

José Manuel de Sacadura Rocha

FUNDAMENTOS DE FILOSOFIA DO DIREITO

**O Jurídico e o Político da
Antiguidade a Nossos Dias**

7^a edição
revista, atualizada e
ampliada

2020

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

Seção IV

**A FILOSOFIA DO RENASCIMENTO
AO ILUMINISMO:
SÉCULO XV – SÉCULO XVIII**

8

O ESTATISMO DE NICOLAU MAQUIAVEL

Maquiavel (1469-1527) viveu em Florença (Itália), onde a “situação feudal” ainda prevalecia. Sua obra é dedicada em grande parte a definir de que forma poder-se-ia constituir um Estado unificado, com valores nacionais e administrativos únicos.

Na tradição filosófica Maquiavel faz uma obra que vai radicalizar a visão cristã, principalmente quanto à separação entre Ciência Política e Religião. Na Idade Média, Política e Religião era uma coisa só, pelo poder da Igreja Católica, o que, no caso da Itália, não havia terminado ainda no final do século XV.

Duas obras são importantes em Maquiavel:

- O Príncipe (1512-1513)
- Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio (1513-1519)¹

No caso destas duas obras, com a mesma facilidade que tendemos a relacionar “O Príncipe” com a Tirania, relacionamos “Tito Lívio” à Democracia; mesmo sendo criados pela mesma cabeça, no mesmo momento, os

¹ Tito Lívio (59 a.C.-17 d.C.) foi um historiador que viveu na época do primeiro imperador do período imperial romano, Augusto César (31 a.C.). Ele foi escolhido como mentor do filho do Imperador, o jovem Cláudio.

livros têm objetivos diferentes, o que confunde muitas vezes a interpretação do pensamento de Maquiavel.

Para entendermos com clareza e atualidade “O Príncipe” de Maquiavel, é necessário substituir “Príncipe” por “Estado”, e se perceber a ideia moderna de um soberano único: nos dias atuais o Estado. Para Maquiavel a necessidade de um poder central não significa necessariamente que esse poder seja despótico, mas que a unificação da nação e a soberania de um povo levam à necessidade da centralização política em uma figura com poder suficiente para unir, defender e criar as condições de sobrevivência de todos. Exatamente este é o dilema que Maquiavel se propõe a enfrentar em meio a uma realidade caótica, corrupta e miserável em que a Itália de sua época se via mergulhada, principalmente devido aos acordos inconfessáveis entre a Igreja Católica e os Príncipes Regionais.

8.1. CARACTERÍSTICAS DO PENSAMENTO DE MAQUIAVEL

Algumas características importantes para a Ciência Política moderna podem ser tiradas do pensamento de Maquiavel:

Característica 1: *Política não se confunde com Religião* e não deve ser absorvida pela Ética Cristã. A partir de Maquiavel a “Política é uma Ciência”. Maquiavel afirma que, na governabilidade, o que é errado para a ética cristã não é necessariamente errado para a política. Não se pode falar ou questionar que Maquiavel é antiético porque esse questionamento quando parte de valores religiosos não tem relevância na Ciência Política.

Assim, Maquiavel cria a autonomia, a liberdade para que os políticos e governantes negociem, façam alianças sem a influência da Igreja. Ele inaugura o chamado *Estado Laico*. Motivo pelo qual é “perseguido” pela Igreja Católica de seu tempo. Maquiavel queria um país unificado, o que o papa não via com bons olhos, pois o poder da igreja estava exatamente na possibilidade de se envolver nas disputas entre os príncipes regionais e arbitrar as discórdias entre as famílias seculares. Daí o sentido maior da obra “O Príncipe”, porque no fundo o que Maquiavel está sugerindo é um “centralismo” do poder que se coloque acima dessas escaramuças e interesses particulares.²

2. A Igreja Católica só reconheceu oficialmente a Itália como Estado unificado no Tratado de Latrão, em 1929, quando foi criado o Estado do Vaticano.

Característica 2: *A Democracia é produto da negociação*, pois se assim não for existirá a Tirania. O tirano é aquele que não precisa da Democracia para promover o pensamento dele. Logo, aquele que não é questionado não é democrático. Gramsci, político, filósofo e cientista político que foi preso pelo fascismo de Mussolini em 1940, dizia que Maquiavel deveria ser usado para entender o Estado moderno e sua necessidade de alianças e negociações partidárias (Gramsci: *Maquiavel e o Estado Moderno*).

Podemos entender que “O Príncipe” é uma *metáfora* de Maquiavel contra a organização política da época. Maquiavel questionava que a Igreja se “escondia” atrás dos valores éticos cristãos, porém não evitava com esses argumentos as corrupções, a prevaricação, o assassinato. Maquiavel escreveu uma *metáfora*, pois se parece que escreve a favor da tirania no “O Príncipe”, por outro lado também pode ser entendido como se proteger contra ela. Existe esta visão comum em muitos autores, como Umberto Eco.

Característica 3: Maquiavel foi cunhado como sendo o autor antiético que defendeu que “*Os Fins justificam os Meios*”. Mas quando Maquiavel fala dos fins, não é qualquer fim! Refere-se ao que for melhor para a Nação, para o Povo; não é ódio, não é corrupção, é felicidade, paz e justiça.

Para obter a identidade, a paz e a justiça para a nação, Maquiavel não apregouo o medo do além, nem o medo dos tiranos, mas a Democracia, o que claramente está na obra sobre “Tito Lívio”. Ou seja, se para conseguir manter a Nação unida e protegida, o governante tiver que passar por cima de conceitos éticos cristãos, precisa fazê-lo.

Característica 4: *A política em Maquiavel é contingencial*, circunstancial, produto de forças políticas e sociais que se enfrentam na arena do espaço público. As Ditaduras, sejam elas de que tipo forem, se fortalecem na pobreza, recessão, fraqueza, desordem de todo o tipo. A tirania não tem força quando o povo está feliz, quando reina a paz e o bem-estar. Por isso é preferível fazer o que for necessário para manter a paz e o bem-estar do povo, negociando, fazendo alianças, construindo participação partidária, do que seguir uma ética religiosa que não busca isto no plano social mais imediato, preocupando-se apenas com o plano transcendental. Em essência, este é o sentido maior do sentido dos “fins que justificam os meios”.

