



# Filosofia do direito



# Filosofia do direito

Isis Aparecida Conceição

© 2016 por Editora e Distribuidora Educacional S.A.  
Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida ou transmitida de qualquer modo ou por qualquer outro meio, eletrônico ou mecânico, incluindo fotocópia, gravação ou qualquer outro tipo de sistema de armazenamento e transmissão de informação, sem prévia autorização, por escrito, da Editora e Distribuidora Educacional S.A.

**Presidente**

Rodrigo Galindo

**Vice-Presidente Acadêmico de Graduação**

Mário Ghio Júnior

**Conselho Acadêmico**

Dieter S. S. Paiva  
Camila Cardoso Rotella  
Emanuel Santana  
Alberto S. Santana  
Regina Cláudia da Silva Fiorin  
Cristiane Lisandra Danna  
Danielly Nunes Andrade Noé

**Parecerista**

Gustavo Henrique Campos Souza  
Betania Faria e Pessoa

**Editoração**

Emanuel Santana  
Cristiane Lisandra Danna  
André Augusto de Andrade Ramos  
Daniel Roggeri Rosa  
Adilson Braga Fontes  
Diogo Ribeiro Garcia  
eGTB Editora

---

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

Conceição, Isis Aparecida  
C744f Filosofia do direito / Isis Aparecida Conceição. –  
Londrina : Editora e Distribuidora Educacional S.A., 2016.  
260 p.

ISBN 978-85-8482-418-2

1. Direito - filosofia. I. Título.

CDD 340.1

---

2016  
Editora e Distribuidora Educacional S.A.  
Avenida Paris, 675 – Parque Residencial João Piza  
CEP: 86041-100 – Londrina – PR  
e-mail: editora.educacional@kroton.com.br  
Homepage: <http://www.kroton.com.br/>

# Sumário

<b>Unidade 1   Filosofia geral</b>	<b>7</b>
Seção 1.1 - Filosofia geral	9
Seção 1.2 - A Filosofia do direito	27
Seção 1.3 - A filosofia do direito na idade antiga	47
Seção 1.4 - A filosofia do direito na idade média	65
<b>Unidade 2   Filosofia do Direito na Idade Moderna</b>	<b>85</b>
Seção 2.1 - Filosofia do Direito e Modernidade	87
Seção 2.2 - Filosofia do Direito Moderno	99
Seção 2.3 - Filosofia Contemporânea	115
Seção 2.4 - A Filosofia do Direito Comparado e Brasil	129
<b>Unidade 3   Filosofia do direito contemporâneo</b>	<b>145</b>
Seção 3.1 - Direito e moral	147
Seção 3.2 - Direito e política	159
Seção 3.3 - Direito e poder	173
Seção 3.4 - Direito e justiça	185
<b>Unidade 4   A filosofia e seus tópicos conceituais</b>	<b>201</b>
Seção 4.1 - Direito e liberdade	203
Seção 4.2 - Direito e ética	215
Seção 4.3 - Direito e lógica	227
Seção 4.4 - Direito e norma	241



# Palavras do autor

O direito reflete a sociedade e o mundo. Assim como o ser humano, esta ciência social aplicada evolui e aprimora-se. As crises de paradigmas da história da humanidade refletem-se no Direito e a Filosofia é a disciplina responsável por intermediar este diálogo necessário entre os inúmeros fenômenos e o direito. Para que serve a lei? Toda lei promove justiça? Leis injustas devem ser obedecidas?

O extremo tecnicismo levou, por exemplo, a Alemanha ao Estado nazista, onde todos os procedimentos eram regulados por leis e nem por isso foram aceitos ou tolerados pela humanidade. Nos dias atuais penas de morte, leis cruéis, trazidas nos noticiários mostram que aceitar sem críticas as normas e instituições jurídicas pode também levar sociedades à barbárie e este não é o objetivo do direito na contemporaneidade e em democracias republicanas, a exemplo do Brasil, EUA, França, etc.

É por este motivo, também, que a resolução 75 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) passou a exigir do profissional do Direito, que este pense esta disciplina em todas as suas complexidades nos concursos diversos da área jurídica. Aprendem, assim, a questionar e problematizar os temas jurídicos que surgem a todo o dia, resultados da velocidade da contemporaneidade, aprendem a interpretar as normas da melhor forma, transmitir suas interpretações de forma coerente, argumentar a fim de convencer a superioridade de sua concepção de justiça, e todas essas práticas jusfilosóficas garantem a adaptação do direito à contemporaneidade, e, por isso, são tão importantes.

No decorrer do curso, as quatro unidades e dezesseis seções, aprenderemos como utilizar os conceitos que lhe serão apresentados na solução de uma situação-problema. A Situação-Problema (SP) está vinculada à Situação Geradora de Aprendizagem (SGA) da unidade e para solucioná-la você será convidado a pensar como um assistente de um Ministro do Supremo Tribunal Federal, ou como um Advogado Geral da União, ou como um Advogado em início de carreira, como um Juiz, um Promotor. Você aprenderá como a Filosofia do Direito pode ajudá-lo a solucionar os conflitos jurídicos/legais do cotidiano e notará como ela se faz presente nos casos onde não é possível apenas a aplicação direta da lei.

Pense que, convencer um juiz de que a sua interpretação é equivocada, e convencê-lo a decidir conforme a sua interpretação do que é o direito é toda uma prática jusfilosófica lógico interpretativa, como você aprenderá nas unidades 1 e 4. Ponderar soluções para conflitos não previstos nas leis, e trazê-los de forma coerente e alinhada com a ciência do direito, é produzir novo conhecimento jurídico. A prática do bom profissional do Direito é toda uma prática filosófica, como você aprenderá.

Conheceremos, também, a história do pensamento jusfilosófico, desde a pré Grécia Antiga até o pensamento contemporâneo no Brasil e no mundo da Jusfilosofia nas unidades 1 e 2.

Você irá qualificar o seu pensar jurídico e distinguir-se do lugar comum do que é a prática jurídica aprofundando os valores, pensando consequências sociais e políticas de sua atuação, e qualificando sua prática nas unidades 3 e 4 do curso.

Vamos lá?



## FILOSOFIA GERAL

### Convite ao estudo

O mundo muda de forma muito rápida. O homem aprendeu a manipular o ambiente em que vive e deixou de submeter-se às variações da natureza. Se tomarmos como ponto inicial de referência a Grécia Antiga, podemos perceber que fenômenos como a chuva, antes creditados a entidades “sobrenaturais” hoje são significativamente previsíveis. A evolução da ciência tem criado novas realidades a cada dia e o ser humano tem sido forçado a interagir de forma consciente com este mundo em constante mutação.

Interagir de forma consciente com o ambiente e as pessoas não se valendo de crenças imutáveis ou dogmas inquestionáveis é uma das maiores contribuições da Filosofia e do pensamento filosófico. A história da Filosofia ensina não somente como esta permitiu o surgimento do pensamento científico, como também explica a que se propõe esta disciplina.

Além de aprender o que é a Filosofia Geral, como se desenvolve e podemos identificar o pensamento filosófico no cotidiano, aprenderemos nesta unidade o que é a Filosofia Geral, o que vem a ser a Filosofia do Direito e como esta se distingue da Filosofia Geral. Conheceremos, também, as teorias das escolas filosóficas, conhecidas como Escola da Filosofia Antiga e da Escola da Filosofia Medieval.

Para alcançarmos tudo isso iremos viver a experiência de um juiz assessor que auxilia um Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) e irá ajudá-lo a decidir e fundamentar seu voto em um julgamento de grande proporção filosófica da história do nosso Tribunal Constitucional: o julgamento da lei de biossegurança e a alegada inconstitucionalidade do artigo 5º dessa lei, que previa o uso de células-tronco embrionárias para pesquisas científicas.

Nesse julgamento, inúmeros debates e questionamentos filosóficos se fizeram presente. Ministros valeram-se de Filósofos do período da Grécia Antiga

até filósofos dos dias atuais para fundamentar as suas conclusões. Todas essas serão, como você verá, analisadas nas seções de nossa unidade 1.

Em especial, os autores da ação afirmavam que “o uso de células que têm potencial embrionário, de tornarem-se um ser humano, era um ataque ao direito constitucional de proteção à vida, bem como violava a ética científica, que proíbe o ‘assassinato’ de seres vivos com fim de realizar experimentos”. Os requeridos alegavam a importância das pesquisas para encontrarem resultados que protegeriam vida de pessoas doentes. Afirmaram, também, que as células-tronco embrionárias eram inviáveis, ou seja, apesar de serem embriões, jamais tonar-se-iam seres vivos se estes embriões fossem implantados em um útero. O julgamento debateu incessantemente os limites da pesquisa científica, bem como se tais células poderiam ser entendidas como “pessoa humana” (cuja dignidade da vida é garantida na constituição).

E agora, você, como assistente do Ministro do STF, irá ajudá-lo a pensar soluções para conflitos que são levados até a Suprema Corte e a analisar as alegações das partes, e a decidir e fundamentar o seu posicionamento e seu voto neste julgamento.

Conheceremos como as informações que iremos adquirir no decorrer desta unidade, sobre o que é a Filosofia, o que é a Filosofia do Direito, como pensavam os filósofos antigos e medievais sobre a justiça e o direito, pode nos auxiliar na nossa atuação cotidiana, como juízes, promotores, advogados, assessores, consultores, etc.

Você vai descobrir como o pensamento filosófico se faz presente e necessário nos espaços mais nobres do Judiciário nacional e como ele irá qualificar a sua atuação cotidiana como jurista.

Vamos começar?

# Seção 1.1

## Filosofia geral

### Diálogo aberto

Você já se viu em situações onde tem que pensar de forma inovadora para solucionar problemas para os quais você nunca pensou sobre? Pois é assim o dia a dia de um jurista, aquele que “faz o direito acontecer”.

Em regra, o dia a dia de um profissional do direito é repetitivo. Suas ações são muito parecidas porque os conflitos sociais levados ao judiciário são muito similares. Uma pessoa não pagou a sua conta. Alguém foi roubado na rua. Um casal com filhos se separou e quer regulamentar sua divisão de bens.

Contudo, em alguns momentos, raros, mas bastante presentes, somos desafiados a pensar fora da lógica cotidiana para solucionar um conflito novo, as vezes, resultante da evolução da ciência, da evolução da sociedade, e temos que nos valer de ferramentas diversas para alcançar um resultado satisfatório e justo.

Essa situação é a que experimentaremos nesta Unidade ao ajudarmos um Ministro do STF a pensar soluções para conflitos que são levados até à Suprema Corte e a analisar as alegações das partes, e a decidir e fundamentar o seu posicionamento e seu voto nesse julgamento.

Neste momento, na situação-problema da seção 1.1, você, como assessor do Ministro, está lendo as petições iniciais dos autores da ação, as petições dos requeridos, no caso, o Congresso que aprovou a lei, e as manifestações dos “amicus curie” que têm interesse no resultado do julgamento, mas não são partes.

Dentre as teses do autor da ação existe uma em especial que chama a atenção.

É a manifestação argumentando que o artigo 5 da Lei de Biossegurança viola a vida como esta é entendida nos mandamentos de Deus. “Somente Deus pode dar e tirar a vida.”. Na petição eles assumem que o embrião, de cujas células para pesquisas são retiradas, é uma vida, pois, a *Bíblia*, o *Alcorão*, os *Orixás*, o livro sagrado que o seja, assim diz. Concluem, então, que o artigo que prevê as pesquisas com células-tronco embrionárias viola a vida, assim compreendida como a define a *Bíblia* e, conseqüentemente, deve ser declarado inconstitucional.

Como você instrumentalizará o que aprendeu sobre Filosofia Pura para apreciar esta tese? Você concorda com o argumento e o cabimento dele neste julgamento? Como você se direcionará a ela em suas pesquisas para assessorar a elaboração do voto no julgamento das células-tronco? Qual disciplina, dentre as disciplinas da Filosofia Geral, será importante ferramenta na sua argumentação para concordar ou discordar desta tese?

Para buscar a solução desse problema e auxiliar o Ministro, você irá utilizar-se da capacidade de distinguir pensamento científico, do senso comum, do pensamento religioso e da filosofia. Você também irá utilizar-se das ferramentas propiciadas pelas disciplinas da Filosofia Geral, além dos conhecimentos sobre a Filosofia Geral e sua história e formação, para concordar ou discordar da tese que busca justificar porque o artigo 5 da Lei de Biossegurança deve ser excluído do ordenamento jurídico como inconstitucional e violador da vida humana.

Você vai aprender como o pensar filosófico, ao propor a produção de conhecimento e sistematização de conhecimento racional, mudou a forma como podemos ver a realidade e auxilia a nossa relação com o diferente, o que causa estranhamento, de forma não preconceituosa, mas, sim, técnica, jurídica e, principalmente, racional.

Faremos análises lógicas, observando a validade ou não validade da fundamentação do argumento que analisamos nesta seção feito pelo autor da nossa ação situação geradora de aprendizagem.

Iremos, também nesta seção, conhecer como as antigas ideias filosóficas se fazem presentes nos dias atuais, poderemos reconhecer quais disciplinas da filosofia geral, lógica, ética, estética, metafísica, seriam ferramentas úteis para o nosso trabalho.

Esperamos que você esteja curioso, motivado, mantenha sua mente aberta para construir novos pensamentos, novas formas de ver o mundo e, conseqüentemente, novas formas de solucionar problemas jurídicos.

Vamos começar?

## Não pode faltar

Como você se relaciona com perguntas no seu dia a dia?

Certamente esse primeiro questionamento que faço leva você a pensar: qual a utilidade desta pergunta para a minha formação neste curso?

Qual o sentido da sua vida? Você acredita que Deus existe? Como e a partir do que você explica seus sentimentos e insatisfações aos outros? A forma como você age com as pessoas é correta? O que é o belo? O que é o bom? O que é a realidade? Você acredita que o conhecimento pode te ajudar a ter uma vida melhor?

Estas e outras perguntas, perguntas cujas respostas parecem ser bastante difíceis e simples ao mesmo tempo, fazem parte do “objeto” da ciência da Filosofia.

A filosofia busca responder as perguntas da existência do homem no planeta terra. As perguntas resultantes do fenômeno vida são inúmeras. Se Deus existe, se algo é belo, o que é correto, são submetidos a análises, argumentações lógicas e exemplificações.

Assim, muitos filósofos das diversas áreas da filosofia afirmam que, para as ciências que buscam responder questões relacionadas à existência do ser humano no planeta terra, a filosofia seria o solo onde as árvores (o exercício de pensar e responder essas perguntas sobre a existência do homem) crescem.

Originalmente, no período da Grécia Antiga, onde os primeiros filósofos, cujas obras ainda podemos estudar, viveram, o termo filosofia era visto como sinônimo de “amor ao saber”, “amor ao conhecimento”. Aparentemente essa definição de filosofia justificou-se porque Pitágoras, ao ser chamado por seus companheiros da comunidade em que vivia de sábio, recusava-se a ser assim identificado e respondia que não era um sábio, pois não detinha conhecimento de tudo, mas que sem dúvidas era um amante da sabedoria, um amante do saber, um filósofo, *Filos Sofía*, **Φιλοσοφία**.

Figura 1.1 | Φιλοσοφία



Fonte: <http://www.anoixitexni.gr/wp-content/uploads/2013/08/filosofia2.jpg>. Acesso em: 3 dez. 2015.

Uma das formas de responder o que é a filosofia é a forma terminológica. Quando perguntam a alguém o que é filosofia a descrição terminológica de “amor ao conhecimento” ou “amizade ao conhecimento” é uma das respostas possíveis a ser aceita.

Pitágoras, a partir de seu entender, afirmava que aquele que não contempla, não pode filosofar. Para este pensador, quem não contempla age, e ao agir não se pode exercer o básico inicial da filosofia que é a contemplação da realidade.



### Exemplificando

Pitágoras exemplificava a sua percepção dicotômica entre ação e contemplação por meio da imagem de um estádio onde jogos ocorrem, lembra-se que as Olimpíadas surgiram na Grécia, eles já possuíam estádios onde assistiam jogos naquele período.

O filósofo exemplificava que aquele que está no estádio jogando, agindo, não consegue observar quem está na arquibancada, observando/contemplando. Da mesma forma, quem contempla e assiste ao jogo, não consegue agir nas atividades que acontecem no campo, assim, inviabilizados de agir, pois, qualquer ação reduzirá ou eliminará a qualidade de seu observar.

Ou você está na arquibancada assistindo ao jogo, o que te impede de atuar como jogador, ou você está jogando, o que te impede de agir como observador.

É por essa razão que a concepção clássica de filosofia traz em sua origem a ideia de que existe uma intransponível dicotomia entre ação e pensamento; a *praktikí* (prática em grego) versus a *theoria* (teoria em grego); a *action* (ação) versus a *contemplation* (contemplação). Por muito tempo entendeu-se que aquele que não contempla, agindo, não pode aproximar-se de forma amigável do conhecimento – filosofar.

Para os primeiros filósofos “uma vida sem reflexão, não examinada, não valia ser vivida” e para examiná-la era necessário não agir.



### Refleta

Você pratica esportes? Você acredita que ao jogar, a sua percepção do que acontece ao redor fica completamente reduzida? Um bom jogador não é aquele que mantém o olhar sob seus adversários, e seus colegas no caso de esportes em grupo, enquanto faz as suas jogadas?

Essa ideia da prática sobre o pensar filosófico de Pitágoras veio a ser criticada futuramente, e hoje em dia muitos filósofos modernos não compartilham da mesma ideia e criticam a alegoria criada por Pitágoras.

Mas não é esta a função de um filósofo, afinal? Questionar o que lhe é apresentado como inquestionável, inclusive as teorias filosóficas? Abrir espaço para novas percepções de mundo e de vida? Conhecer novas possibilidades? Rediscutir as conclusões e as premissas?

É certo que a ação não pode definir o pensar, sob prejuízo de que as decisões tomadas sejam orientadas, somente, em razão dos resultados, das condutas e não de outros valores. Já pensou um juiz, ao decidir um caso, orientar-se pela possibilidade de ação ou não de alguém? Então este julgador, em face de, por exemplo, um processo onde uma família muito pobre não tem condições de pagar as fraldas de seu filho deficiente e requer isto do estado, concluiria que deveria julgar a ação improcedente porque o município/estado, não possuem dinheiro em seu orçamento para tal despesa.

Apesar de ser Sócrates aquele que foi identificado como o “pai da filosofia” o exercício de observar a realidade, tentar explicá-la e sistematizar estas explicações, inclusive a existência humana nesta realidade, tem como primeiros registros os “cientistas pré-socráticos” ou filósofos da natureza pré-socráticos.

Chamamos de cientistas pré-socráticos/filósofos da natureza pré-socráticos todos aqueles que tentaram explicar os fenômenos observáveis da natureza durante a existência humana de forma não religiosa dogmática (explicar a partir de mitos ou crenças). Assim, como veremos à frente nesta seção, a filosofia surgiu distinguindo-se da religião pois não se vale dos dogmas religiosos para responder à pergunta sobre a existência de Deus, por exemplo. Ao deixar de recorrer aos deuses para explicar tais fenômenos e buscar racionalizar o conhecimento da realidade como um todo, sistematizando tal conhecimento aproximavam-se do que hoje entendemos como ciência.

Eles, os filósofos, foram também identificados como cientistas e após a sistematização moderna da ideia de filosofia, foram reconhecidos como filósofos, pensadores por definição. É por essa razão que aqueles identificados na Grécia Antiga e Roma, como filósofos, hoje são também reconhecidos como pais da medicina, da matemática, da química, da botânica, etc.

Sendo uma área do conhecimento que observa a existência humana no mundo, a filosofia encontra objetos de análise em todos os âmbitos da vida humana e desdobra-se em diversos campos, árvores sob o solo, como exemplificamos:

**INFOGRÁFICO: (A imagem da Filosofia como o solo de onde todas as áreas científicas surgem, crescem, sustentam-se pode ser feita como a imagem de uma floresta onde cada árvore é uma disciplina, e o solo é devidamente identificado como a Filosofia – Assim, as árvores podem ser Medicina, Química, Engenharia, Direito, Pedagogia, Jornalismo, etc.).**

A filosofia encontra-se presente em todas áreas do conhecimento, como veremos nas seções seguintes e no decorrer do curso, mais especificamente relacionado ao direito. Existem debates filosóficos na física, medicina, comunicação e etc.

Ao buscar a essência das coisas, inclusive da existência, verificamos que ela se encontra presente em todos os espaços da vida e do conhecimento produzido. É por esse motivo que temos a filosofia no direito, debates éticos na medicina, análises sobre o espaço e infinitude do universo e do tempo na física, dentre outros debates nas mais diversas áreas do saber.



### Refleta

Você já viu alguém em um programa de televisão, entrevistas falando sobre qual é a sua “filosofia” de vida? Normalmente o que estes entrevistados respondem envolve uma descrição de seus valores, aqueles que eles mais protegem nas suas interações humanas cotidianas. Se eu te perguntasse quais são os seus valores existenciais, o que você responderia? Essa resposta seria a mesma da pergunta “qual a sua filosofia de vida”?

A filosofia, entendida como um conjunto de valores que orientam as ações, é reconhecível nas diversas culturas: chinesas, indus, africanas, americanas. Neste momento entendemos e definimos filosofia como uma “visão de mundo”, sabedoria de vida e valores de vida de um povo.

Figura 1.2 | As religiões



Fonte: <http://4.bp.blogspot.com/-5Hzk1aBc2TQ/Uj4cGzxrQTI/AAAAAAAAAVc/zfVWHbCJVDI/s400/Montagem.png>. Acesso em: 3 dez. 2015.



Quando eu pergunto: quem é você? Normalmente recebo como resposta um nome e não uma autodefinição e sistematização de seus valores. No ambiente de trabalho, quando perguntamos: quem é você? Respondem imediatamente qual a ocupação do indivíduo na empresa. Ora, o ser humano é complexo, existe em diversos espaços de formas diversas, talvez isso torne tão difícil responder quem somos, contudo, a filosofia busca responder a tal pergunta, sem reduzir a simples resposta que passa por identidades profissionais, familiares, etc., mas, sim, observando de forma profunda a realidade em que existem as pessoas de forma a distinguir tudo o que não faz parte da essência da pessoa, acreditando que restará, após toda esta observação, a resposta para a pergunta: quem sou eu?

A deliberada decisão de não aceitar o óbvio, a resposta como o nome, por exemplo, e investigar e questionar amplamente, pode ser apresentado como umas das respostas possíveis à pergunta: o que é a filosofia?

Como dissemos antes, a filosofia surge buscando distinguir a sua forma de entender e explicar o mundo de maneira dogmático-religiosa que era utilizada até então para explicar diversos fenômenos da existência e sistematizar o saber resultante destas explicações.

O fogo, os raios, os trovões, a chuva, o céu, as estrelas e os inúmeros satélites visíveis desde a terra, o fenômeno da enchente sazonal de rios, as estações do ano, tudo já foi explicado de forma religiosa pelo homem. Os deuses foram por muito tempo o motivo e fundamento de todos os fenômenos.

Por exemplo: hoje sabemos que o eco é um fenômeno de acústica, disciplina da Física. Por muito tempo o Eco era uma ninfa muito eloquente, que foi amaldiçoada pela deusa Hera a repetir sempre a última palavra dos outros, perdendo a sua eloquência. Na pintura, Eco, apaixonada por Narciso, apenas repete as últimas palavras deste:

- Tem alguém aqui?
- Aqui, aqui, aqui...

Figura 1.3 | Echo e Narciso



Fonte: Paragon of beauty. Disponível em: [http://www.worldsofimagination.co.uk/800px-Echo\\_and\\_Narcissus.jpg](http://www.worldsofimagination.co.uk/800px-Echo_and_Narcissus.jpg). Acesso em: 3 dez. 2015.

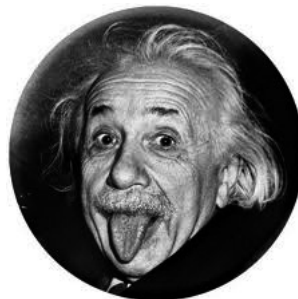
Os primeiros pensadores que buscaram explicar os fenômenos de forma não religiosa foram reconhecidos como filósofos, contudo, também abriram os primeiros caminhos para a ciência como a conhecemos hoje em dia. Por muito tempo o pensamento científico e pensamento filosófico foram confundidos e identificados como idênticos, como veremos mais à frente. Tais métodos de observar e analisar o mundo distinguiram-se apenas na modernidade.

Até o século XVII a ciência confundia-se com a filosofia. É apenas com Galileu e o Círculo de Viena, pensadores os quais passaram a definir como científico apenas conhecimentos que poderiam ser reproduzidos a partir de “experimentos”, que acontece a desconexão entre essas áreas do conhecimento.

Quando se buscou as causas primeiras dos fenômenos observáveis, tivemos o início da filosofia. A evolução da filosofia natural com os experimentos científicos e as descobertas das respostas e maior entendimento dos fenômenos e reprodução controlada destes, permitiu a formação da ciência.

Talvez seja este o motivo pelo qual Einstein afirmou certa vez que a filosofia é a única forma de aproximar-se das verdades centrais da realidade que observamos. A filosofia, como o solo onde crescem as árvores do conhecimento, é a área de onde originou-se o pensamento científico.

Figura 1.4 | Albert Einstein



Fonte: <<http://mentalfloss.com/article/49222/11-unserious-photos-albert-einstein>>. Acesso em: 3 dez. 2015.



### Pesquise mais

São muitos os cientistas que eram identificados como filósofos por seus contemporâneos. Descartes, Platão, Arquimedes “Eureca”, Pitágoras e seu famoso diagrama das aulas de matemática. Sugerimos a você que observe se o filósofo do qual nos valem para instrumentalizar o nosso pensamento jurídico também não foi um produtor do que hoje classificamos como conhecimento científico.

Será enriquecedor e divertido perceber que a linha que separa a ciência natural da filosofia, por muito tempo, foi inexistente, ou extremamente tênue.

Por sua vez, a filosofia, como área do conhecimento independente, também possui as suas subáreas de pesquisa e estudo. São identificadas como relevantes as seguintes:

- Metafísica: estuda o ser e qual a natureza da realidade. Do que esses elementos são constituídos?
- Ética: estuda os valores e a aplicação destes. O que é bom, o que é mal?
- Lógica: estuda o que vem a ser um bom padrão de raciocínio, quais argumentos são válidos e quais argumentos seriam falaciosos (falsos);
- Epistemologia: estudo da natureza e conteúdo do que é conhecimento;
- Estética: busca responder perguntas relacionadas à beleza. O que é belo? O que é arte? O que é de bom gosto?

Existem muitas outras subáreas da filosofia, além das que escolhemos destacar, a exemplo da metafilosofia, que vem a ser a área que estuda a produção do conhecimento e do saber filosófico. A título de conteúdo para a Filosofia do Direito saber as mais conhecidas subáreas da filosofia pura nos é suficiente.



### Pesquise mais

Você conhece a página Wikipédia? O Wikipédia é um dos projetos bem sucedidos do grupo Wikimedia que tem sua base na cidade de São Francisco, nos Estados Unidos, e busca, a partir da colaboração de pessoas em todo mundo, criar uma "Barsa" (antiga enciclopédia) no mundo virtual.

Que tal aprofundar as informações referentes a estas disciplinas da filosofia a partir dos verbetes dessa enciclopédia virtual? Conheça mais aprofundadamente o que vem a ser ética, uma área de extrema importância política e moral para profissionais do Direito.

Endereço eletrônico: <https://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%89tica>.

Vamos lá?



Fonte: <http://img01.thedrum.com/news/tmp/77017/wikipedia-research.jpg>. Acesso em: 21 dez. 2015.

No nosso dia a dia orientamos nossas ações e comportamentos informados por crenças as quais aceitamos de forma indireta e inquestionadas em relação a realidade como a percebemos. Esse existir automático, dentro da arena, sem parar para observar e ponderar, podemos dizer que é um comportamento não filosófico. Mas que podemos e devemos mudar se pretendemos atuar de forma eficaz.

Isso porque, como já aprendemos, é o questionamento das verdades não questionadas, uma criticidade em relação a tudo que se apresenta como explicação da realidade que define o filósofo. É por esse motivo que o "pai da filosofia" é o pensador grego conhecido pela afirmação: "Só sei que nada sei". A convicção impede os questionamentos e as novas descobertas.

É esta postura filosófica que, mesmo partindo de exemplos gregos, afinal, a origem do vocábulo "filosofia" é grega, não podemos afirmar que não existia filosofia em espaços dos continentes hoje conhecidos como África e Ásia. Nesse sentido, proponho que você também busque conhecer mais sobre as concepções de justiça e ética, áreas da filosofia cunhadas por estas culturas.



### Pesquise mais

Você conhece Confúcio? Ele é identificado como um famoso filósofo medieval asiático e influencia até os dias atuais a formação e comportamento das pessoas em países como a China, por exemplo. Porque Confúcio ainda hoje influencia o comportamento dos Chineses? Não seria uma expressão da presença de um pensamento filosófico na filosofia de vida e comportamento de um povo?



### Faça você mesmo

No Egito Antigo, continente africano, existiam crenças relacionadas ao pós-vida que ainda se fazem presentes no dia a dia do ocidente. Para eles a morte era uma "travessia", pois os mortos atravessavam um rio para chegar na vida após a morte. Para os egípcios, o indivíduo, após a morte, tinha a sua conduta e as suas ações em vida "avaliados". Essa avaliação determinaria o tipo de vida pós-morte. Estes eram valores culturais, filosofias egípcias. Quais valores relacionados a ideia de vida após a morte do antigo Egito você consegue perceber ainda presentes no nosso dia a dia?

Diversas áreas do conhecimento não precisam e não se propõem a debater o que são, contudo, a filosofia, por trazer nas suas origens e criticidade e o questionamento, uma vez que não pode iniciar qualquer proposta de estudo sem questionar a sua própria natureza.

O não aceitar uma resposta única, o buscar sempre novas formas de observar e entender a realidade faz com que a filosofia pareça uma área do conhecimento que "nunca tem fim", "sem sentido" ou "muito abstrata". Isso, como aprenderemos, não é verdade, pois a filosofia e a postura filosófica permitem a evolução do conhecimento.

Essa natureza de construção e desconstrução constante leva muitos ansiosos a rotular esta área do conhecimento como uma "terra de ninguém", sem um conteúdo particular. Terminam por concluir apressadamente que a área é inútil e não tem razão de ser, não merecendo atenção.

O desinteresse pela função reflexiva leva muitos a reproduzirem a definição de um pensador, Voltaire, de que: "quando dois homens discutem, falando um daquilo de que não entende e o outro fingindo que está entendendo, então eles fazem filosofia" (BRUNETTO, 2016)". Apesar de engraçada, a anedota explicita o desconhecimento sobre a vital importância desta área para a produção do conhecimento como um todo no mundo.

Por ser um guia para ação, todas as áreas do conhecimento terminam por voltar seus olhos para a filosofia e o direito não poderia ser diferente.

Nunca tivesse questionado o homem o que é a chuva, de onde ela vem, como ela se forma, dentre outras perguntas relacionadas aos fenômenos observáveis, estaríamos ainda hoje sem saber como explicar racionalmente os fenômenos da natureza e acreditando que danças e orações garantiriam a benesses da "deusa da chuva".

Já pensou se vivêssemos em uma sociedade na qual ainda se acreditasse em determinadas coisas como: o "deus das águas doces" está insatisfeito conosco e por isso secou as águas do Sistema Cantareira de São Paulo? Jamais observaríamos o sistema de águas e a sua gestão como algo passível de ser exigido de nossos representantes políticos.

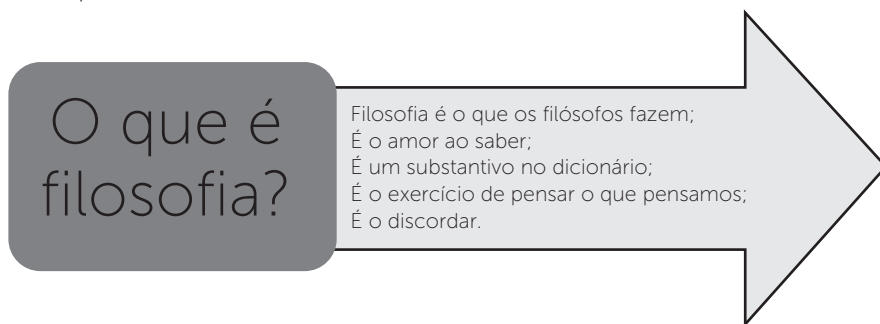


### Refleta

Como você explicaria a situação da crise hídrica do Sudeste do Brasil e a da Califórnia nos EUA? Escolheria um argumento científico-político, cujas bases têm origem nas teorias filosóficas da Grécia Antiga e criticaria os discursos que responsabilizam os deuses, ou ficaria calado e apenas observaria a sua associação de bairro ou condomínio se organizar para ensaiar a "dança da chuva" e oferecer frutas ao furioso "deus da chuva"?

Saber colocar um ponto de interrogação nas coisas da vida diária é um saber filosófico. No dia a dia, ao não naturalizarmos (não acharmos normal, no cotidiano, quando nos espantamos com algo) fenômenos sociais e nos espantarmos em relação à realidade, machismo, racismo, xenofobia, vendo esses acontecimentos da realidade como algo que não deveria perpetuar-se, age-se de forma crítica/filosófica e rompe-se com o senso comum. Esta é uma postura filosófica moderna. Questionar se o apresentado é verdadeiro ou passível de continuidade ou mudança.

Neste momento você ainda deve estar procurando a resposta para a pergunta: O que é filosofia? O objetivo é fazer você perceber que diversas são as respostas possíveis de observação da realidade e transmissão do conhecimento adquirido. Assim, a resposta pode ser: Filosofia é o que filósofos fazem, filosofia é amor ao saber, filosofia é um substantivo no dicionário, é o exercício de pensar o que pensamos, é o discordar.



Fonte: A autora.

É da natureza desta matéria não se reduzir à visão de mundo, a sabedoria de vida, o esforço racional para entender o universo, a fundamentação teórico e crítica dos conhecimentos e das práticas. A sistematização de todo o conhecimento resultante disto impede, pela própria natureza do exercício de filosofar, uma alternativa dentre múltiplas opções de escolha.



### Pesquise mais

Sugiro que você recorra ao dicionário e pesquise: qual a definição de filosofia? São muitas?

O importante é que, ao final desta seção, torne-se possível perceber que a existência de múltiplas respostas, a partir de diversos espaços de observação, não implica necessariamente na ausência de uma resposta para a pergunta.



### Assimile

Filosofia:

- Amor ao saber dentre muitas outras formas possíveis de definição.
- Ao opor-se aos dogmas religiosos, e ao senso comum, permitiu o surgimento do pensamento e método científico.
- Divide-se em diversas áreas e muitas destas áreas são ferramentas necessárias no dia a dia do moderno jurista bem-sucedido.

Por ser uma técnica que gera um conjunto sistematizado de conhecimento, a filosofia é confundida com as outras disciplinas que se constituem em um conjunto de informação sistematizada, contudo, este não é o objetivo da filosofia. A filosofia como técnica faz perguntas, obtém respostas e as sistematiza, no entanto, a técnica de exercer estas atividades é o objeto da filosofia.

Interagir com as dúvidas de forma a construir conhecimento inovador, em lugar de ser consumido pelas dúvidas é a postura dos históricos pensadores e profissionais do direito. Analisar (analistas), refletir (juízes) e criticar (advogados/promotores/defensores) constitui a atividade filosófica e se inserem também na atividade jurídica. Como julgar desprovido de preconceitos e crenças, sem as bases da filosofia, se a própria natureza da filosofia é questionar e desconstruir o senso comum afirmando que o que pensamos saber, na verdade, nos é desconhecido?



### Exemplificando

Nos últimos anos o Judiciário brasileiro vem deparando-se com desafios resultantes das demandas jurídicas por reconhecimento de direitos de diversos grupos antes ignorados. Debates extremamente complexos e caros à democracia apresentam-se na arena do judiciário, a exemplo da liberdade de expressão, liberdade de crença, pesquisas em células-tronco, união homoafetiva, ações afirmativas, cirurgias de mudança de sexo. Essas novas realidades desafiam novas interpretações da lei e do que vem a ser justiça. O desafio de interpretação de fatos e normas de acordo com a recente democracia e novas descobertas e percepções de realidades exigem a presença constante de uma posição filosófica em face do mundo e do direito.

Como você reagiria diante da garantia constitucional de dignidade humana e a proibição de uma mulher (transexual) de usar um banheiro feminino de estabelecimento público? Reconhece, ou não um debate jurídico nisto?

Ou seja, a atividade jurisdicional é, por si só, uma atividade filosófica em si. Como veremos no decorrer do curso.

E esta, por si só, exige uma postura filosófica em si!

Bem-vindo ao curso.

## SEM MEDO DE ERRAR!

Pois bem, aprendemos o que vem a ser a filosofia de forma geral, quais são suas origens, como essa disciplina permitiu por muito tempo que se desenvolvesse o pensamento científico até a desconexão das áreas distinguindo-se a filosofia natural da ciência. Por fim, conhecemos algumas áreas da filosofia.

Agora, vamos retomar a situação-problema da nossa seção?

Como sabemos, nesta unidade atuamos como auxiliar/assessor de um Ministro do Supremo Tribunal Federal e o ajudaremos a decidir e fundamentar o seu voto em um julgamento de grande proporção filosófica da história de nosso Tribunal Constitucional: o julgamento da Lei de Biossegurança e a alegada inconstitucionalidade do artigo 5º dessa lei, que previa o uso de células-tronco embrionárias para pesquisas científicas.

No caso, você como assessor do Ministro está lendo as petições iniciais dos autores da ação, as petições dos requeridos, no caso, o Congresso que aprovou a lei, e as manifestações dos *amicus curie* que têm interesse no resultado do julgamento, mas não são partes.

Dentre as teses do autor da ação existe uma em especial que chama a atenção. É a manifestação argumentando que o artigo 5º da Lei de Biossegurança viola a vida como esta é entendida nos mandamentos de Deus. “Somente Deus pode dar e tirar a vida.”. Na petição eles assume que o embrião, de cujas células para pesquisas são retiradas, é uma vida, pois a *Bíblia*, o *Alcorão*, os *Orixás*, o livro sagrado que o seja, assim diz. Conclui, então, que o artigo que prevê as pesquisas com células-tronco embrionárias viola a vida, assim compreendida como a define a *Bíblia* e, conseqüentemente, deve ser declarado inconstitucional.

Como você instrumentalizará o que aprendeu sobre filosofia pura para apreciar esta tese? Você concorda com o argumento e o cabimento do autor neste julgamento? Como você se direcionará a ela, em suas pesquisas, para assessorar a elaboração do voto no julgamento das células tronco? Qual disciplina, dentre as disciplinas da filosofia geral, será importante ferramenta na sua argumentação para concordar ou discordar desta tese?





### Atenção!

- A filosofia tem sua origem na oposição às explicações dogmático-religiosas do mundo. Ao buscar a razão de ser das coisas volta-se ao pensamento racional.
- A filosofia geral desligou-se da ciência no século XVII, apesar de ter sido durante muitos séculos o berço do pensamento científico moderno na disciplina da filosofia da natureza.
- Existem cinco principais disciplinas da filosofia geral, lógica, metafísica, ética, estética e epistemologia, contudo não são as únicas disciplinas desta área.

Lembre-se de que a filosofia é importante para fundamentar decisões jurídicas de casos complexos, que não podem resguardar-se somente na lei declarada.

Será importante, também recordar que a filosofia busca responder o porquê das coisas, afastando-se de respostas dogmáticas a exemplo de: "porque o livro sagrado assim diz".

Possuindo sua origem na negação de dogmas e aproximação da racionalidade, não aceita, também, o senso comum como resposta incontestante para responder a razão de ser dos fenômenos.

É por esse motivo que no debate jurídico sobre eventual violação do direito à vida do embrião, cujas células são utilizadas para pesquisas científicas, as perguntas: "o que é a vida?"; "possui o embrião vida?", não podem ser respondidas no espaço do judiciário com fundamento em dogmas ou crenças.

Para elaborar um argumento que afastará ou acolherá a tese do autor da ação você irá se valer não somente da habilidade de distinguir o que é senso comum, o que é crença, o que é dogma religioso, o que é científico e o que é racional/filosófico, mas também utilizar-se-á das disciplinas da filosofia geral, para estudar, analisar e sistematizar os fundamentos que o levam a concluir a tese do autor da ação como um argumento válido ou inválido. Você irá, assim, identificar a validade ou não do argumento apresentado e sistematizar e apresentar seu entendimento sobre essa conclusão.



### Lembre-se

A filosofia cujos marcos teóricos remontam a Grécia Antiga possui suas origens muito antes desse período com os pré-socráticos.

Ao opor-se às explicações dogmáticas revolucionou “o mundo” e abriu as portas para o pensamento científico. Desconstruiu o poder e influência do senso comum e da religião.

A palavra filosofia (amor a filosofia) é normalmente apresentada como a primeira resposta para a pergunta: O que vem a ser a filosofia?

A filosofia possui diversas subdisciplinas, destacando-se a estética, a ética, a metafísica, dentre outras.

A filosofia pergunta qual é o porquê das coisas e não aceita mitos/crenças como resposta, apenas a razão.

### Avançando na prática

Pratique mais!	
<b>Instrução</b>	
Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois compare-as com a de seus colegas.	
<b>“Filosofia no dia a dia”</b>	
<b>1. Competência de fundamentos de área</b>	Integração de informações e dados diversos. Interseção de áreas de apoio do Direito. Construção de argumentos.
<b>2. Objetivos de aprendizagem</b>	Conhecer a disciplina e o histórico de sua origem e formação. Conhecer diversas definições do conceito de filosofia. Distinguir filosofia, ciência e senso comum. Reconhecer quais são as principais subáreas da filosofia.
<b>3. Conteúdos relacionados</b>	História das origens da filosofia. Diversas aplicações e significados do termo filosofia. Distinção de filosofia, de ciência e do senso comum.
<b>4. Descrição da SP</b>	Você acompanhou o julgamento no STF sobre união estável e o casamento homoafetivo? A Constituição afirma que o casamento existe apenas entre homem e mulher, contudo, a Suprema Corte está sendo chamada a defender a Constituição e os valores constitucionais reconhecendo que o casamento é o exercício de um direito o qual não pode ser negado, sob pena de violação dos princípios da Constituição, a exemplo da igualdade/equidade. Você, como advogado, decidiu entrar com uma ação declaratória e constitutiva de direitos, questionando a interpretação da lei, analisando e criticando a incompatibilidade da norma à nova realidade da sociedade. Essa ação, em grau de recurso, chegou ao STF. Agora, você deverá analisar: quais ferramentas da filosofia geral fizeram-se presentes durante esta sua atuação como advogado?

<p>5. Resolução da SP</p>	<p>Para solucionar a SP proposta é vital que você se recorde o que vem a ser uma postura filosófica em relação ao mundo. Veja que de início a norma é contrária à sua causa, a norma não reconhece casamento entre pessoas do mesmo sexo, contudo você ainda assim decidiu questionar esse entendimento no judiciário chamando outros profissionais do direito (juiz, promotores, desembargadores, ministros) a exercitarem uma nova leitura da lei a partir da nova realidade social. Para isso, você deve inicialmente questionar a manutenção da aplicação incontestada da lei bem como questionar a aceitação de que pessoas tenham direitos negados em função de normas elaboradas em momento histórico diferente.</p> <p>Ao observar não dogmaticamente o seu dia a dia; ao convidar outros profissionais do direito a pensarem de forma crítica sobre estes dogmas; ao observar a realidade e convidar para observarem com espanto a não mudança das leis em face da mudança da sociedade, você está exercitando diversos elementos da filosofia, argumentação, pensamento crítico, raciocínio lógico, dentre outros elementos.</p> <p>Você deve perceber que ao não aceitar dogmas e procurar análises alternativas para alcançar um argumento de defesa de sua tese, mesmo fora das leis, a filosofia apresenta diversas ferramentas das quais você irá utilizar-se e, eventualmente, convencer juízes e promotores de que é necessário mudar a forma de perceber a sociedade e a necessidade de novas normas e derrogação de antigas normas.</p>
---------------------------	--



### Lembre-se

- O dicionário pode ajudar a identificar as diversas definições que a palavra filosofia possui;
- A filosofia não possui uma definição única e, portanto, a pergunta: "O que vem a ser a filosofia?", não pode ser vista como passível de apenas uma única resposta correta;
- A filosofia surge acreditando na dicotomia: ação versus contemplação e sedimenta-se ao desconstruir dogmas mítico-religiosos;
- A origem da filosofia confunde-se com a ideia de origem da ciência, por esse motivo os primeiros filósofos confundem-se com os primeiros cientistas;
- A filosofia permite a melhor análise e atuação do jurista para além da aplicação somente técnica do direito.

**Faça valer a pena**

**1.** Qual a alternativa correta?

- A) A filosofia nega a ação.
- B) A filosofia exige a inércia humana.
- C) O filósofo não deve agir em sociedade
- D) O filósofo deve atuar como um jogador dentro da arena.
- E) A filosofia evoluiu e não mais aceita visões limitantes sobre si e sobre o filósofo.

**2.** Amizade pelo saber, amor ao conhecimento. Qual a origem desta expressão

- A) Período Medieval, quando a filosofia se desconectava da ciência.
- B) Período antigo na Ásia, quando os valores culturais eram identificados como filosofia.
- C) África Moderna, quando a filosofia africana passou a fazer parte dos currículos obrigatórios.
- D) Europa Antiga, durante a vida de Jesus Cristo e divulgação de seus valores humanísticos.
- E) Antiga Grécia e sua democracia.

**3.** A filosofia possui diversas subáreas. Quais delas são as cinco principais?

- A) Artes, lógica, política e metafilosofia.
- B) Metafísica, epistemologia, estética, ética e lógica.
- C) Metafísica, metafilosofia, estética, ética e ilógica.
- D) Metafísica, metafilosofia, arte, ética e ilógica.
- E) Metafísica, metafilosofia, estética, ética e lógica.

## Seção 1.2

### A filosofia do direito

#### Diálogo aberto

Nesta seção vamos conhecer o que é a Filosofia do Direito e quais são as suas ferramentas e objetivos. Retomaremos alguns conceitos relacionados à filosofia geral/pura e os aplicaremos, bem como a outros novos conceitos da disciplina especializada.

Você se recorda que a situação que experimentamos nesta unidade é a da atuação do um assessor de ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) durante o julgamento da alegada inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança. Nós ajudamos o Ministro a pensar soluções para os conflitos que são levados até à Suprema Corte e, também, o ajudamos a analisar as alegações das partes, decidir e fundamentar o seu posicionamento neste julgamento.

Na seção anterior atuamos como um juiz de primeiro grau que foi convidado a assessorar um ministro no STF. Durante a elaboração do nosso voto, instrumentalizando o que aprendemos sobre o que vem a ser a filosofia geral, notamos a falta de lógica em uma das teses do autor bem como a utilização de dogmas, crenças e senso comum na fundamentação utilizada pelo autor em sua tese da inconstitucionalidade do artigo da Lei de Biossegurança. Aprendemos, também, que o exercício de análise de fatos, de leis que já existem o alcance de uma conclusão, opinião nova, em face de uma nova situação social, era um exercício de pensamento filosófico.

Nesta seção continuaremos a nossa experiência de atuação no STF como um Juiz convidado a assessorar um ministro da mais alta corte do país durante o julgamento do artigo 5º da Lei de Biossegurança. Você vai, durante a elaboração do seu voto que analisa a alegação de inconstitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias para pesquisas científicas, identificar de que forma a filosofia do direito lhe ajudará a acolher entre a tese do autor e a tese do requerido, ambas fundadas em lei vigente. Você deverá, a partir da lista de objetivos da disciplina indicada pelo professor Eduardo Bittar no decorrer do material, apontar quais são

necessárias para fundamentar a sua atuação para decidir qual lei irá afastar, qual irá acolher ou se irá afastar ambas na elaboração do voto.

Para que possamos resolver a situação-problema apresentada, decidir se deve ser aplicada a concepção de vida do Código Civil ou a concepção de vida da lei de transplantes de órgãos, ou nenhuma das duas, teremos que identificar qual, dentre as diversas disciplinas da filosofia do direito, diretamente, irá nos auxiliar a desenvolvermos nosso trabalho.

