

JOAQUIM CARLOS SALGADO

Professor na Universidade Federal de Minas Gerais e na PUC-MG

Naio Fernando Salgado Leopoldo

A IDÉIA DE JUSTIÇA EM KANT - SEU FUNDAMENTO NA LIBERDADE E NA IGUALDADE

JOAQUIM
CARLOS
SALGADO

... e titular de Ne-
... do Minas
... em Direito e
... Universidade
... (UFMG),
... de área de
... de filosofia do
... mesma Universi-
... .

... do
... (Deuts-
... Ausläus-
... . Junto à
... (1975 -
... o direito
... Alemão

... Faculdade
... Fe-
... que,
... Professor
... de
... Faculdade
... há longo
... grandes
... Alemanha

... intro-
... na
... Univer-
... Gerais
... do
... de
... Faculdade
... PUC-MG.

*Por que as Minas estremecem
com dolorosa ansiedade?
— Foi preso um simples Alferes,
que só tinha um bacamarte.*

O ROMANCEIRO DA INCONFIDENCIA
Cecília Meireles

1972
SALGADO
1972

que cria o "suum". Disso decorre que o conteúdo da justiça será plúrimo, quando dado pelo direito positivo. Daí, a necessidade de recorrer-se à lei natural, com o objetivo de conseguir-se um conteúdo constante e universal. A justiça desempenha um papel ancilar diante do direito que lhe dá conteúdo, que é o seu objeto.¹⁴⁰ A lei natural prescreve à conduta humana o "aequum" (igual).

Em Cícero a igualdade é considerada como um critério de equilíbrio entre três poderes tradicionais: "magistratus", "populus" e "senatus". Ao considerar que cada forma de governo tem suas virtudes e inconvenientes,¹⁴¹ opta por aquela que possa eliminar os vícios e, ao mesmo tempo, somar virtudes da monarquia, com as da aristocracia e as da democracia, de modo que a força de um dos poderes fiscalize e contribua para a virtude dos demais. Essa tríade acaba entretanto numa diíde:¹⁴² o "senatus", que é a reunião dos magistrados a que se reconhece autoridade (auctoritas) criadora do "ius", e o "populus" que possui o poder (potestas), criador da "lex", mais tarde desembocando no império.¹⁴³

Adequada à república de Cícero está a classificação das leis que ele concebe. Cícero entende que a lei é um saber escolher (inclusive etimologicamente), o que se faz através da reta razão, para determinar o verdadeiro e o justo.¹⁴⁴

A razão é o que há "de mais divino" "não só no homem, mas também em todo o céu e em toda a terra" e que faz com que o homem seja semelhante à divindade, pois que ela é comum a ambos. Ora, diz Cícero, a "Lei é uma reta razão", que escolhe o certo, devendo por isso serem os homens considerados partícipes da divindade "também no que se refere à lei", portanto, partícipes de uma lei comum.¹⁴⁵

Dessa forma, Cícero distingue as leis em: a lei que procede da "recta ratio" do supremo Júpiter e a lei que procede da

140. Castan Tobeñas, *op. cit.*, p. 50-51) demonstra o triunfo dessa concepção derivada da idéia de justiça, própria da filosofia clássica. Deve ser ressalvada, contudo, a posição de Platão, sobre a qual discorri acima.

141. *Da República*, I, 44.

142. *Id. Ibid.*, I, 45.

143. *Las Leyes*, Trad. Álvaro D'ors, Madrid, IEP, 1970, III, 12.

144. Cfr. Álvaro D'ors, *Introducción*, in *Las Leyes* de Cícero, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970, p. 18.

145. *Las Leyes*, I, 7.

"recta ratio" do sábio. Trata-se de uma distinção em razão da fonte e não propriamente em razão da natureza, pois que em ambos os casos a razão é a mesma, pois também no homem há uma razão perfeita (in homine est perfecta ratio... perfecta in mente sapientis).¹⁴⁶ Esta é a lei natural de que fala Cícero, que define o que é justo e dá o critério supremo da lei humana positiva, visto que deve estar na "essência de toda lei saber escolher entre o verdadeiro e o justo".¹⁴⁷ Essa lei natural é a reta razão, conforme a natureza, gravada em todos os corações, imutável, eterna,¹⁴⁸ válida para todos os povos e em todos os tempos, que determina o objeto da justiça, que, também para Cícero, manda "dar a cada um o seu".¹⁴⁹

§ 17º

SANTO AGOSTINHO

Santo Agostinho absorve a teoria estoíca, através de Cícero, no que diz respeito ao direito e à concepção de lei. Contudo, a trilogia legal reveste-se agora de um dado fundamental para a nova concepção de justiça: a idéia de um Deus pessoal, cuja vontade criou tudo o que existe. A justiça divina está em que os homens — o homem é a mais importante criatura, porque lhe é semelhante — são criados em iguais condições: todos são filhos de Deus. E porque todos são iguais, a justiça consistirá, daí por diante, num tratamento desigual, ao modo da justiça distributiva de Aristóteles, porque os premiados serão os que maior mérito alcançarem e os que alcançam o maior mérito são os que observam a lei de Deus, a lei natural e, depois, a humana, que se colocam numa estrutura escalonada.