Na história política moderna, por todo o lado existem exemplos de política pragmática e circunstancial, onde os fins do Estado justificaram os meios. Por exemplo, em relação ao Brasil, mesmo na República, fatos desse tipo ocorreram:

1. Na passagem do Império para a República, os que se diziam liberais eram os mais conservadores e vice-versa, pois a República foi inaugurada para assegurar os privilégios das elites.
2. Dizimou-se a população do Paraguai na Guerra (1864-1870) (mulheres, velhos e crianças foram perseguidos e mortos mesmo depois do Paraguai já ter sido derrotado).
3. Mataram-se todos os revoltosos na insurreição de Canudos (1896-1897), mesmo sendo um punhado de miseráveis, esfomeados quase completamente desarmados.

8.2. VIRTÙ E FORTUNA

Para Maquiavel os sistemas de governo podem ser ou **Principados** (Poder centralizado) ou **Repúblicas** (Representação popular). A escolha entre um ou outro tipo de sistema de governo depende das circunstâncias e da composição de forças que se digladiam na arena política. Em si mesmo, nenhum sistema é bom ou ruim, mas apenas a consequência das circunstâncias e das possibilidades políticas de alianças e negociações. Um povo, em um determinado momento, pode precisar mais de um principado do que de uma república, mas, como nenhum homem nasce para ser oprimido, Maquiavel acreditava que mais cedo ou mais tarde, uma vez conquistada a segurança e a estabilidade, o povo forçaria a composição de forças políticas à Democracia.

A administração dos governantes, no entanto, só será bem-sucedida se forem observados os critérios da gestão pública: a **Virtù** e a **Fortuna**.

Virtù: A virtude política é a capacidade que o soberano, ou o governante, tem para governar, fazer alianças, negociações, manter a paz e defender a nação dos inimigos.

Fortuna: Não se refere a dinheiro nem à sorte (não existe sorte na política para Maquiavel, já que é uma ciência); refere-se à capacidade de prever o “jogo” político do opositor, evitando com isso que o “jogo” (as circunstâncias) leve à radicalização (guerra) ou ao infortúnio e dominação da Nação.

Diferentemente do que se pensa, o político de Maquiavel não é um demagogo ou corrupto. Ele é alguém que usa a razão e a ciência a serviço do governo, tomando as iniciativas e fazendo aquilo que for preciso para salvarguardar os interesses da Nação.

Em “Tito Lívio”, vemos a forma de pensar de Maquiavel nas ideias modernas, e o quanto Maquiavel prefere os sistemas democráticos à tirania. Como podemos observar quando Maquiavel diz: “Aqueles que, no estabelecimento de um Estado, fizeram valer mais sabedoria, colocaram no número das instituições mais essenciais a salvaguarda da liberdade; e, segundo a souberam colocar melhor, os cidadãos viveram, mais ou menos tempo, livres. [...] Na verdade, se considerarmos o alvo dos grandes e do povo, veremos nos primeiros a sede de dominação e no povo o desejo de não ser rebaixado e, por conseguinte, uma vontade mais firme de viver livre; pois o povo, bem menos que os grandes, pode esperar usurpar o poder” (“Tito Lívio”, Cap. V).

8.3. PARTIDOS E IDEOLOGIAS

Maquiavel já apontava nos séculos XV-XVI para os enfrentamentos que levariam os partidos a terem suas próprias ideologias. Gramsci resgata essa ideia na obra *Maquiavel e o Estado Moderno*.

Para a Ciência Política **Utopia** não é um sonho a não se realizar, mas é uma **Ideologia** nova que não encontrou respaldo na política partidária. É a criatividade política necessária para se avançar politicamente. A Utopia é tão importante na política quanto a Ideologia já consolidada. Cada vez que se rejeita a utopia, se fortalece a ideia do conservadorismo.

Por isso, na base de uma Democracia saudável as novas Ideologias, mesmo quando aparecem como Utopias, devem se expressar na constituição de Partidos Políticos, que possam participar do cenário político e acudir aos embates entre forças sociais. Tantos séculos antes da definitiva instituição do Estado moderno, do Estado liberal burguês, Maquiavel já havia previsto a necessidade de o povo se organizar em associações políticas, os Partidos, para fazer parte do “jogo” do poder e estar presente na disputa por esse poder fazendo representar os vários interesses sociais.

Então podemos dizer que Maquiavel defende o “Poder nas Instituições”, e só excepcionalmente e por tempo limitado o soberano deve sobrepor-se a elas, pois o melhor governante é aquele que cria ou defende instituições às quais ele mesmo deve submeter-se, para que os valores populares e democráticos permaneçam. O poder deve estar nas instituições políticas e não nas pessoas, e sendo a maior instituição o próprio povo, devem-se preservar os valores da Nação acima de tudo.

Maquiavel antecipou muitos dos conceitos e valores que os autores depois dele usaram para tentar justificar e aprimorar o aparelho estatal e controlar o poder soberano do Estado moderno, motivo pelo qual é considerado o “pai” da Ciência Política.



Figura 8.1 Nicolau Maquiavel. Fonte: Wikipédia

FICHÁRIO: Nicolau Maquiavel; Séc. XV-XVI; Florença – Itália; Corrente Filosófica: Racionalismo; Escola: Estatismo; Obras: *O Príncipe* (1512-1513); *Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio* (1513-1519); Palavras-chave: Razão, Estado, Ciência Política, Justiça.

Maquiavel e o Estado Moderno:

1. **As razões de Estado não se confundem com a moral e a ética cristã.** Uma coisa é razão política, a razão do Estado, e outra coisa é a moral e a ética religiosa. Existe uma separação entre Poder Temporal e Poder Transcendental.

2. **O Poder é a justificação do Estado/Soberano.** Maquiavel defende o Poder Centralizado (único) – não necessariamente autoritário: pode ser um governo republicano (popular), ou o poder de um príncipe (que respeite as leis). O importante é que haja o poder capaz de

promover a concórdia e administrar as tensões sociais e políticas, ou seja, um poder capaz de atender à nação unificada e defendê-la dos perigos externos e internos.