Também nos valeremos da lista de objetivos da disciplina, para fundamentarmos com confiança a nossa atuação e decisão de qual lei afastar, qual lei acolher ou se as duas devem ser afastadas.

Você também aprenderá nesta seção a distinguir as diversas percepções sobre o que vem a ser filosofia (a partir das diversas interpretações sobre o que vem a ser o direito) e vai aprender a identificar qual delas lhe será mais útil para a solução do complexo caso que analisamos.

Por fim, notaremos que muitos elementos que utilizamos na seção anterior, para entender o que vem a ser a filosofia e como se dá o processo de pensamento filosófico, serão retomados nesta seção, onde distinguiremos a filosofia geral da filosofia do direito e instrumentalizaremos a filosofia do direito em um mesmo contexto judicial.

Você irá descobrir como a filosofia do direito irá auxiliá-lo a elaborar sua decisão/voto em face de novas situações sociais, criadas pela evolução da ciência quando esta nova realidade é levada ao ministro com quem você trabalha para que o auxilie a decidir se está sendo violada a Constituição do país, ou não.

Vamos lá?

## **Não pode faltar**

As ferramentas da filosofia do direito são mais especializadas, contudo, diferem sobremaneira das ferramentas da filosofia geral. O conhecimento utilizado para a elaboração do seu voto, como assessor de ministro do nosso STF era desconectado do conhecimento da área especializada da filosofia do direito?

Figura 1.5 | Julgamento deficientes físicos



Fonte: [http://cs.i.uol.com.br/album/retrospectiva2008\\_f\\_003.jpg](http://cs.i.uol.com.br/album/retrospectiva2008_f_003.jpg). Acesso em: 3 dez. 2015.

Figura 1.6 | Julgamento - células-tronco



Fonte: [http://www.terra.com.br/istoe-temp/edicoes/2013/imagens/medicina102\\_7.jpg](http://www.terra.com.br/istoe-temp/edicoes/2013/imagens/medicina102_7.jpg). Acesso em: 3 dez. 2015.

O julgamento Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) da Lei de Biossegurança trazia uma situação de estranhamento com a realidade (que se tornou nova a partir da evolução da ciência) e uma expectativa de que dogmas e crenças não influenciassem o seu processo decisório, bem como que você não se deixasse levar por falhas de raciocínio lógico ao analisar as alegações apresentadas. Esses casos são conhecidos como *hard cases* por possuírem tais características.

Vamos descobrir que a do direito permanece com ferramentas úteis da filosofia geral ao mesmo tempo que qualifica a aplicação destas para que seja possível alcançar uma atuação mais eficiente do jurista moderno. Vamos lá aprender um pouco mais nesta seção?

Você se lembra que aprendemos anteriormente sobre a natureza da filosofia? Uma das definições foi a de que esta era a área do conhecimento que busca a razão de existir das coisas e pessoas, implica na presença da filosofia e suas disciplinas em diversos espaços. Filosofia da educação, da medicina, da engenharia, até mesmo das ciências, e por que não, filosofia do direito.

Se a filosofia geral tem como centro de sua razão de existir o questionamento da existência como um todo, a filosofia do direito tem como razão o questionamento de elementos centrais do direito. O que é o direito? Seria a pergunta central que constituiu esta disciplina.

Como dissemos, a filosofia tem em sua origem os questionamentos, a não aceitação do senso comum e das crenças inquestionadas. Assim, a filosofia do direito surge ao questionar-se o que é direito, o que é justiça, o que é igualdade, o que é bem social, o que é o objeto do direito.

#### Filosofia do Direito

- O que é o direito?
- O que é justiça?
- O que é igualdade?
- O que é bem social?
- O que é o bem do direito?

Fonte: A autora.

O primeiro debate em relação a esta disciplina decorre do próprio nome da matéria. Para alguns a disciplina deveria chamar-se a Filosofia do Direito. Pare esses, o direito possui uma natureza tão peculiar que, ao ingressar na arena da ciência do direito, a filosofia assume um caráter próprio desconectado de elementos da filosofia geral e mais próxima de elementos da ciência do direito.

Para outros, dentre eles o professor Miguel Reale (p. 286, 1999), a filosofia é uma disciplina universal e indivisível. Por isso, ao estudarmos tal disciplina estudamos como a filosofia geral é aplicada ao direito, sem que sua instrumentalização descaracterize a natureza da filosofia geral. Esse grupo entenderia, então, que se trata do estudo da "Filosofia no Direito".

Figura 1.7 | A filosofia do direito – Miguel Reale



Fonte: <http://www.saraiva.com.br/filosofia-do-direito-20-ed-2002-386954.html>. Acesso em: 3 dez. 2015.





### Refleta

Veja que você estudou Filosofia Geral antes de estudar o que é Filosofia do Direito. Isso se dá porque a filosofia do direito é extraída da filosofia geral. O decorrer do tempo e evolução da área resultou em uma autonomia desta, generalizadamente reconhecida, contudo, este debate ainda se faz legítimo na filosofia, pois as perguntas não são encerradas por completo nesta disciplina.

Na seção anterior aprendemos que uma das definições da filosofia é “amor ao saber”, mas, que dentre as diversas definições possíveis uma a identificava como ramo da ciência que busca responder perguntas fundamentais da existência.

Ao definirmos o que vem a ser a Filosofia do Direito uma das respostas possíveis, além da resposta “amor ao saber jurídico”/“amizade ao saber direito”, também pode ser a definição da filosofia do direito como o ramo da ciência do direito que busca responder perguntas fundamentais sobre a razão de ser/do existir do Direito como ciência.



### Faça você mesmo

Inúmeras são as definições de diversos autores. O professor Miguel Reale, um dos fundamentais teóricos modernos da Ciência do Direito no Brasil, traz essa definição: A Filosofia do Direito “é a própria filosofia enquanto voltada para uma ordem de realidade, que é a ‘Realidade Jurídica’” (2002, p. 9). Você sabe que o direito é uma área do conhecimento que valoriza muito a devida definição de conceitos. Que tal levantar mais três outros filósofos do direito nacional (Por exemplo: Eduardo Bittar, Tercio Ferraz Sampaio e Alysson Mascaro, entre outros) e descobrir se eles definem da mesma forma ou com algumas variações o que vem a ser a filosofia do direito. Vamos lá?

Nos valem do que aprendemos na seção anterior, filosofia geral, para chegarmos a uma conclusão, com base na aplicação de algumas ferramentas básicas de raciocínio lógico, do que seria uma possível resposta à questão:

O que é a Filosofia do Direito?

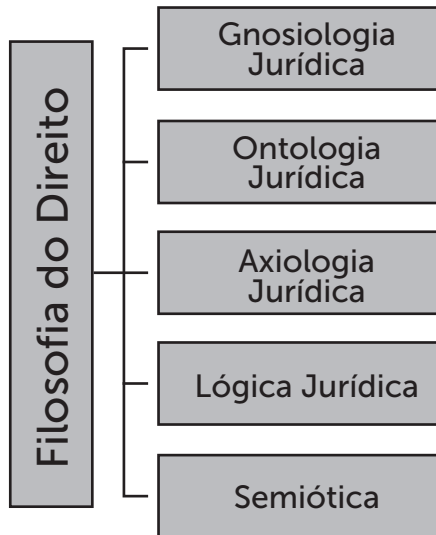
Fonte: A autora.

Em sua obra, Cretella Junior (1993) apresenta critérios de definição sobre o que vem a ser a filosofia do direito. Os cinco critérios enumerados pelo autor são os seguintes.



Fonte: A autora.

Possuindo suas origens nas divisões das áreas da filosofia geral, outros são os paralelos entre as subdivisões possíveis. Por exemplo: a gnosiologia jurídica, cujo objeto é a questão do conhecimento jurídico. A ontologia jurídica que pergunta quais são as razões de ser do direito, para que serve, afinal? A axiologia jurídica estuda os valores (ética/moral) do direito. A lógica jurídica lança o seu olhar sobre o raciocínio jurídico e suas peculiaridades. Por fim, semiótica jurídica estuda as diversas formas e possibilidades da linguagem jurídica. Veja:



Fonte: A autora.

Essa relação de interação e apoio entre a filosofia geral e a filosofia do direito dá origem a diversas discussões e dúvidas sobre a autonomia ou não desta área que estamos desvendando e analisando nesta seção 1.2. A primeira discussão reside na eventual autonomia que a área, a filosofia do direito, teria em relação à filosofia geral. Apesar deste debate ser ignorado pelos profissionais da filosofia do direito e a existência de uma autonomia ser assumida como um fato dado, como filósofos, não é possível assumir dogmas e por esta razão, a apresentação desta discussão para que alcancemos tais conclusões se faz relevante a fim de que compreendamos, inclusive, a finalidade do que alguns chamam de “Jusfilosofia”.



### Vocabulário

Jusfilósofo significa o “filósofo do direito”. A palavra compõe-se dos vocábulos “jus”, direito e “filosofia”, amor ao saber. Assim, ao pé da letra a palavra jusfilósofo seria “aquele que ama o saber jurídico”.

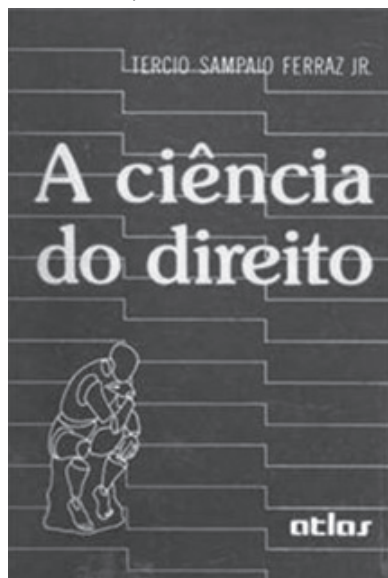
O direito é uma ciência, como afirma o professor Tercio Sampaio Ferraz em seu livro seminal. Como toda ciência estudada nos dias atuais suas origens confundem-se com as origens da filosofia. Os antigos pensadores dos problemas

éticos, políticos, lógicos, morais – categorias relevantes para o debate jurídico – são os pensadores referenciados como produtores das obras seminais (semente) do direito como estudamos hoje.

Assim, da mesma forma que aprendemos na seção anterior que existia pensar filosófico antes do surgimento dos filósofos, podemos descobrir e afirmar que existia um pensar jusfilosófico, pessoas que analisavam e pensavam o fenômeno jurídico, desde antes da antiga Grécia, adjetivando e valorando comportamentos e soluções de conflitos como justas ou injustas, condutas como repreensíveis ou permitidas, etc.

Sócrates foi condenado à morte, por ingestão de cicuta, e criticou os fundamentos de seu julgamento e sua condenação, até seu último momento, contudo submeteu-se a pena que lhe aplicaram por entender que não devia desobedecer às leis, mesmo injustas. Todas essas conclusões e críticas podem ser identificadas como filosofia do direito.

Figura 1.8 | A Ciência do Direito – Tércio Sampaio Ferraz Jr



Fonte: <http://www.casasbahia-imagens.com.br/Control/ArquivoExibir.aspx?IdArquivo=5114561>. Acesso em: 3 dez. 2015.



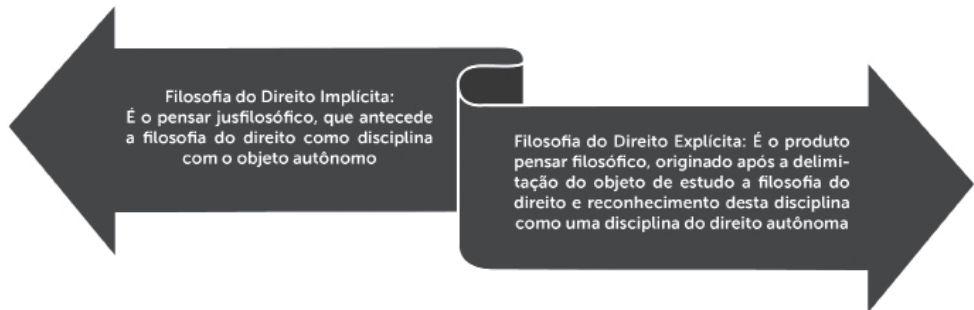
### Pesquise mais

Vale adiantar-se em relação a história de Sócrates, pai da filosofia. Do que ele foi acusado? De que forma o pensar filosófico e o desconforto gerado por esse filósofo influenciou a condenação de Sócrates à morte? Você pensa que nos dias atuais, em sociedades democráticas como a democracia ateniense, tal decisão seria justa e possível? Você vai encontrar as respostas para estas perguntas na obra de Platão da coleção “Os pensadores”, que foi vendida em fascículos nos anos 90.

PLATÃO. Fédon. In: **Diálogos/Platão**; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha; tradução e notas de José Cavalcante de Souza, Jorge Peleikat e João Cruz Costa. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os Pensadores).

Esse pensar jusfilosófico, que antecede a filosofia do direito como disciplina com objeto autônomo, é nomeado de Filosofia Jurídica Implícita, enquanto o produto do pensar filosófico, originado após a delimitação do objeto de estudo à filosofia do direito e reconhecimento desta disciplina como uma disciplina do direito autônoma, bem como autônoma da filosofia geral, é nomeado de Filosofia Jurídica Explícita. Vejamos em uma outra linguagem:

Figura 1.9 | Organograma – Filosofia do Direito Implícita e Filosofia do Direito Explícita



Fonte: A autora.

Eduardo Bittar aponta como marco teórico da moderna Filosofia do Direito, como a estudamos atualmente, o pensamento de Hegel, entendendo que a partir deste autor teria ocorrido a verdadeira desconexão da Filosofia do Direito da Filosofia Geral, e tal disciplina teria passado, então, a desenvolver suas próprias ferramentas de análise, suas técnicas e seus métodos jusfilosóficos.

Hegel deixa de pensar a filosofia do direito como direito natural e passa a pensar esta como Filosofia do Direito Positivo. **Na Alemanha, por exemplo, essa desconexão é apresentada, mas não se faz presente no dia a dia do ensino desta disciplina.**

Figura 1.10 | Hegel



Fonte: <http://klimentjev.ru/upload/main/e78/hegel02.jpg>. Acesso em: 3 dez. 2015.



### Assimile

Não esqueça, assim como a filosofia tem como referências de suas origens, Platão, e referência de sua desconexão da ciência moderna, Copérnico, a Filosofia do Direito tem em Hegel, o nome a ser referenciado como marcador da sedimentação da Filosofia do Direito como uma área do saber autônoma e assim reconhecida.

O direito natural, estudado por diversos filósofos identificados como conscientes de que o Direito era uma área do conhecimento autônoma com objeto específico é percebido como Filosofia do Direito, de acordo com o professor Miguel Reale, a partir da produção crítica de Kant. O professor Miguel Reale tem Kant como marco teórico da abordagem e análise crítica do direito, demarcando assim a natureza da filosofia que já apresentamos na seção anterior, de uma disciplina questionadora a qual não aceita dogmas e crenças inquestionados em seu dia a dia.

Atente-se para o fato de que estudaremos as teorias que distinguem esses jusfilósofos bem como suas biografias nas seções que estão por vir, então, nada de ansiedade por não saber o que mais aprofundadamente falava Kant, Hegel, em seus debates que marcaram teoricamente a história e formulação da disciplina Filosofia do Direito.

Perceba, também, que a ideia de pensador seminal se vincula à concepção do que vem a ser o objeto da filosofia do direito. Para aqueles que a entendem como disciplina que estuda a justiça (o direito tem como fim a justiça) a filosofia jurídica distingue-se daquela para aqueles que entendem como objeto do direito as leis postas (positivistas), para estes a filosofia estuda o que deve ser o mundo se as leis forem seguidas e obedecidas. O objeto dos formalistas, normativistas e sociologistas implica, conseqüentemente, em definir a filosofia do direito como disciplina que estuda o método jurídico utilizado pelos juristas, que estuda questões históricas e busca contribuir com o aprimoramento do direito positivo e, por fim, como disciplina que estuda os fatos jurídicos.

Jusnaturalistas	Disciplina que estuda a justiça.
Positivistas	Disciplina que estuda o dever ser.
Formalistas	Disciplina que estuda e critica o método jurídico utilizado cientificamente pelos juristas.
Normativistas	Disciplina que estuda questões jurídicas históricas e contribui para o aperfeiçoamento do direito positivo.
Sociologistas	Disciplina que estuda os fatos jurídicos.

Fonte: A autora.

A Filosofia do Direito tem como objeto de estudo o direito, independentemente da definição aplicada ao direito; bem como tem por objeto, também, perguntas sobre: qual a razão de ser do direito? Do que é composto o direito? E a lei, é o direito? E a lei injusta, é direito? Dentre outras perguntas e apreciações valorativas. Perceba que o objeto da filosofia do direito decorre das relações sociais, sem o homem que vive em sociedade não existiria razão de ser do direito: "*Ubi societas, ibi jus. Ubi jus, ibi societas.*" (Onde existe sociedade existe o direito. Onde existe o direito existe a sociedade).

Objetivamente podemos distinguir objeto axiológico e epistemológico. O primeiro estuda o que é e o que compõe o direito. O segundo estuda a valoração crítica do direito idealizando normas por existir ou sugerindo aprimoramento das normas falhas que existem.

Esse objeto da filosofia do direito, axiológico ou epistemológico, é analisado por meio de métodos voltados para a nossa disciplina. Método é o "caminho" que percorremos para chegar ao resultado que ambicionamos, observação e compreensão do objeto; a palavra "*methodos*" tem origem na língua grega e significa "caminho para alcançar um fim".

O método apresenta-se em duas espécies: discursivo e intuitivo. O método discursivo pode ser indutivo ou dedutivo. O método dedutivo parte de um pressuposto e extrai consequências, ou seja, sai do geral e vai para o particular. O segundo método, o indutivo, parte da observação das ocorrências de diversos fatos para encontrar uma explicação que alcance a todos, ou seja, sai do particular para o geral.

Vejamos de forma sintetizada as informações encontradas nos parágrafos anteriores:

#### Filosofia do direito

- Objeto Axiológico.

#### Objeto epistemológico

- Estuda a valoração crítica do direito, idealizando normas por existir ou sugerindo aprimoramento das normas falhas que existem.

#### Método discursivo

- Método Dedutivo: Parte de um pressuposto e daí extrai consequências (Geral -> Particular);
- Método Intuitivo: Parte da observação da ocorrência de fatos para encontrar uma explicação ao alcance de todos (Particular -> Geral).

Fonte: A autora.



### Exemplificando

Um exemplo de pensamento dedutivo seria aquele que garante a aplicação de uma norma a todos, indistintamente. A Constituição garante a todos os cidadãos o direito de ir e vir. Os pobres são cidadãos brasileiros. A Constituição garante aos pobres o direito de ir e vir (premissa maior, premissa menor e conclusão). Método indutivo mal aplicado pode levar a falha de lógica conhecida como silogismo. O método dedutivo apresenta uma conclusão sobre uma situação específica sob a égide de uma lei geral. Um exemplo de método indutivo seria aquele que resulta em conclusões de pesquisas, por exemplo: nas prisões brasileiras a maioria é homem, portanto, os homens são aqueles que cometem mais crimes. Nas ciências humanas o método indutivo não é visto como muito seguro, também.



Os métodos intuitivos são subdivididos em intelectual, emocional e volitivos. A característica comum dos métodos intuitivos (intuição) é a de que eles expressam a crença na possibilidade de adquirir o conhecimento de forma instantânea.

Como dissemos antes, o método está submetido ao objeto e possuindo a filosofia objetos condicionados às interpretações ideológicas e orientações ideológicas do filósofo, cada corrente da filosofia do direito possui sua preferência metodológica.

Distinguímos estas correntes metodológicas em: empiristas, racionalistas, intelectualistas e aprioristas.



### Faça você mesmo

Como você percebeu, cada corrente da filosofia do direito possui uma diferença metodológica, e destacamos a corrente empirista, a racionalista, a intelectualista e a apriorista.

Que tal você procurar mais sobre elas e elaborar um quadro-síntese com as principais ideias dessas correntes? Você pode também listar o que diferencia cada uma. Que tal?

Contudo estas classificações, relacionadas ao método da filosofia do direito, não são tão rigorosas em sua aplicação no cotidiano da produção do conhecimento jurídico. Isso porque o direito é uma ciência não dura, não natural (no sentido de ciências naturais que já aprendemos na seção anterior), assim, o direito não exige extremo rigor metodológico e permite o uso de diversos métodos e a junção de diferentes métodos em face de um mesmo momento de observação do objeto.

Da mesma forma que a filosofia geral se divide em diversas subdisciplinas, Stammler, Del Vecchio, Reale, dentre outros pensadores da filosofia do direito apresentam sugestões de subdivisão para o estudo desta disciplina. Aqui destacaremos aquelas que percebemos como principais. Perceba que a filosofia do direito também possui uma subdivisão, como a filosofia geral, contudo identificamos um menor número de subdisciplinas.

Miguel Reale, em sua obra *A filosofia do direito*, define que a ontognoseologia jurídica seria a área responsável pela compreensão conceitual do direito. A epistemologia, responsável pela lógica e ciências jurídicas. A deontologia seria responsável por estudar os valores éticos e morais do direito. Por fim, a culturologia estudaria e história e eficácia jurídica.



### Assimile

Para Miguel Reale as disciplinas da filosofia do direito estariam divididas em: parte geral e parte especial. A parte especial possuiria três subdisciplinas.

Parte Geral da Filosofia do Direito – Ontognoseologia.

Partes Especiais da Filosofia do Direito - Epistemologia Jurídica;  
Deontologia Jurídica;  
Culturologia Jurídica.

Atenção, essa separação não se importa com o que vem a ser o objeto do direito, mas, sim, o que deve ser estudado pela filosofia do direito.

Por fim, no que concerne a responder a pergunta sobre qual o fim da filosofia do direito, Eduardo Bittar sugere uma lista de metas/tarefas da filosofia do direito, as quais existem, segundo o autor, independentemente das definições de objeto e ferramenta. A lista é a que segue:

1. Proceder à crítica das práticas, das atitudes e atividades dos operadores do direito;
2. Avaliar e questionar a atividade legiferante, bem como oferecer suporte reflexivo ao legislador;
3. Proceder à avaliação do papel desempenhado pela ciência jurídica e o próprio comportamento do jurista ante ela;
4. Investigar as causas da desestruturação, do enfraquecimento ou da ruína de um sistema jurídico;
5. Depurar a linguagem jurídica, os conceitos filosóficos e científicos do direito;
6. Investigar a eficácia dos institutos jurídicos, sua atuação social e seu compromisso com as questões sociais, seja no que tange a indivíduos, a grupos, a coletividade ou a preocupações humanas universais;
7. Esclarecer e definir a teleologia do direito, seu aspecto valorativo e suas relações com a sociedade e com os anseios culturais;
8. Resgatar origens e valores fundantes dos processos e institutos jurídicos;
9. Por meio da crítica conceitual institucional, valorativa, política e procedimental, auxiliar o juiz no processo decisório;

10. Inculpir a mentalidade da justiça como fundamento e finalidade das práticas jurídicas;

11. Estudar, discutir e avaliar criticamente a dimensão aplicativa dos direitos humanos;

12. Abalar a estrutura de conceitos arcaicos, de hábitos solidificados no passado, de práticas desenraizadas e desconexas com a realidade sociocultural, na qual se inserem, de normas desconexas, e que atravancam a melhor e mais escorreita aplicação do sistema jurídico;

13. Proceder à discussão das bases axiológicas, econômicas e estruturais que moram atrás das práticas jurídicas;

14. Desmascarar as ideologias que orientam a cultura da comunidade jurídica, os pré-conceitos que orientam as atitudes dos operadores do Direito e descortinar as críticas necessárias para a reorientação da função de responsabilidade ético-social que repousa nas profissões jurídicas.

Agora que já aprendemos o conceito de filosofia do direito, vamos retomar a nossa experiência como assessor de ministro no nosso Supremo Tribunal Federal?

Você consegue identificar quais ferramentas da Filosofia do Direito fizeram-se presentes naquele voto que você elaborou? Elas são similares às ferramentas da Filosofia Geral ou apresentam alguma diferença?

### **SEM MEDO DE ERRAR!**

Retomando a situação-problema desta seção, continuaremos a nossa experiência de atuação no Supremo Tribunal Federal como um juiz convidado a assessorar um ministro da mais alta corte do país durante o julgamento do artigo quinto da Lei de Biossegurança. Você deverá, durante a elaboração do seu voto, que analisa a alegação de inconstitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias para pesquisas científicas, identificar de que forma a Filosofia do Direito lhe ajudará a acolher entre a tese do autor ou a tese do requerido, ambas as teses fundamentadas em lei vigente.

Da lista de objetivos da disciplina indicada pelo professor Eduardo Bittar, quais você consegue indicar como necessários para fundamentar a sua atuação para decidir qual lei irá afastar, qual irá acolher ou se irá afastar ambas as leis na elaboração do voto?

Veja que ao decidir qual concepção legal de vida deve ser aplicada, instrumentalizamos a área da filosofia do direito, que questiona qual a razão de ser da norma e se a razão que justifica a existência daquela equipara-se e, portanto, permite a sua aplicação na nova situação que está sendo analisada.

Esta área da filosofia, a hermenêutica (aqui apresentada como Hermenêutica Jurídica, pois é disciplina da filosofia do direito), tem por objetivo auxiliar a justificar a aplicação de leis (normas de natureza geral e abstrata) no caso concreto. Também fundamenta, como consequência, os motivos que levam as leis a não serem aplicáveis no caso concreto em análise.

Observe que a hermenêutica é uma disciplina da filosofia pura que se faz presente, também, na filosofia do direito (ou filosofia no direito) uma vez que tal constatação mostra o quão imersa a jusfilosofia está na filosofia pura e instrumentaliza ferramentas daquela disciplina de origem.

A filosofia do direito tem por objeto, em sua disciplina axiologia, o estudo dos valores que fundamentam a ordem jurídica e como estes devem se expressar na elaboração dos argumentos e das razões que levam à decisão.

Assim, em nossa situação-problema, além de valer-se da lógica e hermenêutica para decidir qual norma deve ser aplicada, qual deve ser afastada, ou se ambas as normas devem ser aplicadas para que se decida uma definição de vida humana no debate constitucional diferente das definições das leis, também serão utilizadas ferramentas da filosofia pura, como axiologia.



### Atenção!

Ao entender que o direito exige um debate ético e moral que pode relativizar a força de normas declaradas em determinados casos concretos, age conforme um jusfilósofo na concepção de Miguel Reale (1999, p. 41), e converte em problema a ser questionado algo que o jurista (autor e requerido da ação) entendem como dogma, realidade imutável.

Ao escolher afastar o argumento do autor ou do requerido, você precisará, também, fundamentar sua decisão a partir da filosofia do direito, pois terá que argumentar quais as razões porque uma lei deve ser acolhida e outra deve ser afastada, na definição de vida daquele julgamento (você também poderia afastar ambas e trazer uma definição nova).

A partir do que você sabe ser os objetivos da Filosofia do Direito, exemplificados pelo professor Eduardo Bittar, você irá "avaliar e questionar a atividade legiferante", apoiando ou não as leis declaradas no caso em concreto.



### Lembre-se

A lista de objetivos do estudo da filosofia do direito sugerida pelo professor Eduardo Bittar é uma importante ferramenta para pensar de forma ampla a atuação do jurista. E que a jusfilosofia, conforme leciona o professor Miguel Reale, é uma área da filosofia pura, e por isso utiliza-se das ferramentas, inclusive disciplinas, da filosofia pura para alcançar seus objetivos específicos de estudo do direito.

### Avançando na prática

Pratique mais!	
<b>Instrução</b>	
Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois compare-as com a de seus colegas.	
<b>"A Filosofia do Direito"</b>	
<b>1. Competência de fundamentos de área</b>	Conforto com problemas complexos sem respostas simples.
<b>2. Objetivos de aprendizagem</b>	Analisar argumentos na apreciação de dilemas (ou falsos dilemas) sociais e éticos.
<b>3. Conteúdos relacionados</b>	Conhecimento Científico. Definição da Filosofia do Direito. Definição do objeto dessa disciplina.
<b>4. Descrição da SP</b>	Nesta nossa situação-problema, ainda em relação ao julgamento da constitucionalidade da Lei de Biossegurança, deixaremos de atuar por um tempo como juiz assessor do ministro do STF para observarmos o uso das ferramentas da filosofia do direito a partir de uma outra posição. Você se lembra que ingressaram como uma ação que afirma que, o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas viola a garantia constitucional de proteção à vida? Você foi convidado a atuar como um <i>"amicus curie"</i> (amigo da corte) e deve sistematizar quais ferramentas da Filosofia do Direito são úteis e necessárias para a análise do caso e elaboração de um voto de julgamento. Recorde-se que a ação foi contestada pelos "cientistas" valendo-se do argumento da importância das pesquisas para salvar inúmeras vidas em risco, além de melhorar a qualidade de vida de inúmeras pessoas doentes no presente. Quais ferramentas você consegue destacar e recomendar para o assessor do ministro e ao ministro como úteis para a elaboração do voto de julgamento? Essa sua intervenção é legítima a partir da filosofia?

## 5. Resolução da SP

O amigo da corte, em regra, entrega um estudo aprofundado sobre o tema em debate na Suprema Corte, do qual é *expert*, a fim de sustentar a melhor qualidade do julgamento.

Como amigo da corte especializado em filosofia do direito, você pode elaborar seu parecer indicando ao ministro e seu assessor a falta de lógica no debate entre "autor" e "réu" da ação, destacando a importância da "epistemologia jurídica" como ferramenta para analisar a contestação sem resposta a afirmação feita pelo autor.

Ao recorrer à deontologia, ou seja, a história do direito (direito compreendido como normas positivadas - leis), você pode indicar antigas leis já promulgadas como exemplos de resposta para a situação que analisa agora nesta tese. Essas antigas leis, ainda válidas, já responderam a mesma pergunta que fazemos ao analisar a tese do autor da ação e podem ajudar à fundamentar a nossa decisão quanto a pergunta: quando começa a vida?

Ao apontar uma norma que indica onde termina a vida (a lei de transplantes de órgãos) você concluirá a instrumentalização de ferramentas da Filosofia do Direito e a sua sugestão de decisão para o ministro do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, Bittar, ao indicar os objetivos da Filosofia do Direito e da atuação do filósofo do direito, indica que este deve, por meio da crítica conceitual, institucional, valorativa, política e procedimental, uma vez que é este um dos objetivos do Filósofo do Direito e do conhecimento que este produz, auxiliar o juiz/ministro no processo decisório. Assim, podemos entender como legítima, a partir da Filosofia do Direito, bem como institucionalmente a sua intervenção como "amigo da corte".

**Lembre-se**

A Filosofia do Direito busca as razões de ser do direito. Contudo, não se esqueça de que a definição do que vem a ser direito (debate filosófico do direito) dá início a essa discussão. Se você entende que o direito é a lei (normativista), a filosofia busca a razão de ser das leis. Se você entende que a razão de ser do direito é a justiça (jusnaturalista), a filosofia do direito irá buscar responder o que é justo e o que é injusto.



### Faça você mesmo

A partir do conteúdo que adquirimos nesta seção podemos nos valer das ferramentas adquiridas a partir da Filosofia Pura e Filosofia do Direito para desenvolver alguns debates e questionamentos. Considerando as correntes jusfilosóficas, a qual delas você se alinharia, prioritariamente? Por quê? Se lhe fosse ofertada a possibilidade de integrar diferentes linhas ideológicas de compreensão sobre o que vem a ser o direito, quais outras você incluiria naquela primeira que você escolheu para desenvolver as suas atividades como profissional do direito e por quê?

### Faça valer a pena

**1.** O professor Tercio Sampaio Ferraz afirma que a Filosofia do Direito, se faz presente não na decisão de um processo jurídico, mas sim, no processo de fundamentação das decisões jurídicas. Nesse sentido a Filosofia do Direito é:

- a) disciplina que permite a elaboração de fundamentos das decisões jurídicas que não existem nas leis.
- b) disciplina ausente quando a lei já apresentou respostas.
- c) disciplina que será desnecessária quando o legislador conseguir legislar todos os aspectos da vida humana em sociedade.
- d) disciplina que será sempre presente e necessária em razão da evolução humana, novas realidades e espanto com o novo que é levado, também, ao espaço do judiciário.
- e) disciplina irrelevante para quem pretende se especializar em direito tributário, por exemplo.

**2.** Qual a relevância da filosofia do direito na formação e/ou atuação de um jurista?

- a) Assumindo que o direito é a lei aplicada, não existe relevância nos debates sobre qual a razão de ser do direito, fomentados pela filosofia do direito, para um jurista, pois este apenas aplica a lei.
- b) A filosofia do direito é disciplina de grande importância, pois é exigida em concursos públicos, a exemplo da Magistratura e Defensoria, e permite ao aluno reconhecer que o direito é apenas a lei promulgada.

c) Estabelecendo como parâmetro de avaliação da importância da disciplina à necessidade de aplicar para o exame da Ordem de Advogados do Brasil, a Filosofia do Direito Antiga, somente, é de extrema importância para aprovação naquele exame e somente para isso.

d) É importante para ajudar a fundamentação de teses jurídicas de advogados, juizes e promotores em seus desafios cotidianos quando a dogmática (leis) se torna insuficiente para alcançar este objetivo.

e) A Filosofia do Direito é uma disciplina importante para o estudante de Direito pois ele poderá citar os jusfilósofos que conhece em seus trabalhos e lições de casa, o que sempre qualifica a fundamentação dos argumentos que o aluno tenta fazer.

**3.** De acordo com Cretella, existem diferentes critérios de definição sobre o que vem a ser a filosofia do direito. Considerando os critérios apresentados por este autor, e suas definições, qual a alternativa é a incorreta?

A) Nominal: significado etimológico; amor ao saber o direito.

B) Global: busca explicar o direito como um sistema global, como uma estrutura.

C) Causal: busca as explicações mais originais/radicais da razão de ser do direito e seus institutos.

D) Dos comprometidos: o compromisso de existência da filosofia reside na crítica dos dogmas e postulados, problematizando e questionando todos os institutos.

E) Axiológico: pensa a experiência humana e estabelece uma leitura destas experiências.



## Seção 1.3

### A filosofia do direito na Idade Antiga

#### Diálogo aberto

Na primeira seção fomos apresentados à Filosofia Geral. Aprendemos que a filosofia tem diversas definições; conhecemos um pouco sobre a história das origens da filosofia como ciência no mundo e a separação da Filosofia da Ciência moderna, enquanto área do conhecimento. Aprendemos também, naquela seção, as diferentes áreas da filosofia e sedimentamos informações em relação as cinco principais subáreas desta disciplina.

Na segunda seção, aprendemos noções sobre a Filosofia do Direito. Suas diversas definições em razão das diversas concepções do direito. Conhecemos o marco teórico da Filosofia do Direito como ciência moderna, uma vez que a Filosofia relacionada à justiça remonta às origens da filosofia geral antes da Grécia Antiga.

Nesta seção navegaremos pelas definições sobre a filosofia na antiguidade, quais foram os jusfilósofos e quais pensamentos desse período da história da filosofia do direito permanecem até os dias atuais, que tem o seu início com os pré-socráticos passando pelos helenísticos e encerrando-se com os romanos.

O fim desse período que delimitamos pode parecer confuso, uma vez que a filosofia cristã tem suas origens na Roma Antiga, lembra da história de Jesus, "o Cristo"? Ele, personagem cuja vida é o marco histórico desta religião e sua filosofia, viveu na Roma Antiga, em seu auge e a crença neste influenciou a queda das religiões romanas e o período medieval, que conheceremos na última seção desta unidade.

Nesta seção ainda estamos assessorando o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) a decidir e fundamentar sua decisão/voto, no julgamento da inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança. Fomos apresentados a duas teses, uma afastada com fundamento na ausência da racionalidade filosófica de argumentos religiosos e outra afastada com fundamento na escolha de uma norma em relação a outra, ou afastamento de ambas, no caso em análise.

A partir do que você aprendeu sobre o pensamento jusfilosófico antigo, você poderá identificar com qual jusfilósofo cada polo da ação está mais alinhado e escolher

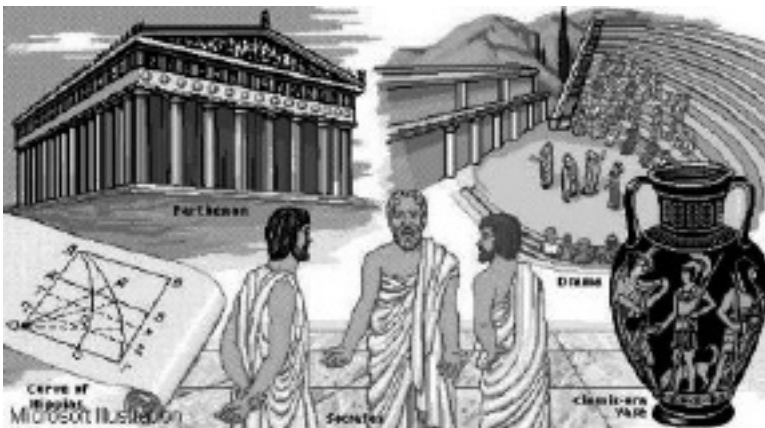
fundamentar sua decisão com a concepção de vida e justiça daquele que mais lhe aprouver. Vamos lá?

## Não pode faltar

Retomando o debate da nossa situação geradora de aprendizagem, você se recorda dos argumentos trazidos por cada lado do julgamento? Você se lembra que existiam elementos éticos sendo debatidos como, por exemplo, quais os limites da ciência na intervenção da natureza humana e qual é a importância das experiências científicas para melhorar a qualidade de vida das pessoas? Você teve que escolher entre duas leis, dentre elas, qual acreditou ser a mais aplicável ao caso, ou seja, a mais justa?

Muitos filósofos pensaram o que é o direito, o que é justo e o que é ético, nesta seção iremos conhecer um pouco da vida e pensamento deles. Conforme aprendemos na primeira seção e reafirmamos na segunda, a filosofia encontra suas origens antes da Grécia Antiga, a depender de como definimos o que é a filosofia pura e a jusfilosofia.

Figura 1.11 | A Grécia Antiga



Fonte: <http://www.miniweb.com.br/cidadania/personalidades/Imagens/imigracao/gregos.jpg> Acesso em: 3 dez. 2015.

É por esse motivo, a crença de que a filosofia tem seu início antes da Grécia, que consideramos importante iniciar esta seção com os pré-socráticos (de quem vocês já ouviram falar na seção que trata de "Filosofia geral"), dentre estes daremos destaque aos sofistas. Esses jusfilósofos tornaram-se marco na Filosofia do Direito pois desligaram a percepção de justiça de crenças, lendas e mitos.



## Exemplificando

Hoje sabemos que é impossível uma pessoa normal, sem roupas especiais caminhar sobre brasas em chamas e não se queimar, mas, no período que antecedeu a percepção de Direito e justiça dos sofistas, tais crenças religiosas eram aceitas e aplicadas. É com a jusfilosofia e o pensar jusfilosófico que se desconecta as crenças, religiões do que é o direito e o justo.

## Sofistas

Figura 1.12 | Os Sofistas



Fonte: <http://www.afilosofia.com.br/media/images/filosofia-sofismo-e-sofistas.jpg>. Acesso em: 3 dez. 2015.

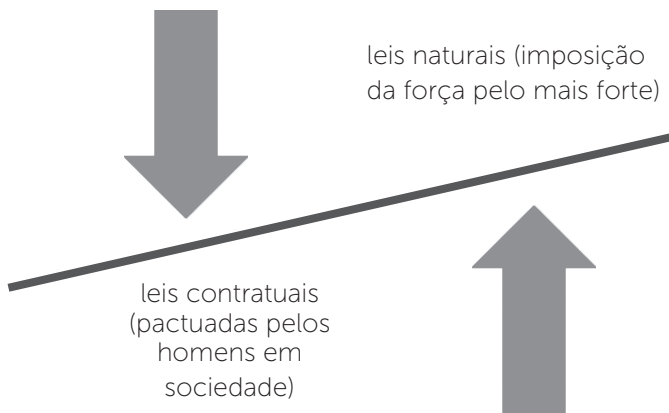
Os sofistas e pré-socráticos constituíram um significativo grupo de filósofos, mais de 200, que existiram antes e contemporaneamente a Sócrates, na Grécia. O marco temporal que identifica como auge da produção destes jusfilósofos é o século V a.C. Concentravam-se majoritariamente na região de Atenas, apesar de provenientes de diversas partes da antiga Grécia. Deslocaram o centro de suas observações dos fenômenos da natureza para o homem (antropocentrismo).

Ironicamente Sócrates e Platão, que em muito antagonizaram os sofistas, são os responsáveis pela pouca informação que restou desses pensadores. O tempo dedicado por Platão em seus diálogos para desacreditar os sofistas e prová-los como não sábios resultou na eternidade destes e compensação da quase ausência de seus textos.

Os sofistas eram reconhecidos pelo domínio da oratória e da lógica, conhecimentos que ensinavam a quem lhes pagassem, e no período em que existiram, muitos eram interessados em pagar para adquirir o conhecimento destes primeiros sábios. Naquele momento histórico a ideia de justo ou injusto não era geral, mas era concebida justiça conforme cada caso apresentado e analisado. Neste contexto a um discurso bem articulado e defendido, mesmo que vazio de maiores fundamentos, poderia convencer o magistrado e resultava na defesa do interesse daquele que havia contratado o melhor sofista.

Veja que os sofistas foram os primeiros “advogados” pois usavam seus poderes de argumentação conforme a conveniência de quem lhes pagava e aquele resultado, para eles, era a justiça feita.

Afirmavam que nem tudo poderia ser definido por regras absolutas opondo-se, assim, aos dogmas/tradições imutáveis de então. A maior crítica a que foram submetidos fundava-se no demérito da extrema relativização que estabeleciam em relação a tudo. Em razão desta concepção relativista da realidade jurídica da época, indispunham-se com os governantes, pois entendiam que determinadas leis eram superiores a outras e com isso terminavam por legitimar qualquer um que ascendia ao poder político por meio da imposição da força. Vejamos:



Fonte: A autora.

Ao relacionarem a justiça com as leis, que se alteravam conforme os legisladores, magistrados, imperador no poder, entendiam que a justiça não era imutável, mas mudava conforme a lei. O que é justo é definido pela lei do momento.

A grande contribuição desse grupo de pensadores foi desconectar o direito de ideias míticas (Lembra-se que a Filosofia Geral se constitui ao opor-se aos dogmas e crenças religiosas?). Foram os sofistas “pré-socráticos” que estabeleceram esta ruptura no pensamento jurídico ou jusfilófico. Os sofistas ensinavam apenas o

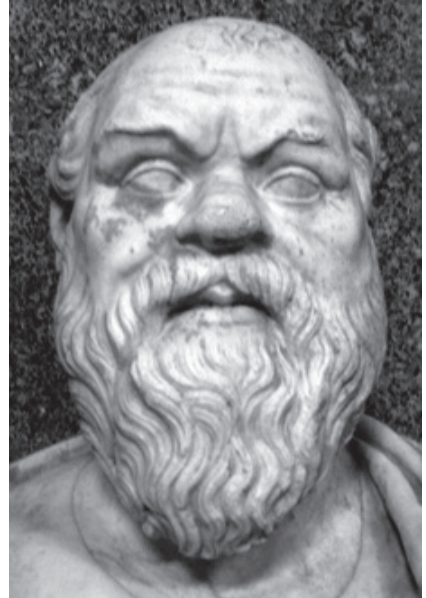
que era útil para aqueles que lhe pagavam, é por essa razão que a expressão “sofismático” passou a ter um cunho pejorativo. Vincularam a ideia de justiça a ideia de lei, entendendo que o que é justo muda a cada momento conforme a lei que está sendo aplicada. Sócrates, como veremos adiante, dedicou muito de seus diálogos a opor-se às ideias dos sofistas.

Sócrates é reconhecido como o filósofo que se pautou imensamente na ética. Seu método, “o método socrático”, justificava-se apenas com a existência do filósofo no meio da população vivendo o dia a dia da *polis*, debatendo com todos as decisões do legislador e magistrado, pensando a moral e os hábitos de todos no cotidiano, surgindo os seus temas filosóficos.

Identificado como referência seminal da filosofia geral, em razão das rupturas que estabeleceu com os pensadores contemporâneos e anteriores a ele, Sócrates opunha-se tanto aos valores dogmáticos das crenças antigas bem como ao relativismo dos sofistas e suas posturas enquanto autointitulados sábios.

Figura 1.14 - A abordagem crítica e racional de Sócrates custou-lhe a vida. Ele foi condenado à morte acusado de desvirtuar os jovens e negar as religiões locais

Figura 1.13 | Sócrates



Fonte: <https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/6/68/Vatsoc.jpg>. Acesso em: 3 dez. 2015.



Fonte: [http://www.wall-oilpainting.com/media/catalog/product/cache/1/image/9df78eab33525d08d6e5fb8d27136e95/t/h/the\\_death\\_of\\_socrates.jpg](http://www.wall-oilpainting.com/media/catalog/product/cache/1/image/9df78eab33525d08d6e5fb8d27136e95/t/h/the_death_of_socrates.jpg). Acesso em: 3 dez. 2015.

Sócrates afirmava que o conhecimento existia dentro do indivíduo e que sua atividade era apenas a de “parteiro”, ajudando as ideias a nascerem por meio de perguntas cujas respostas, propiciadas pelo interlocutor, representavam o conhecimento nascendo de quem não era consciente de que o detinha.

Mesmo reconhecendo as leis como resultado de artifício dos homens, e não dos deuses, e acreditando que a lei justa é aquela da natureza, Sócrates defendia a obediência inquestionada às leis dos homens. Sejam as leis justas ou injustas, por serem um instrumento para o bem da comunidade, não deviam ser contornadas.

Sócrates, condenado à morte acusado de desvirtuar os jovens e negar o culto dos deuses da Grécia, mesmo em face de uma acusação injusta submeteu-se a sua pena. Defendeu até sua morte a importância de zelar pela harmonia da comunidade com a obediência às leis, mesmo em face da injustiça para consigo. A moral, lei de âmbito interno do indivíduo, pode até discordar das leis declaradas e fundamentar a crítica a elas, mas jamais pode fundamentar ou justificar a desobediência destas leis da comunidade/cidade.

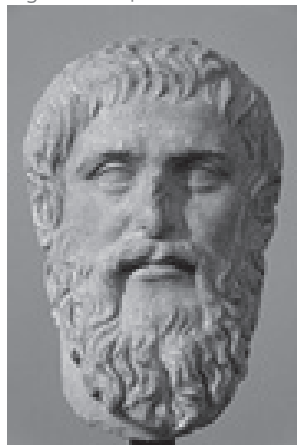


### Assimile

Socrates opõe-se às extremas relativizações dos sofistas. Entendia que as normas deviam apresentar uma natureza universal (aplicação a todos) e absoluta (não negociável/relativa). A crítica de Sócrates aos seus “contemporâneos” constituía na percepção de que Socrates entendia que a busca da verdade “radical” não permitia a submissão destas a interesses conforme os valores pagos.

Platão fora um jovem aprendiz de Sócrates, deu continuidade à produção de conhecimento de seu mentor. Muitos ainda se questionam se as obras que descrevem os diálogos de Socrates são reais descrições ou ideologias platônicas lançadas como se fossem ideias de Socrates. As obras “*Apologia de Socrates*”, “*Cripton (do dever)*” e “*Fédon*” (a condenação de Socrates) são todas descrições de diálogos de Sócrates. Para nosso interesse jurídico interessa-nos observar com atenção as obras “*A República*” e a obra “*As Leis*”.

