde integralmente a essa ruptura, uma vez que seus argumentos sempre conduzem para uma vontade social perfeita e totalizante, que é algo distinto da figura monárquica do absolutismo. Em geral, os chamados “elementos do Estado”, que também são muito parecidos na visão de diversos autores, quais sejam, povo-nação, território, soberania, também foram totalmente suprimidos ou receberam novo rol dentro

daquilo que é chamado como modelos de evolução linear na história dos Estados-Nações ou simplesmente do Estado.

Também nos parece ser exagerado dizer que o Estado de Direito, com base liberal, o que se chama *Estado de Direito Liberal*, fosse destituído de conteúdo. A neutralidade do Estado, os direitos de defesa com as garantias de liberdades individuais, eram naquele momento conteúdos bem delineados. Quer nos parecer que nesse tipo de compreensão dos diversos tipos de *Estado*, ou da progressão dos modelos de *Estado* para um *Estado* perfeito, ideal ou empírico, apresenta, também, traços de uma filosofia da história. Nessa perspectiva o modelo – quase sempre normativo – subsequente representa uma evolução, um progresso ao modelo anterior de *Estado*. Uma vez que essa linha histórica é vista como necessária cresce as expectativas, bem como decepções e dissensos por parte dos cidadãos com relação ao *Estado*. Expressões tais como *capitalismo tardio* ou mesmo *modernidade tardia* trazem embutidas tal decepção.

Frise-se que não estamos negando as diversas e constantes transformações históricas das sociedades e de suas instituições. Pelo ao contrário, o que estamos provocando é a forma como tais mudanças e transformações são compreendidas, refletidas e tidas, finalmente, como um produto histórico constatável. Por isso, talvez as dificuldades estejam justamente ao que se refere aos conteúdos axiológicos e muitas vezes ideológicos na estrutura do Estado contemporâneo e ainda, na distinção em duas grandes tradições filosóficas da liberdade que de uma maneira ou outra acabam por justificar o Estado contemporâneo, quais sejam, o Liberalismo Político e Republicanismo. Assim, propomos mais um corte epistemológico para o trabalho: tentaremos analisar estas concepções da transformação dos modelos de Estado, e por fim do Estado social, sobre as óticas do Liberalismo e Republicanismo. Eventualmente, os diversos conteúdos axiológicos, ideologias e convicções que influenciam na compreensão das transformações do Estado serão analisadas dentre estas duas perspectivas, liberal e republicana.

Por fim, apenas para que não sejamos omissos, e também possamos utilizar mais um elemento de comparação, vale dizer que, em termos estruturais de mudança, o mais próximo que enxergamos está dentro da análise do brasileiro José Eduardo Faria, quando verifica interna e externamente as transformações do Estado e questiona seu futuro, em especial no livro *O Estado e o Direito Depois da Crise* (2013).

## 2.3 ESTADO SOCIAL NO CURSO DA HISTÓRIA. O QUE VEM DEPOIS?

Estado Social – *Sozialstaat* -, Estado do Bem-Estar –*social* -, *Welfare State* – *Wohlfahrtstaat* -, Estado Providência, são, aqui, tomadas por sinônimas<sup>57</sup>. Antes de mais nada, vale apenas consignar o óbvio, no sentido de que intervir é da essência do *Estado*. O Estado que não intervém não pode ser considerado um *Estado*. Disso resulta que as discussões acabam gravitando sobre o *quantum* de intervenção cada *Estado* historicamente considerado irá adotar como postura, como política de governo ou mesmo como política de *Estado*. E no mesmo sentido pode-se analisar em intervenção negativa e positiva, a quais já tivemos a oportunidade de analisar. Em nossa visão, decorrente das pesquisas de diversos autores que tratam sobre o tema, três são os marcos histórico do chamado *Estado Social*.

**Em primeiro lugar** este modelo de *Estado* que intervém prospectivamente na vida dos cidadãos começa ser desenhado no fim do século XIX em decorrência da reclamação de uma nova forma de se compreender a cidadania, a saber, a cidadania social que vai além daqueles conceitos clássicos relacionada às raízes grega e romana, quais sejam, conceito político e legal de cidadania, respectivamente. A esse conceito social de cidadania está embutido a ideia de direitos sociais, tais como trabalho, educação, moradia, saúde, e previdência (CORTINA, 2005, pp. 51, 52). Adela Cortina chama a atenção de que no fim do século XIX quando Bismarck promoveu programas de seguro-doença, seguro contra acidente de trabalho ou mesmo aposentadorias por idade, havia um interesse estratégico em fazer frente às reivindicações de cunho socialista. Em especial havia a intenção de enfraquecer tais movimentos. Por isso se pode concluir que as primeiras movimentações na estruturação de um *Estado* interventivo na sociedade a fim de garantir bens e serviços não tinha por finalidade atender às exigências éticas, mas sim, um agir estratégico para defender o próprio modelo de *Estado* que já existia, bem como o próprio sistema capitalista (CORTINA, 2005, p. 54). Habermas parece estar de acordo, em partes, com esta leitura dos acontecimentos na virada do século XIX para o século XX:

---

<sup>57</sup> Em sentido contrário, Adela Cortina que entende que sejam modelos diferentes, perfilhando, *Estado Liberal de Direito*, *Estado social de Direito* e *Estado de Bem-estar*. Adela distingue, basicamente, Estado do Bem-Estar e Estado Social, atribuindo ao primeiro um gigantismo do Estado o qual é insustentável por sua metodologia demasiadamente invasiva, bem como pelos custos da manutenção de seus projetos de bens e serviços para os cidadãos. O Estado Social, por sua vez, estaria relacionado à ideia de mínimo de justiça, portanto, de justiça social, o que, frente ao Estado de Bem-Estar o posicionaria de forma mais moderada e contida, com políticas de focalização. In: CORTINA, Adela. *Cidadãos do Mundo. Para uma teoria da cidadania*. Tradução: Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Edições Loyola, 2005, pp. 58, 59.

Desde a última quarta parte do século XIX, nos países capitalistas mais avançados, duas *tendências* de *desenvolvimento* podem ser notadas: (1) um acréscimo da atividade intervencionista do Estado, que deve garantir a estabilidade do sistema. [...] *A regulação a longo prazo do processo econômico pela intervenção do Estado* originou-se da defesa contra as disfunções que ameaçavam o sistema de um capitalismo abandonado a si mesmo, cujo desenvolvimento efetivo contrariava tão obviamente a sua própria idéia de uma sociedade burguesa que se emancipasse dada dominação e neutralizasse o poder. (HABERMAS, 1975, p. 317, 318).

**A próxima evidência histórica** foi um típico caso de se juntar a “*fome com a vontade de comer*”, quando no plano teórico se estruturou as teorias keynesianas e o mundo testemunhava a chamada “*grande depressão*” na economia, com início nos EUA na década de 1930. Bem, novamente já podemos assinalar que Keynes tinha em mente salvar o sistema de produção capitalista e aperfeiçoar o liberalismo econômico (AZEVEDO, 2000, p. 89). Outrossim, a vontade de comer se manifestava em Keynes o qual pretendia fazer prevalecer suas ideias de um liberalismo econômico atualizado combinando com eficácia econômica, justiça social e liberdade, e a fome, por sua vez, era a expressão da chama “*grande depressão*” da década de 1930, cujo marco simbólico é o *crash* da bolsa de *New York* em outubro de 1929 (GAZIER, 2014). E nisto se pode correlacionar a grande influência das teorias keynesianas na implantação do *New Deal* pelo presidente norte americano Franklin Roosevelt nos EUA.

Segundo Leandro Karnal, Roosevelt agiu como a maioria dos líderes mundiais de sua época, tais como socialdemocracia da Europa, mesmo stalinistas na Rússia, ou populistas na América Latina, ao reconhecer que a intervenção econômica massiva era necessária para salvar o sistema econômico, bem como aliviar a grave crise – *grande depressão* – (KARNAL, 2007, p. 209). O *New Deal* teve duas etapas ou, grosso modo, pode-se dizer que houve dois *New Deal*, sendo a primeira etapa entre os anos de 1933 e 1934, e o segundo, que significou um arrojamento e um incremento do primeiro, implantado no ano de 1935. Em linhas gerais, as ações do *New Deal* consistiam na intervenção do *Estado* para promover a recuperação industrial e agrícola, regular o sistema econômico, bem como providenciar assistência social e dar início a uma série de obras públicas, gerando com isso, novos postos de trabalhos (KARNAL, 2007, p. 210). A segunda fase ampliou os programas sociais e instituiu tributos sobre grandes fortunas, regulou a jornada de trabalho, estabeleceu uma política de salário mínimo. Em geral, a análise que se faz é que o *New Deal* foi bem mais discreto quando comparado aos chamados *Estado do Bem-Estar* movidos pela socialdemocracia em diversos países europeus. Mais interessante, aqui, é tentar perceber que temos exemplos históricos de

movimentação social por parte do *Estado* sejam em sociedades republicanas, como a dos EUA, como em sociedades liberais, como a maior parte da Europa ocidental que implantou políticas públicas sociais.

**O terceiro momento histórico** da formatação e consolidação do *Estado Social* tem destaque com o fim da segunda guerra mundial. A situação catastrófica deixada pelas duas grandes guerras mundiais, era, por si só, justificadora e necessitante de um *Estado* interventivo que viesse ao encontro de cidadãos fragilizados, pobres, doentes, enfim, com todas as marcas e cicatrizes que tais guerras deixaram. Esse apelo à piedade, por assim dizer, tem por marco o chamado Relatório Beveridge, o qual no ano de 1942, em plena segunda guerra mundial, redigiu um documento com objetivos de paz para a nação da Inglaterra, em termos de uma nova ordem mundial (MARSHALL, 1967, pp. 95-97). Mas ainda assim, mesmo autores mais progressistas como Lenio Luiz Streck, admitem que as políticas do *New Deal* e do *Welfare State* responde à lutas operárias travadas no final do século XIX, bem como uma resposta da “*direita esclarecida aos vaticínios de Marx sobre a inexorabilidade da revolução proletária, engendrada no bojo insuperável da contradição fundante da ordem social capitalista*” (STRECK, 2004, p. 59). E nesse sentido ressalta Esping-Andersen:

É fato histórico que a construção do *welfare state* dependeu da edificação de coalizões. A estrutura das coalizões de classe é muito mais decisiva que as fontes de poder de qualquer classe tomada isoladamente.

[...]

A consolidação do *welfare states* depois da segunda Guerra Mundial passou a depender fundamentalmente de alianças políticas com as novas classes médias. Quanto à social-democracia, o desafio era sintetizar as demandas da classe trabalhadora e dos *White-collar* sem sacrificar o compromisso de solidariedade. (ESPING-ANDERSEN, 1991, pp. 112 e 114).

Desses três marcos um embate nos parece ficar claro, o qual podemos emprestar do questionamento realizado por Gosta Esping-Andersen em *As três economias políticas do Welfare State*. Para tentar formatar um conceito teórico sobre o que seja *Welfare State* Esping-Andersen se vê diante do problema de saber “*se*” e “*quando*” um determinado modelo histórico de *Welfare State* “*responde funcionalmente às necessidades da indústria ou à reprodução de legitimação do capitalismo? E como identificar o Welfare State que corresponda às demandas que teria uma classe trabalhadora mobilizada?*” (ESPING-ANDERSEN, 1991, pp. 97, 98).

Os cientistas políticos não erraram quando até duas décadas do segundo pós-guerra se valiam de expressões tais como *Estado-Provedor*, *Bem-Estar Social* ou mesmo *Estado Social*, *Welfare State*, para se referir a essa intervenção propositiva do Estado como regulador da vida material de seus cidadãos. Este marco de intenção ilocucionário era o que dispunham à época, tanto quando olhavam para seu passado recente, quanto quando prospectavam um futuro breve. Este marco referencial histórico e teórico, e mesmo empírico, dos modelos históricos de *Estado Social*, teve um papel valioso tanto no âmbito teórico quanto para a experiência empírica. Este marco, nominado como *Estado Social*, por si só, não nos parece incorreto. E nisto não estamos nos contradizendo. Ocorre que, agora, um pouco mais distante daquela época, com a possibilidade de traçar apontamentos panorâmicos, não estamos obrigados a repetir tudo o que fora dito e, por fim, ratificar que houve uma sobreposição de “modelos” normativos de *Estados*.

Adela Cortina ao analisar a famigerada “crise do Estado Social” – *acentuada principalmente no fim dos anos de 1970* - serenamente pondera que, pretender substituir o “*megaestado*” Social sem nada conservar dele, por um *Estado Liberal* em termos clássicos, seria regredir em razão de conquistas, em tese, irrenunciáveis (CORTINA, 2005, p. 57). Em termos de linearidade, se uma verdade vale para frente, deve, também, valer para trás. Existem conquistas irrenunciáveis do *Estado Liberal*, sobre tudo na forma de democracia liberal que conhecemos hoje, e, em especial, a solidificação republicana da tripartição do *Poder*. Ora, se do ponto de vista legal o *Estado Social* utiliza a mesma plataforma do *Estado de Direito*, respeitando direitos e garantias individuais, um direito positivo estruturado e com tripartição de *Poder*, e, do ponto de vista econômico, o *Estado Social* não rompe com o sistema de produção capitalista, mas, pelo ao contrário, depende e necessita de tal sistema como fonte de custeio de suas políticas públicas sociais, como, então, se pode afirmar que um modelo sucede ao outro?

Nos parece contraditória tal intuição segunda a qual o *Estado Social* é um modelo de sucessão do *Estado Liberal de Direito*. E nos parece mais, que há por parte daqueles que ainda pretendem ressignificar o papel do *Estado Social*, sobretudo quando se pensa em países em desenvolvimento ou de capitalismo tardio, uma compreensão filosófica da história do *Estado*. Nisso consiste um progresso retilíneo rumo à redenção, ao aperfeiçoamento humano em seus aspectos altruísticos, enfim, a consolidação do paraíso na *terra*. Ora, concordar por meio de democracia deliberativa, na formação de um objetivo nacional por meio da discussão linguística, que é necessário uma fase, ou mesmo uma eternidade de um *Estado Social*, é algo

distinto de esperar que a história se cumpra de maneira profética e seja implantado um *Estado Social*. E talvez não devemos nos enganar, as consequências de cada postura são bem diferentes. O ressentimento desta última postura tende a ser muito maior, a espera de um futuro que nunca chega, cujas as causas impeditivas deste futuro profético que nunca chega quase sempre é atribuída às forças ideológicas e dicotômicas no controle do *Poder* estatal.

E essa compreensão de uma filosofia da história do *Estado* leva a outra situação constrangedora. Em momentos de crises do modelo do *Estado Social* não se conseguem rascunhar um “novo modelo sucessivo” ou mesmo aperfeiçoado de eventual modelo de *Estado vigente*. Assim, os novos modelos, por exemplo, *neoliberalismo*, nada mais é do que o retorno de algo anteriormente vivenciado, mas repaginado para dar a impressão de ser algo novo. Numa análise cíclica da filosofia da história, é como se o eterno retorno se opera-se a fim de apaziguar os ânimos em momentos de crises. Nesta hipótese, o modelo perfeito passa a ser aquele que outrora fora rejeitado e “sucedido”. Por isso o *Estado Social* é como música ouvida num carro. Ao aumentar ou diminuir o volume não se muda a música, mas altera-se o volume do áudio ao qual escutamos a música. Às vezes mais volume torna a música mais nítida aos ouvidos, a enriquece quanto à percepção de detalhes de arranjos musicais. Outras vezes, porém, o excesso de volume torna a música ensurdecadora, e, por consequência, insuportável tal situação de desconforto, bem como impossível de compreendê-la. O adjetivo *social* acrescido ao *Estado* é o volume que se aumenta ou se diminui de uma mesma música: *Estado Liberal* combinado com sistema de produção capitalista.

Pra não dizer que “*não falamos das flores*”, os manuais mencionam com frequência que as primeiras constituições a tratar expressamente sobre *Direitos Sociais* são a Constituição mexicana de 1917 (*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*), e a Constituição alemã de 1919 (*Weimare Verfanssung - Verfassung des Deutschen Reichs*), conhecida Constituição de *Weimar*, em pleno período da primeira guerra mundial.

### **2.3.1 Revendo a História. Despindo-se da História**

Quando Paulo Bonavides publicou a obra *Do Estado Liberal ao Estado Social* (BONAVIDES, 2004), no final da década de 50, do século passado, a temática dos Direitos Sociais guardava a pujança especial daquele momento histórico. O *homem*, enfim, tinha conseguido proclamar duas grandes guerras mundiais entre um curto espaço de tempo.

Guerras peculiarmente *singulares* ao que se refere às práticas de atrocidades, esvaziamento moral dos indivíduos, e da ruptura entre instituições juridicamente positivadas e diretrizes axiológicas e, em especial, ao domínio do *homem* sobre novas tecnologias e seu conhecimento sobre a natureza. Uma grande nuvem cobriu o horizonte da [busca] pela justiça [social, solidária, fraternal], independentemente do apelo *utópico* que tal busca possa ter representado. O ser humano tinha, então, avançado no domínio da técnica e da ciência (HABERMAS, 1986), mas se viu derrotado pela instrumentalização da racionalidade estratégica das relações humanas. Em momentos históricos como o narrado, a força das ideias<sup>58</sup> é questionada, revisitada, como uma forma de tentar compreender os fatos históricos e, por outro lado, prospectar a realidade do futuro.

Com efeito, a teoria política passou, então, a compilar historicamente as transformações do Direito e do *Estado* moderno, a contar da superação do feudalismo e início do Estado absolutista renascentista, passando pelos jusnaturalistas ou pré-racionalistas (HAYEK, 1981), pelos próprios racionalistas, às teorias marxistas (*ou marxianas*), até, por fim, *Teorias Críticas do Direito*. Nesse meio tempo, contemporâneo ao inícios das grandes guerras, houve, ainda, o grande impacto da busca por reduzir o *Direito* ao método científico, ou torna-lo uma ciência em sentido estrito, cientificidade a qual se tornou mais conhecida pela clássica obra *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen (KELSEN, 2003).

A guerra fria, posteriormente alimentada após o fim da segunda grande guerra, polarizou o mundo em dois blocos marcados supostamente por dois sistemas distintos de produção, capitalista e socialista (VIZENTINI, 2004). O pluralismo de ideias se converteu e sucumbiu às expressões monistas propulsoras de ideologias, a saber, os sistemas de produção capitalista ou socialista.

Os fundamentos teóricos ou jusfilosóficos dos estados socialistas sempre tiveram, a rigor, a marca perspectiva de uma psicologia social. Isto é, em termos de ontogenia e filogenia (BURREL, MORGAN, 2005), os governos socialistas expressavam uma personificação de superego da sociedade (BERLIN, 1981, p 143), que avocavam toda autocompreensão de virtudes e valores éticos e necessidades da sociedade. Esse ponto também já tivemos a

---

<sup>58</sup> Nesse sentido “as idéias às vezes atingem um momentum descontrolado e uma força irresistível sobre multidões que podem tornar-se demasiado violentas para se darem conta de alguma crítica racional. Há mais de cem anos, o poeta alemão Heine advertiu os franceses a não subestimarem o poder das idéias: os conceitos filosóficos alimentados na tranquilidade do gabinete de um professor poderiam destruí uma civilização. Citou ele a *Crítica da Razão Pura*, de Kant, como a espada com que fora decapitado o teísmo europeu, e descreveu as obras de Rousseau como a arma esangüentada que, em mãos de Robespierre, destruíra o antigo regime. In: BERLIN, Isaiah. Dois Conceitos de Liberdade. In: \_\_\_\_\_. Quatro Ensaio sobre a Liberdade. Tradução: Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 1981, p. 134.

oportunidade de desenvolver com mais aprofundamento. Em alguma medida, mormente do ponto de vista de ideologias e utopias, houve um senso no sentido de que os *Estados* socialistas eram naturalmente promovedores de bem-estar social a toda a sociedade. Na verdade, o que se viu foi que o ideal de *igualdade* que se pretendia implantar a todo custo, mesmo que pelo achatamento das pretensões individuais do ser humano, é que simbolizava o *Bem-Estar* do bloco socialista. Evidentemente existem inúmeras peculiaridades com relação aos governos socialistas, sobretudo ao que se refere à planificação dos desejos dos indivíduos e o próprio sistema de produção, antagônico ao capitalismo, que evidentemente pode ser objeto de uma análise mais aprofundada sob o aspecto de teorias econômicas, sociológicas e políticas.

Daí porque os *Estados* no período de segundo pós-guerra, sobretudo os *Estados* da Europa ocidental, em zona limítrofe com a cortina de ferro e do próprio leste europeu, passaram a firmar compromissos de *Direitos Sociais* para com os cidadãos. De se ressaltar que a despeito de nem todos os *Estados* terem pactuado constitucionalmente tais direitos sociais, prevalecia na Europa ocidental do segundo pós-guerra tais compromissos de *Direitos Sociais*.

Nesse contexto restou realçada a formação da dicotomia, que no âmbito da teoria Constitucional e do Estado, passou a narrar uma espécie de superação histórica dos *Estados Liberais* pelos *Estados Sociais*. Ocorre, porém, que essa distinção, embora seja importante para situar diversos momentos da história econômica e política dos *Estados de Direito* revela pontos controvertidos e complicados, os quais já expomos. Isso porque, os *Direitos Sociais* nos *Estado Democráticos*, por exemplo, dos países da Europa ocidental, acabaram, curiosamente, por justificar o sistema capitalista, o qual é inerente do *Liberalismo Político*.

Naquele momento histórico o mundo ocidental não poderia se entregar ao *Liberalismo Político e Econômico Clássico*, nos moldes pregados pelo *Liberalismo* clássico dos séculos XVII a XIX, pelas máximas do *Laissez faire, laissez passer, lê monde va de lui même* – Deixe fazer, deixe passar, o mundo vai por si mesmo -, tanto em razão das demandas sociais impossíveis de serem negligenciadas em consequência do segundo pós-guerra (STRECK, 2004), quanto em razão da guerra *ideológica* que a partir de então começava a ser travada de diversas maneiras e de forma mais franca pelos blocos capitalista e socialista. Aquele momento guardava, ainda, uma ressaca igualmente histórica do modelo liberal vivenciado na virada do século XIX para o século XX. Por essa razão, teorias econômicas e do próprio *Liberalismo*, que já no início do século XX, estavam sendo criticamente revisitadas,

ganhavam força, valendo citar, por exemplo, as práticas correlatas à teoria de keynesianas (KEYNES, 1978).

A afirmação do capitalismo, naquele momento histórico, era a afirmação do próprio *Liberalismo* individual e institucional. Por isso, os *Direitos Sociais* teriam que preencher o vácuo ou *déficit* de bem-estar para toda ou maior parte da sociedade, como meio de reafirmar aquilo que segundo a ideologia *liberal* representaria a superioridade e competência dos valores e objetivos liberais em face da perspectiva socialista. A simbiose capitalismo-liberalismo proporcionou, paradoxalmente, que a promoção de *Direitos Sociais* reafirmasse concomitantemente nas primeiras décadas do século XX, o bem-estar e a liberdade individual para os cidadãos. Evidentemente que isto tinha e teve um custo na proporção da intervenção do *Estado* na vida da família e do cidadão.

Em razão disso, mostra-se muito difícil fixar a passagem histórica do *Estado Liberal* para o *Estado Social* como forma de supressão ou superação de paradigmas, uma vez que valores de *Direitos Sociais* conviviam com valores de liberdade individual, ainda que estes estivessem mais reduzidos quando comparado ao período áureo do *Liberalismo Político*.

A polarização *Estado Liberal e Estado Social* parece prestar-se como espécie de arquétipos para explicar momentos históricos nos quais a intervenção propositiva (*e não apenas reguladora*) do *Estado* era compreendida como algo sadio e necessário, do que demonstrar uma eventual superação histórica e estanque de um modelo por outro.

Uma comparação talvez nos ajude: a supressão de modelos históricos de *Estados Absolutistas* do início da modernidade por modelos de *Estado Liberais – Político* – próximo do iluminismo demonstra uma ruptura empírica muito mais contundente quando contrapostos entre si, do que a passagem que se pretende mostrar definitivamente histórica entre os “modelos” de *Estados* liberal para o social. A passagem de um renascimento absolutista a um iluminismo liberal.

Postas assim as coisas, a questão de fundo que subsiste é: contemporaneamente a discussão dicotômica entre *Estado Liberal e Estado Social* corresponde, de fato, aos desafios de teoria política em tempos de globalização e pluralismo de valores? Ou ainda, é pertinente tal discussão em *Estados históricos* tal como o Ordenamento Constitucional brasileiro, o qual a Constituição revela valores híbridos aos “modelos” *Estado Liberal e Estado Social*? Ora, se refutamos a passagem histórica do *Estado Liberal* para o *Estado Social*, se refutamos a sucessão teórica e histórica, isto é, como etapas disjuntivas do *Estado Liberal* para o *Estado*

*Social* cumpre tentar ofertar algo que se mostre como parâmetro para a relativização da autonomia privada em termos constitucionais e democráticos em pleno século XXI. Como parece ser difícil reinventar a *roda*, a proposta retoma a dimensão do uso moral, ético e pragmático da razão prática. E isso teremos a oportunidade de ver com mais calma mais adiante.

### 2.3.2 De Súditos a Cidadãos do Estado

Aproveitamos neste ponto a nomenclatura de um tópico da obra *A Democracia no Mundo Hoje* de Otfried Höffe (2005), a qual é, justamente, *De Súdito a Cidadão*. Embora nossa intuição para este tópico fosse bem menos pretensiosa, e, na verdade, mais simplista, vale a pena mencionar alguns pontos trabalhados por Höffe, o que além de não desfocar a nossa intuição primária, tende a enriquecer o tema deste tópico. Nossa ideia tinha por intuição a passagem do *Estado Absolutista* que em linhas gerais tinha mais clara as concepções de *Soberano* e *Súdito*, para o *Estado de Direito*, que ao resgatar o ideal romano de cidadania, ratifica a concepção jurídica de cidadania, lastreadas em *Direitos Fundamentais* e ideais do *Liberalismo Político*. Por fim, a contribuição que tomaremos de Höffe dará o suporte ideal para a conexão com o próximo tópico deste trabalho que é, justamente, *De Cidadãos a Clientes do Estado de Bem-Estar*.

O debate que Höffe retoma é muito bem elaborado em torno da virtude<sup>59</sup> enquanto papel do cidadão diante de sua sociedade. Höffe analisa os conceitos clássicos de virtude desde os gregos, passando por Platão e Aristóteles, mas identifica, de uma forma ou outra que a questão da *virtude* não foi completamente ignorada pelos modernos. Porém, nos textos clássicos da modernidade, tais como *Leviatã* de Hobbes, *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil* de Locke, *Do Contrato Social* de Rousseau, na *Doutrina do Direito* de Kant, e ainda na obra *Sobre a Liberdade* de John Stuart Mills, não há abordagem sobre *virtude*, nem dos governantes e nem dos cidadãos (HÖFFE, 2005, p. 220) Por isso Höffe verá na modernidade uma cidadania em sentido legal desprovida de *virtude* de tal forma que reduz o cidadão à condição de *súdito*. E a razão disso seria o fato de que para o liberalismo político essa *virtude cívica* seria pretensão impossível de ser alcançada, ou de se imaginar que as pessoas possam

---

<sup>59</sup> Sobre o sentido *antigo* de *virtude* enquanto um *dever* reportamos o leitor a nota de rodapé n. 47.

agir de tal forma. Assim, a *Teoria do Contrato* acaba se tornando uma forma de substituir a ética da virtude (HÖFFE, 2005, pp. 221, 222). E de fato na visão do liberalismo político essa ética da virtude serão vista como elementos muito particulares de cada pessoa impossíveis de serem universalizados.

Quando se cultivam as virtudes cívicas, os Estados deixam de representar apenas o conjunto de recursos de que os cidadãos poderão fazer uso para a consecução de seus interesses privados ou que servem de suporte a tais interesses, por exemplo, como salvaguarda jurídica. As pessoas envolvidas em cada contexto dispõem-se a efetuar prestações voluntárias, podendo, por este motivo, denominar-se cidadãos em senso enfático, ou seja, participantes ativos do processo. Em compensação, quem se ativer fortemente aos limites do coercível, verá os poderes públicos como mera autoridade superior, e a si próprio como súdito desta. As virtudes cívicas opõem-se a este reducionismo, permitindo que os indivíduos, que até então só eram cidadãos em sentido jurídico-estatal, mas ainda permaneciam súditos em sentido político-social, venham a se tornar cidadãos em senso integral (HÖFFE, 2005, p. 225).

Temos fortes motivos para concluir, à luz de tudo que já expomos, que o *súdito* de Höffe é o cidadão da modernidade, do liberalismo político, em sentido jurídico ou legal, ao passo que o *cidadão de virtudes cívicas* é o cidadão político que resgata a liberdade dos antigos, em síntese, o cidadão republicano ou mesmo do comunitarismo. Poderíamos ir um pouco mais adiante e sugerir que Höffe está contraponto *autonomia e heteronomia*. Mas agora bem, podemos resgatar que *virtude* muitas vezes é traduzida ou mesmo correlacionada com a ideia de *dever*. Daí se dizer, em alguns aspectos, *virtudes cívicas*. Do cidadão puramente jurídico não se espera esse dever ou virtude cívica em relação à sociedade e ao *Estado*, mas apenas que deixe de fazer tudo o que é proibido, e mantenha, em termos kantianos, a harmonia de seu livre arbítrio com o arbítrio dos demais. Höffe provavelmente tem em mente uma democracia congregativa ou participativa (HÖFFE, 2005, p. 230).

Para que possa existir democracia, é necessário que o governante – o conjunto de cidadãos – disponha de um *senso cívico democrático formal e mínimo* e demonstre disposição para participar dos momentos cívicos fundamentais. Numa democracia representativa, trata-se de participar de eleições e de referendos (HÖFFE, 2005, p. 243).

Quando Höffe diz de *Súditos a Cidadão* está sugerindo que embora na modernidade a *virtude* tenha perdido espaço para a impessoalidade das instituições e da lei, e por consequência, de um senso de cidadania estritamente jurídico, deve-se resgatar o senso de *virtude cívica*. Súdito, é o cidadão de uma democracia puramente representativa e que em nada se envolve com a coisa pública, com a sociedade. Cidadão é aquele que possui vivo o

senso de *virtude cívica*. Sociedade *civil* (*Zivilgesellschaft*) limita-se formalmente na outorga de governos e no respeito isonômico à Lei, mas a sociedade *cívica* (*Bürgergesellschaft*) é formada por cidadãos no senso da jurisprudência e do Estado (HÖFFE, 2005, pp. 225, 226).

Mas se na modernidade houve esse enfraquecimento da *virtude cívica*, tema retomado predominantemente pelos Comunitaristas, temos que o sistema democrático se degradou ainda mais. Isto porque, o cidadão moderno, estritamente vinculado juridicamente à uma nação, se não evoluiu para ser tornar um cidadão de uma sociedade *cívica* (*Bürgergesellschaft*), por outro lado se viu viciado num sistema eleitoral, o qual reduziu sua cidadania a um sistema de clientelismo com o Estado.

### 2.3.3 De Cidadãos a Clientes do Estado *de Bem-Estar*

Falar em clientelismo do *Estado* pode, em certa medida, ser um lugar comum. Mas, de alguma forma este tópico precisa ser enfrentado, a fim de que a análise de *Estado Social* não reste comprometida. Em vista disso, talvez possamos nos valer da visão de Adela Cortina:

As democracias modernas nasceram como um meio para defender os cidadãos da rapinagem de seus governantes, pondo em suas mãos o mecanismo do voto que lhes permite fazer frente aos governos. O Estado benfeitor, contudo, desvirtua esse recurso dos cidadãos diante do governo, a ponto de poder usar os recursos econômicos de que dispõe para “comprar” votos, de modo que a cidadania fica de novo à mercê dos governos, e ainda por cima à custa de seu próprio dinheiro (CORTINA, 2005, p. 56).