3. **A política é circunstancial, contingencial.** Formas e sistemas de governo são os que melhor se adequam ao enfrentamento de “forças ideológicas” que existem na sociedade. Maquiavel não defende um poder ideal porque a política é uma correlação de forças, é aliança, é negociação. Maquiavel, mesmo defendendo a república, vê a realidade pragmática de que a república pode não ser em determinado momento a melhor opção política, por exemplo, “para um povo corrompido”. A **Democracia Formal** que aceitamos hoje esconde a **Democracia Real**, pois se na **realidade** não há igualdade, aí temos a prova que existe algum tipo de “autoritarismo” que aceitamos. Isto mostra como a política é produto de seu tempo e das circunstâncias políticas e embate de forças que existe na sociedade. Por isso a **Ditadura** é tão “normal” para o Estado quanto é a **Democracia**: depende das necessidades da sociedade e da correlação de forças e capacidade de alianças. Portanto, nós, cidadãos modernos, sentimos a necessidade de haver um poder centralizado em alguém. Não gostamos do Estado prepotente, mas necessitamos dele quando queremos colocá-lo como decisório de fatos que ocorreram ou de decisões “indesejáveis” (Guerra do Paraguai; Golpe para instaurar a República; Guerra de Canudos; Ditadura de Getúlio Vargas; Ditadura Militar). Resumindo: colocamos a “culpa” dos fatos no Estado, usamos o seu poder para as situações de exceção, mas sempre almejamos a paz e a liberdade.

4. **A Guerra pode ser vista mais como a extensão da política por outros meios** do que propriamente o fracasso da diplomacia. Se a diplomacia não for suficiente para manter a paz, o soberano tem que intervir com guerra, porque, se não reagir, entregará seu povo e seu território à dominação de outro Estado. Pois não se pode ser atacado e não se defender; portanto, infelizmente, a guerra não é um absurdo para o Estado. Quando estamos sendo atacados é que percebemos que o poder tem que estar nas mãos do Estado. O autor Carl Schmitt (1888-1985), no século XX, reforça essa ideia dizendo que: “O soberano é aquele que governa no Estado de Sítio”, pois é quando mais sentimos a necessidade de um poder para nos “defender”. Somos mais civilizados quando fazemos alianças, negociações, porque somos obrigados a

aceitar posições diferentes das nossas. A Democracia exige a negociação, a composição, alianças políticas. Quanto mais desenvolvida a civilização mais negociação (Kant). Mas nem sempre as circunstâncias e as razões políticas e de Estado possibilitam a paz e as alianças, já que as negociações são contingenciais. Todavia, se a Nação possui instituições democráticas fortes, sobreviverá melhor às guerras e aos períodos de suspensão dos direitos civis.

O JUSNATURALISMO RENASCENTISTA

O Direito Natural surge no fim da Idade Média e consolida-se no século XV, opondo-se ao Direito Divino medieval. A premissa do Direito moderno “julgar e punir dentro da lei” decorre do Direito Natural (direito dos homens).

Antes, no Direito Divino, regia-se pela interpretação que a Igreja fazia do texto bíblico e do jeito que lhe era interessante. **Exemplo:** a obra de Epicuro foi condenada – o Materialismo Filosófico –, e quem a lia era excomungado.

O primeiro que lutou contra o Direito Divino foi o Direito Natural. O Direito Natural é o Direito da condição humana que sai do homem e se traduz em leis formais ou não, mas deixa de lado o divino como parâmetro para julgar e punir aqui na Terra (temporalmente).

O Brasil é um país laico; assim, pela Constituição Federal de 1988, não mistura Religião com o Estado de Direito. Mas as pessoas continuam tendo a concepção divina do ser superior que dá o sentido de ética e de justiça na nossa consciência. Já para o Direito, o texto divino é menos importante e interfere tão somente nos valores do julgador. O Direito Natural, historicamente, coloca-se entre o Direito Divino e o Direito Positivo.

Basicamente, temos dois tipos de Jusnaturalismo ou Direito Natural:

1. da condição humana – Direito Natural Inato;
2. empírico-social – com base na experiência social e compreende os autores contratualistas do século XVIII.

9.1. JUSNATURALISMO INATO DE HUGO GRÓCIO

Hugo Grócio (1583-1645) surge após o final da Idade Média, na virada do século XVI para o XVII. O apogeu do Renascimento é a oportunidade que Hugo Grócio tem de combater o Direito Divino. Grócio diz que “existem direitos que são percebidos obviamente como direitos próprios da condição humana”. Pela “reta razão”, percebe-se que os homens, enquanto tal, possuem direitos intransferíveis e inalienáveis.

Assim, o *Direito Natural* de Hugo Grócio vem da própria condição do homem. Os homens não são seres iguais a outros seres; por ser um ser absolutamente diferenciado, o homem tem direito aos direitos da sua condição humana. Não se trata de um Direito Divino nem de um Direito posto pelos homens a partir das suas condições sociais – Direito Positivo –, mas de direitos inatos próprios da condição humana.

Neste sentido, Hugo Grócio afirma que, mesmo que Deus não existisse, os direitos da condição humana continuariam existindo. Ele não diz que Deus não exista, mas que Deus não interfere em tais direitos. A questão que está em jogo é o poder medieval. A Igreja não aprecia isto, e questiona o que foi colocado no lugar ao retirar Deus do Direito; a resposta é o homem: com base em um racionalismo puro, qualquer pessoa pode perceber a condição jurídica do homem como tal. Como se pode perceber, substitui-se, em termos de Direito, Deus pela razão humana, o que constitui verdadeira revolução jusfilosófica nas sociedades renascentistas.

FICHÁRIO: Grócio; século XVII; Delft – Holanda; Corrente Filosófica: Racionalismo; Escola: Jusnaturalismo (Inato); Obra: *As leis da guerra e da paz*; Palavras-chave: Reta razão, Antropocentrismo, Jusnaturalismo, Direitos da Condição humana.

Primeira grande elaboração de um discurso jusfilosófico capaz de se opor ao Direito Divino e ao teocentrismo das igrejas cristãs. No sentido aristotélico do direito à autossuficiência e livre-arbítrio jurídico-político, propõe um Direito a partir da condição especial humana: enquanto espécie que se evidencia absolutamente diferenciada na natureza e das demais coisas, o homem deve assumir suas responsabilidades em construir racionalmente um direito e uma governabilidade própria. A “reta razão” é substituta do teocentrismo medieval; por ela os homens

se separam da natureza e da obrigação de obedecerem a normas e leis cujo princípio seja o dogmatismo bíblico.