A igualdade de todos perante a lei, contudo, é um princípio de justiça que preside ao ato de criação, mas não explica totalmente essa justiça, que se substitui por um valor mais alto que se chama graça e que para Santo Agostinho é a justiça divina que o homem não compreende (uma consequência da doutrina da iluminação).

146. *Id. Ibid.*, II, 5.

147. *Id. Ibid.*, II, 5.

148. *Da República*, III, 17.

149. *Id. Ibid.*, III, 9.

O dar a cada um o seu, em Santo Agostinho, assume uma significação ética ampla. Santo Agostinho desenvolve a concepção estoica da existência de uma lei natural universal e escalona as ordens legais divididas por ele em *lex aeterna*, *lex naturalis* e *lex humana*. Aplica a essas diferentes ordens o dar a cada um o seu, de que falaram Cícero e Ulpiano. Significa isso que também a Deus se aplica a fórmula da justiça, na medida em que dar a Deus o seu, o que lhe é devido, é dar-lhe amor incondicionado, é adorá-lo (*latreia*), reconhecendo-se seu servo.¹⁵⁰

A primeira justiça, a suma justiça é, pois, a que se põe como predicado de Deus, como adequação infalível do seu agir com a sua vontade, que se refere a si mesmo. Deus não se ordena senão a si mesmo, razão pela qual não há algo devido por ele ao homem, que só pode invocar diante d'Ele a graça, que é uma gratuidade.¹⁵¹ O ato de justiça supremo do homem é, portanto, a submissão absoluta a Deus, reconhecendo-o como senhor de tudo. A alma deve submeter-se a Deus como seu criador, como o corpo à alma, que o governa.

Dar a Deus o que é de Deus e a César o que é de César é um princípio que fundamenta a doutrina da diferença entre o inteligível e o sensível, a cidade de Deus e a cidade dos homens em Santo Agostinho. A igualdade dos homens entre si é posta por Santo Agostinho como absoluta, mas somente na esfera da cidade de Deus. Neste caso, o homem só é servo diante de Deus, só se submete a Deus, seu Criador.

Ocorre de modo diverso se se trata de aferir essa igualdade entre os homens na sua cidade. Aí, a estrutura hierárquica é justificada pela só existência das duas cidades. A cidade dos homens, que objetiva a paz temporária, tem de ordenar-se à cidade de Deus, que realiza para o homem a paz eterna, em Deus. A sua finalidade subordina-se, diz Santo Agostinho, à finalidade última do homem: Deus. O Estado que não observa essa ordem comete injustiça, não pode ser chamado uma república justa. Suma

150. Santo Agostinho. *A Cidade de Deus*, (Trad. de Oscar Paes Leme). São Paulo, Editora das Américas, 1961, Livro XII, cap. XVIII, p. 177.

151. Cfr. Giorgianni, Virgílio. *II concetto del Diritto e dello Stato in S. Agostino*, Pádua, CEDAM — Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1951, p. 75.

injustiça comete quando se furta à submissão ao seu Criador.¹⁵² Ora, se é dever ordenar os homens com vista ao seu fim último, é dever combater o mal e, por isso, castigar e dominar os maus, visto que diante de suas ações a piedade é injustiça.¹⁵³ Daí a necessidade de certos homens submeterem-se a outros como servos e da justiça do castigo infligido aos maus, para que neles não se incentive a maldade. A justiça perfeita como igualdade de todos só se opera eficazmente na cidade de Deus. Para Santo Agostinho não há servidão por natureza. Servo é aquele que recebeu a vida do seu vencedor na guerra e que por isso pode ou não conservar-se.¹⁵⁴ A servidão nasce do pecado, visto que o é a guerra, que, mesmo justa, tem origem na guerra injusta da outra parte. O servo passa a servir em troca de sua vida.¹⁵⁵

“A causa primeira da servidão é, pois, o pecado que submete um homem ao outro pelo vínculo da posição social”.¹⁵⁶

A servidão, de outro lado, passa a ser compreendida como um modo de expiação dos pecados e como relação humana passa a segundo plano diante da relação religiosa, ou seja, a servidão do pecado. Como expiação, o homem escravo não deve romper com a ordem social costumeira, embora, “por natureza, tal como Deus no princípio criou o homem, ninguém é escravo do homem, nem do pecado”.¹⁵⁷

A justiça consiste, também para Santo Agostinho, em dar a cada um o seu,¹⁵⁸ que por sua vez é ditado pela ordem natural e justa criada por Deus, isto é, a submissão do corpo à alma, da alma a Deus e das paixões à razão.¹⁵⁹ A justiça perfeita, como igualdade de todos, só se opera plenamente na cidade de

152. *A Cidade de Deus*, XXII, p. 181.

153. *Id. Ibid.*, p. 181 e 182.

154. Hegel desenvolverá esse tema na dialética do senhor e do escravo na «Fenomenologia do Espírito».

155. *A Cidade de Deus*, XV, p. 173.