Figura 1.15 | Platão

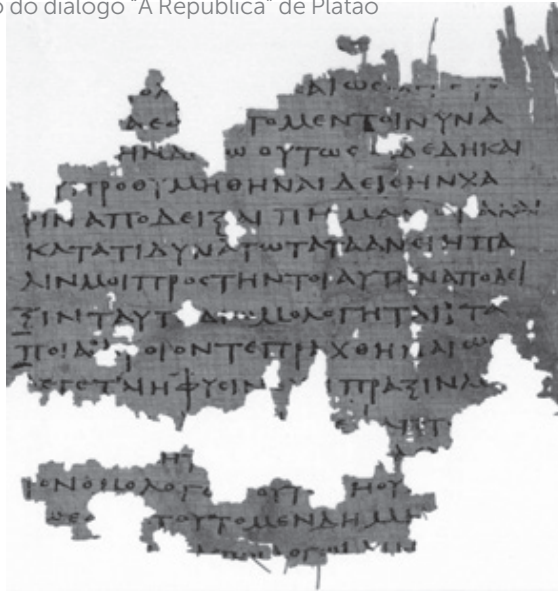


[https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/thumb/8/88/Plato\\_Silanion\\_Musei\\_Capitolini\\_MC1377.jpg/200px-Plato\\_Silanion\\_Musei\\_Capitolini\\_MC1377.jpg](https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/thumb/8/88/Plato_Silanion_Musei_Capitolini_MC1377.jpg/200px-Plato_Silanion_Musei_Capitolini_MC1377.jpg). Acesso em: 3 dez. 2015.

Você já ouviu a expressão “paixão platônica”? Em regra, entendemos como paixão platônica aquela que não se realizou, restrita ao mundo das ideias, idealiza o objeto e o percebe como ausente de imperfeições.

Certamente, a expressão tem origem na produção Filosófica de Platão. Esse pensador, apesar de ser conhecido como discípulo de Sócrates, entendia que era necessário distanciar-se do mundo (a política, o cotidiano). Talvez em razão do que ocorrera com seu mentor, Platão fundou a Academia, espaço distante e fechado onde as pessoas exercitavam-se e dialogavam.

Figura 1.16 | Trecho do diálogo “A República” de Platão



Fonte: “P. Oxy. LII 3679” por Platon - <http://www.papyrology.ox.ac.uk/POxy/>. Licenciado sob Domínio público, via Wikimedia Commons. Disponível em: [https://commons.wikimedia.org/wiki/File:P.\\_Oxy.\\_LII\\_3679.jpg#/media/File:P.\\_Oxy.\\_LII\\_3679.jpg](https://commons.wikimedia.org/wiki/File:P._Oxy._LII_3679.jpg#/media/File:P._Oxy._LII_3679.jpg). Acesso em: 3 dez. 2015.



## Vocabulário

O nome Platão vem de “ombros largos”, pois Platão também desenvolvia disciplinadamente atividades físicas e destacava-se por seu porte físico. O mesmo espaço onde esse filósofo exercitava-se era aquele que ele utilizou para encontrar-se com seus discípulos. É por esse motivo que hoje o termo “academia” designa tanto o espaço de produção de conhecimento e aprendizado como também o local onde nos exercitamos fisicamente.

Platão, além de acreditar que o mundo real era apenas uma representação do mundo das ideias – mundo ideal e perfeito, avança a explicação do método socrático ao afirmar que o homem possuía dentro de si (em sua alma) todo o saber necessário, todos os homens, e que ao nascer no mundo real o fazia esquecer o conhecimento que detinha. É por essa razão que o método Socrático, dialogado, permitia ao indivíduo “recordar” das experiências que teve no mundo das ideias – o mundo ideal.

Este filósofo se vale do “Mito da Caverna” como forma de explicar nossa limitação de perceber a verdade em razão das imperfeições do mundo sensível.

Figura 1.17 | O Mito da Caverna de Platão



Fonte: <http://www.pinho.com.br/blog/wp-content/uploads/2013/04/Variadaes-De-volta-%C3%A0-caverna-1.jpg>. Acesso em: 3 dez. 2015.

Da mesma forma que existe o mundo ideal, existe, para Platão, a justiça do mundo ideal e a justiça do mundo sensível, onde existimos. Ele, assim, aceita reconhecer a falibilidade e limitação da justiça (esta entendida como leis). Aquele que é moralmente correto nem sempre terá a garantia de sucesso no mundo sensível, pois a natureza deste mundo é de limitações do conhecimento pleno. Destacam-se dentre suas obras “*As leis*” e “*A República*”, já mencionadas.



### Pesquise mais

Outro mito importante para entender o pensamento platônico é o “Mito de Er, o Rio do Esquecimento”.

Procure saber mais sobre o “Mito de Er, o Rio do Esquecimento”. Como este mito também colabora com as ideias de Platão de que o conhecimento existe esquecido dentro do indivíduo, cabendo ao filósofo, por meio de perguntas, apenas trazê-lo à tona?



Esse jusfilósofo que sucedeu a Platão, buscou pensar a justiça de forma mais realista e menos idealizada, como veremos.

O Método Aristotélico é oposto ao Platônico. Se Platão buscava no mundo das ideias a verdade, Aristóteles buscava no mundo sensível a verdade. A boa conduta poderia e deveria ser exercida em sociedade.

Para Aristóteles, a justiça assemelhava-se às outras “virtudes” como a coragem, a paciência, a caridade, etc. (condutas humanas não submetidas às paixões mas sim submetida à razão, ao interesse do bem viver, ao interesse da felicidade, ao interesse do bem comunitário). Em verdade, para ele, a justiça deveria representar o conjunto das virtudes. A partir deste entendimento o mesmo ramo que busca responder o que é a coragem, o que é a paciência e outros méritos de boa conduta humana, ou seja, de comportamento ético, também tentará responder o que vem a ser a justiça, a conduta justa do indivíduo na polis o que o torna um cidadão. Para Aristóteles ser feliz era conseguir ter uma conduta ética, ou seja, ter ações cotidianas virtuosas que levariam à felicidade.

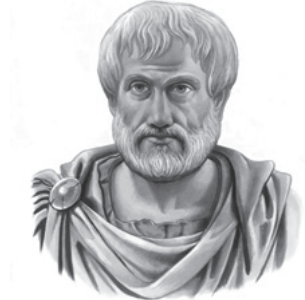
Aristóteles apontava o conhecimento do que vem a ser uma boa conduta como o meio para garantir que as pessoas se comportassem de forma coerente com o que sabem que é devido com o que é bom. Mas para esse jusfilósofo, apenas saber o que é justo e o que é injusto e não se comportar conforme o que se sabe no dia a dia, era uma conduta não ética/não virtuosa. Justiça como virtude.

Ao defender que as regras não podiam ser genéricas, mas precisavam adaptar-se aos casos concretos, o que é coragem para uma criança não pode ser a mesma medida da avaliação da coragem de um adulto (coragem entendida como virtude da mesma forma que o é a justiça), Aristóteles também apresentava uma percepção de justiça individual.

Aristóteles possui várias concepções de justiça:

Justo total e justo particular; justo particular distributivo, justo particular corretivo; o justo legal (leis seriam razão sem paixão) e o justo natural (essência da existência imutável); justo da cidade e justo da casa/ou justo político e justo doméstico, a justiça doméstica subdividia-se em justiça com a mulher, justiça com os filhos e justiça com os escravos.

Figura 1.18 | Aristóteles



Fonte: <http://consciencia.ano-zero.com/wp-content/uploads/sites/4/2015/02/Aristotle-6.jpg>. Acesso em: 3 dez. 2015.



### Assimile

Platão acreditava no mundo ideal perfeito em oposição ao mundo sensível imperfeito. Aristóteles acreditava na possibilidade de se alcançar a “verdade” das coisas no mundo sensível.

Aristóteles também ponderou sobre a necessidade da equidade para viabilizar a justiça, pois em face da natureza genérica das leis, estas não poderiam ser aplicadas sem observação das nuances individuais sob risco de resultar-se em uma segunda injustiça. A equidade era necessária em razão da impossibilidade de uma legislação detalhada e futurista. Assim, foi uma ferramenta idealizada para equilibrar a aplicação das normas genéricas, característica das leis.



### Refleta

Você deve ter observado políticas diversas implementadas para aumentar a inclusão de pessoas antes excluídas de direitos sociais, econômicos e culturais básicos no país. Você consegue perceber uma influência da ideia aristotélica de equidade na implementação destas políticas nos dias atuais? Aprofunde sua leitura sobre o que é equidade, a diferença desta em relação a igualdade e pondere como essa concepção aristotélica de justiça pode ter influenciado o Estado Brasileiro nos dias atuais.

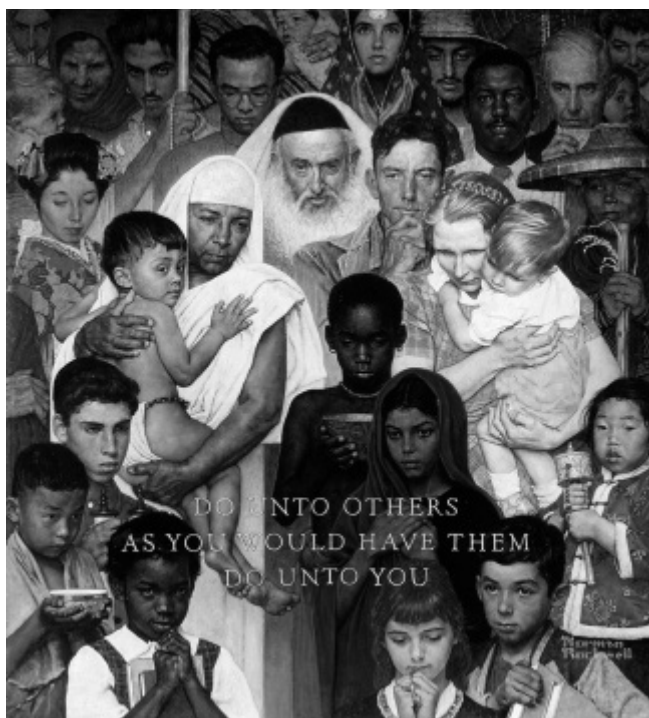
Aristóteles entendia ser responsabilidade do juiz aplicar a justiça corretiva retirando de situação de desigualdade, injusta, as pessoas e colocando-as em pé de igualdade. Assim seria o juiz, a justiça animada. Aristóteles entendia o juiz como necessariamente imparcial e equidistante das partes, pois, era sua função intermediar o justo entre as partes, sem o juiz, a própria representação do justo, o justo personificado.

A grande contribuição de Aristóteles foi organizar e sistematizar o debate sobre o que é justiça, que até então era desenvolvido sem maior rigor metodológico. Ao apresentar concepções de justiça diversas, ele entende que a justiça pode ser uma atitude prática informada pela razão que elege comportamentos para alcançar a felicidade (ética). Sua obra de maior destaque é *Ética a Nicômaco*, em que ele deixa ensinamentos éticos ao seu filho.

## Helenismo

Com a invasão da Grécia por Roma, apesar da diversa identificação, os filósofos romanos beberam nos valores helênicos e nas buscas helênicas para continuarem seus estudos. Assim, devemos observar Epicuro e sua primeira leitura da “regra de ouro”; justiça é não fazer ao outro o que não quer que façam contigo”. Esse é o parágrafo XXI do livro “Máximas fundamentais” deste Filósofo.

Figura 1.19 | Foto da regra de ouro na ONU: “Faça ao outro como gostaria que fizessem com você”



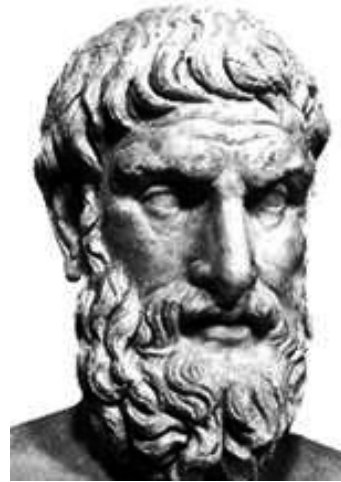
Fonte: Disponível em: <<http://www.nrm.org/wordpress/wp-content/uploads/2009/04/GoldenRule.jpg>>. Acesso em: 3 dez. 2015.

Em Roma, a ideia de profissional do direito surge. Em razão disso é que esse período de ascensão do Império Romano é mais relevante para a teoria geral do direito privado do que para a filosofia do direito. Exceção deste período é Cícero, jusfilósofo que cunha o conceito de “res pública” coisa pública, República. Muitos jusfilósofos entendem que apenas com o estoicismo de Cícero a organização e sistematização de Aristóteles teve continuidade.

Para Epicuro a ataraxia era a conduta que direcionava o homem para o prazer e, conseqüentemente, para a justiça e felicidade. Epicuro desenvolveu, pois, uma teoria que existia no espaço intermediário entre o bem supremo e a medianidade (Platonismo X Aristotelismo).

Se para Aristóteles, justo era mediar-se entre as partes, e para Platão, justo era um ideal, algo supremo e do mundo das ideias, para Epicuro, as sensações, dor ou prazer, eram o norte que orientava a ética do homem. Para esse filósofo, não existia justiça, mas somente pactos (contratos) de não agressão. A percepção de Epicuro foi muito influenciada pelo modelo de expansão e interesses do Império Romano.

Figura 1.20 | Epicuro e o Hedonismo



Fonte: <https://www.algosobre.com.br/images/stories/assuntos/biografias/Epicuro.jpg>. Acesso em: 3 dez. 2015.



### Faça você mesmo

Aprofunde os seus conhecimentos sobre o significado da palavra ataraxia. Para além do dicionário, procure as origens da palavra, em qual contexto ela era aplicada e pondere se o conceito de ataraxia poderia orientar o debate sobre o que é justo nos dias atuais.

Quase contemporâneo de Epicuro, para Cícero, a busca de um grupo de pessoas pelo mesmo bem comum é o que os caracterizaria como povo. A concepção de ética de Cícero era muito similar a de Aristóteles. Para ele controlar as paixões demonstrava força de caráter tendente a respeitar os interesses da comunidade da "res pública".

Em Roma, Cícero evoluiu o pensamento epicuriano para uma doutrina jusfilosófica identificada como Estoicismo. Influenciado por seus antecessores, viveu no período da Roma Clássica, e naquele período os documentos que orientavam o Direito eram a já existente Jurisprudência (conjunto de decisões que orientam o juiz em seu processo decisório), os Éditos (Decisões judiciais publicadas

que vinculavam a decisão do juiz), bem como as leis e o costume.

Diferente de outros juristas contemporâneos, Cícero não apenas descreveu o que acontecia no direito em sua época, como um historiador, mas também analisou os fenômenos jurídicos de seu tempo, buscando suas razões de ser. Alguns autores destacam ser Cícero a única referência constante em relação a Roma, pois a maior contribuição Romana foi para a área da Teoria Geral do Direito e não para a área da Filosofia, como contribuíram significativamente os gregos.

Figura 1.21 | Cícero



Fonte: <https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/4/41/Cicero.PNG>. Acesso em: 3 dez. 2015.



### Refleta

Para Cícero, a fonte de lei era a ambição de alcançar a harmonia natural, ou seja, este jusfilósofo também acreditava no conceito de direito natural. As leis somente deviam ser respeitadas, as leis da República Romana, se tivessem sua origem nessa compreensão de mundo, as razões da natureza definem o que é bom e o que é mal. Você entende que essa ideia ciceriana de justiça e origem do direito informa a atuação do legislador nos dias atuais? Você pensa que seria aplicável?

Cícero foi muito influenciado pelo estoicismo, pensamento filosófico do período de transição entre a jusfilosofia romana e a jusfilosofia medieval cristã.

Para o estoicismo, o cidadão (homem que existe de forma ética) é aquele que alcançou a harmonia porque sabe distinguir o que é bom do que é mal. O homem segue os fundamentos das leis, as quais buscam garantir esta condição a todos os cidadãos sem nenhum interesse, seja este interesse financeiro ou egóico.

A compreensão de submissão ao dever, a fim de alcançar o que é bom, mesmo que às custas do sofrimento próprio, esse é o comportamento do devido cidadão. Essa razão (ética) é natural e deve existir dentro de todos indivíduos que vivem na República.

Sêneca, Cícero e Zenão de Citium, são os nomes de destaque desta escola do estoicismo.



### Assimile

Para os sofistas, justo era a lei, e tudo era relativo. Com Sócrates tem início a moral como elemento do direito, sua opção pelo suicídio é a expressão de sua percepção de justiça, não deve ser retributiva (o injusto é eliminado por meio do justo-seguir as leis que beneficiam a comunidade) e acima das leis humanas existem as leis naturais, divinas. Sócrates, influenciado pelo destino de seu mentor, entendeu que a justiça possuía origem no mundo das ideias e que era recíproca, “pena ao mal recompensa ao bem”, mas explicava que no mundo sensível as aparências não permitiam mensurar o caráter de um homem e, portanto, inviabilizavam o bom julgamento.

Além do estoicismo e do epicurismo, o período helênico (ascensão de Alexandre Magno até a queda do Império Romano) também produziu uma corrente do conhecimento jusfilosófico conhecida como Ceticismo.

O cético possui como característica marcante a dúvida constantemente de tudo que lhe é apresentado. Assumindo que tal adjetivação também é um traço necessário da postura do filósofo, independentemente da linha ideológica que este persegue, o ceticismo termina por ser identificado por muitos como um adjetivo de conduta e personalidade não como uma compreensão filosófica de observar o mundo.

Agora que você foi apresentado a grande diversidade de ideias filosóficas do período antigo, vamos retomar a nossa situação-problema e decidir, quais concepções de justiça dos antigos filósofos ainda são aplicáveis e podem se fazer presentes no julgamento que acompanhamos sobre a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança?

## SEM MEDO DE ERRAR!

Nesta seção ainda estamos assessorando o ministro do Supremo Tribunal Federal a decidir e fundamentar sua decisão/voto, no julgamento da inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança. Fomos apresentados a duas teses, uma afastada com fundamento na ausência da racionalidade filosófica de argumentos

religiosos e outra afastada com fundamento na escolha de uma norma em relação a outra, ou afastamento de ambas, no caso em análise.

A partir do que você aprendeu sobre o pensamento jusfilosófico antigo você poderá identificar com qual jusfilósofo cada polo da ação está mais alinhado e escolher fundamentar sua decisão com a concepção de vida e justiça daquele que mais lhe aprouver.

Você perceberá, como nos debates jusfilosóficos atuais, durante julgamentos de casos complexos, as percepções e concepções dos filósofos da antiguidade, bem como suas oposições ideológicas transpõem-se para os dias de hoje e ainda fundamentam discussões jurídicas.



### Atenção!

Recorde-se que Aristóteles, jusfilósofo de extrema relevância para a disciplina da filosofia do direito, afasta-se completamente de soluções não racionais ainda presentes em alguns questionamentos jusfilosóficos. Esse pensador, apesar de não conseguir desconectar-se de valores sexistas e naturalizadores da escravidão, que existia em seu tempo, buscou formas de garantir existência igualitária, dentro dos limites da sociedade, para todos, em todos os espaços da vida humana.

Perceba que a oposição Platão x Aristóteles é a oposição perceptível na concepção de justiça dos polos da ação do julgamento da Lei de Biossegurança.

Platão e sua construção de mundo sensível e mundo das ideias, explicando o processo de introdução ao conhecimento por meio do “Mito de Er” (justificando o método socrático) e fundamentando a limitação de acesso ao conhecimento pleno por meio do “Mito da Caverna”, compreendia que o ser humano, na fecundação, já era completo, pois trazia em si todo o saber que havia adquirido no mundo das ideias. Assim, é possível identificar a concepção de vida platônica alinhada à definição do artigo 2º do Código Civil, defendida pelos requerentes da ação.

Em oposição a Platão, Aristóteles distanciava-se um pouco mais intensamente de mitos e aproximava-se mais das explicações racionais. A compreensão de vida Aristotélica é mais próxima, ignorando a discriminação de gênero, da concepção de vida da Lei de Biossegurança e defendida pelos requeridos.

Aristóteles direciona-se para a viabilidade, entendendo que somente com um intermediário estágio de gravidez é possível afirmar a vida. 40 dias se o feto fosse masculino e 80 dias se o feto fosse feminino. Apesar da explícita discriminação de gênero infundada, produto do contexto onde Aristóteles existiu, sua definição

é mais alinhada àquela da Lei de Transplante de Órgãos, pois Aristóteles dizia que somente poderia ser afirmada a existência de vida em um ventre quando o bebe se movimentasse.

Assim, o começo da vida, para Aristóteles era diferente de Platão, que ao conceber um mundo de ideias onde a vida também existiria, entende que todo o saber e existência existem antes até mesmo da concepção, sendo a concepção o momento de inserção desta pessoa, que já atravessou o “Rio Er”, para o mundo sensível.

A concepção de Aristóteles, desconectada de explicações relacionadas a mitos – mas também ainda distante dos conhecimentos das ciências modernas - buscava um parâmetro com fundamento nas filosofias naturais uniformizando, assim, a filosofia como um pensar distante de senso comum, mitos e crenças religiosas.



### Lembre-se

Platão foi muito influenciado pela experiência de vida do julgamento de Sócrates. Assim, muito do que pensou sobre justiça refletiu a limitação que a experiência traumática de testemunho de uma aparente “injustiça”, levada a cabo em razão da moral e crença ética de seu mentor, causou em sua visão de mundo.

## Avançando na prática

Pratique mais!	
<b>Instrução</b>	
Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois compare-as com a de seus colegas.	
<b>“As Concepções de Justiça”</b>	
<b>1. Competência de fundamentos de área</b>	Aprender as concepções de justiça no período antigo, pré Grécia até a queda de Roma.
<b>2. Objetivos de aprendizagem</b>	Distinguir quais concepções de justiça foram concebidas pelos jusfilósofos daquele período e quais ainda são úteis para a sociedade brasileira nos dias atuais. Ou seja, seriam úteis para fundamentar um argumento durante um julgamento no Brasil?
<b>3. Conteúdos relacionados</b>	Justiça para Sócrates, Platão, Aristóteles e Cícero.



<p>4. Descrição da SP</p>	<p>Você atua como um advogado e precisa defender seu cliente, uma enfermeira que aplicou uma injeção letal em uma pessoa, paciente acometido de uma doença terminal que lhe causava muita dor, e da qual ele não tinha expectativas de sobreviver.</p> <p>A sua cliente afirmou que apesar deste quadro, o paciente sofreria ainda por muitos dias com a doença, talvez meses, e com dor imensurável. E que por esse motivo ela aplicou uma injeção que o matou. Agora, ela responde por homicídio, e você, que já teve a experiência de estudar na Bélgica, segundo país do mundo a aprovar a lei de Eutanásia, elabora uma tese afirmando que a aplicação da lei no caso em concreto é uma injustiça, pois a sua cliente buscou preservar a dignidade de uma pessoa moribunda.</p> <p>A partir da perspectiva de Sócrates, Platão, Aristóteles e Cícero é possível que uma lei seja injusta? Qual destes jusfilósofos você se apoiaria para fundamentar seu argumento de que existem leis injustas e que é função do juiz afastá-las quando assim o forem compreendidas?</p>
<p>5. Resolução da SP</p>	<p>Somente com Aristóteles é que surge a concepção de justiça desconectada das normas. Ao conceber diversos tipos de justiça Aristóteles entendia que uma norma aplicada em um contexto poderia ser inapropriada para outro e sua aplicação geraria, então, injustiça para as partes.</p> <p>Você será capaz de retomar e distinguir dentre as diversas concepções de justiça defendidas por Aristóteles qual aquela aplicável ao seu caso concreto em análise.</p> <p>A partir da concepção de justiça desse autor é que compreende-se o juiz como um intermediador entre a justiça e o homem comum. Para Aristóteles, a promoção da equidade, ou seja, da aplicação da norma conforme a situação e o sujeito, era a justiça que permitia afastar a aplicação de leis.</p>



### Lembre-se

- O debate sobre o que é o Direito tem início na Filosofia do Direito ocidental com a atuação dos sofistas;
- A concepção de Sócrates de justiça é crítica do relativismo sofista;
- Platão tem sua concepção de justiça informada pela experiência da pena de morte a que Sócrates foi condenado;
- Aristóteles é um dos jusfilósofos mais marcantes da antiguidade, pois, foi o primeiro a sistematizar suas ideias sobre justiça e ética;
- Epicuro e sua jusfilosofia hedonista é, assim como Cícero, uma das poucas referências da filosofia helênica.



### Faça você mesmo

Epicuro tem uma concepção de justiça hedonista, conforme sabemos. Contudo, a ética deste jusfilósofo não é uma ética ignorada ou negada nos dias atuais. Sabendo que ética é o valor que orienta a conduta das pessoas para que esta seja justa, de que forma o hedonismo poderia ser a-ético?

### Faça valer a pena

**1.** A justiça na concretude, ou a justiça retificadora do justo legal é, para Aristóteles a:

- A) dignidade.
- B) vontade.
- C) equidade.
- D) piedade.
- E) liberdade.

**2.** A compreensão de que a justiça é um meio termo que se afasta de extremos, situações de injustiça, refletem uma concepção de justiça da antiguidade definida como:

- A) simetria, dentro da filosofia estética de Platão.
- B) valor, no tridimensionalismo de Miguel Reale.
- C) medida, dentro da concepção rigorosa e positivista de Hans Kelsen.
- D) virtude, dentro do pensamento ético de Aristóteles.
- E) verdade, no helenismo cético do fim do Império Romano.

**3.** No período identificado como helênico, pós Grécia até a queda do Império Romano, algumas correntes teóricas destacaram-se, dentre estas podemos identificar:

- A) Sofismo, Platonismo, Ceticismo.
- b) Hedonismo, Ceticismo e Cristianismo.
- c) Estoicismo, Epicurismo e Ceticismo.
- d) Sofismo, Epicurismo e Ceticismo.
- e) Hedonismo, Sofismo e Estoicismo.

## Seção 1.4

### A filosofia do direito na Idade Média

#### Diálogo aberto

Chegamos ao fim desta primeira unidade. Aprendemos o que é a Filosofia Pura, quais disciplinas a compõem e a história das origens desta disciplina, bem como as suas definições e os seus objetivos. Percebemos a filosofia pura no nosso dia a dia, quando discordamos, duvidamos e questionamos. As opiniões formadas a partir de crenças e do senso comum, bem como aquelas informadas por crenças religiosas, não interessam para a abordagem racional, meio de resposta ideal para a filosofia.

Aprendemos que a postura crítica não é exclusividade de uma área do conhecimento, somente, e por este motivo a filosofia também se faz presente no direito, questionando a razão de ser, o que constituiu e o que busca o direito. A filosofia do direito é a ferramenta que permite ao profissional solucionar conflitos complexos, como aquele da nossa situação geradora de aprendizagem, um dos julgamentos mais estudados no período recente do Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança e o uso de células-tronco embrionárias como violadores do direito à vida.

Na seção três, conhecemos a história e o pensamento da filosofia do direito na antiguidade e como alguns conceitos cunhados naquele período podem nos ser úteis até os dias atuais em nosso cotidiano, influenciando o processo de convencimento de julgadores, advogados, promotores e outros profissionais do direito.

Encerramos esta unidade valendo-nos do debate da nossa situação geradora de aprendizagem para absorver o que foi produzido de conhecimento em filosofia do direito durante o período medieval. Existe algo no pensamento jusfilosófico daquela época que poderia ser útil em nossa atuação profissional como assessores de ministro do Supremo Tribunal Federal?

Se você tivesse que valer-se das teorias produzidas na Idade Média, em filosofia do direito, como fonte de fundamentação do seu voto, partindo da premissa de que no Brasil, hoje, vivemos em um "Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade

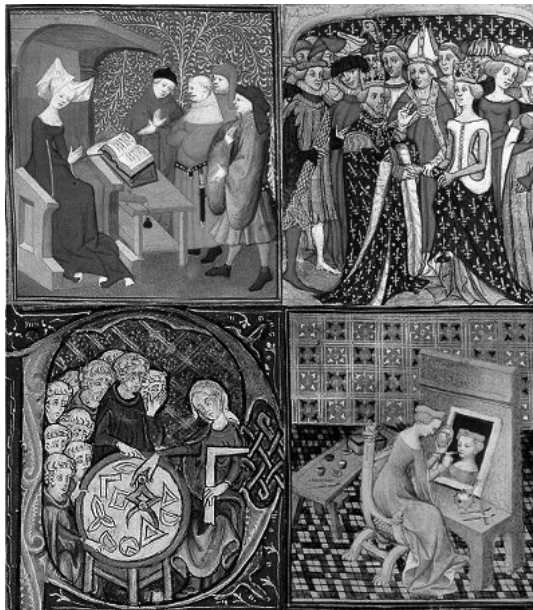
fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” (BRASIL, 1988); seria possível utilizar-se de algum conhecimento produzido naquele período de teocracias para alcançarmos nossos objetivos sem contrariar a ordem constitucional?

Vamos lá?

## Não pode faltar

Com a queda do Império Romano tem início o período que conhecemos como Idade Média.

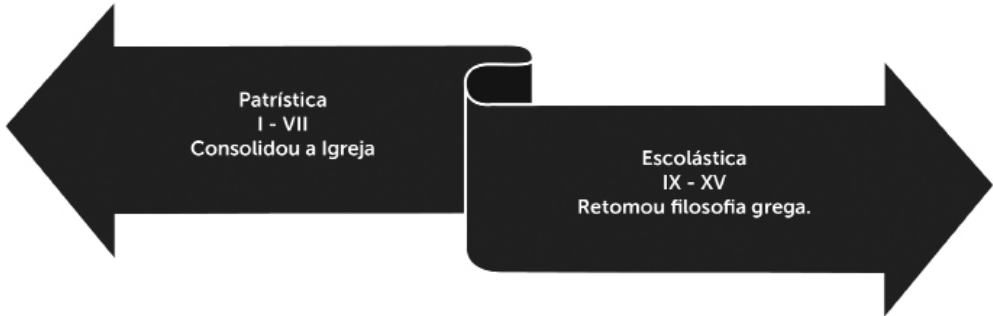
Figura 1.22 | A Idade Média



Fonte: <http://www.brasilecola.com/upload/conteudo/images/ee10545131f6cc048d47c2ce0f87bbcf.jpg>. Acesso em: 3 dez. 2015.

A Idade Média foi marcada pela influência da ideologia cristã, doutrina cujas origens remontam à Roma Antiga e muito influenciada pelos valores romanos. Ela se divide em dois momentos filosóficos, o da Filosofia Patrística (I – VII) e o da Filosofia Escolástica (IX – XV). filosofia do direito e seu papel de propagadora dos valores do cristianismo. A filosofia escolástica retomou princípios da filosofia grega e tentou conciliar os ideais da Igreja, a razão buscando explicar racionalmente os valores daquele tempo. Veja:

Figura 1.23 | Organograma – Patrística e Escolástica



Fonte: A autora.

Foi com o surgimento do cristianismo e suas filosofias que ocorreu uma lenta e gradual adaptação da interpretação de mundo das pessoas aos valores desta nova filosofia. O cristianismo surge em Roma e os filósofos romanos, influenciados pelas ideias gregas que haviam inundado ideologicamente aquela sociedade, foram paulatinamente convertidos ao cristianismo e seus valores.

O cristianismo alterou a fonte de legitimidade da lei do bem comum da sociedade para a razão e vontade de Deus.



### Reflita

A concepção generalizada de Direito e Justiça até os dias atuais reflete forte influência de valores relatados em escrituras ditas sagradas. Muitas crenças, valores, condutas são até os dias atuais influenciados por valores da doutrina judaico-cristã. Recordar-se que Epicuro orientava sua ética informado pela "regra de ouro"? Esta regra se faz presente em todas as manifestações religiosas do mundo atual, independente de qual religião seja.

Figura 1.24 | A regra áurea segundo as dez grandes religiões do mundo

<b>A Regra Áurea</b> Segundo as dez religiões do mundo			
	<p><b>CRISTIANISMO</b> "...Tudo quando queres que os outros façam para ti faze-o também para eles..."</p>		<p><b>SIKHISMO</b> "Julga aos outros como a ti mesmo julgas, então participarás do Céu."</p>
	<p><b>CONFUCIONISMO</b> "Não faças aos outros aquilo que não queres que eles façam."</p>		<p><b>JAINISMO</b> "Na felicidade e na infelicidade, na alegria e na dor, precisamos olhar todas as criaturas assim como olhamos a nós mesmos."</p>
	<p><b>BUDISMO</b> "De cinco maneiras um verdadeiro líder deve tratar seus amigos e dependentes: com generosidade, cortesia, benevolência, dando o que deles espera receber e sendo tão fiel quanto a sua própria palavra."</p>		<p><b>ZOROASTRISMO</b> "A Natureza só é amiga quando não fazemos aos outros nada que não seja bom para nós mesmos."</p>
	<p><b>HINDUÍSMO</b> "Não faças aos outros aquilo que, se a ti fosse feito causaria dor."</p>		<p><b>TATOÍSMO</b> "Considera o lucro do teu vizinho como teu próprio e o seu prejuízo como se também fosse teu."</p>
	<p><b>ISLAMISMO</b> "Ninguém pode ser um crente até que ame o seu irmão como a si mesmo."</p>		<p><b>JUDAÍSMO</b> "Não faça ao teu semelhante aquilo que para ti mesmo é doloroso."</p>

Essa interação da ideia de justiça com valores religiosos faz-se presente na expressão dos valores da chamada justiça cristã, uma vez que somos formados dentro da doutrina cultural ocidental. Mesmo não sendo uma doutrina política, o cristianismo influencia e influenciou concepções de Direito e Justiça. Originada como uma doutrina moral, somente, o cristianismo impingiu seus princípios de caridade, fraternidade, dentre outros, com o passar do tempo, nos princípios do direito.

A justiça cristã não deve ser confundida com as concepções de justiça do período medieval, informada pela religião do cristianismo. Até porque tais concepções de justiça nem sempre foram orientadas por ideias de caridade, amor,

sendo as Cruzadas e Inquisição o reflexo mais duro, na história do mundo, dessa possibilidade de desconexão entre a justiça do cristianismo e os valores de justiça cristãos.

A justiça cristã também não deve ser confundida com o Direito Canônico, este, vigente até os dias atuais, é o conjunto de leis que regulamentam a vida dentro da Igreja Católica. Veja que uma pessoa pode ser divorciada civilmente e permanecer casada para o direito canônico.



### Pesquise mais

Assim como Direito Civil, o Direito Penal e outras áreas do direito, o Direito Canônico possui um universo próprio de leis, normas, ordenamentos e seus próprios julgamentos. Existe paralelamente aos Estados em que vivemos, contudo, não possuem significativo poder de imposição de suas decisões, dentre outras limitações.

Sugiro que pesquisem sobre o Estado do Vaticano (sede da Igreja Católica) e suas leis na página do Vaticano em português, disponível em: <<http://w2.vatican.va/content/vatican/pt.html>>

Figura 1.25 | Joana D'Arc



Fonte: [https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/thumb/9/96/Joan\\_of\\_arc\\_burning\\_at\\_stake.jpg/290px-Joan\\_of\\_arc\\_burning\\_at\\_stake.jpg](https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/thumb/9/96/Joan_of_arc_burning_at_stake.jpg/290px-Joan_of_arc_burning_at_stake.jpg). Acesso em: 3 dez. 2015.

Informada por valores como a tolerância e a prática da caridade em seu centro, a justiça cristã percebia a justiça humana como transitória, quando não, uma forma de usurpação de poder divino. Rompeu com o imediato (carnal) e valorizou positivamente um modelo de vida solidário e um comportamento social em comunidade pautado pela caridade.

Você verá, meu caro aluno, que nesta seção trataremos dos jusfilósofos da Idade Média, dentre eles São Paulo, Santo Agostinho e Isidoro de Hipona. Seus ensinamentos serão essenciais para que possamos resolver a nossa SP.

Vamos lá?

O maior filósofo do cristianismo foi São Paulo (Paulo de Tarso) cujos ensinamentos encontram-se na *Bíblia*, livro que sistematiza suas várias cartas com as diversas concepções de justiça, direito e ética.

Saulo nasceu fariseu e educou-se em Jerusalém. Mesmo imerso na cultura Romana, ainda foi muito influenciado por ideias e valores gregos. Paulo de Tarso, no início de seus ensinamentos, acreditava na existência de um Direito Natural, o que estaria "inscrito nos corações humanos". É em sua "Epístola aos Romanos" que esse jusfilósofo afirma que o poder que existe na terra reflete a vontade divina a qual deve ser obedecida de forma inquestionada.

Certo trecho da Carta de Paulo aos Romanos equipara a autoridade do imperador a autoridade de Deus e influencia a filosofia de forma a legitimar a ideia de dogmas, respeito e centralização do poder do rei, que é absoluto e inquestionável.



### Faça você mesmo

Você conhece o famoso trecho da Carta de Paulo aos Coríntios que foi musicada pela banda Legião Urbana nos anos 90? O trecho fala da "caridade" e a palavra foi traduzida em algumas bíblias como "amor". Sabendo que traduções podem refletir em má interpretação, e assumindo que não sabemos qual é a palavra em latim que foi traduzida, leia o trecho da *Bíblia* substituindo "caridade" ou "amor" pela palavra "justiça", identificada por muitos como a razão de ser fundamentadora do Direito.

Você pensa que poderia substituir as outras palavras da tradução anterior? Vamos lá?



Para Paulo, a conduta justa do homem constituía-se em estar sob a graça de Deus, obedecendo as leis divinas que estavam acima das leis e dos atos humanos. Este jusfilósofo trouxe para o centro do debate, sobre justiça e ética, o elemento da obediência e submissão às "autoridades" escolhidas por Deus. Paulo foi condenado à morte por decapitação por promover uma religião ilegal.

Santo Agostinho, também conhecido como Agostinho de Hipona, nasceu no Império Romano, e converteu-se ao cristianismo escrevendo suas obras em oposição às concepções Aristotélicas de Justiça na obra "*A cidade de Deus*". Como monge, era intensamente ortodoxo e entendia que o homem não poderia ser justo como Deus, a única expressão de perfeição. Em face da natureza imperfeita do homem todos eram injustos e carentes de ética.

Agostinho de Hipona teve sua formação religiosa cristã inicial no maniqueísmo cristão, identificado no período medieval como uma seita. Isto orientou toda a sua construção de ideias sobre a justiça: alma/corpo; divino/humano; eterno/perecível; perfeito/imperfeito; lei eterna/lei temporal; lei divina/lei humana.

Na Espanha, teve contato e aprofundou seus estudos na *Bíblia* e nas cartas de Paulo, realinhando a sua percepção da filosofia cristã com o pensamento racional como compatíveis.

Durante sua vida monástica esforçou-se por conciliar o platonismo com os ideais cristãos e terminou por produzir seus próprios escritos que respondiam a esse desafio de conciliar os pensamentos filosóficos. Afirmava antes de René Descartes que "nada sabemos com precisão, a não ser que existimos e que pensamos" (Santo Agostinho).

Em sua obra mais relevante "*A cidade de Deus*" – *De Civitate Dei* afirma a impossibilidade de um Estado justo se este não submetesse aos valores do cristianismo, bem como afirmava a incapacidade humana de compreender a justiça divina, que por ser impenetrável em sua natureza, impedia que o ser humano a conhecesse e agisse conforme seus preceitos.

Figura 1.26 | Santo Agostinho



Fonte: <http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/santo-agostinho/imagens/santo-agostinho-4.jpg>. Acesso em: 3 dez. 2015.

Figura 1.27 | De Civitate Dei



Fonte: [https://pt.wikipedia.org/wiki/De\\_Civitate\\_Dei#/media/File:Augustinus\\_-\\_De\\_civitate\\_Dei,\\_circa\\_1483\\_-\\_434232\\_a1r.jpg](https://pt.wikipedia.org/wiki/De_Civitate_Dei#/media/File:Augustinus_-_De_civitate_Dei,_circa_1483_-_434232_a1r.jpg). Acesso em: 3 dez. 2015.

Para este jusfilósofo, a imperfeição humana resultava em uma eterna imperfeição da conduta humana de forma generalizada e, por esse motivo, apontava o livre arbítrio como o maior motivo de queda espiritual do homem.

Contudo, entendia que mesmo imperfeitas, as leis humanas garantiam a ordem da sociedade, e, portanto, deviam ser observadas e elaboradas de forma a aproximarem-se da justiça das leis divinas. Portanto, para Santo Agostinho, a razão de ser das leis e do Direito era a aproximação destes da justiça, deixando assim, de ser transitório e atribuindo a cada um o que lhe cabe, como manifestação desta virtude (justiça) do Direito.

Santo Agostinho resgata o ideal platônico ao afirmar que existiam a imperfeições generalizadas neste mundo e a perfeição de Deus no mundo não sensível.



### Pesquise mais

Conheça mais sobre este jusfilósofo central da Idade Média. Pesquise suas outras obras, a exemplo de "As confissões", bem como procure saber mais sobre a obra cinematográfica de Roberto Rossellini e o filme que conta a história desse Santo Jusfilósofo, disponível em: <http://gilsonsantos.com/2012/04/06/filme-santo-agostinho-de-roberto-rossellini/>.

Figura 1.28 | Isidoro de Sevilha



Fonte: [http://imagens.us/santos-igreja/santo-isidoro-de-sevilha/santo-isidoro-de-sevilha%20\(4\).jpg](http://imagens.us/santos-igreja/santo-isidoro-de-sevilha/santo-isidoro-de-sevilha%20(4).jpg). Acesso em: 3 dez. 2015.

O Período Medieval foi um período intelectualmente desafiador, mesmo em face das inúmeras limitações de acesso à informação. A prática comum dos monges em sua maioria de “copiarem” o conteúdo dos livros, de forma a manter tais informações preservadas, não impedia, contudo, que muitos destes produzissem seus pensamentos inovadores e contribuintes da ideia de justiça para aquele período.

Exemplo neste sentido é a produção de Isidoro de Sevilha. Influenciado pelo conteúdo a que teve acesso como monge copista, este jusfilósofo, ao elaborar suas enciclopédias, a pedido dos nobres de sua época, alcançou sua concepção de justiça e de como deveria ser a interpretação das leis e das definições do direito, elementos que marcam a nossa percepção da jusfilosofia medieval.



### Exemplificando

Um monge copista era um monge que copiava e compilava informações de outros livros, a forma como copiamos informações hoje foi criada por Guttenberg muitos anos depois da vida desses monges, primeiros preservadores de informações da história da humanidade. Em razão dessa ocupação, Isidoro de Sevilha é hoje apontado como o Santo Padroeiro da *internet*.

Isidoro indicou quais eram para si os elementos constituintes da lei e qual a sua razão de ser, ou seja, a lei era declarada para o bem comunitário, deveria ser de fácil compreensão para todos e não deveria opor-se aos valores culturais e costumes do tempo em que era declarada. Assim, ao apresentar o que deveria constituir a lei, Isidoro de Sevilha antecipa elementos do que seria compreendido como subprincípios da teoria da proporcionalidade.



### Assimile

O princípio da proporcionalidade tem sua origem como uma ferramenta de restrição do exercício dos poderes por parte do Estado, também conhecido como princípio da proibição do excesso, com subprincípios para melhor aplicação. São eles:

- Adequação: os meios a serem utilizados não podem ser excessivos nem insuficientes;
- Exigibilidade: somente deve-se intervir quando extremamente necessário;
- Proporcionalidade em sentido estrito: o resultado a ser obtido com a intervenção deve estar em harmonia com os meios utilizados.

Além de definir o que deveria compor uma boa norma, Isidoro também expôs a sua definição do que era o direito. Sua classificação das áreas do direito ainda se faz presente até os dias atuais, como Direito Público e Direito Civil, a classificação também compreendia o Direito das Gentes, o Direito Quiritário e o Direito Natural concluem a classificação desse jusfilósofo das áreas do direito.

A Igreja Católica celebra Isidoro, bem como seus três outros irmãos, como Santos. Isidoro, no contexto de queda do Império Romano e proteção da expansão cristã, conciliou as concepções bárbaras de reino e estado com os valores do cristianismo. Por esse motivo, sua família foi bem-sucedida em influenciar politicamente aquele período. Sistematizamos os principais expoentes dessa família no seguinte quadro:

São Leandro de Sevilha	São Fulgêncio de Cartagena	Santa Florentina
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Irmão mais velho de Isidoro de Sevilha.</li> <li>• Predecessor imediato de Isidoro como arcebispo de Sevilha e, no cargo, se opôs ao rei Leovigildo.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Irmão mais novo de Isidoro de Sevilha.</li> <li>• Serviu como bispo de Ástgis no início do reinado do agora católico rei Recaredo.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Irmã de Isidoro de Sevilha.</li> <li>• Serviu a Deus como freira e supostamente governava quarenta conventos com mil religiosas consagradas.</li> </ul>

Fonte: A autora.



### Pesquise mais

Leia mais sobre esse santo e sua vida e obra, no endereço eletrônico: <http://santossanctorum.blogspot.com.br/2012/04/santo-isidoro-de-sevilha-bispo-e-doutor.html>.

Figura 1.29 | São Tomás de Aquino



Fonte: [https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/a/a0/Francisco\\_de\\_Zurbar%C3%A1n\\_001.jpg](https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/a/a0/Francisco_de_Zurbar%C3%A1n_001.jpg). Acesso em: 3 dez. 2015.

Igualmente importante a Agostinho de Hipona para compreensão da filosofia medieval, São Tomás de Aquino, como diversos contemporâneos, tentou desconstruir a filosofia de Santo Agostinho e foi bem-sucedido em sua empreitada.

De origem rica, foi enviado à escola com quatro anos de idade. Formado com dezenove anos renunciou aos bens de sua família para ordenar-se beneditino e desenvolveu a profissão de professor de filosofia e teologia na universidade de Paris até o fim de sua vida.

A sua única obra, *A Suma Teológica*, vale-se de ferramentas da lógica e bebe da filosofia aristotélica afirmando possível alinhamento entre religião e razão, filosofia e teologia.

São Tomás de Aquino acreditava que o homem, por meio do livre arbítrio e guiado por sua consciência, seria capaz de compreender as leis morais. Ele listava as leis em geral, eterna e natural, as quais eram os dez mandamentos, as leis que Deus utiliza-se e, por fim, as leis que orientam e determinam os atos dos homens.

Acreditava na possibilidade do homem ser justo. A justiça era "vontade constante e perpetua de dar a cada um o que é seu", o homem é justo porque exercita a sua vontade de agir com retidão. A justiça de São Tomás de Aquino emerge do conceito de ética "ethos", compreendida como relação de igualdade entre pessoas.

E, a partir desta compreensão classificou, a exemplo das diversas concepções

de justiça de Aristóteles, três tipos de justiça: comutativa, distributiva e legal.



## Vocabulário

Definição de ética: do grego *ethos*, é o hábito. Atos reiterados com um fim a ser alcançado. Indica o bom e superior costume e é portada por aquele que detém bom caráter (Conceito a partir de outros diversos autores).

Assim como Aristóteles, Agostinho de Hipona entendia a atividade do juiz como a de quem encarnava a justiça. O juiz implementa de forma concreta a igualdade. O julgamento é conforme os mandamentos da justiça, quando inclina-se para o justo, é feito por autoridade investida de poder para tal, e inspira-se pela prudência.

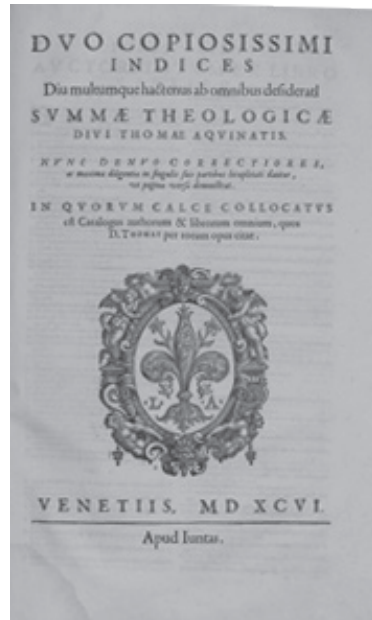
São Tomás de Aquino entendia que o indivíduo podia alcançar a virtude por meio da fé ou por meio de “indulgências”. Essa concepção abriu o caminho para os conflitos religiosos e insatisfações que resultaram no protestantismo.

As concepções de justiça de São Tomás foram importantes, pois, representaram o pensamento do fim da Idade Média e seus desvirtuamentos criaram condições ideológicas para o surgimento do protestantismo

Figura 1.30 - Em sua obra mais destacada, *A suma teológica*, ele definia a lei como reguladora dos atos humanos e resultado da razão. Assim, se a razão divina informasse as leis que regulam os atos, os atos humanos seriam bons, da mesma forma que a razão divina o é. Classificava a lei em eterna, natural e humana.