Assim, os homens passam a ter direitos inerentes, ontológicos de sua simples condição humana. A universalidade distinta da condição humana aproxima e iguala todos os seres humanos como tal, mas dentro da perspectiva renascentista acompanha o movimento de libertação da esfera religiosa e também os afasta da “mãe” natureza. A revolução contra a “unidimensionalidade” divina – todas as coisas provenientes de um único Criador devem ser reguladas por suas leis (claro, escolhidas e interpretadas pelas igrejas) – coloca o homem no centro de leis e de um Direito que se propõe a divorciar tanto do divino como da natureza. Neste contexto, vale lembrar a distância que o Jusnaturalismo inato renascentista de Grócio apresenta em relação ao estoicismo (Cícero): este último era consequência da integração do homem com a natureza, quase uma imanência imediata do cosmos.

9.2. O DIREITO UNIVERSAL DE SAMUEL PUFENDORF

Samuel Pufendorf (1632-1694): seguidor do Jusnaturalismo inato, o referido autor escreve no começo do iluminismo do século XVIII. Diante da industrialização e ascensão burguesa, mesmo envolvido pelas teorias contratualistas, em vez de aderir a esta concepção o autor alemão torna-se discípulo de Hugo Grócio.

Pufendorf é considerado, por muitos, “Pai do Direito Internacional Moderno”, ou seja, o seu fundador. Este título se deve ao acréscimo feito pelo autor ao que o seu antecessor havia dito, pois com ele o Direito da condição humana torna-se *universal e inalienável*.

Pufendorf é importante porque, na época em que todos pretendem justificar o poder do Estado moderno, defende o Direito Natural, como forma de limitar esse poder estatal. Se hoje achamos que os direitos naturais dos homens são pouco absorvidos pelo Direito Positivo dos Estados, sem a atuação de Pufendorf talvez já tivéssemos perdido completamente a noção de respeitar tais direitos.

Além disso, Pufendorf foi capaz de “apaziguar” a Igreja, ao dizer que a inteligência é Divina e não o Direito. Pela inteligência divina podem-se criar as ciências naturais, como a Matemática, embora não estejam presentes em lugar algum de forma empiricamente observável seus conceitos e fórmulas, ainda que com tal inteligência possamos explicar o Universo. Para Pufendorf,

Deus nos deu a razão e a inteligência para entendê-lo a partir da pura razão. A construção do Direito Natural, neste sentido, também pode ser igualada à capacidade humana de desenvolver conhecimentos. Mas devemos ter cuidado: a inteligência é divina, não o Direito Natural.

FICHÁRIO: Pufendorf; século XVII; Heidelberg – Alemanha; Corrente Filosófica: Racionalismo; Escola: Jusnaturalismo (Inato); Obra: *Do direito natural e das gentes*; Palavras-chave: Razão e Divino, Jusnaturalismo, Universalidade de Direitos.

Discípulo de Grócio, a primeira contribuição ao Jusnaturalismo inato foi ter proposto o “sincretismo” que aproxima a “reta razão” de “Deus”. Apesar de Grócio jamais ter negado a existência de Deus, um sério empecilho ao reconhecimento do Direito Natural da condição humana era a separação dessa proposta em relação a Ele. Pufendorf propõe, então, que consideremos a razão como divina, coibindo assim os opositores religiosos e justificando a capacidade e mesmo a obrigação de os homens fazerem uso desse atributo divino para criarem o Direito Natural, da mesma forma que Grócio já identificara com naturalidade essa construção quando comparada a outras construções científicas que também são produto do intelecto humano (por exemplo, a aritmética da época).

Outra contribuição fundamental de Pufendorf é não só ter argumentado e defendido a ideia de que a universalidade da condição humana era o dispositivo que igualava os homens, mas também, e exatamente por isso, atribuir aos homens valores de direito que deveriam ser considerados inalienáveis, independentes, portanto, das múltiplas condições de vida humana em qualquer lugar.

Assim, os direitos naturais da condição humana ganhavam o *status* de universalidade e inalienação capaz de impor, de alguma forma, valores a serem observados e respeitados, intransponíveis pelos direitos formais e pela normatividade positiva dos códigos e sistemas de direito dos Estados modernos. Mais do que isso, esta é a possibilidade de articular um discurso de direitos que se colocam acima de particularidades sociais, econômicas, políticas, religiosas, culturais; é o verdadeiro respaldo e legitimidade de relações supranacionais, como o internacionalismo latente e sempre procurado pela jusfilosofia política que procura em seus discursos a paz entre os povos e os Estados.

9.3. CONSEQUÊNCIAS PARA O DIREITO MODERNO

Que *limites* existiriam para o Estado moderno se não fosse a concepção de que o Direito Natural da condição humana caminha lado a lado com o Direito Positivo e lhe dá limites? Nenhum Direito moderno pode “ignorar”, “passar sobre” o Direito Natural, porque, se o fizer, será repudiado.

O Direito Internacional “aniquila” a soberania dos Estados considerados individualmente para fazer prevalecer a Confederação de Valores. Tem que existir um valor além do direito particular de cada país.

Exemplos:

Tribunal de Haia: o Tribunal Internacional de Justiça, ou Corte Internacional de Justiça, é o principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas. Tem sede em Haia, nos Países Baixos. Por isso, também costuma ser denominado *Corte da Haia* ou *Tribunal da Haia*.

Fundado em 1946, sua principal função é deliberar sobre disputas a ele submetidas por Estados e dar conselhos sobre assuntos legais a ele submetidos pela Assembleia Geral das Nações Unidas ou pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, ou por agências especializadas autorizadas pela Assembleia da ONU, de acordo com a Carta das Nações Unidas. O estatuto do Tribunal Internacional de Justiça é o principal documento constitucional formando e regulando o Tribunal.