156. *Id. Ibid.*, p. 174.

157. *Id. Ibid.*, p. 174.

158. *Id. Ibid.*, cap. IV, p. 153 e cap. XXI, p. 181.

159. *Id. Ibid.*, p. 182.

Deus, em que os homens que observam essa hierarquia são iguais.

Se na ordem sobrenatural a *lex alterna* liga todo o criado a Deus, constituindo a justiça na submissão da criatura ao criador, na ordem natural a *lex naturalis* prescreve a harmonia do homem consigo mesmo, com a natureza e com o sobrenatural. Nesse sentido, a justiça será reconhecer à alma humana o que ela tem de mais valioso: ser imagem de Deus, ao contrário da carne que é limo da terra.¹⁶⁰ E quem ama a carne mais que a alma, inverte a ordem de valores posta por Deus, pois que avilta sua imagem, colocando acima dela o limo da terra. O que deve ser dado à alma é o reconhecimento da sua dignidade como semelhança de Deus e isto constitui um equilíbrio, que revela o elemento igualdade subjacente na concepção de justiça de Santo Agostinho.

O mesmo princípio de ordenação preside à lei humana. Esta deve ter como fonte de referência a lei natural — sob pena de perder o seu caráter vinculante — os princípios imutáveis da lei eterna, que não é algo impessoal e independente de Deus, como entre os gregos e romanos, mas a razão e vontade de Deus,¹⁶¹ motivo por que rege a tudo o que foi criado como princípio harmonizador universal.

O homem, demais, não se submete ao regime das relações necessárias tão somente, pois que dotado de razão. Na ordem humana, a lei eterna se mostra como “um conjunto de essências racionais” e a “participação racional do homem na lei eterna é o que se chama lei natural”,¹⁶² que está inserida no coração de todo ser racional, cristão ou não, como já havia dito São Paulo.¹⁶³ E o princípio de justiça natural é um princípio de “equilíbrio entre o que se dá e o que é devido como suum”.¹⁶⁴ Esse equilíbrio é o que prescreve ao homem a *lex naturalis*.

160. Giordani, *op. cit.*, p. 84.

161. Giordani, *op. cit.*, p. 59.

162. *Id. Ibid.*, p. 63.

163. Cfr. *Epistola aos Romanos* II, 14-15.

164. Giordani, *op. cit.*, p. 98.

§ 18°

SANTO TOMÁS DE AQUINO

O ponto de partida de Santo Tomás é o mesmo de Santo Agostinho: o homem é imagem e semelhança de Deus. É sua tarefa desenvolver essa imagem ao nível supremo de sua perfeição, com vistas ao criador, seu fim último. Entretanto, não pode o homem promover essa perfeição isolado ou por si mesmo; somente pelo uso das coisas exteriores que são colocadas pelo criador para seu uso, razão pela qual lhe é lícito e até dever trabalhá-las, modificá-las e delas apossar-se. E mais: o homem não se encontra só no mundo e nem pode realizar o trabalho sobre ele sem a cooperação dos outros seres humanos. Daí ter de recorrer aos outros e ao mesmo tempo promover o seu fim individual em função do bem comum, que é o fim último temporal.¹⁶⁵ O fim aparece como a razão de ser do direito e se desdobra: a) na perfeição da pessoa humana; b) no bem comum que a possibilita; c) na orientação última para Deus como fim transcendente e suma felicidade¹⁶⁶ da pessoa, visto que, embora com relação a Deus não se possa falar em compensação equivalente ao que lhe é devido — por isso não é a lei divina propriamente direito — “a justiça tende a que o homem, tanto quanto possível, satisfaga a Deus, submetendo-lhe totalmente o seu espírito”.¹⁶⁷

O fim de todo ato do homem é o bem, que é apetecido pelo apetite racional da vontade;¹⁶⁸ este, o bem, na tradição teleológica de Aristóteles é a perfeição, que se opera quando se realiza na sua plenitude a essência (a natureza) do ser, ao passo que o mal é uma “privação relativa”.¹⁶⁹ Por isso, o bem deve ser feito e o mal evitado.¹⁷⁰

De início é possível vislumbrar os dois elementos da justiça, ou pelo menos do seu objeto, o direito, como dirá Santo Tomás:

165. Cfr. *Summa Theologica*, 1-2 q. 20 a 2, Madrid, BAC, 1956.

166. *Summa de Veritate Fidei Catechiae contra Gentiles*, cap. 37. (Madrid, BAC).

167. *Summa Theologica*, 2-2- q. 57 a I.

168. *Summa Theologica* 1-2 q. 8, a. I.

169. *Summa Theologica* 1-2 q. 18 a 5.