A Idade Média, ao “mediar” dois períodos antropocêntricos, Antigo e Renascimento, retomou valores teocêntricos dentro da nova religião cristã, surgida com o aumento de seguidores dos ensinamentos de *Ieshua*, o Cristo. Foi um período de produção de conhecimento que buscava justificar o acúmulo e expansão de poder da Igreja Católica, e influenciou a jusfilosofia desse período a valores teocêntricos, também.

Figura 1.30 | Summa theologica, 1596



Fonte: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Summa\\_Teol%C3%B3gica#/media/File:Tommaso\\_-\\_Summa\\_theologica,\\_1596\\_-\\_4593718.tif](https://pt.wikipedia.org/wiki/Summa_Teol%C3%B3gica#/media/File:Tommaso_-_Summa_theologica,_1596_-_4593718.tif). Acesso em: 3 dez. 2015.

A perspectiva teocêntrica de reflexão sobre o homem e o mundo, imposta pela Igreja Católica, perspectiva que justificava injustiças como “vontade de Deus”, é afastada com o a retomada racional de São Tomás de Aquino e significativamente desconstruída com o desafio protestante de Calvino e Lutero, os quais mitigaram significativamente o exercício do poder da Igreja sobre a política de estado e condutas dos cidadãos.



### Pesquise mais

Aprofunde seus conhecimentos sobre a Jusfilosofia Medieval e sua inflexibilidade quanto a origem da lei, vontade de Deus, e o distanciamento das doutrinas tomistas e agostinianas da doutrina de justiça cristã de *leshua*, o Cristo. Você pode apoiar-se neste texto: <http://jus.com.br/artigos/19550/a-justica-crista-e-a-filosofia-medieval>.

## SEM MEDO DE ERRAR!

Retomando a nossa pergunta do início desta seção: existe algo no pensamento jusfilosófico daquela época que poderia ser útil em nossa atuação profissional como assessores de ministro do Supremo Tribunal Federal, nos dias atuais?

Se você tivesse que valer-se das teorias produzidas na Idade Média em Filosofia do Direito como fonte de fundamentação do seu voto, partindo da premissa que no Brasil, hoje, vivemos em um “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”, seria possível utilizar-se de algum conhecimento produzido naquele período de teocracias para alcançarmos nossos objetivos sem contrariar a ordem constitucional?

Conforme aprendemos, o período medieval foi caracterizado pela ausência de acesso à informação e império das crenças, fé e valores religiosos como lei da terra. Em razão dessas características, esse período foi adjetivado por alguns como “Idade das Trevas”, período que antecedeu a “Era das Luzes”.

O conhecimento jusfilosófico produzido naquele período, apesar de resgatar filósofos da Grécia Antiga era, em sua maioria, vinculado a ideia de Estado Teocrático e pouco comprometido com a necessária racionalidade que caracteriza a definição da filosofia e seus objetivos.

O Brasil não se declara como uma teocracia. Isso distancia sobremaneira qualquer concepção de atuação jurisdicional contemporânea das concepções de atuação de jurisdição e Estado da Idade Média uma vez que toda a produção de conhecimento era voltada para legitimar a prioridade da fé sobre qualquer outro elemento justificador dos poderes na sociedade.

Dentre os jusfilósofos da Idade Média, a grande maioria produziu seu conhecimento de forma a fortalecer o modelo de Estado Teocrático e grande parte de suas produções, mesmo informadas por concepções dos jusfilósofos antigos, não se preocupavam em produzir conhecimento alinhado com a proteção de todos, homens, indistintamente, de eventuais desmandos, injustiças sociais, econômicas, dentre outros.

A exceção das teorias produzidas naquele período é o que Eduardo Bittar, Alysso Mascaro e outros professores de jusfilosofia denominam como justiça cristã. É entendida como justiça cristã os valores de solidariedade, fraternidade, não discriminação, harmonia social, pacifismo



### Atenção!

A única herança que permanece daquele período, além da abordagem crítica a aceitação acrítica das autoridades estatais e ao Estado não laico, envolve os valores da justiça cristã, não Justiça Católica, os quais podem ser facilmente percebidos até em nossa Constituição Federal, no preâmbulo– valores de solidariedade, proteção de direitos sociais, respeito ao outro e a sua dignidade de forma plena.

Assim, retome os ensinamentos de *leshua*, o Cristo, a exemplo do não revide (oferecer a outra face), não preconceito (aquele que nunca pecou que atire a primeira pedra), e outros mais que permeiam o mundo moderno e informam a ideologia teórico-doutrinária de direitos fundamentais do nosso país.

Ao ensinar, “dai a Cesar o que é de Cesar e a Deus o que é de Deus”, por exemplo, explicitou que existiam âmbitos distintos de instituições, Igreja e Estado, as quais não deviam confundir-se, como ocorreu durante a Idade Média. A lei humana não é a lei divina e nem deve ser. A lei humana pode, no entanto, ser orientada por princípios cristãos, que é o que ocorre até os dias atuais.

Assim, observe que valores que legitimam ideias teocráticas, valores que naturalizam desigualdades sociais como destino e valores que reconhecem como legítimo para o Estado as indulgências, não caberiam em um julgamento nos dias atuais.



Contudo, valores da Idade Média vinculados à justiça cristã, percebidos por alguns, como Fábio Konder Comparato, Alysson Mascaro e Eduardo Bittar, como fonte das teorias de justiça social, poderiam, perfeitamente, orientar a fundamentação e elaboração de um voto no nosso julgamento.



### Lembre-se

A justiça cristã é uma linha filosófica que apesar de não se igualar com a ideia de justiça católica, por completo, lançou as bases ideológico-doutrinárias para o que viria a ser a justiça católica dos estados teocráticos da Idade Média.

## Avançando na prática

Pratique mais!	
<b>Instrução</b>	
Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois compare-as com a de seus colegas.	
<b>"A Filosofia na Idade Média"</b>	
<b>1. Competência de fundamentos de área</b>	Filosofia da Idade Média.
<b>2. Objetivos de aprendizagem</b>	Sedimentar as distinções de jusfilosofia entre os dois expoentes da jusfilosofia teológica da Idade Média.
<b>3. Conteúdos relacionados</b>	Jusfilosofia – Santo Agostinho e São Tomás de Aquino.
<b>4. Descrição da SP</b>	Imagine que você é um advogado na Idade Média e irá atender a um cliente e lhe prestar consultoria dentro dos valores do período medieval. O seu cliente lhe "confessa" uma conduta que cometeu no dia a dia e que seria injusta. Qual doutrina jusfilosófica você optaria entre a doutrina de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino?

## 5. Resolução da SP

O aluno deve optar e fundamentar a doutrina jusfilosófica de que se valeria entre as duas doutrinas produzidas pelos maiores jusfilósofos da Idade Média. Ao optar pela concepção de Santo Agostinho, uma adaptação do platonismo aos valores da Igreja Católica, você compreenderá que o Direito Natural é o direito perfeito de Deus e que toda lei e conduta humana não redimiriam seu cliente da condenação final. Até porque sendo apenas Deus Justo e sendo o homem sempre imperfeito, este, por ser humano, estaria sempre condenado à imperfeição e não salvação.

Ao escolher a doutrina de São Tomás de Aquino, o aluno estará optando pela aproximação do racionalismo à jusfilosofia teológica. São Tomás entendia que pela fé, ou pela graça (indulgências) o homem poderia ser salvo. Para o jusfilósofo não somente a condição do indivíduo poderia ser alterada pelos atos que este tivesse durante a vida como também poderia ser salvo pelo pagamento de indulgências. Compete, assim, ao aluno optar pela linha doutrinária que melhor fundamentaria a sua argumentação naquele período.

**Lembre-se**

Para São Tomás de Aquino, mesmo sendo injusta, a lei refletia a vontade de Deus, pois a autoridade era concedida pela força divina e não poderia o indivíduo insurgir-se contra a autoridade, pois todas as autoridades eram constituídas por força da vontade de Deus. Apesar de ser uma abordagem que permitia a mudança da condição do indivíduo em vida, tornando o livre arbítrio ferramenta que poderia mudar um destino antes inexorável, o tomismo abriu caminhos para os mandos e desmandos da Igreja Católica, tornando forte a inquisição e restringindo mais ainda garantias dos representantes do Estado e das pessoas comuns.



### Faça você mesmo

Nos dias atuais, conforme a nossa situação geradora de aprendizagem ensina, é possível notar que valores teocentros informam muitos argumentos jurídicos em debates que acontecem nos cenários do judiciário nacional. Alguns alinham-se com os valores dos ensinamentos de *Ieshua*, o Cristo, enquanto outros reproduzem os valores da Idade Média Teocrática.

Apesar do distanciamento do Estado Moderno da Igreja existe, ainda, no Brasil, certos atos realizados pelos representantes do Estado do Vaticano que podem ser reconhecidos pelo Estado Brasileiro como atos civis após o decorrer de um prazo de tempo.

Sugiro que você pesquise quais atos da vida civil podem ser declarados por um padre e gerar efeitos como se fossem executados por um agente do Estado.

### Faça valer a pena

**1.** Quais dos títulos mencionados não é obra de destaque dos jusfilósofos da Idade Média?

- a) São Tomás de Aquino: Suma Teológica.
- b) Santo Agostinho: A cidade de Deus.
- c) *Ieshua*, o Cristo: O Antigo Testamento.
- d) Santo Isidoro: Etimologia.
- e) São Paulo: Cartas de São Paulo da *Bíblia*.

**2.** São Tomás de Aquino era influenciado, também, por um jusfilósofo da antiguidade grega. Qual jusfilósofo era este?

- a) Platão.
- b) Sócrates.
- c) Cícero.
- d) Sófocles.
- e) Aristóteles.

**3.** Santo Agostinho possuía uma compreensão de que a justiça era um objetivo inalcançável para o homem na terra, em razão do pecado original. O paralelo entre a teoria de Santo Agostinho pode ser feito com a teoria de Platão, por quê?

a) Este dividia as coisas em ideias perfeitas (Cidade de Deus) e imperfeitas e falhas (Cidade dos homens).

b) Este acreditava no "Mito de Er", o qual fazia o homem esquecer todo o conhecimento adquirido no mundo das ideias.

c) Ele valia-se do "Mito da Caverna", para comprovar que o homem jamais alcançaria a justiça.

d) Santo Agostinho opunha-se a Aristóteles, abertamente, da mesma forma que Platão opôs-se a Aristóteles.

e) Santo Agostinho bebia nas ideias jusfilosóficas de Sócrates, assim como o fez Platão.

# Referências

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 21 dez. 2015.

BRUNETTO, Giancarla. **O Cândido, os Idiotas e os Hereges Defensores dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.giancarlabrunetto.com/Ocandidoosidiotaseosheregesdefensoresdedireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

MASCARO, Alysson. **A filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.



# FILOSOFIA DO DIREITO NA IDADE MODERNA

### Convite ao estudo

Na unidade 1 aprendemos as origens da Filosofia do Direito. Ao experimentarmos a atuação como um juiz assessor em um grande julgamento da história do país, conhecido como *hard case*, casos sem soluções legais ou doutrinárias simples e rápidas, aprendemos a importância da Filosofia, para garantir um julgamento racional, analisar alegações das partes e escolher entre estas, bem como a presença de algumas teorias antigas e medievais informando o nosso direito e sistema legal até os dias atuais.

Nesta unidade 2 iniciaremos nossos estudos de História da Filosofia e teorias produzidas após a Idade Média, o período identificado como modernidade e contemporaneidade. Você vai descobrir a importância da interseção dos conhecimentos históricos para entender por que as produções pós Idade Média são ainda hoje utilizadas com maior intensidade pelos julgadores e juristas.

Você deve atentar-se que, com o fim da Idade Média surge o Estado e a Burguesia, personagens que ainda hoje interagem entre si e influenciam concepções de justiça, democracia, deveres do Estado e de Direito.

Assim, pretendemos nesta unidade continuar a conhecer as teorias jusfilosóficas produzidas, no Brasil e no Mundo. Estas teorias estão influenciadas pelo contexto histórico de surgimento do Estado e necessidade, primeiro, de justificação da razão de ser do Estado e, depois, da necessidade de proteção do indivíduo desta entidade poderosa que será comparada a um monstro por alguns filósofos.

Nesta unidade, sendo o Estado e a relação dos indivíduos com o este elemento explicitamente marcante da modernidade, atuaremos como um

Advogado Geral da União lançando pareceres a pedido da presidência.

O Advogado Geral da União (AGU) atua como advogado do Estado, quase sempre defendendo leis, normas, e todos os atos do Estado. Essa atuação profissional exige uma extrema consciência da interseção entre direito, política, moral e normas, quando você atua defendendo o governo. Em determinadas situações, você terá que ser crítico em relação à norma que defende, de forma a não incidir em improbidade administrativa.

Você analisará situações em que o Estado está envolvido como parte de alguma forma, até mesmo porque o conceito de Estado surge após a Idade Média, período que já estudamos. Você aconselhará a chefe do executivo em ações de inconstitucionalidade em que ela tem que prestar informações. Você defenderá o Estado, União, em ações como os mandados de injunção, em que a ausência de lei implica em ação contra o executivo. Você lançará seu parecer – opinião – em face de ações administrativas que requerem concessões, permissões do Estado para prestação de serviços como os de Saúde, Educação, Transporte, de Comunicação de Rádio e Televisão.

Tenho certeza que a prática como AGU irá fazer você se divertir e fascinar, novamente, com a Filosofia do Direito, sua história e conceitos.

Vamos lá?



## Seção 2.1

### Filosofia do Direito e Modernidade

#### Diálogo aberto

Nesta seção conheceremos a produção científica do período pós Idade Média e os desafios que os jusfilósofos daquele período histórico buscaram superar com suas teorias.

A modernidade trouxe inúmeros outros elementos, alguns de forma mais explícita, para pensarmos o direito – o Estado, a política, a burguesia, o cidadão. A produção jusfilosófica daquele período se aproxima mais do cotidiano contemporâneo, em razão das bases do capitalismo moderno (sistema econômico vigente até os dias atuais) terem sido lançadas naquele momento histórico, todos os ajustes teóricos e jusfilosóficos já partiam daquela realidade, na qual o comércio, o trabalho, o controle social e a proteção do patrimônio eram questionados ao mesmo tempo em que demandavam legitimações.

Você vai aprender, nesta seção e nesta unidade, que muitas vezes a produção das leis, poder exclusivo do Estado, é questionada por pessoas comuns. Após a concessão do monopólio da Justiça ao Estado, retirando o direito de vingança pessoal, por exemplo, muitas pessoas ainda entendem injusto e agem de forma contrária às leis.

Conhecerá como se deu a ruptura do Renascimento com a Idade Média, como a Revolução Copérnica alterou o centro do pensamento filosófico da fé para o homem, as consequências teóricas desta mudança de eixo, a exemplo do Jusnaturalismo, as Teorias Contratualistas que buscavam justificar a existência e razão de ser do Estado, bem como a influência do modelo econômico que apresentava suas sementes naquele contexto, o capitalismo, na concepção de modernidade, e por fim retomaremos um pouco o debate sobre o problema do conhecimento e os métodos que surgem naquele período e informam até os dias atuais a análise do direito.

Nesta seção você como AGU irá defender, em face de uma ação de inconstitucionalidade a importância da manutenção do artigo 345 do Código Penal.

Existe no Código Penal, uma previsão de exercício arbitrário das próprias razões, o artigo 345, que está sendo questionado em sua validade prática. Qual fundamento

filosófico deste tipo penal? Desta norma? Você, como AGU defenderia de que maneira, a partir da Filosofia do Direito que estudaremos nesta seção, a legitimidade de manutenção desta previsão penal no nosso ordenamento jurídico?

Vamos lá?

## Não pode faltar

Figura 2.1 | O Renascimento



Fonte: <<https://andersonyankee.files.wordpress.com/2011/07/homem.jpg>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

O Renascimento é o período entre a Idade Média e a Modernidade. Período de apogeu cultural que teve início na região da Itália e se expandiu por toda a Europa. Esse período, promoveu a libertação da Teologia Cristã, deixando de lado a ideia de predominância da fé e promovendo uma maior aproximação da razão.

É no período do renascimento que Gutenberg cria a Imprensa, Copérnico desafia a Igreja introduzindo sua nova visão do Sistema Solar. Neste período são também descobertos instrumentos que revolucionaram a humanidade a exemplo da bússola, que viabilizou as grandes navegações e a pólvora, que permitiu a colonização e subjugação de povos por muitos séculos.

A ruptura com a teocracia explicitou que a origem das leis é a vontade humana, e não a vontade de Deus. Reflexo da retomada da posição central do homem na leitura do mundo – humanismo.



### Pesquise mais

A Revolução Científica influenciou a desconexão da Filosofia da Natureza da Filosofia Pura como a conhecemos hoje. Essa distinção entre as áreas, Ciência e Filosofia, conforme já estudamos, tem como marco temporal o século XVII. Pesquise mais sobre a Revolução Científica, e como as descobertas e criações de Guttenberg, Copérnico e outros influenciaram a separação da Filosofia da Ciência.

A dinâmicas de trocas da Idade Média cedem lugar ao mercantilismo, embrião do sistema capitalista. A elite mercantilista, a burguesia, deposita no espaço político suas esperanças de conquistas de liberdades tornando necessário o pensar sobre a ação e o papel a ser desenvolvido pelo governante, o qual não possui mais sua legitimidade na fé ou em Deus.

Em paralelo à teorização do Estado (o que vem a ser, quais suas funções, quais seus limites), surge também a necessidade de pensar a liberdade da burguesia e o fim dos privilégios medievais, o que forma a noção de direitos subjetivos – em oposição a ideia de direitos coletivos do período medieval.

Alysson Mascaro (2014) entende que a Idade Moderna é o período jusfilosófico de elogio do Estado, pois este é o unificador e garantidor dos direitos da burguesia. Logo após, a burguesia passará a criticar o modelo absolutista do Estado – em que o Rei é o centro de todos os poderes.

A partir do momento em que o indivíduo se torna o centro dos interesses do Estado, o controle deste ente passa a voltar-se por completo ao grupo da burguesia, passando, assim, a defender seus interesses.

O professor Mascaro (2014) afirma que com a modernidade e o capitalismo é que “abrem-se as grandes matrizes do pensamento filosófico do direito: individualismo, direitos subjetivos, limitação do Estado pelo direito, universalidade dos direitos, anti-absolutismo, contratualismo.”

Sob sistemas filosóficos pautados na ideia de modernidade e racionalidade é que surgiram a filosofia política e a filosofia do direito, desdobradas da filosofia. Os modernos debruçaram-se em grande parte sobre o problema do conhecimento alinhando-se entre empiristas e racionalistas, centraram-se no sujeito para solução do “problema do conhecimento”. Enquanto Descartes e Kant valem-se de categorias racionais inatas e apriorísticas, Hume vale-se da experiência advinda para compreensão e produção do conhecimento.

Enquanto Santo Agostinho, que influenciou a Filosofia Católica, afirmava a necessidade de fé para saber (conhecer), São Tomás de Aquino, sob influência de Aristóteles, abriu campo para a racionalidade, subordinada a Fé, mas não negada ou ignorada.

Os jusfilósofos modernos passaram, sob influência desta racionalidade, a questionarem-se: qual o melhor método (caminho) para alcançar a verdade e compreendê-la? O discurso sobre o método de Descartes é exemplo desta preocupação dos jusfilósofos modernos com a determinação de paradigmas para se alcançar a “verdade”.

Neste momento a filosofia passa a buscar verdades estáveis, eternas e universalmente tradicionais. Esse objetivo seria alcançável em razão do método. Os métodos, empíricos ou ideais. A vinculação do empirismo com a *commom law* e do idealismo com a *civil law*, tornaram-se geograficamente nítidos no decorrer do tempo.



## Vocabulário

*Common Law*: sistema legal fundado na jurisprudência e costumes, comum em países anglofônicos como EUA e Inglaterra.

*Civil law*: sistema legal fundado em leis, comum em países de tradição romano-germânica como França e Portugal. É também chamado de Sistema Romano-germânico.

A corrente filosófica resultante de todos esses processos revolucionários de ruptura é chamada Iluminismo. Em oposição ao período das luzes, a Idade Média passou a ser identificada como a Idade das Trevas.

Figura 2.2 | O Iluminismo



Fonte: <[http://www.mundovestibular.com.br/content\\_images/1/historia/01/ilumin1.jpg](http://www.mundovestibular.com.br/content_images/1/historia/01/ilumin1.jpg)>. Acesso em: 19 jan. 2016.



## Exemplificando

Iluminismo é a corrente Filosófica que informou o período da Idade Moderna, da mesma forma que podemos dizer que o Agostinianismo influenciou todo o período Medieval e que o Platonismo e Aristotelismo moldaram a concepção de mundo da Idade Antiga.

Esse período (Renascimento) produziu os paradigmas (referências) jusfilosóficos mais utilizados até os dias atuais no direito. O jurista até os dias atuais vale-se do conhecimento produzido nesse período para justificar seus posicionamentos e ideias.

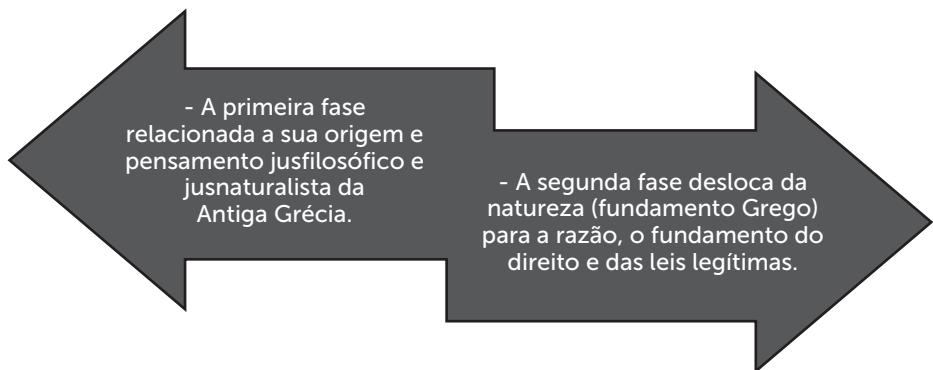
Nesse período, o Jusnaturalismo, ou a ideia de Direito Natural surge com maior intensidade colocando o homem no centro do pensar e a razão reta (matemática, geométrica) como guia legítimo para as ações humanas. Da mesma forma que Copérnico comprovava que o Centro do Sistema não era a Terra, mas sim o Sol, o Direito reflete essas descobertas científicas colocando o homem, e não mais Deus ou a Fé, como centros dos valores jurídicos.



### Assimile

Humanismo é uma Filosofia Moral centrada no ser humano. O Humanismo, como diversas correntes da modernidade, ainda hoje faz-se presente no cotidiano da Filosofia Contemporânea. Jean-Paul Sartre é a referência que lhes indicamos como nome contemporâneo do Humanismo. A sua obra, *O Ser e o nada*, resumem a concepção moderna do valor da vida humana.

O Direito Natural, Jusnaturalismo,, passa assim a ter duas fases:



Fonte: A autora.

Esta segunda concepção de Direito Natural tem como nome mais expoente John Locke e Thomas Hobbes.



### Exemplificando

O Direito Natural existe desde a antiguidade, a ideia de direitos inerentes à condição humana de não precisarem de declaração de um rei, de um padre, de um presidente para serem reconhecidos. O exemplo da história de Antígona, que reclama o direito divino como superior às leis do rei Creonte e assim justifica a sua desobediência.

John Locke em sua obra declara não acreditar na existência de leis inatas, uma vez que a forma primordial de apreensão do saber é por meio da experiência). Assim, para este jusfilósofo as leis que ignoramos não estão "impressas na alma humana", mas sim "presentes na natureza e visível, se deixamos de ignorá-las."

Locke, em sua obra *O tratado sobre o magistado civil* declara, diferente de Hobbes, que a índole social é a harmonia, e que o desequilíbrio e violência social surgem em razão da ausência de um terceiro "*tertius*", para julgar os conflitos que surgem. Assim, as lides originárias da vida social eram resolvidas com violência pela ausência desse terceiro.

Para esse jusfilósofo, a função precípua do Estado é a proteção da propriedade. Valor que informa sistemas jurídicos até os dias atuais. Ele também entende que um juiz, ao decidir de forma contrária aos direitos naturais, abre espaço para a resistência legítima do cidadão e oposição a submeter-se a decisão. Podemos notar assim, as sementes da ideia de desobediência civil.

Hobbes já instrumentaliza a ideia de contratos sociais em seu *Leviatã*:

Figura 2.3 | O Leviatã



Fonte: <[http:// https://en.wikipedia.org/wiki/Leviathan\\_\(book\)](http://https://en.wikipedia.org/wiki/Leviathan_(book))>. Acesso em: 19 jan. 2016.

O Leviatã seria a representação do Estado como uma entidade mítica. Observe a imagem e perceba que este “monstro” é formado de diversos indivíduos e suas “liberdades concedidas” em troca da segurança que este poderoso ser pode garantir a todos os cidadãos, protegendo as pessoas na guerra, de todos contra todos.

O Jusnaturalismo é aprofundado por meio dos valores Contratualistas que rompem de vez com a ideia de Deus e Fé no Estado e no Direito. Rousseau explicita essa percepção de ruptura sendo o expoente fundador desta concepção.

### Rousseau e o Contrato Social

O pensamento de Rousseau entrelaça diversas áreas do conhecimento. É por este motivo que seu livro mais destacado “Do contrato social” tem como subtítulo “Princípios do Direito Político”. O contrato social, resultado do exercício de vontade deliberado de criação da sociedade e do Estado, traz em si um conceito de justiça próprio, isto é, “A Justiça é o pacto”.

Assim, concluído o contrato social surgiram os direitos civis. Os direitos civis sucedem os direitos naturais no tempo. Uma vez que os direitos naturais existem antes de qualquer tipo de convenção social. O acordo é útil, equitável e legítimo, devendo prevalecer no contrato a igualdade e os fins comuns. Não somente os súditos devem observar os termos do contrato, mas também o soberano.



#### Refleta

Veja que o contrato social encontra seus limites nos direitos naturais, neste sentido, pensando a definição de Estado Democrático de Direito como um Estado que obedece suas leis e protege os Direitos Humanos dos cidadãos, sendo assim, impedido de declarar leis que violem os direitos humanos. Pense. De que forma a jusfilosofia de Rousseau influencia o Brasil hoje?

O pacto substitui o poder físico pelo poder moral!!



#### Faça você mesmo

Propomos a você, como forma de conhecer mais sobre o humanismo, a leitura do texto do filósofo Jean-Paul Sartre: *O existencialismo é um Humanismo*. O texto da obra em PDF é de fácil acesso no Google e, propomos que você analise se a ideia de Humanismo de Sartre contempla a ideia de homem como centro da existência, como assim o compreendia a filosofia na Renascença.

Leia esta obra, e conheça mais sobre o tema. Disponível em: <[http://stoa.usp.br/alexccarneiro/files/-1/4529/sartre\\_exitencialismo\\_humanismo.pdf](http://stoa.usp.br/alexccarneiro/files/-1/4529/sartre_exitencialismo_humanismo.pdf)>. Acesso em: 19 jan. 2016.

O pensamento produzido nesse período, jusfilosofia que buscou fundamentar a legitimidade jurídica da submissão e cessão de poder do indivíduo ao novo ente formado na modernidade, o Estado, foi denominada de pensamento jusfilosófico contratualista. A idéia de um “acordo” feito entre indivíduos de forma a originar o Estado, e a ideia de um acordo entre estes indivíduos e o Estado, cedendo a esta parte de suas liberdades de forma a ter seus direitos de propriedade, vida e existência livre de violência arbitrária de outros concidadãos eventualmente mais fortes, também faz parte desta concepção jusfilosófica.

Estes contratos ordinariamente são denominados de pactos sociais e mais à frente você poderá retomar estas concepções com a apresentação do pensamento dos neocontratualistas, jusfilosóficos contemporâneos e igualmente muito influentes no pensamento político atual.



### Pesquise mais

Sedimente seus conhecimentos em relação ao pensamento filosófico moderno, destacadamente em relação ao debate quanto ao “Problema do Conhecimento”, “A Filosofia Política Moderna e sua relação com a Jusfilosofia” e as influências do Capitalismo em todo este processo de produção de conhecimento lendo o subcapítulo: “A Filosofia Moderna”, páginas 17-47, do livro do professor Alysson Mascaro: MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução à Filosofia do Direito**: dos modernos aos contemporâneos. São Paulo: Atlas. 2002.

É possível identificar contribuição de muitos destes jusfilósofos modernos na contemporaneidade. Com destaque para Kant, Hegel e Marx podemos sistematizar, objetivamente, a mudança de paradigma metodológico, com Kant promovendo uma “Revolução Copérnica” no método jusfilosófico, Hegel, “criando” objetiva e explicitamente a Filosofia do Direito como disciplina e Marx, observando atentamente a categoria “luta de classes e materialismo histórico” no processo de “criação do Direito”, jusfilosófico.

Assim, percebemos que inúmeras interpretações passíveis de serem identificadas em votos, acórdãos, sentenças e decisões sobre o que vem a ser e como deve ser o Direito, refletem ainda hoje as inovações concebidas por estes pensadores.



## Sem medo de errar

Retomemos a nossa situação-problema, como você, atuando como AGU, defenderia em seu parecer, a partir da Filosofia do Direito que estudamos nesta seção, a legitimidade de manutenção da previsão do Código Penal, de proibição do exercício arbitrário das próprias razões?

O artigo 345 enuncia:

**Art. 345** - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

**Pena** - Detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

**Parágrafo único** - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

Lembre-se que nesta situação-problema a validade prática do artigo está sendo questionada em uma ADI. Fundamente o seu parecer a partir da resposta das seguintes perguntas: Qual fundamento filosófico deste tipo penal? Desta norma?

A previsão do Código Penal que proíbe o exercício arbitrário das próprias razões é informada pela ideia de que a violência somente pode ser exercida pela Estado.

Tomas Hobbes e Rousseau são os teóricos referenciais no que concerne ao pensamento sobre o que vem a ser, o que justifica e quais as funções do Estado.

Rousseau, diferente de Hobbes, entende que o Estado de natureza do homem é um estado de harmonia, e que a concessão de poder do indivíduo ao Estado, ou seja, o reconhecimento de que a violência e imposição do direito somente pode ser exercida pelo Estado, tem fundamento na necessidade de proteger o homem da índole inerente de corrupção deste que a sociedade possui.



### Lembre-se

Hobbes e Rousseau concordam no estado de guerra, contudo, discordam das razões originais do conflito que ocorre. Enquanto um entende que tal conflito tem por razão de ser a natureza do ser humano ou entende que o conflito surge em razão das interações humanas, que corrompem a natureza inerentemente gentil e pacífica do ser humano.

Assim, o indivíduo abre mão de sua liberdade para que o Estado o proteja dos outros indivíduos também corrompidos pela vida em sociedade.

Hobbes, diferente de Rousseau, afirma a existência natural do estado de guerra de todos contra todos. O medo generalizado é o que leva o indivíduo a conceber o Estado, O Leviatã, como algo necessário, abrindo mão de suas liberdades e concedendo-as ao Estado que torna-se o único legítimo a exercer a violência.

Assim, a fundamentação da previsão do Código Penal encontra-se na concepção de construção do Estado, como ente que é formado a partir da cessão das liberdades individuais, e detêm sua força a partir desta redução de liberdades subjetivas o que implica na proibição do exercício de determinadas liberdades por parte dos indivíduos, inclusive a liberdade de “exigir” o que entende ser o seu direito legítimo por meio do uso da sua força.



### Atenção!

O Direito Penal é a exclusividade do exercício da violência por parte do Estado. Somente o Estado pode aplicar penas, nenhum outro indivíduo pode. É uma das maiores expressões do poder do Estado e sujeição da redução de liberdades do indivíduo, violência por parte do Estado. Somente o Estado pode aplicar penas, nenhum outro indivíduo pode. É uma das maiores expressões do poder do Estado e sujeição da redução de liberdades do indivíduo, processual.

O parecer, portanto, irá se valer das ideias de contrato social e ausência de motivos para quebra de tal contrato, por parte dos cidadãos do país.

## Avançando na prática

### Pratique mais

#### Instrução

Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois as compare com as de seus colegas.

#### “O Contrato Social na contemporaneidade”

1. Competência de Fundamentos de área	Filosofia do Direito Moderna.
2. Objetivos de aprendizagem	Trabalhar com a categoria contrato social a partir da realidade contemporânea.
3. Conteúdos relacionados	Thomas Hobbes, Contrato Social, Segurança Pública, Filosofia Moderna, Filosofia Política, Estado.

4. Descrição da SP	Se o Estado não consegue manter a segurança, a exemplo da extrema insegurança que se experimenta nas grandes cidades, a partir da concepção de Thomas Hobbes sobre o pacto social que tem por objetivo a manutenção da ordem, o que pode a sociedade e o indivíduo fazer de acordo com a teoria daquele jusfilósofo?
5. Resolução da SP	<p>A resposta depende de quem quebra o pacto. Se o outro indivíduo, que abriu mão de sua liberdade de exercer a violência em face de outro cidadão assim o faz, quebrando o pacto social, compete ao Estado, valendo-se do poder que possui, punir este violador das regras de convivência social. As penas são inúmeras e previstas conforme o valor do bem violado.</p> <p>Se o pacto social é quebrado pelo Estado, a exemplo da ineficiência do Estado em reprimir e eliminar condutas de violência entre sujeitos, teremos diversas respostas possíveis, a exemplo das práticas de desobediência civil – Gandhi e Marthin Luther King, a formação de grupos paramilitares – milícias e seguranças privados (substituindo privadamente um dever do Estado), bem como em situação extrema a substituição do governo, ou do Estado estabelecendo um novo pacto social, a exemplo da Constituição de 1988 que fundou um novo modelo de Estado e governo no Brasil rompendo com o modelo da ditadura militar, violador de liberdades e não garantidor, em contrapartida, da segurança e direitos fundamentais do brasileiro.</p>



### Lembre-se

Hobbes e Rousseau trabalham com a categoria “contrato social” e divergem em grande parte somente no que concerne a natureza do ser humano.



### Faça você mesmo

Leia mais sobre Thomas Hobbes a partir deste texto elaborado pelo professor da USP, ex-ministro da Educação e filósofo político. Renato Janine. Hobbes e sua teoria do contrato social ainda explica muito sobre as dinâmicas sociais na interação cidadão-Estado, dos dias atuais.

**Faça valer a pena!**

**1.** “Nenhum homem possui, por natureza, nenhum direito de submeter outro homem. O homem só deve ceder ao poder legítimo, ou seja, àquele legitimamente constituído pela vontade de adesão e de deliberações, e não àquele constituído com base na força física.” (BITTAR, p. 246).

Esse trecho explicita a concepção de Legitimidade do Poder Estatal concebida por:

- a) Voltaire.
- b) Hobbes.
- c) Rousseau.
- d) Sócrates.
- e) Cícero.

**2.** O problema do conhecimento se manifesta na modernidade a partir da oposição de duas abordagens metodológicas. São estas:

- a) indutivo e extensivo.
- b) experimental e racional .
- c) racional e indutivo.
- d) dedutivo e indutivo.
- e) racional e extensivo.

**3.** O Jusnaturalismo possui duas fases, a primeira na Grécia Antiga e a segunda no período modernista, caracterizada de forma diferente da grega por:

- a) A segunda fase desloca da natureza para Deus e a Fé o fundamento das leis legítimas.
- b) A segunda fase desloca da Razão para o Estado burguês o fundamento das leis legítimas.
- c) A segunda fase desloca da natureza para o legislador o fundamento das leis legítimas.
- d) A segunda fase desloca da natureza (fundamento grego) para a razão o fundamento do direito e das leis legítimas.
- e) A segunda fase desloca da razão para a natureza o fundamento das leis legítimas.

## Seção 2.2

### Filosofia do Direito moderno

#### Diálogo aberto

Estamos avançando na história da jusfilosofia e conhecendo o pensamento de importantes jusfilósofos que influenciam decisões judiciais até os dias de hoje.

Você se recorda que nesta unidade atuamos como um Advogado Geral da União. Como tal, aconselhamos a presidente da república em relação aos diversos processos em que o Estado é acionado judicialmente.

Em uma reunião com a presidente, você a informou sobre uma ação proposta contra o Executivo na qual um homem fora injustamente preso no mesmo dia que um ladrão de bicicletas e um traficante também foram. Enquanto aguardavam o julgamento, os três sujeitos contraíram algumas doenças. O traficante contraiu tuberculose, o ladrão de bicicletas contraiu a doença de Chagas e o homem injustamente preso contraiu HIV.

Diante dessa situação, você, como Advogado Geral da União, deverá elaborar um parecer analisando se tal situação viola ou não o dever do Estado Brasileiro, a partir das ideias de justiça de Kant. Partindo do imperativo categórico kantiano como será o seu parecer? Você terá que se valer de prerrogativas do AGU para lançá-lo de acordo com a concepção kantiana ou não?

Neste parecer, a concepção kantiana de dignidade humana e da razão de ser da existência do indivíduo em sociedade, elementos que constituem a concepção de justiça deste jusfilósofo, serão utilizados para fundamentar nosso trabalho.

Kant, assim como Hume, Hegel e Marx, são os nomes de destaque da filosofia moderna. Esses pensadores, valendo-se das teorias do período das luzes, e estabelecendo debates acalorados com seus contemporâneos interlocutores privilegiados, construíram concepções de justiça e direito as quais ainda hoje são objeto de disputa no espaço da academia e, por consequência, nos outros espaços de atuação técnica do jurista – tribunais, escritórios, etc.

Você irá conhecer a mudança metodológica proposta por Hume, a revolução feita na jusfilosofia por Hegel. Revolução tal que alguns entendem que este autor é um marco determinante da disciplina. Aprenderá os importantes resultados dos esforços de Kant em conciliar diferentes metodologias da jusfilosofia de sua época e o resultado, seus imperativos, que informam até hoje debates sobre direito, moral, leis, etc.

Você resgatará informações das seções e unidade anteriores enquanto irá adquirir

mais informações e conteúdo para sua formação jurídica.

Vamos começar nossos estudos?

## Não pode faltar

Continuaremos a conhecer as diversas concepções de justiça na história da Filosofia do Direito, contudo, nesta seção seremos apresentados a um pensador de destaque da jusfilosofia: Hegel. Como dissemos na seção 1.2, da mesma forma que Sócrates é identificado como o Filósofo que marca o nascimento da Filosofia como disciplina independente, Hegel é reconhecido como aquele responsável por tornar a Filosofia do Direito uma disciplina reconhecida como tal e independente.

Começaremos esta seção apresentando Hume, filósofo que sedimentou o debate jusfilosófico de forma a permitir o surgimento de Hegel e da “Moderna Filosofia do Direito”.

### Hume

David Hume destacou-se por mudar a direção da filosofia metodologicamente do eixo racional para o eixo experimental. O conhecimento, de acordo com este pensador, seria alcançado a partir das bases sensoriais, somente.

Figura: 2.4 | David Hume



Fonte: <<http://www.davidhume.org/images/hume.png>>. Acesso em: 19 jan. 2016.



## Vocabulário

Sensorial refere-se às sensações. O toque é uma experiência sensorial, por exemplo. Por meio do toque você adquire o conhecimento sobre o risco que é aproximar-se de fogo, correntes elétricas ou do gelo por muito tempo.

Assim, Hume tem suas bases metodológica calcadas na experiência, entendia ser este o maior e melhor método para produção de conhecimento (recorde-se da distinção metodológica racional X experimental)

A sua principal obra foi " O tratado sobre a natureza humana". Afirmava-se como cético empirista e entendia que o raciocínio humano era suscetível ao engano e, portanto, somente os sentidos eram a melhor forma de chegar ao conhecimento.

Opondo-se ao jusnaturalismo imperante naquela época, Hume entendia a moral como uma forma de "expressão do empirismo ético". A experiência humana, o incomodo e a insatisfação resultantes destas experiências indicavam o que era vício ou virtude, justo ou injusto.

A justiça, para este jusfilósofo encontrava sua razão de ser na sua utilidade social. Defendia como "o mais fervoroso dos sentidos morais desenvolvido pelo homem que agia sobre o comportamento alheio", a razão de ser da justiça era justificada apenas pela necessidade de manutenção e sobrevivência da sociedade. Fundado em seu empirismo, Hume argumentava que até mesmo os grupos de piratas, bandidos, possuíam seus códigos de conduta, o que provava, pela experiência, a necessidade generalizada de critérios de justiça para manutenção e harmonia em um grupo.

Ao compreender a justiça como uma forma de regular o que é escasso, Hume especula que em situação de abundância a justiça seria algo desnecessário para uma sociedade. Direccionava-se, assim, para uma compreensão de que em uma sociedade onde houvesse igualdade de propriedades ainda assim outros recursos, culturais, educacionais, hereditários, romperiam a igualdade instituída. A lei, assim, teria por função conduzir o homem a sua situação de natureza.

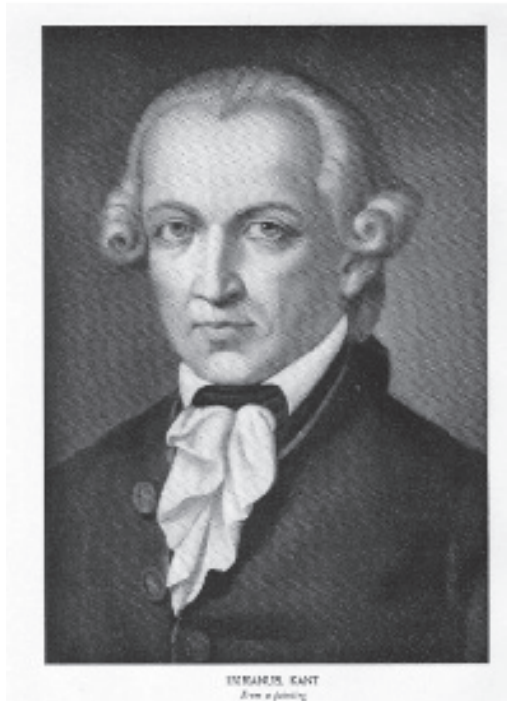
A função da lei, assim, era de tradução das expectativas de um povo, que são geográfica, histórica, culturalmente, climaticamente, religiosamente, moralmente definidas.

Para Hume não existia a imanência das regras de justiça, mas sim, experiências de justiça. A paz social é garantida pela não invasão do que pertence ao outro. Hume contrastou diretamente com os jusnaturalistas que lhe precederam e com os jusnaturalistas que o sucederam, a exemplo de Kant.

Esforçou-se durante toda a sua vida para produzir um conhecimento filosófico que se encontrasse entre o empirismo e o racionalismo. Tentando explicar as regras da razão prática e da razão teórica, escreveu muitos livros sobre estes temas.

Kant defendeu que alcançar o conhecimento somente é possível a partir da interação de condições materiais, experiências, com condições formais, razão. A experiência, assim, era reconhecida como meio de acesso ao conhecimento, conforme defendeu Hume, contudo, para Kant a experiência, somente, não era suficiente para alcançar tal objetivo.

Figura 2.5 | Kant



Fonte: <[https://upload.wikimedia.org/wikipedia/en/3/3f/Immanuel\\_Kant\\_3.jpg](https://upload.wikimedia.org/wikipedia/en/3/3f/Immanuel_Kant_3.jpg)>. Acesso em: 19 jan. 2016.

Doutrinava que o homem era governado por leis “inteligíveis” e leis “naturais”. Seu racionalismo sentará as bases para a teoria de Hegel. Correlacionava a ética com a liberdade e afirma que ser livre é agir conforme a máxima do imperativo categórico.



### Vocabulário

O principal conceito da filosofia de Kant é a lei suprema da moralidade. Representa a necessidade prática da ação como um fim em si mesma.



Kant entendia a liberdade como algo que se confundia com o dever. E diferenciava a moralidade da juridicidade, distinção a qual permanece nos debates jurídicos até os dias atuais.

A moralidade de acordo com este jusfilósofo relacionava-se com a interioridade enquanto a juridicidade lida com a exterioridade. A moralidade pressupõe liberdade, autonomia, autoconvencimento; somente a ação que é conforme o dever e cumprida porque se trata de um dever, poderia ser qualificada como ação moral. Em contrapartida, a juridicidade pressupõe coercitividade. Metas e necessidades distintas, as ações se dão por temor de sanção, vontade de distanciar-se de possíveis repreensões, medo de escândalo, prevenção de um desgaste desnecessário, etc.

Kant afirmava que a razão de ser última do Direito era evitar a guerra promovendo a paz internacional e por isso, ponderava uma federação de Estados – algo como as Nações Unidas – com a finalidade de buscar a paz.

Assim, Kant buscou entender os limites da razão e desviou-se do principal foco da filosofia que é a “busca da verdade”. Esta foi a principal crítica de Hegel à produção de Kant, que focou no dever ser e ignorou o ser, de acordo com Hegel, o elemento central.

Hegel também critica a instrumentalização da Filosofia com a razão, buscando entender a razão pela própria razão. Inviabilizava a possibilidade de imparcialidade



### Pesquise mais

O imperativo categórico kantiano ao afirmar que as pessoas devem ser respeitadas por serem pessoas e nunca devem ser instrumentalizadas para atingir um fim, mas sim serem respeitadas por si mesmas, informa até os dias atuais a concepção de direitos do homem. Leia mais sobre a relação estabelecida entre a filosofia kantiana e a ideia de dignidade da pessoa humana, que funda os princípios de Direitos Humanos, neste artigo:

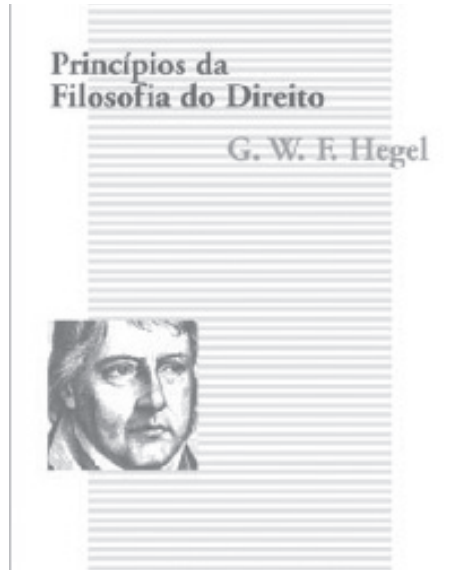
<<http://jus.com.br/artigos/7069/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-pensamento-de-kant>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

De enorme importância para a Filosofia do Direito a obra *A Fenomenologia do Espírito* é sua obra jusfilosófica de destaque. Hegel é o pai da filosofia do direito pois foi o primeiro filósofo a explicitamente referir-se a esta disciplina. Em sua obra *Princípios da Filosofia do Direito* no primeiro parágrafo afirma que “O objeto da ciência filosófica do direito é a ideia do direito, quer dizer, o conceito de direito e sua realização (HEGEL, 1820)”.

Sua categoria de maior destaque é chamada de dialética. Hegel buscou entender como a consciência observa os fenômenos que ocorrem ao redor do ser humano. Isso levaria à dialética Hegeliana.

Para Hegel, dialética deixa de ser compreendida como diálogo, no modelo grego, para ser identificada como conflito. Ou seja, Hegel traz uma nova definição de uma palavra de origem Grega.

Figura 2.6 | Hegel



Fonte: <[http://img.martinsfontespaulista.com.br/Imagens/produtos/11/130211/130211\\_Ampliada.jpg](http://img.martinsfontespaulista.com.br/Imagens/produtos/11/130211/130211_Ampliada.jpg)>. Acesso em: 19 jan. 2016.



### Exemplificando

O fim do escravismo elimina diversos institutos: o escravo, o senhor de escravos e vários outros relacionados a este sistemas. Em um diálogo, quando as pessoas concluem sua conversa, nenhum dos interlocutores ou conteúdo do diálogo deixa de existir. Assim, a dialética se transforma a partir do conflito. É uma forma de mudança da razão; o fim da dialética hegeliana leva à superação e não à eliminação.