Tribunal de Nuremberg: o Tribunal de Nuremberg, em 9 de dezembro de 1946, julgou 23 pessoas, 20 das quais médicos, que foram consideradas como criminosos de guerra, devido aos brutais experimentos realizados em seres humanos. O Tribunal demorou oito meses para julgá-los. Em 19 de agosto de 1947, o próprio Tribunal divulgou as sentenças, sendo que sete de morte, e um outro documento, que ficou conhecido como Código de Nuremberg (anexo). Este documento é um marco na história da humanidade, pois pela primeira vez foi estabelecida uma recomendação internacional sobre os aspectos éticos envolvidos na pesquisa em seres humanos.

Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPI): foi criado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, em maio de 1993, com o objetivo de julgar os responsáveis por sérias violações aos direitos humanos – isto é, à Convenção de Genebra de 1949 –, como genocídio, crimes de guerra e contra a humanidade.

Há uma tendência de comparar o TPI com o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (TMI), criado após a Segunda Guerra Mundial para julgar os crimes cometidos pelos nazistas. Existem pontos comuns entre eles, mas as diferenças também são grandes.

O TPI é uma corte internacional civil, estabelecida pela ONU, enquanto o TMI, instalado em Nuremberg, era uma corte militar, criada pelos quatro países vencedores da guerra como parte de um acordo militar. Na época de Nuremberg, havia um vencido e alguns vencedores, o que não ocorreu na ex-Iugoslávia. Quando Nuremberg foi criado, os aliados controlavam inteiramente a situação, o que facilitou a reunião das provas, a audiência das testemunhas e a detenção dos acusados. Quando o tribunal foi instalado, a maior parte dos acusados estava presa, o que não ocorreu com o TPI.

Também para a *Constituição Federal Brasileira de 1988* o direito à vida é soberano:

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: (seguem-se 78 incisos).

O que ficou: o Direito não é só a lei escrita e não pode passar sobre a dignidade humana. O Estado deve saber o que o povo pensa. O Direito do Estado não é absoluto, os homens têm direitos e dignidades inalienáveis e universais, intransponíveis pelas razões de Estado.

Exemplo: Na Nigéria (país religioso fundamentalista), o pecado é só da mulher adúltera e só ela vai a julgamento e é apedrejada até a morte. Um caso recente tornou-se destaque na comunidade internacional que impediu a aplicação da referida pena e salvou a mulher julgada.

Exemplo: Se for pedida a extradição de um estrangeiro, só poderá ser feita se houver a reciprocidade e também se o país não tiver pena perpétua e pena de morte, porque não é concedida a extradição se houver tais penas. A reciprocidade não é só na troca de prisioneiro, mas também relativa à pena aplicável ao prisioneiro.

Anexo

Código de Nuremberg¹

Agosto de 1947

Tribunal Internacional de Nuremberg

1. *O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomar em uma decisão.*

2. *Este último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente.*

3. *O experimento deve ser tal que produza resultados vantajosos para a sociedade, que não possam ser buscados por outros métodos de estudo, mas não podem ser feitos de maneira casuística ou desnecessariamente.*

1. Tradução livre conforme: *Trials of war criminal before the Nuremberg Military Tribunals*. Control Council Law 1949; 10(2):181-182.

4. *O experimento deve ser baseado em resultados de experimentação em animais e no conhecimento da evolução da doença ou outros problemas em estudo; dessa maneira, os resultados já conhecidos justificam a condição do experimento.*

5. *O experimento deve ser conduzido de maneira a evitar todo sofrimento e danos desnecessários, quer físicos, quer materiais.*

6. *Não deve ser conduzido qualquer experimento quando existirem razões para acreditar que pode ocorrer morte ou invalidez permanente; exceto, talvez, quando o próprio médico pesquisador se submeter ao experimento.*

7. *O grau de risco aceitável deve ser limitado pela importância do problema que o pesquisador se propõe a resolver.*

8. *Devem ser tomados cuidados especiais para proteger o participante do experimento de qualquer possibilidade de dano, invalidez ou morte, mesmo que remota.*

9. *O experimento deve ser conduzido apenas por pessoas cientificamente qualificadas.*

10. *O participante do experimento deve ter a liberdade de se retirar no decorrer do experimento.*

11. *O pesquisador deve estar preparado para suspender os procedimentos experimentais em qualquer estágio, se ele tiver motivos razoáveis para acreditar que a continuação do experimento provavelmente causará dano, invalidez ou morte para os participantes.*

O EMPIRISMO SOCIAL DO CONTRATUALISMO

Os contratualistas partem da ideia de que o Estado¹ moderno precisa de um contrato social para criar o *Direito Positivo*. Na concepção dos contratualistas, não existe a desconsideração do Direito Natural. Os contratualistas apenas dizem que o Direito Natural não é suficiente para sustentar o Poder do Estado moderno; portanto, os Direitos Naturais de Grócio e Pufendorf devem ser transformados em um Direito Positivo moderno.

O Direito Natural não deixa de existir, mas ele não sustenta o poder dos Estados modernos, que deve ser justificado pelo Direito Positivo. Não devemos confundir-lo com o *Positivismo Jurídico*, que é outra coisa: direito positivo + positivismo (Comte).

Os contratualistas fazem uma construção bastante abstrata, criando um “estado de natureza”². Os direitos naturais do estado de natureza não sustentam o Poder do Estado moderno; precisa-se criar algo que o sustente, o Direito Positivo.

Os autores discutem a legitimidade e as origens da legitimidade do Poder e do Estado. A concepção de que o contrato social é o instrumento que capacita o Estado moderno a ter o poder é uma ideia que sobrevive até os dias de hoje.

1. Estado no sentido político.

2. “Estado” no sentido de situação de..., situação social de natureza tal em que prevalecem os Direitos Naturais.

Existem pensadores da segunda metade do século XX que vão ressuscitar o contrato social, concepção abstrata em que todos deveriam ter direitos e deveres regulados (John Rawls). O direito à vida assegurado na Constituição Federal de 1988 é um direito natural da condição humana que está positivado pelo Estado.

Os autores contratualistas afirmam que é preciso escrever, porque, se algum direito natural ficou sem estar escrito, seria uma fonte de ilegitimidade do Estado e uma brecha para a desordem social. Não dizem que o Direito Natural não exista ou não deva ser formalizado, mas esta concepção põe sempre em dúvida o Direito Natural, para que, por exemplo, alguém seja julgado com base nele.