170. *Summa Theologica* 1-2 q. 94 a 2.

a *alteridade*, por força de ter o homem de atender à sua vocação para o criador juntamente com os outros que também a procuram realizar, e a *igualdade*, como ponto de partida para a consideração da possibilidade do direito manifestada na expressão de sagrada significação para São Tomás: imagem de Deus. Com base nesse dado de fé que consagra o homem como imagem de Deus, os tomistas puderam concluir que o fundamento imediato e absoluto do direito é a pessoa humana, seu fundamento relativo, a comunidade humana e o seu fundamento último, como autor da natureza humana e de toda ordem moral — portanto, também do direito — Deus. Essa concepção pela qual o fundamento do direito, imediato, é a pessoa humana concebida como o ser subsistente por si mesmo (indivíduo), dotado de natureza racional,¹⁷¹ levou alguns seguidores de São Tomás a afirmar que o conceito de direito adotado na *Summa Theologica* é de direito subjetivo, traduzido na exigência da pessoa humana, diante de uma coisa ou de uma ação de outrem para a realização da sua perfeição como pessoa.¹⁷²

Penso, contudo, poder dispensar, aqui, as discussões entre as correntes tomistas que interpretam diversamente a concepção de Santo Tomás sobre o direito.

A fonte principal da teoria tomista da justiça como virtude específica é a *Ética a Nicômaco* de Aristóteles, no seu livro V, onde a justiça se define como o “hábito com o qual se fazem coisas justas”.¹⁷³ Hábito (de “habere” para Santo Tomás) é uma qualidade determinada e adventícia (não uma disposição natural), que implica uma ordenação ao ato;¹⁷⁴ hábito operativo e bom, que é exatamente o que se denomina virtude.¹⁷⁵ A virtude da

171. A definição de Boécio, «persona est rationalis naturae individua substantia» é aceita sem reservas por S. Tomás (1.º q. 29 a 1).

172. Urdañoz, T. «Introducción a la Cuestión 57», *S. Theol.*, Madrid, BAC, 1956, p. 196. Urdañoz responsabiliza o voluntarismo de Suarez por dar nascimento a essa corrente com sua definição de direito como direito facultativo. Diz Suarez: «Et juxta posteriolem, et strictam iuris significationem scilicet proprie ius vocari facultas quaedam moralis, quam unusquisque habet, vel circa rem suam, vel ad rem sibi debitam» (*Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*, Livro I, cap. 2, n.º 5, Madrid, IEP, 1967).

173. *Ética a Nicômaco*, 1120a.

174. *Summa Theologica*, 1-2 q. 49, a 1.

175. *Summa Theologica*, 1-2 q. 55, a 1, 2 e 3.

justiça, contudo, diferentemente do que ocorre com as demais virtudes morais, tem sede na faculdade da alma denominada vontade ou apetite racional, o que juntamente com o seu objeto material — segundo o qual o homem se relaciona aos outros conforme dissera Aristóteles na *Ética a Nicômaco*, 1366b — a torna mais próxima da razão e, por isso, a principal virtude moral.¹⁷⁶

A justiça contém, pois, os três elementos essenciais de toda virtude (o hábito, o agir e o bem) mais a sua nota específica: o bem é a igualdade para o outro.

Santo Tomás aceita a definição de Ulpiano: a justiça é uma “vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu direito”. Como vontade constante e perpétua, aparece ela como um hábito, algo próprio do sujeito que age, pois que, na definição, ato é tomado como hábito.¹⁷⁷ A vontade não surge como algo contínuo, mas constante e perpétuo. Vontade perpétua implica o propósito de agir com justiça sempre e em qualquer circunstância; vontade constante indica “a firmeza subjetiva ou a perseverança firme no propósito”.¹⁷⁸ Citando Aristóteles, dirá que na ação virtuosa se deve agir com consciência do que se faz, com eleição de um fim legítimo e de modo invariável.¹⁷⁹ A vontade (apetite racional) desempenha o papel central dentre os elementos do ato justo, porque no caso de ignorância não haveria ato voluntário. É, pois, a vontade, com o acréscimo de constância e perpetuidade para demonstrar a firmeza do ato, que torna a definição completa: “et ideo predicta definitio est completa definitio iustitiae”.¹⁸⁰

Se é a justiça uma vontade constante e perpétua ou uma virtude segundo Aristóteles, é necessário indagar do seu objeto, pois que toda virtude tem um objeto. É exatamente o seu objeto que lhe dará a sua diferença específica com relação às outras virtudes.

O objeto da justiça é o direito. Da análise do que significa o direito para Santo Tomás, portanto, é que se terá a nítida noção da justiça.

176. *Summa Theologica*, 2-2 q. 66, a 4.

177. *Summa Theologica*, 1-2 q. 55, a 1.

178. Urdañoz, «Intr. a la Cuestión 58», *S. Theol.*, p. 246.

179. *Summa Theologica*, 2-2, q. 58, a 1.

180. *Summa Theologica*, 2-2, q. 58, a 1.