Hegel destaca-se por definir o conceito de dialética e sua aplicação antes e depois de sua obra. Antes de Hegel dialética é diálogo, após Hegel é situação de conflito. A dialética é um conflito que traz ao seu fim uma nova razão deixando de existir as razões anteriores que conflitavam entre si. Hegel afirma que a dialética, a rosa na

cruz do sofrimento presente, precisa identificar quem explora quem. Assim, ele adianta o debate sobre as relações de trabalho capitalistas que serão desenvolvidas por Karl Marx, futuramente.

Hegel analisa os três grandes modos de produção da história da humanidade, escravismo, feudalismo e capitalismo.

Ele entendia que a filosofia do Direito se destacava do ramo da filosofia pura, conhecido por lógica, em razão da “liberdade de conceitos” e “plenitude de abstrações” da disciplina lógica necessárias para a filosofia do direito.



### Pesquise mais

Pesquise: Leia mais aprofundadamente sobre Hegel neste artigo que busca sistematizar o amplo conhecimento jusfilosófico produzido por este autor que revolucionou a Filosofia do Direito. Apesar de distinto e marco da moderna Filosofia do Direito o que você consegue identificar de contratualismo no pensamento deste jusfilósofo. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2602](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2602)>. Acesso em: 19 jan. 2016.

## A Filosofia Política Moderna.

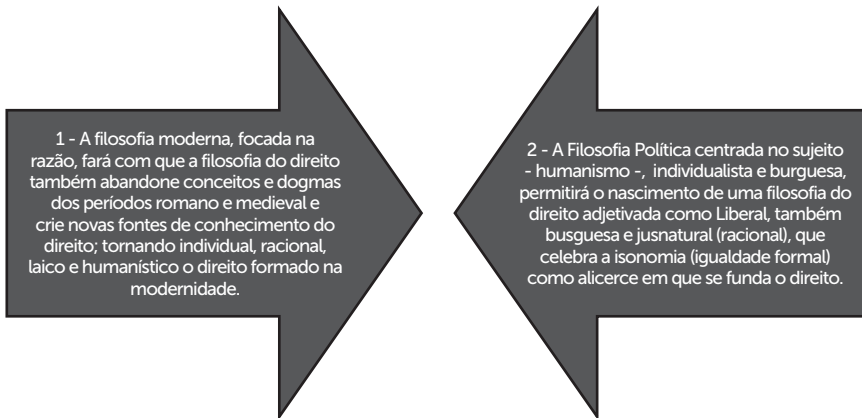
O período moderno foi fértil para a filosofia política em razão do rompimento com o sistema feudal e o surgimento do “Estado” como destacamos anteriormente. A organização do poder, primeiro ao redor do monarca e depois ao redor do governante – presidente, primeiro ministro, etc. – redimensionou o alcançar da fé sobre o poder das instituições fora da Igreja.

A mudança nas relações de produção, do modelo feudal para o modelo mercantilista – que mais tarde daria origem ao capitalismo – permitiu o surgimento e fortalecimento da classe burguesa e o surgimento das cidades onde estes viviam e comerciavam.

Assim, é em razão deste contexto histórico que categorias como sociedade civil, filosofia do Estado, contratualismo e individualismo passam a surgir de forma relevante para o pensamento jusfilosófico. Dentre estas categorias da Filosofia Política o individualismo e o contratualismo, somado aos métodos da modernidade, direcionou como principal objeto da filosofia moderna a ideia de direito natural o jusnaturalismo.

O jusnaturalismo moderno é definido como um "jusracionalismo", porque entende que o direito é resultado da razão. Esta razão deixa de existir somente nos homens escolhidos por Deus, para existir em todos. Assim, sendo todos os seres humanos detentores de razão, seria possível a todos compreender as leis naturais.

A filosofia moderna/política, assim, relaciona-se com a filosofia do direito de duas grandes formas:



Fonte: A autora.

A Filosofia do Direito moderna apresentou-se como algo revolucionário, se a compararmos com a jusfilosofia da Idade Média e antiguidade, contudo, se compararmos a Filosofia do Direito da modernidade com a Filosofia do Direito contemporânea a interpretaremos como algo conservador e limitado. Você perceberá isso em breve.

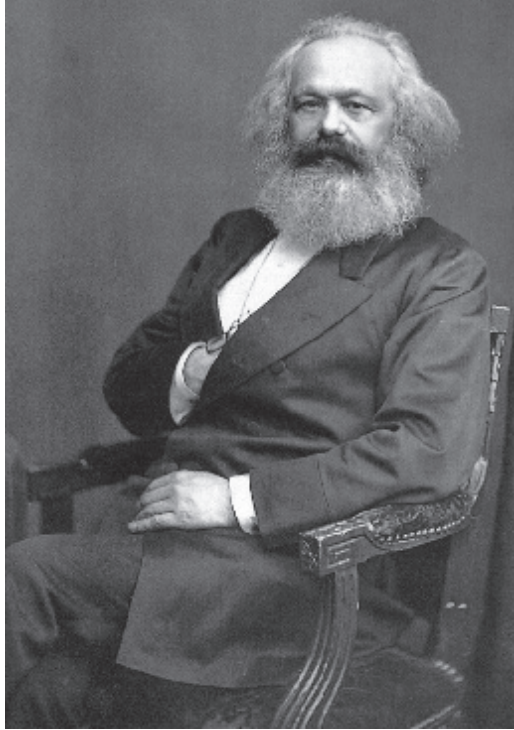
### **As contribuições de Karl Marx para o direito moderno.**

Nascido na Alemanha e um estudante de direito que abandonou o curso para formar-se em filosofia e história, o pensamento filosófico de Marx é identificado como um dos mais marcantes e influentes da contemporaneidade.

Foi fortemente influenciado pela filosofia de Hegel que, na época em que Marx estudava, era identificado como "o filósofo tipicamente alemão do pensamento nacional".

A sua formação acadêmica somada à sua aproximação e convivência com o movimento operário o levaria a produzir obras que buscaram explicar, a partir das bases de formação acadêmica deste jusfilósofo, a realidade capitalista em que vivia bem como produzir conhecimento "transformador" da realidade experimentada pelo proletariado.

Figura 2.7 | Karl Marx



Fonte: <[https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/d/d4/Karl\\_Marx\\_001.jpg](https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/d/d4/Karl_Marx_001.jpg)>. Acesso em: 19 jan. 2016.

A sua formação acadêmica somada à sua aproximação e convivência com o movimento operário o levaria a produzir obras que buscaram explicar, a partir das bases de formação acadêmica deste jusfilósofo, a realidade capitalista em que vivia bem como produzir conhecimento “transformador” da realidade experimentada pelo proletariado.



### Refleta

Lembra-se do debate na primeira seção da primeira unidade sobre as concepções de filosofia como a prática daquele que assiste aos jogos em um estádio, não podendo assim jogar os jogos? Marx é revolucionário na filosofia por desconstruir essa concepção histórica do que vem a ser o filósofo ideal e eficaz. Marx não mais permite que se aceite alguém que pense a realidade sem pensar formas de transformá-la e agir para tal a partir do seu conceito de práxis (atividade prática humana nas relações de produção e de trabalho) que acabamos de conhecer.

Talvez seja este o motivo que levou Marx a ser reconhecido e retomado como filósofo apenas recentemente, pois, este pensador sempre foi apresentado como um teórico filósofo das relações de produção. É possível afirmar que Marx é resgatado como filósofo apenas no início do século XX graças a produção de pensadores da Escola de Frankfurt, Gramsci, Luckacs entre outros.



### Assimile

**Filosofia da práxis:** o interesse de Marx na sociabilidade do homem mais do que no homem em si, é a semente deste conceito central da filosofia marxista. Seu conhecimento produzido não deveria ser contemplativo, mas transformador.

**Condicionantes produtivas:** para Marx as relações de produção eram determinantes para compreender a história humana.

**Materialismo histórico:** era a forma de Marx distinguir a sua opção por um empirismo. O seu método buscava observar o homem na história, existindo em sociedade.

**Materialismo dialético:** oposta a dialética hegeliana, pois é compreendido na realidade, na materialidade e na práxis.

## O Direito para Karl Marx

Marx não escreveu especificamente sobre o direito. Sua obra analisava o predomínio de um direito estatal (estado burguês/direito burguês) ao dizer do direito o mesmo que disse do Estado, que este era vinculado às relações históricas e sociais do capitalismo.

Ele afirmava que a evolução do direito era condicionada pelas necessidades do capitalismo (produção, circulação, exploração da mais valia, do lucro) e não condicionada pela busca da melhor justiça, pela busca da evolução de consciência do jurista, ou qualificação técnica da definição de conceitos.

Marx concluía, assim, que a origem do direito não era o contrato social, a busca pela paz, ou em um direito natural que precedia o Estado. Para este jusfilósofo o direito

tem sua origem ligada à práxis, à história social e produtiva do homem. As leis são declaradas para melhor proteger os interesses da classe exploradora, que detém os meios de produção e fazem a gerência do Estado.



### Faça você mesmo

Como aprendemos, Hegel é o teórico fundador da Filosofia do Direito. Contudo, é possível dizer que Marx e sua concepção de práxis, entendendo necessário a filosofia ambicionar, também, intervir na existência humana e gerar uma mudança de paradigmas na filosofia, como um todo, e na filosofia do direito que permanece até os dias atuais.

Que tal, aprofundar o conceito de práxis e buscar na obra de Karl Marx, entender como o “fruto do trabalho” é similar ao direito inalienável reconhecido pelos jusnaturalistas?

Vamos lá?

### Sem medo de errar

Em uma reunião com a presidente, você a informou sobre uma ação proposta contra o Executivo na qual um homem fora injustamente preso no mesmo dia que um ladrão de bicicletas e um traficante também foram. Enquanto aguardavam julgamento, os três sujeitos contraíram algumas doenças. O traficante contraiu tuberculose, o ladrão de bicicletas contraiu a doença de Chagas e o homem injustamente preso contraiu HIV.

Diante dessa situação, você, como Advogado Geral da União, deverá elaborar um parecer analisando se tal situação viola ou não o dever do Estado Brasileiro, a partir das ideias de justiça de Kant. Partindo do imperativo categórico kantiano, como será o seu parecer? Você terá que se valer de prerrogativas do AGU para lançá-lo de acordo com a concepção Kantiana ou não?



### Atenção!

Kant teorizou dois tipos de imperativos: o categórico e o hipotético. O imperativo categórico é explicado por meio de suas três fórmulas. A segunda fórmula é a apontada como fundamento da ideia de dignidade humana, pois afirma que deve-se agir de tal forma que uses a humanidade,

tanto na tua pessoa, como na pessoa de qualquer outro, sempre e ao mesmo tempo como fim e nunca simplesmente como meio.

A segunda fórmula do imperativo categórico declara que o ser humano deve ser encarado como um fim em si mesmo e não instrumentalizado para que outros fins sejam alcançados. Você, como Advogado Geral da União, lançaria um parecer no sentido de reconhecer que houve uma falha na atuação do Estado. Neste sentido é interessante notar que, apesar de ter a função de defender o Estado o AGU não pode ir contra os princípios constitucionais.

A Constituição do Brasil ao lançar a dignidade humana à condição de princípio pilar, reconhece que o Estado deve relacionar-se com o indivíduo de acordo com a segunda fórmula do imperativo categórico.

Portanto, você reconheceria que a vida humana não pode ser submetida a violações não pactuadas no modelo de Estado Democrático e Republicano. Emprisionar em condições que implique em penas além da restrição de liberdade é uma violação de direito humano, da dignidade humana e contraria à mencionada fórmula da categoria kantiana.



### Lembre-se

Os valores jusfilosóficos que informam a dignidade humana, princípio pilar da Constituição, e os direitos humanos têm sua origem na Grécia Antiga, a exemplo do Mito de Antígona e a ideia de direito natural. Contudo, Kant com sua jusfilosofia moral traz a ideia de dignidade humana para a modernidade de forma sistematicamente organizada.

Kant distingue a civilização/justiça de uma sociedade a partir da forma como esta soluciona os seus conflitos. A eliminação dos conflitos e busca da paz é o objetivo da jusfilosofia kantiana, contudo, em razão da ainda existência do conflito, é necessário que a aproximação a estes seja “civilizada” e não irracional, sendo a pessoa que viola a ordem submetida a penas previstas e não a violências arbitrárias. Essas expectativas são informadas pelo conceito de boa vontade kantiana que informa os imperativos categóricos.

O Advogado Geral da União tem por obrigação, também, defender os valores do Estado democrático, o que as vezes pode implicar em lançar parecer contrário aos interesses do executivo. Neste sentido, ao concordar com a violação de direito e obrigação de indenização, você lançará um parecer contrário aos interesses do executivo, obrigando o pagamento da indenização, mas poderá fazer isso em razão das prerrogativas do seu cargo, de não posicionar-se de forma inconstitucional.



## Avançando na prática

Pratique mais	
<b>Instrução</b>	
Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois as compare com as de seus colegas.	
"Os Imperativos Kantianos"	
1. Competência de Fundamentos de área	Filosofia do direito moderna.
2. Objetivos de aprendizagem	Instrumentalizar categorias cunhadas por jusfilósofos modernos.
3. Conteúdos relacionados	Kant – Imperativos kantianos – Jusfilosofia moderna.
4. Descrição da SP	Você é um legislador e participa dos debates no Congresso sobre alteração das leis de porte de armas, alguns argumentos são feitos sob fortes concepções subjetivas, relacionadas a experiências pessoais e estímulo e <i>Lobby</i> financeiro da indústria que produz armamentos. No sentido kantiano, os argumentos utilizados sob influência de concepções subjetivas pelos deputados e senadores, que defendem reforma das leis de porte de armas com fundamento nestes interesses pessoais do seu grupo de <i>lobby</i> , seriam considerados comportamentos e atos morais?
5. Resolução da SP	Para Kant a moral é uma norma que orienta condutas de forma universal e estão desconectadas das preocupações com os fins futuros. A política, está ligada ao imperativo categórico e portanto, não preocupa-se com possíveis pressões externas ou com os resultados, mas, somente, deve preocupar-se com a concepção de moralidade/vontade, dos deputados.  Se observarmos que os deputados não estão preocupados com resultados finais, ou opiniões alheias de forma ampla, mas, somente pautados por seus interesses subjetivos, norma que pode ser universalmente aplicada em suas condutas em todos momentos, podemos, sim, identificar moralidade na conduta destes, contudo, aéticas.  Seria considerado um ato moral — no sentido kantiano — as críticas feitas pelos democratas ao aborto, impulsionados "às vezes de má vontade, às vezes guiados mais por suas mentes do que por seus corações", escolhendo seguir um dever moral, independentemente de qualquer sentimento de prazer que possa proporcionar ao ser.



### Lembre-se

O imperativo categórico kantiano é o mesmo que moralidade, e age de tal maneira que a máxima da sua vontade possa valer sempre, ao mesmo tempo, como princípio de legislação universal.

O outro imperativo kantiano, o imperativo hipotético, dado que este diz respeito a ações que são levadas a cabo por uma força de pressão exterior, de uma pena ou de um prazer.



### Faça você mesmo

Os imperativos kantianos influenciam fortemente a doutrina de direitos declarados na Constituição Federal nos incisos do artigo 5º. Que tal ler estes incisos e notar como a concepção jusfilosófica kantiana influenciou uma seção significativa da nossa Constituição Federal? Retome o conceito de imperativo categórico e utilize como baliza de análise dos direitos declarados pelos incisos do artigo mencionado, da Constituição Federal.

### Faça valer a pena!

**1.** Historicamente Hegel, pai da Filosofia do Direito Moderna ou filosofia do direito explícita, é precedido por um filósofo que acreditava ser o conhecimento atingido somente por meio de bases sensoriais. Seu nome é:

- a) Karl Marx.
- b) Hegel.
- c) Locke.
- d) Kant.
- e) Hume.

**2.** A concepção de justiça de Hume que considera os fins/resultados como elementos relevantes para a concepção de justiça opõe-se ao imperativo kantiano conhecido como:

- a) imperativo categórico.
- b) imperativo hipotético.
- c) imperativo kantiano.
- d) imperativo utilitarista
- e) imperativo principiológico

**3.** Kant distancia-se de diversos jusfilósofos modernos porque condiciona o acesso ao conhecimento aos dois métodos modernos, e não a um somente. Para este filósofo o conhecimento era alcançado ao instrumentalizar-se a razão somada à:

- a) práxis.
- b) experiência.
- c) equilíbrio.
- d) raciocínio.
- e) conhecimento.



## Seção 2.3

### Filosofia Contemporânea

#### Diálogo aberto

A filosofia do direito contemporânea, como aprendemos na seção anterior, confunde-se com a filosofia política em razão da presença ampla do elemento Estado em ambas as áreas do conhecimento.

Assim, a disciplina Filosofia do Direito comparte com a Filosofia Política seus nomes mais relevantes e marcantes na contemporaneidade.

O debate em relação à justiça, o que é uma sociedade justa e quais ferramentas devem ser usadas pelo Estado (políticas públicas) para alcançar esta meta, de sociedade igualitária e justa – objetivos democráticos republicanos ocidentais, é o debate que forma a produção de conhecimento da filosofia do direito na contemporaneidade

Você conhecerá a concepção positivista de Kelsen. A importância do positivismo jurídico, enquanto corrente jusfilosófica, é inquestionável, uma vez que influencia até os dias atuais inúmeras decisões repetitivas e cotidianas do direito. Contudo, a concepção positivista de Kelsen levou o mundo à Segunda Guerra Mundial.

Nesta seção você continuará atuando como um Advogado Geral da União e aconselhando o chefe do executivo em uma ação que ataca uma lei, exigindo que esta seja excluída do ordenamento jurídico em razão da sua ineficácia concreta e posicionar-se em face das ações propostas contra o Estado. Você vai descobrir que muitos entendem, conforme Hobbes e Rousseau, que a adesão dos membros da sociedade ao pacto social é o que concede fundamentalmente a validade das leis declaradas pelo Estado.

Em uma ação que ataca uma lei, exigindo que esta seja excluída do ordenamento jurídico em face da sua ineficácia, pondere em seu parecer a ser entregue para o chefe do executivo com quem você trabalha, como Kelsen teoriza sobre esta afirmação hobbesiana e rousseauiana a partir de sua teoria pura do direito? Na sua atuação como AGU, defendendo a aplicação de uma lei que não pegou, utilizando-se da jusfilosofia kelseniana, você defenderia a tese de que a adesão social é um requisito para validade da lei? As leis que não pegam!

## Não pode faltar

### Positivismo

Antes do positivismo, as principais correntes que influenciavam o direito eram o jusnaturalismo e o realismo. O jusnaturalismo, como você deve se recordar, acreditava em leis inerentes à natureza e superiores à vontade de indivíduos. No realismo a ideia de lei justa condicionava as normas à eficácia. Se a lei pegava, era justa, se não pegava, era inútil.

O positivismo surge para opor-se a estas duas correntes. Ele entende que o objeto “validade e eficácia da lei” ou a lei que pega, é distinto do objeto justiça do jusnaturalismo e ambos não devem orientar e influenciar de forma significativa o Direito e a Ciência do direito.



### Assimile

Kelsen é considerado o positivista referência do Direito. Isto porque ele é positivista nos dois sentidos que a palavra possui no espaço do direito. No primeiro sentido é positivista o profissional do Direito que apenas reconhece a ordem jurídica e as leis declaradas como direito. No segundo sentido é positivista aquela pessoa que acredita ser possível um saber científico sobre as leis e normas jurídicas sem interferência de outras ciências.

### Kelsen

Jurista de origem Austríaca terminou seus dias nos EUA em razão da perseguição nazista. As empreitadas jusfilosóficas e de ciência do direito deste pensador tornaram conectadas de forma intrínseca sua concepção do que viria a ser o direito e o que é a justiça.

O pensamento kelseniano, apesar de contido dentro da corrente positivista jurídica, destaca-se de tal forma que é denominado de positivismo jurídico.

Em sua obra *A teoria pura do direito*, Hans Kelsen esforçou-se para responder

Figura 2.8 | Hans Kelsen



Fonte: <[https://pbs.twimg.com/profile\\_images/428733092056940545/LcqOhKbh.jpeg](https://pbs.twimg.com/profile_images/428733092056940545/LcqOhKbh.jpeg)>. Acesso em: 20 jan. 2016.

a pergunta filosófica “o que é o direito?” sem valer-se de ferramentas de outras disciplinas que não fossem da Ciência do Direito. Ele entendia que restringir o direito a si mesmo, sem intervenção de outras disciplinas externas que o contaminassem, ou seja, mantendo o direito “puro”, o direito tornar-se-ia, então, uma ciência de verdade.

É reconhecido como o fundador da Lógica Jurídica, explicitamente denominada. Defendia a “neutralidade” na sua produção que analisava o direito, o Estado, as leis, etc. Por isso rechaçou o realismo e o jusnaturalismo.

A partir de duas categorias: o “ser” e o “dever ser”, Kelsen identificava a realidade e o direito. A realidade era o “ser” e o direito o que “deve ser”. Kelsen entendia, assim, que o dever ser – as normas do direito – não podiam estar vinculados a fatos, fossem estes sociais, históricos, morais, nada poderia desvirtuar a pureza da natureza do “dever ser” condicionando-a.



### Exemplificando

Pense, por exemplo, na situação em que um juiz decide contrariamente ao exame de DNA apresentado. Como ocorreu com Charles Chaplin. Para Kelsen, o juiz podia decidir contrariamente às provas, pois o Direito é uma ciência independente que não pode ser influenciada por qualquer outra área do conhecimento que não seja a normativa.

A explicação centrada nas leis, normas jurídicas, tendo elas como origem e fim do direito, explicam porque, em sua obra sobre o Estado (território + nação), Kelsen o define como um conjunto de normas ordenadas e centralizadas.

Ora, se a lei é a origem de tudo e o fim de tudo no ordenamento jurídico, que explica inclusive o que é o Estado, de onde surgiria tudo isso? Kelsen, assim, elabora um modelo, uma estrutura de normas hierarquizadas e interdependentes entre si.

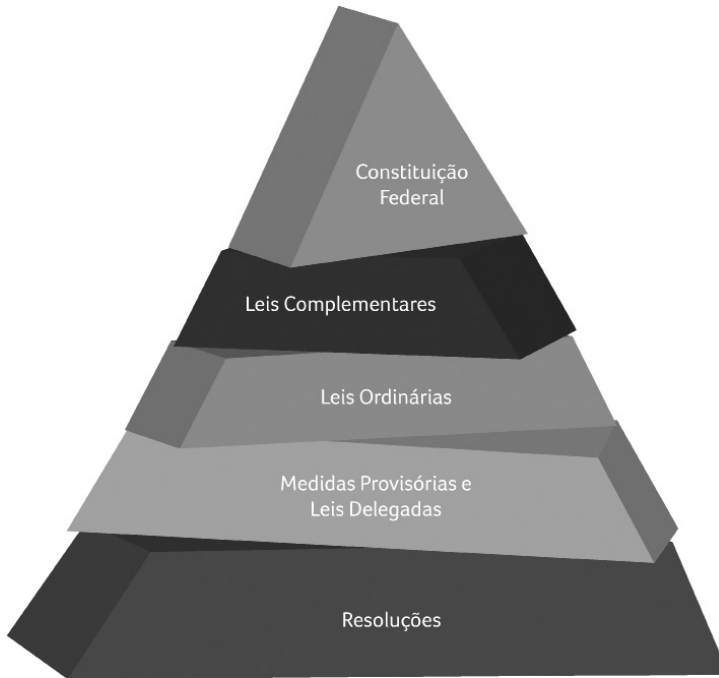


### Vocabulário

Interdependente significa que uma coisa depende da outra para existir de forma plena.

Essas leis, que são a origem e o fim do sistema, extrairiam suas validades uma das outras. A norma inferior tira a sua validade, o seu poder de se impor, da norma superior até que se alcance o topo desta estrutura. Chegando no seu ápice encontraremos o que Kelsen denominou de “norma hipotética fundamental”.

Figura 2.9 | A pirâmide de Kelsen



Fonte: <<http://equilibrecursos.net/wp-content/uploads/2012/11/PiramideKelsen1.png>>. Acesso em: 20 jan. 2016.



### Faça você mesmo

A norma hipotética fundamental se parece com a ideia jusnaturalista de leis não declaradas, mas que devem orientar o sistema jurídico. Existem alguns valores os quais não estão descritos na Constituição Federal, mas que orientam a postura do julgador, a exemplo da ideia de “dignidade humana”.

Leia o preâmbulo da Constituição, e busque identificar outros elementos declarados, mas que não são normativos naquele documento, os quais apenas orientam o julgador brasileiro. Mantenha em mente que, o preâmbulo é um indicativo do que poderia ser uma norma hipotética, contudo, este não é a norma hipotética pois esta é algo amplo e abstrato, não positivado.



Kelsen entendia ser possível retirar do direito tudo que não fosse debate jurídico. O direito assim seria uma ciência pura quando não dialogava com a história, a moral, os valores da sociedade, a ética, etc. Ao aprofundar e explicitar o pensamento lógico jurídico, quase matemático, este jusfilósofo mecanizava o fenômeno jurídico às custas dos valores sociais e humanos.

Figura 2.10 | Hannah Arendt



Fonte: <<http://www.critical-theory.com/wp-content/uploads/2013/10/hannah-arendt-interview-672x367.png>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

Hannah Arendt é judia alemã que se refugiou nos Estados Unidos da América durante a ascensão do Estado Nazista que culminaria com a Segunda Guerra Mundial. Hannah, como todos os jusfilósofos modernos, é uma filósofa política de inquestionável influência no direito, exemplo disto é que o ex-chanceler Celso Laffer laureou-se doutor em Direito defendendo tese que pesquisou aprofundadamente os conceitos jusfilosóficos desta pensadora.

A obra de maior destaque desta jusfilósofa é *Eichmann em Jerusalém*, contudo, em outras obras diversas a pensadora busca entender e explicar como deve proceder-se a luta no combate ao poder violento e aos atos arbitrários como os que ocorreram na Alemanha Nazista.

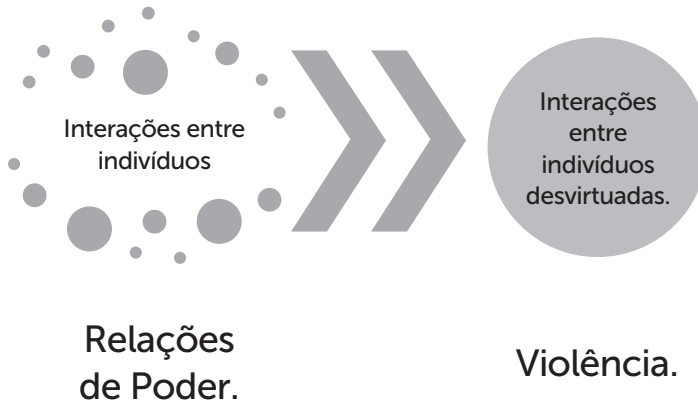
As categorias centrais de suas obras são *A violência* e *a liberdade* a partir das quais Hannah Arendt pensa o que é reconhecido como Teoria dos Direitos Humanos.

Para entender a violência, ela partia da definição de poder, pois, para esta professora a violência resumia-se ao uso desvirtuado do poder. Onde existe interação entre indivíduos existem relações de poder, e, portanto, onde existe interação de indivíduos pode existir a violência.

A situação oposta, de interação entre indivíduos sem violência, ou seja, contexto em que o poder existe, mas não de forma desvirtuada é o espaço onde ocorre o consenso e os jogos de aceitação. O poder poderia deixar de existir em uma situação

onde a força se impusesse, contudo, onde a força se impõe é impossível existir o poder virtuoso, ou seja, o espaço onde ocorre o consenso e a ação humana.

Figura 2.11 | Relações de poder e violência



Fonte: A autora



### Pesquise mais

Você já ouviu falar de Ghandi? Ele é apontado como a maior experiência prática da teoria do poder de Hannah Arendt. A sua postura "não violenta" propiciou uma revolução política. Procure saber mais sobre a Marcha do Sal de Gandhi e como a escolha do princípio da não violência somado à postura de desobediência civil alinham-se com a teoria arendtiana.

A liberdade era também definida de uma forma peculiar para Hannah Arendt. Ela entendia a liberdade como capacidade de agir soberanamente.



### Vocabulário

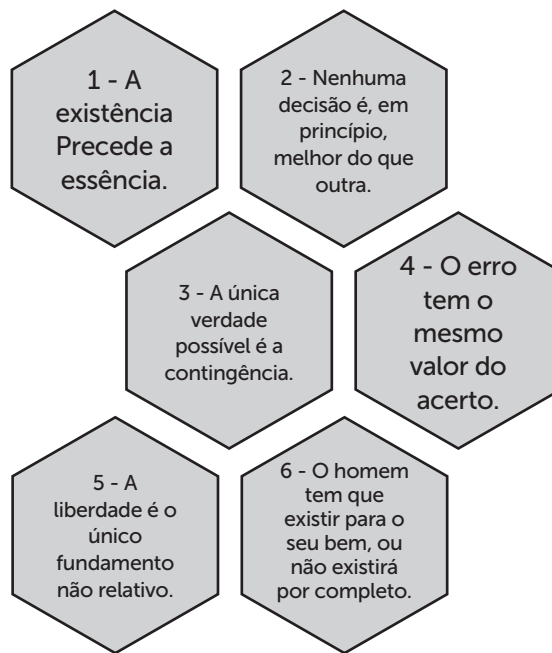
Soberania é o poder de decisão em última instância. Estados são soberanos e pessoas também o podem ser.

Recorrendo ao modelo da cidade na Grécia antiga a jusfilósofa judia concebe a política como o exercício do esforço em manter um espaço onde se pode agir sem tornar-se objeto de alguma forma de violência. A liberdade não tem um fim, é uma prática um exercício e, por isso, uma ação.

Para sermos livres, portanto, é necessário o exercício da política, pois, somente a política permite a criação de um espaço onde todos podem exercer suas liberdades. Por esse motivo para esta pensadora o exercício da cidadania, participação na vida política, é tão importante. Pois é este que garante os espaços de exercício da liberdade.

O existencialismo, corrente filosófica contemporânea que muito influenciou o pensamento pós-moderno, também lançou suas impressões e valores sobre o que é e deve ser o direito. O existencialismo tem Jean-Paul Sartre como nome de destaque, sistematizador primeiro deste pensamento, tornou-se referência de outros jusfilósofos como Heidgger e Camus.

O pensamento existencialista tem como premissas as seguintes ideias:



Fonte: A autora.

O existencialismo apresenta uma forte crítica ao cinismo com que foi apropriado o discurso marxista. Sartre, assim como outros existencialistas de seu tempo, frustrou-se com o racismo e autoritarismo soviético e buscou pensar uma forma de observação "livre" de absolutismos, fossem estes de extrema direita ou de extrema esquerda.

Sartre, assim como Hannah Arendt e Marx, entendia que o conhecimento racional sucedia o conhecimento prático. A experiência (existência) precedia a razão (a essência). Acontece que para Sartre a "individualidade" torna-se uma categoria marcante do processo de conhecimento. O coletivo não determinaria a existência do indivíduo. Este é livre para, a partir de suas escolhas, formar a sua experiência e, por consequência a sua consciência.



### Faça você mesmo

Sartre escreveu uma obra literária de nome *A náusea*, por meio destas obras literárias buscou difundir popularmente suas conclusões teórico-filosóficas. Mesmo não sendo um texto de direito é possível identificar alguns problemas jurídico-existencialistas dentre as várias questões trazidas.

Mergulhe nesta obra literária com um olhar de jusfilósofo e busque identificar elementos como:

1- o direito à existência – o que é este direito e como se difere do direito à vida; 2- o dever como meio de direcionamento à alienação; 3- a crítica ao exercício de um “direito” compreendido como o exercício de um “dever” e, portanto, legitimador de autoritarismos.

Referência: SARTRE, Jean-Paul. **A náusea**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. 259p.

Você se recorda que após o auge do Iluminismo, com o surgimento do Estado, surgem, também, jusfilósofos que buscam pensar a razão de ser deste ente “o Estado”. Chamados de contratualistas as suas teorias, em grande maioria buscavam justificar a razão de ser do Estado vinculando-a a um contrato. Para cada um as razões que levavam os homens a estabelecer esse contrato eram diversas, mas todos concordavam que era a existência desse contrato que dava forma ao Estado. Podemos dizer que na origem das teorias contratualistas temos o estado de origem que levava a um pacto e que resultava no Estado pactuado/contratado.

Figura 2.12 | Os neocontratualistas contemporâneos



Fonte: <<https://jrbenjamin.files.wordpress.com/2015/04/dworkin-nagel-1.jpg>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

Com a contemporaneidade, destaca-se a retomada de diversas interpretações do contratualismo, conhecidas como neocontratualismo que têm o John Rawls como pensador seminal desta nova corrente jusfilosófica e política. O estado de natureza é substituído, por John Rawls, em sua obra *A teoria da justiça*, pela “posição original” e o objetivo do contrato deixa de ser a formação de um Estado para ser, então, a formação de uma “sociedade justa”.

John Rawls destaca-se como o maior contribuidor deste debate. Restabelece o modelo de contrato em oposição ao modelo vigente, utilitarista. John Rawls, conforme um dos títulos de seus livros, busca uma ideia de justiça como sinônimo de equidade *Justiça como equidade*, retomando, assim, não só valores jusfilosóficos dos contratualistas que estudamos na seção 2.1 desta unidade, mas, também, a ideia de equidade fundada em Aristóteles, que estudamos na seção 1.3 da primeira unidade.

Então, se o contratualismo teve sua origem na tentativa de explicar a origem do Estado e vinculava a criação deste ente à proteção dos indivíduos do exercício arbitrário da força nas relações entre pessoas. O novo contratualismo justifica a existência do Estado quase nos mesmos termos; este deve garantir uma sociedade justa, onde todos possam gozar de seus direitos fundamentais mínimos.

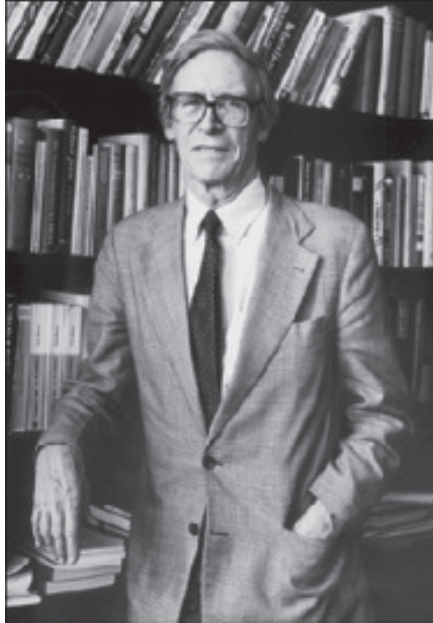


### Exemplificando

O debate sobre direitos fundamentais mínimos permeia ainda hoje o judiciário e os Estados no mundo. O que é mínimo existencial? Quais direitos não podem ser negados ao indivíduo? É obrigação do Estado garantir que pessoas tenham acesso pelo Sistema Único de Saúde (SUS) a medicamentos importados? Teorias como a da “pirâmide de Maslow” e da “reserva do possível” são utilizadas, dentre outras, por procuradores dos estados e municípios brasileiros quando são chamados a garantir direitos reclamados pelos cidadãos. Todos esses debates partem da premissa de que é dever do Estado garantir direitos fundamentais e questionam, qual o limite desse dever.

Falar dos neocontratualistas é propor-se a sistematizar as teorias de uma enorme gama de pensadores da contemporaneidade que buscam pensar um modelo de Estado e de políticas que promovam justiça nos dias atuais. São, assim, muitos os nomes, além de John Rawls, que influenciam esta corrente jusfilosófica.

Figura 2.13 | John Rawls e a Teoria da Justiça



Fonte: <[https://upload.wikimedia.org/wikipedia/en/3/3d/John\\_Rawls.jpg](https://upload.wikimedia.org/wikipedia/en/3/3d/John_Rawls.jpg)>. Acesso em: 20 jan. 2016.

Como dissemos, John Rawls e sua revolucionária teoria da justiça sentam suas bases no contratualismo do século XVII. A justiça seria sinônimo de equidade, e essa equidade não seria exigida no dia a dia, mas, somente, na “posição original”. A posição inicial é o momento primeiro, idealizado por Rawls, em que as pessoas pactuam seu contrato social. Neste momento primeiro, onde o indivíduo poderia fazer suas opções, Rawls teoriza como seria se hipoteticamente todos estivessem em iguais condições de escolha e gozo.



### Refleta

Se você não sabe qual o seu lugar na sociedade, não sabe se nascerá branco ou preto, deficiente ou saudável, pobre ou rico. Caso tivesse escolha, qual critério você usaria para decidir os termos dos deveres e compromissos do Estado onde iria viver?

Esta é a posição original de John Rawls, uma situação onde todos encontram-se sob o “véu da ignorância”. Você provavelmente, conforme pensa John Rawls, iria concordar com aquelas políticas que propiciassem o bem de todos, de forma indistinta, afinal, você não sabe onde estará, quando o véu da ignorância cair e a situação de posição original desaparecer.

Rawls idealizou uma intervenção nas instituições que alterasse a estrutura básica da sociedade em que vivemos e a tornasse mais justa. Ele idealizou um modelo de estado que se pautava em dois princípios gerais: a garantia de liberdade e igual distribuição para todos. Se ambos os princípios fossem observados, a sociedade seria “estável”, justa, conforme ponderava este jusfilósofo.

Como dissemos anteriormente, Rawls foi o jusfilósofo mais influente da corrente neocontratualista e sua teoria influenciou políticas públicas em inúmeros países do mundo, inclusive o Brasil.

### Sem medo de errar

Muitos entendem, conforme Hobbes e Rousseau, que a adesão dos membros da sociedade ao pacto social é o que concede fundamentalmente a validade das leis declaradas pelo Estado. Como Kelsen teoriza sobre esta afirmação a partir de sua teoria pura do direito? Na sua atuação como AGU defendendo a aplicação de uma lei que não pegou, você consideraria a adesão social como um requisito para validade a partir do que aprendemos sobre as teorias de positivismo kelseniano nesta seção? (Leis que não pegam!)

Como aprendemos, Kelsen entendia a validade das normas desconectadas de sua eficácia social.

Seu esforço em criar uma ciência do direito garantindo que esta existisse de forma independente da sociologia, política, religião, entre outras ciências sociais e humanas que normalmente influenciam a existência do direito, implicava na compreensão de que as normas eram eficazes em razão da conformidade destas com o modelo ideal de normas jurídicas.

Assim, se a norma foi declarada de forma devida, com o regular processo legislativo previsto em lei e é aplicada em conformidade com as previsões legais não existe razão para não obedecê-la.

Lembre-se que o Estado Nazista de Hitler é o maior exemplo da limitação do positivismo kelseniano. Conforme lecionou Hannah Arendt, todo o processo de apreensão, prisão, tortura em campos de concentração, e genocídio foi resultado fiel de leis regularmente declaradas as quais atendiam todos requisitos formais.

Assim, como AGU, se você fosse lançar um parecer fundamentado nas ideias kelsenianas, em face de uma criticada lei que não pegou atacada sob fundamento da validade de leis hobbesiana, você poderia ignorar os elementos materiais da norma e alegar que formalmente a lei atendeu todos os requisitos necessários para a sua existência e validade e, portanto, não existiria motivo consistente para a sua exclusão do ordenamento jurídico sob fundamento da não adesão da sociedade a esta lei.



### Atenção!

Não esqueça que para Hans Kelsen elementos ideológicos não deveriam contaminar o Direito. Ele desconecta a produção normativa de elementos que, como aprendemos na seção anterior, são reconhecidos como justificadores e constitutivos do Direito para Karl Marx, por exemplo. Apesar de sua enorme contribuição em formar uma ciência do Direito, sua percepção reduzida do fenômeno implicou na legitimação de injustiças, as quais, para Kelsen, não eram objeto de observação da ciência do Direito.



### Lembre-se

Hans Kelsen entendia que restringir o Direito a si mesmo, sem intervenção de outras disciplinas externas que o contaminassem, ou seja, mantendo o direito “puro”, o direito tornar-se-ia uma ciência de verdade.

## Avançando na prática

Pratique mais	
<b>Instrução</b>	
Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois as compare com as de seus colegas.	
“Neo contratualistas e Contratualistas nos dias de Hoje”	
1. Competência de Fundamentos de área	Fundamentos das Teorias Neocontratualistas.
2. Objetivos de aprendizagem	Distinguir os fundamentos do contrato para neocontratualistas e contratualistas.
3. Conteúdos relacionados	Teoria Contratualista e Teorias Neocontratualistas.
4. Descrição da SP	Um advogado representante do autor de uma ação apresenta-se e diz que fundamentará sua tese, de esbulho possessório e necessária reintegração de posse, a partir da ideia de que o Estado detém a função de proteger a propriedade e o indivíduo das violências de quem quer tomar a propriedade. Indica que sua afirmação está fundada nas teorias neocontratualistas, que informam fortemente as políticas públicas do Estado Brasileiro nos dias atuais. Pondere, como representante do Estado e assessor do juiz como afastar esta tese do autor da ação. Onde está a falha na afirmação feita por ele?



<p>5. Resolução da SP</p>	<p>O Estado brasileiro é fortemente influenciado pelas teorias neocontratualistas, conforme aprendemos. O Neocontratualismo tem como premissa a crença de que o Contrato Social justifica-se em face da garantia que o Estado oferece da proteção de exercício de direitos fundamentais.</p> <p>Este valor de Direitos Fundamentais justifica a ponderação em face do conflito de Direitos Humanos. Apesar de protegida pela constituição, a propriedade não é mais direito absoluto, e sua proteção é fundamento central do pacto social a partir das teorias de Hobbes, Rousseau e Locke.</p> <p>A função social deve ser observada de forma prioritária e, em havendo exercício indevido do direito da propriedade, não é obrigação do Estado a sua proteção.</p> <p>Assim, por exemplo, em uma situação como a que analisamos, em que o advogado alega dever de observar os fundamentos do contrato social a partir de uma perspectiva contratualista moderna, poderíamos afastar tal tese nos utilizando das teorias neocontratualistas, de prioridade dos direitos fundamentais sociais, quando estes são violados pelo direito de propriedade, reduzindo a natureza absoluta do dever do Estado de protegê-la.</p>
---------------------------	---



### Lembre-se

Uma das poucas similaridades entre contratualistas e neocontratualistas reside na crença do “contrato social” como fundamento da razão de ser do Estado. Contudo, estes pensadores neocontratualistas possuem como razão central da sua teoria o Estado protetor dos direitos fundamentais e sociais do indivíduo.



### Faça você mesmo

Agora que você já foi apresentado ao pensamento destes jusfilósofos contemporâneos que influenciam o Estado brasileiro e outros Estados no mundo, sugiro que pesquise dentre os neocontratualistas que citamos qual influenciou as políticas de redistribuição de renda implementadas pelo Governo brasileiro sob inspiração da ONU e UNESCO.

Posso adiantar que o projeto de lei apresentado por um Senador Brasileiro foi intensamente influenciado pelas ideias deste jusfilósofo, ideias as quais foram declaradas como leis e implementadas na Noruega.

Vamos lá descobrir as teorias da justiça na prática no Brasil e no mundo?

**Faça valer a pena!**

**1.** Qual corrente jusfilosófica e de qual período da história é retomada e aprimorada pela jusfilosofia contemporânea?

- a) Igualitarismo da Idade Moderna.
- b) Teocracia da Idade Média.
- c) Platonismo da Idade Antiga.
- d) Contratualismo da Idade Moderna.
- e) Hedonismo do fim da Idade Antiga.

**2.** A produção teórica de Hannah Arendt foi influenciada por um genocídio que mudou o rumo da história da humanidade e do Direito. Trata-se do:

- a) genocídio negro durante o tráfico transatlântico.
- b) genocídio armênio durante a invasão turca.
- c) genocídio cambojano durante o governo do Khmer Vermelho.
- d) genocídio indígena durante a colonização das América.
- e) genocídio judeu durante o Estado Nazista alemão.

**3.** A não violência de Gandhi que influenciou também Marthin Luther King tem origem no pensamento jusfilosófico, conforme a doutrina dominante deste pensador:

- a) Aristóteles.
- b) Hannah Arendt.
- c) Santo Agostinho.
- d) São Paulo.
- e) Thomas Hobbes.

## Seção 2.4

### A Filosofia do Direito Comparado e Brasil

#### Diálogo aberto

Chegamos à última seção desta unidade e concluímos nesta apresentação nosso primeiro grande tópico sobre o que é a Filosofia do Direito e História da Filosofia do Direito. Você aprendeu quais são as origens da Filosofia pura e da Filosofia do Direito. Conheceu os principais nomes da história desta disciplina, desde o seu momento implícito até o seu momento explícito.

Encerramos nesta seção a apresentação da história da filosofia destacando nomes e teorias de alguns pensadores contemporâneos em diversos países e no Brasil.

Você se recorda que foi convidado a descobrir o que é justiça e justo nos vários momentos da história? Nesta seção, você conhecerá a importância que estes debates tiveram em países da Europa, América Latina e Brasil. Você vai descobrir, por exemplo, que, apesar de ser o país origem do modelo de Estado Moderno, a França não possui significativo destaque na produção de conhecimento sobre Filosofia do Direito.

Aprenderemos que desde a origem dos cursos de direito no Brasil o debate sobre qual o melhor ano do curso de direito para ensinar a filosofia do direito tomou o pensamento de muitos, resultando até mesmo em uma lei que instituiu esta disciplina nos últimos anos do curso nos anos 20 do século passado.

Conheceremos os principais nomes da disciplina Filosofia do Direito no Brasil e aprenderemos sobre a história de Miguel Reale e sua Teoria Tridimensional do Direito, reconhecida internacionalmente e que tornou este Brasileiro referência mundial destacando o nosso país no mapa do pensamento jusfilosófico global.

Seremos então desafiados a justificar a importância de ajuste do sistema jurídico a demanda (um fato) que em face de um novo valor (valor) exige uma nova resposta legal (norma), contudo ainda não concretizada pelo legislativo e exigida assim, no espaço do judiciário.

Você será convidado nesta seção a lançar seu parecer, como Advogado Geral da União, em face da demanda de reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo. A presidência está sendo chamada a manifestar-se em face da ausência de uma norma que garanta tais direitos a esses indivíduos – em ações de mandado de injunção o polo passivo, representado pela presidente da república e pelo congresso, é representado pelos Advogados Gerais da União os quais são responsáveis por

defender o executivo.

Em face do argumento de que não existe lei que reconheça o casamento entre pessoas do mesmo sexo, como a teoria tridimensional do direito irá lhe auxiliar a lançar um parecer que não viole o valor constitucional da dignidade humana?

## Não pode faltar

Contemporaneamente a insuficiência do direito em responder a todos os conflitos sociais, solucionando-os de forma satisfatória e justa, tem exigido dos profissionais do direito que voltem-se todos em direção à filosofia. Após a intervenção kelseniana no direito, transformando-o em ciência, contudo desconectando-o dos objetivos de justiça, Radbruch retoma o relativismo jurídico relegitimando a aproximação intuitiva ao saber jurídico.

Enquanto os juristas contemporâneos buscavam por meio da filosofia o fim da crise contemporânea do direito unificando as formas de pensamento do direito, outros profissionais e pensadores da área encontraram na expansão das fronteiras do direito, ou seja, na análise comparativa dos sistemas jurídicos dos diferentes países, um novo espaço de busca por respostas às mesmas perguntas.



### Exemplificando

Por exemplo, a implementação de políticas de ações afirmativas no Brasil. Para recepcionar tal ideia jusfilosófica foram analisados comparativamente os resultados de tais políticas e os sistemas normativos de países como África do Sul, Índia e Estados Unidos da América do Norte, antes de elaborá-las e implementá-las no Brasil.

## O Direito Comparado

### 2.14 | A justiça no mundo



Fonte: <<http://www.lls.edu/media/loyolalawschool/academics/concentrations/iStock%20int%20law%20map%20%20scales-275x183.jpg>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

Entendido como uma análise comparativa de normas e sistemas jurídicos, o direito comparado busca responder quais são as ideias fundamentais e as finalidades do direito, comparando as bases fundamentais dos diferentes sistemas normativos dos países no mundo.