Sempre para o contratualismo, no Direito Positivo, direitos e deveres devem estar escritos, e só são legítimos e só vão ser base/suporte do Direito se estiverem escritos. O Direito Positivo é visto como um grupo de leis que estabelece direitos e deveres baseados em um contrato social. Esta ideia é tão forte, que até hoje autores na jusfilosofia defendem que sem pacto social não há como sustentar nenhum direito e construir a paz social.

Exemplo: Orlando Gomes em *Raízes históricas do Código Civil* (2003, p. 87) afirma: “Nosso problema é falta de contrato social, o problema é que as elites é que fazem o Direito Civil, e está errado, pois não deve ter o pacto social só para as elites mas para toda a sociedade civil.”

O contrato social sempre consubstancia sua legitimidade através de um pacto da sociedade. Mas cada contratualista tem a sua visão de estado de natureza, função do contrato social e papel do Direito Positivo no Estado moderno. A seguir, resumimos essas diferenças a partir dos três contratualistas fundamentais: Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

10.1. THOMAS HOBBS

Para **Thomas Hobbes (1588-1679)**, o estado de natureza é de “guerra”, com “direitos ilimitados”. Hobbes não diz que o Direito Natural não existe, mas que existe e cria muitos problemas para a sociedade, porque nele o homem tem tantos direitos e tão ilimitados que ninguém consegue colocar limites, e uns entram em atrito com os outros porque não conseguem colocar limites nestes direitos, e por isso entram em guerra.

O pacto social coloca limites. Por ele, transfere-se toda a soberania para uma pessoa: o soberano. Não se trata de colocar limites em um papel; o povo, ao assinar este papel, deixa de ter soberania, passando-a integralmente para o soberano. Hobbes dá origem a um Estado absoluto. Monarquia absoluta, traduzindo, dá origem ao Estado moderno ditatorial, que não enxerga na sociedade civil a capacidade de colocar limites aos seus direitos. O cidadão transfere todo o seu poder para o Estado lhe dizer, através das leis, como ele deve agir com relação ao outro.

No contexto do entendimento de Hobbes, não conseguimos resolver nossas lides e, por isso, sempre temos que levar os problemas ao Estado. Diz Hobbes que “toda vez que a sociedade fugir ao Poder, o Poder lhe surgirá à porta”!



Figura 10.1 Capa original da obra “Leviatã” de Thomas Hobbes. Fonte: Wikipédia

FICHÁRIO: Hobbes; século XVII; Westport – Inglaterra; Corrente Filosófica: Empirismo Socionaturalista; Escola: Contratualismo; Obra: *Leviatã*; Palavras-chave: Estado de natureza, Guerra, Contrato social, Absolutismo.

Para Hobbes, o estado de natureza é uma guerra que se prolongada levará os homens à destruição da sociedade. Esta tese baseia-se no fato, não da negação de direitos naturais, mas da constatação de que tais direitos, exatamente por serem atributo de todos os homens indistintamente, levarão à guerra de uns contra os outros, de vez que não existe nada e ninguém capaz de impor limites. A tese do hobbessianismo, tão comum ainda hoje, principalmente entre os adeptos dos Estados fortes e totalitários, é que a igualdade de direitos, não a desigualdade, mas o fato de todos os homens serem iguais em direitos, e de estes serem ilimitados no estado de natureza, provocaria a destruição de todos, pois colocaria os homens uns contra os outros. Não por natural egoísmo ou brutalidade, como condição inata dos homens, mas para garantirem o máximo de direitos que lhe são naturalmente devidos.

A solução de Hobbes, então, é um contrato social que destituiria os direitos naturais dos homens e transferiria toda a soberania para um terceiro, o Soberano, ou Estado, que de forma absoluta, totalitária, definiria direitos e deveres de todos e imporá os limites necessários para a convivência, e sobrevivência, entre os homens. A questão, obviamente, é saber quem colocaria limites e estabeleceria direitos e deveres para esse terceiro, soberano absoluto e incontestável. Esta questão os adeptos dos sistemas autoritários, até hoje, têm negligenciado, apesar dos exemplos históricos da tirania dos governos sobre os povos. Na verdade, todo o discurso autoritário hobbessiano é a afirmação do fracasso da humanidade, porquanto se baseia na premissa da incapacidade dos homens de escolherem a convivência pacífica e a autodeterminação das formas e dos tipos de governo.

10.2. JOHN LOCKE

Para **John Locke (1632-1704)**, o estado de natureza é de “liberdade e igualdade”, “paz e harmonia”. Locke é o “Pai do Liberalismo”. Segundo esse contratualista, o Direito deve servir ao Estado mínimo; basta não alterar os Direitos Naturais no estado de natureza, pois eles são capazes de criar a harmonia e a paz social. Parte de uma concepção de autossuficiência dos homens no estado de natureza.

Dessa forma, ao fazer o Contrato, além de não mexer nos direitos da natureza, é necessário ainda garantir que referidos direitos possam permanecer

no Estado moderno. O liberalismo, ao defender os direitos naturais, diz que o contrato social não deve servir para alterá-los ou aliená-los. É natural que qualquer pacto limite direitos, mas deve pôr a salvo os direitos naturais. De tal forma, o liberalismo de Locke também pode ser entendido como um “libelo” de defesa do homem em relação ao poder do Estado. A autossuficiência política e jurídica dos cidadãos deve ser suficiente para que o ordenamento jurídico não sirva à prepotência do Estado (Bobbio).

Exemplo: Não é necessário colocar valores morais e conduta ética no texto da lei (Direito Anglo-saxônico), porque é mais uma questão de cultura e educação social do que de normatividade jurídica (*Common law*).

Todo liberalismo é um Estado mínimo (não intervencionista). Sociedade de livre mercado: as pessoas, quando nascem, possuem propriedades e negociam as coisas que têm de forma livre e igual. A grande questão é que, ainda que Locke tenha sido um precursor da liberdade humana frente ao Estado, a premissa de que todos os homens são iguais dentro dessa liberdade de negociar os bens que têm encontra forte crítica já entre os contratualistas, como Rousseau, pois não pode existir verdadeira democracia e liberdade se as pessoas não possuem as mesmas coisas e bens para negociar. Quem nada tem pode “livremente” negociar em pé de igualdade o quê?