O direito aparece na segunda parte da definição de Ulpiano por ele adotada: "ius suum". O "ius suum", por sua vez, é o mesmo "suum" de que fala Aristóteles, Cícero ou Santo Agostinho,¹⁸¹ esclarecido por Ulpiano pela palavra "ius", o que evita que se conceba como justo o "suum" de fato (como no caso da posse injusta). O "suum" deve decorrer de uma lei ou norma em geral, para que não tenha origem apenas no fato ou na força, observado, contudo, o princípio hierárquico da lei natural sobre a positiva.¹⁸² O critério supremo do "suum" é, pois, a igualdade de proporção, que tem seu fundamento na lei natural.¹⁸³

O "ius suum", de outro lado, é entendido como o devido.¹⁸⁴ Do ponto de vista daquele que pratica a justiça, o seu objeto é um "debitum", o que é devido ao outro. Do lado do destinatário do ato justo, o "debitum" aparece como o "ius suum". O devido distingue-se, na justiça, do devido enquanto objeto das outras virtudes, exatamente por essa possibilidade de passagem dialética do "debitum" no "ius" do outro, ou seja, o devido na justiça é o que pode exigir, como seu, o beneficiário do ato justo. Daí poder dizer Santo Tomás que a palavra justiça importa igualdade — "nomen iustitiae aequalitatem importet".¹⁸⁵ O que é devido é exatamente o a que tem direito o outro, o que lhe é adequado, nem mais, nem menos. Isso possibilita dizer que a justiça é a virtude que realiza a igualdade (que é a sua fórmula geral) e, ao mesmo tempo, a virtude que só pode existir na direção do outro. É da sua essência a alteridade, porque, sendo a realização da igualdade enquanto "medium rei", não pode existir a não ser para o outro, pois que "nada é igual a si mesmo, senão a outro".¹⁸⁶ É a igualdade que faz do devido o elemento

181. Urdañoz, *op. cit.*, p. 246. Vários são os autores que se referem ao «suum» como objeto da justiça; Platão (A República), Aristóteles (Retórica e Grande Ética), Cícero (De Finibus e De Legibus) Ulpiano (Digesto), bem como Justiniano, reproduzindo Ulpiano (Institutiones), Santo Ambrósio (De Officiis, apud Santo Tomás) e Santo Agostinho (De libre arbitrio, apud Santo Tomás e De Civitate Dei) e, finalmente, Santo Tomás, na *Summa Theologica*, 2-2 q. 57, 58 e 51.

182. *Summa Theologica*, 2-2 q. 60 a 5.

183. *Summa Theologica*, 2-2 q. 58 a 11.

184. *Summa Theologica*, 2-2 q. 58 a 11.

185. *Summa Theologica*, 2-2 q. 52 a 2.

186. *Summa Theologica*, 2-2 q. 58 a 2.

especificador da justiça.¹⁸⁷ Se não há igualdade entre o "ius suum" e o "debitum", não ocorre a virtude da justiça, mas outra.

O direito é, portanto, algo objetivo que a virtude da justiça realiza e que aparece para Santo Tomás como o justo (coisas justas, δίκαιοι) de que falava Aristóteles e que se revela como o "ius suum" de um lado e como "debitum" de outro, que Santo Tomás considerará como um "medium rei" (um meio real, objetivo), já que a igualdade deve dar-se no que é devido ao outro, externamente, trate-se de coisa ou de ação, segundo uma regra de quantidade (aritmética) ou de proporcionalidade (geométrica). Diferente, pois, do "medium rationis" das outras virtudes puramente morais, que consideram a igualdade tendo em vista as condições subjetivas do autor da ação.¹⁸⁸ Essa objetividade na avaliação da igualdade proporcional, a ser realizada pela justiça, é que autoriza Santo Tomás a admitir que se possa punir com pena maior a injúria ao príncipe que a praticada contra o particular.¹⁸⁹

O direito, objeto da justiça, é algo objetivo, mas não se confunde com a lei. Esta não é o direito mesmo, propriamente falando, mas certa razão do direito (Et ideo lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliquis ratio iuris).¹⁹⁰ O direito como o justo (o "devido" ou o "suum") surge antes por uma regra da razão que determina o justo. Esta regra da prudência¹⁹¹ pode manifestar-se sob a forma escrita, caso em que se chama lei. É neste sentido principalmente que lei não se confunde com o direito, o qual, porém, tem sua origem sempre na lei. Entretanto, a lei natural é o próprio direito que se manifesta como regra criadora do "ius suum", embora, como regra, possa estar somente na razão, à guisa de idéia reguladora do ato justo.

187. Ogliaiti, Francesco. *Il Concetto di Giuridicità in San Tomaso D'Aquino*, Milano, Società Editrice Vita e Pensiero, Milano, 1943, p. 97.

188. «Et ideo medium talium virtutum non acceptur secundum proportionem unius rei ad alteram, sed solum secundum comparationem ad ipsum virtuosum. Et propter hoc in ipsis est medium solum secundum rationem quoad nos. Sed materia iustitiae est exterior operatio secundum quod ipse, vel res cuius est usus, debitam proportionem habet ad aliam personam... Unde iustitia habet medium rei». *Summa Theologica*, 2-2 q. 58 a 10).

189. *Summa Theologica*, 2-2 q. 58 a 10.

190. *Summa Theologica*, 2-2 q. 57 a 1.

