

# A FILOSOFIA DO DIREITO E A ÉTICA

*Jaime Tomkowski Souto\**

---

**RESUMO:** Através deste artigo tentamos traçar um pequeno perfil da filosofia do direito no decorrer do pensamento filosófico, iniciando na antiga Grécia e chegando aos nossos dias, sob a ótica da apreciação moral. Quando mais os pesquisadores tentam vislumbrar diferenças e distinções, mais se tornam manifestas as razões de correlação entre o direito e a moral ligados um ao outro nas raízes do mesmo espírito.

**PALAVRAS-CHAVE:** filosofia; direito; ética.

---

A Filosofia do Direito se propõe a repensar criticamente e a iluminar os aspectos da atividade humana que se relacionam com a vida em sociedade, enquanto vinculada a obrigações legais, a fim de conduzi-la idealmente na ordem universal. Para esta tarefa ela não só assume o cômputo de prefixar os fatos jurídicos e ordená-los segundo as categorias particulares, mas procura sobretudo estabelecer o seu valor e fundamento.

Para se estabelecer a origem da Filosofia do Direito pode-se assumir como instrumento de pesquisa a própria raiz do Direito: o homem. “A priori” se poderia afirmar que o homem ao assumir a vida associada sente-se impelido à reflexão sobre os fundamentos da vida social. Cada homem em qualquer época exaltou ou criticou as instituições, o poder político, as normas; defendeu ou impugnou com argumentos mais ou menos prováveis a honestidade social do matrimônio, a legitimidade da propriedade privada e outros. Sob esse aspecto se pode afirmar que se dá uma origem especulativa, primitiva e espontânea da Filosofia do Direito.

Podemos dizer que o termo Filosofia do Direito abrange todas as formas de indagação sobre o valor e a função das normas que governam a vida social no sentido do justo.

Sua primeira função é a de estabelecer os princípios comuns – *ex natura rei* – das ciências jurídicas. Seus temas fundamentais referem-se ao conceito de Direito, à idéia de justiça e a sua respectiva integração no plano histórico.

Que fins ou valores norteiam os homens e que deveres resultam desses fins?

É tarefa do filósofo do direito buscar o conhecimento daquilo que é justo ou conveniente, conforme o princípio da utilidade, visto como “uma ação é boa ou má, digna ou indigna, merecedora de aprovação ou de repulsa, na proporção de sua tendência a aumentar ou diminuir a soma de felicidade pública”.<sup>1</sup>

Pensamos que é de grande importância a afirmação de Stammler que nem todo o direito é direito justo, mas que todo direito deve ser ao menos uma tentativa de ser direito justo. Aqui reside o problema nuclear da filosofia jurídica, que é o da relação entre a experiência concreta e os ideais que se revelam através da história, envolvendo os homens e os grupos.

---

\* Prof. Instituto de Cultura Religiosa UCPel e Instituto de Teologia UCPel. Mestre em Direito Canônico pela Pontifícia Universidade de São Tomás de Aquino - Roma.

<sup>1</sup> *Bentham*, 1840. v.3, p. 359.

O certo é que o filósofo do direito sempre se volta à experiência jurídica para indagar de seus pressupostos, assim como para captar esses valores no direito como “experiência concreta”, como ideal que se faz história e a transcende, em uma ordem humana que é sempre um momento de ordenação lógica e ética.

Dentro da Filosofia do Direito destacamos a Deontologia Jurídica ou Doutrina dos Valores Éticos do Direito, o problema do fundamento do Direito.

Podemos dizer que a Deontologia Jurídica é a teoria da justiça e dos valores fundantes do Direito.

Este conceito baseia-se na teoria de que existe um valor fundamental para a esfera jurídica, que é o valor do justo, mas que este valor implica a coordenação harmônica de outros valores tais como a Liberdade e a Igualdade. Daí a expressão *valores fundantes do direito*, cuja harmonia em unidade compõe o justo.

“A Deontologia Jurídica é a indagação do fundamento da ordem jurídica e da razão da obrigatoriedade das normas de direito, da legitimidade da obediência as leis, o que quer dizer indagação dos fundamentos ou dos pressupostos éticos do Direito e do Estado”<sup>2</sup> (2).