Habermas já na década de 1970, quando a crise do *Estado Social* começava ganhar forma na Europa ocidental, analisa o impasse de um modelo que começava mostrar suas limitações e o quanto este modelo vinculava as massas:

A dominação formalmente democrática nos sistemas do capitalismo regulado pelo Estado está sujeita a uma exigência de legitimação que não pode mais ser satisfeita pelas retomadas da forma de legitimação pré-burguesas. Por isso surge, no lugar da ideologia da troca livre, um *programa de substitutivos*, que não é mais orientado pelas consequências sociais da instituição do mercado, mas pelas consequências sociais de uma atividade de Estado que compensa as disfunções da troca livre. Ela conjuga o momento da ideologia burguesa do rendimento (que desloca, entretanto, do mercado para o sistema escolar, a atribuição de *status* conforme a medida do rendimento individual) com a garantia do mínimo de bem-estar social, a perspectiva de segurança do lugar de trabalho, bem como a estabilidade dos vencimentos. Esse programa de substitutivos obriga o sistema de dominação

a preservar as condições de estabilidade de um sistema global que garanta a segurança social e as chances de ascensão pessoal, e a prevenir os riscos do crescimento. Isso exige um espaço de manipulação para as intervenções do Estado que, ao preço de uma restrição das instituições de direito privado, asseguram a forma privada da valorização do capital e *vinculam a fidelidade das massas a essa forma*. (HABERMAS, 1975, p. 319).

Essa fidelidade das massas está bem relacionada aquilo que Höffe assevera que na modernidade a política acaba se tornando uma profissão interessante e lucrativa, paralelamente aos demais ofícios. Como resistência contrária a esta evolução, típica de uma democracia liberal e meramente representativa deve se levantar um *sensu cívico participativo* (HÖFFE, 2005, p. 244). Porém, Höffe reconhece que essa virtude cívica não é de toda imprescindível. Isto porque, uma democracia desprovida de senso estatal participativo, mas que subsista o senso democrático formal, isto é, uma democracia puramente representativa, tem condições de sobreviver. Aí entra em cena a figura do político profissional, o qual conta, contra a própria massa, de cidadãos eleitores (HÖFFE, 2005, p. 245). Habermas sustenta que:

Em suma, o projeto sócio-estatal como tal aloja uma contradição entre fins e meios. Seu objetivo é a criação de formas de vida estruturadas igualitariamente, garantindo liberdade de movimentos para a auto-realização e a espontaneidade individuais. Mas obviamente esse objetivo não pode ser diretamente alcançado pela transposição jurídico-administrativa de um programa político. A produção de novas formas de vida está além das forças de que o *médium* poder dispõe. (HABERMAS, 1987, p. 109).

Segundo a versão oficial, o poder político resulta da formação pública da vontade, flui via legislação e administração, por assim dizer de permeio ao aparelho estatal, e regressa a um público bifronte que se apresenta na porta da frente do Estado como público de cidadãos e na porta dos fundos como público de clientes. É mais ou menos assim que, de sua perspectiva, os cidadãos e os clientes da administração pública vêem o curso circular do poder político. (HABERMAS, 1987, pp. 112, 113).

Otfried Höffe faz uma comparação muito interessante entre juízes e parlamentares. Via de regra, diz Höffe, juízes que estejam comprometidos com interesses privados podem ser recusados por suspeição em razão da sua parcialidade. O mesmo, porém, não acontece com os parlamentares que mesmo que prefiram seguir interesses de lobistas ou de outra sorte de parcialidade em seu interesse pessoal, não poderá ser recusado, subsistindo, inclusive, a voz de voto (HÖFFE, 2005, p. 232). Assim, parlamentares podem assumir uma dupla postura, segunda a qual, em relação ao mérito de demandas de seus clientes eleitorais, os seguem deste que, tal mérito, não esteja em conflito com os interesses de seu partido ou de sua legenda eleitoral.

Como se vê, dessa evolução que temos tentado demonstrar, o cliente do Estado do Bem-Estar será principalmente o sujeito ou cidadão da liberdade moderna, das bases do liberalismo político. É claro que, aqui, temos que fazer a ressalva de que não há uma dedução lógica, um silogismo, que garanta que o cidadão virtuosamente cívico não necessite de ser socorrido pelo *Estado Social*. Mas podemos mudar o tipo de análise desta relação clientelista. Ainda que os cidadãos sejam todos virtuosos, mais uma vez, a plataforma na qual o *Estado Social* se desenvolve, se nutre, se gera e se realiza, é, senão outra, a plataforma do que costuma chamar de *Estado de Direito Liberal*.

Essa fidelidade da qual Habermas nos fala, e a profissionalização da política apontada por Höffe, nos leva a analisar um ponto de subjugação da cidadania, revelando-se contraditoriamente as intenções interventivas sociais do *Estado*. Isso porque, tais projetos acabam se tornando fins próprios, justificadores e santificadores de diversos meios e à revelia de qualquer problema metodológico em termos de infraestrutura de sua execução. As consequências, além das metodológicas, são que tais políticas quando se tornam fins em si mesmas, não contribuem e não são planejadas a fim de garantir liberdade e autonomia aos cidadãos. E por essa razão é que iremos finalizar este segundo capítulo analisando as distinções entre liberdade e condições de liberdade, e apresentar uma proposta normativa do Estado Social enquanto condição de liberdade.

## **2.4 DISTINÇÃO ENTRE LIBERDADE E CONDIÇÕES DE LIBERDADE LIBERTY E FREEDOM**

Já nos alertava Ronald Dworkin que a liberdade acaba sendo, no campo político, um conceito interpretativo, razão pela qual todos os políticos prometem a respeitá-la, mas discordam sobre o que ela seja (DWORKIN, 2012, p. 373). Sem embargo, a incomensurabilidade de valores defendida por Berlin, por exemplo, entre liberdade e igualdade, parece ser extremada, e não poderíamos defendê-la sem entrarmos em contradição com a tese da plausibilidade e a possibilidade de se harmonizar, em alguma medida, a própria tensão entre direitos fundamentais e soberania popular. Para Berlin, cada coisa é o que é, e nisto consiste que, liberdade é apenas liberdade, e, por isso, não é igualdade, imparcialidade, justiça, cultura, felicidade humana (BERLIN, 1981, p. 138). Por outro lado, podemos aproveitar a distinção realizada por Isaiah Berlin entre *Liberdade* e *Condições de Liberdade*.

Temos que reconhecer que Berlin não estruturou esta diferença de maneira expressa. Todavia, reconheceu, em alguma medida, que a liberdade institucional, enquanto um valor, pode ser relativizada para aquelas pessoas que não possuem o mínimo para uma sobrevivência, comida, saúde, educação, que garanta o uso da liberdade institucional.

Antes de mais nada, porém, teremos que retornar à algumas questões linguísticas envolvendo os termos do idioma inglês, *liberty* e *freedom*. Quando o personagem “*William Wallace*” interpretado pelo ator Mel Gibson no longa cinematográfico *Coração Valente* (*Braveheart*) teve a oportunidade de pronunciar suas últimas palavras, enquanto agonizava em plena praça pública, em sua execução de tortura em razão de sua sentença de morte, gritou o mais forte que pôde com as últimas forças que lhe restavam a expressão *Freedom*. Certamente uma das grandes cenas tornadas célebres e imortais no mundo cinematográfico. O fato de o personagem “*William Wallace*” ter gritado *freedom* e não *liberty*, deve ter algum significado. Certamente “*William Wallace*” estava reivindicando um espaço de autonomia do sujeito, referente às crenças, cultura, liberdade, em resumo, uma liberdade em sentido mais amplo de que uma liberdade outorgada institucionalmente com a marca de uma grande restrição e interferência injustificável na vida das pessoas. Em sentido literal *Freedom* pode ser traduzido como regalia ou independência ou até mesmo independência. *Liberty*, por sua vez, muitas vezes está relacionada a ideia de permissão ou uma concessão de licença.

Berlin correlaciona a concepção de liberdade negativa com as liberdades individual, política ou institucional. Essa liberdade institucional, individual e política, consta inicialmente do texto original de Berlin em inglês como *liberty*. Aliás, o próprio título do ensaio *Dois Conceito de Liberdade* consta do original como *Two concepts of Liberty*. Curiosamente, porém, no bojo deste mesmo ensaio o tópico *O Conceito de Liberdade “Negativa”* consta do original como *The Notion of Negative Freedom*. Da mesma forma, o tópico *O Conceito de Liberdade Positiva*, consta do original inglês como *The Notion of Positive Freedom*. Mesmo Berlin tendo admitido que as liberdades individuais, política e institucional dizem respeito à concepção negativa de liberdade, o que aproxima essa concepção à expressão *Liberty*, temo o qual é amplamente utilizado durante o referido ensaio *Two concepts of Liberty*, utiliza-se, também, a expressão *freedom* para desenvolver suas ideias acerca das noções de liberdade negativa e positiva - *The Notion of Negative Freedom The Notion of Positive Freedom* -. Mas então vejamos como o próprio Berlin se reporta a tais expressões: Primeiramente temos na edição brasileira:

Proponho examinar apenas dois desses sentidos – mas aqueles sentidos capitais, com significativa parcela da história humana por detrás deles e, eu poderia mesmo dizer, ainda pela frente. O primeiro desses sentidos políticos de *liberdade* individual ou *liberdade* institucional (farei uso de ambas as expressões para dizer a mesma coisa), o qual (com base em muitos precedentes) chamarei de sentido “negativo”. (BERLIN, 1981, p. 136). (grifou-se).

Vejamos, agora, a mesma passagem do original em inglês:

I propose to examine no more than two of these senses - but they are central ones, with a great deal of human history behind them, and, I dare say, still to come. The first of these political senses of *freedom* or *liberty* (I shall use both words to mean the same), which (following much precedent) I shall call the 'negative' sense. (BERLIN, 1969, p. 2). (grifou-se).

O que vemos comparando a mesma passagem, em inglês e português, é que da versão original inglesa, Berlin parece sugerir que irá utilizar as expressões *freedom* e *liberty* como significando a mesma coisa (*I shall use both words to mean the same*).

Para analisar a distinção entre *liberty* e *freedom* iremos nos socorrer em Ronald Dworkin, em especial no livro *Justice for Hedgehogs* (2011), por nós utilizada principalmente a edição portuguesa *Justiça para Ouriços* (2012). Dworkin, como bom estadunidense que é, não verá uma incompatibilidade inconciliável entre liberdade e democracia, enquanto valores finais em si mesmos. Em razão disso, não verá uma incomensurabilidade entre as chamadas liberdades negativas e positivas, justamente porque acredita que tenha faltado a Berlin uma distinção mais precisa entre *liberty* e *freedom*. Ora bem, já tivemos a oportunidade de ver que, para Berlin, há distinção inconciliável entre liberdade negativa e liberdade positiva, uma incomensurabilidade de valores, pois Berlin considera tais liberdades como sendo fins em si mesmas. Por isso, na visão de Berlin, sendo a discórdia sobre fins, ela é política e não técnica.

Dworkin<sup>60</sup> entende que *freedom* é uma autonomia. Nesse sentido, *freedom* é uma liberdade mais ampla, universalizável e mesmo genérica. Destarte, *freedom* é uma capacidade que a pessoa possui de fazer qualquer coisa que pode ser desejada a fazer sem a mediação ou moderação de um governo, sem uma coação estatutária. *Liberty*, por sua vez, é uma parte da liberdade que o governo estaria agindo mal se viesse a interferir ou restringir injustificadamente. Neste sentido, *Liberty* para Dworkin está bem próxima da concepção de

---

<sup>60</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. *Keynote address. Justice for Hedgehogs*. Boston University Law Review, Vol. 90:469, 2010, pp. 469-477. Utilizamos uma conferência proferida por Dworkin no ano de 2009, na Universidade de Boston (*Boston University Law Review*) na qual tece explicações sobre o livro *Justice for Hedgehogs*

Berlin de liberdade individual, política ou institucional. Por sua vez, Dworkin não aceita a ideia de um direito geral e indiscriminado de *freedom*, ao invés disso entende que este estará de alguma forma contido em um direito à *liberty*.

Para prosseguir neste tópico precisamos sanear para o leitor os sentidos que iremos utilizar *freedom* e *liberty*. A área da liberdade institucional, individual e política – *liberty* – diz respeito à área da autoridade pública, aquilo que é delimitado e fixado, por exemplo, pelo *Estado*. As possibilidades de utilizar esse espaço fixado juridicamente diz respeito à área da vida privada, e, em certa medida à autonomia-liberdade – *freedom* – que cada pessoa tem, nos mais diversos sentidos, possui ou não para gozar da liberdade institucional– *liberty* – (BERLIN, 1981, p. 137). Para Dworkin<sup>61</sup> liberdade negativa – *negative liberty* – é a autonomia-liberdade – *freedom* – de governo. A autonomia-liberdade que o governo possui de traçar os limites desta liberdade negativa – *negative liberty* -. Por sua vez, liberdade positiva – *positive liberty* – para Dworkin está ligada à ideia de democracia, e, assim, diz respeito a autonomia-liberdade – *freedom* – de as pessoas ao governarem a si mesmas participarem da governança democrática. (DWORKIN, 2010, p. 472). A distinção feita por Berlin entre a área da autoridade pública e área da vida privada, em algum aspecto, o aproxima da distinção traçada por Dworkin entre *freedom* e *liberty*.

Com efeito, seguindo a intuição de Dworkin que propõe a referida distinção entre *freedom* e *liberty*, podemos prosseguir utilizando *freedom* para a autonomia-liberdade, e *Liberty* para a liberdade institucional (individual, política).

Dworkin pretende deixar um caminho aberto para que *liberdade* – *liberty* – não seja incompatível com igualdade. Dworkin percebe uma sutileza no ensaio de Berlin, ao afirmar que Berlin entende a autonomia total – *freedom* – e a *liberdade* – *liberty* – negativa como coextensivas. Dessa maneira, o limite da primeira – *freedom* – significaria a invasão da segunda - *liberty* – (DWORKIN, 2012, p. 375). Nesse sentido:

A autonomia – *freedom* – total de uma pessoa é a sua capacidade de agir como quiser, livre de condicionalismos ou ameaças impostas por outros ou por uma comunidade política. A sua liberdade – *liberty* – negativa é a área de sua autonomia – *freedom* – que uma comunidade não pode retirar sem a ofender de algum modo especial, comprometendo a sua dignidade, ao negar-

---

<sup>61</sup> Cf. do original “Another supposed conflict is sometimes described as the conflict between two kinds of liberty: positive and negative. Negative liberty is freedom from government; positive liberty is freedom to govern ourselves by participating in our governance in the right way. For us moderns, positive liberty means democracy so we must confront the familiar suggestion that genuine democracy might be at odds with justice or equality because a majority might not vote to respect the rights of individuals” In: DWORKIN, Ronald. **Keynote address. Justice for Hedgehogs**. Boston University Law Review, Vol. 90:469, 2010, p 472.

lhe a preocupação igual ou uma característica essencial da responsabilidade pela sua própria vida. (DWORKIN, 2012, p. 375 e 2011, p. 366).

Assim, nem toda limitação da autonomia-liberdade – *freedom* - é injusta, ou fere a dignidade do cidadão. Por exemplo, quando a lei ameaça de sanção o cidadão que praticar o homicídio. Isso porque, a liberdade institucional – *liberty* – não é uma liberdade – *autonomia-liberdade* – *freedom* – total, mas uma autonomia-liberdade – *freedom* – substancial. As leis invadem injustamente a liberdade – *liberty* – quando reduzem consideravelmente a autonomia-liberdade – *freedom* – de um cidadão (DWORKIN, 2012, pp. 376, 377). Dworkin inverte a maior parte das críticas que são dirigidas a Berlin, as quais, em sua grande maioria, se reportam à uma suposta deficiência na formulação do conceito de *Liberdade Positiva* – *Positive Freedom* -. Entre tais críticos podemos citar, por todos, a crítica de Philip Pettit (2009, pp. 35-75). Dworkin se diferencia dos demais críticos em razão de não se importar com os conceitos de liberdade negativa e positiva, por si só, mas sim, com a falta de precisão a qual Berlin teria tratado as expressões *freedom* e *liberty*, as tratando como coextensivas uma da outra. Por isso, na visão de Dworkin, a questão da autonomia-liberdade - *freedom* – pode ser observada tanto na perspectiva da liberdade institucional – *liberty* –, isto é, liberdade negativa, quanto do ponto de vista da liberdade democrática – *liberty* –, trata por Dworkin como *positive liberty*. Diferentemente, pois, já salientamos que Berlin trata em seu ensaio as liberdades negativa e liberdade positiva, como *negative freedom* e *positive freedom*.

Essa análise de Dworkin, neste aspecto específico, é, de certa forma, mais contundente. Isso porque, Dworkin compreende bem que no âmbito da *liberdade-autonomia* – *freedom* - *positiva* Berlin se destinava a denunciar a corrupção da democracia em regimes totalitários, e, por isso, Berlin ressaltava a teoria do autogoverno. Mesmo assim, discordâncias à partes, Dworkin e Berlin parecem estar de acordo de que a liberdade política ou institucional é a *liberty*, embora Berlin, segundo a visão de Dworkin, tenha se equivocado ao atribuir a liberdade – *liberty* – como sendo uma espécie de coextensão da autonomia – *freedom* -.

Pois bem. Depois desta breve exposição podemos observar que, o problema das condições de liberdade está no âmbito da autonomia-liberdade - *freedom* – do indivíduo. É bem verdade que nem Dworkin, tampouco Berlin disseram isso expressamente. Essa é uma conclusão que podemos chegar depois de bem distinguir *freedom* e *liberty*. A própria abordagem de Berlin ao que toca a distinção entre liberdade com as condições de liberdade é muito sutil. Por isso, ao correlacionarmos as questões pertinentes às condições de liberdade a *freedom* estamos fazendo por conta e risco. Essa distinção não poderia ter sido feita por

Berlin, ao menos no ensaio *Two Concepts of Liberty*, porquê, como vimos, Berlin não distingue neste ensaio *freedom de liberty*.

Que a liberdade institucional, individual e política – *liberty* - implica algum tipo de limitação ou interferência na autonomia-liberdade – *freedom* – das pessoas, é uma afirmação que não oferece grande dificuldade de entendimento. Está relacionada até mesmo com aquilo que tivemos a oportunidade de afirmar no sentido de que intervir é da essência do *Estado*. Sendo assim, o que se visa proteger no âmbito da liberdade institucional, política – *liberty* - são as restrições e interferências indevidas. Neste ponto podemos dizer restrições e interferências indevidas por outros cidadãos ou pelo *Estado*. Nesse contexto a restrição e interferência da autonomia-liberdade – *freedom* – de matar alguém, não é visto como uma restrição injusta, uma vez que tal restrição se presta a fortalecer institucionalmente a liberdade – *liberty* – das instituições, do ordenamento ou do *Estado*. Se preferirmos, poderíamos dizer, para preservar o *contrato social*. De toda forma, é fácil compreender que este tipo de limitação na autonomia-liberdade – *freedom* – é plenamente justificável no espaço institucionalizado da liberdade política – *liberty* -.

Diante de uma liberdade institucional – *liberty* –, por exemplo, a liberdade de livre locomoção, o indivíduo pode se deparar com a incapacidade física de se locomover em razão de estar tetraplégico. Muito embora da liberdade individual – *liberty* – de livre locomoção exista, esta pessoa não conseguirá fluir ou gozar tal direito. Neste caso, não existe uma limitação ou interferência injusta no âmbito da liberdade institucional – *liberty* – e tampouco a autonomia-liberdade – *negative freedom* -, está sendo tolhida. Diz Berlin que a “*simples incapacidade de atingir essa meta não constitui falta de liberdade – liberty – política* (BERLIN, 1981, p. 136), e ainda arremata:

Sustenta-se, muito plausivelmente, que, se um homem é muito pobre para poder dispor de algo sobre o qual não há proibição legal – uma fatia de pão, uma viagem em volta do mundo, um recurso aos tribunais -, ele é tão pouco livre para ter uma dessas coisas quanto o seria se fosse proibido por lei (BERLIN, 1981, p. 136).

Posteriormente, Berlin mesmo mantendo sua incomensurabilidade de valores, admite que nem sempre a liberdade institucional – *liberty* – será um valor supremo para determinadas pessoas, a depender de suas condições da vida privada.

É um fato que propiciar direitos ou salvaguardas políticas contra a intervenção por parte do Estado no que diz respeito a homens que mal têm o

que vestir, que são analfabetos, subnutridos e doentes, é o mesmo que caçoar de sua condição: esses homens precisam de instrução ou de cuidados médicos antes de poderem entender ou utilizar uma liberdade – *freedom* – mais ampla. O que é a liberdade – *freedom* – para aqueles que não podem dela fazer uso? Sem as condições adequadas para o uso da liberdade – *freedom* -, qual é o valor da liberdade – *freedom* - ? (BERLIN, 1981, p. 138).

É bem verdade que, contextualizando o ensaio *Two Concepts of Liberty*, ao distinguir autonomia-liberdade – *freedom* – e a ausência de condições de exercer tal autonomia-liberdade – *freedom* – até ao limite daquilo que é permitido em termos de uma liberdade – *liberty* – institucional, Berlin está se reportando à teorias socialistas ou mesmo marxistas, que elevam a ausência de condições para gozo de liberdade como sendo a própria ausência de liberdade. Do que decorre, segundo tais teorias, o entendimento da existência de liberdade e escravidão econômica. Mesmo assim, ao reconhecer que a ausência de condições mínimas tende a causar uma disparidade no gozo da autonomia-liberdade – *freedom* – Berlin já nos ajuda, por assim dizer, a intuir esta distinção entre liberdade e condições de liberdade. Vamos um pouco além, porém, para deslocar essa condição de liberdade, enquanto espaço da vida privada, para o âmbito da autonomia-liberdade – *freedom* – do sujeito, para alcançar o uso equalizado da liberdade institucional – *liberty* – E nisto, acreditamos, devemos tributar à intuição descrita por Dworkin. Por isso, concluímos que as condições de liberdade, tais como comida, saúde, educação, segurança, estão relacionadas à autonomia liberdade – *freedom* -, e são essas condições de liberdade que tendem a garantir o bom gozo e fruição da liberdade institucional – *liberty* -.

## **2.5 UMA VISÃO NORMATIVA: ESTADO SOCIAL COMO CONDIÇÃO DE LIBERDADE**

Como vimos anteriormente, partimos de um entendimento que as condições de liberdades dizem respeito a autonomia-liberdade – *freedom* – um espaço da vida privada das pessoas. O Estado Social como fim em si mesmo, e não como condição de liberdade maquia e perde a grande oportunidade na oferta de elementos que permitam aos cidadãos de serem autônomos, tendo em vista que “*o projeto do Estado social voltado para si, dirigido não apenas à moderação da economia capitalista, mas também à domesticação do Estado mesmo,*

*perde, porém, o trabalho como seu ponto central de referência*". (HABERMAS, 1987, p. 112).

Uma definição comum nos manuais é a de que ele [*Welfare State*] envolve responsabilidade estatal no sentido de garantir o bem-estar básico dos cidadãos. Esta definição para ao largo da questão de saber se as políticas sociais são emancipadoras ou não; se ajudam a legitimação do sistema ou não; se contradizem ou ajudam o mercado; e o que realmente significa "básico"? não seria mais apropriado exigir de um *welfare state* que satisfaça mais que nossas necessidades básicas ou mínimas? (ESPING-ANDERSEN, 1991, p. 98).

Esping-Andersen, parece ter razão quando afirma que o *Welfare State* não pode ser compreendido apenas como termos de direitos em garantias, sendo necessário, também, considerar a forma de reflexão estatal com o papel do mercado e da família no que toca à provisão social (ESPING-ANDERSEN, 1991, p. 101).

A história nos testemunha que os *megaestados* com o tempo se tornam inviáveis, pois se perdem em seu próprio gigantismo e burocracia, a ponto, muitas vezes, de seu custo administrativo ser maior que o fim a qual pretende alcançar e entregar à sociedade. O sistema de redistribuição acaba não compensando para o próprio beneficiário final de tal lógica. Mas, a história não deixa de testemunhar, também, que uma postura do *Estado* completamente inerte que entrega ao mercado às suas próprias leis, isto é, a autorregulamentação e aquilo que Eduardo José Faria chama de fenômeno da dejurisdificação (FARIA, 2011, pp. 61-72), também pode levar a colapso o próprio sistema capitalista, vejamos, por exemplo, as crises deflagradas em 1929 e 2008. É bem verdade que o fato de não enxergarmos uma resposta ou uma solução não significa, necessariamente, que ela não exista. Mas nesse caso soluções mágicas e inventivas, principalmente que desconsidere a tensão entre a lógica do mercado versus a do *Estado de Direito*, parecem não ter muito espaço. Por isso considerar a atuação do *Estado* focalizada em garantir igualdade de condições e oportunidades parece ser trivial e óbvio, mas talvez não tenha sido instaurada com veemência e logística programática, salvo alguns exemplos extraordinários de países escandinavos. A escassez de exemplos históricos se devem, em parte, ao sistema viciado entre *Estado* e *clientes do Estado Social*. Nesse contexto *Estado Social* não é um fim em si mesmo, mas uma condição de liberdade.

Pensar os direitos sociais enquanto condições de liberdade preserva, de certa maneira, um espaço de autonomia-liberdade das pessoas, na medida que essas podem, ainda, decidir sob aspectos da vida privada a qual o *Estado* não pode interferir sem que esteja cometendo

uma interferência injustificada. E nisso, a certa medida, podemos aproveitar o pluralismo de valores de Berlin:

O pluralismo, com a medida de liberdade “negativa” que traz em si, parece-me um ideal mais humano e mais verdadeiro do que as metas daqueles que buscam, nas estruturas grandes, disciplinadas e autoritárias, o ideal de autodomínio “positivo” por classes, por povos e pelo conjunto da humanidade. É mais verdadeiro porque, ao menos, reconhece o fato de que as metas humanas são muitas, nem todas comensuráveis, e em perpétua rivalidade entre si. Pressupor que todos os valores podem ser avaliados segundo uma escala, para que seja apenas caso de inspeção determinar qual é o mais alto, parece-me falsificar nosso conhecimento de que os homens são agentes livres para representarem a decisão moral de uma operação que uma régua poderia, em princípio, realizar. (BERLIN, 1981, p. 169).

Pensar nos Direitos Sociais enquanto “meio” para atingir os objetivos do *Estado* não é uma questão de técnica. Permanece sendo uma questão de teoria política. Esta é uma ressalva importante. A institucionalização da solidariedade, como vimos, além de gerar um clientelismo perigoso, não conduz o cidadão à sua autonomia quando os projetos de políticas públicas sociais são fins em si mesmo, ao invés de serem uma ponte, uma condição para o exercício pleno da liberdade política – *liberty* -.

### 3 ESPÓLIO DA AUTONOMIA PRIVADA

O espólio ao qual temos procurado e nos perguntado, refere-se, acima de tudo, a entender o que restou, o que mudou, quanto se transformou da autonomia *da vontade* e da *autonomia privada*. O estudo por categorias em metalinguagem tem suas vantagens, mas também pode obscurecer e tornar periféricos alguns preceitos básicos e importantes. Num *Direito* cada vez mais coletivizado, julgado por amostragem, pleiteado em ações coletivas, ou em ações de massa, o sujeito individual é apenas mais um tijolo no muro<sup>62</sup>. Vejamos, por exemplo o estudo da intervenção do *Estado* no domínio econômico. Trata-se de pesquisa relevantíssima. Mas, muitas vezes, acaba sendo desenvolvida quase sempre de forma macrossistêmica, tudo em metalinguagem. A intervenção do *Estado* no domínio econômico por certo tem impactos na autonomia da *vontade* e na autonomia *privada*. Contudo, seus impactos são estudados pela ótica da macroeconomia, do ponto de vista verticalizado da administração estatal.

Há no meio acadêmico poucas obras que tratem exclusivamente do tema *autonomia privada*. E as obras que tratam sobre o tema nem sempre dedicam o espaço e o tempo necessário para discutir um assunto tão espinhoso. Os manuais, em sua grande maioria, acabam tratando o tema da autonomia da *vontade* e autonomia *privada* no contexto do estudo da teoria do fato jurídico. E quando fazem isso, sua preocupação maior nem é tanto discutir sobre as nuances sobre a autonomia *da vontade* e autonomia *privada*, mas tentar definir o plano de existência do ato jurídico e distinguir a dogmática da teoria da vontade da teoria da *declaração* da vontade. Em nosso sentir, tudo isso é tão equivocado, a ponto de entendermos que a autonomia da *vontade* deveria ser estudada junto com a teoria da personalidade jurídica e os direitos da personalidade. Estamos dizendo com isso, que o tema merece um lugar de destaque e, talvez, um tempo de dedicação dos estudiosos da seara do direito civil contemporâneo. Ao invés disso, no que toca as categorias da autonomia *da vontade* e autonomia *privada*, estamos nos repetindo uns aos outros nas mesmas bases ideológicas, na crítica segunda a qual o direito civil contemporâneo deve ser estudado e analisado com vista ao *Estado Social*.

---

<sup>62</sup> Em alusão à música “*Another Brick In The Wall*”, Pink Floyd (The Wall, 1979).

### 3.1 DA AUTONOMIA DA VONTADE À AUTONOMIA PRIVADA? AUTONOMIA PRIVADA NA ÓTICA DO ESTADO SOCIAL

*O Contrato, de Enzo a Vincenzo* é o título da resenha de Rafael Vanzella (2005), na qual Vanzella narra a evolução e a mudança do pensamento do autor italiano Enzo Roppo, o qual passou a rubricar, posteriormente, como *Vincenzo Roppo*. Vanzella nos explica, em apertada compilação, que o *Enzo* dos anos de 1970, enxergava no contrato o produto de uma decisão política. Nisso, o jovem Roppo dos anos de 1970 (*Enzo*) via uma passagem da intenção política liberal dos contratos, para uma passagem de objetivos políticos sociais do contrato. Mais tarde, desloca a sua atenção para um novo paradigma contratual o qual tem no centro um deslocamento de *Poder do Estado* para o *Mercado*. O Roppo (*Enzo*) do anos de 1970 acaba por ser substituído pelo Roppo (*Vincenzo*) do século XXI, o qual vê a teoria dos contratos sob uma nova lógica privatizante e liberal (VANZELLA, 2005, p. 222). Roppo publicou duas obras homônimas *O Contrato (Il Contratto)* original de 1977 (ROPPO, 2009-a), e *Il Contratto* de 2001 (ROPPO, 2009-b). Roppo é sem um dúvida um dos grandes nomes do direito privado contemporâneo, ao menos na Europa continental e nos países da América Latina, entre os quais, o Brasil. E nessa breve apresentação, nos fica claro o quanto o debate em torno do *Estado Social* até a virada do século passado influenciou a própria percepção de como entender o *Direito Privado*, principalmente na Europa. Em países como Brasil, que passou as últimas décadas do século XX buscando reafirmar e estabelecer, enfim, uma democracia, muitos debates teóricos chegaram para nós com um certo “*delay*”. Podemos citar como exemplo destes temas, o neocostitucionalismo, dirigismo constitucional, e a própria visão do direito civil à luz do *Estado Liberal* e *Estado Social*.

A salutar rediscussão das novas bases do direito privado, isto é, a reinserção das questões éticas e morais para dentro do *Direito*, acabaram por se travestir por meio da dicotomia *Estado Liberal* versus *Estado Social*. Ocorre, porém, que o *Estado Social* ficou meio que um monstro de Frankenstein, formado por elementos éticos e morais, como se estes fossem um só discurso. Além disso, o *Estado Social*, na teoria de muitos autores, ficou posicionado como se fosse uma superação total de um discurso liberal e suas bases morais. Isso, de certa forma, gerou e tem gerado algumas confusões.

*Vincenzo Roppo* entende que na evolução no *direito dos contratos* um grande marco é, justamente, uma limitação na liberdade de contratar por parte do Poder Público. Tal

fenômeno, segundo *Vincenzo Roppo*, está ligado às transformações econômicas no plano social e político que marcam a passagem do *Estado Liberal* para o *Estado Social* (ROPPO, 2009-b, p. 67). E, aqui, convidamos o leitor para ler a análise de *Vincenzo Roppo*, à luz da distinção que traçamos entre liberdade e condições de liberdade. Diz Roppo, que no plano de um *Estado Liberal* em razão das desigualdades econômicas e sociais, os contraentes mais frágeis neste plano econômico e social, são livres apenas do ponto de vista formal, uma vez que, do ponto de vista da liberdade de *fato*, de uma liberdade *substancial*, não há liberdade dos mais fracos diante dos contraentes mais fortes (ROPPO, 2009-b, p. 67).

A interpretação sobre o que seja *Estado Social* no âmbito do Direito Privado, em especial no *Direito Negocial*, ganha uma nova roupagem, uma nova justificação. Destarte, o *Estado Social* é, agora, mais um árbitro ético, um fiscal moral, um articulador que está atento para equalizar as relações sociais negociais conforme as disparidades da vida privada dos contraentes, sempre socorrendo aquele que, por suas evidências particulares de uma vida socioeconômica menos favorecida, mereça uma intervenção reguladora do *Estado Social*. É uma perspectiva que, embora vá do encontro ao ideal de *Bem-Estar*, não prospecta prestações diretamente do *Estado* em favor dos cidadãos, mas, traz o *Estado* para atuar e intermediar no plano horizontal das relações negociais.