191. *Idem, ibidem*

De qualquer forma, a lei escrita (humana) determina o justo quando está ela conforme com a lei natural (ou não a contraria) que, por sua vez, é a lei própria do ser racional e que participa da "lex aeterna", que se dá como vontade do criador nas criaturas.¹⁹²

Ora, a lei segundo Santo Tomás não é um ditame do arbítrio (nem mesmo procede da vontade), mas da razão como medida dos atos humanos,¹⁹³ nem é um preceito destinado ao bem particular, mas ao bem comum como fim último temporal do homem (que é o mais perfeito).¹⁹⁴ Estes os dois elementos essenciais que compõem o conceito de lei em Santo Tomás: razão e bem comum.

Justo será, pois, o ato que realiza a igualdade segundo a lei natural ou segundo a lei positiva humana na medida em que esta esteja conforme à lei natural, "pois que a força da lei depende do nível de sua justiça". Ora, a justiça nas coisas humanas existe na medida em que elas se conformam com a norma da razão. Por conseguinte, "omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis, inquantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio".¹⁹⁵

Santo Tomás define, portanto, o direito enquanto objeto da justiça em todos os seus momentos objetivos, quer como o devido (não simplesmente como dever subjetivo), quer como o "suum" (não como mera potência ou faculdade subjetiva), quer como norma ou lei que é a "ratio iuris" ou norma do justo.¹⁹⁶

Justo é, em suma, o igual ou adequado ao outro. Nele aparecem esses elementos essenciais: o igual e o outro exigido pelo igual, o qual se revela sob a forma do "ius suum" ou o devido ao outro. Esse devido como expressão da igualdade, isto

192. «Et talis participatio legis aeternae in rationali creatura lex naturalis dicitur» (*Summa Theologica*, 1-2 q. 91 a 2 e a 4).

193. *Summa Theologica*, 1-2 q. 90 a 2.

194. «A razão pode, sem dúvida, ser movida pela vontade como se disse, pois do mesmo modo que a vontade apetece o fim, a razão opera com relação aos meios que conduzem a ele. Para que a vontade, porém, ao apeteer esses meios, tenha força de lei é necessário que ela mesma seja regulada pela razão. Desse modo é que se entende que a vontade do príncipe tem força de lei, de outro modo a vontade do príncipe seria antes uma iniquidade, do que lei» (*Summa Theologica*, 1-2 q. 90 a 1).

195. *Summa Theologica*, 1-2, q. 95 a 2; 2-2 q. 60 a 5.

196. *Summa Theologica*, 2-2 q. 57 a 4.

é, adequado ao outro dirige a divisão da justiça, segundo o outro, posto como termo da relação, seja a comunidade ou os particulares.¹⁹⁷

Em linguagem técnica contemporânea a lei é para Santo Tomás a fonte do direito. Não é propriamente o direito, que para ele é o justo que se manifesta como o "ius suum" ou o "debitum" nas relações entre as pessoas. Entretanto, a lei que cria o direito, se humana, tem como critério de validade (para que possa, portanto, criar o direito) a lei natural e, em escala ainda superior, a lei eterna, supremo critério de validade de todas as leis. Como se elaboram as leis positivas que se conformam ou não colidem com as leis naturais,¹⁹⁸ a razão é que definirá, pois que ela é o elemento natural específico do homem. A razão, entretanto, determina o que é justo num determinado ato, segundo uma regra de prudência "preexistente no entendimento".¹⁹⁹ Exatamente por isso é que a arte de legislar é parte da virtude chamada prudência.²⁰⁰ É agindo conforme essa regra da prudência que se pode encontrar o justo. O ato justo se determina, pois, pela razão através dessa regra da prudência que é uma idéia da razão.²⁰¹

Santo Tomás deixa transparecer, na tradição de Santo Agostinho, uma concepção de vontade que se assemelha à desenvolvida por Kant. Uma lei promulgada por uma vontade pura será sempre uma lei justa, conforme a lei natural. Somente se a lei decorre de uma vontade deturpada é que poderá colidir com a lei natural. Tanto assim, que a lei divina (na questão 58, lei é igual a direito) sempre determina o justo, visto que a vontade divina é pura. "Na lei divina há coisas que são boas porque preceituadas e más porque proibidas". Há também coisas que são boas por si mesmas e por isso são ordenadas e coisas más que são proibidas.²⁰² A vontade que não esteja afetada por corrupção dirige-se ao bem como ao seu objeto,²⁰³ nunca ao mal. De outro lado, muito dis-

197. *Summa Theologica*, 2-2 q. 57 a 3.

198. *Summa Theologica*, 2-2 q. 58 a 1.

199. *Summa Theologica*, 2-2 q. 57 a 2.

200. *Summa Theologica*, 2-2 q. 57 a 2.

201. *Summa Theologica*, 2-2 q. 57 a 2.

202. «Sunt enim in lege divina quaedam praecepta quia bona, et prohibita quia mala: quaedam vero bona quia praecepta, et mala quia prohibita» (*Summa Theologica*, 2-2 q. 57 a 2).