Para tais análises comparativas é necessário assumir que a experiência jurídica não é somente o estudo do direito nacional, é também participação do jurista na vida de uma comunidade - um existir jusfilosófico. Paulo Dourado de Gusmão (1953) afirma que a Filosofia do Direito se encontra na dependência do resultado das ciências jurídicas, principalmente do Direito Comparado. Reconhecendo ser o direito estritamente relacionado a valores, bem como assumindo que os valores não são universais, mas diferentes conforme a sociedade em que existem, é necessário reconhecer a importância do estudo comparativo do direito para formulação de análises jusfilosóficas mais complexas.

A Filosofia do Direito é, para muitos, uma das mais internacionais disciplinas do Direito. A projeção e evolução desta, conforme aprendemos, não é limitada à realidade brasileira. Em verdade, aprender a história da filosofia do direito, conforme percebemos nas seções da unidade 1 e desta unidade 2, exige que lancemos um olhar atento à história da Europa, Ásia, África e Américas.

Assim, filosofia do direito comparada parece ser uma constante no estudo da filosofia. Na visão da autora deste livro, existe um consenso no sentido da inexistência do "Direito Comparado". Juspesquisadores afirmam que é possível em extremo afirmar a existência de um estudo comparativo de direitos.

Apesar desta leitura, não é possível ignorar que o Direito Comparado é intensamente dependente da Filosofia do Direito pois é esta disciplina que faz o diagnóstico dos valores jurídicos identificando-os em um espaço temporal e territorial. É a Filosofia do Direito que fornece algumas das ferramentas que permitem a comparação de forma não intransigente e absoluta, negadora do reconhecimento de diferentes sistemas somente porque foram fundados em ideologias diferentes da ideologia dominante no nosso país.



### Refleta

Exemplo: pense na pena de apedrejamento por adultério aplicada em alguns países árabes. Em uma cultura como a nossa, aplicar tal pena, intensa, para uma conduta tão rotineira e cotidiana nas sociedades ocidentais latinas seria um convite a não reconhecer tal como elemento de ordem jurídica. Contudo, apesar de absurdo tal valor ser inserido em nossa ordem jurídica, esse valor existe em diferente ordem jurídica dos países árabes, e deve ser observada, e estudada.

## Filosofia do Direito no Mundo

Figura 2.15 | Pensamento Italiano



Fonte: <<http://cpcjalliance.org/wp-content/uploads/2014/09/ItalianLaw.png>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

O pensamento jusfilosófico italiano, mesmo o contemporâneo, conseguiu manter forte vínculo com sua tradição histórica ao mesmo tempo em que buscou renovar-se e enriquecer-se estabelecendo diálogo com novas tradições jusfilosóficas.

Além dos especialistas em filosofia do direito, que reuniram suas ideias em manuais e compêndios a cuidados e profunda formação filosófica dos pensadores do Direito Italiano os levou aos mais diversos temas jurídicos, com uma visão considerada superior em relação às outras análises feitas.

Cretella Junior pauta-se em Del Vecchio como central referência da produção recente desta área do conhecimento naquele país.

Dentre seus pensadores merecem especial atenção Icilio Vanni e Del Vecchio.

Icilio Vanni, nascido na cidade da Umbria, lecionou em Parma, Pavia, Bolonha e Roma. Sua formação era positivista comtiana. Este jusfilósofo italiano tornou-se reconhecido com sua obra referência *A filosofia do direito*.

Giorgio del Vecchio, nascido em Bolonha, lecionou durante toda a sua vida e faleceu na cidade de Roma. Sua obra, *Lições de filosofia do direito*, traduzida para o português nos anos 20 do século passado, é a produção de destaque deste pensador. Seguidor do que ele denominou paralelismo transcendental, del Vecchio entendia os fatos e as normas como manifestações de uma natureza dual e necessária do direito.

Del Vecchio foi discípulo de Vanni, contudo, com o decorrer do tempo afastou-se da posição metodológica empírica de seu mestre assumindo uma leitura neokantiana do fenômeno jurídico. Assim, passou a adotar uma visão tripartida do direito reconhecendo o homem como quem é, conhece e age. Del Vecchio dividiu o direito em três áreas de investigação, lógica, fenomenológica e deontológica.



### Pesquise mais

Um consenso de destaque do pensamento jusfilosófico Italiano, de forte influência no Brasil é o pensador Norberto Bobbio. Ele, desde a sua abordagem científica do Direito, de forte influência kelseniana, procurou observar a norma isoladamente, também. Bobbio em lugar de voltar-se à estrutura da norma voltava-se para quais elementos desta formavam a permissão, a proibição e a obrigação entre as pessoas.

Leia mais sobre Bobbio e seu diálogo com Kelsen: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/resumos/teoria-do-direito/202768-a-cienciado-direito-positivo-bobbio-e-kelsen.>> Acesso em: 23 jun. 2016.

### Hispano Americanos

Na Espanha destacamos Luís Legaz y Lacambra e sua obra *Filosofia do direito*. Hodiernamente podemos mencionar o professor Manuel Atienza Rodriguez, inserido no debate sobre o neoconstitucionalismo e pós-positivismo.. O pensamento crítico de Joaquim Herrera Flores, e suas obras de forte influência marxista, também destacam-se na Espanha e dentre os pensadores do direito crítico no Brasil.

Na América espanofônica destacamos Martim T. Ruiz Moreno e sua obra "Filosofia do direito", Buenos Aires, 1944. *As lições de filosofia do direito* de Juan Manuel Terán, 1954, também merecem menção neste recorte territorial. O juspensador Carlos Cossio e sua obra *La teoria egológica del derecho y el concepto jurídico*, bem como Garcia Maynez com destaque para sua obra *Ensayos filosófico-jurídicos* fazem parte, também, do conjunto de nomes na América espanofônica.

### Portugal

Inicialmente a produção jusfilosófica portuguesa refletia forte influência religiosa de linha escolástica. Foi somente com a reforma Pombalina que a produção de filosofia do direito daquele país passou a ser alinhada com a ideia de jusfilosofia moderna e contemporânea.

Em Portugal, contemporaneamente, a obra *A Filosofia do Direito e do Estado* de Cabral de Moncada, professor da Faculdade de Direito de Coimbra, publicada em 1950, ainda é referência. Vinte anos depois, nos anos 70, foi publicado um segundo volume daquela obra desse professor. O segundo volume era dedicado aos temas especiais da disciplina, assim como o programa de estudo do curso. O extenso conteúdo resultante dos dois tomos explicita porque tal obra é um compêndio de referência da disciplina naquele país.



### Pesquise mais

Nas Américas além da produção Latina que acabamos de conhecer existe também uma ampla produção na América do Norte, com destaque para os pensadores norte-americanos. Aprofunde mais sobre esses pensadores lendo este artigo que apresenta diferentes linhas jusfilosóficas de pensadores norte-americanos. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23551/pensando-a-teoria-da-justica-o-que-ha-de-aproximacoes-entre-as-concepcoes-liberal-libertaria-comunitarista-igualitaria-e-capacitaria>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

### A Alemanha

Figura 2.16 | A Filosofia do Direito na Alemanha



Fonte: <<http://library.siam-legal.com/wp-content/uploads/2015/06/german-law.jpg>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

A Alemanha é um país que se distingue de todos os outros pela quantidade de jusfilósofos nascidos e educados naquele país, bem como pela profundidade da produção destes.

Destaque para a produção de Stammler que, diferente de Del Vecchio, em lugar de divisão tripartite identificou cinco elementos constituintes da Filosofia do Direito, a saber:

- 1- Estudo do conceito de Direito
- 2- Estudo da ideia do Direito e do problema da justiça
- 3- Origem do direito
- 4- Estudo da técnica jurídica
- 5- Estudo da prática do Direito.



Miguel Reale destaca que não existe real diferença entre a classificação feita pelo mestre italiano e o mestre alemão, existindo apenas alteração na prévia colocação dos problemas éticos e gnoseológicos.

Outro jusfilósofo contemporâneo de destaque naquele país foi o professor Gustavo Radbruch, professor na faculdade de Heidelberg, autor do *Compêndio de filosofia do direito*. Emil Lask e Hans Kelsen também compõem o grupo de jusfilósofos germânicos que produziram obras de relevo destacando-se em seus países e no mundo.



### Assimile

Os pensadores germânicos possuem forte influência no pensamento jusfilosófico de modelo *civil law*. Um exemplo é o intenso diálogo cultural permanente entre Brasil e Alemanha o qual reflete-se em votos de diversos ministros do STF. Heidelberg Hadbrich e Kelsen e suas produções teóricas ainda apresentam-se como o ponto inicial de diversos debates sobre a ciência e cientificidade do direito.

## A França

Figura 2.17 | A justiça na França



Fonte: <[http://800jourspourconvaincre.fr/wp-content/uploads/2015/11/Fotolia\\_85995869\\_XS-300x204.jpg](http://800jourspourconvaincre.fr/wp-content/uploads/2015/11/Fotolia_85995869_XS-300x204.jpg)>. Acesso em: 20 jan. 2016.

Na França, a análise do fenômeno jurídico exclusivamente é escassa e rara. Diferente do Brasil, Espanha, Alemanha, Portugal, EUA, na França, apesar da Revolução Francesa e seus fortes reflexos na concepção de Estado no mundo e no direito, pouco foi e ainda é o debate que permitira a produção de saber sobre as razões de ser do Direito.

É possível identificar alguns poucos autores de obras da Filosofia do Direito na França, a exemplo de Paul Roubier, Michel Villey, Jean Louis Eugène Lerminier e Gerges Renard, contudo, nada de muito significativo foi criado no pensamento jurídico, que permitisse influenciar o mundo, moderna contemporaneamente. Contudo, é importante manter em mente que a produção juspolítica e de filosofia política francesa dialogou intensamente com a jusfilosofia e teorias de justiça, com destaque para valores de justiça social, no mundo.

### A Filosofia do Direito no Brasil

Figura 2.18 | A Filosofia do Direito no Brasil



Fonte: <[https://t2.ftcdn.net/jpg/00/84/31/39/240\\_F\\_84313915\\_sP8FkCYYKQSk0bR6d9cT0GpzMmDXON76.jpg](https://t2.ftcdn.net/jpg/00/84/31/39/240_F_84313915_sP8FkCYYKQSk0bR6d9cT0GpzMmDXON76.jpg)>. Acesso em: 20 jan. 2016.

No Brasil, a primeira referência formal da Disciplina é Silvio Romero e sua obra *Ensaios de Filosofia do Direito*. Disciplina sempre presente nos cursos de direito foi transferida por decreto de 1925 para o último ano do curso em face da sua função de maior aprofundamento à ciência do direito, sendo assim necessário que os alunos tivessem já as noções básicas da ciência do Direito antes de pensar criticamente o curso por meio desta disciplina (artigo 57 do Decreto 16.782 – A de 13/01/1925).

Em 1903 João Mendes publicou seu *Ensaio de Filosofia do Direito* em dois volumes. Em 1912 Pedro Lessa edita seu *Estudos de Filosofia do Direito*. Em 1950 Paulo Dourado de Gusmão Publica seu *Curso de Filosofia do Direito*. A *Enciclopédia jurídica*, do jusfilósofo brasileiro Clovis Beviláqua, foi sugerida como obra obrigatória durante a reorganização do curso de direito na primeira década do século XX.

Apesar destes nomes de destaque, coube a Miguel Reale a mais completa e sistemática obra sobre o tema no Brasil e a tese que o levaria ao reconhecimento internacional na disciplina.

## Miguel Reale e sua Filosofia do Direito

Figura 2.19 | Professor Miguel Reale



Fonte: <<http://www.miguelreale.com.br/img/foto.jpg>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

Nascido em 06 de novembro de 1910 em São Paulo. Em 1940 torna-se professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo com a tese *Fundamentos do Direito*. A obra alinha o professor Reale ao culturalismo jurídico. Esta forma de análise, de acordo com o professor Reale, seria a única que permitiria estudo de todo o fenômeno jurídico de forma integral e ampla.

Lembre-se: o culturalismo não prioriza nem o fato nem a norma, mas valoriza ambos os elementos do fenômeno jurídico. Essa é a percepção "bidimensional" do direito.

Ao não admitir a separação dos três elementos presentes no fenômeno jurídico, fato, valor e norma, destacou a dimensão tridimensional da experiência jurídica. A teoria tridimensional do direito está inserida num processo essencialmente dialético, onde as regras jurídicas são compostas do material vivo da história, pois a realidade cultural e histórica de uma sociedade é resultado das experiências do homem no meio em que vive.

Miguel Reale sustentou um tipo de jusnaturalismo que chamou de **realismo cultural**.



### Assimile

O "realismo cultural" constitui ao mesmo tempo a crítica e a vitória sobre o positivismo jurídico. Reale combate a visão unilateral dos juristas sociológicos quanto aos fatos bem como a visão unilateral dos juristas formais e técnicos quanto às normas.

Fonte: CORREA, Alexandre Augusto de Castro. Estudos de filosofia do direito latino-americana nos Estados Unidos. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 48, p. 97-105, 1952.

Para este professor, o direito possui uma base social, os valores de uma cultura e as normas que possuem, em regra, sua origem na urgência da necessidade de segurança. Assim, o direito é uma síntese do “ser” e do “dever ser”.

Sua obra *Filosofia do direito* foi inicialmente publicada em três volumes, com seis tomos:

Volume primeiro:

- 1- Propedêutica filosófica
- 2- Ontognoseologia jurídica

Volume segundo

- 1- Epistemologia jurídica
- 2- Deontologia jurídica
- 3- Culturologia jurídica

Volume Terceiro

Tomo único: História das doutrinas filosófico-jurídicas

No Brasil, Miguel Reale, Alair Caffé, Roberto Lyra Filho, Antonio Luis Machado, Tercio Ferraz Sampaio, Celso Laffer, Eduardo Bittar, Fábio Konder Comparato, Godofredo Telles Junior, Franco Montoro, Rui Barbosa, Pontes de Miranda e muitos outros pensaram as instituições do direito brasileiro.

Laffer, com sua *expertise* em direitos fundamentais Comparato; Alysson Mascaro e sua proposta existencialista marxista; Tercio e suas obras aprofundadas sobre a natureza científica do Direito e Comparato e sua produção de conhecimento jurídico tanto na ciência do Direito Comercial, bem como na disciplina de direitos humanos, são professores de destaque e cuja leitura é obrigatória para o devido conhecimento da disciplina do Direito no Brasil.



### Faça você mesmo

Pesquise mais sobre a produção da Filosofia do Direito no Brasil e como esta disciplina é importante para formação do profissional do direito, do qual o Brasil mais precisa nos dias atuais. Leia, também, esta importante entrevista sobre o ensino e aprendizado da filosofia do direito na atualidade no Brasil. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/filosofia-do-direito/7134>> Acesso em: 23 jun. 2016.

## Sem medo de errar

Conforme afirmamos anteriormente, você foi convidado a lançar seu parecer, como advogado geral da união, em face da demanda de reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo. A presidência está sendo chamada a manifestar-se em face da ausência de uma norma que garanta tais direitos a esses indivíduos – em ações de mandado de injunção o polo passivo, representado pela presidente da república e pelo congresso é representado pelos Advogados Gerais da União os quais são responsáveis por defender o executivo.

Em face do argumento de que não existe lei que reconheça o casamento entre pessoas do mesmo sexo, como a teoria tridimensional do Direito irá lhe auxiliar a lançar um parecer que não viole o valor constitucional da dignidade humana?

A teoria tridimensional do direito de Miguel Reale, ao analisar a experiência jurídica, declara como objetivo desta disciplina e sistema atualizar os valores, elemento intrinsecamente constituinte do direito – fato, valor e norma.

A análise da experiência jurídica deve ser realizada de forma a aperfeiçoar o ordenamento jurídico para adequá-los às novas exigências da sociedade.



### Atenção!

Para Reale, a ordem jurídica apenas alcança seus objetivos quando traz soluções práticas para o cotidiano do indivíduo.

Assim, em face de um fato, casamento de fato entre pessoas do mesmo sexo, e de um novo valor social, reconhecimento e aceitação da sociedade de que tais parcerias devem ter garantidos os mesmos direitos que os casais heterossexuais possuem, o seu parecer será lançado no sentido de provocar o juiz a proteger a dignidade humana dessas pessoas, declarando ajuste normativo necessário e inexistente de forma a garantir o exercício digno de convivência e formação de família, incluindo a proteção de direitos patrimoniais.

Quando o valor social que justificou a origem de uma norma se modifica, a exemplo da compreensão do que é uma família, existem razões jurídicas para deixar de aplicar uma norma como foi estabelecida e deve-se aplicá-la de outra maneira, conforme o valor social atual em face do fato, sempre em busca do bem comum, ou seja, a proteção da dignidade humana.

Isso significa que, o direito a ser declarado, deve ser a consequência de uma interação, da dialética entre o fato realidade em que existem parcerias entre pessoas do mesmo sexo com o fim de constituir família) e o valor (valoração da dignidade e proibição de discriminações homofóbicas por parte dos indivíduos e das instituições) na busca de soluções racionais para os conflitos.



### Lembre-se

A teoria tridimensional do direito está inserida num processo essencialmente dialético, onde as regras jurídicas são compostas do material vivo da história, pois a realidade cultural e histórica de uma sociedade é resultado das experiências do homem no meio em que vive.

## Avançando na prática

Pratique mais	
<b>Instrução</b>	
Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois as compare com as de seus colegas.	
"A Teoria Tridimensional do Direito"	
<b>1. Competência de Fundamentos de área</b>	Instrumentalização de conceitos da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale.
<b>2. Objetivos de aprendizagem</b>	Reconhecer a intersecção entre as três categorias da teoria tridimensional e a influência recíproca, dialética, entre as categorias fato, valor e norma.
<b>3. Conteúdos relacionados</b>	Filosofia do direito no Brasil – Miguel Reale – Teoria Tridimensional do direito.
<b>4. Descrição da SP</b>	Em sua atuação como advogado o representante legal da parte contrária lança a assertiva "contra fatos não existem argumentos" para formar a convicção do juiz no sentido de negar o pleito de seu cliente. Como a teoria tridimensional do direito relativiza e mitiga esta afirmação cotidiana no espaço de atuação do profissional do direito? Você, atuando como procurador do autor da ação, convenceria de que forma o juiz, orientado pela teoria de Miguel Reale, a não aceitar acriticamente esta afirmação?
<b>5. Resolução da SP</b>	Para solucionar esta situação você deve recordar-se que para a teoria tridimensional do direito todo fato recebe uma valoração quando de sua observação e descrição. Em verdade é esta valoração humana que permite que tal fato seja normatizado.

	<p>Então, os fatos descritos por uma pessoa, podem muito bem ser questionados em face da interpretação e valoração com a qual são carregados ao serem apresentados ao julgador. A afirmação nega a natureza complexa do fenômeno jurídico tentando afirmar que não existe valoração nas descrições dos fatos, o que é impossível, em face da leitura tridimensional do direito.</p>
--	---



### Lembre-se

Para Miguel Reale, o responsável pela observação de um fenômeno jurídico não pode ignorar que o fato social descrito recebe inevitavelmente uma carga de valoração social durante a sua descrição. Ao inserir o fato em relação dialética com o valor e a norma a teoria tridimensional retira o absolutismo da afirmação feita pelo representante legal ao juiz da causa.

### Faça valer a pena!

1. O que caracteriza metodologicamente o direito comparado?
  - a) Método de comparação das bases fundamentais dos diferentes sistemas jurídicos.
  - b) Método de comparação das leis de diferentes países.
  - c) Método de revisão de sistemas jurídicos de um país a partir do sistema de outro país.
  - d) Método de ensino de direito criticado por ser desconectado da realidade prática.
  - e) Método de comparação de elementos superficiais dos diferentes sistemas jurídicos.

**2.** É possível notar um retorno contemporâneo à filosofia do direito por parte dos profissionais da área jurídica. Isso tem ocorrido por que:

- a) as leis têm se mostrado insuficientes para responder a todos os conflitos sociais.
- b) a insuficiência do direito em responder a todos os conflitos sociais, solucionando-os de forma satisfatória e justa.
- c) a jurisprudência nacional não tem conseguido ser satisfatória e justa na resposta aos conflitos jurídicos ideológicos.
- d) o ensino jurídico tem se desconectado da realidade prática e voltando-se mais para as ideias e valores do sistema jurídico.
- e) O retorno à filosofia do direito expressa uma tendência nacional de recuperação dos valores do início do século XX, no país.

**3.** A jusfilosofia italiana influenciou intensamente pensadores brasileiros, a exemplo de Cretella Junior. O pensador Italiano que podemos referenciar como forte influência na obra deste jusfilósofo brasileiro e o mentor do jusfilósofo Italiano são:

- a) Hobbes e Rousseau.
- b) Vanni e Del Vecchio.
- c) Del Vecchio e Vanni.
- d) Reale e Vanni.
- e) Del Vecchio e Stammler.



# Referências

- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CHAUÍ, Marilena. **Convite a filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de filosofia do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. Filosofia do direito e direito comparado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 146, p. 33-36, mar./abr. 1953.
- HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Disponível em: <[http://www.afoiceeomartelo.com.br/posfsa/Autores/Hegel,%20Friedrich/Princ%C3%ADpios\\_da\\_Filosofia\\_do\\_Direito.pdf](http://www.afoiceeomartelo.com.br/posfsa/Autores/Hegel,%20Friedrich/Princ%C3%ADpios_da_Filosofia_do_Direito.pdf)> Acesso em: 23 jun. 2016.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- HOFFMANN, Gustavo Knaesel. A ciência do direito positivo - Bobbio e Kelsen. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis, out. 2011. Disponível em: [www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/resumos/teoria-do-direito/202768](http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/resumos/teoria-do-direito/202768). Acesso em: 13 Jan. 2016
- MAGALHAES, Eli. A superação da dicotomia “dever ser e ser” como Tema da Pesquisa Filosófica do Marxismo sobre o Direito. **Revista Crítica do Direito**, v. 14, n. 1, São Paulo, 2011.
- MASCARO, Alysson Leandro Barbate. **Filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. Paris: Les Éditions Nagel, 1970.
- VITA, Álvaro de. Justiça distributiva: a crítica de Sen a Rawls. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 3, p. 471-496, 1999.
- VITA, Álvaro de. Uma concepção liberal-igualitária de justiça distributiva. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 14, n. 39, fev. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1721.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2013.



# FILOSOFIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

## Convite ao estudo

Prezado aluno,

Estamos na metade do nosso trajeto de formação e compreensão dos conceitos e categorias da disciplina Filosofia do Direito.

As unidades 1 e 2 nos permitiram aprender e conhecer o que é a Filosofia (também denominada por nós como Filosofia Pura), quais eram os métodos da Filosofia do Direito, bem como quais são as disciplinas que formam esta área do conhecimento no Direito. Por fim, aprendemos a história da Filosofia do Direito e os nomes que se destacaram em cada momento da evolução da humanidade e desta disciplina. Tivemos uma noção das teorias elaboradas pelos jusfilósofos e do impacto do pensamento deles nos dias atuais. Aprendemos também um pouco sobre a produção jusfilosófica geograficamente distribuída, e não cronologicamente distribuída, inclusive conhecendo quais são e foram os nomes mais importantes em cada país, incluindo o Brasil.

Nesta unidade, que em conjunto com a quarta e última unidade formará a segunda parte do curso, conheceremos os “tópicos conceituais” ou de “categorias analíticas da Filosofia do Direito”. Aprofundaremos nosso conhecimento sobre as principais categorias filosóficas no direito: a Política, a Moral, o Poder e a Justiça. Como estes elementos influenciam o funcionamento do judiciário contemporâneo? Conheceremos a resposta desta pergunta instrumentalizando as categorias ou tópicos, enquanto solucionamos os conflitos jurídicos que nos serão apresentados.

Você vai identificar as fronteiras entre normas jurídicas e normas morais. Vai observar como a política influencia algumas decisões judiciais e como o judiciário em sua prática de controle de constitucionalidade e de julgamento de improbidades administrativas, por exemplo, busca definir limites aos diversos exercícios de poder. Você vai perceber como o direito também é instrumentalizado como ferramenta política, principalmente

nos momentos em que o executivo, o legislativo e o judiciário exercem seus deveres de “*check and balances*”, ou “freios e contrapesos”, que você aprendeu em Direito Constitucional. Por fim, retomaremos na última seção a categoria justiça, presente durante todas as análises das seções anteriores, em que conhecemos os pensadores e suas teorias jusfilosóficas.

Todas as categorias que serão estudadas nesta unidade terão papel relevante em sua atuação como um advogado recém-formado. Você, já formado em Direito e aprovado na OAB, abriu o seu escritório, montado em uma sala modesta na sua casa. Como um profissional que está iniciando sua carreira, não poderá ainda escolher sua especialidade, e por isso todo tipo de conflito da sua cidade tem sido apresentado ao seu escritório. Mantenha em mente que seus concidadãos não conseguem distinguir conceitos jurídicos de problemas políticos, morais, éticos etc.

Você será chamado em certos momentos a atuar como um consultor, apenas orientando seus clientes, e, em outras ocasiões, atuará como um mediador conciliador, e não como um advogado litigando em tribunais.

## Seção 3.1

### Direito e moral

#### Diálogo aberto

A vida de recém-formado em direito é cheia de desafios. Em regra, para prestar diversos concursos é exigida a “prática profissional” de no mínimo três anos em cargos exclusivos de Bacharel em Direito. Enquanto muitos prestam seus concursos, assumem cargos em comissão ou encaminham-se para a pós-graduação, comprometendo-se com uma provável futura carreira acadêmica, você decidiu abrir um escritório de advocacia em uma sala da sua casa.

Os desafios do trabalho de empreendedor se confundem com as diversas novidades da vida profissional. Você pode ter um mentor (um advogado mais velho que aceita te ajudar aconselhando você nas situações mais desafiadoras), mas muitos dos casos trazidos pelas pessoas exigem resposta a partir de pesquisas e análises críticas, as quais você precisará fazer sozinho.

Ao atender em seu escritório de advocacia um possível novo cliente que tem o hábito de jogar na mega-sena e jogo do bicho, você será apresentado a um conflito entre o Direito e a Moral. Acontece que o bicheiro responsável pela banca em que seu cliente faz apostas não pagou o valor da última aposta, que seu cliente acertou: “...deu burro na cabeça, doutor!!!”.

Você perceberá que nem todos os conflitos sociais, apesar de aparentemente violarem regras, são passíveis de judicialização. Isso porque algumas normas generalizadas e amplamente obedecidas e aceitas não passam de normas morais, sem o poder de exigibilidade e sanção conferido às normas legais positivadas e reconhecidas pelo judiciário. Assim, os conflitos resultantes do desrespeito a estas normas não podem ser levados à apreciação do juiz, o que não impede que uma consultoria jurídica oriente o cliente a valer-se de outros mecanismos de coerção moral para ter seu direito reconhecido.

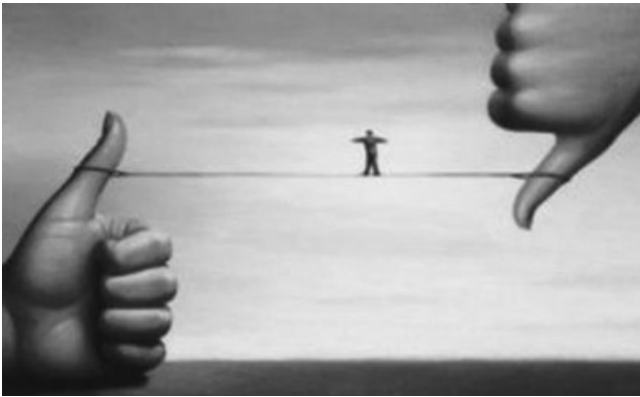
Nos valendo do que aprendemos até agora sobre a história da filosofia do direito, vamos instrumentalizar as categorias ou tópicos conceituais para aprendermos, cada vez mais, como esta disciplina é importante para a vida profissional de um operador do direito.

Vamos lá?

## Não pode faltar

Conforme aprendemos nas unidades anteriores sobre a história da Filosofia, alguns jusfilósofos introduziram a noção de direito natural correspondente ao “ser” e de direito positivo (leis e normas) correspondente ao “dever ser”. Aquele seria o chamado direito preposto, enquanto este seria o direito posto.

Figura 3.1 | Tensão forças



Fonte: <<http://www.diegolopes.com.br/wp-content/uploads/cultura-ireito-etica-moral-393x240.jpg>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

O que podemos observar neste início de aprendizagem é que tanto as regras jurídicas como as regras do direito natural ditam comportamentos, ou seja, os fundamentos das regras de convívio em sociedade variam no tempo e no espaço. Os comportamentos das pessoas são ditados pelas regras da religião,

da política, do mercado de trabalho, da família, enfim, por vários fatores, sem que essas regras sejam normas jurídicas. É por determinarem comportamentos que podemos apontar as normas morais como componentes do conjunto de regras que regula a sociedade.



### Refleta

Pense nas situações em que você muda seu comportamento por medo de uma repressão que não é uma repressão legal. Cumprimos as normas morais porque elas trazem uma carga imperativa e possibilidades de repreensões sociais – amigos que se afastam, relacionamentos que terminam, críticas de pessoas cuja opinião nos é importante –, as quais são impostas pela própria sociedade.

Ao diferenciar as leis físicas das leis humanas, o ex-governador do Estado de São Paulo e juspensador brasileiro Franco Montoro (1997) afirmava que as leis éticas ou morais diziam respeito ao campo da atividade humana, no qual surge uma característica diferente, representada pela consciência e pela liberdade.

Ao discorrer sobre os aspectos fundantes das normas, Montoro fazia a seguinte distinção:

Figura 3.2 | Intervenção de terceiros



Fonte: A autora.

A moral, por exemplo, pode ser constitutiva de um grupo de valores predominantes para um grupo de pessoas dentro da sociedade. Está presente quando se fala em moral dos justos, moral dos vencedores, moral existente dentro do sistema penitenciário etc. A norma jurídica, portanto, é apenas mais uma das possíveis formas de constituição de regramento do direito. O Direito pode ser estudado de forma autônoma, mas não pode ser analisado sem levar em consideração todas as experiências que o constituem. O direito se apropria das experiências constituídas na sociedade, seja do campo religioso, político, ideológico ou de grupos específicos. A partir do momento em que tais experiências ingressam no ordenamento como normas jurídicas, passam a ter a força vinculante para se tornar direitos a serem exigidos.



### Exemplificando

Em uma sociedade hipócrita em valores, há também uma moral hipócrita protegida pelo Direito. Por sua vez, uma sociedade madura politicamente, livre e democrática tende a ter uma moral elevada e protegida por um Direito de mesma eficácia de valores. Assim, os indivíduos e a sociedade abastecem o Direito.

Os indivíduos abastecem o direito por meio de conceitos e padrões éticos. A sociedade produz padrões e conceitos morais que são introduzidos na consciência dos indivíduos através de tradições, mitos, costumes, pressões sociais e diversas formas de comunicação. São os valores sociais e jurídicos, colocados em situação de equilíbrio de forças, que fazem nascer e sustentam o Direito.

A relação entre a moral e o Direito é intensa. O Direito, como produto cultural que é, não se restringe a um conjunto de normas ou a uma sucessão de fatos sociais, mas integra-se de valores e juízos que buscam produzir um Direito Justo e que corresponda aos princípios do Direito Natural. Ao buscar esse Direito Justo, há uma sintonia entre a ordem moral e a ordem jurídica. É por isso que a moral fornece embasamento para a formação do Direito Positivo, até porque a noção de justiça está inserida no contexto de categorias morais, conforme aprenderemos na seção sobre Direito e Justiça.

Sedimentado assim nosso entendimento de que a norma jurídica é compreendida como oriunda de um Direito Positivo, regra do “dever ser”, observemos agora as semelhanças, as diferenças e as principais características da moral e do Direito.

### Direito e moral: semelhanças, diferenças e características

Já conseguimos visualizar algumas semelhanças entre a moral e o Direito. Ambos são fundamentos para o nosso comportamento em sociedade, sendo certo que tanto as normas jurídicas como as normas morais exigem que esse comportamento seja regulado pelo ordenamento jurídico e pela própria sociedade. Trata-se de uma forma de estabelecer padrões de convivência que gerem equilíbrio nas relações sociais. Da mesma forma que existem pontos coincidentes entre ambos, há diferenças notáveis entre as normas de ordem moral e as normas jurídicas.

A experiência moral e a norma moral são anteriores às regras jurídicas do Direito. É possível afirmar também que a norma moral deve ser cumprida, mas ela não se traduz em força *cogente* por não dispor do poder punitivo de uma autoridade para fazer valer seus mandamentos, ao contrário das sanções previstas nas normas



jurídicas. No caso das normas morais, a sanção seria a própria consciência do indivíduo, a rejeição social, a vergonha etc. Além disso, a norma moral não é sancionada e nem promulgada.



### Vocabulário

**Sancionar:** o Poder Executivo concorda com o projeto de lei.

**Promulgar:** o Poder Executivo ordena a publicação de uma lei.

Os conceitos de Direito Constitucional e Processo Legislativo não são sinônimos, mas sim complementares, pois estes aspectos são características das normas jurídicas, inclusive com procedimentos para que lhes seja dada publicidade.

Há que se observar a questão da segurança jurídica para o Direito, o qual é composto de necessidades internas que o tornam bastante peculiar, como a identificação de autoridades, competências, discriminação taxativa de fatos, crimes, direitos e outros que não fazem parte da contextualização das normas morais. Porém, nada disso impede afirmar que o Direito caminha de acordo com os ditames morais de determinada sociedade.

Mesmo que o Direito previsto em determinado ordenamento seja imoral, ele pode ser realizado porque traz em si a ideia de validade jurídica, ainda que ele não seja o mais desejado pela sociedade (nós já discutimos isso na seção que tratou da forma positivista de aproximação do Direito). Alguns acreditam, contudo, que quando o Direito for moral ele se encontrará em consonância com o sentimento social, obterá reforço para sua durabilidade e será obedecido.

Figura 3.3 | Direito e Moral



Fonte: <<http://www.revolucionandoando.com/2013/07/etica-y-politica.html>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

De fato, quem descumprir uma regra moral estará submetido ao **remorso**, à **vergonha** ou coisa do tipo, mas diferentemente das normas jurídicas, não há um preceito secundário (pena) definido. Na verdade, mesmo as regras imorais podem ser aplicadas, ainda que contrárias à vontade da maioria da população. Se as normas ilegais podem ser aplicadas enquanto o seu vício não for sanado, mais ainda o podem as regras imorais.

É correto afirmar que são morais as normas com sanção puramente interior. A única consequência desagradável da violação de uma norma moral seria o sentimento de

culpa, um estado de incômodo, de perturbação, e às vezes a angustia, o remorso ou o arrependimento, somente.



### Vocabulário

**Sanção:** por sanção entende-se sempre uma consequência desagradável da violação, cujo fim é prevenir a violação ou, no caso em que a violação seja verificada, eliminar as consequências nocivas.

Entendemos oportuno falar da questão do nascimento e da extinção de uma norma jurídica e de uma norma moral. Aquela deve preencher todo o procedimento previsto na própria legislação, como quórum de aprovação, autoridade competente, conteúdo etc. Uma norma jurídica só se extinguirá quando for revogada por outra norma. Por sua vez, uma norma moral não tem procedimento específico para ser criada e muito menos para ser extinta, fazendo parte do próprio desenvolvimento histórico-cultural da sociedade. Desta maneira, nasce e se extingue naturalmente.

Ainda sobre a questão das sanções em suas diversas formas, é interessante mencionar uma classificação clássica bastante abordada pelos doutrinadores. Por ela, as normas positivas apresentam-se da seguinte maneira: 1) normas perfeitas; 2) normas mais que perfeitas; 3) normas menos que perfeitas; 4) normas imperfeitas.



### Pesquise mais

Leia mais sobre esta classificação no livro de André Montoro.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito:** justiça, lei, faculdade, fato social e ciência. 24. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 343.

A moralidade é desejada pela sociedade, pelo Estado e pela consciência; em contrapartida, o Direito é heterônomo, bilateral e coercitivo. As obrigações jurídicas formulam-se da comunidade para o indivíduo, e não o contrário. O direito é bilateral porque as relações jurídicas pressupõem interação entre os sujeitos, sejam dois ou mais. A coercibilidade consiste na força que as normas jurídicas possuem para se fazer cumprir, sob pena de aplicação da sanção.

Enquanto o Direito tem por objeto as relações entre pessoas, a moral recai sobre o homem enquanto indivíduo. A moral é unilateral porque ela paira sobre a intencionalidade do indivíduo em agir. Trata-se de uma conduta que parte de seu interior, é espontânea e não tem a característica da coercibilidade trazida pelas normas jurídicas.

## 3.4 | Direito subjetivo e objetivo



Fonte: A autora.

Apesar disso, o Direito está intimamente ligado à moral, e um não pode ser analisado em separado do outro na Filosofia do Direito. Esse é o entendimento do professor Miguel Reale (1994, p. 118) em seu estudo sobre o

“Tridimensionalismo do Direito”, quando afirma que o Direito é fato, valor e norma, conforme aprendemos na seção 2.4.

Assim, conforme ensinou o professor Miguel Reale, o direito não se reduz ao aspecto normativo, nem aos fatos ou valores sociais de maneira restrita, mas deve ser estudado dentro das três dimensões (fato, valor e norma) que interagem entre si de forma dialética. Isso é que torna o Direito um verdadeiro processo histórico-cultural.



### Faça você mesmo

O incesto não é um crime, mas é compreendido como algo moralmente condenável. A conduta de aproximação romântico-afetiva de pessoas com parentesco de primeiro e segundo grau sofre do não reconhecimento por parte do Estado, o que podemos compreender como uma sanção moral. Pesquise no Código Civil esta previsão legal que nega reconhecimento ao casamento entre parentes e reflita de modo mais profundo sobre as origens morais (religiosas, talvez até bíblicas) desta norma.

A relação entre o Direito e a moral remonta a tempos longínquos do ponto de vista histórico, pois eram indistintas nas comunidades primitivas as práticas jurídicas, religiosas e morais.

Do exposto, percebemos que há um forte vínculo do Direito com a moral, porque esta última fomenta as regras jurídicas e a nossa forma de convívio em sociedade. Essa relação não deriva da contemporaneidade, mas, pelo contrário, já se fazia presente em períodos passados, principalmente nas civilizações em que esses aspectos eram tratados de forma única e a violação de uma regra moral também acarretava severas sanções.



### Assimile

O Direito e a moral são regramentos diferentes, mas também apresentam semelhanças e possuem vínculo de dependência um com o outro. A moral existente na sociedade fornece subsídios para o abastecimento do Direito, e assim também o faz com a ética. A prática de regras imorais certamente leva ao distanciamento do que se entende por Direito. Fica claro que o Direito se abriga no foro externo encontrando base naquilo que é lícito. A moral abriga-se no foro interno e encontra base naquilo que é honesto. Em que pese existirem normas permissivas e explicativas, o Direito apresenta a característica da coercibilidade enquanto a moral carece desta aplicação.

### Sem medo de errar

Retomemos a situação-problema desta seção, na qual você atende em seu escritório de advocacia um possível novo cliente que tem o hábito de jogar na mega-sena e jogo do bicho. Acontece que o bicheiro responsável pela banca em que seu cliente faz apostas não pagou o valor da última aposta, que seu cliente acertou: "...deu burro na cabeça, doutor!!!". Como você lidaria com esta situação? Aceitaria o caso e entraria com uma ação de cobrança, ou não?



### Atenção!

A previsão do Código Civil, norma positiva, quanto aos jogos de azar e à cobrança das dívidas geradas por tais "contratos" é a seguinte:

"Art. 814. As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito.

§ 1º Estende-se esta disposição a qualquer contrato que encubra ou envolva reconhecimento, novação ou fiança de dívida de jogo; mas a nulidade resultante não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé.

§ 2º O preceito contido neste artigo tem aplicação, ainda que se trate de jogo não proibido, só se excetuando os jogos e apostas legalmente permitidos.

§ 3º Excetuam-se, igualmente, os prêmios oferecidos ou prometidos para o vencedor em competição de natureza esportiva, intelectual ou artística, desde que os interessados se submetam às prescrições legais e regulamentares".

Em se tratando de jogo lícito e regulamentado pela lei Zico nº 8.672/1993 – turfe, loteria federal, bingo –, a obrigação seria de natureza civil e poderia, portanto, ser exigida no judiciário.

Acontece que a dívida de jogo do bicho é uma obrigação puramente moral, não exigível juridicamente. Se alguém não pagar seu bicheiro, ele não pode exigir judicialmente o pagamento da dívida, de modo que tal pedido é chamado de pedido impossível.



### Lembre-se

Algumas normas morais influenciam a declaração de normas positivadas. Contudo, nem toda a imoralidade é tutelada pelo judiciário, e nem toda a conduta que aparenta ser legal (como apostas e jogos de azar) é permitida legalmente, a exemplo do jogo do bicho.

Contudo, trata-se de uma obrigação moral. Nada impede que seu cliente possa se valer de mecanismos morais para pressionar o pagamento. Por exemplo, seu cliente pode divulgar amplamente a conduta do dono da banca de jogo do bicho, “prejudicando sua reputação” e eventualmente reduzindo o número de pessoas que apostariam com ele, levando-o a cumprir suas obrigações assumidas.

Esta é uma possibilidade de instrumentalização de normas e mecanismos de sanções morais, acerca dos quais você pode orientar seu cliente em uma “consulta” devidamente paga.

## Avançando na prática

Pratique mais!	
<b>Instrução</b>	
Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois compare-as com as de seus colegas.	
“Fronteiras entre a moral e a norma”	
<b>1. Competência de fundamentos de área</b>	Identificar categorias normativas e morais, distinguindo-as.
<b>2. Objetivos de aprendizagem</b>	Identificar como a moral influencia a declaração e interpretação de algumas normas.
<b>3. Conteúdos relacionados</b>	O que é moral – qual a diferença entre moral e norma – e como a moral influencia a norma.

(continua)

4. Descrição da SP	<p>Você é o juiz em um caso que intersecciona moral e norma. Um casal se apresenta solicitando autorização judicial para se casar. Apesar de proibido o casamento entre parentes de segundo grau (irmãos), o casal alega que são irmãos adotivos, e, portanto, não são irmãos sanguíneos, o que permitiria o casamento. Ambos afirmam que o fundamento da norma tem por objetivo proibir o casamento de irmãos biológicos, somente. Como você julgaria este caso, valendo-se dos conceitos aprendidos que diferenciam norma de moral?</p>
5. Resolução da SP:	<p>O fundamento da norma do CC/02, que proíbe o casamento entre irmãos, não é somente biológico-científico de saúde pública – impedir o nascimento de crianças com doenças genéticas. Existe um fundamento moral em tal norma, o que torna o argumento destes irmãos infundado e impossível de ser acolhido.</p> <p>Concepções com origens na religião e normas sociais históricas reprovam o envolvimento romântico-afetivo entre parentes de primeiro e segundo graus. É por esse motivo que sua decisão, seguindo até mesmo o entendimento jurisprudencial construído no país, será no sentido de não autorizar ou reconhecer o casamento entre irmãos adotivos, pois, mesmo em face da ausência de riscos de saúde pública (nascimento de crianças com doenças genéticas e deformidades), a construção moral da sociedade brasileira recrimina o casamento entre irmãos também em um aspecto moral.</p>



### Lembre-se

Muitos valores morais informam as normas legais que possuímos em nosso sistema legislativo. Nem sempre o bem moral que se busca resguardar é explicitamente declarado na norma positivada, o que não implica, necessariamente, a ausência de interesse da norma em proteger aquele bem que, implicitamente, justifica a declaração.



### Faça você mesmo

Pesquise decisões jurisprudenciais neste sentido. O Direito de família é um espaço amplo de desafios morais e legais. A moral não reconhecia até pouco tempo atrás o casamento homoafetivo e nem a capacidade plena da mulher casada, e expressava-se em negativa de direitos por meio de normas expressas ou pela ausência de normas expressas. Busque conhecer e levantar mais situações relacionadas a estes conflitos postos ao judiciário que apresentam a nova moral e a necessidade (ou não) de ajuste do judiciário às novas demandas.

### Faça valer a pena!

**1.** Como aprendemos na unidade anterior de história da Filosofia, alguns jusfilósofos introduziram a noção de direito natural correspondente ao “ser” e direito positivo (leis e normas) correspondente ao “dever ser”. Aquele seria o chamado direito preposto, enquanto este seria o direito posto.

Sobre as regras do Direito Positivo, assinale a alternativa que podemos considerar como CORRETA:

- a) O Direito Positivo é idêntico ao Direito Natural.
- b) O Direito Positivo também é conhecido como Direito preposto.
- c) Dentro do Direito Positivo encontramos as normas escritas que compõem nosso ordenamento jurídico.
- d) A sociedade não fomenta o Direito Positivo.
- e) As regras costumeiras e as tradições não têm nenhuma importância para o Direito Positivo.

**2.** Como aprendemos na unidade anterior de história da Filosofia, alguns jusfilósofos introduziram a noção de direito natural correspondente ao “ser” e direito positivo (leis e normas) correspondente ao “dever ser”. Aquele seria o chamado direito preposto, enquanto este seria o direito posto.

Assinale a alternativa CORRETA quanto às regras do Direito e a Moral:

- a) O Direito Positivo ou normativo corresponde às regras do “dever ser”.
- b) As regras comportamentais são estáticas, não variando no tempo e no espaço.
- c) O Direito Natural não dita comportamentos.
- d) O setor religioso não dita regras para o Direito, assim como o setor político.
- e) De acordo com os ensinamentos de Montoro, as normas morais também são chamadas de leis físicas.

**3.** Mesmo que o Direito previsto em determinado ordenamento seja imoral, ele pode ser realizado porque traz em si a ideia de validade jurídica, ainda que ele não seja o mais desejado pela sociedade. Alguns acreditam, contudo, que quando o Direito for moral ele se encontrará em consonância com o sentimento social, obterá reforço para sua durabilidade e será obedecido.

Sobre o aspecto do Direito e da moral, identifique a alternativa INCORRETA:

- a) As normas morais estão fundadas na consciência dos indivíduos.
- b) As normas religiosas estão fundadas na fé dos indivíduos.
- c) Os usos e costumes também devem ser levados em consideração na realização da justiça.
- d) O Direito idealmente não pode estar fundamentado em regras tidas como imorais.
- e) As normas jurídicas correspondem ao campo do Direito.



## Seção 3.2

### Direito e política: a finalidade da vida política, o que é uma sociedade democrática

#### Diálogo aberto

O Direito pode intervir na vida da cidade? Um advogado tem como ajudar um cidadão a intervir na vida da “polis”?

Nesta seção iremos conhecer a interação entre Direito e Política. O Direito é uma ciência social aplicada, e como tal possui ferramentas de ciência política, principalmente quando promove a gestão, a organização e a fiscalização do Estado.

Você continua trabalhando em seu escritório, após a graduação. O cliente que se apresenta, desta vez, manifesta a intenção de processar o prefeito por “roubo” e quer contratar os seus serviços como advogado.

De que forma a sua compreensão sobre política e direito lhe permitirá orientar e, eventualmente, advogar a causa deste cidadão? Existe possibilidade de orientação, de serviço de consultoria ou de advocacia nesta situação que se apresenta para você?

A partir desta situação-problema discutiremos a relação próxima existente entre direito e política em Estados Democráticos de Direito. Você vai aprender o que é política e como ela se envolve intrinsecamente com os direitos de cidadania e participação. Além disso, vai conhecer algumas dinâmicas de funcionamento da política no Brasil e como a proposta de Estado Democrático de Direito influencia estas definições.

Após esta aula, certamente os limites e possibilidades de intervenção do indivíduo, do advogado e do judiciário no funcionamento do executivo e legislativo, inclusive no combate à corrupção, serão bem mais compreensíveis para você.

Vamos lá, aprender mais esta lição?