Porém, no âmbito do Estado social se afirma a ideia que corresponde que o poder público também tem que intervir. Se considera que, com efeito, é tarefa do poder público assegurar aos cidadãos *liberdade e igualdade não apenas em sentido formal, mas também, em sentido substancial*; e, em todo o caso, a tarefa de impedir que a busca do interesse privado faça mal interesse geral (ROPPO, 2009-b, p. 67). (Tradução nossa).

Roppo, continua a sua análise observando que houve uma crescente na intervenção pública a fim de proteger um interesse geral das categorias sociais mais fracas, limitando, assim, a liberdade de contratar. Neste curso, alguns conteúdos foram proibidos de constar dos contratos quando desvantajoso para os contratantes mais fracos da relação social negocial (ROPPO, 2009-b, p. 68). A leitura de Roppo do ponto de vista de uma narrativa histórica, nos parece irrepreensível. A crescente limitação da autonomia privada no âmbito do direito negocial é justamente o objeto deste trabalho. Porém, as justificativas altruísticas apresentadas por *Vincenzo Roppo*, talvez devam ser repensadas. Primeiro porque, como vimos no tópico “2.3” deste trabalho, há um outro lado ou uma outra versão para a implantação paulatina de elementos sociais para dentro do modelo do chamado *Estado Liberal de Direito*. Alguns destes elementos justificadores foram justamente preservar o sistema capitalista, o qual,

entregue a si mesmo, a sua própria governança e gestão, acabava produzindo as bases da sua própria implosão. Segundo porquê, como veremos, a evolução das teorias do direito negocial, consagrou não apenas elementos de discursos éticos para relativizar a liberdade de contratar, mas também discursos morais, e, por fim, técnicas pragmáticas.

Está envolta a essa ideia, a clássica dicotomia entre direito privado e direito público. O *Estado Social* assume a condição de direito público sobrepujando o direito privado. Disso decorre, também, a ideia de que o interesse público deve prevalecer sobre o interesse privado. Há na verdade, uma série de confusões. Nessa ótica, o interesse público primário deve prevalecer sobre os “interesses egoístas” do individualismo privado.

A autonomia da vontade, outrora núcleo absoluto e ilimitado da negociação jurídica, graças ao individualismo, cedeu lugar, então, ao princípio da proteção do hipossuficiente. Contudo, não desapareceu do cenário do Direito.

A limitação do princípio da autonomia, já existente pela *fattispecie*, no sistema clássico, persiste relacionada às necessidades da parte, limitadas pelo interesse público que levou à edição da lei que determina o âmbito de abrangência da vontade individual. (LISBOA, 1997, pp. 80, 81).

António Menezes Cordeiro remonta as origens da *autonomia privada* a formação de um *Estado Liberal* cuja nascentes longínquas dos séculos XI e XII, dizia respeito a capacidade de autodeterminação e elaboração de suas próprias normas por parte do *burgo*. Essa autonomia, segundo Cordeiro, refletia uma resistência as forças *heterônomas* oriundas de entidades de fora da cidade. Posteriormente, quando a oposição dessa autonomia dos *burgos* em face do sistema feudal, mas sim, em face do *Estado*, “no sentido de uma oposição igualitária dos cidadãos entre si, veio a lume a *autonomia privada liberal* do século XIX (CORDEIRO, 1986, p. 52). A própria explicação história é truncada e flerta com um tipo de materialismo histórico. A autonomia privada, sob esse ângulo, delicadamente acaba sendo explicada à luz do desenvolvimento das lutas de classe.

A vontade, por si só, é vista como um pressuposto do negócio jurídico, sequer é entendida como elemento, afora as distinções entre vontade real e vontade declarada. Daí porque a autonomia da vontade é tida, por muitos, como um princípio. Alçada a categoria de princípio a autonomia privada passa a desempenhar um papel orientador, de guia das relações jurídicas. Nesta visão, a autonomia da vontade enquanto princípio, confere as pessoas a liberdade de, em conformidade com a lei, celebrar negócios jurídicos, criando direitos e estipulando obrigações. Contudo, como é assente de que não existem princípios absolutos na

ordem jurídica, o princípio da autonomia da vontade admite *ab initio* sofrer algumas limitações e restrições, em especial em favor de outro princípio, a saber, o princípio da supremacia da ordem pública (GONÇALVEZ, 2011, p. 272). A ideia que subjaz a esta combinação entre princípio da autonomia da vontade e princípio da supremacia da ordem pública, é de que em nome da ordem pública e interesse social o *Estado* interfere nas manifestações de vontade com o objetivo maior de evitar a “opressão dos economicamente mais fortes sobre os mais fracos” (GONÇALVEZ, 2001, p. 272).

### 3.2 AUTONOMIA PÚBLICA E AUTONOMIA PRIVADA

Se ao provocarmos, logo de início, anunciando que, segundo acreditamos, existe um espólio do conceito de autonomia *privada*, torna-se imprescindível localizarmos fragmentos de como essa concepção começou a ser trabalhada no âmbito da teoria do Direito. Perfilhamos ao entendimento<sup>63</sup> de que, autonomia da *vontade e privada*, da forma como estamos tratando aqui, se trata de uma ideia predominantemente dos *modernos* (*considerando a clássica periodização da história em períodos*), inicialmente com a escola do direito natural clássica. Mas, sem dúvida, foi com os racionalistas do iluminismo e no início da idade contemporânea (*quase sempre marcada com a revolução francesa em 1789*) que este conceito de *autonomia da vontade* se tornou ainda mais forte e imprescindível para a compreensão do próprio Direito moderno e contemporâneo. Disso resulta que este conceito de *autonomia da vontade* está intimamente ligado às tradições que fundamentaram, também, uma nova compreensão de liberdade, a saber, o liberalismo político. É certo que o desenvolvimento do pensamento humano não é tão linear e simples de ser explicado, como se fosse um filme com episódios bem definidos. Tanto é assim que, se hoje questionamos o quanto nos resta de autonomia da *vontade* e da autonomia *privada*, é justamente porque essa história do pensamento é de marchas e contramarchas. Trata-se, aqui, apenas de fixar algumas premissas, alguns pontos de contato cujos apanhados históricos e teóricos tendem a nos auxiliar ao longo

---

<sup>63</sup> Cf. Francisco Amaral “A idade moderna tem, assim, especial importância para o estudo do direito civil, pelo surgimento do Estado moderno e pela racionalização do pensamento e da cultura, o que levou ao desenvolvimento da ciência jurídica, com seus conceitos abstratos, suas operações lógicas e o caráter sistemático da ordem jurídica. [...] concepção do homem como um abstrato sujeito de direito, por efeito do processo de abstração do direito moderno, e corresponde à idéia do homem livre e igual, da tradição iluminista, pressuposto do processo de aquisição e circulação de direitos. Enfim, o Estado de Direito é o Estado da legalidade e da liberdade dos indivíduos, livres e iguais. In: AMARAL, Francisco. *Direito civil. Introdução*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 119-122.

do texto. É clássica a conceituação de Kant<sup>64</sup> no sentido de que a “*Autonomia da vontade*<sup>65</sup> é aquela sua propriedade graças à qual é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer)” (KANT, 1974, p. 238).

Os juristas de ofício, em geral, desenvolvem seus conceitos a partir da afirmação kantiana. No clássico manifesto de Benjamin Constant proferido no ano de 1819, *Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos* (CONSTANT, 1985), Constant tenta ressaltar como o sentido de liberdade *individual*, tal qual conhecemos hoje, era estranho para os antigos. Constant ressalta que os antigos eram soberanos nas questões pública, mas escravos nas questões privadas, uma vez que *em Roma, os censores, vigiam até no interior das famílias. As leis regulamentavam os costumes e, como dependia dos costumes, não havia nada que as leis não regulamentassem* (CONSTANT, 1985, p. 11). Isso nos parece muito próximo do que Jorge Mosset Iturraspe (1982), diz sobre o conceito de culpa como sendo algo desconhecido dos Romanos e tipicamente fruto dos racionalistas do Direito Natural (ITURRASPE, 1982, pp. 18, 19). Assim como a *culpa*, acreditamos que *autonomia* é um conceito fruto do pensamento moderno.

Quando recorremos a algumas obras sobre Direito Romano, tais como *Direito Romano* de Michel Villey (1991), *Instituições de Direito Romano* de Luiz Antonio Rolin (2000), *Introdução ao Direito Civil. Ius Romanum* de Severino Augusto dos Santos (2009), todas elas relatam, sim, a grande tendência pelas codificações, relatam detalhes sobre a jurisprudência, e o anseio de regular todas as situações da vida por meio de estruturação puramente normativa<sup>66</sup>. Muito embora a formação republicana de Roma – *que a rigor permaneceu*

<sup>64</sup> Norberto Bobbio ao comentar Kant esclarece que a autonomia, nesse sentido kantiano, significa uma faculdade da razão de atribuir lei para si mesma segundo as leis morais cujo móbil da ação é apenas o dever (o cumprimento de uma máxima moral apenas pelo dever de cumprir tal máxima). Assim, a autonomia implica não se deixar determinar por inclinações sentimentais ou ações estratégicas e calculadas<sup>64</sup>. Não faria sentido aprofundar ainda mais sobre tais fundamentos. In: BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2 ed. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarin, 2000, pp. 101, 102.

<sup>65</sup> Sobre o tema ver Aguinaldo Pavão *Heteronomia e Imputabilidade na Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. KRITERION, Belo Horizonte, n° 105, Jun/2002, p.119-135. Pavão sustenta a instigante tese de que a heteronomia também é livremente escolhida.

<sup>66</sup> Em sentido diferente entende Antonio Menezes Cordeiro, o qual faz um levantamento para tentar identificar vestígios tipológicos de autonomia *privada* na Roma antiga, na idade média e nos feudos dos séculos XI e XII. Ocorre, curiosamente, que o próprio Cordeiro faz menção ao ordenamento romano extremamente fechado, trazendo, ainda, a seguinte nota de rodapé: “*no que toca da autonomia privada, no campo dos contratos, - a autonomia contratual – o Direito Romano consagrava um número fechado de contratos, de conteúdo inalterável, e que as partes podiam subscrever, sem alterar, utilizando, para tanto um estrito formalismo. A força jurídica dos contratos era, assim, induzida, não do consenso voluntário, mas das declarações exteriormente produzidos*”. In: CORDEIRO, António Menezes. *Direito das Obrigações. Vol. 1*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986. Com o devido respeito não entendemos como seja possível esse exercício tipológico para encontrar indícios de autonomia privada nos antigos. Ora, não havia a concepção de que as pessoas podiam fazer entre si mesmas, eis que as relações estavam circundadas a *fattispecie*. É evidente, como já tentamos demonstrar, que havia uma compreensão de liberdade, porém, era sempre contextualizada coletivamente.

*intocável mesmo sobre o período do império* (ALVAREZ, 2009) – seja diferente do modelo grego, certo é que em ambos os casos não havia uma compreensão da pessoa humana como um *indivíduo*, tal como conhecemos hoje. As relações chamadas em nossos dias como *relações intersubjetivas* ou mesmo o conceito de “*direito subjetivo*” seriam compreendidas nessas repúblicas sempre no contexto global do *Estado*, isto é, da coletividade de cidadãos. Podemos emprestar o exemplo dado por Judith Martins-Costa (2005, p. 17), ao relatar que nas sociedades primitivas o dano aparecia como um rompimento da ordem social ou mesmo cósmica. Portanto, uma ideia de todo, global do cidadão que compõe a *pólis*, a Cidade-Estado, ou mesmo o formato de Estado romano.

António Menezes Cordeiro, por exemplo, vê na autonomia privada como uma permissão da norma jurídica (*podemos pensar num ordenamento jurídico*) para produzir *efeitos* jurídicos, ao passo que a autonomia da vontade parte da vontade humana, sendo assim, apenas uma potencialidade jurígena de comportamento livre (CORDEIRO, 1986, p.57). A distinção nos parece de toda problemática. E o próprio Cordeiro admite que a autonomia *privada* representa uma “*potencialidade difusa*” do próprio processo volitivo do sujeito autónomo (CORDEIRO, 1986, p. 58). Ora, ambas as categorias, estaticamente consideradas existem enquanto potencial jurídico. E ambas as categorias jurídicas, enquanto tal, só existem à luz do ordenamento jurídico. São potenciais cujos limites são irradiados pelo ordenamento jurídico. E isso é óbvio que imaginamos tais categorias no âmbito de um *Estado de Direito* e não de um *Estado de Natureza*. Enquanto *fato* jurídico, a autonomia psíquica, autonomia física, enquanto *ato* jurídico, a autonomia econômica, autonomia intelectual, podem representar potenciais de reflexo jurídico. Mas ao tratar da autonomia no âmbito de *Estado de Direito*, na perspectiva jurídica, seja autonomia da *vontade* ou *privada*, estas sempre representarão um modal deôntico do *Direito* (permitido, obrigatório, proibido).

Mas, então, existe alguma distinção entre autonomia *da vontade* e autonomia *privada*? Autonomia da *vontade* e autonomia *privada* assumem vários papéis neste curso história da autonomia do sujeito. Alguns autores entendem que ambas subsistem, por terem significado distintos. Outros, porém, entendem que representam momentos distintos na própria teoria acerca da autonomia. Também assim, são inúmeras as formas de distinguir tais categorias.

A possibilidade de a pessoa agir de acordo com a sua vontade, podendo fazer ou deixar de fazer algo, chama-se liberdade, que, sendo conceito plurívoco, extremamente complexo, compreende várias espécies, como a liberdade natural, a social ou política, a pessoal e a jurídica, que é a que nos interessa.

Autonomia da vontade, como manifestação de liberdade individual no campo do direito, e autonomia privada, como poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, vale dizer, o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, diversa, mas completamente ao ordenamento estatal (AMARAL, 2003, pp. 346, 347).

António Menezes Cordeiro busca distinguir estas categorias dizendo que “*A autonomia privada parte da norma jurídica: é a permissão jurídico-privada de produção de efeitos jurídicos. A autonomia da vontade parte da vontade humana: é a potencialidade jurígena do comportamento humano livre*” (CORDEIRO, vol. 1, 1986, p. 57). Embora possamos admitir que essa afirmação não esteja errada, guardamos o entendimento de que não expressa tudo que é correto. Isto porque, no momento em que visa definir autonomia da vontade focaliza apenas no seu elemento psicológico. Ora, a “*potencialidade jurígena*” também deve partir da norma jurídica. Cordeiro distingue o psicologismo da autonomia da vontade da juridicidade da autonomia privada, uma vez que, sem sua visão, “*quando a autonomia seja informada pelos parâmetros de liberdade e igualdade que vimos caracterizar a nossa disciplina, isto é, quando a autonomia se situa na área do Direito Privado, temos autonomia privada*” (CORDEIRO, 1986, p. 51).

Categórico, Carlos Alberto da Mota Pinto, afirma que o “*negócio jurídico é uma manifestação do princípio da autonomia privada ou da autonomia da vontade, subjacente a todo o direito privado*” (PINTO, 2005, p. 102). Daí a importância de bem compreender esta entidade do *Direito Privado*. Com clareza admirável Mota Pinto explica que a autonomia da *vontade* ou a autonomia *privada*, consistem no poder outorgado aos particulares de autorregulamentação de seus interesses, de exercer, no âmbito de sua esfera jurídica, isto é, no âmbito do conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, seu autogoverno. O palco no qual as estrelas da autonomia da *vontade* e autonomia *privada* se apresentam, chama-se *negócio jurídico*, e o nome do espetáculo é *Direito Negocial*, muitas vezes chamado, também, de *Direito das Obrigações*. Destarte, Mota Pinto entende que a autonomia *privada* ou autonomia da *vontade* possuem como veículos de sua realização ou manifestação no exercício dos direitos subjetivos e na possibilidade de celebração de negócios jurídicos (PINTO, 2005, p. 103).

Para a distinção que nos interessa, qual seja, entre autonomia da *vontade* e autonomia *privada*, Mota Pinto, é novamente cirúrgico, e oferece uma significativa distinção. Trata-se do negócio jurídico unilateral e bilateral. Como se sabe, o negócio jurídico *unilateral* se

consubstancia com uma única *declaração*<sup>67</sup> *de vontade*, por exemplo, testamento, instituição de fundações, denúncia em contrato de locação ou comodato, escolha de obrigação alternativa. Já o negócio *bilateral*, por sua vez, necessita de duas ou mais vontades declaradas para restar constituído, tais como compra e venda, doação, sociedade, arrendamento ou empreitada (PINTO, 2005, pp. 104, 105). Disso decorre que Mota Pinto irá concluir que a autonomia *privada* se manifesta de forma mais expressiva nos negócios *bilaterais*. Por outro lado, os negócios jurídicos *unilaterais* não excluem por completo a autonomia da *vontade*, porém, neste caso, a autonomia da *vontade* sofre muitas restrições (PINTO, 2005, p. 105). Por exemplo, o direito de constituir testamento, embora represente um espaço bem amplo da autonomia *da vontade*, não é ilimitado, mesmo no direito brasileiro, caso o autor da herança tenha a chamada legítima.

A dificuldade se admitir a autonomia da *vontade* como uma categoria existente paralelamente à autonomia *privada*, talvez decorra do fato de que nos negócios jurídicos *unilaterais* modificativos ou extintivos de relações jurídica não podem, em tese, ser por atuação unilateral. Mas não se pode aqui, mais uma vez, confundir a autonomia da *vontade* em seu aspecto psicológico com o aspecto jurídico. A autonomia *da vontade* se existente ou não como categoria, existe no mundo jurídico. E sendo assim, é evidente que mesmo numa relação em que estejam ligadas duas ou mais pessoas, esta só poderá ser modificada ou extinta unilateralmente se assim a lei permitir (PINTO, 2005, p. 106). Com efeito, esse poder de modificar unilateralmente as relações jurídicas são conhecidos pelos chamados *Direitos Potestativo*. Teremos a oportunidade de ver essa classificação com mais calma. Por ora, já podemos adiantar que é nisto que reside a nossa tese segunda a qual autonomia *privada* refere-se aos *direitos subjetivos*, ao passo que a autonomia da *vontade* refere-se aos *direitos potestativos*.

---

<sup>67</sup> Mas, segundo o nosso modo de entender, quando vemos na *vontade autônoma*, que na ordem *privada* se exerce, um elemento essencial dos atos produtores de efeitos jurídicos, não excluimos o valor, nem a necessidade da *declaração*, nem deixamos de considerar que, em princípio, a força produtora de tais efeitos se encontra na *vontade real efetivamente corporificada na declaração*, pois é esta que torna a *vontade eficaz e atuante*, de conformidade com o ordenamento jurídico. O problema do domínio da *vontade real* ou *subjetiva* sobre a *vontade objetivamente declarada*, é problema distinto, que ao caráter *autônomo* da *vontade* só por via reflexa diz respeito. Nem se destruiria o suposto “dogma da *vontade*” substituindo-o pelo “dogma da *declaração*”, ou pela força atuante da lei: este problema é por demais complexo e excede os limites de quaisquer afirmações categóricas e simplistas, num sentido ou noutro. Observe-se, ainda, que a autonomia da *vontade* não se exerce, apenas, dentro do campo delimitado pela lei, nem se aplica tão só aos contratos nominados ou inominados, pois melhor se qualifica como expressão de um poder criador que atua de conformidade com o ordenamento jurídico, ou sob as sanções por este ordenamento estabelecidas, padecendo maiores ou menores limitações, mais graves ou menos graves cominações, segundo a relação de que se trate. In: RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1981.p. 45

Aylton Barbieri Durão no artigo *O Direito Real de Kant* (2010) investiga a fundamentação kantiana ao direito de propriedade. Durão ressalta que a relação entre pessoas é uma relação entre vontade unilateral e vontade universal, do que resultaria que, para Kant, o direito de propriedade se fundamenta numa autorização da vontade universal para que “*a vontade particular se aproprie do seu arbítrio*” (DURÃO, 2010, p. 88). Ora, nos parece que este mesmo raciocínio deva ser aplicado para o espaço de atuação da autonomia da vontade, enquanto vontade particular, a qual se consubstancia, posteriormente, em autonomia privada, envolvendo as partes de um negócio jurídico. A diferença em relação ao direito real, no entanto, estará no fato de que, no negócio jurídico, o objeto de apropriação e disponibilidade será o próprio arbítrio. Trata-se de direito de natureza pessoal, por isso leva em conta a conciliação de arbítrios livres. Na verdade, estamos aproveitando este exemplo a fim de tentar salvar, no âmbito do *Direito Privado* contemporâneo, a coexistência da autonomia *da vontade* e autonomia *privada*, como sendo categorias com inflexões próprias e, ao mesmo tempo, correlacionadas, uma a outra.

### **3.3 UMA VISÃO NORMATIVO-PRAGMÁTICA LIGANDO OS PONTOS**

Terminamos o último tópico já adiantando que entendemos que coexistem as categorias da autonomia *da vontade* e autonomia *privada*. Tentamos, também, colher algumas intuições doutrinárias sobre o tema. Embora temos bons caminhos abertos, os autores parecem um pouco receosos em afirmar categoricamente que elas subsistem, bem como não se mostram seguros para realizar a ligação de um ponto a outro. E é isto que tentaremos fazer a partir de agora. Carlos Alberto da Mota Pinto de fato nos dá um bom ponto de partida, sobretudo na divisão que traça entre negócios unilaterais e bilaterais. Porém, parece não ter se sentido à vontade para aprofundar e correlacionar os pontos de cada uma destas categorias no âmbito do *Direito Privado*. Mota Pinto não considera a juridicidade da *autonomia da vontade* que não esteja no âmbito de um negócio jurídico, em especial no negócio *unilateral*.

Assim, nosso segundo passo parte de uma concepção segunda a qual os deveres morais podem ser analisados no âmbito *intersubjetivos* e *intrasubjetivos*<sup>68</sup>. Esta construção nos abriu os olhos para procurar dentro da *Teoria do Direito* não os deveres *jurídicos* intrasubjetivos<sup>69</sup> e intersubjetivos do sujeito, mas seus equivalentes, a saber, direitos intrasubjetivos e intersubjetivos. Ora, como bem diz Pavão, podemos concluir na seara técnica do estudo do direito que não se pode pretender que uma pessoa tenha dever jurídico para consigo mesma. Ressalte-se, mais uma vez, que neste ponto não estamos conjecturando o dever moral ou ético da pessoa para consigo mesma, mas o *dever jurídico*.

Para prosseguir, tentaremos fazer algumas ligações, relacionadas aos conceitos de (a) direito subjetivo e direito potestativo; (b) direito intersubjetivo e direito intrasubjetivo; (c) relação jurídica e situação jurídica; (d) prescrição e decadência; (e) autonomia da vontade e autonomia privada.

**Direito Subjetivo e direito potestativo.** O *direito subjetivo*<sup>70</sup> comumente é estudado pela contraposição do que seja *direito objetivo* (FARIAS, ROSENVALD, 2012, p. 32). Em geral tais explicações tentam conciliar o positivismo de Kelsen, no que toca a visão objetiva e normativa do ordenamento jurídico, com as raízes do *Direito* em sua base racionalista, que

<sup>68</sup> Devemos render as justas homenagens à fonte inspiradora desta intuição. Cf. Aguinaldo Pavão, *O Direito em Kant*. “É preciso entender bem o alcance desse campo de ações que é afetado pelo conceito de direito. A compreensão desse tópico permitirá que se perceba também traços importantes que diferenciam a legislação jurídica da legislação ética. Ao afirmar que o direito afeta “apenas a relação externa e certamente prática de uma pessoa com outra” (DD § B: Ak 229), Kant exclui da área de competência do direito as motivações, bem como rejeita a sua referência aos deveres para consigo mesmo. Dizendo respeito apenas à relação externa, fica descartada a preocupação com o móbil da ação. **Diferentemente da moral, em que não apenas o intersubjetivo, mas também o intra-subjetivo é considerado, o direito não cuida das ações internas. Quer dizer, o direito não se ocupa em saber qual o fundamento de adoção da máxima e qual o fim que o arbítrio elege. Somente os deveres para com os outros pertencem à alçada jurídica. Os deveres para consigo mesmo são expressamente declarados por Kant como deveres peculiares à ética** (MC: Ak 220). Assim, por exemplo, o suicídio que é moralmente reprovado (cf. FMC II: §35/BA 53-54; CRPr A 75 e A 157 e DV § 6: Ak 422), não pode ser juridicamente proibido. É sem sentido, portanto, conceber um dever jurídico de conservar a própria vida. (grifou-se). In: PAVÃO, Aguinaldo. *O Direito em Kant*. Pelotas: Revista Dissertatio 13-14, 2001, p.115-137.

<sup>69</sup> Cf. “Mandamentos morais são válidos independentemente de se o receptor despense a força para fazer o que foi reputado como correto (das Für-Richtig-Gehaltene). A autonomia de sua vontade se mede certamente pelo fato de que pode agir a partir do conhecimento moral; mas conhecimentos morais não provocam já um agir autônomo. A pretensão à validade que ligamos às proposições normativas tem certamente a força de um dever (verpflichtende Kraft). Dever (Pflicht) é, segundo a terminologia kantiana, a afecção da vontade pela pretensão à validade de mandamentos morais. Que os fundamentos que apoiam uma tal pretensão à validade não sejam ineficazes, isso se mostra na má consciência que nos atormenta quando agimos contrariamente a um saber mais abalizado. Sentimentos de culpa são um indicador palpável do não-cumprimento do dever. Mas neles se exprime apenas que sabemos que não temos melhores fundamentos para agir de maneira diferente. Sentimentos de culpa indicam uma cisão da vontade”. HABERMAS, Jürgen. *Para o uso pragmático, ético, e moral da razão prática*. Tradução de Márcio Suzuki. Revista Estudos Avançados – USP: v. 3, n. 7, São Paulo sept/dec 1989, p. 16

<sup>70</sup> Vale lembrar que existem várias orientações literárias que negam a existência do chamado direito *subjetivo*, pelo que citamos, por todos, Hans Kelsen em *Teoria Pura do Direito*. In: KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

justifica o *Direito* a partir do direito de propriedade<sup>71</sup>, daí porque o *Direito* surgiria a partir de relações intersubjetivas privadas. Neste contexto, o “*direito objetivo nos permite fazer algo porque temos o direito subjetivo de fazê-lo*” (FARIAS, ROSENVALD, 2012, p. 32).

Em face da norma padrão objetiva e posta pelo ordenamento (*norma agendi*) o direito subjetivo é visto como uma faculdade<sup>72</sup> (*facultas agendi*). Existem muitas classificações dos elementos identificadores do *direito subjetivo*. Em resumo, e de forma simples, nos importa a entender que o *direito subjetivo* diz respeito à uma prestação, e que, via de regra, “*violado um direito subjetivo, surge para o titular uma pretensão a uma reparação civil do dano produzido*” (FARIAS, ROSENVALD, 2012, p. 34). Embora interligados, isto nos ajuda a não tomar por metonímia, o *direito subjetivo* com à categoria processual do *interesse de agir* – *seja um pressuposto processual ou uma condição da ação, aqui não nos é importante* -, ou mesmo com o chamado *direito de ação*. Já sobre os chamados direitos potestativos assinala Carlos Alberto da Mota Pinto:

Os direitos potestativos são poderes jurídicos de, por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por uma decisão judicial, produzir efeitos jurídicos que inelutavelmente se impõem à contraparte. Corresponde-lhes a sujeição, a situação de necessidade em que se encontra o adversário de ver produzir-se forçosamente uma consequência na sua esfera jurídica por mero efeito do exercício do direito pelo seu titular. Em certas situações afecta-se, assim, a esfera jurídica de outrem sem consentimento deste, consentimento que normalmente seria exigido. (PINTO, 2005, p. 183).

O direito potestativo confere ao seu titular a possibilidade de extinguir, modificar e criar efeitos ou mesmo situações jurídicas, atingindo terceiros sem a necessidade da anuência da vontade de terceiros.

Veja-se, pois, que o exercício de direito potestativo dispensa comportamento do sujeito passivo. O titular de tal direito o exerce sozinho ou através de medida judicial, se preciso, mas sem qualquer necessidade de atuação da parte contrária. É que os direitos potestativos são *poderes* do titular de formar situações jurídicas pela sua própria vontade, impondo a terceiros determinados comportamentos (FARIAS, ROSENVALD, 2012, p. 36).

---

<sup>71</sup> Cf. Kant em *Doutrina do Direito - RL Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (AA 06)* KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. (Akademie-Ausgabe MS - AA06). Tradução de Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sanho. 3 ed. Marid: Tecnos, 2002. 375 p.

<sup>72</sup> Guardamos entendimento contrário, eis que, em algumas circunstâncias o direito subjetivo representará um *ônus* para aquele que o possui, e não apenas uma faculdade. A ausência do exercício do direito subjetivo, por exemplo, pode acarretar a prescrição do exercício de tal direito. Por outro lado, faculdade jurídica é aquele espaço volitivo no qual a ausência de seu exercício não pode significar uma perda ou prejuízo para aquele que o possui.

Também nos diz Agnelo Amorim Filho:

[...] se verifica facilmente que uma das principais características dos direitos potestativos é o estado de sujeição que o seu exercício cria para outra ou outras pessoas, independentemente da vontade destas últimas, ou mesmo contra sua vontade. Assim, por exemplo, o mandatário, o donatário e os outros condôminos, sofrem os efeitos da extinção do mandato, da doação, e da comunhão, sem que possam se opor à realização do ato que produziu aquêles efeitos (AMORIN, 1961, RT/300, p. 12).

Aqueles que negam a existência do direito potestativo, enquanto uma categoria ao lado do direito subjetivo, alegam que se trata de mera faculdade e que não poderia existir um direito sem correspondência de uma pretensão de prestação. Faz sentido essa última argumentação. Todavia, o equívoco, segundo estamos propondo, reside justamente no fato de correlacionar direito potestativo à uma relação jurídica intersubjetiva. Direitos potestativos estabelecem sua vinculação jurídica por meio de uma *situação* jurídica, e por conseguinte, não por meio de uma *relação* jurídica. Esta situação está prevista como se fossem arquétipos pelo ordenamento jurídico. Os fatos jurídicos, em sentido amplo, que lhe dão origem podem ser os mais variáveis. Outra nota marcante dos direitos potestativos são o fato de:

Como nos direitos potestativos não há dever a ser cumprido pelo sujeito passivo – a doutrina denomina de “estado de sujeição” a situação jurídica do sujeito passivo -, não se pode falar de lesão-inadimplemento; a prescrição, assim, não relacionada a tais direitos. Na verdade, o direito potestativo submete-se, se houver previsão legal, a prazos decadenciais. Por isso, costuma-se dizer que as ações constitutivas ficam sujeitas a prazo decadencial, se houve prazo para o exercício do direito potestativo por ela veiculado – nem sempre há, é bom que se diga, mas, se houver, o prazo é decadencial. (DIDIER, Vol. I, 2015, p. 291).

***Direito intrasubjetivo e direito intersubjetivo.*** Estas categorias, tal como estão contrapostas, talvez não possuam referência bibliográfica na atual literatura do *Direito*. Como já dissemos, foi a partir desta distinção que tivemos a intuição de procurar e tentar ligar os pontos da autonomia da vontade no âmbito do *Direito Civil*. Mas então estamos criando algo novo? Não, longe disso. Quando um cientista muda sua concepção sobre as leis da natureza, ele não altera a natureza, altera apenas o seu entendimento sobre como tais leis funcionam. Quando os cientistas descobrem elementos novos da natureza não estão inventando novos elementos, mas apenas, a partir daquilo que já existe, exercendo uma classificação passível de ser inteligível. É o nosso caso quando estamos propondo falar sobre “*direito intrasubjetivo*”. Intrasubjetivo significa que o sujeito, o sujeito juridicamente considerado perante um

ordenamento jurídico, para emitir uma declaração da vontade que tenha irradiações eficaciais no plano jurídico, não depende do assentimento da vontade de outros sujeitos jurídicos, igualmente considerado num mesmo ordenamento jurídico. É intrasubjetivo em contraposição às relações intersubjetivas. O elemento da vontade que constitui, extingue e altera situações no plano jurídico, reside em uma só pessoa. No âmbito do direito potestativo não há diálogo entre as *vontades*, não há conciliação de arbítrio entre as vontades, mas sim, há manifestação a partir de elucidações intrasubjetivas, de uma vontade soberana no plano jurídico. O *direito intersubjetivo* é justamente o contrário. Uma vez que diz respeito à uma prestação, por si já traz a ideia de contraprestação. Ele é *intersubjetivo* porque é imprescindível que haja um diálogo entre as *vontades* dos atores que estejam envolvidos com o seu objeto. E, por isso, refere-se ao direito subjetivo.