A justiça social é uma composição harmônica de valores sociais, de maneira que cada homem possa realizar a plenitude de seu ser, e a sociedade atingir o máximo de bem-estar, compatível com a convivência pacífica e solidária.

Ao longo dos séculos diversos filósofos deram sua contribuição à Filosofia do Direito. Em geral a filosofia aborda temas como o céu, a terra, o homem. Porém no que diz respeito ao homem um dos grandes temas é a justiça, a sociedade, o estado, portanto o direito.

### **Sócrates (470 – 399 a. C.)**

Ele não aparece como um Filósofo do Direito e nem como um jurista, mas, podemos dizer, um grande moralista, pregador de moral.

Sócrates distingue duas categorias de leis: a lei não escrita (lei de Zeus, lei divina, que está na razão) e a lei humana (que por sua vez se divide em lei justa e lei injusta). Assim que existem dois direitos: o escrito, leis positivas de autoria dos homens e o não escrito que é o direito justo.

O homem deve conhecer si mesmo para conhecer a sua realidade e a lei divina, não escrita, que está dentro de si.

A lei divina tem a razão de causa para a lei humana e esta é um efeito daquela. As leis humanas são justas ou injustas, segundo o grau de acordo que mantêm com a lei divina.

Sócrates fornece duas explicações para justificar a justiça das leis humanas:

1ª A lei humana é justa porque se equipara as ordens dos genitores (o Estado) e a eles se deve obedecer;

2ª todos os cidadãos implicitamente consentem em prestar obediência as leis. Esta é a origem da teoria contratualística que será desenvolvida também por Rousseau.

Ainda encontramos no pensamento de Sócrates a idéia de que o Fundamento de Direito é Deus, o autor da natureza é Zeus, e tudo o resto deve concordar com o direito divino.

---

<sup>2</sup> Reale, 1987. p.308.

### **Platão (429-347 a. C.)**

Fundamentalmente ele é um moralista, eticista, não um Filósofo do Direito.

Platão distingue em sua teoria “o mundo das idéias divinas” e “o mundo real”. No mundo das idéias são colocados todos os protótipos. O mundo real é uma imitação do mundo das idéias. Existe também uma idéia de justiça e de lei. O mundo real não é perfeito, diversamente do mundo das idéias.

Para Platão a justiça equivale a todas as virtudes. Ele tem um conceito cósmico: é justo aquele que tem todas as virtudes, que tem perfeito equilíbrio e harmonia. Assim o estado é justo quando tem todas as virtudes. Portanto o seu conceito de justiça é genérico: consiste em possuir todas as virtudes.

Para obtermos a idéia de lei devemos distinguir duas grandes obras: a “República” e a “Política”.

Na “República”, Platão ensina que a lei não é necessária, que os homens não tem a necessidade da lei. Os homens e os estados devem reger-se pela soberania da ética, não é necessária a lei. Na primeira parte de seu pensamento, na “República”, Platão individualiza a necessidade da ética para o governo da sociedade, que por isso não necessita da lei. O estado deve ser regido pelos “sábios” e filósofos, que conhecem perfeitamente a ética, o mundo do “dever ser”.

Ele sustém que nenhum que conheça a verdade não possa andar por outro caminho que o de seguir a verdade.

A primeira fase da filosofia de Platão pode resumir-se na vontade da existência só da lei da ética. Em uma segunda fase, na “Política”, ele sustenta que não se pode viver sem lei na sociedade: reconhece a necessidade de uma lei como instrumento de aplicação da ética. Só o “ético” não basta, necessitamos da lei para impor a moral.

Ele afirma que a lei não tem outra função que a de dar eficácia, coatividade e executividade à ética. A ética é necessária para tutelar os homens, as crianças, os anciãos, em gênero as partes débeis e fazer que vivamos segundo a natureza. A lei é necessária e soberana para obtermos em estado de Direito: um estado governado e submisso à lei.