203. *Summa Theologica*, 1-2 q. 8 a 1.

tante se coloca o ponto de vista aquiniano da vontade com relação ao de Kant, se observarmos que Santo Tomás afirma a existência de coisas, externas à vontade, que são boas em si e que, por isso, a determinam.

Tomando a segunda parte da definição de justiça de Ulpiano (*ius suum cuique tribuendi*) incorporada ao pensamento jurídico de Santo Tomás, Olgiati²⁰⁴ faz uma análise interpretativa dos conceitos que aparecem na descrição do objeto da justiça à luz da filosofia de Santo Tomás.

O termo "tribuendi" designa o elemento material da justiça e se traduz na atividade exterior de quem pratica o ato justo, observado, entretanto, que esse ato, sendo externo, não é um "facere" que se dirige à coisa, mas um "agere" concreto que se orienta para o outro (ser racional).²⁰⁵

O termo "cuique" denota a ação exterior ordenada ao outro, que dá o primeiro elemento formal da justiça, a alteridade (*πρός ἕτερον*) e que implica duas noções fundamentais: a pessoa e a sociedade, realidades inconcebíveis, se isoladas. Esses conceitos são colocados em relações por força da lei fundamental do ser: a finalidade. O fim intrínseco do ente dá o fundamento dessa relação.²⁰⁶

Já o termo "*ius suum*" corresponde ao segundo elemento formal, sem o qual não é possível a virtude da justiça: a igualdade, a "*forma generalis iustitiae*".²⁰⁷

Os elementos formais da justiça orientam a sua divisão segundo os três tipos de relações em que se envolvem pessoa e sociedade, nas quais ocorre a igualdade quer como "*proportio rei ad rem*" (igualdade aritmética), quer como "*proportio rei ad personam*" (igualdade geométrica):²⁰⁸ a relação indivíduo — sociedade, que caracteriza a justiça legal ou universal; a relação sociedade — indivíduo e a relação indivíduo — indivíduo, que ocorrem na justiça particular e que correspondem respectivamente à justiça distributiva e à justiça comutativa.

Esclarecido que o objeto da justiça é o devido ao outro, o direito do outro, procura Santo Tomás — sempre acompanhando

204. Olgiati, Fr., *op. cit.*, p. 78 e segs.

205. *Id.*, *ibid.*, p. 83.

206. *Id.*, *ibid.*, p. 94 e 95.

207. *Summa Theologica*, 2-2, q. 61 a. 2.

208. Olgiati, Fr., *op. cit.*, p. 99.

e ao mesmo tempo explicitando e completando o pensamento de Aristóteles — definir as espécies de justiça segundo o sujeito do direito a que se dirige o ato da justiça, seja o outro particular ou o outro enquanto comunidade, (uno modo ad alium singulariter considerandum. Alio modo ad alium in communi).²⁰⁹ Demonstra que não se trata de uma diferença apenas quantitativa, mas formal. E com razão, pois, se o fosse do ponto de vista apenas quantitativo, não haveria que se cuidar de fazer tal distinção; a comunidade não é apenas o plural dos indivíduos, mas uma nova realidade, com essência diversa, pois que (citando Aristóteles na *Política*, 1252 a) a cidade e a casa não se diferem "só pela sua quantidade, mas por sua espécie".²¹⁰ Ora, esse outro diverso caracteriza os fins diversos das virtudes que são por esses fins determinadas. Esses fins diversos são o bem comum e o bem particular do outro. A justiça, que cuida de realizar imediatamente o bem comum como o que é devido à comunidade e indiretamente o do particular, é a justiça legal, ao passo que à particular cabe promover o bem do particular, enquanto lhe dá o que lhe é devido, diretamente e, indiretamente, promove o bem comum.

Desde logo vê-se que a justiça legal tem uma posição preeminente com relação à justiça particular, do mesmo modo que a justiça é preeminente às outras virtudes morais. É o que se infere do problema n.º 3 e 4, do artigo 6, da questão 58 da *Summa Theológica*: o bem comum "*praeeminet bono unius singularis personae*", que a ele se ordena, o que vem confirmado na solução dada ao problema número 3, do artigo 9, da mesma questão, onde "o bem comum é o fim das pessoas singulares que vivem em comunidade".

O bem particular que se destina a realizar a justiça particular expressa a igualdade de dois modos: aritmético, que é o "*medium rei*" da justiça comutativa, e geométrico, que é o "*medium rei*" da justiça distributiva.²¹¹

Como se vê, na doutrina de Santo Tomás, a justiça é concebida como uma virtude, cujo objeto é o direito. O direito por sua vez é que define aquela virtude e lhe dá conteúdo. Esse direito se mostra como o igual ou o adequado ao outro, numa triplíce relação em que esse igual se apresenta de modo diverso,

209. *Summa Theologica*, 2-2 q. 58 a. 5.

210. *Summa Theologica*, 2-2 q. 58 a. 7.