**Situação<sup>73</sup> jurídica e relação jurídica.** Por isso, as questões intrasubjetivas do direito potestativo só pode dizer respeito às *situações* jurídicas. Da mesma forma, as questões intersubjetivas, do direito de prestação, isto é, do chamado direito subjetivo, devem dizer respeito à *relação* jurídica. Entender esta contraposição, segundo cremos, poderá lançar luz no próprio aprendizado do tema. Pois bem. Como assinala Fredie Didier Junior (2012), situação jurídica é um conceito lógico-jurídico. Uma vez que refere-se à uma vontade soberana no plano jurídico, e que não se refere às relações jurídicas, mas apenas ao apelo da intrasubjetividade daquele que possui o direito potestativo, a *situação* jurídica é um conceito com pretensão de universalidade. As relações jurídicas, por sua vez, tenham quantas partes tiver, é sempre considerada num plano concreto. As *relações* jurídicas existem e são exigíveis no plano da eficácia. As *situações* jurídicas, por sua vez, expressam um tipo de validade jurídica, eis que se trata uma realidade normativa, uma decorrência da *Lei*.

A situação jurídica passiva correlata ao direito potestativo não impõe ao sujeito nenhuma prestação, nenhuma conduta. O sujeito passivo do direito potestativo submete-se à alteração jurídica desejada pelo titular desse direito. Porquanto não há “conduta devida”, não se pode conceber a existência de uma violação de um direito potestativo (DIDIER, 2012, p. 4).

Por motivo de honestidade temos que consignar a existência da concepção de situações jurídicas ativas e passivas. Nessa divisão, o direito potestativo seria a situação

---

<sup>73</sup> Julio César Rivera defende a interpretação segunda a qual a situação jurídica seria um gênero mais abrangente que abarcaria a própria relação jurídica (pp. 297, 298). Rivera considera que existem situações jurídicas plurisubjetivas quando atuam com mais de uma pessoa, que seria a, a princípio relação jurídica fusionada no conceito de situação jurídica. (pp. 299). In: RIVERA, Julio César. *Instituições de Direito Civil. Parte General Tomo I*. 3 ed. Buenos Aires: Abeleto Perrot, 2004, 750 p.

jurídica ativa, e o direito subjetivo, em sentido estrito, seria a situação jurídica negativa. A classificação é boa. Mas, ao tornarmos exclusiva a compreensão da *situação* jurídica para o âmbito do direito potestativo, e *relação* jurídica para os direitos subjetivos, estamos simplificando uma maneira de entender a ordem das coisas. Ora, a *relação* jurídica é sempre referente à uma prestação, ao direito subjetivo, que traz a vontade de um ou mais sujeitos passivos, para formação eficaz desta relação. Carlos Alberto da Mota Pinto parece distinguir relação jurídica e situação jurídica enquanto relação jurídica em sentido amplo e estrito:

Relação jurídica em sentido amplo é toda a relação da vida social relevante para o Direito, isto é, produtiva de efeitos jurídicos e, portanto, disciplinada pelo Direito. Relação jurídica em sentido restrito ou técnico é a relação da vida social disciplinada pelo Direito mediante atribuição a uma pessoa de um direito subjectivo e a imposição a outra pessoa de um dever jurídico ou de uma sujeição. (PINTO, 2005. p. 177).

Emílio Betti às vezes trabalha com a ideia de diferença qualitativa entre situação jurídica e relação jurídica, outras vezes, vê a relação jurídica como sendo “*a espécie saliente, e mais completamente desenvolvida, do género <<situação jurídica>>, entendida esta expressão no seu significado mais lato*” (BETTI, 1969, p.26). Mesmo assim, Betti nos oferece esclarecimento impar:

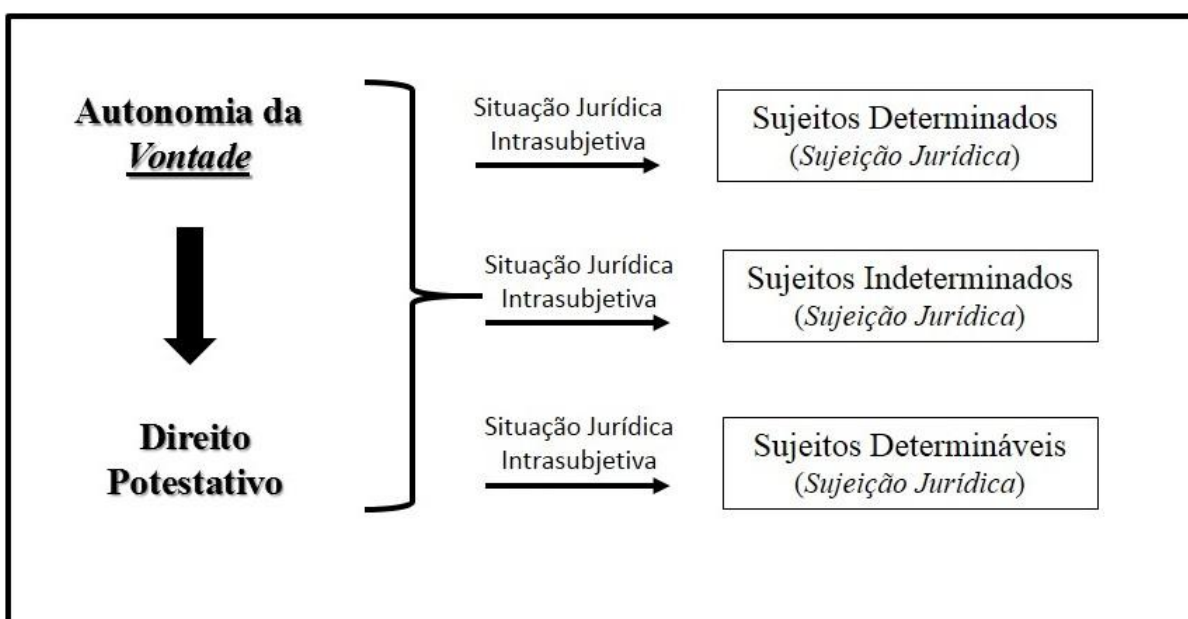
As novas situações jurídicas provocadas pelos factos jurídicos, podem consistir, antes de mais nada, em determinadas qualificações, que as normas atribuem a pessoas, coisas ou actos. [...] é o caso daquelas normas que, quando concorram certos pressupostos, atribuem às pessoas uma determinada capacidade e posição (o status da pessoa, em sentido lato), ou estabelecem, para as coisas, a comercialidade e a categoria a que pertencem, ou disciplinam, segundo certos requisitos, a legalidade, qualidade e validade dos actos. (BETTI, 1969, p. 25).

Mas é talvez José de Oliveira Ascensão quem mais tonifique essa diferença, sobretudo em *Direito Civil. Teoria Geral. Relações e Situações Jurídicas* (ASCENSÃO, 2002). Nesta obra Ascensão oferece algumas premissas interessantes, das quais podemos nos valer. São elas: (i) as situações jurídicas não são situações *fáticas* ou materiais, podem ter repercussões fáticas da mesma forma que podem ser independentes; (ii) situações jurídicas são situações de pessoas em consequência de uma valoração histórica da ordem jurídica. Todas as situações jurídicas são situações de pessoas porque o ordenamento se reporta tecnicamente por meio de situações jurídicas subjetivas; (iii) a situação jurídica é uma realidade normativa, razão pela

qual seu plano é o de validade. Resulta, assim, da aplicação de uma ou mais normas, mas nem por isso se confunde com as próprias normas (ASCENSÃO, 2002, pp. 10-13).

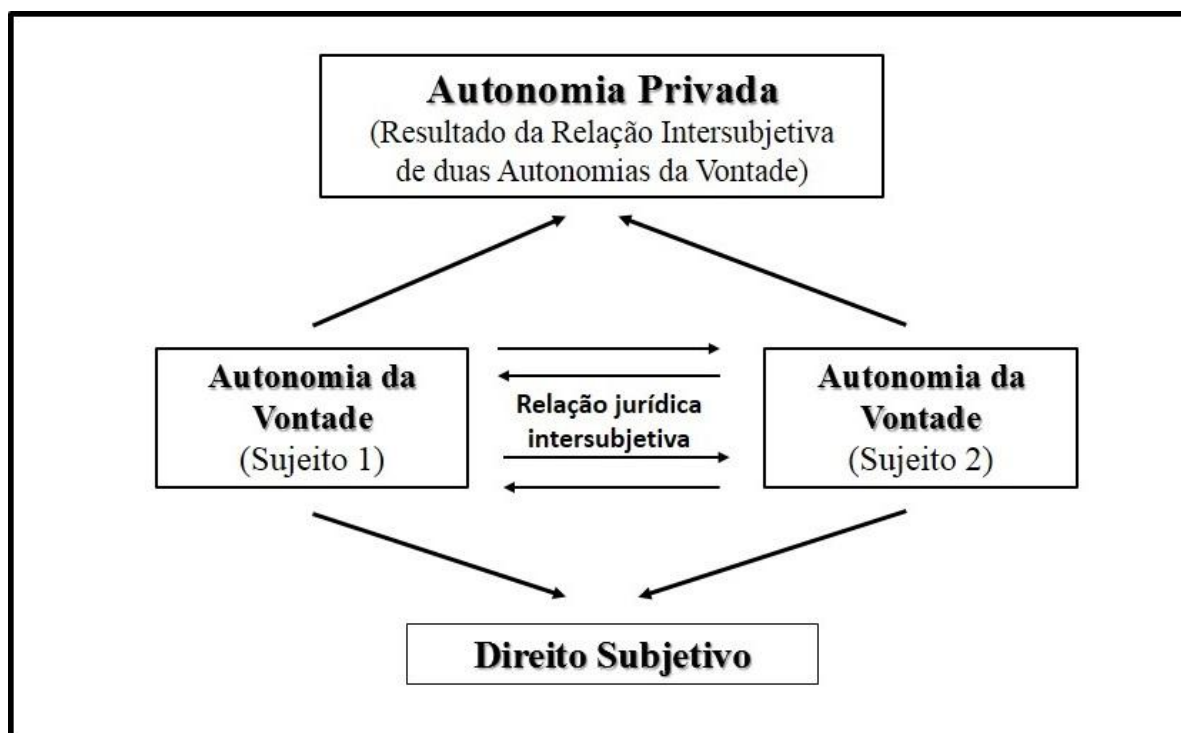
A situação jurídica do direito potestativo é sempre a manifestação soberana de uma vontade, a vontade do detentor do direito potestativo, o qual não espera em troca nenhuma prestação de nenhum sujeito passivo concreto. Na verdade, o gozo do direito potestativo irá justamente se revelar no âmbito de situações jurídicas, para criar, alterar ou extinguir tais situações.

**Autonomia da vontade e autonomia privada.** A vontade, leia-se, a vontade juridicizada, a vontade em reflexo consonante a um ordenamento jurídico posto, quando esta vontade se manifesta de maneira autossuficiente, sem a necessidade de se sujeitar com a vontade de um ou mais sujeitos passivos, temos a manifestação da autonomia da vontade. Temos a autonomia da vontade pura e simples para ter essa soberania no plano jurídico, ela deve estar de acordo com os limites da ordem jurídica. Seu gozo ou não, deste poder da autonomia da vontade, não depende da aceitação intersubjetiva, ou mesmo da ligação intersubjetiva, isto é, de relação jurídica em sentido estrito, mas, tão-somente, da decisão intrasubjetivamente tomada por aquele que detém tal poder. Por isso, essa autonomia da vontade, intrasubjetivamente decidida e declarada, ao reportar-se às situações jurídicas revela uma fruição de um *direito potestativo*. Elaboramos a seguinte ilustração:



A coexistência da autonomia da *vontade* ao lado da autonomia *privada* deve considerar todos estes elementos que estamos perfilhando. A autonomia *privada* pressupõe uma relação jurídica. E na esteira de uma relação jurídica ela nos revela, além da intersubjetividade, o caráter de um direito subjetivo, de um direito que se reporta a um ou mais sujeitos passivos, esperando destes, o cumprimento de uma prestação. É neste sentido que Mota Pinto assevera que “Ao definirmos a relação jurídica, considerámo-la integrada por um direito subjectivo e por um dever jurídico ou por uma sujeição” (PINTO, 2005, p. 178), e arremata dizendo que *Toda a relação jurídica existe entre sujeitos; incidirá normalmente sobre um objecto; promana de um facto jurídico; a sua efectivação pode fazer-se mediante recurso a providências coercitivas* (PINTO, 2005, p. 178).

A autonomia *privada*, neste prisma, é o encontro, a relação intersubjetiva entre duas ou mais vontades autônomas. A autonomia *privada* é a relação intersubjetiva, em suma, de duas ou mais autonomias das *vontades*. Ambas as vontades estarão vinculadas umas às outras por prestações e contraprestações, noutras palavras, direitos e deveres. Também elaboramos o seguinte quadro ilustrativo:



Essa autonomia *privada*, tal como ocorre no âmbito do reconhecimento jurídico da autonomia da *vontade*, possui cercanias jurídicas descritas e prescritas pelo ordenamento

jurídico. Mas ainda, o seu plano de existência não está à mercê uma de vontade unilateralmente soberana, em termos de direito potestativo. Ao contrário, no plano de existência ambas as vontades autônomas dos sujeitos da relação intersubjetiva jurídica, terão que ter, além do espaço de legalidade conferido pelo ordenamento jurídico, o assentimento dos arbítrios de todos os sujeitos envolvido na referida relação. Em palavras finais, deverão ter a vontade declarada da autonomia da vontade dos sujeitos que compõe a relação jurídica.

**Prescrição e decadência.** Tema muito peculiar que permeia entre o direito material e processual é que diz respeito à prescrição e a decadência. É celebre a distinção, desde os primeiros anos das letras jurídicas para os estudantes de *Direito*, de que a prescrição atinge a ação, ou melhor dizendo, ao direito de ação, ao passo de que a decadência atinge o próprio direito de fundo, isto é, o direito material (AMORIN, 1961, RT/300, p. 9). Sabemos, porém, que existem muito mais detalhes e complexidades que envolvem tais institutos, entre eles, a concepção de direitos subjetivo e potestativo, relação e situação jurídica, por exemplo.

Seguindo o clássico texto “*Crítério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*”, de Agnelo Amorim Filho (1961, RT/300), a partir de Chiovenda, Amorim nos relembra que o termo inicial do curso do prazo prescricional só surge quando da violação<sup>74</sup> de um direito à uma prestação. Como já vimos, é praticamente incontroverso que o *direito potestativo* não comporta violação, isto é, não pode sofrer lesão, uma vez que o exercício do direito potestativo só depende de seu próprio titular (FARIAS, ROSENVALD, 2012, p. 36). Sendo assim, a prescrição só se opera em relação àquelas ações de pretensões pessoais, as quais contenham o fluxo de deveres e obrigações. Com efeito, “*só direitos a uma prestação conduzem à prescrição, somente eles são suscetíveis de lesão ou de violação sic*” (AMORIN, 1961, RT/300, p. 20). Sendo assim, a prescrição diz respeito a direito subjetivos. Quando um direito subjetivo, isto é, um direito a prestação, um fazer, um não-fazer, um dar, é violado, tem-se, então, o termo inicial do prazo prescricional. De se notar, que tais pretensões de direito subjetivo, no plano do direito processual, dizem respeito, em regra, às ações condenatórias (TARTUCE, 2011, p. 242). A ação condenatória “*é aquela em que se afirma a titularidade de um direito a uma prestação e pela qual se busca a certificação e a efetivação desse mesmo direito, com a condenação do réu ao cumprimento da prestação devida*” (DIDIER, Vol.1, 2015, p. 290). Destarte, uma

---

<sup>74</sup> Cf. “*Os direitos a uma prestação relacionam-se aos prazos prescricionais que, como prevê o art. 189 do Código Civil, começam a correr da lesão ou inadimplemento – não cumprimento pelo sujeito passivo do seu dever*” In: DIDIER, Fredie Jr. *Curso de Direito Processual Civil. Volume I*. 17 ed. Salvador: JusPovm, 2015, p. 290.

pergunta nos auxilia para sabermos se estamos diante de um prazo prescricional ou decadencial: qual natureza de ação judicial pode-se valer em caso de uma transgressão de um direito a uma prestação? A rigor, as ações condenatórias.

Como já vimos, o “*direito potestativo, por se contrapor a um estado de sujeição, é aquele que encerrala a outra parte, que não tem saída*” (TARTUCE, 2011, p. 242). Sendo assim, o direito potestativo não se reporta à uma *relação* jurídica, mas sim, a um estado das coisas, à uma *situação* jurídica. Depende, portanto, da manifestação da vontade intrasubjetivamente considerada, isto é, uma vontade unilateral, que não necessita correlacionar-se com outra vontade, em termos de aguardar um assentimento. Por essa razão, em relação aos direitos potestativos, que sequer podem ser violados, não flui prazo prescricional, mas, tão-somente o prazo decadencial. A decadência, como explica Flávio Tartuce, pode ter origem na lei, que é a decadência legal, da autonomia privada, isto é, na convenção entre as partes envolvidas com o direito potestativo. Neste caso diz-se, decadência convencional (TARTUCE, 2011, p. 252). No plano processual não podemos esperar que o direito potestativo se desenvolva em ação condenatória, eis que não comporta violação de um direito subjetivo. Por essa razão, a decadência, quando exista prazo, dirá respeito às ações constitutivas, sejam elas positivas ou negativas (DIDIER, Vol. I, 2015, pp. 290, 291).

Há uma clássica divisão dos direitos, muito utilizada pelos processualistas no estudo da tutela jurisdicional. Trata-se da distinção que se faz entre direitos a uma prestação e direitos potestativos. Os direitos potestativos relacionam-se com as ações constitutivas. Os direitos a uma prestação, por suposto, relacionam-se com as ações de prestação, também chamadas de condenatórias. (DIDIER, Vol. I, 2015, p. 290).

O exercício de alguns direitos potestativos, isto é, a declaração desta vontade intrasubjetiva, mesmo quando haja prazo decadencial previsto, convencionalmente ou por lei, não requer, necessariamente, que seja exercido pela via judicial. Cite-se, por exemplo, o exercício do direito de preferência (AMORIN, 1961, RT/300, p. 21). Nem sempre, também, os direitos potestativos terão prazos fixados por lei ou por convenção das partes, para o seu exercício. Quando for assim, prevalece os princípios da inesgotabilidade e perpetuidade – *os direitos não se extinguem pelo não-uso* - (AMORIN, 1961, RT/300, p. 22).

Destarte, talvez seja possível tirar proveitos teóricos desta pretensa distinção entre autonomia da *vontade* e autonomia *privada*. Para nós, a autonomia *privada* representa a liberdade de dois sujeitos ou mais de estabelecer direito e deveres entre si, dentro da circunscrição deôntica (*permitido, proibido, exigido*), de um determinado ordenamento

jurídico, num determinado tempo e espaço. É a união e a comunicação livre e consensual de duas ou mais autonomias das vontades. Por isso, autonomia privada diz respeito à relação jurídica e a direitos subjetivos. Não estamos afirmando que todos estes conceitos sejam sinônimos, mas estamos propondo uma correlação conforme a natureza desses conceitos que pode ser exposta assim:

Autonomia da Vontade ⇨	Direitos ⇨ Intrasubjetivos ⇨	Situação ⇨ Jurídica ⇨	Direito ⇨ ⇨ Potestativo	Decadência ⇨
Autonomia Privada ⇨	Direitos ⇨ Intersubjetivos ⇨	Relação ⇨ Jurídica ⇨	Direito ⇨ ⇨ Subjetivo	Prescrição ⇨

Pois bem. Tentamos demonstrar no desenvolvimento deste tópico, e com as ilustrações propostas, expor o quanto possível, a nossa visão normativa, ligando pontos técnicos referente a autonomia da vontade e autonomia privada. Nosso destaque maior é para sustentar que, enquanto categorias, autonomia da vontade e autonomia privada, subsistem, cada qual referindo-se às circunstâncias jurídicas distintas. Mas não nos bastava, porém, afirmar isso como uma intuição vaga. Por isso, tentamos ligar todos os pontos possíveis a fim de distinguir o âmbito da autonomia da vontade e autonomia privada.

De certa forma, o estudo da autonomia privada realizado à luz de uma concepção de *Estado Social* obscureceu a própria técnica do *Direito Civil*. Uma pretensa passagem da autonomia da vontade para autonomia privada não é uma sucessão histórica em razão de uma intervenção ética de um *Estado Social*. Também não representa uma progressão conceitual em razão da mesma concepção de *Estado Social*. A versão que sustenta a coexistência e a subsistência de ambas as categorias, autonomia da vontade e autonomia privada, se desvincula, neste ponto, das questões éticas e morais, para, todo ponto de vista técnico tentar compreender alguns institutos do *Direito Civil*. Essa visão, tal qual apresentamos aqui, porém, não extirpa do campo do *Direito*, do *Direito Estatuário*, do *Direito Positivo*, enfim, denomine-se como for, as questões éticas e morais. Ao contrário, defende que para cada tipo de problema seja buscado uma fonte de solução coerente. E nisto subsistem os fundamentos do uso pragmático, moral e ético da razão prática.

Cumpra, agora, tentarmos demonstrar quem que medida subsistem ambas as categorias. Testar exemplos do *Direito*.

### **3.4 DIREITO POTESTATIVO E AUTONOMIA DA VONTADE**

Uma das grandes dificuldades de se admitir a existência da autonomia da *vontade* paralelamente à autonomia *privada* surge da exigência, por vezes rigorosas demais, de que a autonomia seja manifestada apenas no âmbito de um negócio jurídico. A *Teoria do Fato* jurídico contemporânea é muito mais rica do que isso. Nos oferece bons exemplos, na órbita dos fatos e dos atos jurídico, que irradiam eficácia no plano jurídico por acontecimentos ou declarações unilaterais.

Ao ligarmos autonomia da *vontade* à categoria dos direitos potestativos surge a necessidade de verificarmos exemplos práticos dessa vontade intrasubjetiva que se manifesta produzindo efeitos no plano jurídico.

#### **3.4.1 Autonomia da Vontade e Diretiva Antecipada de Vontade – “Testamento Vital”**

Diretiva Antecipada de Vontade (DAV) é, por assim dizer, a *nomen juris* do que tem sido popularmente chamado de *Testamento vital*. É majoritário, porém, o entendimento segundo o qual a DAV é um gênero composto pelo *Testamento Vital* e pelo *Mandato Duradouro*. O *Testamento Vital* é um documento pelo qual uma pessoa capaz, perfeitamente no gozo de suas faculdades mentais e intelectuais, sem vício de consentimento, declara a sua vontade sobre quais tratamentos e procedimentos médicos deseja ou não se submeter em caso de quadro clínico irreversível, doença terminal, por exemplo. Já o *Mandato Duradouro*, como o próprio nome diz, consiste na outorga de poderes para que uma pessoa de confiança do paciente, para situação na qual este não possa mais manifestar e declarar a sua vontade. O outorgado pode prestar esclarecimento sobre o testamento vital ou mesmo sobre a vontade do

paciente de se submeter ou não a determinados tratamentos. Assim, é possível uma DAV só com o *Testamento Vital* ou “acompanhada” de um *Mandato Duradouro*.

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina (CFM) Editou a Resolução CFM n. 1.995/2012, que visa regulamentar, no âmbito deontológico, o tema. A referida resolução não aborda aspectos pertinentes a eutanásia ou ortotanásia. Reza a Resolução CFM n. 1.995/2012, *in verbis*:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Estudiosa com destaque neste tema no Brasil, Luciana Dandalto explica que o testamento vital é “*um documento no qual a pessoa capaz possa indicar seu desejo de que se deixe de lhe aplicar um tratamento em caso de enfermidade terminal*” (DANDALTO, 2013, p. 2). Trata-se de tentar resguardar, de alguma forma, a vontade do paciente terminal, isto é, em quadro médico, cuja evolução, na análise da própria *lex artis* da medicina, atesta que é irreversível. É bem verdade que a resolução atende a resguardar os profissionais da medicina no plano deontológico. Eventuais responsabilidades cível e penal, se houver em determinados casos concretos, evidentemente não poderão ser obstadas de análise judicial.

Um aspecto desta manifestação intrasubjetiva de um direito potestativo tende a produzir efeito *erga omnes*, “*vinculando médicos, parentes do paciente, e eventual procurador de saúde vinculado às suas disposições*” (DANDALTO, 2013, p. 2). É a sujeição ao qual o poder do direito potestativo opera no plano jurídico. Neste ponto é muito importante não confundir plano fático, a vida vivida, com o plano jurídico. A declaração do direito potestativo se opera no plano jurídico que pode ou não ser respeitado. Da consubstanciação de um direito potestativo nada impede que este seja violado. Porém, o direito potestativo, em si mesmo considerado, no plano jurídico, não o pode ser. Por isso que basta a apenas a declaração da vontade para que, no plano jurídico se alterem o *status* das coisas. Este *status* das coisas pode ou não coincidir com a ordem fática da vida.

Ao largo das discussões relevantes da bioética, é importante reconhecer o impacto que tal resolução teve no que toca a necessidade ou não de ser lavrada por tabelião. Luciana Dandalto defende que é imprescindível a lavratura por escritura pública perante um tabelião notário da DAV, a fim de garantir a segurança jurídica, tendo em vista que inexistente legislação específica no país sobre o tema (DANDALTO, 2013, p. 5). Não há regulação, mas as bases da

Resolução CFM n. 1.995/2012, não está de encontro com nenhuma vedação do ordenamento jurídico. Na prática, trata-se de uma declaração de vontade perante um notário. A rigor, a redução a termo por escritura pública desse tipo de declaração não deve ser negada por tabelionatos. A validade das declarações reduzidas a termo será analisada, se for o caso, por conselho de Bioética ou até mesmo pelo judiciário.

O que está no cerne desta discussão é a autonomia da *vontade* e não autonomia *privada*. É a potestade intrasubjetiva de uma pessoa que declara a sua vontade do que pretende ou não passar e sofrer em um estágio terminal irreversível. Quem faz tal declaração não violenta bem jurídico alheio. Assume o papel de senhor da sua vida e da sua liberdade diante de um fato inevitável a todas as pessoas, a morte. No caso dos pacientes terminais, de uma morte iminente. Outrossim, uma pergunta se apresenta: cabe, então, ao *Estado* impedir ou criar obstáculos indevidos para que um paciente, sentenciado de uma irreversibilidade de moléstia ou lesão corporal, sobreviva os últimos dias sofrendo e sem o mínimo de dignidade? Cabe ao *Estado* ou a *Sociedade* avaliar externamente ao paciente o que são condições dignas, ou que pode ser uma morte digna?

Na Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Federal nos Autos 1039-86.2013.4.01.3500/Classe: 7100, Sua Excelência Dr. Eduardo Pereira da Silva, Juiz Federal da 1ª Vara Cível da Seção Judiciária de Goiânia/GO, parece ter compreendido os pontos fundamentais para conferir *legalidade* ou mesmo *constitucionalidade* à Resolução CFM n. 1.995/2012, valendo transcrever excertos da fundamentação condutora de sua decisão, *in verbis*:

A Resolução CFM nº 1995/2012 apenas regulamenta a conduta médica perante a situação fática de o paciente externar a sua vontade quanto aos cuidados e tratamento médicos que deseja receber ou não, na hipótese de se encontrar sem possibilidade de exprimir sua vontade.

[...]

A resolução do Conselho Federal de Medicina é compatível com a autonomia da vontade, o princípio da dignidade humana, e a proibição de submissão de quem quer que seja a tratamento desumano e degradante (art. 1º, inciso III, e art. 5º, inciso III, CF).

O princípio da autonomia da vontade para decidir sobre recursos terapêuticos, aliás, está ínsito no artigo 15 do Código Civil: *Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.*

A questão relativa aos requisitos legais para que o paciente decidir o tipo de tratamento a seguir está disciplinada na própria lei civil. O Código Civil trata da capacidade civil, em seus primeiros artigos, e da declaração de vontade em seu artigo 107 (*A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir*).

Tendo capacidade civil, poderá o paciente fazer declaração de vontade. O médico não estará obrigado a seguir a declaração, porém, se perceber que, pelo estado de saúde do paciente quando da declaração, não tinha o pleno gozo de sua capacidade cognitivas.

Em nosso sentir, a decisão, em especial a sua fundamentação, é escorreita. Ela centraliza a análise da autonomia da *vontade* sob a ótica da dignidade da pessoa humana. E sendo um direito potestativo, qual seja, o próprio direito de declarar vontade, sequer precisaria de forma especial, se a lei assim não exigir. A utilização do termo *autonomia da vontade* nos parece, inclusive, bem precisa. Embora a família, a sociedade, o círculo de convívio e até mesmo a adesão à uma seita religiosa, sejam muito bem-vindas nesta fase da vida de uma pessoa, no processo de diálogo e formação de convencimento de qual o melhor caminho seguir, ainda assim, não há como alienar a liberdade de uma autonomia da vontade, de uma pessoa que esteja em pleno gozo de suas faculdades mentais. Note-se, que o *Mandato Duradouro* não é uma alienação desta autonomia, mas justamente ao contrário, é a garantia de que uma vontade autônoma seja respeitada quando já não houver condições de que ela seja manifestada no plano fático da vida, muito embora já esteja devidamente consignada no plano jurídico.

Essa possibilidade a qual o *Estado* deve deixar aberta ao cidadão, em termos de princípios morais pode, em alguma medida estar relacionada a princípios do liberalismo político. Mas isso não é uma constatação ou mesmo uma afirmação. Muito menos poderia ser uma inferência lógica. Existe, aqui, um liame divisor entre *Direito* e *Moral* muito delicado, cuja sutílizada requer explicação. Ora, “*é preciso entender bem o alcance desse campo de ações que é afetado pelo conceito de direito. A compreensão desse tópico permitirá que se perceba também traços importantes que diferenciam a legislação jurídica da legislação ética* (PAVÃO, 2001, p. 116). A atuação moral na órbita do sistema do *Direito* tem lugar em relação às questões intersubjetivas. As incondicionalidades dos pressupostos da moral são exigíveis no plano da conciliação de arbítrios, como vimos, por exemplo, em Kant (PAVÃO, 2001, p. 116). Não são todos os tipos de deveres morais que podem ser transpostos para a órbita do *Direito Estatutário*, é dizer, do *Direito Positivo*, sem que isto implique restrição ou interferência indevida do *Estado* na vida do cidadão, do sujeito individual. Estamos nos referindo aqueles deveres morais intrasubjetivos, da pessoa para consigo mesma. Novamente com Aguinaldo Pavão, em sua análise do conceito de *Direito* em Kant, temos que concordar que “*diferentemente da moral, em que não apenas o intersubjetivo, mas também o intrasubjetivo é considerado, o direito não cuida das ações internas. Quer dizer, o direito não se*

*ocupa em saber qual o fundamento de adoção da máxima e qual o fim que o arbítrio elege”* (PAVÃO, 2001, p. 116). Talvez, seja reprovável na ótica da moral, que uma pessoa não lute até fim para manter-se viva, mesmo sabendo da irreversibilidade de seu quadro clínico. Todavia, esta ordem de incondicionalidade moral, caso exista, não pode ser tutelada ou mesmo sancionada por parte do *Estado*, pois pertence à uma zona psicológica da autonomia da *vontade* exclusiva do sujeito individual.

### 3.4.2 Autonomia da Vontade e Exercício do Direito de Preferência

Reza o Código Civil brasileiro CC/2002, *in verbis*:

**Art. 504.** Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência.

**Parágrafo único.** Sendo muitos os condôminos, preferirá o que tiver benfeitorias de maior valor e, na falta de benfeitorias, o de quinhão maior. Se as partes forem iguais, haverão a parte vendida os com proprietários, que a quiserem, depositando previamente o preço.

**Art. 1.322.** Quando a coisa for indivisível, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o apurado, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, e entre os condôminos aquele que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas, e, não as havendo, o de quinhão maior.

As normas transcritas acima tem em comum a expressão de um direito potestativo. A saber, o chamado direito de preferência. Somos, aqui, tentados, a imaginar a relação jurídica daquele condômino que pretende vender sua quota parte. E mais, somos tentados a imaginar o plexo de obrigações e prestações, tais, como exemplo, notificar ou comunicar a disponibilidade de venda. Algumas coisas precisam ser enfrentadas. O vínculo jurídico que une e liga pessoas a um ordenamento jurídico, ou muitas vezes liga pessoas às coisas, não é sinônimo, em sentido estrito, de relação jurídica, razão pela qual, o termo técnico para eventuais deveres jurídicos que decorrem da lei, não podem ser confundidos com prestação ou obrigação jurídica.