As linhas fundamentais, portanto, dos dois grandes princípios que podemos abstrair do pensamento de Platão sobre a lei são:

1ª a lei é necessária para ordenar a sociedade. Uma ordem natural, não uma ordem tirânica, para que o homem possa viver em sociedade;

2ª contemplar a lei na sua grande função: deve ser a encarnação da ética. Deve ser um auxílio na aplicação da ética, para que os homens possam viver eticamente.

### **Aristóteles (384-322 a. C.)**

A primeira idéia fundamental de Aristóteles é a clara distinção entre Direito e Lei: o Direito é a matéria, o substantivo; a Lei é a forma da matéria, adjetivo do substantivo.

A Lei é a palavra, mas não é a idéia. Da mesma forma que devemos distinguir na metafísica o corpo e a alma, a lei não é outra coisa que a palavra, a preposição, a expressão, não é o Direito.

O Direito é a matéria, a coisa devida à uma outra pessoa. Não se deve confundi-lo com a Lei. O Direito é o objeto, a substância. Para Aristóteles o Direito será sempre a causa e a Lei um simples efeito.

Para ele a Lei é absolutamente necessária porque não basta só a razão. Para ele a razão pura não existe, a ela se mesclam a paixão e o interesse. Por isso não é possível que um juiz possa julgar uma controvérsia em cuja alguma das partes é ligada a ele por vínculo de parentesco. Portanto as leis são atos da razão e devem existir somente quando necessárias e essenciais. Ele considera que existem muitas leis supérfluas, porém sustenta que a lei é soberana.

### **Os Estóicos**

Os estóicos gregos – Crisipo, Zenão, Cícero, Sêneca e Quintiliano – constituem uma ponte entre a Filosofia Grega e a Filosofia do Direito Romana.

Os grandes juristas romanos Gaio, Ulpiano e Justiniano os têm como referência.

O ponto fundamental para esta Escola é a equação, a correlação perfeita entre Direito, Lei e Justiça. A Lei é o recipiente que contém o Direito. Hierarquicamente primeiro vem o Direito, depois a Lei; a Justiça é uma virtude do Direito.

O segundo ponto fundamental é a tríade piramidal dos direitos e das leis: no vértice da realidade está a Lei Eterna, depois vem a Lei Natural e no terceiro ponto encontramos a Lei Positiva. O fundamento último desta tríade é o deus Júpiter.

Para os estóicos a Lei Eterna é a primeira e fundamental, é a raiz para as leis naturais e positivas. É uma porção, um fragmento, de Deus na natureza das coisas e dos homens.

Evitar o vício e praticar a virtude é a atitude que determina o agir do homem em função da presença de um pedaço de Deus na natureza e, essa presença, governa tudo: homem, natureza e idéias, porque o mundo é a casa de Deus e dos homens. Esse princípio prático se encontra na “caixa-forte” da razão.

A Lei Divina, dizem os estóicos, se trata de um fragmento do Deus emanante na natureza: sua ação é perseguir o bem e evitar o mal. Os sujeitos passivos de tal lei são os homens e os deuses, porque o mundo é habitado por ambos e mais os animais.

A lei natural é a mesma Lei Eterna (fazer o bem, evitar o mal) impressa na mente humana.

A lei positiva é a lei feita pelos homens que são responsáveis pela comunidade.

“Cleonte, no seu hino a Zeus – que é o documento mais amplo que nos vem do estoicismo antigo – disse que o Deus, o qual “governa o universo com justiça”, reuniu na unidade todas as coisas, de maneira que viva eternamente uma razão única para todos, razão da qual se afastam os maus, que não vêem a lei universal do Deus: Deus, Natureza e Razão são, juntos, o princípio da Lei”<sup>3</sup> (3).

### **O direito como “voluntas” – a idéia romana**

No mundo romano devemos reconhecer a existência de uma ciência do direito autônoma. O direito não é cultivado apenas por moralistas, filósofos, teólogos ou sacerdotes. Já surge a figura do *Jurisconsulta*, que tem consciência do objeto próprio de sua indagação, e, aos poucos, se converte em um especialista ou profissional, cultivando a justiça como “voluntas”, e não como um dos aspectos teóricos da sabedoria.