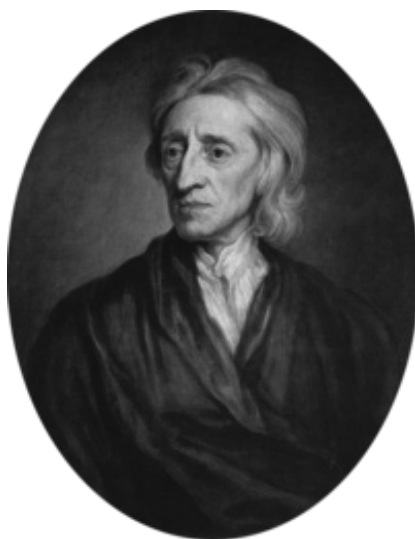


Figura 10.2 John Locke. Fonte: Medium

FICHÁRIO: Locke; século XVII; Wrington – Inglaterra; Corrente Filosófica: Empirismo Socionaturalista; Escola: Contratualismo; Obra: *Dois tratados de governo civil*; Palavras-chave: Estado de natureza, Paz, Contrato social, Liberalismo.

Quando Locke defendeu o voto popular, ainda que de forma censitária, seu pai e seu mestre Berkeley duvidaram da educação esmerada que lhe haviam ofertado. Estaria Locke contra o latifúndio e a monarquia? Não necessariamente, mas o que Locke havia percebido antes das grandes revoluções populares eclodirem (Revolução Francesa de 1789) é que dificilmente o Estado moderno deixaria de ser influenciado pelas demandas das amplas camadas da população e pelo poder econômico crescente dos comerciantes, industriais e financistas burgueses.

Assim, a obra de Locke pode ser entendida como o alicerce teórico jusfilosófico que atende a esses anseios da população e das novas elites emergentes, no sentido de que sua proposta parte de uma visão de estado de natureza de harmonia e paz, uma vez que a liberdade, bem comum máximo, é propriedade inalienável de todos os homens. Desta feita, no estado de natureza, os homens eram iguais na medida em que possuíam a liberdade de trocar seus bens, e, por isso, viviam em paz e bem-estar.

Conseqüentemente, ao passarem para a sociedade civil, o Estado, os homens deveriam impedir que este lhes alterasse os direitos naturais, a liberdade de negociarem livremente seus bens, constituindo assim uma visão de Estado mínimo, administrativo apenas naquilo que a complexidade da vida social exigisse um terceiro. Os fundamentos do liberalismo burguês, até nossos dias, veem o Estado como um “mal necessário”.

A quem interessa, afinal, um Estado em que nem o legislador, nem o jurista podem alterar os direitos naturais? De um lado, aqui o Estado está coibido de usurpar direitos dos cidadãos; por outro, no entanto, vale perguntar: a quem beneficiou a visão de não intervencionismo quando as novas classes burguesas assumiram o poder? O que afinal significa concretamente liberdade sem igualdade?

10.3. JEAN-JACQUES ROUSSEAU

Já para **Rousseau (1712-1778)**, o estado de natureza é uma situação de desigualdade. Rousseau diz que não temos coisas iguais, não nascemos com coisas iguais para negociar. O contrato social para Rousseau serve para tentar resgatar a igualdade que nós já não temos desde o estado de natureza. É necessário modificar os direitos naturais, porque em algum momento a servidão se instaurou na sociedade humana.

Em *Locke*: os homens fazem o contrato social e não mexem nos direitos naturais. Portanto, é desejável que o Estado moderno seja um Estado mínimo com uma lei pequena, tendo por princípio que nascemos iguais, com propriedades iguais para negociar livremente.

Em *Rousseau*: Por que tanta desigualdade no Estado moderno? Resposta: Ou porque o contrato social é feito errado, ou o problema está no estado de natureza. Rousseau opta pela segunda possibilidade. Os homens, no estado de natureza, e a partir de certo momento, tornam-se servis a outros. Assim sendo, diferentemente do liberalismo de Locke, o contrato social deveria buscar a igualdade entre os homens, mesmo antes de falar em liberdade.

Exemplo: Na Revolução Francesa, a classe burguesa aliada aos republicanos, inimigos dos latifundiários e do Rei, convenceu o povo a colocar a “cabeça em jogo” e a criar um Estado burguês, com base nos princípios Igualdade, Liberdade e Fraternidade (inspirados na obra de Rousseau). Ao final, a burguesia e outras elites se colocam no poder e o povo e seus revolucionários passam a ser perseguidos quando descobrem que foram enganados e que serviram, e serviriam como mão de obra assalariada, apenas aos propósitos das novas classes que substituiriam a monarquia e os senhores de terras no poder (passa a prevalecer o pensamento de Locke).

Em Rousseau, a liberdade não é, pois, sinônimo nem garante a igualdade entre os homens. Ao contrário, alcançada politicamente a igualdade material, pela vontade geral popular, a liberdade poderá ser uma realidade para todos. Em contraposição ao “Estado mínimo” de Locke, Rousseau é um dos precursores do Estado “intervencionista”. Este deve intervir na vida social, política e economicamente, visando resgatar a igualdade material entre os homens, condição primeira para efetiva condição de liberdade. Obviamente, isto não significa que Jean-Jacques Rousseau defenda um Estado autoritário, mas uma

“democracia popular” que comece por priorizar a distribuição mais equidistante da riqueza social e questione os privilégios de certas elites.

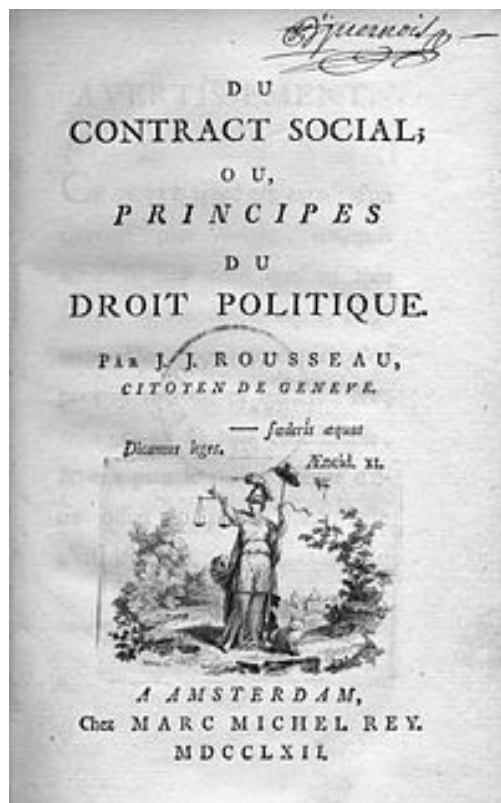


Figura 10.3 Capa original da obra “Contrato Social” de Jean-Jacques Rousseau.