À primeira vista, tais afirmações podem soar estranhas. A compreensão do que estamos afirmando só é possível se for considerada no plano jurídico. Ora, num plano jurídico as pessoas estão vinculadas a um mesmo *Estado* pois há a designação jurídica de cidadania que as vinculam. As pessoas estão vinculadas umas às outras por diversos institutos jurídicos: paternidade e filiação, que é algo distinto de genitor e gerado, ser esposo e esposa, que é algo distinto de ser homem e mulher, o ser patrão e o ser funcionário, que é algo distinto de ordenar e receber ordens em trabalho comum; ser um eleitor e ser um representante político que é algo distinto de autogoverno e governo autocrático. Os fatos da vida ganham *status* jurídicos, possuem equivalentes jurídicos que decorrem do ordenamento jurídico. Ser pai é uma concepção jurídica em relação uma pessoa que pode possuir outro genitor. Um homem e uma mulher podem viver juntos, embora no plano jurídico, ainda estejam casados civilmente com outras pessoas. É preciso compreender que, muitas vezes, a alteração no plano jurídico não irradia impacto no plano da vida fática.

Da mesma forma, existem alterações de estado das coisas, que nada mais são do que estado de situações jurídicas, que vinculam as pessoas objetivamente, sem que estas possam fazer qualquer coisa para obstar tais alterações: o nascimento com vida que confere a personalidade jurídica, a maioridade civil aos 18 (dezoitos) anos de idade, a aposentadoria compulsória quando prevista em alguns regimes previdenciários, a presunção de morte dos desaparecidos. Uma pessoa pode, por exemplo, ser declarada morta por decisão judicial, alterando seus *status* no plano jurídico, abrindo sucessão e demais consequências lógico-jurídicas, mesmo estando viva, perdida em algum canto do mundo como andarilha. Todos esses acontecimentos, que geram alterações no plano jurídico, nem sempre equivalem à alterações fáticas no plano da vida. São consequências jurídicas que decorrem do vínculo jurídico, mas, em sentido estrito, não revelam uma *relação* jurídica *intersubjetiva*.

O ordenamento, personificado na figura hipostatizada do *Estado* irradia, ainda, deveres que independem da vontade de seus cidadãos, tais como o alistamento militar obrigatório, a inscrição em colégio eleitoral e o voto obrigatório. Este vínculo entre pessoas, entre pessoas e o ordenamento jurídico, a todo momento altera o estado jurídico das coisas, altera situações jurídicas, mas, em sentido estrito, não podemos dizer que se trata de relações jurídicas. Mesmo em relação ao *Estado* não seria correto dizer que se tratam de relações jurídicas. Este plexo eficaz de efeitos jurídicos se opera, quase sempre, no plano dos fatos jurídicos e decorrem diretamente da Lei, da norma, do ordenamento jurídico posto. Não é necessário que a pessoa faça ou deixe de fazer nada para ser alcançado por essa alteração de

*status* jurídicos que decorrem do ordenamento e são representados, numa estruturação, por ora apenas descritiva, pelos modais deônticos, os quais permitem, obrigam ou proíbem uma conduta. Este vínculo dos modais deônticos, de fato, alteram a todo momento o plano jurídico das coisas ou pessoas, mas não são, eles próprios, relações jurídicas intersubjetiva em sentido estrito. E tanto não o são que independem da vontade daqueles que sofrem ou recebem seus efeitos jurídicos. Uma relação jurídica, em sentido estrito, com *Estado* se dá por meio de imputações com os seus órgãos, e dos agentes públicos enquanto órgãos. Assim, relação jurídica é relação jurídica e não vínculos, ou mesmo não se confunde com os efeitos e reflexos de tais vínculos. Vínculos jurídicos e seus plexos de efeitos independem de uma relação jurídica em sentido estrito até porque se operam como norma cogente – *jus cogens* -. Há casos que estes plexos de efeitos jurídicos apenas permite, do que se diz *jus dispositivum* -. Cite-se, por exemplo, o direito de votar a partir dos 16 anos de idade, ou direito de obter Carteira Nacional de Habilitação de veículo automotor a partir dos 18 anos. Todas essas alterações, em algum momento podem dar a sensação de que são relações jurídicas acontecendo entre indivíduos e entre indivíduos e *Estado*. Mas, como vimos, são meros reflexos de vínculos jurídicos, e seus efeitos ocorrem por pura decorrência da Lei, isto é, do ordenamento jurídico.

Da mesma forma, o direito de preferência não estabelece uma relação jurídica intersubjetiva de direitos e obrigações. O que liga um condômino ao outro, em princípio, e a rigor, não é uma relação intersubjetiva, não é uma relação jurídica. É, sim, um vínculo jurídico. A necessidade de comunicação ou notificação da oferta de venda decorre do ordenamento – *e até mesmo poderia decorrer de convenção entre as partes* -. Trata-se de um dever jurídico e não uma obrigação jurídica, termo o qual talvez seja melhor se reservar para as categorias inerentes aos direitos das obrigações. Tanto é assim que o descumprimento deste dever gera uma patologia do negócio jurídico subjacente, mas em nada fere o direito potestativo do condômino que detém direito de preferência. Nem mesmo a alienação de quota parte por condômino sem a ciência daquele detentor do direito de preferência é capaz de violar o direito potestativo, o qual, para esse caso, deverá ser pleiteado judicialmente. Mas ele será esgotado no momento da manifestação que der início ao processo. Nesse sentido, vale a pena verificarmos trecho da elucidativa fundamentação de acórdão proferido por Sua Excelência Dr. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Ministro do egrégio Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

A análise da etimologia da expressão "direito potestativo", mais do que mero exercício de curiosidade histórica, serve a perquirir a essência do instituto. O titular do direito potestativo tem a *potestas* de exercer seu direito, vale dizer,

ao manifestar sua vontade de exercê-lo, não está condicionado à conduta da outra parte.

Isso é evidente em casos como o do direito de preferência, no qual, manifestada a vontade do titular, o exercício da preferência não depende da vontade do alienante.

*Mutantis mutandis*, a mesma situação se verifica quando o direito potestativo depender necessariamente de ação judicial para ser exercido.

Nessas hipóteses, como a presente, o fato de a própria ação ser a manifestação do direito potestativo faz com a necessidade de angularização do processo se torne enfraquecida.

O direito, portanto, é exercido no momento da propositura da ação, razão pela qual, a partir de então, não mais corre o prazo de decadência, conclusão que somente pode ser afastada nos casos em que a ação é manifestamente inadmissível. (REsp. 750.135/RS, Terceira Turma, Min. Rel. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Dj. 28.04.2011).

Disso decorre visualizar que o direito de preferência, enquanto um direito potestativo, refere-se ao âmbito intrasubjetivo da autonomia da *vontade*.

## **3.5 DIREITO SUBJETIVO E AUTONOMIA PRIVADA**

Segundo a divisão que propomos o direito subjetivo é uma categoria que induz a autonomia *privada*. Aqui, sim, há relações intersubjetivas, aqui, sim, existem direitos à prestações. Em nossa construção referem-se à relação de duas ou mais autonomias da *vontade*. Na verdade, os direitos à prestações são categorias que inspiram menos dificuldade, eis que a sua visualização nos rodeia dia a dia com mais frequência e de forma mais perceptível. Mesmo assim, por questão de coerência, cumpre pinçar dois exemplos da configuração da autonomia privada em clássicos exemplos de direito subjetivo.

### **3.5.1 Autonomia Privada - Contrato de Compra e Venda**

Escolhemos o contrato de compra e venda por uma razão muito simples: é certamente um dos contrato mais realizados diariamente, e muito dificilmente uma pessoa deixará de firmar tal tipo de contrato. Nos mercados, nos postos de gasolina, nas padarias, em todos os tipos de comércio estão sendo estipulados contratos de compra e venda. Claro que estes

primeiros exemplos referem-se a contratos que não exigem forma específica prevista em Lei e que se aperfeiçoa pela tradição. E a própria leitura da norma do Código Civil acaba por confirmar tal assertiva, senão vejamos, *in verbis*:

**Art. 481** – Pelo contrato de compra e venda, um dos contraentes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

Temos aqui uma diferença em relação ao direito potestativo. Como o direito potestativo se opera exclusivamente no plano jurídico, sua declaração pelo detentor do direito ou sua certificação por via judicial prescinde, a rigor, de uma execução no plano fático. Mas as relações de direito subjetivo, que são direitos à prestações, quase sempre se reportam a objetos no plano fático. Sobre o tema nos diz Fredie Didier Junior:

O direito a uma prestação precisa ser concretizado no mundo físico; e sua efetivação/satisfação é a realização da prestação devida. Quando o sujeito passivo não cumpre a prestação, fala-se em inadimplemento ou lesão. Como a autotutela é, em regra, proibida, o titular desse direito, embora tenha a pretensão, não tem como, por si, agir para efetivar o seu direito. Tem, assim, de recorrer ao Poder Judiciário, buscando essa efetivação, que, como visto, ocorrerá com a concretização da prestação devida. (DIDIER, 2012, p. 4).

Por isso está relacionado a direito pessoal. O contrato de compra e venda é, nesse sentido, um tráfico jurídico, translativo do domínio não no sentido de operar sua transferência, mas verdadeiro *tittulus adquirendi*. Daí que se pode dizer que se trata de direito pessoal entre as partes da relação intersubjetiva. A transferência da coisa, como se vê, não se confunde com o *tittulus adquirendi*. No entanto, a transferência da coisa é requisito da compra e venda (DINIZ, 2010, p. 404). Trata-se, então, de negócio jurídico bilateral, “no qual a obrigação do alienante consiste na entrega da coisa, enquanto a prestação do adquirente se traduz no pagamento do preço” (ROSENVALD, 2010, p. 542). Diante dessa relação intersubjetiva de duas vontades ou mais de vontades autônomas, isto é, de *autonomia da vontade*, verifica-se a angularização da *autonomia privada* no exemplo do contrato de compra e venda.

### 3.5.2 Autonomia Privada - Contrato de Mandato

Propositadamente escolhemos uma espécie contratual não tão conhecida quanto o contrato de compra e venda. A saber, o contrato de mandato previsto no art. 653, do Código Civil, *in verbis*:

**Art. 653** – Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.

Diferentemente do contrato de compra e venda, que a rigor é bilateral, o contrato de mandato é, por regra, unilateral. É, em regra, unilateral pois costuma ser gratuito. Somente quando assume a forma onerosa é que passa a ser bilateral, eis que, neste caso, depois de aperfeiçoado os atos pelos quais os poderes foram outorgados, haverá direito e prestações para ambas as partes (ROSENVALD, 2010, p. 668). O fato de ser possível a modalidade unilateral não permite confundir com o direito potestativo. Mesmo nesta hipótese, unilateral, o contrato é consensual e exige aceitação. Há, de toda forma, relação intersubjetiva. Não se deve confundir, também, o negócio jurídico unilateral com a declaração unilateral de vontade, o que nos é advertido com maestria impar por Orlando Gomes. Explicava Orlando Gomes que nas hipóteses nas quais a lei atribui a uma declaração de vontade o efeito de produzir determinadas obrigações, quem a emite acaba por se tornar obrigado independentemente de já existir ou não credor (GOMES, 2008-a, p. 281). Assim, tem-se, casos, muito específicos, nos quais uma vontade unilateral vontade, antes mesmo do consenso da outra parte, já gera, por si, obrigação, nas palavras de Orlando Gomes “*a vontade unilateral declarada em determinadas condições constitui, pois, fonte de obrigações*” (GOMES, 2008-a, p. 283).

Não configura, a bem dizer, um *negócio jurídico unilateral*, como os que se distinguem pelo intento específico de criar ou extinguir direito, mas, sem dúvida, a *declaração unilateral* de vontade é emitida com a intenção do declarante de obrigar-se. É ele próprio quem se obriga, por sua só declaração (GOMES, 2008-a, p. 283).

As hipóteses para esse tipo de obrigação são muito restritas, sendo o exemplo clássico a *promessa de recompensa*. Esta promessa “se torna obrigatória”, então, a partir do momento que se tornar pública. No direito pátrio está prevista no art. 854, do Código Civil. Neste exemplo, mais uma vez, se verifica a autonomia privada, eis que exige a contraposição ou justaposição de duas *autonomias da vontade*.

## 4 DIREITO NEGOCIAL CONSTITUCIONAL

Um *Direito Negocial Constitucional* não significa uma categoria de negócio jurídico que decorre da *Constituição*, tampouco se nutre de elementos ideológicos. Trata-se de um *Direito Negocial* cujos negócios jurídicos são estudados e firmados de forma constitucionalizada, levando em conta os princípios e diretrizes constitucionais. Por elementos ideológicos entendemos qualquer discurso que possa ser eleito como único, verdadeiro e correto. Discursos que não admitem ou não comportam correções normativas certamente são discursos que ofuscaram até mesmo boas bases teóricas. Um discurso que afirme eloquentemente que o *Estado* é mero espectador das relações sociais e não passa de mais um cliente da economia de mercado, certamente ignora exemplos históricos relevantes das marcas de um mercado entregue a si mesmo. Por outro lado, discursos que advogam a institucionalização da solidariedade por parte do *Estado*, como gestor *sênior* das questões éticas das relações sociais, que reclama uma presença holística do *Estado*, certamente ignora as consequências desastrosas do agigantamento administrativo e burocrático do *Estado*, ineficiência, gestão fraudulentas, e a oneração demasiada por grupos que, na maioria das vezes, se veem injustiçados pelo alcance tributário implacável do *Estado*.

Um *Direito Negocial Constitucional* reconhece que os discursos da razão prática que formam o amalgama constitucional são compostos por de bases éticas e morais. Assim como a tensão entre direitos fundamentais e soberania popular, num contexto de um *Estado Democrático*, conferem a possibilidade de que seus cidadãos sejam, abstratamente, autores e destinatários das normas, princípios liberais e republicanos não se repelem por completo, embora tenham finalidades bem definidas.

As relações sociais encontram praticamente todas juridicizadas. Regras de trânsito, da utilização do espaço comum do condomínio, para utilização dos estacionamentos em mercados, das filas em instituições bancárias, que proíbem a entrada de pessoas em determinados lugares com capacetes ou capuz, regras da utilização do próprio espaço privado que deve respeitar os direitos da vizinhança. Regras de preferências para certos grupos, tais como idosos, gestantes ou portadores de algum tipo de deficiência, ou mesmo regras que limitam a utilização do espaço privado, como a proibição de fumar em lugares fechados. Outras regras interferem o espaço de liberdade individual intrasubjetivo, e neste caso, o *Estado* decide o que é melhor para a pessoa no lugar desta própria pessoa, sob o prisma que

tais grupos ainda não capazes de avaliar o que é bom ou não si próprio. São os casos que proíbem a venda cigarros e bebidas alcoólicas para menores civilmente. A expressão regras é utilizada, aqui, de maneira muito ampla. Algumas são editadas por privados, mas sob o limite respaldado pelo ordenamento jurídico. É o caso de *Estatutos* privados como, por exemplo, o condomínio. Outras são editadas diretamente pelo o *Estado*. São as chamadas normas comportamentais. Em sentido estrito, estas normas são chamadas *normas nacionais*, que é o caso da proibição da venda de bebidas alcoólicas para menores de dezoito anos. Elas exprimem um plexo de efeitos jurídicos decorrente deste vínculo quase imperceptível a que todos estão submetidos. Os fundamentos para tais regras podem ser éticos, morais, e até mesmo pragmático. As regras tais como faixa de pedestre, ou que dá ao motorista a preferência de entrar com veículo automotor quando no mesmo momento esteja saindo outro veículo do estacionamento.

Ocorre, porém, que este emaranhado de situações, circunstâncias, que vinculam a todos é absorvida de forma tão pulverizada na rotinas das pessoas que, sequer, refletem uma lógica de espaço público, de relações sociais. Isso faz parte de uma abstração da qual o sujeito vê, a si mesmo, como algo abstrato e distante. A relevância das regras, mesmo que de convivência, das normas comportamentais, juridicizada ou não, a relevância de tal conjunto de regras e normas é medida, na grande maioria das vezes, pela sua sanção.

Há, porém, um espaço contemporâneo no qual as relações sociais ainda tem espaço para serem percebidas como individualizadas. Há, ainda que mitigada e impessoalizada, um vínculo no qual as pessoas ainda se percebem umas às outras, e que percebem a si mesmas como atores atuantes. As relações sociais contemporâneas são percebidas e travadas nas relações jurídicas negociais. Höffe faz uma análise que nos parece muito interessante:

Já um senso de justiça genuinamente aplicativo estará disposto a fazer renúncias, mesmo quando não houver a mínima promessa, por mais sutil que seja, de privilégios. A força motriz deste senso de justiça reside, como em outros casos, em uma auto-estima moral.

Como não se pode basear em auto-estima moral, uma sociedade de concorrência conta com um auto-interesse coletivo em se organizar de maneira tal, que o simples senso de justiça pragmático já é suficiente. É verdade que, para esta auto-organização, não existe nenhuma receita pronta, mas existem duas tarefas principais que requerem diferentes reformas institucionais, como explicaremos a seguir. Por outro lado, as instituições deveriam opor resistência às tendências de anonimização, mantendo um elemento de relação pessoal e, ao mesmo tempo, criar uma ética capaz de oferecer um terreno fértil para o senso de justiça pragmático e de recompensá-lo quanto à sua “imagem”. (HÖFFE, 2005, pp. 234, 235).

Sem embargo, posicionamos a relação jurídica, melhor dizendo, o negócio jurídico, como uma expressão das relações sociais contemporânea. As forças do trabalho se pulverizaram em diversas dimensões. Terceirização, alta rotatividade e sindicatos igualmente fragilizados, com perda expressiva de representatividade e, igualmente, pulverizados em inúmeras categorias. Essas forças já não assimilam mais as relações sociais com a força que exerceu no passado. O trabalho, em certa medida, é um meio para garantir que o trabalhador possa fazer parte deste sistema de relações sociais negociais. Se assim não fosse, as diversas teorias do *Direito*, em especial do *Direito Privado* não teriam se visto obrigadas a desenvolverem tantas concepções, tais como cláusulas gerais, deveres anexos da boa-fé, função social do contrato, teoria do adimplemento substancial, ou mesmo questões pragmáticas como contrato de adesão e, agora, mais acentuadamente o negócio jurídico processual. Isso apenas como um rol exemplificativo. Isso nos chama a atenção ao fato de que as relações sociais, em questões éticas e morais, estão, quase que imperceptivelmente sendo reguladas nas relações negociais. E evidentemente, uma sociedade cujas bases de seu sistema de produção e trabalho está centrada no consumo, isso se torna mais inevitável. Sobre isso, porém, questões pertinentes a uma sociedade de consumo, não iremos nos aprofundar.

Uma vez que tentamos demonstrar que a relativização da autonomia da *vontade* e mesmo da autonomia *privada* não precisa ser realizada à luz de uma concepção de *Estado Social*, o trabalho, para ser finalizado, deve passar por um último teste. Trata-se de verificar, no âmbito das relações negociais, uso pragmático, ético e moral da razão prática, cujas bases estão consignadas especialmente no primeiro capítulo.

## **4.1 DILEMAS DAS DIMENSÕES PRAGMÁTICA, MORAL E ÉTICA DO NEGÓCIO JURÍDICO**

Um negócio jurídico tem início, a rigor, a partir da perspectiva do uso pragmático da razão, a qual leva em conta uma perspectiva de agentes que partem de suas metas e preferências (HABERMAS, 1989, p. 8). Se imaginássemos ou convencionássemos que as relações negociais em nenhuma medida pode ser enfrentada como problema moral ou ético os agentes se veriam uns aos outros apenas como meios ou condições restritivas para o plano de ação ao qual traçou e buscou por meio do negócio jurídico. Como nos diz Habermas, no agir estratégico os participantes se relacionam a partir da pressuposição que cada negociante e

contraente decide de maneira egocêntrica apenas segundo os critérios de seus próprios interesses (HABERMAS, 1989, p. 8). Mas perspectiva constitucional de todo um ordenamento, isto é, um ordenamento jurídico infraconstitucional que é observado por uma ótica constitucionalizada, vê nas texturas abertas, nas cláusulas gerais, o espaço da atuação do uso moral, ético e pragmático da razão prática, os quais são representados por postulados constitucionais. Assim, o que justifica essa intervenção reguladora do *Estado* é justamente as questões éticas e morais “o que devo fazer”? Uma vez que no âmbito das relações negociais a atuação de cada agente afetam os interesses dos outros e levam a conflitos que devem ser solucionados de forma imparcial, tem-se a ligação com respostas éticas e morais (HABERMAS, 1989, p. 8). É legítimo que cada parte enxergue o negócio sob a ótica daquilo que é melhor pra si, sendo que a outra parte terá um *status* de meio de uma ação estrategicamente avaliada. É claro que a legitimidade que estamos nos referindo a partir desta perspectiva pragmática pressupõe um negócio que, a despeito de suas intenções egocêntricas ou puramente individualista de cada parte, é um negócio idôneo, sem trapaças e vícios de qualquer sorte no consentimento de seus atores negociais. Em último caso, requer, também, que não haja um abuso doloso de direito, o que poderia configurar uma ilicitude (*Código Civil Art. 187*).

A perspectiva *ética* pode representar um avanço com relação a postura puramente *pragmática*, contudo seu *étos* ainda reservará espaço para perspectiva individual do agente do negócio. Podemos identificar que isso vale tanto para casos concretos e individuais, como abstratamente quando verificamos, por exemplo, normas protetivas para mercado nacional em relações internacionais. Tais normas partem do pressuposto que o *télos* (τέλος) a ser protegido leva em conta principalmente defender propositivamente e unilateralmente cidadãos que estejam ligados por um *éthos* (ἦθος) a determinada nacionalidade, ou mesmo defender a economia local para beneficiar os cidadãos nacionais de determinado *Estado*. Neste caso, são normas intervencionistas que atingem indiretamente a autonomia *privada* cujo pressuposto tem em conta a identidade de cidadãos nacionais. Entre as diversas regras de comércio internacional verifica-se, por exemplo, as mobilidades das alíquotas de importação que acabam por interferir, igualmente, na autonomia privada. Da mesma forma os subsídios de países desenvolvidos e diversas outras práticas. Nestes casos, tem-se uma interferência indireta e abstrata geral, mas que não deixa de atingir e influenciar o comportamento dos negócios jurídicos. Mas isso, pode se desdobrar até mesmo internamente nas fronteiras da soberania interna, como acontece, por exemplo com a chamada guerra fiscal e questões

pertinentes a ICMS e IPTU. Não há como ignorar que estas questões por mais abstratas e complexas que sejam, não acabam por interferir nas tomadas de decisões, isto é, na autonomia privada dos sujeitos potenciais de negócios jurídicos, por exemplo, na relação pré-contratual. Estímulos e interferências externas dessa natureza acabam, em última análise, interferindo na autonomia privada, porque alteram os elementos materiais disponíveis para tomadas de decisões. O discurso ético de um município que oferece subsídios fiscais, terrenos, dentre outras vantagens, para deslocar uma indústria de outro município e, com isso, gerar empregos para os munícipes locais, converte-se em decisão *estratégica* de uma indústria que encerra suas atividades num determinado município, dispensa todos os funcionários, para, como isso, poder gozar de benefícios ofertados por outro município com maior poder de barganha.

A análise *moral* como já tivemos a oportunidade de ver, exigira que os arbítrios envolvidos tenham máximas conciliáveis entre todos os envolvidos. Por isso, discursos prático-morais irão exigir o divórcio com os elementos plantados e colhidos *do êthos (ἦθος)* dos atores envolvidos. A análise da autonomia privada, neste caso, tem em mente uma relação intersubjetiva com “grau mais alto”, nas palavras de Habermas, pois seja pela ótica da formação de uma vontade geral com pretensão universal de forma discursiva, seja por imperativo, em ambos os casos, o que se exigirá da atuação prático-moral será uma conjugação da perspectiva de cada um com a perspectiva de todos (HABERMAS, 1989, pp. 14, 15).

Isto, porém, não obsta que este negócio jurídico não possa alcançar uma dimensão ética e moral entre os seus atores. A questão é: o ordenamento jurídico pode aspirar essa dimensão ética e moral do negócio jurídico, fixando limites e horizontes para o exercício da autonomia privada dos agentes que formam a relação jurídica e compõem o negócio jurídico?

## **4.2 A RELAÇÃO JURÍDICA E O NEGÓCIO JURÍDICO**

As relações sociais contemporâneas nas quais os cidadãos dispõem de suas autonomias da vontade se manifestam no âmbito do negócio jurídico. A distinção que traçamos entre relação jurídica e situação jurídica já acena para uma concepção que, embora busque facilitar algumas perspectivas, reclama certo rigor metodológico. Em nossa primeira abordagem, contrapomos relação jurídica à uma ideia de situação jurídica. Ficou clara a ideia de que relação jurídica é ato pessoal, refere-se às relações intersubjetivas. Como nos diz

Ascensão, o *Direito* até pode regular a posição das pessoas perante as coisas, mas isso em sentido técnico não cria uma relação jurídica (ASCENSÃO, 2002, p. 10). Agora, precisamos verificar a relação jurídica no curso de uma formação do negócio jurídico.

Ascensão esclarece que a relação social não é uma etapa anterior da relação jurídica. O *Direito*, diz Ascensão, é por si mesmo, forma de vida social, o *Direito* vive nas relações sociais (ASCENSÃO, 2002, p. 42). Por isso que relação jurídica, enquanto relações sociais, são sempre relações intersubjetivas, relações entre pessoas (natural e jurídica – *ou ideal* como se diz no *Direito* estrangeiro). Disso resulta que a relação jurídica “*representa uma conjunção de duas ou mais posições subjectivas, em que cada uma só se define juridicamente por referência às outras*” (ASCENSÃO, 2002, p. 54).

Não temos como ignorar que a circulação dos bens e serviços refletem relações sociais, as relações entre os indivíduos, que se demonstra, por isso mesmo, de suma importância para as sociedades. Assim, o *Direito* em suas dimensões pragmática, ética e moral da razão prática, acaba por ter uma função ordenadora no âmbito do organismo social (BETTI, 1969, p. 95). Em Habermas, por exemplo, essa função é vista como um *medium*, isto é, o próprio papel do *Direito* na tensão entre facticidade e validade. Essa ordenação é o espaço garantido aos cidadãos de que exerçam sua autonomia privada. Essas diversas relações sociais permutativas de bens e serviços, que conferem dinâmica social à sociedade é consubstanciada pelo negócio jurídico. É lapidar a consideração de Emílio Betti:

O instituto do negócio jurídico representa, assim, a solução de um problema prático, paralelo ao que é resolvido com a figura do direito subjectivo privado. Ambos (direito e negócio) estão ao serviço da liberdade e da autonomia privada, mas com finalidade essencialmente diferentes, visto que cada um dos dois representa a solução jurídica de um problema prático diferente, embora correlativo. O direito subjectivo tem uma finalidade estática, de conservação e de tutela. O negócio jurídico tem, pelo contrário, uma finalidade dinâmica, de iniciativa e de renovação. Com o direito subjectivo, a ordem jurídica resolve o problema de proteger os interesses privados, tais como os encontra constituídos na ordem económico-social que tutela. Com o negócio jurídico, ela resolve o problema de dar a iniciativa individual um modo de se manifestar e de se mover, modificando a posição de tais interesses de acordo com as directrizes que os próprios particulares julguem mais convenientes. Tanto o direito subjectivo privado, como o negócio jurídico, são dominados pelo princípio da liberdade e da consequente auto-responsabilidade privada. (BETTI, 1969, p. 96).

A autonomia dos sujeitos, a autonomia da vontade de sujeitos livres é o pressuposto e causa geradora de relações sociais, relações sociais juridicizadas, relações com *status* de relações jurídicas. Esta autonomia é que cria, modifica e extingue as diversas relações

jurídicas. A manifestação precípua desta autonomia é o negócio jurídico. E o negócio jurídico é a expressão de atos da autonomia privada, isto é, a relação intersubjetiva de duas ou mais autonomias da vontade – livres -, que “*liga o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídica entre particulares*” (BETTI, 1969, p. 98). Dentro dos limites de legalidade e constitucionalidade, muitas vezes expressados por modais deônticos, permitido, obrigatório e proibem determinadas condutas, o negócio cria norma jurídica. Todavia, cria norma jurídica para as partes que compõem o referido negócio jurídico. Do ponto de vista de uma teoria dinâmica do *Direito*, mesmo em Kelsen, por exemplo, esta concepção é plenamente pacífica. O negócio jurídico, neste prisma, é fonte de direito. Todavia, é norma jurídica que tem incidência a uma determinada relação jurídica específica, concreta e individual. Não poderia ser diferente. Esse tipo de relação social, muito provavelmente, podemos pensar que é anterior ao próprio sistema do *Direito* positivo. Por isso, cumpre ao *Direito* positivo conferir juridicidade a tais relações, a elas conferindo *status* de relações jurídicas, bem como “*reconhecer e sancionar uma autonomia que, os próprios particulares já realizam no terreno social, nas relações entre eles*” (BETTI, 1969, p. 101).

É por isso que o *negócio jurídico* é um instrumento jurídico para garantir a autonomia privada, sobretudo no sentido de que este instrumento perfaz verdadeira norma entre os particulares, no comando de suas próprias vidas, nos interesses que lhe são próprios em suas relações recíprocas (BETTI, 1969, p. 102).

Esse espaço concedido pelo ordenamento jurídico, que sem dúvida verificado pelos modais deônticos da proibição, permissão e obrigação, é tratado, conforme os diversos autores, por diversos prismas diferentes. Daí reside um conceito caro ao *Direito Privado* que é o chamado *fattispecie*<sup>75</sup>. Atribui-se a Emilio Betti ter introduzido tal termo no âmbito do direito privado e, ele mesmo, avocava tal autoria e precedente (BETTI, 1969, p. 17). São, tal como chamadas por Ascensão, valorações jurídicas, previsões de disposições correspondente. Utilizamos, algumas vezes, a expressão arquetipos, mas essa expressão, de certa forma, pode engessar uma compreensão. A *fattispecie* é uma espaço juridicizado que regula a autonomia privada. O negócio jurídico, nesta ótica, é a relação da vida social, isto é, enquanto relação

---

<sup>75</sup> O termo deriva do latim medieval *facti species*, que numa tradução literal significaria “*a figura do fato*”, In: BONILINI, Giovanni. *La rinunzia all’eredità e al legato*. Torino: UTET Giuridica, 2012. p. 13 -, que supostamente muito utilizada na linguagem de Teófilo (*ὀπόθεσις*). Certamente o que pretendeu Emilio Betti era distinguir a *fattispecie* do termo genérico fato jurídico (*fatti giuridici*), ato jurídico (*atto giuridico*), ou mesmo relação jurídica (*raporto giuridico*), isto porque, segundo Betti, indicaria “*tanto o facto propriamente dito, como, conjuntamente, o estado de facto e de direito, em que o facto incide e se enquadra*” In: BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico. Tomo I*. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 17.

jurídica, que realiza em concreto algo que está previsto na “moldura circunstancial” que corresponde ao tipo de *fattispecie* (BETTI, 1969, p. 18). A relativização da autonomia privada, é justamente tornar a autonomia juridicizada e não um estado bruto como num estado de natureza, por isso, embora se exerça a autonomia privada pelo instrumento do negócio jurídico a ordem jurídica continua sendo o árbitro que valora tais desígnios à luz de tipos estabelecidos conforme a relevância social (BETTI, 1969, p. 104).