## Não pode faltar

### Sobre o conceito de Direito e suas acepções

O Direito e a Política são institutos vinculados. Partindo da percepção do Direito como um conjunto de normas que regula nossa vida em sociedade, esta afirmação, apesar de correta, distancia-se do que realmente significa o direito, sobretudo do que ele representa politicamente na atual sociedade. Isso porque o

Figura 3.5 | Equilíbrio entre os Poderes



Fonte: <[http://www.hoover.org/sites/default/files/uploads/inline/images/large/digest20031\\_ferejohn.jpg](http://www.hoover.org/sites/default/files/uploads/inline/images/large/digest20031_ferejohn.jpg)>. Acesso em: 15 jan. 2016.

Direito como conjunto de normas, conforme já aprendemos, é uma redução do Direito ao campo normativo – percepção positivista, como se ele fosse apenas a lei, o que, conforme aprendemos, é restrito e equivocado.

O vocábulo “Direito” possui vários significados, sob o ponto de vista da Epistemologia Jurídica o Direito pode ser estudado sob o ponto de vista nominal ou real. Naquele, encontraremos os vários vocábulos que lhe dão significado, ao passo que sob o ponto de vista real teremos o que ele de fato significa.

Nominalmente, o Direito pode ser oriundo do vocábulo “jus” (Direito), “directum” (direito), “jussum” (mandar/ordenar), “justum” (aquilo que é justo) e da ideia do sânscrito, como no vocábulo “Yus” (vínculo) e “Yos” (bom/santo/divino).

Apesar da variedade de vocábulos, percebemos que eles guardam relação entre si e estão adaptados ao Direito que conhecemos em nossa contemporaneidade. Assim, podemos dizer, reafirmando o que já aprendemos na introdução do curso, seções 1.1 e 1.2, que o Direito apresenta várias designações e, conseqüentemente, não é possível formular uma única definição que se enquadre em todas as realidades possíveis. Sendo assim, o vocábulo Direito apresenta-se de forma análoga. Visto isso, passemos a analisar no próximo tópico a ideia de política.

## A política e o Direito: vínculos e evoluções

O estudo da política ocorre desde a antiguidade, tendo como referencial o povo grego. Você deve se recordar de que Sócrates foi condenado à morte em razão de sua prática filosófica. Também consegue lembrar que Hannah Arendt, pensadora de filosofia política, precipuamente, retomava a filosofia grega para pensar o fenômeno do mundo pós-Segunda Guerra Mundial. Na antiguidade este assunto era discutido de maneira muito ampla, apresentando entre os filósofos da época semelhanças e contradições.

Semanticamente, assim como as palavras filosofia e direito, a palavra “política” também possui uma amplitude de significados. Esta deriva do adjetivo “polis” *politikós*, de modo que a política seria tudo o que se refere à cidade. O conceito de política é empregado para indicar a atividade ou o conjunto de atividades que tem de algum modo, como termo de referência, a polis, que por sua vez é compreendida como o Estado.



### Lembre-se

Na Grécia Antiga existiam as cidades-Estado, pois as cidades eram autônomas como os Estados-nação o são hoje em dia. Assim, Atenas e Esparta, famosas cidades-Estado gregas, são um clássico exemplo de tal modelo de unidade territorial com elementos de nação incluídos.

O termo política foi transmitido por Aristóteles em sua obra *Política*, que deve ser considerada o primeiro tratado sobre a natureza, as funções, as divisões do Estado e suas várias formas de governo.

Aristóteles dizia que o homem é um “animal político”, ou seja, que vivendo na polis ele se realizava como tal, sendo esta polis uma unidade indecomponível e com dimensão suprema de sua existência. Quem não é político é deficiente, um ser carente, idiota.

Para Aristóteles, em face da observada tendência natural dos humanos de formarem grupos – unidades sociais –, aquele humano que vivesse fora da sociedade, não interagindo com outros, poderia ser um deus ou um animal selvagem, somente.

Assim, podemos notar como a política está atrelada ao Direito, pois viver na polis – em sociedade, com outros indivíduos – é tomar decisões, discutir as regras de convívio (Direito Penal) e dos destinos da cidade (Direito Administrativo). O animal político exerce o poder dentro de sua realidade social sobre um grupo ou sobre um outro indivíduo.

Perceba que tudo o que diz respeito à sociedade, aos homens e aos processos pelos quais se convive na sociedade faz parte do exercício da política e, conseqüentemente, está ligado ao Direito por causa das regras que devem ser estabelecidas para que tudo funcione.

Atrás das malhas do processo constitucional e da formação do Estado, a averiguar o que é justo ou injusto dentro da disputa pelo poder, encontram-se os fatores políticos. O sistema jurídico repousa na distribuição do poder, onde reside a política. E longe de ser um mal para o Direito, o que muitos esperam é que a política não seja um instrumento para a manipulação de interesses sócio-ideológico-econômicos.

Na Antiguidade, destacamos os comentários de Aristóteles sobre a política. De fato, a Grécia é o berço do pensamento político, mas há filósofos importantes que precederam a Aristóteles e também discutiram a política.

### Os Sofistas

Os sofistas baseavam a autoridade política na força. Sustentavam o caráter egoísta dos homens e a desigualdade de suas capacidades. O governo para eles era o compromisso dos fortes para humilhar os fracos ou o acordo entre estes últimos para se defender dos fortes. Os sofistas tiveram espaço como pensadores da política antiga a partir dos conflitos entre a democracia de Atenas e a oligarquia de Esparta. Os sofistas sensibilizavam o espírito público por meio da oratória e da arte da controvérsia.

### Platão

É um dos primeiros filósofos políticos “moralistas”. Você se lembra do conceito de moral que acabamos de aprender? Platão buscava um “bom governo”. Defendia que a verdade era algo abstrato, somente acessível para aqueles com faculdades excepcionais.

Recorda-se do Mito da Caverna? Nem todos têm acesso à verdade, ao verdadeiro saber. A maioria vive na caverna observando sombras.



### Refleta

Uma complexidade nas reflexões políticas de Platão é que este defendia o “governo dos melhores”, ou seja, o governo de uma elite. O que define uma pessoa como “melhor” em uma sociedade? Ter mais dinheiro? Ter mais educação (o que na sociedade brasileira confunde-se com ter mais dinheiro)? Ser mais popular? Ser mais qualificado na formação política? Ter provado verdadeiramente seu compromisso com a polis? Ser de uma família tradicional de políticos?

Em sua obra mais importante, *A República*, Platão defende a organização de um Estado ideal com o predomínio da justiça. O Estado tem origem na diversidade de desejos e necessidades humanas e na cooperação necessária para satisfazer esses desejos.



### Assimile

Enquanto Platão defende a moral e a perspectiva idealista, os sofistas refutam quaisquer ideias abstratas. Platão nega que o Direito possa nascer da força e concebe o Estado separado dos indivíduos que o integram. O Estado teria uma existência própria.

### Aristóteles

Aristóteles é prático, lógico e sistemático. Estudou os governos de forma comparativa através da indução. Fez com que a política fosse uma ciência independente. Em sua obra *Política*, reforçou a ideia de que o fim último da política é o bem comum. Partindo desta premissa de finalidade da política, cada governo deve ser adaptado às necessidades do seu povo. A melhor forma de governo é aquela em que todos possam participar da política. Para Aristóteles, a família atende às necessidades físicas da vida e o Estado atende às necessidades intelectuais e morais dos homens.

Infelizmente, Aristóteles considerava que alguns nascem para ser senhores e outros para ser escravos. A unidade do Estado dependeria da submissão rígida dos indivíduos a um regime disciplinar. Aristóteles concentrou-se na busca do bem-estar da comunidade e isso só seria possível se houvesse a participação dos cidadãos na política. Desta forma, para Aristóteles, a autoridade política reside no conjunto de cidadãos que integram determinada polis.

Percebemos, portanto, que há um vínculo entre o Direito e a Política desde os primórdios do pensamento jusfilosófico ou pensamento da filosofia do direito implícita. Contemporaneamente, esse cenário não mudou, pelo contrário, direito e política tornam-se ainda mais interligados por causa do processo de desenvolvimento das sociedades e do fenômeno da globalização.

No plano de sua criação, não há como o direito ser separado da política, pois aquele é produto do processo constituinte ou do processo legislativo, isto é, da vontade da maioria representada. O direito é produto da política, e em um Estado de Direito, a Constituição e as leis legitimam e limitam o poder político.

Vem sendo observada por juristas e cientistas sociais a inevitável e paulatina imbricação da política e do Direito, de forma que a atividade política vem sendo

cada vez mais sujeita aos controles jurídicos.



### Pesquise mais

Perceba e observe como hoje em dia as políticas estão mais sujeitas ao controle, em especial, do Poder Judiciário. Pesquise sobre o paradigmático caso de julgamento ocorrido no STF da Ação Penal número 470, disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Entenda como o controle judicial da política pode também ser um meio pelo qual o Poder Público – Executivo – retifica sua conduta quando ela se afasta da ideia de bem-estar social.

### Sociedade Democrática em um Estado de Direito

Antes de falarmos em sociedade democrática, temos que distinguir o que vem a ser a sociedade civil e a sociedade política, pois esses conceitos apresentam diferenças e podem se confundir com a ideia de Estado.

Os homens e as coisas que formam a sociedade civil constituem também a

sociedade política que é o Estado. Este último tem a ver com o exercício coercitivo do poder. Na sociedade civil os homens e as estruturas interagem de modo não coativo entre os diversos setores da sociedade. Por sua vez, na sociedade política, as contradições se resolvem por meio de decretos ou leis de acatamento obrigatório. Na sociedade civil os conflitos se resolvem por meio da persuasão e da pressão, daí a importância dos movimentos sociais (DIAS, 2013, p.109).

Neste contexto, parece coerente imaginar que os problemas econômicos, sociológicos, políticos, culturais, dentre outros, surgem na sociedade civil, mas devem ser resolvidos pela sociedade política e, conseqüentemente, através dos institutos jurídicos, pois é por meio do Direito que a sociedade civil poderá atuar com autonomia e liberdade na busca de seus interesses.

A sociedade civil compreende um conjunto de organizações formais e informais que incluem grupos econômicos, culturais, informativos e educativos, de

Figura 3.6 | Movimento social, sindicatos, trabalhadores



Fonte: <<http://files.portalconscienciapolitica.com.br/200002304-e4d4ce5cf8/movimentos.jpg>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

interesse, de desenvolvimento, com orientação específica, cívicos, dentre outros.



### Exemplificando

A sociedade civil se organiza e cria organismos de defesa do consumidor, a exemplo da PROTESTE e do IDEC. Não são parte do Estado (Executivo, Legislativo ou Judiciário), contudo, atuam de forma a garantir que os direitos de cidadania do consumidor, declarados pelo Estado, sejam defendidos e protegidos por este.

É por representar tantos interesses que a sociedade civil é plural e diversa: diferentes grupos representam diferentes interesses. Portanto, ela é distinta e autônoma da sociedade em geral (conjunto de pessoas) e da sociedade política – Estado.



### Assimile

**Sociedade Geral** é o simples conjunto de pessoas. Os homens e as coisas que formam a sociedade em geral podem organizar-se em torno de um tema, de um direito a ser protegido, formando o que entendemos como sociedade civil. Ambos – sociedade em geral e **sociedade civil** – são também a **sociedade política** que é o Estado. Este, o Estado, tem relação com o exercício coercitivo do poder.

Dentro de uma sociedade democrática, é a sociedade civil que promove a limitação do poder estatal e também o controle do Estado pela sociedade. Mobilizar a sociedade civil é o melhor caminho para expor os abusos e diminuir o poder de governos não democráticos.



### Faça você mesmo

Pesquise organizações da sociedade civil que conseguem por meio de ações coletivas pressionar o Estado a proteger direitos de cidadania política dos brasileiros. Uma sugestão é buscar saber mais sobre as ações relacionadas aos valores devidos pelos bancos a seus clientes em razão dos Planos Bresser, do Plano Verão e dos Planos Collor I e II. Muitas destas ações foram ingressadas por organizações da sociedade civil. Retome também a participação de organizações de defesa dos direitos humanos e de organizações religiosas durante o julgamento das células-tronco embrionárias, que conhecemos na unidade 1.

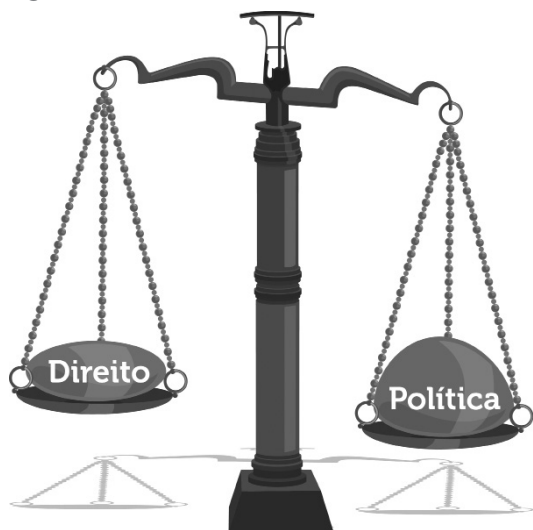
Podemos falar em sociedade democrática quando esta participa ativamente dos processos políticos que existem no país, não aceitando nenhuma forma de corrupção do sistema político e nem atuação que distancie o bem-estar da população, principalmente em nível local. Há uma concentração de responsabilidade nas sociedades democráticas. Elas exigem intensa participação do povo nas construções e decisões políticas.



### Vocabulário

Etimologicamente, “democracia” significa o governo do povo, ou seja, o governo da maioria. É uma definição quantitativa que provém da antiguidade grega (ROSENFELD, 2008, p. 7). A democracia que temos no Brasil hoje é uma democracia representativa complementada por formas de participação popular direta (BOBBIO, 2000, p. 374).

Figura 3.7 | Direito e Política



Fonte: <[http://www.globalframe.com.br/gf\\_base/empresas/MIGA/imagens/D91D72BCC66B6521132334E96DA222A5E39C\\_dp.jpg](http://www.globalframe.com.br/gf_base/empresas/MIGA/imagens/D91D72BCC66B6521132334E96DA222A5E39C_dp.jpg)>. Acesso em: 15 jan. 2016.

Por fim, ao pensarmos nas interações entre Direito e Política, temos que observar o Estado de Direito, pois este é o responsável por aquilo que deve ser feito ou não por meio das normas jurídicas. É mais ou menos assim: um Estado de Direito submete-se às leis que declara. Se o Estado declarou uma lei que o obriga a fazer algo, ele deve fazer sob risco de alguma pena, indenização, bloqueio de valores etc.

Veja que a ideia de Estado de Direito admite que a ordem jurídica controle e regule o poder do Estado. Na sociedade moderna destaca-se a obrigação de proteção e não

violação dos direitos fundamentais/direitos humanos.

Essa evolução, de um Estado que obedece às leis para um Estado que visa prioritariamente a proteção e garantia de direitos fundamentais/humanos, é conhecida como Estado Democrático de Direito, em que o poder é ainda regulado pelo judiciário tendo por bem a ser protegido a dignidade humana. Esse conceito procura conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma aposição de conceitos, mas em um conteúdo próprio, fruto das conquistas democráticas. As garantias jurídico-legais e a preocupação social têm compromisso com a mudança



do *status quo*.



### Vocabulário

*Status quo* é a abreviação de uma expressão em latim, que significa **in statu quo res erant ante bellum**. *Status quo*, politicamente, significa o estado em que as coisas estão. Defendê-lo significa defender a situação como as coisas estão.

Dentro dos comentários que vimos, percebemos que o mais importante para a vida política atualmente é que haja participação das pessoas no processo político, pois a participação do cidadão na vida da “polis”, de forma que esta exista para o seu bem, é o que define o que é política. O “opinar”, “discutir”, “dizer”, “exigir” que leis sejam observadas e cumpridas é o exercício da democracia, sistema em que o povo é o detentor do poder. Sem essa participação ativa, o que temos é um Estado Democrático de Direito deficiente.

### Sem medo de errar

Você em seu escritório recebe a visita de um concidadão de sua pequena cidade. Ele não possui educação jurídica, sendo incapaz de distinguir em que âmbito o que o incomoda é político e o que é jurídico. O cidadão quer entrar com um processo por roubo contra o prefeito, pois, de acordo com o seu cliente, o dinheiro dos impostos vem sendo desviado. De que forma a sua compreensão sobre política e direito lhe permitirá orientar e, eventualmente, advogar a causa desse cidadão? Existe possibilidade de orientação, serviço de consultoria ou de advocacia na situação que se apresenta para você?



### Exemplificando

Perceba a intersecção de elementos não jurídicos no processo político. Apesar de responder penalmente por algumas condutas indevidas no exercício da representação da vontade popular, não é possível aplicar condutas comuns, a exemplo do roubo, nas observações que fazemos destes “representantes políticos”.

Conforme aprendemos, o Brasil é um Estado Democrático de Direito e deve obedecer às leis que enuncia. A Constituição declara explicitamente como devem ser aplicados os valores recolhidos pelos impostos. Um político profissional, representante dos cidadãos em uma democracia representativa, não pode valer-se dos valores da administração para benefício próprio. Estas pessoas recebem salário para exercer suas responsabilidades.

Você, como um profissional do Direito ciente da interseção entre Direito e política, será capaz de se recordar das diversas ações possíveis que permitem a participação popular direta na democracia de forma a proteger o Estado de Direito.

Uma notificação poderá ser feita ao Ministério Público, para que este ingresse com uma "Ação Civil Pública". Além disso, se seu cliente for eleitor, você poderá ingressar com uma Ação Popular, valendo-se do direito de participação direta do seu cliente na vida da "polis".



### Lembre-se

Podemos falar em sociedade democrática quando esta participa ativamente dos processos políticos que existem no país, não aceitando nenhuma forma de corrupção do sistema político e nem atuação que distancie o bem-estar da população, principalmente em nível local.

Existem mecanismos de participação ativa da sociedade em nível local, a exemplo dos Conselhos de Participação, das Associações Cívicas e das consultas populares antes da aprovação de leis, inclusive leis orçamentárias.

## Avançando na prática

### Pratique mais!

#### Instrução

Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois compare-as com as de seus colegas.

"Manifestações"	
1. Competência de fundamentos de área	Mecanismos e ferramentas de atuação política da sociedade civil não jurídicas.
2. Objetivos de aprendizagem	Identificar o exercício de sanções morais por parte da sociedade civil, as quais buscam a proteção de direitos fundamentais declarados pelo Estado e violados por instituições, sem uso das ferramentas legais estatais.
3. Conteúdos relacionados	Política; sociedade civil; sociedade em geral; sanções não jurídicas.

(continua)

4. Descrição da SP	Um cidadão apresenta uma reclamação exigindo que o Ministério Público denuncie determinada organização da sociedade civil que realizou uma manifestação em frente à prefeitura, manifestação esta que tinha por objetivo a revogação de uma lei que fecharia o hospital local. O cidadão pede a você que reduza a termo sua reclamação e leve ao promotor da cidade. Você como analista deve identificar se a conduta descrita, sem qualquer menção a violência ou ataques morais, pode virar uma ação contra a organização. O que você faria?
5. Resolução da SP:	Na sociedade civil os conflitos se resolvem por meio da persuasão e da pressão, daí a importância dos movimentos sociais. Diferentemente da sociedade política, a sociedade civil não detém poder de sanção. A sociedade civil consegue instrumentalizar somente sanções morais, como marchas, protestos e denúncias na imprensa. Perceba que o exercício destes direitos relacionados à cidadania é protegido pela Constituição, e por não implicarem a aplicação de sanções legais (exclusivas do Estado) tais direitos não caracterizam o exercício arbitrário das próprias razões.



### Lembre-se

Você aprendeu nas seções 2.2 e 2.3 que alguns juspensores defendem a desobediência às normas estatais quando o Estado não cumpre sua parte do contrato (pacto social). Acontece que as organizações que visam a uma mudança na ordem por meio do diálogo com o Estado se manifestam dentro da legalidade e não se inserem em condutas de desobediência civil.



### Faça você mesmo

Em regra, as associações civis (sociedade civil organizada) valem-se de diversos mecanismos morais para alcançar a mudança de postura de instituições violadoras de Direitos de cidadania, e estes mecanismos também são utilizados contra o Estado. Investigue se em sua cidade existe alguma organização da sociedade civil que se vale de mecanismos legais e não legais (morais) para exigir o Estado Democrático de Direito e a proteção deste.

### Faça valer a pena!

**1.** É muito comum conceituar o Direito como um conjunto de normas que regula a nossa vida em sociedade. Trata-se de um conceito que reduz o Direito ao campo normativo. Em que pese isso ser bastante aceito pelos estudantes de Direito, não é o suficiente sob o ponto de

vista epistemológico.

Reconhecendo que o Direito se traduz em um conceito análogo, qual das alternativas a seguir não apresenta simetria com seu significado?

- a) O Direito é unívoco.
- b) O Direito pode ser faculdade.
- c) O Direito pode ser fato social.
- d) O Direito pode ser Ciência.
- e) O Direito pode ser Justiça.

**2.** Recentemente foi publicada no Brasil uma lei que penaliza de forma mais severa, com multa, aqueles que vierem a estacionar ou ocupar a vaga de pessoas portadoras de necessidades especiais e de idosos.

Reconhecendo que o acesso a serviços públicos e privados é um direito dessas pessoas, podemos dizer a seguinte frase: "O acesso aos serviços públicos e privados é um direito dos portadores de necessidades especiais e também dos idosos". Nas alternativas a seguir podemos dizer que a palavra "direito" está no sentido de:

- a) Norma.
- b) Justiça.
- c) Fato social.
- d) Ciência
- e) Faculdade.

**3.** No estudo da Epistemologia Jurídica, o Direito pode ser analisado sob o ponto de vista nominal, ocasião em que encontraremos os vários vocábulos que lhe dão significado. São vários os vocábulos, mas faremos uso daqueles que encontramos na doutrina do Prof. André Franco Montoro (2015). O Direito apresenta vínculos com a política, com a sociologia, e com várias outras áreas. Uma delas é a religião. Todos vão se recordar da figura do "faraó" no antigo Egito. Portanto, também há significado para o Direito atrelado à religião. De acordo com os ensinamentos doutrinários do Prof. André Franco Montoro, este

significado divino do Direito encontra-se no:

- a) Vocábulo *jus*.
- b) Vocábulo *directum*.
- c) Vocábulo *Yós*.
- d) Vocábulo *Jussum*.
- e) Vocábulo *Justum*.



## Seção 3.3

### Direito e poder

#### Diálogo aberto

É bem comum nos depararmos com situações em que agentes do Estado, como policiais, se valem do poder de exercício da violência, que possuem legitimamente, para agir de forma desproporcional e sem utilidade pública.

Alguns agentes do Estado, imbuídos de poder estatal, aplicam as leis (elemento com características de poder: coerção e imposição de vontade) de forma a preservar os interesses pessoais, ignorando o bem público comum.

Você vai aprender o que é a categoria poder. Também perceberá como o exercício do poder concedido pelas leis, sem amparo legal e sem ter por objetivo o bem público, pode causar danos, o que o define como arbitrário e penalizador.

Além disso, você vai notar que a relação entre direito e poder se apresenta não somente na constituição do Direito – este possui poder para impor suas diretivas e vontades –, como também na aplicação do “Direito” (normas/lei) de forma a controlar o abuso de poder de um indivíduo em face do outro.

Você entenderá a intrínseca relação entre Estado, política, poder e Direito a partir desta seção, que analisa Direito e poder. Para dominar a observação desta categoria axiológica no Direito, você acompanhará seu cliente que lhe apresenta a situação em que ele se encontra.

Seu cliente foi multado por um guarda municipal por tomar um sorvete encostado em seu carro devidamente estacionado em via pública. Consciente de que somente o agente do Detran pode multá-lo e sabendo que não fez nada ilegal, já que apenas não deu sorvete ao filho do guarda municipal da cidade, seu cliente se surpreende ao receber uma multa lançada em talão daquele agente estatal.

De que forma o exercício de poder estatal deste agente foi desvirtuado? Como você poderá atuar em favor do seu mais novo cliente? Vamos lá?

## Não pode faltar

Figura 3.8 | Poder econômico e bélico versus poder social coletivo



Fonte: <<https://staticimpact.files.wordpress.com/2010/02/justice.png>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

### Conceito e problemas atuais do poder

Iniciaremos nossos estudos enfocando o desafio de compreender o que vem a ser o conceito de “poder”. Entendemos este tema como de grande importância para a compreensão da organização e do funcionamento da sociedade, assim como diversos outros juspensadores. Por exemplo, Foucault, que considerou a categoria poder como o núcleo de todos os estudos sociais, dedicou quase toda a sua produção acadêmica ao estudo desta categoria especificamente. Entendemos que, seja qual for momento histórico

observado, é sempre indispensável que se dê especial atenção ao fenômeno do poder.

Essa importância é devida porque o poder é um fenômeno social, inerente em qualquer vida em comunidade, por mais primitiva que ela possa ser. Há uma natureza social do poder em decorrência da existência de pessoas encarregadas de governar e outras de serem governadas. Recorda-se do pacto social que estudamos com os contratualistas? O modelo de Estado moderno, em que nos inserimos, concebe a concessão de poder e liberdades para a sua formação. Por esse motivo, compreendemos que deve ser o poder entendido como um veículo que busca alcançar uma Ordem Social, que através do Direito objetiva atingir o bem comum.

A palavra “poder” designa a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Pode ser direcionada tanto para indivíduos, como para grupos de pessoas e até objetos – poder calorífico ou poder de absorção. Sob o ponto de vista social, pode ser considerado o poder que um pai tem de dar ordens a seus filhos ou do governo de dar ordens ao povo. O poder sobre o homem é diferente do poder sobre as coisas, mas este último pode ser utilizado para praticar aquele. Um exemplo disso pode ser observado quando um governo detém o poder de determinado mineral essencial para outro país, e em troca do seu fornecimento, acaba por exigir certas políticas que recaem sobre os indivíduos. Por mais que exista o poder sobre um objeto ou substância, sempre existirá ao lado um indivíduo ou grupo de pessoas que é induzido a se comportar dessa ou daquela maneira, ou seja, o poder social será sempre uma relação entre pessoas, mesmo que existam



objetos envolvidos. Como fenômeno social, a relação de poder é triádica, pois além das partes envolvidas há que se ater à esfera de atividade que se irá atingir.



### Refleta

Existem vários âmbitos de poder e espaços de exercício do poder:

- Um médico detém informações e conhecimento privilegiados sobre a saúde e exerce uma relação de poder com seu paciente.
- Um professor em relação ao processo de aprendizagem e transmissão do saber também exerce poder sobre seus alunos.

Perceba que existem relações de poder em diversos espaços sociais, as quais são variantes conforme a esfera de atividade.

Há que se considerar que o poder, em um primeiro momento, está na mera possibilidade de ser exercido. É neste sentido que se fala em “poder potencial”. Todavia, quando essa possibilidade é transformada em ato concreto, estaremos diante do “poder atual”, aquele efetivamente exercido, o qual resulta da relação de comportamentos (BOBBIO et al, 1998, p. 934).

Dentro das bases que fundamentaram as concepções das teorias contratualistas, o poder era a imposição real e unilateral da vontade de um indivíduo, econômica, física ou politicamente; era a mais forte imposição que podia ser realizada mediante coação física ou moral.

Devido a sua infinidade de variáveis, é muito difícil chegar a uma tipologia do poder. Não obstante, é possível apontar algumas características gerais que podem ser observadas na problemática do poder. Primeiro vem a característica da *socialidade*, ou seja, o poder é um fenômeno social e não pode ser explicado por meros fatores individuais. Outra característica é sua *bilateralidade*, indicando que o poder é sempre a correlação de duas ou mais vontades, havendo uma que predomina. O poder para existir precisa de vontades submetidas. Outros dois aspectos devem ser levados em consideração: a *relação*, quando se procede ao isolamento artificial de um fenômeno para efeito de análise, verificando-se qual é a posição dos que nele intervêm; e o *processo*, quando se estuda a dinâmica do poder (DALLARI, 2012, p. 44).

Ainda sobre suas características, o poder deve ser compreendido como uma *relação social bipolar*, com uma vocação psicossocial de alguns em se fazerem obedecer, e uma vocação psicossocial de muitos em serem obedientes. Ao mesmo tempo, há uma interinfluência, com atuação predominantemente ativa de uns, e atuação predominantemente passiva de outros (DANTAS, 2013, p. 51).

Em que pese os posicionamentos contrários, na maioria das vezes em que se exerce o poder estamos diante da "intencionalidade" de um indivíduo ou grupo de pessoas sobre outro indivíduo ou grupo de pessoas. Essa intenção consiste em fazer com que o outro grupo realize aquele comportamento pretendido. Há posicionamentos contrários, pois alguns irão dizer que esse comportamento pretendido pode não ter intenção alguma, mas ser exercido apenas por voluntariedade.



### Exemplificando

Nos casos de imitação há um mero subjetivismo em imitar a pessoa desejada. Pense em uma criança, em um adolescente, ou até mesmo em um adulto que detém recursos para fazer uso do poder. Lembre-se de que esses recursos são variados, como: riqueza, força, informação, conhecimento, prestígio, legitimidade, popularidade, amizade e até ligações íntimas com pessoas que ocupam elevados cargos no poder. Perceba que essa pessoa tem à sua disposição, inconscientemente, algum recurso e age conforme os que estão a seu redor – imitação –, impondo suas vontades e, conseqüentemente, exercendo poder sem consciência (o que podemos compreender como involuntário), pois esse poder não é exercido por persuasão, manipulação, ameaça ou até mesmo por meio de uma promessa de recompensa.

Por outro lado, a questão de poder é coercitiva, ou seja, a autoridade ou o órgão que representa o poder pratica um ato que requer determinado comportamento do seu destinatário. Neste caso, mais do que intencionalidade, há uma coerção em fazer com os destinatários se comportem de determinada maneira, sob pena de sofrer algum tipo de sanção. Às vezes, dependendo da situação, cabe até o uso da força ou da violência.

Neste universo de possíveis manifestações do poder compreendemos como necessário e legítimo aquele que se obtém mediante o consentimento dos que a ele se submetem, ou seja, o poder dentro da lógica do Estado de Direito e do pacto social.

Apesar de ser uma categoria não necessariamente jurídica, atua concomitantemente ao Direito e possui objetivos comuns. Isso porque o direito busca tornar mais objetivas algumas vontades, ou seja, faz desaparecer a característica de poder pessoal. Aspira-se ainda, para uma racionalização do poder, meios e formas de torná-lo despersonalizado. A carta constitucional é um exemplo de tentativa de estruturação do poder, pois delimita o alcance dos poderes do Estado, exercidos pelos órgãos das funções executiva, legislativa e judiciária.



### Assimile

O poder tende a influenciar comportamentos. Estamos utilizando a palavra "influência" em sentido amplo, ou seja, abrangendo inclusive os casos de persuasão, coação ou ameaça. Exige-se, portanto, um comportamento por parte do destinatário individual ou coletivo. Vimos que essa relação causal existe entre indivíduos (esfera privada), mas também na esfera governamental, do governo para o povo (esfera pública). Neste último caso, notamos uma grande relação ou vínculo com a política a ser adotada.

#### O poder, a política e o direito

A relação entre o poder e a política não pode deixar de fora os ensinamentos de Max Weber.

Max Weber entende que a relação de poder baseada em mando e obediência está pautada em três tipos puros ou legítimos de poder: o poder legal, o poder tradicional e o poder carismático. No poder legal temos a característica da sociedade moderna e de sua estrutura burocrática, na qual o que manda é a legitimidade do ordenamento jurídico, sendo submissos a ele não apenas os cidadãos, mas também quem ordena. A fonte do poder é a lei.

Figura 3.9 | A justiça nas mãos humanas



Fonte: <[http://www.livrariafabris.com.br/site/adminV1/upload/idProduto\\_7466\\_500X540.digitalizar0092.jpg](http://www.livrariafabris.com.br/site/adminV1/upload/idProduto_7466_500X540.digitalizar0092.jpg)>. Acesso em: 15 jan. 2016.

O poder tradicional está fundado no caráter sacro do poder, existente desde sempre. A fonte do poder é a tradição, que impõe vínculo aos conteúdos ordenados. O aparelho administrativo neste caso é patriarcal, e os súditos estão ligados ao patrão. O poder carismático está fundado no caráter sacro, mas, em especial, no caráter afetivo do chefe, no seu poder de espírito, de palavra, que o distingue de modo especial. A fonte de poder é o novo, ou seja, algo que nunca

existiu e que agora é comandado pelo seu líder, sendo que seus seguidores são verdadeiros discípulos. O aparelho administrativo é escolhido com base no carisma e na dedicação pessoal de cada um, e não na burocracia ou no corpo de servidores (STOPPINO, 2004, p. 934).

A despeito de a relação entre os envolvidos decorrer de um poder legal, carismático ou tradicional, é importante frisar que sempre teremos a presença de uma autoridade nesta relação, a qual será responsável por dar as ordens ou traçar a diretriz que será obedecida. Assim, é importante não confundir autoridade com poder, pois enquanto o poder se firma e impõe pela coação física ou moral, a autoridade vem a ser, em última análise, o respeito de que certas pessoas, entidades ou órgãos se revestem. A autoridade acarreta um natural acatamento por parte da comunidade.

Portanto, o poder é exercido por quem goza de autoridade, não podendo esses dois institutos ser confundidos dentro desta análise. É neste sentido que falamos em poder familiar, de acordo com o novo Código Civil, em que a autoridade dos pais se faz presente junto aos filhos. Deste contexto decorre uma série de situações em que está presente a autoridade, a qual também mantém relação com a política e o direito, a quem cabe tutelar as divergências surgidas em decorrência desses vínculos que ocorrem por meio das várias espécies de poder.

O poder social é aquele observado em todo e qualquer tipo de sociedade, sendo seu elemento constitutivo formal. É a plena consciência da vida social e de sua disciplina para a manutenção da ordem, a fim de que todos atinjam seus objetivos. Por sua vez, o chamado poder político aparece com a institucionalização do poder social pelo Estado. Finalmente, há que se falar da soberania, que é a expressão máxima do poder dentro de um Estado.

Figura 3.10 | Poder e Direito



Fonte: <<http://www.e-ir.info/wp-content/uploads/Johnny-Grim.jpg>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

O exercício desses poderes será praticado de acordo com o que a Constituição Federal de determinado país definir (FILOMENO, 2009, p. 134-135).

No pensamento de Michel Foucault, o direito seria apenas um mero catalisador das relações de poder. Assim, conclui-se que a verdadeira questão não estaria no direito, mas no poder. O Direito seria um instrumento de domínio à disposição dos mais fortes. Essa leitura de Foucault

alinha-se com a leitura de Karl Marx sobre o direito. Isso porque para Foucault o direito é um idioma de poder, mas um idioma que não é utilizado para a simples comunicação humana, isto é, para passar informações, instruir ou divertir. Para Foucault, o direito emite mandamentos, ou seja, utiliza a ferramenta da linguagem para influenciar o comportamento das pessoas, convencendo-as de se comportarem da forma que ele determina, o que indica que o direito é um meio de exercício do poder.

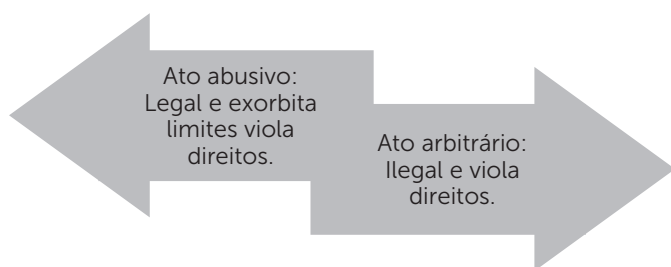


### Faça você mesmo

Foucault destacou-se na contemporaneidade como o maior pensador da categoria poder em todos os níveis de produção de conhecimentos sociais. Aprofunde sua percepção sobre a relação entre direito e poder, bem como a crítica deste pensador alinhada ao modelo de crítica marxista, através da leitura deste artigo que analisa o que ficou conhecido como o triângulo de Foucault: Direito, Poder e Verdade (Fonte: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v44n2/08.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2016).

A descrição evolutiva do Direito feita por Bittar compreende que a força (como forma majoritária de exercício da dominação natural, porque primeira e primitiva) foi sucedida pelo poder (como forma majoritária de exercício da dominação político-ideológica, porque segunda e mais racional), e que este, por sua vez, foi substituído pelo Direito (como forma majoritária de dominação que reúne a uma só vez a força física, a dominação político-ideológica e a legalidade) (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 519).

Figura 3.11 | Ato abusivo versus ato arbitrário



Fonte: A autora.

A partir disto é possível identificar a relação intrínseca que existe entre o poder e o direito, sendo certo que sem o direito dificilmente as pessoas manteriam um comportamento equilibrado, pois o direito tem a força necessária

para exigir determinados comportamentos por meio de suas leis. É por meio dessa força e do exercício do poder que o direito cumpre com seus objetivos em relação à sociedade. Neste contexto é importante distinguir o ato abusivo do ato arbitrário, pois ambos implicam uso indevido do poder estatal. O ato abusivo, embora legítimo e legal em seu princípio, acaba por exorbitar seus limites. O ato arbitrário é não somente uma situação ilegal, mas também abusiva. Resolvemos

mencionar esses casos de ato abusivo e ato arbitrário para mostrar que o exercício do poder não é simples, e há que se ter muita responsabilidade em sua utilização. Isso vale tanto para a esfera privada como para a pública.

Neste contexto, a partir do pensamento de Michel Foucault e da citação de Dimoulis, podemos reafirmar que o direito é um instrumento de poder. Seu uso, portanto, pode ser voltado para manter ou buscar a paz; mas, por outro lado, o direito pode ser utilizado para a prática de abusos, pois ele pode ser manipulado pela autoridade para atender apenas aos interesses de poucos ou do próprio indivíduo que o manipula, em vez de buscar uma justiça igualitária.



### Pesquise mais

Inúmeros autores escreveram sobre a relação Direito e Poder. Acreditamos ser de legítimo destaque a obra do juspensador Norberto Bobbio, intitulada *Direito e Poder*, utilizada como obra central dos seminários apresentados no curso ministrado no primeiro semestre de 2011 – *A Filosofia do Direito em Questão* –, oferecido pelos professores Celso Lafer e Tercio Sampaio Ferraz Junior em sua última disciplina ministrada em conjunto, antes das respectivas aposentadorias, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A obra é de fácil leitura e permitirá compreender debates filosóficos sobre a intersecção destas categorias, presentes até os dias atuais nos cursos de filosofia do direito no país (BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. São Paulo: Fundação UNESP, 2008).

### Sem medo de errar

Retomemos nossa situação-problema. Seu cliente relata que foi multado por um guarda municipal por estar tomando sorvete encostado em seu carro devidamente estacionado em local apropriado em via pública. Consciente de que somente o agente do Detran pode multá-lo e sabendo que não fez nada ilegal, já que apenas não deu seu sorvete ao filho do guarda municipal da cidade, seu cliente se surpreende ao receber uma multa lançada em talão daquele agente do Estado.

Trata-se de uma explícita situação de ato arbitrário. Isso porque a conduta do policial padeceu de ilegalidade. A conduta de multar sem possuir poder para tal (apenas o agente do Detran poderia multá-lo) e os fundamentos implícitos da multa aplicada (o fato de que seu cliente não deu sorvete para o filho do guarda) explicitam o exercício de um poder estatal de forma indevida e desviada.



### Atenção!

Poder designa a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. A conduta coercitiva é direcionada tanto para indivíduos como para grupos de pessoas, e até mesmo para objetos.

As leis regulam os limites e fronteiras do exercício dos poderes, com vistas ao bem social.

Você irá explicar para seu cliente que ele não deve pagar a multa que recebeu, pois ela foi lançada por pessoa que não possuía poderes para tal. Mas se eventualmente a multa fosse lançada por um agente do Detran, ainda assim ela seria abusiva – não arbitrária –, pois o ato seria de um agente legítimo (com poderes para tal), mas exorbitaria os poderes do agente, que somente pode multar em caso de violação das normas de trânsito, o que não ocorreu na situação descrita por seu cliente.



### Lembre-se

Há que se ter noção de ato abusivo e de ato arbitrário. Aquele, embora legítimo e legal em seu princípio, acaba por exorbitar seus limites. Por exemplo, a prisão provisória de um suspeito da prática de um crime, com decretação judicial, mas que foi transformada em prisão para averiguação após vencido o prazo legal. No caso de ato arbitrário, estaríamos não apenas diante de uma situação ilegal, mas também abusiva.

## Avançando na prática

### Pratique mais!

#### Instrução

Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois compare-as com as de seus colegas.

#### “O poder econômico e a dignidade humana”

<b>1. Competência de fundamentos de área</b>	Identificar mecanismos do Direito que controlam o exercício arbitrário ou abusivo de poder.
<b>2. Objetivos de aprendizagem</b>	Reconhecer formas de exercício de poder e regulação pelo Direito.
<b>3. Conteúdos relacionados</b>	Conceito de poder. Relação entre poder e direito. Dignidade humana e “não poder”.

(continua)

4. Descrição da SP	Um indivíduo narra que, em razão de sua situação de extrema indigência, aceitou fazer um trabalho degradante. O contrato previa que ele deveria comparecer todas as noites em uma boate e aceitar ser lançado como uma bola. A pessoa que o lançasse mais longe ganharia. Ele argumentou que somente aceitou tal ocupação por não possuir dinheiro e por causa da oferta feita pelo dono do bar. Você ingressaria com uma ação em face da violação da dignidade dessa pessoa pelo exercício de poder econômico?
5. Resolução da SP	É importante recordar que o Direito estabelece limites e fronteiras para o exercício de poderes, e que o Estado foi idealizado para isso. O exercício de poder econômico também é regulado pelo Estado. O poder econômico não pode se sobrepor à dignidade humana: esta compreensão é informada pelas leis trabalhistas e pelas declarações do artigo 7º da Constituição do Brasil, bem como por diversas convenções da OIT (Organização Internacional do Trabalho). Assim, ciente de que o poder deve ser exercido de forma a promover o bem social, e que este é cerceado pelas normas jurídicas/pelo direito, de modo a não permitir que ocorra coerção para a prática de condutas violadoras e violentas na sociedade, você poderá ingressar com uma ação exigindo indenização, além de denunciar o "contratante" do cliente.



### Lembre-se

Existem várias formas de manifestação do poder econômico, político, religioso ou carismático. Retome no conteúdo essas formas e sua relação como o direito, que busca controlar e exercer o poder para a promoção do bem comum.



### Faça você mesmo

Conheça um famoso caso em que a Corte Francesa (europeia) de Direitos Humanos e a ONU reconheceram que ninguém deve ser submetido a trabalho degradante, colocando a dignidade humana acima do poder econômico: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11053](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11053)>. Acesso em: 27 jan. 2016.



**Faça valer a pena!**

**1.** O estudo do “poder” apresenta variantes e tipos, os quais não podem ser encarados de forma única, mas dentro da complexidade na qual estão inseridos. Assinale a alternativa que não se traduz em uma informação correta sobre o conceito e importância do poder:

- a) O poder é o núcleo de todos os estudos sociais.
- b) O poder é um fenômeno social, inerente a qualquer vida em comunidade, por mais primitiva que ela possa ser.
- c) O poder deve ser entendido como um veículo que busca alcançar uma Ordem Social, que através do Direito objetiva atingir o bem comum.
- d) Há uma natureza social do poder em decorrência da existência de algumas pessoas encarregadas de governar e de outras de serem governadas.
- e) Quando se estuda o poder, não é correto analisar os aspectos sociais que o circundam, mas tão somente as relações de domínio.

**2.** Os problemas envolvendo o uso e as características do poder variam entre os doutrinadores, mas foi possível observar alguns pontos semelhantes ou comuns no estudo desta temática.

Assinale, dentre as alternativas a seguir, aquela que não corresponde ao enfoque dado às características do poder:

- a) O exercício do poder pode estar direcionado tanto para indivíduos como para grupos de pessoas, e até mesmo para objetos.
- b) O poder sobre o homem é diferente do poder sobre as coisas, mas este último pode ser utilizado para praticar aquele.
- c) O poder social será sempre uma relação entre pessoas, mesmo que existam objetos envolvidos neste processo.
- d) O chamado “poder em potencial” tem a mesma conotação e significado do “poder atual”.
- e) A palavra “poder” designa a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos.

**3.** Um dos doutrinadores analisados expõe que o poder é a imposição real e unilateral de uma vontade, sendo certo que essa imposição pode ser realizada mediante coação física ou moral. Cientes de que o destinatário da ação pode ter determinado comportamento praticado por ato voluntário, podemos afirmar que:

- a) Autoridade e poder são institutos distintos quando analisamos a relação entre as pessoas submetidas a algum tipo de ordem.
- b) Nas relações de poder não há que se falar em objetos.
- c) Não existe “intencionalidade” nas relações de poder.
- d) Max Weber trata o poder de forma similar à ideia de potência e de força.
- e) A conduta de “ameaça” não se enquadra em coação física e nem moral.

## Seção 3.4

### Direito e justiça

#### Diálogo aberto

Todos os seres vivos nascem com uma concepção de justo. Aparentemente, a ideia que forma o valor moral conhecido como justiça é uma das maiores fontes de prova de que o jusnaturalismo, a ideia de que existe um direito natural inerente à condição de ser humano e de todos, existe.

Existem pesquisas realizadas em universidades americanas que demonstram como animais se manifestam em face de situações patentemente “justas” ou “injustas”. Frans de Waal (2010) demonstra, em sua pesquisa com mamíferos, como seres aparentemente não racionais, ou cuja estrutura de racionalidade não é tão próxima à dos seres humanos, manifestam insatisfação ao serem colocados em situações de injustiça.

Ocorre que, em regra, os debates sobre justiça e injustiça restringem-se ao elemento igualdade e tratamento desigual. Contudo, a categoria Justiça compõe um conjunto de elementos morais, dentre os quais está a equidade, assim como a igualdade. Porém, estes elementos não são os únicos. É verdade que a categoria Justiça é formada de diversos elementos morais, a ponto de a contemporaneidade destacar três diferentes concepções de justiça. Todavia, isso não implica o não reconhecimento de outros tipos e concepções de justiça, como as inúmeras aristotélicas e platonianas, dentre outras “justiças”.

Nesta seção, você, como profissional do Direito, advogado recém-formado, em uma pequena cidade, será desafiado a observar as diversas concepções do que vem a ser justiça e o quão importante é manter em mente que não podemos confundir o sentimento inato humano do que é considerado justo com a ideia do que é justiça para o direito aplicado. Seu cliente lhe apresentará uma situação de aparente desigualdade em concurso público, alegando que tal vício justificaria a anulação do certame e a aplicação de outro, o qual deveria exigir igualmente entre homens e mulheres os mesmos desempenhos para que alcançassem a vaga de guardas municipais. Vamos lá, aprender um pouco mais sobre a categoria justiça e orientar nosso novo cliente para que ele saiba como deve proceder?

## Não pode faltar

### A complexidade da definição de justiça e sua relação com o Direito

Neste tópico, iremos discutir a definição de justiça e sua relação com o Direito. Verificaremos que mesmo passado tanto tempo, os conceitos trazidos por pensadores da antiguidade ainda servem aos dias atuais, o que torna ainda mais complexo este assunto.

A ideia de justiça se traduz de maneira muito complexa quando se refere ao seu aspecto conceitual. São inúmeras as correntes filosóficas que tentam trazer uma definição do que é justo ou injusto, em especial na evolução do pensamento ocidental. As tendências acerca da definição de justiça, conforme aprendemos nas unidades 1 e 2 do nosso livro didático, vão da teoria sofista à teoria rawlsiana.

O pensamento ocidental sofreu influência dessas correntes, com destaque para Platão, Aristóteles e os juristas romanos. Contudo, conforme aprendemos na seção 1.1, o ocidente não foi o único espaço territorial produtor de conhecimento filosófico e jusfilosófico. Para Platão, a justiça é uma virtude suprema; para Aristóteles, a justiça é a igualdade e a proporcionalidade; para os juristas romanos, a justiça é a vontade de dar a cada um o que é seu. Essas teorias não existem em vão, mesmo nos dias atuais, pois é delas que os juizes se servem para tentar chegar a uma decisão justa dos casos que julgam.