O Direito Romano é, efetivamente, uma criação nova, que pressupõe em quem cultiva

---

<sup>3</sup> Fasso, 1970. v. 1, p.110.

a convicção de que a experiência humana, por ele estudada, se subordina a categorias próprias, sendo suscetível de ordenação em um todo, e coerente.

Entre os romanos não se destaca a paixão pela filosofia, eles dão preferência à atividade prática – por isso o Direito está no plano da “voluntas”- porém podemos citar alguns autores entre os quais se destaca Cícero, que repete a distinção grega entre Direito Positivo e o Direito Natural, ou melhor, entre o justo por natureza e o justo por lei ou convenção.

Na obra de Cícero a consciência da lei natural, enquanto momento essencial da ética, atingiu grande beleza e precisão. Como exemplo temos a apologia da lei como expressão da razão natural, sempre igual por toda parte, sempiterna, que determina o que deve ser feita e o que deve ser evitado.

Os romanos tiveram clara noção de que o “Lícito Moral” não se confunde com o “Lícito Jurídico”.

Outro nome que merece destaque é o de Celso, para quem “o Direito é a ciência do bom enquanto equitativo”( Digesto I, 1,1 ). Se para alguns existe uma confusão entre Direito e Moral: se o Direito é a ciência do bom e do equitativo, afirmam, não resta dúvida que não existe nem mesmo consciência de um problema; outros dizem que o Direito diria, assim, respeito não ao bom de maneira genérica ( objeto da moral ), mas àquela espécie de bem que tange à equidade, ou seja, à igualdade entre os homens em sua proporcionalidade, compondo as exigências da equidade e da utilidade.

### **Santo Tomás de Aquino ( 1225-1274 d. C.)**

Santo Tomás é um dos pontos cardeais da Filosofia do Direito. Faz uma síntese original, deixando a sua marca em cada tratado. Suas fontes são os filósofos gregos e romanos e os pós-romanos da Idade Média.

Para ele a Lei é uma proposição gramatical, uma expressão vocal, proveniente da autoridade competente e o Direito é a coisa ou ação ontológica real devida a sua pessoa ad aequalitatem (mesma qualidade).

A teoria Tomista sustenta um hilemorfismo entre Direito e Lei. O Direito não é Lei, mas é alguma coisa da razão da Lei (JUS NON EST LEX, SED EST ALIQUA RATIO JURIS). Direito e Lei não são a mesma coisa, porém não pode existir a Lei sem o Direito e nem o Direito sem a Lei, os dois devem andar sempre unidos. Existem como matéria (Direito) e forma (Lei). Há uma hierarquia entre eles: primeiro vem o Direito e depois vem a Lei.

Na sua FILOSOFIA DO DIREITO, Santo Tomás distingue diversas categorias: **LEI E DIREITO ETERNO** – é a Lei Divina na qual Deus é o construtor de todo o universo. Deus não é só o criador mas está vizinho à vida e à atividade das criaturas. Na criação devemos distinguir a ordem do ser e a ordem dinâmica. A coisa “É” e ao mesmo tempo “TEM” uma atividade. O arquiteto divino deu portanto uma lei do ser e uma lei da atividade para toda a criação: esta é a Lei Eterna. A Lei Eterna está no plano de ser e no plano do agir. “A Lei Eterna a conhecem somente Deus e os Bem-Aventurados: todavia toda a criatura racional a conhece através de sua irradiação ( cf. SUMMA THEOLOGIAE, Prima Secundae, Questão 93, Artigo 2). **LEI E DIREITO NATURAL** o qual é intrínseco à natureza do homem. O autor deste direito é Deus.

A Lei Natural é semelhante aos primeiros princípios da razão prática. A natureza se inclina diante de Deus. Esta inclinação da natureza deve estar em proporção com o fim do homem, portanto todos os homens enquanto seres racionais conhecem a Lei Natural. **JUS GENTIUM E LEX GENTIUM** é a coisa “quase” devida por exigência essencial do

homem. Não é essencial, é quase pela aplicação dos primeiros princípios da razão prática, ou seja, são as primeiras conclusões subtraídas da Lei Natural. **DIREITO POSITIVO** é para Santo Tomás a coisa devida ao homem não por exigência da essência do homem, mas por exigência das circunstâncias do homem. Portanto o direito positivo está para as circunstâncias da mesma forma que o direito natural está para a essência. Por exemplo se surge a guerra, as leis que são emanadas em sua consequência são devidas as circunstâncias e não a essência normal do homem.