Essa plexo de valoração do ordenamento jurídico, mesmo aquele dos modais deônticos, tornam os fatos da vida em fatos jurídicos, isto é, aqueles fatos que tem relevância para o relacionamento social e que, de alguma forma, criam, modificam ou extinguem relações e situações jurídicas (MELLO, 2008, p. 8). Marcos Bernardes de Mello traça uma distinção simples, porém oportuna, entre os fatos jurídicos: os fatos jurídicos seriam compostos de duas espécies, **(a)** os eventos puros da natureza, do qual não há ação ou controle humano, e **(b)** e as condutas, que são ações humanas volitivas ou mesmo sem intenção. Esta qualidade de ser mais que um simples fato da vida ou da natureza resulta da adjetivação que a norma jurídica, em termos gerais o ordenamento jurídico, conferem por meio de suas valorações positivadas, a fatos ou mesmo eventos puro da natureza que de alguma forma possuem relevância nas relações intersubjetivas. Neste caso, a norma jurídica irradia efeitos jurídicos para tais fatos da vida e eventos da natureza que no plano do direito passam a ser fatos jurídicos (MELLO, 2008, p. 9). Esta sujeição da fatos (eventos e condutas) que se demonstram jurídicos, no plano jurídico, resulta, a certa maneira, do encaixe de tais fatos a *fattispecie*, da subsunção. Plano jurídico é uma construção cultural humana. É um plano de ordem lógica e conceitual (MELLO, 2008, p. 11). Duas pessoas que vivam juntas, um homem e uma mulher, dois homens ou duas mulheres, mas que depois de alguns anos decidam por formalizar sua união, por certo irão alterar no plano lógico-formal do *Direito* uma situação ou relação intersubjetiva jurídica, mas, em seu dia a dia, em sua convivência fática, isto é, em termos de evento ou conduta, não haverá alteração alguma. Por isso, o plano jurídico é um plano virtualmente paralelo ao plano fático, um plano lógico e formal. O fato jurídico, neste sentido absurdamente amplo no qual apresentamos até o momento, acaba se revelando acontecimentos, natural ou humano, pelos quais as relações jurídicas surgem, modificam-se, *conservam-se*, e extingue-se (STOLZE, 2012, p. 297). Existem algumas classificações sobre a teoria do fato jurídico, as quais, em linhas gerais, podem ser expostas assim:

- (\*) **Fato jurídico em sentido amplo:**  
Fato jurídico em sentido estrito.

Ato-fato jurídico

Ato jurídico em sentido amplo

**(i) Fato jurídico em sentido estrito:**

*São os eventos da natureza. Subdivide-se em duas espécies*

*i.i. Ordinário: Nascimento, Morte e o decurso do tempo.*

*i.ii. Extraordinário: terremotos, furacões, tsunamis.*

**(ii) Ato-fato jurídico:**

*Trata-se de fato que, embora tenha atuação humana, não se constata elemento volitivo da vontade humana para a determinada atuação. Uma atuação negocial de um absolutamente incapaz (criança ou pessoa com deficiência mental). Um reflexo corporal que produza efeito jurídico, por exemplo, um mal súbito em uma pessoa em condução de veículo automotor que vem a colidir com outros veículos.*

**(iii) Ato jurídico em sentido amplo:**

*iii.i. Ato jurídico em sentido estrito: Trata-se de ato unilateral, uma manifestação da vontade autônoma, que não necessariamente precisa ser declarada. Há um elemento volitivo. Não há necessidade de uma aceitação ou concordância ou anuência de uma outra pessoa. Muitas vezes os efeitos jurídicos gerado independem daquele que pratica o ato jurídico, podendo até mesmo, ser contrário ao seu interesse (vontade ≠ interesse). O exemplo clássico da doutrina é a fixação do domicílio (Código Civil, art. 70).*

*iii.ii. Negócio Jurídico: é o fato jurídico consistente na declaração da vontade, no âmbito da autonomia privada, ao qual o ordenamento jurídico atribui efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide (AZEVEDO, 2010, p. 16). Ato da autonomia privada, por meio do qual os particulares, por si mesmos, regulam seus interesses. Negócio jurídico (Rechtsgeschäft) é o acordo de vontade, que surge da participação humana e projeta seus efeitos desejados e criados por ela (FARIAS, ROSENVALD, 2012, p. 584).*

Esta singela exposição não esgota uma pretensa classificação da teoria do fato jurídico. Tampouco encontra-se a salvo de controvérsias e salutares disputas teóricas. Estruturamos, todavia, a partir de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Roserwald, Pablo Stolze (Pablito), Cristiano Vieira Sobral Pinto, Carlos Bernardes de Mello e Antônio Junqueira de Azevedo, todos já devidamente referenciados neste trabalho. Como se sabe, no Brasil o *ab rogado* Código Civil de 1916 não previa expressamente a modalidade de *Negócio Jurídico*, muito embora tal concepção já existisse da literatura jurídica alemã do final do século XIX (SOBRAL PINTO, 2014, p. 200). Hoje, pelo que vimos da taxonomia acima apresentada, o negócio jurídico é uma modalidade de fato jurídico em sentido amplo (MELLO, 2008, p. 125).

Como se vê, não há como confundir ato jurídico e negócio jurídico. O negócio jurídico não é nem um simples fato jurídico, tampouco um ato jurídico em sentido lato, justamente porque requer uma declaração de vontade, é dizer, uma manifestação de vontade destinada a operar no plano jurídico. Operar no plano jurídico significa que o negócio jurídico, enquanto fruto de relações intersubjetivas, destina-se a criar, modificar, manter ou extinguir relações jurídicas (AZEVEDO, 2010, p. 17). Nos diz Francisco Amaral (2003, P. 350), o negócio jurídico decorre da pressuposição da autonomia negocial, isto é, o negócio jurídico é o instrumento da autonomia privada. O negócio jurídico é um instrumento de garantia e manifestação de liberdade. Destarte, o pressuposto da autonomia privada é a liberdade (enquanto valor ou princípio jurídico - valoração em sentido de posituação e juridicização para garantir um espaço de exercício da liberdade individual) (AMARAL, 2003, p. 351). Abstratamente, a liberdade do indivíduo é exercida em termos de uma soberania representativa – ou mesmo participativa -, que regula objetivamente as cercanias das relações jurídicas, os modais da permissão, obrigação e proibição. Concretamente, a liberdade do indivíduo criar, manter, modificar ou extinguir relações jurídicas (AMARAL, 2003, p; 352). A rigor, e ao largo das críticas de suas origens na tradição do liberalismo político, o que se vê, então, é que a autonomia privada significa o espaço livre que o ordenamento jurídico, o ordenamento do *Estado de Direito*, deixa em aberto ao poder jurídico dos particulares, uma verdadeira delimitação lógico-formal do plano jurídico, na qual ao ser exercida pelos particulares irradia efeitos jurídicos, pelo que reconhece, por assim dizer, que no âmbito das relações de direito privado os próprios particulares sabem qual é os seus interesses e qual a melhor forma e medida de regulá-los (AMARAL, 2003, p. 352).

Falamos em limites, em *fattispecie*, arquétipos, em “moldura circunstancial”, expressão esta de Emílio Betti, mas até o momento não demonstramos as limitações da autonomia privada, isto é, a intervenção ética, moral e pragmática no âmbito da autonomia privada, da relações jurídicas por meio do instrumento do negócio jurídico. E é justamente isso que verificaremos a seguir, com que, o trabalho, então, estará concluído.

### **4.3 USO MORAL DA RAZÃO PRÁTICA**

A partir de agora temos a última análise das distinções entre ética e moral para analisar a relativização da autonomia da vontade e da autonomia privada. Se não conseguirmos

demonstrar isso, minimamente, então uma concepção de *Estado Social* poderá valer, por si só, como argumento apto para relativizar a autonomia privada, de forma holística e como uma categoria ontológica. Os dois exemplos que se seguem, tentaremos verificar se suas bases podem ser consideradas morais, enquanto limitadores da autonomia privada.

### 4.3.1 Enriquecimento sem Causa

Prescreve o Código Civil brasileiro de 2002, do princípio que remete ao *Direito Romano*, “*nemo potest lucupletari jactura aliena*”, (IMHOF, 2014, p. 1001). *in verbis*:

**Art. 884** – Aquele que, sem justa causam se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

**Parágrafo único.** Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Trata-se de um princípio de causalidade. Isto é, a ausência de causa jurídica caracteriza o enriquecimento sem causa (BDINE, 2010, p. 894). Factualmente, basta apenas a redução de um patrimônio de uma pessoa e acréscimo indevido de outra. Nesta hipótese prevista no Código Civil não se trata de ato ilícito em sentido estrito, naquele o qual o agente deliberadamente busca obter uma vantagem indevida por meios fraudulentos. Há um fundamento moral de incondicionalidade a este princípio. A forma pela qual está estruturada guarda a semelhança de imperativos morais, portanto, incondicionais. É desejável por todos que compõem uma comunidade jurídica que ninguém venha se enriquecer às custas dos outros, sem que haja uma justificativa de relações intersubjetivas que justifique tal enriquecimento. Tanto é assim, que o enunciado n. 35 da Jornada de Direito Civil, consignou que “*a existência de negócio jurídico válido e eficaz é, em regra, uma justa causa para o enriquecimento*”. Percebam que não é necessário o dolo, em sentido estrito, para que seja caracterizado o enriquecimento sem causa. E isso se verifica da norma do art. 186, do Código Civil, *in verbis*:

**Art. 186** – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Já o art. 187 do Código Civil, que trata sobre o abuso de direito, se for aplicado à hipótese do enriquecimento sem causa, sequer exige culpa, centra-se no critério objetivo-finalístico, entendimento este reforçado pelo enunciado n. 37 da Jornada de Direito Civil. Note-se que este princípio não leva em considerações os aspectos subjetivos de seus agentes envolvidos, tampouco uma época vivida pelo país, ou algum tipo de discriminação positiva em favor de algum grupo ou região do país. Os critérios de causalidade são outros, que sequer exige a pobreza ou a riqueza, termos de baixa densidade. Mas sim, o acréscimo patrimonial de um agente e detrimento do decréscimo de outro. O exemplo mais clássico é o pagamento por erro (*condictio indebiti*) (IMHOF, 2014, p. 1000). Não há uma ação definida em razão de uma finalidade. Há, sim, uma fixação principiológica valorada e positivada pelo sistema jurídico, razão pela qual, estamos autorizados a entendê-la como uma limitação da autonomia privada em razão do uso moral da razão prática.

### 4.3.2 Deveres Anexos da Boa-fé Objetiva

Boa-fé em sentido amplo não é um princípio, um instituto ou mesmo uma concepção nova para o *Direito*. Como muitas ideias do *Direito Privado*, boa-fé também é tributária ao *Direito Romano*. Sem embargo, o Código Civil de Napoleão já consagrava a boa-fé subjetiva (art. 550). Contudo, trata-se de conceito que sofreu enorme transformação, sobretudo na última metade do século XX. Procurou-se regular os deveres de cuidado e de informação, transparência e publicidade, que passou a constituir a base chamada de *culpa in contrahendo* pela ocorrência de violação de deveres pré-contratuais prescritos por Lei. Com efeito, a concepção de boa-fé objetiva começa ser forjada no âmbito das relações pré-negociais ou pré-contratuais, abrangendo, a partir de então, todas as fases do negócio jurídico (LISBOA, 1997, p. 85). O Código Civil brasileiro de 2002, assim descreve a boa-fé, *in verbis*:

**Art. 113.** Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Inicialmente temos tecer alguma distinção sobre a previsão normativa da boa-fé quanto um parâmetro *standart* a seguir seguido, por todo um ordenamento jurídico, e a

utilização de usos e costumes<sup>76</sup>. Ora, um comportamento pode estar idoneamente pautado nos usos e costumes de um lugar. Os usos e costumes de um determinado lugar pode estar em rota de colisão com princípios que decorrem da boa-fé. Por isso, o que nos interessa é a boa-fé enquanto um princípio, enquanto preceito moral incondicional e com pretensão de universalidade. É neste sentido que a boa-fé representa uma limitação da autonomia privada pela delimitação do uso moral da razão prática. Destarte, se na concepção de boa-fé subjetiva considera um estado de consciência que leva em conta a intenção do sujeito da relação jurídica (IMHOF, 2014, p. 167). O princípio da boa-fé em sua compreensão objetiva retrata um aspecto moral da contratação, desde antes da sua formação – *fase pré-negocial* – até a sua extinção, exige lealdade da palavra – *vontade declarada* – fidelidade no tratamento, por isso, como nos diz Roberto Senise Lisboa (1997, p. 83), os deveres colaterais, são aqueles que existem independentemente de estarem previsto ou não no contrato, são baseados neste princípio - *moral* -. Estes deveres colaterais do contrato, também são conhecidos na literatura jurídica como deveres anexos da boa-fé objetiva. E agora fica mais clara a leitura do art. 422, do Código Civil, *in verbis*:

**Art. 422.** Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

Daí porque, agora, podemos distinguir o aspecto ético da aplicação dos costumes, do aspecto moral da aplicação em termos principiológicos da boa-fé objetiva. O Conselho da Justiça Federal- CJF, do Superior Tribunal de Justiça, prevê em seu enunciado n. 27 que “*Art. 422: Na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos*”. Disso decorre, que podemos verificar um conceito amplamente aberto, nos moldes de um racionalismo que busca deduzir imperativos morais de conduta. Por isso, essa concepção objetiva da boa-fé, que apresenta tais imperativos incondicionais, nos parece tratar-se do uso moral da razão prática.

Existem diversas classificações destes deveres anexos, dos quais podemos nos valer da exposição de Flávio Tartuce, sendo eles: **(a)** dever de cuidado em relação à outra parte negocial; **(b)** dever de respeito; **(c)** dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do

---

<sup>76</sup> A referência do costume, neste aspecto, refere-se a aceitação e aplicação do costume, porquanto se trata de uma previsão do próprio *Direito Positivo*. O costume não é algo paralelo ao *Direito Positivo*. Por isso, a referência do art. 113, do Código Civil, nos parece indicar a hipótese da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro- LINDB, (Decreto-Lei n. 4.657/1942, art. 4º). Bem observa Nestor Duarte que o costume a ser aplicado, quando for o caso, é o costume do lugar da celebração do negócio jurídico, nos termos do arts. 9º, § 2º, da de LINDB, c.c. art. 435, do Código Civil. In: DUARTE, Nestor. in: PELUSO, Cesar. *Código Civil comentado*. 4 ed. Barueri: Manole, 2010. p. 104.

negócio; **(d)** dever de agir conforme a confiança depositada; **(e)** dever de lealdade e probidade; **(f)** dever de colaboração ou cooperação; **(g)** dever de agir com honestidade; **(h)** dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e boa razão (TARTUCE, 2013, p. 550). Introduzir discursos éticos para tratar de boa-fé objetiva pode representar uma verdadeira miscelânea, cujos resultados podem ser os mais imprevisíveis possíveis. A racionalidade objetiva deste princípio, ligada aos pressupostos teóricos da moral, de imperativos incondicionais que tivemos a oportunidade de ver no capítulo 1 deste trabalho, é tão evidente que o CJF/STJ, prescreve em seu enunciado n. 24, *in verbis*:

**Enunciado n. 24.** Art. 422: *Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa*

E o mesmo CJF/STJ, entende que o princípio da boa-fé objetiva deva ser aplicado em todas as fases da relação negocial, *in verbis*:

**Enunciado n. 25.** Art. 422: *O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.*

Existem, ainda, os conceitos parcelares da boa-fé objetiva, que explica o professor Flávio Tartuce (2013), são estudados a partir do direito comparado, sendo eles: **(a)** *supressio*; **(b)** *surrectio*; **(c)** *tu quoque*; **(d)** *exceptio doli*; **(e)** *venire contra factum proprium non potest*; **(f)** *duty to mitigate the loss*, este último de origem do direito anglo-saxão. Todos esses conceitos parcelares expõem questões pertinentes a autonomia privada. A apresentação que segue é extraída do professor Flávio Tartuce (2013, pp. 554-565)

A *supressio* (Verwirkung) significa uma renúncia tácita a um direito, por exemplo, estabelecido pela autonomia privada em negócio jurídico. Exemplo clássico é o disposto no art. 300, do Código Civil brasileiro, o qual prevê que o pagamento reiteradamente realizado em outro lugar do que aquele disposto anteriormente em negócio jurídico, faz presumir a renúncia do credor em relação a tal direito anteriormente fixado em negócio jurídico. A perda do direito do credor gera a consequência de surgir ao devedor um direito que anteriormente não existia, por meio da chamada *surrectio* (Erwirkung). A *tu quoque* visa evitar que uma pessoa que violou uma norma (pretendemos tomá-la em sentido amplo), vise se beneficiar da própria norma que violou, ou que venha, posteriormente a violação da norma, tentar tirar proveito da situação gerada pela violação, em seu benefício próprio. A *exceptio doli* é forma de defesa do réu contra ações dolosas contra si, contrárias objetivamente a boa-fé (*no âmbito do direito*

*processual civil poderíamos pensar na natureza das ações dúplices, cuja a defesa representa uma reação*). Um exemplo clássico de *exceptio doli* é a prevista no art. 476, do Código Civil brasileiro, segundo a qual não é possível exigir uma parte cumpra com a obrigação se antes não cumprir a sua primeira. Um dos mais conhecidos e até mesmo enfrentado pela jurisprudência pátria é a *venire contra factum proprium non potest*, que veda que os sujeitos negociais tenham comportamentos contraditórios, e tentem, se beneficiar de tais comportamentos contraditórios. Tais atitudes contraditórias violam a lealdade, a confiança, que são, como vimos, deveres anexos da boa-fé objetiva, tal como consta, por exemplo, do enunciado n. 362, da Jornada de Direito Civil. Essa vedação obsta, então, que alguém possa se opor e contradizer o seu próprio comportamento produzido anteriormente, comportamento o qual tenha produzido em outras pessoas, determinadas expectativas no plano jurídico. É, assim, a proibição da inesperada mudança, da mudança de surpresa, do comportamento, vedase a incoerência, impedindo que uma pessoa se oponha a fato que ela própria deu causa (FARIAS, ROSENVALD, 2012, p. 687). Por fim, *Duty to mitigate the loss*, impõe o dever de mitigar suas perdas, isto é, mitigar o próprio prejuízo, quando isto esteja patentemente a seu alcance (conhecimento do prejuízo mais as possibilidades simples de evitar o prejuízo). Decorre de um dever de colaboração, mais uma vez, como expressão dos deveres anexos da boa-fé objetiva.

Como podemos ver, estes deveres e estes modelos *standards* quase sempre se baseiam em regras de ouro, expõe a racionalização de um sistema que deixa determinadas portas abertas para receber e aplicar imperativos morais, pelo que concluímos que são casos de aplicação do uso moral da razão prática na regulação da autonomia privada.

## 4.4 USO ÉTICO DA RAZÃO PRÁTICA

O uso ético da razão prática no âmbito do regramento da autonomia privada, deve nos oferecer exemplos de imperativos condicionais. E eles apenas se revelarão se conseguirmos enxergar algum *telos*, uma valoração ética para proteção de bens jurídicos que, eventualmente, necessitem de um tratamento discriminatório positivo. Mas, de qualquer forma, mesmo que consideremos abstratamente a possibilidade do uso ético da razão prática no âmbito das relações negociais, já podemos admitir que se trata de alcançar algum objetivo

social, um interesse coletivo, um interesse público, enfim, há um propósito a ser alcançado ou a ser defendido.

Os discursos para um uso ético da razão prática na órbita das relações sociais negociais, mormente em face do interesse social que visa alcançar, talvez seja o que mais se aproxime de uma identificação com uma intervenção com base num modelo de *Estado Social*. Contudo, isso é logo resolvido a medida que se vê a coexistência de inúmeros princípios, muitos deles de tradição liberal e com pressuposto claramente *morais* e não *éticos*. Por isso, que a intervenção moral e ética, neste contexto, convergem para um bem comum, a consecução de uma ordem jurídica justiça, e, ao mesmo tempo, valorado segundo alguns fins que possa refletir o que seja uma sociedade justa. O que não se pode perder de vista é que, em cada discurso, moral e ético, parte-se de pressupostos distintos.

## 4.4.1 Função Social do Contrato

A função social do contrato encontra disposição expressa no art. 421, do Código Civil brasileiro, que assim dispõe, *in verbis*:

**Art. 421.** A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função do contrato.

Na visão de Nelson Rosendal (2010, p. 480), a teoria contratual contemporânea contempla quatro grandes princípios, sendo eles: a autonomia privada, boa-fé, justiça contratual e função social do contrato. Rosendal, com sua ótica sempre apurada do *Direito Civil* pelas lentes do *Direito Constitucional*, associa a função social do contrato ao art. 3º, I, da Constituição da República Federativa do Brasil –CRFB/88, que descreve o seguinte objetivo, *in verbis*:

**Art. 3º.** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

**I** – Construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Rosendal esclarece que os bons e os maus contratos acabam por repercutir socialmente. Ambos os tipos de contratos, bons e maus, geram efeito cascata na ordem econômica, ordem política. Por óbvio, os bons contratos acabam por gerar confiança nas relações sociais, e, de certa forma, o próprio mercado que possui uma lógica própria, com

pretensões autorreferenciais, acaba se beneficiando do clima de certeza e segurança jurídica. Por outro lado, contrato eivados por cláusulas abusivas, que geram desproporcionalidades na circulação de riqueza numa determinada sociedade, enfraquece o pressuposto da boa-fé e quebra da solidariedade social (ROSENSALD, 2010, p. 481). Esta análise nos parece interessante na medida em que visa preservar a solidariedade no seio da sociedade, e não uma solidariedade institucionalizada na figura do *Estado*. O *Estado*, interfere, neste ponto, com pressupostos éticos, mas no papel de um mediador. Tanto é assim, que a autonomia privada não é revogada dos cidadãos, dos sujeitos negociais, em razão da função social do contrato. Não há uma proibição de contratar, cuja liberdade continua sendo plena, uma vez que seria ilógico instituir restrições indevidas no ato de os cidadãos se relacionarem entre si. O que ocorre é que determinados conteúdos passam por um filtro ético, em razão da finalidade de uma sociedade harmônica e solidária que se pretende alcançar. No caso brasileiro, com previsão até mesmo em sede constitucional. Como já tivemos oportunidade de ver, é ínsito da liberdade, que, para que ela subsista, é necessário abrir mão de um espaço da própria liberdade. Assim, na relação social negocial, na relação contratual, os contraentes também cedem espaço de sua liberdade jurídica em prol de um *telos* em comum. A função social visa acautelar os atores negociais do retorno dessa liberdade contratual da qual se lança mão ao término de um empreendimento conjunto (ROSENVALD, 2010, p. 480). O benefício do particular é o benefício da sociedade, da mesma maneira que o benefício da sociedade é o benefício do particular. Destarte, o panorama deste *telos* ético, em prol de um *êthos* pode ser assim visualizado, ainda no Código Civil, *in verbis*:

**Art. 2.035.** A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2045mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

**Parágrafo único.** Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

O professor Tartuce assevera que, de fato, a expressão social refere-se a uma finalidade coletiva, mitigando-se, assim, o clássico princípio da *pacta sunt servanda*, da força obrigatória dos contratos. O contrato, nos diz Flávio Tartuce, não é mais analisado como se fosse uma bolha “*que isola as partes do meio social. Simbolicamente, a função social funciona como uma agulha, que fura a bolha, trazendo uma interpretação social dos pactos*” (TARTUCE, 2013, p. 540).

## 4.4.2 Teoria do Adimplemento Substancial

No Brasil, não há previsão expressa do adimplemento substancial. O adimplemento substancial decorre, praticamente, da função social do contrato. Acreditamos que seria muito difícil, senão impossível, vislumbrar uma hermenêutica de sua aplicação que, ao menos, não seja intuída pela função social do contrato ou como desdobramento desta. O professor Flávio Tartuce, em artigo intitulado “*A teoria do adimplemento substancial na doutrina e na jurisprudência*” (2015), explica que tal teoria teve início no direito inglês, pelo termo *substancial performance*, e cita o exemplo do caso *Boone v Eyre*, do ano de 1779. Já no Direito italiano, há previsão expressa no art. 1445, do Código Civil italiano, que prevê que o contrato não será resolvido se o inadimplemento de uma das partes tiver pequena importância (o *quantum* da inadimplência), levando-se em conta o interesse da outra parte.

A hipótese do adimplemento substancial vai ao encontro de outro princípio do *Direito Civil*, qual seja, princípio da *conservação dos contratos ou dos negócios jurídicos*. Assim, diante do direito subjetivo do credor de denunciar a resolução do contrato em razão do inadimplemento do devedor, a autonomia da vontade do credor é relativizada em razão de discursos éticos, face o mínimo descumprimento da obrigação. (FARIA, ROSERVALD, 2012, p. 555). É preciso deixar claro que o adimplemento substancial, se reconhecido num caso concreto, não importa numa carta de alforria. Não impede que o credor exija pecuniariamente o que lhe é devido. O impedimento relativo na autonomia privada, neste caso, consiste no impedimento de resolver o contrato. Por ocasião da IV Jornada de Direito Civil, promovido pelo CJF/STJ, restou editado o enunciado n. 361, “*O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475*”.

Para exemplificar, em situações concretas, temos a aplicação pela jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial –REsp. 1.200.105/AM, em relatoria da lavra do eminente Ministro Dr. PAULO DE TARSO SANSEVERINO:

No mérito, a polêmica situa-se em torno do reconhecimento pelo tribunal de origem da ocorrência da exceção de inadimplemento contratual (art. 476 do CC) e o acolhimento da teoria do adimplemento substancial, julgando improcedente a ação de reintegração de posse de 135 carretas.

[...]

Efetivamente, no caso, o contrato relativo ao arrendamento mercantil de 135 carretas foi pactuado para pagamento em 36 parcelas mensais, tendo

ocorrido o pagamento pela empresa recorrida de trinta (30) parcelas e restando inadimplidas seis (06) parcelas.

[...]

O adimplemento substancial, conforme lição de Clóvis Couto e Silva, "constitui um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização e/ou adimplemento, de vez que a primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé (objetiva)" (O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português in Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 56).

A origem é o Direito Inglês, quando as Cortes da Equity, a partir do Século XVIII, desenvolveram o instituto da "substancial performance" para superar os exageros do formalismo exacerbado na execução dos contratos em geral (BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, volume 9, nº 1, nov. 1993, p. 60-77).

O instituto foi posteriormente recepcionado pelos ordenamentos jurídicos dos países continentais da Europa, com destaque para o Código Civil italiano (art. 1455) e para o Código Civil português (art. 802, nº 2)

A partir da vigência do Código Civil de 2002, o reconhecimento do adimplemento substancial em nosso sistema jurídico foi facilitada. Como o instituto que tem sua matriz na boa-fé objetiva, esse princípio encontra-se atualmente positivado Código Civil de 2002, especialmente nos enunciados de seus artigos 422 e 187.

A boa-fé objetiva constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo o cidadão que, na sua vida de relação, atue com honestidade, lealdade e probidade.

[...]

No Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé foi expressamente contemplado nos artigos 113 (regra de interpretação dos negócios jurídicos), 187 (abuso de direito) e 422 (deveres anexos), inserindo-se como expressão, conforme Miguel Reale, de sua diretriz ética.

Exatamente a exigência ética fez com que, através de um modelo aberto, fosse entregue à hermenêutica declarar o significado concreto da boa-fé, cujos ditames devem ser seguidos desde a estipulação de um contrato até o término de sua execução.

[...]

Na sua função de controle, limita o exercício dos direitos subjetivos, estabelecendo para o credor, ao exercer o seu direito, o dever de ater-se aos limites traçados pela boa-fé, sob pena de uma atuação antijurídica (art. 187, CC). Evita-se, assim, o abuso de direito em todas as fases da relação jurídica obrigacional, orientando a sua exigibilidade (pretensão) ou o seu exercício coativo (ação). Desenvolveram-se fórmulas, sintetizadas em brocardos latinos, que indicam tratamentos típicos de exercícios inadmissíveis de direitos subjetivos, como a *supressio* (o não-exercício de um direito durante longo tempo poderá ensejar a sua extinção), a *tuo quoque* (aquele que infringiu uma regra de conduta não pode postular que se recrimine em outrem o mesmo comportamento) e a *venire contra factum proprium* (exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anterior do exercente).

Uma das expressões do princípio da boa-fé objetiva na sua função de controle é a teoria do adimplemento substancial, que pode ser aplicada quando o adimplemento da obrigação pelo devedor é tão próximo do resultado final, que a resolução do contrato mostrar-se-ia uma demasia. (REsp. 1.200.105/AM, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 19.06.2012, DJe 27.06.2012).

Destarte, o adimplemento substancial é uma limitação ética no uso da autonomia da vontade e da autonomia privada, perfazendo um exemplo de uso ético da razão prática no âmbito dos negócios jurídicos.

## 4.5 USO PRAGMÁTICO DA RAZÃO PRÁTICA

Em algumas circunstâncias as relações sociais negociais, num momento no qual o tempo se tornou volátil, é necessária uma atuação técnica que otimizem os inúmeros negócios jurídicos e contratos que são firmados diariamente. Em alguma medida, a autonomia é tida por pressuposta em tais técnicas de contrato por adesão. Mas existem inúmeras outras técnicas ou que visam garantir espaço para a atuação da autonomia privada ou que visam estimular que os cidadãos busquem um caminho para uma resolução autônoma de seus conflitos. Um exemplo disso é a figura do *negócio jurídico processual*. E nesse sentido, o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/15, é tão avançado ou mais que outros diplomas e leis esparsas, uma vez vislumbra princípios como o da boa-fé e autonomia privada. E será uma contradição relevante que os sujeitos venham gozar de um espaço maior de autonomia privada no âmbito do processo, isto é, tanto em relação ao próprio processo quanto em relação às questões de direito material decididas no bojo de uma relação jurídica processual.

A isso chamamos de um uso pragmático da razão prática.

### 4.5.1 Contratos de Adesão

No estudo da formação dos contratos costuma-se verificar uma espécie chamada de contratos não-paritários ou em série (GONÇALVES, 2011, p. 738). Contratos não-paritários são também conhecidos como contratos de adesão. Diz que o contrato é paritário quando as partes podem discutir o conteúdo do contrato, suas cláusulas, termos. O contrato de adesão

pode ser, em tese, sinalagmático, mas não é, porém, negociável ou paritário (LISBOA, 1997, p. 329). De modo geral os autores da literatura jurídica veem no contrato de adesão uma forte mitigação da paridade entre os contraentes, em resumo, estão convencidos de que há forte limitação da autonomia da vontade de uma das partes contratantes. Ora, no contrato de adesão reside, nas palavras de Orlando Gomes (2008-b, p.139), a possibilidade de predeterminação do conteúdo da relação jurídica negocial pelo sujeito que faz a oferta ao público. No contrato de adesão há um desnível nas condições, uma disparidade das armas em termos negociais, porque uma das partes, a parte aderente, não terá oportunidade ou condições de discutir o conteúdo do negócio jurídico que eventualmente venha ser celebrado (LISBOA, 1997, p. 329). O aderente se depara com um contrato já formatado, integralmente pronto. Assim, o contraente aderente ou aceita ou a rejeita em bloco as cláusulas do contrato, sem a possibilidade de qualquer discussão (GOMES, 2008-b, p. 128). O consentimento é manifestado pela adesão ao contrato. A título de informação, cumpre dizer que, por isso difere dos chamados contrato contra-tipo, contrato de massa e por formulários. Nestes casos, embora algumas cláusulas já estejam prontas, admite-se negociação sobre seu conteúdo e suas cláusulas. Alguns destes contratos são até mesmo comprados em papelarias, a exemplo do contrato de locação. O fato de já estar previamente redigido, não importará que seja de adesão, visto que ainda haverá um espaço de negociação, tais como valor da locação, prazo de renovação, praça e local de pagamento, dentre outras pessoas avenças.

A autonomia privada não é de toda extirpada, embora sofra significativa limitação. Isso porque há que se distinguir a *liberdade de estipulação* com a *liberdade de celebração*. Conforme ressaltam Farias e Rosendal (2012, p. 299), o que se suprime é liberdade de estipular, mantendo-se a liberdade de celebrar, que pode ou não ser exercida pelo potencial aderente de relação jurídica, mormente na fase chamada pré-contratual.

Desde já, merece aderirmos as sempre pertinentes observações do professor Flávio Tartuce de que o contrato de adesão não é sinônimo ou não se confunde com os contratos de consumo (TARTUCE, 2013, p. 526). Nesse sentido é claro o enunciado n. 171, da III Jornada de Direito Civil CJF/STJ, “Art. 423: O contrato de adesão, mencionado nos arts. 423 e 424 do novo Código Civil, não se confunde com o contrato de consumo”. De fato, não são todos os contratos de adesão que são contratos consumeristas. Pelo dialogo das fontes, e ainda, em razão de que esta forma de contratar, por adesão, se realiza tanto na área cível quanto na órbita consumerista, vale transcrever o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, *in verbis*:

**Art. 54.** Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. *(Nova redação inserta pela Lei 11.785/2008)*

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Todavia há uma compensação técnica, uma compensação pragmática para que as desigualdades de condições na tabulação do contrato possam ser, ainda que do ponto de vista formal, equalizadas. São as interpretações favoráveis ao aderente, que pressupostamente passa a ser considerado, nestes tipos de contrato, como parte hipossuficiente ou parte mais fraca, justamente porque a ele não era dado a potestade de discutir o objeto, termo e condições do contrato. Reza o Código Civil, *in verbis*:

**Art. 423.** Quando houver no contrato de adesão, cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

**Art. 424.** Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Também no Código de Processo Civil de 1973, previa algumas regras especiais, senão vejamos, *in verbis*:

**Art. 112.** Argúi-se, por meio de exceção, a incompetência relativa.

**Parágrafo Único.** A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu.

O leitor atento talvez já tenha percebido uma intersecção ética e pragmática nas questões pertinentes ao contrato de adesão. Isso de forma alguma representa uma incoerência teórica ou um problema empírico a ser resolvido. E mesmo se houvesse, e pode ser que em alguma instância haja, uma intersecção pragmática com questões morais, ainda assim, seria terminantemente possível. A intersecção de imperativos condicionais e incondicionais são

possíveis, até porque, neste ponto, referente às questões da experiência que não são estanques ou ideais. Do ponto de vista dos problemas pragmáticos essa verificação se torna mais fácil e compreensível, uma vez que, em se tratando de técnicas, as questões pragmáticas, na grande maioria das vezes, são instrumentos condutores para viabilizar o uso moral ou ético da razão prática.