Fonte: eBooksBrasil

FICHÁRIO: Rousseau; século XVIII; Genebra (Suíça); Corrente Filosófica: Empirismo Socionaturalista; Escola: Contratualismo; Obra: *Do contrato social*; Palavras-chave: Estado de natureza, Igualdade, Contrato social, Vontade geral, Estado social.

Quando a Bastilha foi tomada em 1789, os revolucionários franceses levavam na mão o *Do contrato social* de Rousseau. Depois de ter teorizado sobre a desigualdade entre os homens, condição instaurada em algum momento do estado de natureza pelos homens em nome da propriedade, o contrato social era a saída para resgatar a igual-

dade. O mecanismo era um Estado democrático, uma república, que obedecesse à “vontade geral” do povo, cujo papel fundamental era intervir politicamente para estabelecer condições de igualdade social. Assim, para Rousseau, a tarefa mais premente do Estado deveria ser não a conquista da liberdade, mas, primeiramente, da igualdade, pois defendia que os homens são verdadeiramente livres se forem plenamente iguais. Diferentemente de Locke, pois para este a igualdade só se conquistava com a liberdade – de mercado e política.

Assim, Rousseau muda diametralmente a concepção liberal do Estado mínimo e da concepção utilitarista de que o mercado se regula por si só. Obviamente, a defesa de um Estado popular intervencionista não pode agradar à emergente classe burguesa defensora do livre mercado e do sistema assalariado capitalista. No entanto, jamais Rousseau defendeu um governo autoritário e tirano, mas apenas sua ação regulatória com base em um contrato social que privilegiasse a igualdade e não o discurso da democracia formal de liberdade com desigualdade.

Anexo

Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens¹

Jean-Jacques Rousseau

[...] O primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer “Isto é meu”, e encontrou pessoas bastante simples para crê-lo, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, mortes, quantas misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado aos seus semelhantes; “Guardai-vos de escutar este impostor; estais perdidos se esquecerdes que os frutos são para todos, e que a terra é de ninguém!” Mas existe um grande indício de que as coisas aí já tivessem chegado ao ponto de não poder mais continuar como estavam: pois esta ideia de propriedade – provindo de muitas ideias anteriores, que não puderam nascer senão sucessivamente – não se formou repentinamente no espírito humano: foi preciso fazer progressos, adquirir muito engenho e luzes, transmiti-los e aumentá-los de geração em geração, até chegar ao último limite do estado de natureza. [...]

Assim, os mais poderosos ou os mais miseráveis, fazendo de suas forças ou de suas necessidades uma espécie de direito ao bem alheio, equivalente, segundo eles, ao de propriedade, a igualdade rompida foi seguida da mais indigna desordem; assim as usurpações dos ricos, as extorsões dos pobres, as paixões desenfreadas de todos, abafando a piedade natural e a voz ainda fraca da justiça, tornaram os homens avaros, ambiciosos e maus. Ergueu-se entre o direito do mais forte e o do primeiro ocupante um conflito perpétuo que não terminava senão em combates e mortes. [...]

1. Reproduzido conforme NASCIMENTO, M. M. Rousseau: da servidão à liberdade. In Francisco Weffort (Org.). Os Clássicos da Política. São Paulo: Ática, 2001. v. 1, p. 201, 211, 212-213.

Todos correram ao encontro de seus grilhões, crendo assegurar sua liberdade, pois, com muita razão, reconhecendo as vantagens de um estabelecimento político, não tinham bastante experiência para prever seus perigos: os mais capazes de pressentir os abusos eram precisamente aqueles que esperavam poder se aproveitar dos mesmos e até os sábios compreenderam que seria preciso sacrificar uma parte de sua liberdade para conservar a outra, tal como um ferido permite que lhe amputem o braço pra salvar o resto do corpo. [...]

Tal foi ou teve de ser a origem da sociedade e das leis, que propiciaram novos entraves ao fraco e novas forças ao rico, destruíram irremediavelmente a liberdade natural, fixaram para sempre a lei da propriedade e da desigualdade, fizeram de uma hábil usurpação um direito irrevogável e que, para o proveito de alguns ambiciosos, daí em diante sujeitaram todo o gênero humano ao trabalho, à servidão e à miséria.

DAVID HUME E O UTILITARISMO INGLÊS

David Hume (1711-1776) nega a supremacia da razão como instrumento do conhecimento e conduz sua reflexão para o caminho da reconstrução do conhecimento humano a partir dos sentidos. Sua filosofia é empirista, ou seja, baseada na experiência humana.

O empirismo de Hume é produto da reação contra o extremo racionalismo do século XVIII. Hume qualificara a si como sendo um cético e empirista para explicar a origem do conhecimento pelos sentidos. Por essa razão, Hume foi considerado um empirista materialista, pois seu raciocínio parte do social, pela leitura dos sentidos, para se ter como produto o conhecimento.

A ética neste sentido é construída a partir de recursos empíricos, ou seja, reconhece-se na experiência social a conduta ética como paradigma para as demais condutas. É através da experiência sensorial que se extraem o caráter e as convicções morais. Nesse ponto é que se observa o conceito de vício e de virtude.

Hume achava que o vício é algo que causa incômodo, e a virtude seria algo que traz satisfação. Não é a razão que dita se determinada situação é certa ou errada, justa ou injusta, mas a experiência do homem pelos sentidos. Com a experiência e a experimentação, os homens conseguem distinguir as impressões causadas pelo vício e as impressões causadas pela virtude.

A conquista da virtude é um processo gradativo de certas práticas e conceitos que o próprio homem extrai de sua experiência. A justiça, nesse