### **Hugo Grócio (1583 - 1651 d. C.)**

Grócio é a ponte entre a filosofia da Idade Média e a Jusnaturalística. Alguns tendem a colocá-lo como um expoente do início do naturalismo, porém ele não faz o divórcio entre a natureza e Deus, suas afirmações vão ao limite de expressar “também se Deus não existisse”. Ele, também, é unanimemente reconhecido como o pai do Direito Internacional. Sustenta que os direitos naturais estão na mãe natureza, devemos procurá-los na natureza do homem. Os direitos não estão na razão, mas na natureza; a razão é que impele a descoberta dos direitos naturais, ou seja: eles estão na natureza e são descobertos com a razão. Grócio se alinha ao pensamento de Santo Tomás quando diz que o direito natural é aquele conveniente à natureza do homem e o autor da natureza é Deus. Ele sustenta que o primeiro – e fundamental – direito natural, próprio da natureza humana, é a fome de socialidade. Esse apetite para a sociedade, à agregação social, determina o surgimento do direito positivo no papel da PACTA SUNT SERVANDA.

O princípio “Pacta Sunt Servanda” (princípio de equidade do direito: os pactos devem ser cumpridos) constitui o fundamento do direito positivo na medida em que os homens convencionaram a obediência à sociedade, por isso se deve obedecer as leis que emanam da sociedade.

### **Samuel Pufendorf (1632 - 1694 d. C.)**

Sua filosofia constituiu-se na análise do homem frente à natureza. Por sua própria natureza o homem encontra um elemento de franqueza – um *sentimentum debilitatis* – em função do qual não lhe é possível sozinho conquistar a bem-aventurança, por isso aceita um pacto de união: o pacto social.

A necessidade, para o homem, de associar-se, nasce da sua conscientização de que permanecer só o coloca em estado de incapacidade para a conquista do bem ao qual todo o homem tende e deseja alcançar. O homem, em busca desse bem, se dá conta de seus limites e da necessidade da sociedade e, em consequência, da lei. Neste caso resulta necessário o pacto de união e o pacto de adesão, respeito, submissão.

Ele define a justiça como a reta aplicação das ações a pessoa, ressaltando o aspecto inter-subjetivo no qual a justiça implica também no respeito da pessoa a quem é devida.

### **Emanuel Kant (1724 - 1804 d. C.)**

Expressão da escola idealista, ele distingue a razão pura e a razão prática, sustentando que em ambas nós temos formas a priori.

Com as formas a priori da razão pura se fazem as ciências e a metafísica. Com as formas a priori da razão prática se fazem a Moral e o Direito.

Kant faz uma distinção entre a Moral e o Direito na qual coloca que a diferença não está no argumento e nem na interioridade ou exterioridade das ações, mas no motivo das mesmas.

A motivação da ação moral é o dever. A motivação do direito está na necessidade de cumprir um mandamento da lei, não porque devo fazer uma coisa mas porque o manda a lei.

Os dois princípios que regulam a Moral devem também regular o Direito: o primeiro é que as ações de cada homem devem ser regra, modelo, exemplo para todos ( exemplo: o roubo não pode ser modelo para todos) e o segundo é agir de tal maneira que seja possível a liberdade dos outros, coexistir na liberdade.

Para Kant o Direito é sempre direito porque se adequa à lei externa, não interessa à moralidade da ação. O Direito é a exatidão – olha a exatidão e não a bondade da alma. Porém ele não olha só para o foro externo pois afirma que se em um delito falta a consciência ou a vontade, não existe delito.

Para ele a liberdade é o direito dos direitos, o primeiro dos direitos naturais, e nele temos implícitos todos os direitos naturais. O direito de liberdade consiste no direito à felicidade na forma em que cada um julga mais oportuno (um quer ser advogado, outro padre, outro professor), ou seja, o direito de ser feliz na melhor forma de vida para si.