Mas é interessante notar que a tutela de proteção, neste caso pragmático, não é subjetiva, isto é, não está dirigida a determinados sujeitos, mas sim, a uma específica forma de contratação. Por isso que o aderente merece uma tutela especial nas relações negociais privadas (FARIA, ROSENVALD, 2012, p. 302). Tanto é assim que no âmbito das relações empresariais e puramente cíveis há inúmeras relações de contrato, as quais, nem sempre, revelam uma hipossuficiência, agora sim, em termos subjetivos, como é tutelado pela política do Código de Defesa do Consumidor. Nas relações consumeristas, além de o fato dos contratos de adesão merecem uma tutela diferenciada pelas razões acima expostas, prevalece uma atenção discriminatória positiva em favor do consumidor, apenas pelo fato de figurar na relação jurídica com *status* de consumidor. Em sentido técnico, isto é, de uma uso pragmático da razão prática, o contrato de adesão acaba por revelar uma racionalidade civil e principalmente empresarial, a fim de dar vazão as demandas em grande escala, otimização de custos, segurança e padronização de procedimentos (FARIA, ROSENVALD, 2012, p.302). Noutras palavras, o contrato de adesão não revela, por si só, abusividades e ilicitudes. Contratos sinalagmático e paritários, os quais é livre o jogo da autonomia da vontade de seus sujeitos negociais, podem, em tese, apresentar mais abusividades e disparidades com a realidade social do que um contrato por adesão.

Por essa razão, em favor desta racionalidade, muitas vezes própria de um sistema de produção e de um mercado que precisa fazer girar incessantemente sua roleta, tem-se, em contrapartida, que em casos os quais algumas cláusulas estipuladas sejam dúbias, por exemplo, estas serão interpretadas desfavoravelmente a quem as estipulou. Autonomia da vontade e autonomia privada devem refletir sempre, e de alguma forma, responsabilidade (FARIA, ROSENVALD, 2012, p.304). E no caso dos contratos por adesão é essa responsabilidade que o estipulante assume. Por isso a importância que, do ponto de vista da boa-fé objetiva, a relação pré-negocial, o dever de lealdade, transparência e publicidade, convertam-se em objeto e cláusulas redigidas em termos simples, objetivos e precisos. A boa-fé, mormente em termos do art. 113, do Código Civil, norteia tal análise. Ora, essa proteção impede, até mesmo, nos termos do art. 424, do Código Civil, que o aderente venha renunciar a

proteção disposta a ele pelo ordenamento, eis que, nos termos do parágrafo único, do art. 2.035, do Código Civil, trata-se de preceito de ordem pública. Aqui, mais uma vez, há intersecção de questões pragmáticas, éticas e morais.

## 4.5.2 Negócios Jurídicos Processuais

A última análise sobre um suposto uso pragmático da razão prática no âmbito das relações sociais negociais, se dará no âmbito das relações sociais negociais na órbita interna do processo civil. Noutras palavras, considerará a própria relação jurídica processual como sendo, ela mesma, um elemento de negócio jurídico em algumas circunstâncias.

O processo civil, enquanto disciplina autônoma, gravitou desde a virada do século XIX para o século XX, sobre dois núcleos, sobre dois dogmas: princípio inquisitivo e princípio dispositivo, os modelos de processo adversarial e inquisitorial (DIDIER, 2015, p. 120). O processo, em sua autonomia enquanto disciplina, isto é, sua autonomia metodológica, e seu desenvolvimento conceitual, era comumente visto como espaço ou instrumento para persecução de direitos materiais, subjetivos ou potestativos (*sim, os direitos potestativos a despeito de não serem passíveis de ser violados, comporta a necessidade da certificação judicial, isto é, uma pronúncia para o plano jurídico*). A certeza dos procedimentos e suas fases, saber o que pode ou não pode ser realizado durante o seu trâmite. A possibilidade de exercício de autonomia privada no âmbito do processo sempre existiu, ou melhor dizendo, ao menos no modelo do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, já é possível identificar, ainda que timidamente, elementos negociais do processo. Explica Fredie Didier, um dos maiores juristas brasileiros vivo, que a celebre dicotomia formada em torno da inquisitividade e dispositividade refere-se às atribuições de poderes do juiz (DIDIER, 2015, p. 122). Isto, de certa forma, já ofusca, por si só, um processo democrático e participativo, no qual os poderes estejam distribuídos por todos aqueles que compõem a relação jurídica processual. Essa afirmação em nada fere a presidência do processo a cargo dos magistrados. Ao contrário, distribui a responsabilidade e a incumbência para que, todos, no âmbito do processo, cooperem para a solução da lide e o término da demanda. Por isso, se pode dizer junto com Fredie Didier que o modelo brasileiro, em especial com o Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2005, não é preponderantemente nem inquisitivo e nem dispositivo, mas sim, *cooperativo* (DIDIER, 2015, p. 123).

Em prestígio à autonomia da vontade e a autonomia privada, a boa-fé (art. 5º, NCPC), as cláusulas gerais ou enunciados abertos, passam a compor uma nova forma de entender o processo. Ora, a lealdade processual ou cooperação, apenas para citar alguns exemplos, estão presentes nos deveres anexos da boa-fé objetiva. Daí porque já temos precedentes judiciais que aplicam, inclusive, a *venire contra factum proprium non potest* em no âmbito do processo:

[...] 3. "O princípio da boa-fé objetiva proíbe que a parte assuma comportamentos contraditórios no desenvolvimento da relação processual, o que resulta na vedação do *venire contra factum proprium*, aplicável também ao direito processual". (AgRg no REsp 1280482/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJE 13/04/2012). [...] (**EDcl no REsp 1435400 / RS, Quarta Turma, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, DJe 11/11/2014**).

O plano do *Direito* é sistemático, e sendo um sistema, deve possuir uma harmonia em seu interior. Essa racionalidade não é ontológica, dada como pronta. Somos nós que devemos, culturalmente conferir tal racionalidade. O Direito é uma realidade cultural. Por isso, agora, podemos falar, e de certa forma projetar, como muita tranquilidade a consolidação da autonomia privada no âmbito processual. E essa técnica, certamente socorre a interesses de discursos éticos e morais, os quais, aqui, são projetados por caminhos pragmáticos da razão prática. Vejamos, então, algumas dessas nuances técnicas que conferem, no interior do processo, na formação do processo civil, um espaço cooperativo, integrativo, fulcrado na boa-fé, para a autonomia privada.

Existem duas ordens de negócios jurídicos processuais: **(i)** negócio jurídico sobre o próprio processo; **(ii)** negócios jurídicos sobre questões de direito material, isto é, que se prospectam à relação jurídica material, mas que se definem (criam, permanecem, modificam ou se extinguem), por meio do processo civil.

O art. 191, do Código de Processo Civil-NCPC, de 2015, prevê que “*de comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso*”. Esta calendarização dos processos vincula a todos da relação processual. O art. 63, do NCPC prevê também que “*as partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações*”. E mais, a distribuição do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, a teor do art. 373, § 3º, do NCPC. As partes podem renunciar os prazos que fluem em seu favor (art.225, NCPC). Pode ocorrer a suspensão do processo por convenção das partes (art. 313, II, NCPC).

O processo ganha, agora, uma nova dimensão, não apenas pela presteza da doutrina, mas também, em razão de previsões expressas no direito positivo. Estes primeiros exemplos, certamente não são em rol taxativo<sup>77</sup>, devem estar todos em consonância aos princípios da boa-fé e cooperação, tal como prevê o enunciado n. 6, do Fórum Permanente dos Processualistas Civis. Veja-se, que o enunciado n. 17, do FPPC, assinala que é possível, até mesmo, estipular outros deveres e sanções para o caso de descumprimento de convenção.

A outra possibilidade são os diversos negócios jurídicos materiais que podem surgir e ser entabulados, mais que isso, ser ratificados pelo próprio judiciário, no âmbito da relação jurídica processual. Reza o Novo Código de Processo Civil, *in verbis*:

**Art. 357.** Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

**V** - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

**§ 2º** As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz. (destacou-se).

E o que justifica esse avanço, segundo estamos crendo, no direito processual civil, nada mais é do que o reconhecimento do princípio do autorregramento da vontade no processo civil (DIDIER, 2015, p. 132). A liberdade como se sabe, nos relembra Didier, é um direito fundamental. Aqui, este direito é traduzido pelo autorregramento da vontade. Diz-nos Fredie Didier que pode ser chamado de *princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo*, e arremata explicando:

Não há razão para minimizar o papel da liberdade no processo, sobretudo quando se pensa a liberdade como fundamento de um Estado Democrático de Direito e se encara o processo jurisdicional como método de exercício de um poder. Há, na verdade, uma tendência de ampliação dos limites da autonomia privada na regulamentação do processo civil.

O princípio do devido processo legal deve garantir, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, o exercício do poder de autorregramento ao longo do processo. Um processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido. Um processo

---

<sup>77</sup> Cf. enunciado n. 19 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si. 15-16. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RIO e no V FPPC-Vitória).

jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não é um processo devido, nos termos da constituição brasileira.

[...]

O modelo cooperativo de processo caracteriza-se exatamente por articular os papéis processuais das partes e do juiz, com o propósito de harmonizar a eterna tensão entre a liberdade individual e o exercício do poder pelo Estado.

O *princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo* visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas. (DIDIER, 2015, pp. 132, 133).

No ponto “4.2” deste capítulo tivemos a oportunidade de recordar alguns aspectos da teoria do fato jurídico, na qual localizamos o *negócio jurídico* na composição estrutural da teoria do fato jurídico, sendo uma espécie do *ato jurídico em sentido amplo*. Na seara do processo civil, em termos de uma harmonia conceitual sistêmica, não poderia ser diferente. Há negócios jurídicos processuais unilaterais e bilaterais, plurilaterais, negócios jurídicos processuais expressos e tácitos, típicos e atípicos (DIDIER, 2015, pp. 377, 378). Por isso o negócio jurídico processual é um fato jurídico voluntário, na qual o sujeito processual pode escolher a categoria jurídica e estabelecer certas situações jurídicas conforme a permissão do ordenamento – *fattispecie* – (DIDIER, 2015, p. 376).

Essa possibilidade de pensar o negócio jurídico processual, enquanto autorregramento do próprio procedimento, e como instrumento para promover a autonomia privada, por exemplo, pela autocomposição entre os sujeitos processuais (art. 3º, §§ 2º e 3º, NCPC), é uma técnica que internaliza discursos ético e morais. É um uso pragmático da razão prática por meio do qual a intersecção de imperativos condicionais e incondicionais, éticos e morais, se realizam. Aliás, diga-se de passagem, a autocomposição é uma das formas de manifestação do autorregramento (DIDIER, 2015, p. 134).

## 4.6 NEGÓCIO JURÍDICO CONSTITUCIONALIZADO

Luiz Guilherme Marinoni esclarece que as dimensões objetivas e subjetivas dos direitos fundamentais não podem ser confundidas com a eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais (MARINONI, 2014, p.73). Bem leciona Marinoni que a eficácia horizontal deseja pontuar a diferença da dimensão dos direitos fundamentais que posiciona o cidadão perante o *Estado*, reclamando, assim, a eficácia dos direitos fundamentais horizontalmente, também entre os particulares, também entre os cidadãos. É pacífico que os

direitos fundamentais, como já vimos, enquanto direito de defesa impõe limites da atuação do *Estado* perante o cidadão. Isto, ainda que façamos uma abordagem narrativamente histórica, é incontroverso. Pretende-se, então, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, na qualidade, igualmente, de destinatários de tais normas (DIMOULIS, MARTINS, 2010, p. 96). Os argumentos contrários a possibilidade de uma aplicação horizontal dos direitos fundamentais, nos diz Claus-Wilhelm Canaris, é o fato de que em ambos os polos tem-se cidadãos detentores de direitos fundamentais em igual medida. Canaris explica, porém, que as leis de *Direito Privado* têm natureza ofensiva (CANARIS, 2009, p. 33). Ora, o fato de no outro polo da relação privada encontrar-se, também, um titular de direitos fundamentais, e a norma de direito privado frequentemente o proteger não impede tal aplicação. E o exemplo de Canaris é o fato de que existem normas de direito público que visam, justamente, a proteção individual de pessoas particulares e não a promoção direta de um interesse público, por exemplo, as normas de direito penal, direito ambiental, as quais limitam a atuação de um sujeito privado em favor de outros sujeitos privados (CANARIS, 2009, p. 33). Por isso, Claus-Wilhelm Canaris que as normas de direitos fundamentais vigoram imediatamente em face das normas de direito privado, dotando os direitos fundamentais de uma dupla função de proibir intervenções indevidas e de ser, ao mesmo tempo, “imperativos de tutela” (CANARIS, 2009, p. 36). No Brasil, porém, a comunidade acadêmica se divide sobre o tema. Os que defendem a aplicabilidade direta – *imediate* – enxergam no texto constitucional a sua gênese, *in verbis*:

**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

**§ 1º** As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata

George Marmelstein avalia que no Brasil<sup>78</sup> a tese segundo a qual os direitos fundamentais, no plano horizontal, devem ser aplicados com eficácia direta, tem ganhado

<sup>78</sup> Registre-se o posicionamento em sentido diverso de Dimoulis e Martins. “*Em sede de conclusão, há de se afirmar que o efeito horizontal tem caráter mediato/indireto. O efeito horizontal indireto refere-se precipuamente à obrigação do juiz de observar o papel (efeito, irradiação) dos direitos fundamentais, sob pena de intervir de forma inconstitucional na área de proteção do direito fundamental, prolatando uma sentença inconstitucional. [...] Isso significa que, apesar do caráter direto da aplicação da norma constitucional, as relações entre particulares só ficam submetidas aos direitos fundamentais mediante atuação (decisão) do Estado, de tal sorte que somente o Estado-juiz está diretamente vinculado. O particular, ao contrário, está diretamente vinculado somente ao direito infraconstitucional, sobretudo ao direito privado e penal, do qual é o destinatário normativo por excelência. Tal aplicação direta pelo Estado-juiz, portanto, não impugna a tese aqui adotada de que o efeito horizontal é meramente indireto. Necessita dos media, isto é, da intermediação das*

cada vez mais força doutrinária, e cita, como exemplos, Daniel Sarmento e Jorge Novais (MARMELSTEIN, 2009, p. 343).

A doutrina tem tentado definir, para além das inúmeras questões teóricas que rodeiam o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em que circunstâncias ou situações deve-se aplicar os direitos fundamentais entre particulares. Dimoulis e Martins (2010, p. 98), defendem, por exemplo, que deva ser aplicado em casos de desproporcionalidade de poder social. Esse critério inicialmente pode ser bom, mas não é seguro e não contempla outras garantias de direitos fundamentais que, paralelamente, devem ser garantidas aos particulares. Cite-se, por exemplo, o paralelismo do devido processo legal em instituições privadas, o que se tornou clássico pelo precedente pelo excelso Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 201.819/RJ, de relatoria para o acórdão de Sua Excelência Ministro Gilmar Mendes. No famoso precedente, um sócio de instituição privada fora excluído do órgão de classe sem o direito de apresentar defesa. Naquele julgamento, firmou-se o entendimento ser necessário garantir o direito fundamental de defesa, mas na seara entre particulares. Além disso, tentar traçar critérios sociais nos quais os direitos fundamentais devem ou não ser aplicados invertem uma lógica inicialmente de pressupostos morais dos direitos fundamentais, sobre sua formalidade com pretensão universal.

Seja como for, essa aplicação horizontal dos direitos fundamentais é que deve servir-se de base para a pretensão de um *Direito Privado* constitucionalizado. Por isso esclarece Ingo Wolfgang Sarlet que independentemente da forma como se entenda o vínculo dos particulares aos direitos fundamentais, certo é que as normas de direito privado e direitos fundamentais não são estanques ou não se encontram separadas por um abismo. Nesta visão, ao se aplicar normas de direito privado, aplica-se, também as normas de ordem constitucional, uma vez que as normas do direito privado são aplicadas de uma maneira constitucionalizada, sobretudo pela abertura das cláusulas abertas (SARLET, 2014, p. 338).

Mas qual é, afinal, essa dimensão dos direitos fundamentais que está autorizada a interferir nas relações sociais privadas? Noutras palavras, quais suas bases teóricas, quais os seus pressupostos? Uma ordem constitucional é estruturada axiologicamente com diversos valores importantes para manter a crença da sociedade nesta norma hipotética fundamental que justifica a Constituição enquanto diploma que inaugura e fundamenta organicamente o

---

*cláusulas gerais do direito infraconstitucional (exemplos: boa-fé, bons costumes, função social do contrato etc.) sobre as quais incide o referido “efeito de irradiação” e, evidentemente, da decisão do juiz que interpreta e aplica tais cláusulas.* DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: RT, 2009, p. 103 e p. 106.

Estado. Ela alberga princípios e firma fins os quais pretende alcançar. Ela é composta de discursos éticos e morais. Ela tensiona em si, direitos fundamentais e soberania do povo. Assegura objetivos liberais do indivíduo e reconheça a sociedade republicanamente como o substrato pelo qual as metas individuais podem ser realizadas, razão pela qual interesses sociais e coletivos devem, também, ser protegidos e perseguidos.

Um direito negocial constitucionalizado não se posiciona de forma hierárquica em relação as normas de direito privado. O sistema jurídico criou caminhos, deixou portas abertas, para que em determinado caso haja a mitigação da autonomia privada. Em alguns casos o apelo será ético, que pode até ser aspectos sociais, nos quais se visam resguardar as partes mais fracas daquelas que são consideradas mais fortes, sobretudo pelo aspecto socioeconômico. Mas estes não é um critério *standard* que deve sempre ser seguido. É função, também, da ordem constitucional, garantir o espaço pelo qual as relações sociais irão se desenvolver manifestando, constitucionalmente, sua autonomia privada. Por essa razão, também, haverá casos que a interferência terá apelo moral, sem discriminar positivamente, e em sentido subjetivo, um grupo ou classe, mas visando que seu próprio imperativo incondicional garanta a conciliação de arbítrios de todos os cidadãos, e com isso, um apascentamento da ordem social e um fortalecimento das relações sociais desenvolvidas nas relações negociais, sobretudo pela confiança gerada pela aplicação de tais princípios morais.

Isso, é algo diferente de dotar de carga ideológica ou mesmo messiânica a intervenção do *Estado* nas relações sociais, e mesmo na mitigação da autonomia privada. Nos poucos exemplos que mostramos neste capítulo, a ideia principal, nem sempre com sucesso, reconhece-se, é demonstrar que, para cada tipo de problema, para cada tipo de demanda na esfera das relações sociais, deve-se buscar uma resposta adequada. Resposta adequada é aquela que oferece pressupostos teóricos e filosóficos adequados. Todos esses pressupostos guardam o seu devido lugar na ordem constitucional. A tensão que se opera sobre eles é menos normativa, isto é, menos se observar abstratamente, quando comparada ao que brota da vivência da sociedade. Um negócio jurídico constitucionalizado, um direito negocial constitucional não é uma resposta funcionalizada, em termos de uma filosofia da história que credita ao *Estado* uma evolução, que tem na perspectiva holística dos valores unilateralmente defendidos todas as respostas. Noutras palavras, tem todos os elementos justificadores para intervir na vida dos cidadãos, eleger o que seja bom e mau no âmbito da autonomia da vontade. Um direito negocial constitucional tem consciência de suas limitações, e mesmo em face da incomensurabilidade dos valores, consegue ponderar que subsistem as possibilidades

do uso moral, ético e pragmático da razão prática, todos eles pulverizados em sede constitucional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção do conceito de liberdade, da liberdade a partir da modernidade, das liberdades individuais, políticas e civis tais como conhecemos hoje, da liberdade em proveito da pessoa individualizadamente considerada, assegurando liberdades de crença e de expressão, apenas para mencionar alguns exemplos, forjada entre teorias e guilhotinas da modernidade, em especial no período do iluminismo ou do esclarecimento – *Aufklärung* – está intimamente ligada à concepção de autonomia do sujeito. Autonomia é justamente a liberdade de poder determinar a si mesmo ou ser determinado por si mesma. Na expressão kantiana a autonomia da vontade é aquela propriedade pela qual o sujeito possui e que “*é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer)*” (KANT, *GMS*, BA 87). Uma lei é autônoma para o sujeito individual quando esta pode ser determinada por si mesma, isto é, a vontade é a própria legislação do sujeito individual. De fato, novamente olhando para Kant, a liberdade é a chave para se entender o que seja autonomia da vontade (KANT, *GMS*, BA 97). A liberdade da vontade é uma autonomia.

Ao se estudar conceitos distintos de liberdade, por exemplo, liberdade dos antigos e liberdade dos modernos, liberdade negativa e liberdade positiva, liberdade coletiva e liberdade individual, liberdade jurídica e liberdade política, acaba-se por se estudar, imbricadamente, qual a medida, qual a forma da autonomia é concebida em determinados tempos e sociedades históricas. Nem que, para tanto, autonomia seja a contraposição de uma pessoa ou grupo que submete ou governa os demais. Noutras palavras, autonomia é um antônimo de sujeição e heteronomia – *heteronomia não no sentido empregado por Kant* -. Por isso se estuda diversas formas de manifestação da liberdade, desde concepções psicológicas até como esta pode ser fruída, gozada e vivida. Em qual sentido pode ser compreendida, liberdade social, liberdade coletiva, liberdade solidária. Muitas lhe são as adjetivações. Mas há uma razão para isso. Quanto mais volátil uma categoria, quanto mais abstrata é uma ideia, quanto mais intenções ideárias repousam sobre um *signo*, sobre uma *expressão*, um *significante*, muito mais lhes são as explicações ofertadas, e, conseqüentemente, menos se consegue chegar à uma unanimidade semântica. Este tipo de dificuldade não acontece, por exemplo, quando se é necessário explicar fisicalisticamente que a água é: o encontro molecular de dois átomos de hidrogênio somados a mais um átomo de oxigênio – água é “H<sub>2</sub>O”. Este tipo de explicação funciona bem para as ciências em sentido estrito. Para o âmbito da filosofia prática, da razão prática, que se

reportam para as questões da ética, moral política, do *Direito*, e por conseqüências questões atinentes às liberdades, tais explicações não atingem a mesma redenção e unanimidade conceitual, mesmo que se pretenda, para tanto, se utilizar das mesmas bases e pressupostos da ciência. E aí, vemos no velho e bom Montesquieu, já no século XVIII, chegando à conclusão de que a *Liberdade* era a palavra que mais havia recebido significações e que impressionava o espírito dos povos, motivando guerras, ou mesmo tendo a sua busca motivada por amor ou fé. Dizia Montesquieu, que a democracia deu a sensação de que o *povo* poderia fazer o que desejasse, assimilando, com isso, que a democracia era, ela própria, a liberdade, e com isso “*confundindo o poder do povo com a sua liberdade*” (MONTESQUIEU, 1973, p.; 155). Essa querela pôde ser mais bem visualizada na distinção clássica traçada por Benjamin Constant, em sua distinção entre liberdade dos antigos e liberdade dos modernos. Mas, o que Montesquieu já estava alertando, muito antes, é que havia uma tendência de que tais concepções de liberdades – *de antigos e modernos* - estavam sendo fundidas uma na outra, em especial pela confusão conceitual-política que se fazia em torno da democracia. Por metonímia a democracia, no auge da sua abstração e *reformulação* teórica que ganhou na modernidade, pretendia-se equivaler não somente à liberdade de um *povo* enquanto nação, mas, ao mesmo tempo, a liberdade pulverizada de seus cidadãos. Via-se surgir, naquela época, uma união idiossincrática e poderosa entre democracia representativa e liberdade. Pelo que vimos ao longo deste trabalho, da união entre os pressuposto da democracia e do liberalismo político. Era isso que Benjamin tentava, de certa forma, alertar quando acentuava, às vezes até exageradamente retórico, as diferenças entre as liberdades de antigos e modernos. A autonomia dos sujeitos individuais não estaria pressupostamente garantida, no espaço devido sem interferência, pela simples participação no sistema de sufrágio universal. Os *modernos* queriam mais do que um *status*. Queriam, também, autonomia sobretudo nas questões da vida privada. Viam no papel do *Estado de Direito* um mediador perfeito para garantir tal autonomia na vida privada, e não o papel de um interventor desmedido que age na esfera de questões privadas. Mas afinal, quais eram, *prima facie*, estas questões privadas tão inalienáveis e caras para os modernos? Dentre outras coisas, era garantir que as relações sociais se desenvolvessem por meio das relações negociais, e, por isso, precisavam cada vez mais de sujeitos livres e autônomos, prontos para participar desta arena de relações sociais. Nessa reivindicação por um espaço amplo de liberdade, isto é, de autonomia, estava incutida a reivindicação segunda a qual os próprios particulares é que seriam os reguladores deste espaço de relações sociais, da esfera da vida privada. A própria sociedade civil pulverizada em diversos sujeitos particulares é que seria a protagonista qualificada, preparada e legitimada

para regular a autonomia da vontade de seus diversos sujeitos livres, para regular a si própria no que toca aos assuntos privados das relações sociais horizontalizadas. Esta regulação das diversas autonomias das vontades livres e reguladas por si mesmas, pelos particulares, estava se convencendo no entendimento segundo o qual consistia na autonomia privada. E por isso, muitas vezes, civilistas entendem que houve uma passagem da concepção da autonomia da vontade, puramente individual, para a autonomia privada, que seria esse conjunto e interação de autonomias individuais.

Quando Benjamin Constant relata que a guerra é anterior ao comércio e são elas, guerra e comércio, meios diferentes de possuir os mesmos fins, isto é, de se possuir aquilo que se deseja, tem-se em conta uma perspectiva histórica que demonstra que a guerra era o meio pelo qual, para os antigos, os cidadãos se relacionavam e buscavam juntos a sua autonomia. Era uma autonomia coletiva de uma sociedade, a qual era obtida quando se sobrepujava sociedades vizinhas e rivais pela força bélica de seus exércitos formados, em sua maior parte, por cidadãos livres (CONSTANT, 1985, p. 12). O pagamento desta autonomia coletiva obtida pela guerra eram seus espólios de guerra, quais sejam, escravos, bens, riquezas, animais, e mesmo a conquista e eventual ocupação de espaços territoriais. Com a autonomia privada forjada na modernidade, o meio de se obter o que se deseja migra das guerras para o tráfico de riqueza operado em relações sociais negociais. Quando os cidadãos se aglutinam na *modernidade*, assim o fazem para garantir que cada qual possa defender o seu interesse individual e conforme suas habilidades e aptidões. O espólio do comércio, cujos objetos são em partes semelhantes com o espólio da guerra, no que se refere aos bens, é obtido não pela conquista puramente bélica, mas como resultado da conquista do comércio, de relações negociais bem-sucedidas. As sociedades vizinhas entre os modernos não deixaram de ser inimigas ou de nutrir rivalidades das mais diversas naturezas da noite para o dia, em especial quando se via os interesses estatais propriamente dito. Todavia, por uma questão de divisa, de balança, uma questão da lógica inerente ao sistema capitalista, percebeu-se que era mais vantajoso que os vizinhos fossem parceiros negociais e fomentasse o tráfico de riqueza. E o tráfico de bens e serviços deveria, predominantemente, ser realizado por sujeitos livres no exercício de sua autonomia privada. A intervenção bélica passou ter o papel, em alguns casos, justamente de assegurar rotas e tratados comerciais, deixando de ser, por si mesma, uma fonte comercial ou o próprio comércio. O direito privado que se seguiu, em especial ao longo do século XIX, está envolto a este enredo, sem contar a *fumus boni iuris* das teorias contratualistas racionalistas que fundamentavam o *Direito Positivo* a partir da formação do

*Direito Privado*, em especial o *Direito de Propriedade*, cite-se, por exemplo, *A Doutrina do Direito* de Kant, na qual o estado de natureza cede lugar ao estado contratual por meio da instituição do direito privado. Ainda que não tenha sido intencionado, e é provável que neste ponto específico não o tenha sido, o direito privado atendia naquela em boa medida naquela época virada dos séculos XVIII e XIX, à uma expectativa da filosofia da história a qual previa o progresso paulatino da humanidade.

O famigerado direito de defesa, a liberdade negativa, ou mesmo direito fundamental de primeira geração ou dimensão, quase todos significando a mesma coisa, a saber, a defesa *vertical* do cidadão perante o *Estado de Direito*, deveria garantir, também, que no plano horizontal das relações sociais entre os cidadãos houvesse o espaço devido da autonomia da vontade, em termos de conciliação de arbítrios livres. Esta liberdade negativa, é, de certa forma, expressada por forma de liberdade institucional – *liberty* -. Essa liberdade negativa do cidadão perante o *Estado* deve assegurar uma outra forma de liberdade-autonomia – *freedom* -, do indivíduo conforme senhor de sua vida, e do indivíduo como concidadão vivendo dentro certos limites abstratamente juridicizados. Era como se a liberdade institucional – *liberty* -, que estabelece limites do *Estado* em relação aos cidadãos tivesse que assegurar, também, uma outra forma de liberdade, a saber a liberdade-autonomia – *freedom* -, no plano horizontal entre os cidadãos, a qual é chamada autonomia privada.

Antes mesmo do fim do século XIX a ideia de progresso humano recobrava, sobre si mesma, uma avaliação da dimensão histórica de uma autonomia privada entregue a si mesma, entregue a sua própria autorregulação. Se, no passado, a ausência de autonomia privada fora considerado como algo a ser superado, via-se, no luminar do século XX, que a autonomia privada entregue a si mesmo estava conduzindo à distorções que poderiam comprometer um próprio sistema de *Direito* então estabelecido: Estado de Direito, democracia representativa, sistema capitalista. Concomitantemente a isso o *Estado de Direito* começa a ser cobrado, mesmo que para manter a sua estrutura sistêmica em funcionamento, de prestações propositivas em relação aos seus cidadãos. Essa é uma intervenção que tivemos a oportunidade de ver e a que denominamos de *condições de liberdade*, questões pertinentes à saúde, educação, previdência social, seguro desemprego ou seguro acidente ou por invalidez dentre outras intervenções propositivas. Por alguns foram denominadas, mais tarde, direitos fundamentais de segunda geração ou mesmo uma versão de liberdade positiva. A concepção de progresso da filosofia da história engendrava, mais uma vez, a sua ação. O *Estado Social* ou *Estado do Bem-Estar*, *Estado Provedor*, passou a ser visto como um modelo sucessor do

*Estado Liberal*, do *Estado laissez faire, laissez aller, laissez passer*. Enfim, o *Estado Social*, atendendo a inúmeros tipos de reivindicações, e mesmo visando anestesiar inúmeras formas de revoluções contra um sistema posto, era visto de uma forma ou de outra como um aperfeiçoamento de um modelo anterior que supostamente fora *ab-rogado*. A partir disso, a assimilação de que a autonomia privada deveria ser relativizada segundo um modelo de *Estado Social* não tardou a ser posta como certa, sobretudo após a grande depressão de 1930 e do segundo pós-guerra.

Houve uma imperceptível confusão com a atividade propositiva do *Estado*, na qual intervém prospectivamente na vida dos cidadãos com bens e serviços, visando estimular suas condições materiais de vida a fim de posicioná-los em condições mais equalizadas para vivenciar com maior paridade possível as disputas do jogo de um livre mercado, com a intervenção reguladora do *Estado* na esteira horizontal das relações sociais. Sim, é óbvio que estas intervenções encontram-se sutilmente interligadas, por vezes transparecendo ser a mesma coisa. Contudo, a partir deste ponto é preciso cuidado para não se apressar por tomar estas possibilidades de intervenções do *Estado* como sendo homônimas.