211. *Summa Theologica*, 2-2 a. 58 a. 10.

segundo sejam os termos da relação os seguintes: o social diante do outro, como particular (justiça particular distributiva — S: P); o particular diante do outro como particular (justiça particular comutativa — P: P); o particular diante do social (justiça legal ou social — P:S).²¹¹

O “outro” define, pois, a igualdade na medida em que lhe é devido o que lhe é adequado. Mas o que lhe é adequado é determinado pela lei,²¹² que em última instância é a vontade ou razão de Deus.

Embora as coisas boas existam independentemente de serem preceituadas, a igualdade que constitui a idéia de justiça, que tem justificação transcendente, não se propõe realizar-se total e concretamente no mundo humano, em que a servidão é justificável,²¹³ apesar de já superada de certa forma a posição aristotélica a respeito da escravidão, pelos romanos.²¹⁴

211. Mata-Machado, E. de Godói da, *Elementos de Teoria Geral do Direito*, p. 32 e segs.

212. *Summa Theologica*, 2-2 q. 60 a 5.

213. Santo Tomás (*Summa Theologica* 2-2 q. 57 a 3), porém, procura atenuar a concepção aristotélica da escravidão como justo natural ou adequada a outro por natureza. Para isso, usa o conceito do direito natural de Gaius: o que se dá comumente entre os homens (jus gentium). Somente no sentido de ser útil aos homens, em todos os lugares, é que a servidão pode ser chamada natural. Natural, aí, corresponde a costumeiro. É evidente, pois, que houve uma acentuada evolução do pensamento de Santo Tomás com relação ao por ele exposto na «Summa contra Gentes», cap. 81. Demais, mesmo tendo citado a justificação Aristotélica da escravidão (*Política*, 1554a), é de admitir que o contexto não comporta uma aceitação ao pé da letra do texto de Aristóteles, pois que Santo Tomás, ao modo de Platão, quer que o governo e a ordem entre os homens obedeam ao critério da superioridade intelectual e não da superioridade da força física. De qualquer modo, ainda que lhe fosse exigível uma melhor posição (Welzel, *op. cit.*, p. 65) e ainda que se conceba a justificação da servidão como uma incongruência no pensamento de Santo Tomás, não se deve negar que esses deslizos ocorrem comumente com os grandes pensadores que se adiantam ao seu tempo, mas não resistem à tentação de justificar a sociedade em que vivem, quanto a situações empíricas relevantes. Ocorreu com Aristóteles ao justificar a escravidão, com Ulpiano ao admitir a igualdade dos que nascem e, ao mesmo tempo, regulamentar a escravidão; a Kant, ao negar à mulher e a certas pessoas, segundo suas atividades, direitos políticos e a Hegel ao justificar o Estado prussiano. Essa dificuldade de conciliação das suas vidas, enquanto produzidas numa determinada classe, não relevam diante da grandiosidade dos seus sistemas e do que nos legaram.

214. *Inst.* I, 3, 2.

§ 19°

GROTIUS E OUTROS REPRESENTANTES DA ESCOLA JUSNATURALISTA CLÁSSICA

O pensamento agostiniano-tomista sobre o direito e a justiça não atuou diretamente nos juristas alemães, quer no aspecto prático, quer no teórico,²¹⁵ dos quais poucos, entretanto, foram os que sobressaíram antes da abertura da Renascença: Ludold von Bebenburg e Eike von Repgow. Este, que viveu à época de Santo Tomás, estava impregnado das mesmas idéias religiosas que direcionaram o pensamento medieval, principalmente quanto ao fundamento do direito natural: a vontade de Deus, que criou o homem segundo sua imagem, do que concluiu que todos são iguais em liberdade.²¹⁶

a) GROTIUS

Em Grotius a igualdade em que consiste a noção de justiça liga-se à noção de “appetitus societatis”. A justiça só se realiza numa vida natural e racional da comunidade.²¹⁶ Não se justifica a igualdade somente como igualdade perante Deus, ou perante a lei. Por força do direito natural é ela um sentimento comum dos membros da comunidade. “O homem age, segundo Grotius, de acordo com a sua natureza, se pratica a justiça como efetiva “virtus socialis”.²¹⁷ Direito não significa para ele outra coisa senão o que é justo e justo é o que realiza e conserva a sociedade, visto que “injusto é o que repugna à essência da sociedade dos que gozam da razão”.²¹⁸ A justiça é, pois, entendida a partir do conceito central do seu pensamento, o “appetitus socialis”, que, ao

215. Wolf, Erick. *Grosse Rechtsdenker*, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1963, p. 71. Johan Oldendorf repete alguns dos pensamentos importantes de Santo Tomás como: o que Deus quer é justo: o que promove o bem comum é justo. Entretanto, não o cita. Ver J. Oldendorf, *Was billig ist* (editado por Erik Wolf), Frankfurt, Klostermann, 1948, p. 13 e segs.).

215a Wolf, E., *op. cit.*, p. 10 e 11.

216. Id. *ibid.*, p. 286.

217. Id. *ibid.*, p. 286.

218. Grotius, H. *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*, Livro I, cap. III, § 3.1 (Trad., Jaime Torrubiano Rigo II), Madrid, Editorial Reus (S.A.), 1925.