A função da lei, na filosofia kantiana, é salvaguardar a coexistência da liberdade de todos sob o princípio da liberdade. A função do estado seria assegurar a coexistência da liberdade de todos, com a lei.

### **Miguel Reale (1910 -)**

Para ele o Direito pode ser determinado como “a realidade histórico-cultural ordenada de forma bilateral atributiva segundo valores de convivência, o que significa que a jurisprudência tem por objeto fatos ordenados valorativamente em um processo normativo de atribuição”<sup>4</sup>.

Reale sustenta que a meditação filosófica sobre o Direito e o Poder encontra sempre a ambivalência do ser humano, buscando novas formas de equilíbrio entre as forças que o prendem ao passado e as que o impelem para o futuro, oscilando entre a ordem estática e o progresso, entre valores positivos e negativos e entre as múltiplas vias que se lhe entreabrem sob influxo de uma mesmíssima ordem de valores.

Ele tenta sistematizar os critérios distintivos entre a Moral e o Direito:

- 1º Quanto à natureza do Ato - **Moral** : Visa mais a intenção, partindo da exteriorização do ato  
**Direito** : Visa mais o ato exteriorizado, partindo da intenção.
- 2º Quanto à Forma - **Moral** : Nunca heterônoma; incoercível; não apresenta igual predeterminação tipológica.  
**Direito** : Pode ser heterônomo; coercível; especificamente predeterminado e certo, assim como objetivamente certificável.

---

<sup>4</sup> Reale, 1987. p.699.

- 3º Quanto ao Objeto ou Conteúdo - **Moral** : Visa de maneira imediata e prevalecente ao bem individual, ou os valores da pessoa.
- Direito** : Visa de maneira imediata e prevalecente ao bem social, ou os valores de convivência.

Para Reale a nota ética fundamental se resume em que como o ato moral pertence à instância do sujeito, não é dado a outrem realizar o ato ( impossibilidade de substituição) ou coagir o sujeito a praticá-lo (impossibilidade de execução forçada). No que se contrapõe a conduta jurídica, que segundo ele, não pertence exclusivamente ao indivíduo como sujeito universal, pois somente é jurídica porque e na medida em que se proporciona a outrem. A exigibilidade do credor só tem significado em confronto com a posição do devedor.

A relação jurídica não pertence ao sujeito ativo, nem tampouco ao sujeito passivo, nem pode ser medida pelo ângulo de um ou de outro separadamente. Ela é algo que supera as pessoas de um e de outro sujeito e se coloca acima deles, unindo-os em um laço de exigibilidades ou de pretensões.

### **Conclusão**

Considerando a distinção do objeto entre a Moral e o Direito, uma vez que a conduta exterior só interessa à Moral na medida em que exprime uma conduta interior e que a conduta interior só interessa ao Direito na medida em que anuncia ou deixa esperar uma conduta exterior, podemos afirmar que a função ética da Filosofia do Direito busca:

- fazer e dar, com generosidade, os princípios próprios da natureza das coisas;
- julgar sobre a ortodoxia dos princípios possíveis da ciência jurídica;
- reestruturar as ciências jurídicas e a legislação positiva segundo a ordem da natureza.

As ciências jurídicas não tem como objeto o universo do Direito, mas fragmentos deste (exemplo: a ciência processual trata daquela parcela que é o direito processual), ao invés a Filosofia do Direito tem como próprio âmbito de pesquisa a totalidade do Direito; o objeto material, isto é a esfera de competência como matéria da Filosofia do Direito concerne o inteiro, total, universal direito, as singulas partes do direito não enquanto partes separadas, mas enquanto partes do Direito na sua totalidade.

Assim, concluímos que a ética estabelece uma necessidade à Filosofia do Direito que reside na busca da razão do objeto dos institutos jurídicos, ou antes das suas causas além do estabelecido.

### **BIBLIOGRAFIA**

- BENTHAM, D. J. *Deontologie ou Science de la Morale*. Bruxelas, 1840. Volume III.
- FASSO, G. *Storia della Filosofia del Diritto*. Mulino, Bolonha, 1970. Volume I.
- REALE, M. *Filosofia do Direito*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1987.