A primeira refutação reporta-se à compreensão de uma filosofia da história que exige um progresso de modelos de *Estados*, e por essa razão, enxerga no *Estado Social* uma sucessão à sua suposta contraposição, o *Estado Liberal*. Buscamos demonstrar que, embora seja historicamente evidente uma atividade prospectiva do *Estado* não se mostra adequado afirmar que o *Estado Social* sucedeu ou rompeu com o modelo do *Estado Liberal*. Isto porque, o assim chamado *Estado Social* utiliza-se de praticamente toda a plataforma político-institucional do *Estado Liberal*. E mesmo em relação ao sistema de produção capitalista o *Estado Social* não representa uma ruptura. Pelo ao contrário, alimenta-se, em termos de fonte de custeio, do sistema de produção capitalista. Tendo em vista que o ideal de progresso humano e progresso do *Estado* caminham paralelamente juntos, como se fosse uma ontogenia recapitulando uma filogenia, isto é, seguindo uma ideia de que os organismos individuais refletem, de alguma forma, o desenvolvimento de toda a espécie, o ideal de progresso do *Estado Social* não poderia ficar contido na estrutura verticalizada do *Estado*, mesmo em termos propositivos do *Estado Social*, deveria orientar a intervenção do *Estado* nas relações horizontais entre os particulares. Daí segue que o “modelo” de *Estado Social* começou a ser invocado em algumas instâncias como referencial da relativização da autonomia privada.

Uma vez refutada que a própria compreensão progressista de *Estado Social* parece estar incorreta, cumpre, agora, tecer uma outra forma de refutação, que é admitir

hipoteticamente que o *Estado Social* seja enfim um modelo pragmático sucessor do *Estado Liberal*. Ora, ainda assim, não seria possível admitir que supostos modelos *standards* de *Estado Social* sejam os orientadores que justificam uma intervenção que mitiga a autonomia privada. Os ideais de *Estado Social* podem ter bases ontológicas de uma metafísica difícil de ser defendida atualmente, cuja visão quase sempre holística dos valores, bens e serviços, não apenas relativizam a autonomia privada, como pode levar a cabo todo o espaço de subjetividade das relações sociais. Neste contexto, a atuação dos sujeitos particulares nas relações sociais negociais vão perdendo seu papel pouco a pouco, sendo substituídos por modelos padrões de interpretação contratual, modelos padrões de reparação civil e, alguns casos, da terceirização da responsabilidade de reparar civilmente pautada em sistemas de seguros e resseguros. Neste cenário, e aqui podemos recordar José Eduardo Faria ao dizer que cenários não são descrições da realidade existente nem, muito menos, previsões de eventos futuros, são apenas construções ou projeções intelectuais que diante de processos, mudanças servem para orientar um debate (FARIA, 2011), a mitigação e a relativização da autonomia privada não apenas é realizada a partir dos problemas que apresentam, como passam a ser esvaziadas a partir das finalidades, bens e serviços que se pretendem alcançar pela etiqueta de um *Estado Social* o qual se legitima a si mesmo a partir da institucionalização da solidariedade de bens e valores ontologicamente fixados para serem alcançados e cumpridos.

O próximo cenário, pela aceção de José Eduardo Faria, foi a consolidação de diversas *Constituições* democráticas. Algumas constituídas democraticamente, outras outorgadas para instituírem, a partir dali, um *Estado Democrático*. Predominantemente nos países de tradição da *civil law*, em países da Europa Continental, e bem como países da América Latina, percebe-se uma predominância do estudo do *Direito Constitucional* a avocação neoconstitucionalista de força normativa e aplicação imediata das normas constitucionais, sejam em relação ao *Estado* seja nas relações horizontais entre particulares. O *Direito Privado* para recobrar espaço que outrora lhe fora primazia, necessitava rever as suas bases e pressupostos teóricos. Assim, o *Direito Privado* buscou ser visto e estudado sob uma ótica constitucionalizada. O que em tese parece perfeito, sobretudo pensando em direitos e garantias fundamentais, e numa dimensão de Estado Democrático de Direito, levou, contudo, às mesmas distorções de anteriormente, as quais já descrevemos pormenorizadamente.

Os direitos sociais alçados às categorias de direitos fundamentais, novamente apareceram como categoria disposta a parametrizar a relativização da autonomia privada. Era a sina do *Estado Social* servindo-se de parâmetro para regular as relações sociais negociais

mais uma vez. Mas isso não foi tudo. A constitucionalização do direito civil confundiu a pretensão de (re)personalização do direito civil com a funcionalização do direito civil, supondo que, ao estarem funcionalizando o direito civil, estariam, assim, lhe devolvendo a personalização. Trata-se de um equívoco que tem passado quase que despercebido por problema de comunicação teórica entre as bases de estudo de direito civil e as bases de estudos filosóficos dos pressupostos de toda a estrutura do *Direito*. Tanto é assim que a funcionalização do direito civil pode gerar, paradoxalmente, justamente o efeito contrário, que é esvaziar as relações sociais de personalidade. A menos que se admita, nos âmbitos do *Direito Constitucional* e *Direito Privado* que é possível personalização sem autonomia da vontade e sem autonomia privada. Isto parece ser de todo contraditório e indefensável.

A história desprende-se de si mesma, enreda-se num mosaico de fatos, teorias e filosofias para que possa projetar-se para um futuro idealizado, um plano, um sonho. Por vezes a impressão que se dá é que os institutos são avatares desprovidos de *persona*, juridicizados os institutos existem porque são uma realidade cultural positivada pelo ordenamento jurídico. Significa dizer que por vezes alguns institutos parecem não ter qualquer ascendência teórica e filosófica que os justifiquem, e mais do que isso, que os expliquem e os legitimem. Neste contexto, a funcionalização do direito civil, que tem um espaço importante que lhe é reservado, toma dimensões e expectativas que as revelam, na verdade, a sanha da filosofia do *Estado Social* mais uma vez mostrando suas garras e querendo garantir o progresso infalível homem na terra.

Após este escorço, cumpre finalizar definitivamente este trabalho, tentando demonstrar, então, o que seria uma proposta viável para que a autonomia privada seja regradada na medida necessária e, quando necessária, relativizada, sem que, para isto, tenha que curvar-se a modelos ontológicos, de uma filosofia da história do *Estado Social*, seja ela idealista, racionalista ou materialista histórica. Sem que, para isso, se tenha que esvaziar quase que por completo das relações sociais negociais, a autonomia privada. Ora bem, admitir que existe uma tensão entre os pressupostos das liberdades firmadas entre os direitos fundamentais e soberania do povo, entre os pressupostos do republicanismo e liberalismo político e, por fim, entre os pressupostos éticos e morais, não significa admitir que se tratam de categorias incomensuráveis e inconciliáveis. Se a construção de um conceito moderno de autonomia da vontade e de autonomia privada fora construído paulatinamente entre diversos pressupostos da razão prática, é preciso perguntar-se se tais pressupostos se anularam uns aos outros, se subsistiram e quais subsistiram. É daí que emprestamos nossa intuição de Jürgen Habermas

em *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática* (1989). Habermas, sustenta neste texto que ainda é possível a utilização ética, moral e pragmática da razão prática, cabendo a cada uma delas uma área distinta da vida prática das pessoas. Essa seria uma proposta para desviar da dimensão holística de um *Estado Social* como paradigma da relativização da autonomia privada nos dias de hoje.

Ao transportar essa intuição para o âmbito do estudo da autonomia privada no *Direito Privado*, não nos bastava apenas estruturar abstratamente questões filosóficas e teóricas, tais como expusemos acima. Teríamos que encontrar na experiência do *Direito* exemplos que testificassem, de alguma forma, nossa intuição. Este desafio restou dividido em duas etapas.

A primeira etapa era revisitar o próprio instituto da autonomia da vontade e autonomia privada. Em nossa visão normativa, categorias que, ainda hoje, coexistem, inclusive no sistema jurídico brasileiro.

A segunda etapa era demonstrar no âmbito do direito civil como a autonomia da vontade e a autonomia privada poderiam ser reguladas a partir de suas próprias demandas e necessidades, a partir de seus próprios problemas, e não com vista a um modelo funcionalista ou de *Estado Social*. Daí, então, que tentamos correlacionar o uso moral da razão prática em casos de enriquecimento sem causa e deveres anexos da boa-fé objetiva, eis que representavam máximas morais incondicionais. Da mesma forma, ligamos o uso ético da razão prática com os exemplos da função social do contrato e do adimplemento substancial, pois, neste aspecto, e aqui sim funcionalista, há *um telos*, uma finalidade a ser alcançada com base em valores e de um *êthos* que devem ser defendidos e mesmo perseguidos para serem alcançados pela sociedade. Por fim, o uso pragmático da razão prática, em nossa atribuição, consiste nas técnicas que servem para regular, otimizar, viabilizar, ou mesmo até incentivar as relações sociais negociais, como é o caso das relações negociais processuais.

Nesta perspectiva os modelos de soluções não se encontram fechados, ou dados de forma *standards*. A aplicação de regulação moral, ética ou pragmática da razão prática nas relações sociais negociais, e, em especial seus reflexos na autonomia privada, depende do tipo de demanda apresentado, e não da eleição de discursos petrificados modelos paradigmas para regular as relações sociais. Se as relações sociais não foram suficientes de regular a si mesma sem gerar distorções, não menos distorções teremos se o *Estado* esvaziar por completo as relações sociais de sua *personalização*, de sua autonomia privada.

## REFERÊNCIAS

- ABBAGANANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Ciência política, Estado e Direito Público. Uma introdução do Direito Público da contemporaneidade*. São Paulo: Verbatim, 2011.
- ALECANSTRO, M. S. C. e HEEMANN, A. *Umpea ética para a civilização tecnológica*. Disponível em <<  
[http://www.anppas.org.br/encontro\\_anual/encontro2/GT/GT09/mario\\_alencastro.pdf](http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro2/GT/GT09/mario_alencastro.pdf)>>  
 Acessado em 01/mai/2015.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALLISON, Henry E. *El idealismo transcendental de Kant: Uma interpretación y defensa*. Tradução: Dulce María Granja Castro. Barcelona: Anthropos, 1992, 525 p.
- ALVAREZ, Fe Bajo. *Historia antigua universal III. Historia de Roma*. Madrid: UNED, 2009.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil. Introdução*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003
- AMORIN, Agnelo Filho. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Revista dos Tribunais, vol. 300, São Paulo, RT, out. 1961, pp. 7-37.
- ARANA, Hermas Gonçalves. *A modéstia dos filósofos*. Revista Filosofia e Educação, ISSN 1984-9605, Campinas: volume 2, número 2, outubro de 2010 – março de 2011, p. 454-480.
- ARAUJO, David. NUNES, Vidal Serrano Jr. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ARENDT, Hannah. *“The Human Condition”*. 2 ed. Chicago: University of Chicago Press, 1958, 349 p.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução: Tomás Calvo Martínez. Madrid: Credos, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Ética a Nicômaco* – livro I. Tradução: Gama Kury, São Paulo: Nova cultural, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Ética Nicomáquea. Introdução*. Tradução e notas: Julio Pallí Bonet. Madrid: Gredos, 1998, 561 p.
- \_\_\_\_\_. *Política*. Tradução de Therezinha Monteiro Deusch Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Metafísica*. Edição brasileira Fidel Garcia Rodríguez e Marcos Marcionilo. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Teoria Geral. Vol. III. Relações e situações jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, 394 p.
- AUERBACH, Erich. *Mimesis: a representação da realidade na literatura ocidental*. 2 ed. Tradução de Suzi F. Sperber. São Paulo: Perspectiva, 1987.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 144 p.

- AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico. Existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 172 p.
- BARKER, Ernest. *Teoria política grega*. Tradução: Sérgio Bath. 2 ed. Brasília: UnB, 1978, 372.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidad y ambivalencia*. In: BERIAIN, Josetxo. *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Tradução de Celso Sánchez Capdéqui. Barcelona: Anthropos, 1996, pp. 73-119.
- \_\_\_\_\_. *Ética pós-moderna*. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997, 285 p.
- \_\_\_\_\_. *Modernidad líquida*. Tradução de Mirta Rosenberg e Jaime Arrambide Squirru. 3ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004, 232 p.
- BDINE, Hamid Charaf Jr. in: PELUSO, Cesar. *Código Civil comentado*. 4 ed. Barueri: Manole, 2010.
- BERBERT, Carlos Oiti Jr. *Teoria da História e Filosofia da História: uma análise das relações entre a epistemologia, a metodologia e o pensamento especulativo*. Revista Dimensões, UFES, vol. 24, 2010, ISSN: 1517-2120.p. 173-192.
- BERLIN, Isaiah. *Dois Conceitos de Liberdade*. In:\_\_\_\_\_. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Tradução: Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 1981, 205 p.
- \_\_\_\_\_, *Two Concepts of Liberty*. In:\_\_\_\_\_. Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1969.
- BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico. Tomo I*. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, 404 p.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução: Alfredo Fait. 2 ed. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.
- BOFF, Leonardo. *Ética e moral. A busca dos fundamentos*. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Ethos mundial*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2009.
- BONILINI, Giovanni. *La rinunzia all'eredittà e al legato*. Torino: UTET Giuridica, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova Hermenêutica. Por uma repolitização da Legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004-b, 806p.
- \_\_\_\_\_. *A quinta geração de direitos fundamentais*. Revista Direitos Fundamentais e Justiça, Porto Alegre, n. 3, Abr/Jun 2008, pp. 82-93.
- BOURDÉ, Guy; MARTIN, Hervé. *As Escolas Históricas*. Tradução: Ana Maria Rabaça. Mem Martins: Publicações Europa- América, 1990, 220 p.
- BRISSON, Luc. *Leituras de Platão*. Tradução Sonia Maria Maciel. Porto Alegre: EDIPUCRSP, 2003. 333 p.
- BURDEAU, Georges. *O Estado*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, 176 p.

- BURREL, Gibson. MORGAN, Gareth. *Sociological Paradigms and Organisational Analysis. Elements of the Sociology of Corporate Life*. England: Ashgate, 2005, 426 p.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009, 167 p.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- CASSIER, Ernst. *A filosofia do iluminismo*. Tradução: Álvaro Cabral. 2 ed. Campinas: Editora da UNICAMP, 1994, 472 p.
- CHAUÍ, Marilena. *A história no pensamento de Marx*. In: \_\_\_\_\_. *A teoria marxista hoje. Problemas e perspectivas*. BORON, Atilio A.; AMADEO, JAVIER; Gonzalez, Sabrina. 2007 ISBN 978987118367-8
- CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Tradução: Álvaro Cabral. Revisão Técnica Valério Rohden. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- COHEN, Gerald A. *La teoría de la historia de Karl Marx. Una Defensa*. Tradução de Pelar López Mañez. Madrid: Editorial Pablo Iglesias, 1986.
- CORDEIRO, António Menezes. *Direito das Obrigações. Vol. I*. Lisboa: AAFDL, 1986, 579 p.
- CORTINA, Adela. *Ética sin moral*. 4 ed. Madrid: Tecnos, 2000, 318 p.
- \_\_\_\_\_. *Estudio preliminar [La Metafísica de las Costumbres]*. 3 ed. Madrid: Tecnos, 2002. pp. XV-XCI.
- \_\_\_\_\_. *Cidadãos do Mundo. Para uma teoria da cidadania*. Tradução: Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Edições Loyola, 2005, 210 p.
- CONSTANT, Benjamin. *Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos*. Tradução de Loura Silveira. p. 9-25. In: Filosofia Política 2. MORAES, João Quartim. Porto Alegre: L & PM Editores, 1985, 163 p.
- \_\_\_\_\_. *De la Liberté des Anciens Comparée à Celle des Modernes* Disponível em: <<http://www.panarchy.org/constant/liberte.1819.html#top>> Acesso em 13 maio 2013.
- DANDALTO, Luciana. *Aspectos registraes das diretivas antecipadas de vontade*. Revista civilista.com, a. 2. N. 4. 2013, pp.1-9.
- DESCARTES, René. *Regras para a direcção do espírito*. Tradução: João Gama. Lisboa: Edições 70, 1989, 123 p.
- DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*. Indianapolis: Liberty Classics, 1982.
- DIDIER, Fredie Jr. *O direito de ação como complexo de situações jurídicas*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 210, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil. Volume 1*. 17 ed. Salvador: JusPovm, 2015, 786 p.
- DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: RT, 2009 304 p.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 1432 p.
- DONIS, Marcelino Rodríguez. *La natureza humana em Aristóteles*. Revista Fragmentos

de filosofia» Sevilla: n° 9 2011, ISSN: 1132-3329, pp. 119-146

DUARTE, Nestor. in: PELUSO, Cesar. *Código Civil comentado*. 4 ed. Barueri: Manole, 2010.

DURÃO, Aylton Barbieri. *La interpretación de Habermas sobre la tensión entre derechos humanos y soberanía popular en el pensamiento de Kant*. Alicante: DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho, N. 26, 2003, pp. 827-846.

\_\_\_\_\_. *O direito real de Kant*. Revista Trans/Form/Ação, Marília, 33 n. 2: 77-94, 2010.

\_\_\_\_\_. *A crítica de Habermas à dedução transcendental de Kant*. Londrina: Editora UEL, 1996, 232 p.

DOWRDKIN, Ronald. *Keynote address. Justice for Hedgehogs*. Boston University Law Review, Vol. 90:469, 2010, pp. 469-477. Disponível em <<[http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/bulr/documents/DWORKIN\\_K.pdf](http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/bulr/documents/DWORKIN_K.pdf)>> Acesso em 02.Jun.2015.

\_\_\_\_\_. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard Press, 2011, 506 p.

\_\_\_\_\_. *Justiça para Ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, 515 p.

ECHEVERRÍA, Bolívar. *Las ilusiones de la modernidade*. Ciudad del México: UNAM, 1997, 200 p.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. *As três economias políticas do Welfare State*. Tradução de Dinha de Abreu Azevedo. Revista Lua Nova, n. 24, Setembro, 1991, pp. -85116.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, 672 p.

FAGGION, Andrea Luisa Bucchile. *Dedução Transcendental e Esquematismo Transcendental: O Problema Da Possibilidade E Da Necessidade Da Constituição De Objetos Em Kant*. Tese de Doutorado. Campinas: Unicamp, 2007.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, 359 p.

\_\_\_\_\_. *O Estado e o Direito Depois da Crise*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIA, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 10 ed. Salvador: JusPdivm, 2012, 856 p.

FERRAJOLI, Luigi. *Más Allá de la Soberanía y la Ciudadanía: Un Constitucionalismo Global*. ISONOMIA, n. 9, outubro 1998, pp.173-184.

FINLEY, Moses I. *Democracia antiga e moderna*. Tradução: Waldéa Barcellos, Sandra Bedran. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

GARCIA-ROSA, Luiz Alfredo. *Freud e o inconsciente*. 24 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

GARZIER, Bernard. *A crise de 1929*. Tradução de Julia da Rosa Simões. L&PM Editores, 2014.

GÓMEZ ESPÍNDOLA, L.L. *Providencia, racionalidad y ley natural en el estoicismo*. Bogotá: *Universitas Philosophica*, 31(63), julio-diciembre 2014, pp. 39-70, ISSN 0120-5323, ISSN en línea 2346-2426, doi: 10.11144/Javeriana.uph31-63.prle,

- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008-a, 331 p.
- \_\_\_\_\_. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008-b, 627 p.
- GONÇALVEZ, Carlos Roberto. *Direito Civil esquematizado. Vol. I*. São Paulo: Saraiva, 2011, 845 p.
- \_\_\_\_\_. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O que é democracia?* Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 365 p.
- HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como “ideologia”*. Tradução: Željko Loparić. São Paulo: Abril, 1975, pp. 301-333.
- \_\_\_\_\_. *Ciencia y Técnica como <<ideología>>*. Traducido por Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Técnicos, 1986, 112 p.
- \_\_\_\_\_. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1983, 247.
- \_\_\_\_\_. *A nova intransparência. A crise do Estado de Bem-Estar Social eo esgotamento das energias utópicas*. Tradução de Carlos Alberto Marques Novaes. Revista Novos Estudos CEBRAP, n. 18, Setembro de 1987, pp. 103-114.
- \_\_\_\_\_. *Para o uso pragmático, ético, e moral da razão prática*. Tradução de Márcio Suzuki. Revista Estudos Avançados –USP: v. 3, n. 7, São Paulo sept/dec 1989, pp. 4-19.
- \_\_\_\_\_. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Vol. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneicler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 354 p.
- \_\_\_\_\_. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Vol. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneicler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 354 p.
- \_\_\_\_\_. *A constelação pós-nacional. Ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Letteri Mundi, 2001, 220 p.
- \_\_\_\_\_. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução: Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 540 p.
- \_\_\_\_\_. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. Tradução George Sperbe e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002-b, 390 p.
- \_\_\_\_\_. *Era das Transições*. Tradução de Flávio Beno Siebeneicler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 222p.
- \_\_\_\_\_. *Derechos humanos y soberanía popular: las versiones liberal y republicana*. In: *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*. OVEJERO, Félix. MARTÍ, José Luis. GARGARELLA, Roberto. Tradução de Luciana Sánchez. Barcelona: Paidós. 2004, pp. 191-206.
- \_\_\_\_\_. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático del derecho em términos de teoría del discurso*. Traducción: Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trota, 2005, 689 p.
- \_\_\_\_\_. *Trabalho e interação. Notas sobre a filosofia do espírito de Hegel em Iena*. Tradução: Arthur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2006, pp. 11-43

- HARVEY, David. *La condición de la posmodernidad. Investigación sobre los orígenes del cambio cultural*. Tradução de Martha Eguía. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1998, 401 p.
- HAYEK, Friedrich August. *Princípios de uma ordem social liberal*. In: GRESPIGNY, Anthony. CRONIN, Jeremy. *Ideologias políticas*. Tradução de Sérgio Duarte. Brasília: UnB, 1981, p41-63.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 615 p.
- HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Tradução: Diorki. Barcelona: Editorial Herder. 1986, 311 p.
- \_\_\_\_\_. *O imperativo categórico do Direito: uma interpretação da “introdução à doutrina do direito”*. Tradução: Valério Rohden e Rogério Passos Severo. Revista Studia Kantiana, vol. 1, n. 1: 1998, pp. 203-236.
- \_\_\_\_\_. *Justicia política*. Tradução de Carmem Innerarity. Barcelona: Paidós, 2003, 229 p.
- \_\_\_\_\_. *A democracia no mundo hoje*. Tradução: Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, 564 p.
- IMHOF, Cristiano. *Código Civil. Interpretado. Anotado artigo por artigo*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, 2018 p.
- ÍNIGO, Emilio Lledó. *Ética Nicomáquea. Introdução*. Tradução e notas: Julio Pallí Bonet. Madrid: Gredos, 1998, 561 p.
- ITURRASPE, Jorge Messet. *Estudios sobre responsabilidad por daños tomo I*. Santa Fe: Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores, 1982.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. (Akademie-Ausgabe GMS). Tradução de Paulo Quintela. 2 ed. Lisboa: Edições 70, 1960.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril, 1974, pp. 197-256.
- \_\_\_\_\_. *Resposta a pergunta o que é Aufklärung?* (Akademie-Ausgabe WA - AA08). Edição Bilíngue. Tradução: Floriano de Souza Fernandes. 2 ed. 1985. pp. 100-117.
- \_\_\_\_\_. *Sobre a discordância entre a moral e a política a propósito da paz perpétua*. Edição Bilíngue. Tradução: Floriano de Souza Fernandes. 2 ed. 1985, pp. 130-153.
- \_\_\_\_\_. *Crítica da razão prática*. Tradução: Arthur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1989, 195 p.
- \_\_\_\_\_. *A religião no limite da simples razão*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1992, 210 p.
- \_\_\_\_\_. *Crítica da razão prática*. (Akademie-Ausgabe KrV). -Tradução: Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique dos Santos. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- \_\_\_\_\_. *La Metafísica de las Costumbres*. (Akademie-Ausgabe MS - AA06). Tradução de Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sanho. 3 ed. Marid: Tecnos, 2002. 375 p.
- \_\_\_\_\_. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.
- KARNAL, Leando. PURDY, Sean. FERNANDES, Luiz Estevam. MORAIS, Marcus Vinícius. *História dos Estados Unidos. Das origens ao século XXI*. São Paulo: Contexto, 2007. 286 p.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 427 p.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 3 ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, 637 p.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil. De um Direito dos Danos a um Direito das Condutas Lesivas**. São Paulo: Atlas, 2012, 275 p.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos Difusos e coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, 568 p.

LOPARIC, Zeljko. **As duas metafísicas de Kant**. Revista Kant e-Prints. Campinas: Unicamp, Vol. 2, n. 5, 2003, pp. 1-10.

LÖWITH, Karl. **O sentido da história**. Tradução: Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1991, 232 p.

MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Tradução de Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Edições Loyola, 1991, 439 p.

MACRIDIS, Roy C. **Ideologias políticas contemporâneas: movimentos e regimes**. Tradução: Luís Tupy Caldas de Moura e Maria Inês Caldas de Moura. Brasília: Unb, 1982, 318 p.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução: Maria Júlia Goldwasser e revisão de tradução Zelia de Almeida Cardoso. São Paulo: Martins Fontes, 2004, 182 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 524 p.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, 553 p.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Tradução: Meton Porto Cadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

\_\_\_\_\_. **Política Social**. Tradução de Meton P. Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, 242 p.

MARTINS-COSTA, Judith. PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Absusos da Função Punitiva: punitive damages e o Direito brasileiro. R. CEJ, Brasília, n. 28, p-15-32, jan/mar., 2005, pp. 15-32.

MARX, Karl. **Para a crítica da economia política**. Tradução de Edgard Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

MATE, Reyes. **Filosofía de la Historia**. Madrid: Trotta, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico. Plano de Existência**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, 294 p.

MELLO, Ricardo Marques. **O que é teoria da história? Três significados possíveis**. Revista História e Perspectivas, Uberlândia volume 25, n. 46, jan./jun. 2012, pp. 365-400,

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Tradução de Manoel Innocêncio de Lacerda Santos. Jr. Brasília: UnB, 1981.

MOMIGLIANO, Arnaldo. **Ensayos de historiografía antigua y moderna**. Méximco: Fondo de Cultura Económica, 1977.

- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède. *Do Espírito Das Leis*. Tradução: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973. 569 p.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011, 944 p.
- MORUJÃO, Alexandre F. *Fenómeno, número, coisa em sim. Notas sobre três conceitos kantianos*. Lisboa: Revista Portuguesa de Filosofia. Tomo XXXVII, FASc. 3, julho-setembro, 1981, pp. 225-248.
- NEVES, Francisco Ramos. *Investigação acerca da filosofia da história*. Revista Contexto. Mossoró: V. 4, N 1 - 2, 2013, PP. 303-315.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005, 387 p.
- PAVÃO, Aguinaldo. *Análise dos quatro exemplos de aplicação do imperativo categórico na Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Revista de Filosofia Dissertatio. Pelotas: UFPel, Verão de 1997, n. 6, pp. 107-132.
- \_\_\_\_\_. *O Direito em Kant*. Pelotas: Revista Dissertatio 13-14, 2001, p.115-137.
- \_\_\_\_\_. *Heteronomia e Imputabilidade na Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Belo Horizonte: Revista KRITERION, nº 105, Jun/2002, p.119-135.
- PEÑA, Javier. *La ciudadanía hoy: problemas y propuestas*. Valladolid: Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial, 2000.
- PEREZ, Daniel Omar. *Os significados da História em Kant*. Revista Philosophica, 28. Lisboa, 2006, pp. 67-107.
- PETTIT, Philip. *Teoria da Liberdade*. Tradução: Renato Sérgio Pubo Maciel. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, 247 p.
- \_\_\_\_\_. *Republicanism. Una teoria sobre la libertad y el gobierno*. Tradução: Toni Demènech. Barcelona: Paidós, 2009, 392 p.
- PIMENTA, Olavo C. *A distinção kantiana entre aparecimento e fenômeno. Kant e-prints*. Campinas, Série 2, v. 1, n.1, p. 119-126, jan.-jun. 2006.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 404 p.
- PINTO, Cristiano Vieira Sobral. *Direito Civil Sistematizado*. 5 ed. São Paulo: Método, 2014.
- PLATÃO. *Fédon*. Tradução: Maria Teresa Shiappa de Azevedo. Coimbra: Livraria Minerva, 1988.
- POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007, 647 p.
- POPPER, KARL. *A sociedade aberta e seus inimigos. Vol 2*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1974, 416 p.
- RAMOS, Cesar Augusto. *O Liberalismo Político e seus Críticos*. In \_\_\_\_\_: Crítica Revista de Filosofia. Vol. 10, n. 32. Londrina: 2005, p. 229-264.

- \_\_\_\_\_. *A cidadania como intitulação de direitos ou atribuição de virtudes cívicas: liberalismo ou republicanismo?* Revista Síntese, Belo Horizonte, v. 33, n. 105, 2006, pp.77-115.
- RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1981.
- RAWLS, John. *Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2 ed. São Paulo: Ática, 2000.
- REALE, Giovanni. *História da filosofia. De Spinoza a Kant. Vol. 4*. Tradução: Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2005.
- RIVERA, Julio César. *Instituições de Direito Civil. Parte General Tomo I*. 3 ed. Buenos Aires: Abeleto Perrot, 2004, 750 p.
- ROHDEN, Valério. *O criticismo kantiano*. In: REZENDE, Antonio. *Curso de filosofia: para professores e alunos dos cursos de ensino médio e graduação*. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009-a. 371 p.
- ROPPO, Vincenzo. *El Contrato*. Tradução de Eugenia Ariano Deho e Nélvor Carreteros Torres. Lima: Gaceta Jurídica, 2009-b, 990 p.
- ROSENVALD, Nelson. In: PELUSO, Cesar. *Código Civil Comentado*. 4 ed. Barueri: Manole, 2010.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução: Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999, 336 p.
- ROVIGHI, Sofia Vanni. *História da filosofia contemporânea. Do século XIX à neoescolástica*. Tradução de Ana Pereschi Capovilla. 3 ed. São Paulo: Loyola, 2004.
- RUSSELL, Bertrand. *O poder. Uma nova análise social*. Tradução de Brenno Silveira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957, 256 p.
- RÜSEN, Jörn. *História viva. Teoria da história III. Formas e funções do conhecimento histórico*. Tradução de Estevão de Rezende Martins. Brasília: UnB, 2007, 160 p.
- SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e o Constitucionalismo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- SANTOS, Severino Augusto. *Introdução ao direito civil ius romanum*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, 464 p.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. porto alegre: livraria do advogado, 2010,
- SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 1407 p.
- SILVA, José Afonso. *Poder Constituinte e Poder Popular. (Estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, 928 p.
- SOARES, Marcos Antônio Striquer. *A decisão judicial analisada sob o enfoque da crítica de Charles Sanders Peirce à tradição do cartesianismo*. Revista Novos Estudos Jurídicos. Itajaí. Eletrônica, Vol. 17 - n. 3 - p. 438-455 / set-dez 2012

SPINELLI, Miguel. *Questões Fundamentais da filosofia grega*. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

\_\_\_\_\_. *Sobre as diferenças entre éthos com epsilon e éthos com eta*. Revista Trans/Form/Ação, São Paulo, 32(2): 9-44, 2009.

STOLZE, Pablo. PAMPLONA, Rodolfo Filho. *Novo curso de Direito Civil. Parte Geral. Vol. 1*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 919 p.

\_\_\_\_\_. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, 211 p.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2013, 1356 p.

TORRETTI, Roberto. *Manuel Kant. Estudio sobre los fundamentos de la filosofía crítica*. Santiago: Ediciones de la Universidad de Chile, 1967.

VANZELLA, Rafael. *O Contrato, de Enzo a Vincenzo*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 1, jun-dez, 2005, pp. 221-228.

VERNANT, Jean Pierre. *As origens do pensamento greco*. Tradução de Ísis Borge B. da Fonseca. Rio de Janeiro: Difel, 2002. 143 p.

VILANOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e Filosóficos. Vol. 1*. São Paulo: Axis Mundi, 2003.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do Estado de Direito*. In \_\_\_\_\_: *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: AXIS MVNDI: IBET, 2003, pp. 413-430.

VILLEY, Michel. *Direito Romano*. Tradução de Fernando Couto. Porto: 1991.

VIZENTINI, Paulo Fagundes. *A Guerra Fria. O Desafio Socialista à Ordem Americana*. Porto Alegre: Leitura XXI, 2004, 167 p.

WOLFF, Francis. *Aristóteles e a política*. Tradução: Thereza Cristina Ferreira Stummer e Lygia Araújo Watanabe. São Paulo: Discurso Editorial, 1999, 156 p.

\_\_\_\_\_. *A invenção da política*. In: *A crise do Estado-nação*. Org. Adauto Novaes. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003 pp. 24-54.