### Refleta

Existe um consenso que informa a atuação dos legisladores, da maioria dos operadores do direito e de grande parte da população leiga no sentido de que a criação e a aplicação do direito consistem na busca, na descoberta e na imposição da justiça. Assim, conforme pensamos no início desta disciplina, a pergunta sobre o que é justo e sobre o que é injusto é constituinte do que forma o Direito, e, portanto, é parte da Filosofia do Direito.

Verificamos assim que a análise da justiça acompanha o homem e a sociedade desde a antiguidade. Sua relação com o direito é nítida, pois sem a ideia de justiça seria difícil o direito se sustentar. Aliás, entendemos que sem o ideal de justiça a prática jurídica seria inviável.

A maioria dos doutrinadores admite que os valores da justiça são dependentes de três fatores: dos fatores tempo e espaço, uma vez que a ideia de justo se modifica na historicidade de um país – por esse motivo fomos apresentados a noções básicas de filosofia do direito comparada (U2, S4) e à história da filosofia

do direito (U1, S3 até U2, S3) –, e de um fator social, pois a representação do justo diverge de acordo com o grupo social a que pertence.

Se existe um aspecto histórico para analisar a justiça e se ela varia no tempo e no espaço, temos de reconhecer as transformações da justiça e a dificuldade de criar sua definição. Não se trata de analisar o que existe hoje, mas, em especial, o que foi considerado justo no decorrer dos tempos, pois o que antes era justo, hoje pode configurar um absurdo e até um crime.



### Exemplificando

O professor Fábio Konder Comparato afirma que a lei de Talião (aquela que dizia “olho por olho, dente por dente”) foi uma evolução humanística do direito penal e uma das primeiras garantias de proteção ao tratamento justo do réu condenado. Isso porque, ao determinar a proporcionalidade da pena em conformidade com a gravidade do “crime”, proibiu-se o exercício arbitrário da vingança privada, vista em situações como esta: um homem, tendo sido vítima de roubo, como “vingança legítima” mata aquele que o roubou e escraviza seus familiares.

Assim, situações que hoje são inadmissíveis, a exemplo do exercício arbitrário das próprias razões (a vingança privada), foram amparadas e reguladas pelo direito no passado, o que mostra que o direito deve acompanhar a evolução social.

O Direito é propriamente aquilo que é “devido” por justiça a uma pessoa ou a uma comunidade: o respeito à vida é direito de todo homem; a educação é direito da criança; o imposto é direito do Estado. É dar a cada um o seu direito. Para os seguidores do positivismo jurídico, como Hans Kelsen, o direito se reduz a uma imposição da força social, e a justiça é um elemento estranho à sua formação e validade. Para os positivistas, os critérios de justiça são emocionais e subjetivos. Portanto, sua determinação deveria ser deixada à religião ou à metafísica.

A justiça é relativa aos significados sociais, e só poderemos dizer o que é devido a esta ou àquela pessoa depois de saber como tais pessoas se relacionam entre si por intermédio do que fazem e distribuem.

Antes de falar em sociedade justa é preciso que haja sociedade, sendo que o adjetivo “justa” não define nada, mas apenas modifica a vida desta sociedade descrita. Uma sociedade só pode ser justa se sua vida substantiva é vivida de forma fiel às interpretações em comum de seus membros. Em uma sociedade em que os significados sociais são integrados e hierarquizados, a justiça tende a socorrer as desigualdades.



### Pesquise mais

A África do Sul durante o *apartheid* e a Alemanha durante o estado nazista possuíam um sistema de justiça (judiciário) que funcionava e “distribuía justiça” de acordo com os valores morais do *apartheid* e do nazismo. O Brasil do período ditatorial também não foi diferente. Pesquise sobre a organização promovida no sistema de justiça nacional com a promulgação dos Atos Institucionais - com destaque para o AI-5, mas não somente este - e pondere se aquelas normas eram justas ou injustas a partir de sua concepção de justiça atual.

A sociedade precisa definir seu padrão de comportamento, de modo que as interpretações sejam feitas dentro do senso comum de todos. Sem este padrão de senso comum e comportamental não há como o direito reduzir as desigualdades, pois a ausência de critério levará à insegurança jurídica.

Dentro da prática técnica cotidiana do Direito, a justiça acabou se transformando em um mero proceder técnico, vazio, sem conteúdo preciso, objeto de labor na modernidade. No decorrer da história da humanidade, o Direito tornou-se frágil, suscetível e vassalo aos desmandos do poder político e econômico.

Desprovido de sua essência e finalidade, o Direito hodiernamente em diversos momentos tem servido a qualquer finalidade, independentemente do seu valor. Apesar disso, acreditamos que o Direito deve buscar concretizar a ideia de justiça, seu valor maior, de forma que sem esse valor ele não tem o menor sentido.

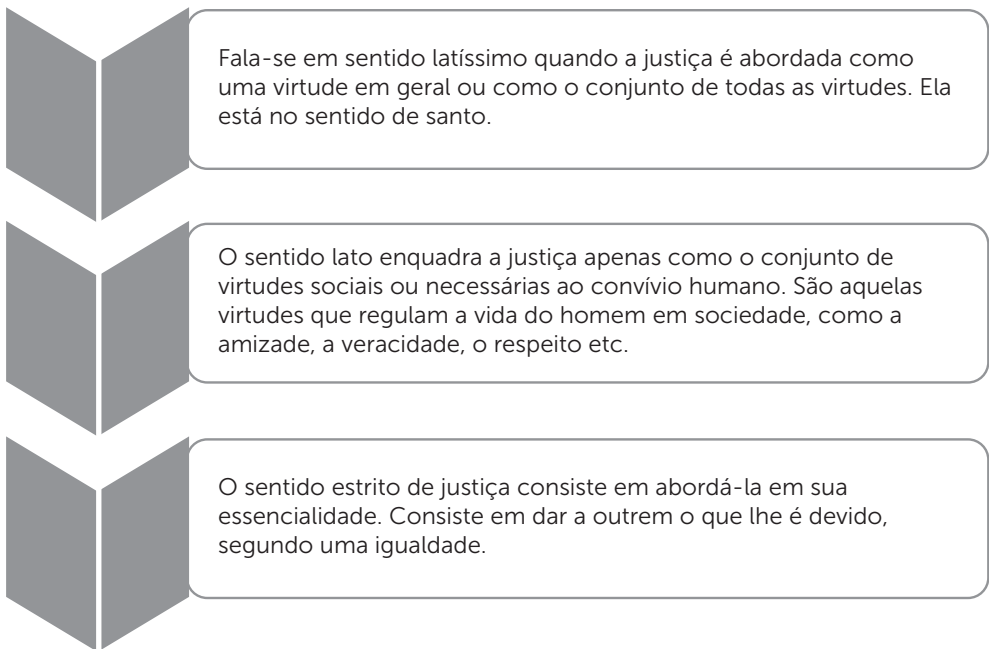
O positivismo jurídico, o qual tornou o direito codificado, também o distanciou das carências sociais. A ideia de justiça ficou distorcida e o trabalho do magistrado engessado naquilo que prevê a lei, como se ela pudesse enquadrar todas as situações possíveis. No próximo tópico faremos uma análise sobre os sentidos e as principais características da justiça.

### Os sentidos e as características essenciais da justiça

Vivemos em meio a uma série de virtudes e valores. No estudo da axiologia, a justiça é apenas um desses valores. Ter uma exata noção do que ela representa e de como devemos proceder para que injustiças não aconteçam é tarefa das mais difíceis. De qualquer forma, por mais utópico que possa parecer, o ideal de justiça deve ser a meta.

Em sua acepção subjetiva, essa meta apresenta três significações de extensões diferentes: a) sentido latíssimo; b) sentido lato; c) sentido próprio ou estrito.

Figura 3.12 | As acepções da Justiça



Fonte: A autora.

Além de a realização da justiça ser a finalidade última do Direito, é preciso atentar que ela, a justiça, também traz uma segurança jurídica, ou seja, é um instrumento de controle social ao lado da moral, das regras de trato social e da religião.

A dignidade da pessoa humana é um valor reconhecido mundialmente. Informa fortemente a questão da adaptação da ideia de justiça e do próprio direito a ponto de não perder de vista seu reconhecimento inerente a todas as pessoas. Em se tratando de sentidos e acepções subjetivas, é importante atentar para a diferença entre o sentimento e a ideia de justiça.

A ideia de justiça é um tema impossível de alcançar um fim. Este é um tema sempre atual e que, ao longo dos tempos, desafia as reflexões e assertivas dos filósofos. Embora o homem comum não desenvolva reflexões sistemáticas em torno do tema justiça, o cidadão não técnico do Direito possui algo que é o sentimento do justo, pelo qual alguns procuram guiar-se e avaliar suas condutas.

Assim, conseguimos dividir a justiça em dois aspectos: o dos valores (éticos, culturais e morais) e o dos direitos (sociais, individuais, de ordem jurídica e de ordem internacional). Contudo, não podemos confundir o sentimento e a ideia do justo. Isso porque o sentimento de justiça é intuitivo, espontâneo, cultivado a partir dos primeiros anos de vida. A ideia de justiça, por sua vez, é resultado de reflexões,

para as quais se conjugam a experiência e a razão voltadas por juspensadores para tal fim.

Portanto, parece-nos claro que argumentar sobre a ideia de justiça é conciliar a experiência, a historicidade de uma sociedade com o trabalho da razão. Mais uma vez, percebemos o vínculo entre o direito e a justiça. Sobre as características da justiça, elas podem ser divididas em três: a alteridade, o devido e a igualdade.

A alteridade está relacionada à pluralidade de pessoas, ou pelo menos à existência de outra pessoa. Ninguém pode ser justo ou injusto para consigo mesmo. Da mesma forma, não se pode falar em justiça do homem que vive isoladamente, como também não há que se falar em justiça na vida animal, uma vez que a justiça é uma virtude moral. O devido é a obrigatoriedade ou a exigibilidade que integra a noção de justiça. Esse devido não é o moral, como a gratidão, por exemplo, que não pode ser exigida pelo interessado e nem cobrada pela lei. O que pode ser exigido é o débito legal, e não o moral. A igualdade é um elemento essencial e básico, não sendo um dado subjetivo, mas uma exigência que pode ser fixada objetivamente. A igualdade pode ser simples ou proporcional. Será simples ou absoluta quando equivalente entre dois objetos. Por sua vez, será uma igualdade proporcional ou relativa quando se fala na distribuição de benefícios e encargos entre os membros de uma comunidade.



**A justiça, porém, só se realiza se pensada como igualdade (aspecto material da justiça). Ela acontece, ela opera, ela se dá nas relações, ou seja, ela está presente nas relações humanas e corporifica-se como igualdade, que pode ser aritmética ou geométrica (aspecto formal da justiça), conforme se tenha em vista a igualdade absoluta ou a igualdade proporcional. A opção pela adoção da justiça geométrica, que tem em consideração a proporcionalidade (distribuição de deveres e direitos, permitindo a existência de desigualdades), ou da aritmética (igualitarismo levado ao extremo) dependerá de códigos forte e fraco prevalecentes axiologicamente (moralmente) na sociedade (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 447).**

A igualdade é um valor complexo entre nós. Ela só poderá ser a meta da nossa política se pudermos defini-la de uma forma que nos proteja contra a tirania moderna da política. De fato, a corrupção que acompanhamos pela mídia hoje em dia, e que antes desconhecíamos e não sabíamos abertamente, também é uma forma de tirania que se afasta da ideia de justiça, pois não busca a igualdade, mas sim privilégios e benefícios para poucos, retirando o auxílio de quem mais precisa. No próximo tópico, trataremos das espécies de justiça e da ideia de bem comum.



Figura 3.13 | Justiça distributiva



Fonte: <[http://usercontent2.hubimg.com/1523463\\_f520.jpg](http://usercontent2.hubimg.com/1523463_f520.jpg)>. Acesso em: 15 jan. 2016.

### Espécies de justiça e a concepção de “bem comum”

A *justiça comutativa*: tem origem no verbo *comutare*, que significa troca, permuta. É aquela que envolve a relação entre particulares, tendo amplo campo de aplicação, não se restringindo aos contratos. Entre seus contraentes existem deveres que precisam ser cumpridos, como o respeito à vida, à personalidade, à dignidade etc. Ela tem a característica de ser corretiva e sinalagmática. Corretiva porque corrige ou retifica a igualdade nas relações entre particulares, e sinalagmática porque é bilateral. O particular pode ser pessoa jurídica ou até mesmo o Estado atuando como particular. O devido nesta justiça é sempre mais rigoroso, porque se trata de assegurar à pessoa um direito que lhe é próprio. A igualdade que se busca nesta espécie de justiça é a simples ou absoluta, também conhecida como aritmética (MONTORO, 1997, p. 149-159).

A *justiça distributiva*: seu significado é impreciso, mas a ideia é de distribuição ou repartição. Por regular as relações entre a comunidade e seus membros, cabe à justiça distributiva regular a aplicação de recursos da coletividade de acordo com as regiões e setores da vida social. Em nível mais restrito, pode ser citada a participação dos empregados nos lucros da empresa. É neste contexto que se trabalha o plano de reforma agrária, de política educacional, dentre outros. A alteridade nesta justiça apresenta-se na relação entre comunidade e seus membros (do todo para a parte), ou seja, a comunidade dá a cada um de seus membros. O devido na justiça distributiva reside na participação dos benefícios sociais, no bem comum. Não estamos diante de operações isoladas, ou seja, não se trata de um

devido restrito e rigoroso como na justiça comutativa. Aqui o devido é o bem comum distribuído. A igualdade que se busca na justiça distributiva é proporcional ou geométrica. Assim, trata-se de repartir ou distribuir de forma proporcional os bens sociais. Não há uniformidade ou quantidades iguais, mas uma igualdade proporcional (MONTORO, 1997, p. 173-192).

A *justiça social*: é conhecida como justiça geral ou legal e desperta em nós o sentimento social. Consiste em servir ao bem comum. Na justiça social, a alteridade tem como sujeitos, de um lado, os particulares ou membros de uma sociedade, e de outro, a sociedade. Estes são os credores da obrigação, e aqueles são os devedores. Assim, cada particular dá à sociedade a sua cooperação para o bem comum (da parte para o todo). Essa obrigação alcança governantes e governados. As exigências para o bem comum não podem ser deixadas ao livre arbítrio de cada um, mas devem ser exigidas por lei, constituindo uma obrigação estrita e exigível. Compete à lei, por meio de suas autoridades, dar o poder necessário de ação para exigir o cumprimento desse dever. No que tange ao critério da igualdade, a obrigação de concorrer para o bem comum é de todos, mas esse dever torna-se proporcional na medida da função e da responsabilidade de cada um na sociedade (MONTORO, 1997, p. 212-225).

Portanto, a justiça apresenta espécies com características específicas e comuns em cada uma delas. Além disso, existem outras características que também merecem consideração, a exemplo da não coercibilidade, da sua autonomia, correspondendo a uma norma moral, e não a uma norma jurídica (lei declarada). Conforme aprendemos na primeira seção desta unidade, as normas jurídicas absorvem conteúdos das normas de justiça (normas morais), e funcionam como forma de compelir coercitivamente comportamentos injustos, de proscrevê-los socialmente. Assim, não há que se negar a natureza da justiça como norma moral, e não como norma jurídica (lei declarada).



### Assimile

Justiça, para os antigos (Platão, Aristóteles e Sócrates), é diferente da definição de justiça para Kelsen, por exemplo, e diferente da definição de justiça para as várias correntes e concepções da contemporaneidade, a exemplo dos conceitos de justiça comutativa, justiça social, dentre outros.

Importa-nos, no entanto, falar sobre o aspecto do “bem comum”, o qual aparece entre as espécies de justiça e faz parte da concepção de justiça como um todo, uma vez que é comum que as pessoas associem a ideia de justiça com a ideia de bem comum.

Considera-se o “bem comum” como o fim da sociedade, a finalidade última da

lei e o objeto da justiça social e distributiva. O homem vive em diversas sociedades, como a universidade, a igreja, a família, a empresa etc. Todas elas possuem uma finalidade e uma concepção de bem comum, mas não há como negar que existe um bem comum maior pertencente à sociedade civil, da qual todas essas sociedades

Figura 3.14 | Acesso à justiça



Fonte: <[http://www.osisa.org/sites/default/files/soros\\_access\\_to\\_justice\\_flipped.jpg](http://www.osisa.org/sites/default/files/soros_access_to_justice_flipped.jpg)>. Acesso em: 15 jan. 2016.

fazem parte. Assim, o bem comum pode ir de uma pequena povoação até uma sociedade internacional. O bem comum não é uma simples soma de vantagens e benefícios oferecidos aos cidadãos, como estradas, escolas e hospitais, assim como não se confunde com o desenvolvimento do Estado e nem com o conjunto de suas instituições. O bem comum consiste na vida digna da população de uma cidade, estado e país.

São Tomás de Aquino distingue três espécies de bem no conteúdo do bem comum: a primeira ele chama de essência; a segunda ele chama de instrumento e a terceira ele chama de condição. A essência consiste em uma vida humana com dignidade, com boa qualidade de vida para todos. Quanto ao instrumento, São Tomás de Aquino diz que se trata do mínimo de bens materiais necessários para a existência dessa vida digna, como alimento, vestuário, habitação etc. A condição que ele extrai do bem comum é a paz, pois é preciso o mínimo de tranquilidade e segurança para se viver (MONTORO, 1997, p. 221).

Outros complementam tais definições dizendo que a justiça é a condição essencial para o bem-estar das pessoas, o que justifica a sempre emergente disposição de se emvidarem todos os esforços para que a justiça seja alcançada. Moralmente, ela é tão indispensável quanto o ar atmosférico o é para a conservação da vida. Há que se ressaltar ainda que não há meio termo em se tratando de justiça. Pratica-se uma conduta justa ou injusta. Podem até existir graus de injustiças, mas não há uma medição de intensidade da justiça.

Portanto, o Direito deve sempre buscar a realização da justiça, caso contrário, perecerá em sua essência e finalidade. Independentemente das espécies de justiça e de suas acepções subjetivas, o que nos chama a atenção é a ideia de bem comum, principalmente no conceito trazido por São Tomás de Aquino. Promover o bem comum é dar ensejo à prática da justiça. Condutas que visam promover a individualidade em revés da coletividade, principalmente as praticadas por quem

trabalha na esfera pública, tendem a trazer insegurança jurídica e desequilíbrio nas relações sociais.



### Faça você mesmo

O Direito Administrativo traz conceitos de bem comum quando define o que vem a ser interesse primário e interesse secundário da administração. Este debate aproxima-se fortemente das concepções positivistas e contemporâneas de justiça, coexistindo ambas em um mesmo ramo do direito público.

Pesquise o que é o interesse primário da administração e o que é o interesse secundário da administração. Procure entender qual deles reflete uma concepção positivista do direito e de justiça e qual deles reflete uma concepção contemporânea e comunitária do direito e de justiça, alinhando o direito administrativo aos valores de justiça social e bem comum, e não somente de obediência à lei.

### Sem medo de errar

Seu cliente não passou em um concurso público para agente de polícia. Em consulta no seu escritório, ele alega que o tratamento diferenciado que recebeu foi injusto, e diz que quer ingressar com uma ação. Ele afirma que o juiz deve condenar a guarda municipal a refazer o concurso aplicando os mesmos exames físicos a todos candidatos, sem distinção, de forma a garantir, assim, a justiça do certame. Perceba que o cliente entende que justiça é sinônimo de igualdade.

Você percebe alguma conduta injusta na forma como o concurso foi desenvolvido, ao conferir tratamento diferenciado aos candidatos no exame físico?

Recorde-se de que existem inúmeras concepções de justiça, e a concepção de justiça no Brasil não é entendida como sinônimo de igualdade e igualitarismo. Assim, a ação que seu cliente demanda até pode ser proposta, contudo, vai em sentido contrário a precedentes, inclusive do STF, sobre a compatibilidade da ideia de justiça com a ideia de tratamento desigual.



### Atenção!

As teorias sobre o que vem a ser justo, e conseqüentemente o entendimento da ética, da moral e do direito, passaram pelas teorias sofistas, socrática, platônica, aristotélica, cristã, agostiniana, tomista, rousseauiana, kantiana, hegeliana, kelseniana, rawlsiana, dentre outras que conhecemos no panorama histórico da filosofia do direito.

Apesar da diversidade de concepções sobre a justiça, é importante manter em mente que não podemos confundir o sentimento do justo com a ideia do justo para o direito aplicado. Isso porque o sentimento de justiça é intuitivo, espontâneo, cultivado a partir dos primeiros anos de vida. Por sua vez, a ideia de justiça para o Direito (norma/lei/instituições do Estado) é resultado de reflexões, para as quais se conjugam a experiência e a razão voltadas por juspensadores para tal fim.



### Lembre-se

Contemporaneamente, apesar da existência de ideias positivistas permeando a prática jurídica, a meta de toda atividade jurisdicional (exercício do juiz de conceber o que deve ser o direito) é chegar a uma decisão justa. Assim, a teoria que busca pensar o que é o direito deve contribuir para o alcance dessa meta, orientada por posições e ideias de pensadores antigos e contemporâneos.

Mantenha em mente que nada o impede de ingressar com uma ação em favor do seu cliente e valer-se do argumento de justiça igualitarista moderna defendido por ele. Contudo, é importante para a prática profissional recordar-se do poder que as jurisprudências possuem no direito e de como a tendência jurisprudencial contemporânea no Brasil se orienta para uma concepção de justiça como algo igualitário, contemporâneo.

## Avançando na prática

### Pratique mais!

#### Instrução

Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois compare-as com as de seus colegas.

#### "Justiça e Igualdade"

<b>1. Competência de fundamentos de área</b>	Instrumentalizar a categoria justiça, transpondo-a da concepção do senso comum para a concepção jusfilosófica.
<b>2. Objetivos de aprendizagem</b>	Perceber como a concepção de equidade compõe a ideia de justiça social contemporânea no país.
<b>3. Conteúdos relacionados</b>	Fronteiras entre moral e Direito; fronteiras entre justiça e moral.

(continua)

4. Descrição da SP	Após implementada na Constituição a previsão de reserva de vagas em concursos públicos para deficientes físicos, inúmeros grupos ingressaram fazendo <i>lobby</i> a fim de que seja promulgada uma emenda constitucional que retire esta previsão da Constituição. Ao aprovar uma lei como esta, ignorando as formalidades do processo legislativo, imagine que a presidente vete tal pedido de emenda constitucional, pois o compreende como injusto e como uma violação da previsão de justiça da Constituição Brasileira, já que entende que a justiça não é somente a concepção de igualdade liberal, que trata todos da mesma forma. O argumento utilizado pela presidenta vai de encontro à ideia de justiça? Você, como assessor presidencial, apoiaria tal fundamento?
5. Resolução da SP:	Justiça não está estritamente ligada à ideia de igualdade liberal. Em determinados momentos, a ideia de justiça perpassa a implementação de valores igualitários materiais. Assim, percebemos que mesmo sendo ambos os conceitos amplos em seus significados, possuindo a justiça e a liberdade uma imensidão de conteúdos axiológicos, exatamente por esta amplitude não é possível sempre equiparar igualdade e justiça. Assim, se em determinado momento é justo aplicar um valor igualitário, em outro momento a justiça se faz ao não se aplicar valores igualitários liberais. Desse modo, como assessor da presidente, neste contexto você irá apoiá-la e concordar com a compreensão de justiça distinta de igualdade liberal, que foi informada através do veto presidencial.



### Lembre-se

Existem diversas concepções de justiça: não somente as contemporâneas (comutativa, social, distributiva), mas também aquelas idealizadas pelos diversos juspensadores que conhecemos no decorrer das unidades anteriores, com destaque para Aristóteles, John Rawls, Platão, Marx, Hegel, entre outros. É importante manter em mente que nem sempre as concepções destes pensadores são abraçadas pelo Estado, contudo, muitas delas informam o nosso sistema de justiça nacional e o sistema legislativo, com reflexos no executivo.



### Faça você mesmo

Aprofunde conceitualmente o seu conhecimento sobre as fronteiras entre a categoria moral igualdade/equidade e a categoria moral justiça, de forma a compreender até que ponto elas se interseccionam e se distanciam na Filosofia do Direito e na prática jurídica. A obra de Alf Ross, em seu capítulo XII (p. 313-334), irá auxiliá-lo neste necessário aprofundamento.

**Faça valer a pena!**

**1.** A ideia de justiça é muito complexa quando se refere ao seu aspecto conceitual. São inúmeras as correntes filosóficas que tentam trazer uma definição sobre o que é justo ou injusto.

A evolução do pensamento ocidental ocorreu com base nessas correntes filosóficas. Assinale a alternativa que representa o pensamento dos juristas romanos:

- a) A justiça é uma virtude suprema.
- b) A justiça é a igualdade e a proporcionalidade.
- c) A justiça só se realiza quando a todos é dada a oportunidade da argumentação.
- d) A justiça é a vontade de dar a cada um o que é seu.
- e) A justiça é a igualdade e a relatividade.

**2.** A maioria dos operadores do direito e uma parte da população acreditam que a criação e a aplicação do direito consistem na busca, na descoberta e na imposição da justiça. Portanto, há um vínculo entre a justiça e o direito.

Sabendo que a análise da justiça acompanha o homem e a sociedade desde a antiguidade, assinale a alternativa incorreta quanto ao seu aspecto conceitual e a sua relação com o direito:

- a) A ideia de justo modifica-se no tempo e no espaço, e isso está relacionado à historicidade de um país.
- b) A representação do justo diverge de acordo com o grupo social a que pertence. Este é o chamado fator social.
- c) Não é possível formular um conceito único de justiça que seja aceito em toda e qualquer realidade.
- d) A justiça deve ser perseguida pelo direito.
- e) Não se reconhece a transformação do que é justo, mas tão somente da sociedade.

**3.** Vimos que o direito é aquilo que é “devido” por justiça a uma pessoa ou a uma comunidade. É dar a cada um o seu direito. Esta é uma concepção utilizada pela maioria dos doutrinadores da área jurídica.

Há, porém, alguns doutrinadores que possuem pensamentos bem específicos a respeito dessa temática. Assinale a alternativa que representa o pensamento de Hans Kelsen:

- a) Quando se diz que a educação é um direito da criança, a palavra direito está na acepção de justiça.
- b) Os critérios de justiça são emocionais e subjetivos, e sua determinação deve ser deixada à religião ou à metafísica.
- c) A justiça é a arte do bom e do justo.
- d) A justiça deve ser traduzida pela lei.
- e) A justiça é parte do direito.



# Referências

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. Lições Preliminares do Direito. 1994. p.36. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. Apresentação de Alaôr Caffé Alves. 5. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito e Poder**. São Paulo: Fundação UNESP, 2008.

BOBBIO et al. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. Disponível em: <[http://www.filoczar.com.br/Dicionarios/Dicionario\\_De\\_Politica.pdf](http://www.filoczar.com.br/Dicionarios/Dicionario_De_Politica.pdf)> Acesso em: 24 jun. 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DE CICCO, Claudio. **História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. p. 69-70. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

KANT, Immanuel. **Introdução ao Estudo do Direito**: doutrina do direito. Tradução de Edson Bini. 2. ed. Bauru/SP: Edipro, 2007.

LEBRUN, Gérard. **O que é poder**. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Silvia Lara. São Paulo: Brasiliense, 2004. (Coleção Primeiros Passos, n. 24).

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**: justiça, lei, faculdade, fato social e ciência. 24. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PAPA JOÃO XXIII. Pacem in Terris (Encíclica, II, 58). In: DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RADBRUCH, Gustav. Introducción a la filosofía del derecho. 1993. p. 53. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 1994. p. 49. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca;

STOPPINO, Mario. Poder. 2003. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Coordenação da tradução de João Ferreira. Revisão geral de João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. 6. ed. Brasília/DF: Imprensa Oficial/SP; Universidade de Brasília, 2003. (CD Rom – Obra em 2 vol.).

WAALI, Frans de. **A era da empatia**: lições da natureza para uma sociedade mais gentil. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução de Cícero Romão Dias Araújo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

# A FILOSOFIA E SEUS TÓPICOS CONCEITUAIS

### Convite ao estudo

Chegamos à última unidade do curso de Filosofia do Direito. Aprendemos o que é a Filosofia e o que caracteriza a Filosofia do Direito, distinguindo esta área do conhecimento da Filosofia Pura/Geral. Estudamos a história da Filosofia do Direito no mundo. Para isso fomos apresentados aos pensadores das categorias analíticas que compõem a disciplina do nosso curso.

Aprendemos como sofistas, Platão, Aristóteles, Cícero, Santo Agostinho, Hobbes, Hegel, Marx, Hannah Arendt, dentre outros, analisaram categorias como justiça, igualdade, democracia, direito, dentre outras que compõem o Direito.

Aprendemos, também, como comparar a produção filosófica nacional com a produção filosófica internacional. Por fim, iniciamos a nossa análise analítica, como o poder, justiça, política e moral, influenciam o Direito.

Nesta última unidade aprenderemos algumas outras categorias relevantes para compreensão e instrumentalização do Direito em nosso cotidiano. Nesta unidade atuaremos como juiz de Direito.

Você, após atuar durante a sua graduação como um assessor de Ministro do STF, ser aprovado como Advogado Geral da União, retornado para a sua pequena cidade e advogado por alguns anos, agora, iniciou sua carreira como juiz. Você como julgador do Direito, ainda em estágio probatório, é apresentado a uma enorme diversidade de temas jurídicos, pois atua em uma comarca distrital, em que todas as matérias, inclusive algumas federais, são de sua competência.

Vamos descobrir como a Filosofia do Direito irá nos acompanhar em nossa nova atuação profissional? Aprofundemos nosso domínio dos conceitos para que possamos instrumentalizar as categorias analíticas que conheceremos nesta unidade.

A Filosofia do Direito irá lhe acompanhar durante toda a sua vida, durante os concursos, durante sua prática profissional, durante a sua atuação nos mais altos cargos do judiciário. Esperamos, sinceramente, que você tenha apreciado esta trajetória e inserido novas informações relevantes para que sua prática e atuação profissional seja qualificada e distinta da dos outros profissionais técnicos e comuns do Direito.

Vamos lá?

## Seção 4.1

### Direito e liberdade

#### Diálogo aberto

Nesta última unidade de ensino de nosso curso de Filosofia do Direito você irá instrumentalizar a categoria analítica – tópico conceitual, “Liberdade”.

A palavra Liberdade expressa diversas concepções de conduta humana, o senso comum a concebe como o direito de movimentar-se livremente, não ser reduzido à condição de escravizado, contudo para o Direito, e para a Filosofia do Direito, a Liberdade não é somente isto.

Se o Direito moderno, o qual possui sua fonte no Estado, este formado pela concessão de liberdades ao ente criado por estas vontades concedidas, tem como categoria justificadora da sua existência a liberdade, que forma um ente a partir de diversas liberdades concedidas, de forma a proteger as liberdades diversas; a liberdade para a Filosofia do Direito não se restringe à capacidade de movimentar-se livremente.

Assim, nesta seção aprenderemos diferentes definições e concepções de liberdade para a Filosofia do Direito e solucionaremos, em nossa atuação como juiz de Direito, o caso de conflito de direitos.

Nesta unidade de ensino você se posicionará como julgador, e se verá atuando em uma vara distrital, recentemente aprovado em seu concurso público. No seu dia a dia uma ampla diversidade de casos surgem para serem apreciados por você.

Você como juiz é apresentado a uma situação de violência no mundo virtual. O acusado do crime, no caso, afirmava que ao falar mal de algumas determinadas pessoas na internet exercia seu regular direito de liberdade de expressão. Valendo-se deste direito constitucional como escudo, alega o acusado, atual réu, que apenas exerceu o seu direito de manifestar o seu pensamento, da mesma forma que os participantes da marcha da maconha o fizeram. Se era possível apologia ao crime de consumo de drogas por que não pode ele fazer apologia ao racismo, sendo a proibição de sua conduta uma violação ao seu direito de liberdade. Como você julgará este caso?

Vamos iniciar as atividades desta nossa última seção e aprender a instrumentalizar

mais uma das categorias dos nossos tópicos conceituais e solucionar essa situação.

Começemos os trabalhos!

## Não pode faltar!

### A liberdade e seus significados

Não existe uma maneira única de definir a liberdade. De qualquer maneira, o estudo da liberdade é fundamental para as pesquisas que envolvem a vida humana. Pode-se falar numa não liberdade em virtude das limitações e restrições impostas, a qual vai de encontro ao ímpeto da vontade libertária. Apesar disso, dentro de uma ordem social há que se garantir o mínimo de liberdade possível para ser compartilhada dentro de espaços comuns (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 449-450).

Essa liberdade que valoriza o aspecto imanente e da intimidade tem uma dimensão muito maior que a liberdade disto ou daquilo, ou seja, aquela condicionada a fatores externos. A liberdade é o fio condutor da história do homem, pois é atrás desse valor que sempre buscaram povos, nações, raças, coletividades e Estados. E dentro desse processo histórico também encontramos definido o limite da liberdade. Enquanto valor fundamental, essa liberdade não tem apenas uma dimensão individual de existência, mas apresenta-se em dimensão coletiva. Nesta última acepção, fatores externos impõem os limites da liberdade como: forças hegemônicas, condições laborais determinadas por regimes escravistas e de exploração humana, sistemas políticos imperialistas e colonialistas, por determinação bélica, violência, dentre outros (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p.450-451).



### Vocabulário

A liberdade pode ser definida como o estado ou a condição de quem não está preso; pode ser o direito e a faculdade humana de agir, crer, pensar, locomover-se ou expressar-se da melhor forma que lhe convier; é a circunstância de não estar sujeito a uma obrigação, dever ou disciplina; é a ausência de proibição, impedimento ou coação para fazer uma coisa; direito do cidadão de um país de fazer e dizer tudo aquilo que não vá contra as leis estabelecidas (SACCONI, 2010, p. 1265).

Não há que se falar em uma, duas ou três liberdades, mas em múltiplas liberdades dentro do Estado brasileiro. Assim é que falamos em liberdade intelectual, liberdade de locomoção, de informação e de profissão. Cada uma delas com características específicas e todas visando preservar a dignidade da pessoa humana dentro dos chamados direitos fundamentais.

## Dimensões sociais da liberdade

Tratar de liberdade no Brasil nos remete a pensar no período da escravidão. Neste sentido, é importante esclarecer que os escravos não gozavam de nenhum direito. Portanto, a ideia de liberdade era uma verdadeira utopia para um grupo que nem era reconhecido como pessoa. Mesmo depois da abolição, a situação não se alterou muito, pois não havia nenhuma política pública de inserção do ex-cativo na sociedade. Além disso, teriam de concorrer com os imigrantes europeus nas fazendas, já que o tráfico negreiro também havia sido extinto. Um dos maiores expoentes brasileiros no assunto foi o abolicionista Joaquim Nabuco.

Para Nabuco não há direito sem dever e nem direito e dever sem justiça. Não se deve invadir o direito de ninguém. A escravidão não é um direito e, por consequência, não impõe um dever. Alguns direitos naturais o homem não perde, pois tem origem divina. A escravidão funda-se na violência e destrói a liberdade humana, substituindo a força à equidade, a tirania ao direito. Nenhum senhor tem direito sobre o escravo (NABUCO apud BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 451).

O escravo é um ser humano que não possui direito, nem a liberdade que é o mais básico deles. A escravidão é a negação do direito e por isso não gera nenhum dever, não tendo mérito para ser respeitada. A todo direito corresponde um dever, sendo que o direito à liberdade é que garante a fruição dos demais direitos. Esse respeito ao direito de liberdade dos cidadãos corresponde a uma obrigação negativa do Estado. No Estado Absolutista, os súditos eram obedientes à ordem do rei, único dever a ser observado. Com a Queda da Bastilha, em 1789, marco histórico da Revolução Francesa, nasce uma nova forma de exercício da soberania: a soberania popular. O direito divino de governar passa a ser do povo. Ter liberdade é poder agir por sua livre e espontânea vontade. Podendo escolher seus representantes, exercerão a soberania. A liberdade pode ser vista sob duas perspectivas: a liberdade do cidadão de agir e a limitação do Estado em respeitar essa liberdade, limitando a sua própria ação (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 451-453).

Neste sentido, podemos afirmar que o direito à liberdade no Brasil nem sempre foi igual para todas as pessoas, bem como, foi árdua a sua conquista para os negros e somente a longo prazo começou a ser realmente concretizada. As dimensões sociais da liberdade também sofrem limitações na ordem social, devendo o Estado obedecer a direitos individuais que foram consagrados durante as gerações ocorridas.

## Liberdade de consciência e livre-arbítrio

Idealmente em um Estado de direito não existe espaço para arbitrariedades. Por esse motivo os limites impostos ao homem para o exercício da liberdade são necessários, pois da mesma forma que o homem é capaz de fazer coisas boas, também é capaz de fazer coisas ruins aos seus concidadãos. Por isso, os limites são impostos por lei, e não por outro indivíduo. Lembre-se que esta concessão de parte da liberdade em favor do Estado é parte do contrato social estudado pelos juspensadores modernos.

A depender do ramo do Direito, essa liberdade pode variar. No Direito Civil predomina a autonomia da vontade e o cidadão pode fazer tudo o que a lei não proíbe. Por outro lado, predomina no Direito Administrativo, por exemplo, o princípio da supremacia do interesse público. Neste caso, o cidadão só pode fazer aquilo que a lei determina (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 455).

Percebemos, portanto, que a liberdade no direito é limitada. Isso vale tanto para os indivíduos como também para o Estado. Em casos específicos no direito, o cidadão só pode agir conforme a lei determina. Portanto, podemos afirmar que não existe nenhuma liberdade absoluta em nosso direito. O livre-arbítrio no Brasil pode ser praticado, mas, em alguns casos, no momento da prática da conduta, encontra limitações que uma vez violada nos impõe algum tipo de sanção.



### Refleta

Algumas correntes filosóficas afirmam que as ações humanas expressam uma escolha pessoal, sem serem determinadas por forças supremas ou divinas. A exemplo do existencialismo que estudamos na unidade 2 deste curso. A liberdade assim, seria para este sinônimo de uma faculdade que tem o indivíduo de determinar, com base exclusivamente em sua consciência, a sua própria conduta; decisão voluntária ou espontânea: faço tudo por livre-arbítrio; foi à guerra por seu livre-arbítrio.

Em regra, o cidadão tem o livre-arbítrio de praticar quaisquer atos, desde que não atinja direitos pertencentes a outras pessoas. O Estado, por sua vez, por força do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado pode atuar restringindo nosso direito. Por exemplo, intervenção do Estado no direito de propriedade no caso de desapropriação. Em outros casos, todavia, não poderá interferir em nossa esfera privada. É neste caso que podemos falar numa liberdade de consciência.



A liberdade de consciência é o direito dos cidadãos de um país de professar qualquer crença. Vale a mesma regra para a liberdade de culto, onde os fiéis de cada religião podem exercer o seu culto e professar as suas doutrinas (SACCONI, 2010, p. 1265).

A citação acima fala em liberdade de consciência e também fala de crença, juntamente com a liberdade de culto. Informamos, todavia, não se tratar de institutos com os mesmos significados, embora estejam relacionados ao direito de liberdade.



### Refleta

A Constituição atual, como se vê, protege tanto a liberdade de consciência quanto a de crença, distinguindo-se da Carta revogada (1967/69) que só destinava proteção à liberdade de consciência. Poder-se-ia pensar que isso não tem importância, na medida em que as liberdades de consciência e de crença se confundem, são a mesma coisa. Não é verdade! Primeiro porque a liberdade de consciência pode orientar-se no sentido de não admitir crença alguma. Os ateus e agnósticos, por exemplo, têm liberdade de consciência, mas não têm crença alguma. Segundo porque a liberdade de consciência pode resultar na adesão de determinados valores morais e espirituais que não se confundem com nenhuma religião, como ocorre com os movimentos pacifistas que, apesar de defenderem a paz, não implicam qualquer fé religiosa (BASTOS; MARTINS apud CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 566).



### Assimile

Enquanto a liberdade de consciência está relacionada com o poder e a autonomia de cada um em fazer suas escolhas políticas, filosóficas ou ideológicas, a liberdade de crença envolve o direito de escolher ou até de mudar de religião.

A liberdade de culto era parcial na Carta Imperial de 1824, pois só podia ser exercida em templos católicos. As demais só eram admitidas em âmbito doméstico ou particular. Enquanto a consciência e a crença são sentimentos relacionados à fé e à convicção íntima de determinado assunto ou doutrina, o culto consiste no ato de venerar ou homenagear uma divindade seja de que religião for. Isso inclui os rituais, as cerimônias e as manifestações diversas, compreendendo a liberdade de orar e pregar. O Brasil não adotou nenhuma religião oficial, sendo certo que protege todas as crenças e respeita a liberdade religiosa, bem como, protege mediante lei, os locais de culto (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 566-567).

O legislador constituinte foi mais longe ao dizer que ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa ou convicção filosófica ou política. Trata-se de uma regra que está em consonância com a liberdade de consciência e crença. Além disso, pode o cidadão invocar essa liberdade para se eximir de obrigação legal a todos imposta, desde que se preste a cumprir obrigação alternativa fixada em lei. A Constituição assegura, portanto, a chamada “escusa de consciência”, direito individual que permite à pessoa recusar-se a prestar ou aceitar qualquer obrigação que contrarie suas crenças ou convicções. Somente por obrigação alternativa fixada em lei é que escusa passa a ser legítima. A sanção para quem não cumprir a obrigação a todos imposta ou a prestação alternativa é a perda dos direitos políticos (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 567).

Por fim, essa liberdade de consciência, de crença, de culto, não se confunde com a liberdade de opinião ou de pensamento, que é a liberdade de expressar juízos, conceitos, convicções sobre algo. A Constituição, inclusive, veda o anonimato e toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística. Assegura também o direito de resposta, proporcional ao agravo, a quem se sentiu ofendido ou atingido pela opinião de outrem (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 557). “A Constituição assegurou a liberdade de manifestação do pensamento, vedando o anonimato. Caso durante a manifestação do pensamento se cause dano material, moral ou à imagem, assegura-se o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização” (LENZA, 2013, p. 1051).



### Exemplificando

Um exemplo de como o direito compreende a liberdade de pensamento, seria a decisão do STF que analisou a constitucionalidade da chamada “Marcha da Maconha”. A marcha consistia na descriminalização da droga. A decisão envolvia justamente a liberdade de pensamento, dentre outras. O STF entendeu que “a mera proposta de descriminalização de determinado ilícito penal não pode ser confundida com o ato de incitação à prática do crime, nem com o de apologia de fato criminoso. Conclui-

se que a defesa, em espaços públicos, da legalização das drogas ou de proposta abolicionista a outro tipo penal, não significaria ilícito penal, mas, ao contrário, representaria o exercício legítimo do direito à liberdade de manifestação do pensamento, propiciada pelo exercício do direito de reunião.

Perceba, assim, que mesmo entre as liberdades não existe direito absoluto. Sempre há limites impostos por outra liberdade ou outra forma de se exercer o direito. No caso acima, o movimento intitulado “Marcha da Maconha” foi reforçado com o direito de reunião e a livre manifestação do pensamento.



### Faça você mesmo

Convidamos você à leitura dos votos proferidos pelos Ministros do STF no julgamento da Marcha da Maconha. Essa atividade não somente tornará mais familiar o hábito de leitura de votos do STF, como lhe permitirá observar elementos filosóficos em uma situação concreta e um documento jurídico. Aproveite para sistematizar dentre os votos quais argumentos você identifica como centrados no exercício do direito de livre manifestação, quais os que estão centrados em elementos processuais, quais os que não ingressam no debate material de direito, e quais argumentos defendem o combate à “apologia ao crime” como elemento central.

Certamente esta atividade lhe será imensamente enriquecedora. Vamos lá? Acesse: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

### Sem medo de errar!

Você como juiz é apresentado a uma situação de violência no mundo virtual. O acusado do crime, no caso, afirmava que ao falar mal de algumas determinadas pessoas na internet exercia seu regular direito de liberdade de expressão. Valendo-se deste direito constitucional como escudo, alega o acusado, atual réu, que apenas exerceu o seu direito de manifestar o seu pensamento, da mesma forma que os participantes da marcha da maconha o fizeram. Se era possível apologia ao crime de consumo de drogas porque não pode ele fazer apologia ao racismo, sendo a proibição de sua conduta uma violação ao seu direito de liberdade. Como você julgará este caso?

**Atenção!**

A liberdade manifesta-se de diversas maneiras, bem como que parte do direito de exercício da liberdade é cedido ao Estado, em favor da formação de um modelo de Estado moderno, como neste que vivemos.

A compreensão de liberdade como livre-arbítrio fundamenta a Filosofia do Direito Penal, por exemplo, a qual compreende que uma pessoa consciente, capaz de fazer suas escolhas e decisões quanto a como se comportar em sociedade, deve ser igualmente capaz de responder pela reprovação social desta escolha feita pelo indivíduo.

Conforme aprendemos, manifestar a vontade de mudança de uma política de Estado, exigir que determinada conduta deixe de ser crime em público, não pode ser confundida com a apologia à conduta criminosa e estímulo as outras pessoas que também realizem tal conduta.

Assim, se o réu do nosso processo estivesse manifestando na internet a sua insatisfação com a previsão de racismo como crime e manifestasse a sua vontade de que o racismo deixasse de ser criminalizado, incidiria na conduta de livre manifestação do pensamento dentro dos limites legais possíveis, contudo, não sendo este o caso da nossa situação-problema, compete a você, julgador, em não reconhecer o comportamento do réu como livre manifestação de pensamento, mas, sim, reconhecer o comportamento do réu como crime de racismo no mundo virtual.

**Lembre-se**

O STF entendeu que “a mera proposta de descriminalização de determinado ilícito penal não pode ser confundida com o ato de incitação à prática do crime, nem com o de apologia de fato criminoso”. Conclui-se que a defesa, em espaços públicos, da legalização das drogas ou de proposta abolicionista a outro tipo penal, não significaria ilícito penal, mas, ao contrário, representaria o exercício legítimo do direito à liberdade de manifestação do pensamento, propiciada pelo exercício do direito de reunião.

## Avançando na prática

Pratique mais	
<b>Instrução</b>	
Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois as compare com as de seus colegas.	
"Quarentena Bioética e Direito à Liberdade"	
1. Competência de fundamentos de área	Categoria analítica – Liberdade – Direito de ir e vir.
2. Objetivos de aprendizagem	Aprender a instrumentalizar a categoria liberdade de acordo com a Filosofia do Direito e o modelo de Estado Contemporâneo.
3. Conteúdos relacionados	Definições de Liberdade – Direito fundamental de ir e vir – Formação do Estado.
4. Descrição da SP	Um cidadão foi mantido em quarentena em hospital durante um surto de determinada doença naquele momento ainda não identificada. Ao sair do hospital esta pessoa processou o Estado alegando que o seu direito de ir e vir fora violado sem que ele tivesse cometido qualquer crime que justificasse. Você como juiz consideraria procedente a ação e afirmaria o direito e indenização? Acredita que ocorreu restrição a direito que justifique o reconhecimento como violação e conseqüente indenização?
5. Resolução da SP	A situação trata de intervenção do Estado na liberdade do indivíduo de forma a garantir o direito à saúde de todos os membros da sociedade. Conforme aprendemos a liberdade não é um direito absoluto, e determinadas condutas podem ser legitimamente cerceadas de forma a garantir um interesse comunitário. Assim, não é possível identificar a violação a qualquer direito que justifique a necessidade de indenização, somente por ter sido o indivíduo mantido em quarentena em hospital. Isto, porque parte da premissa envolveu, inclusive, a proteção da saúde daquele indivíduo, também.



### Lembre-se

A liberdade manifesta-se e é compreendida de diversas formas e parte dela, conforme aprendemos, é cedida ao Estado, para garantia do exercício de outras liberdades individuais.



### Faça você mesmo

Estamos experimentando um surto de doenças relacionadas ao mosquito *Aedes aegypti*, transmissor de diversos vírus e diferentes doenças. Neste contexto de alarme sanitário, em que elementos biológicos clamam por uma nova postura do estado em face do exercício de liberdade do indivíduo, a ONU posiciona-se no sentido de recomendar a todos os

governos latino-americanos que permitam e descriminalizem o aborto. O debate sobre a descriminalização do aborto no Brasil é antigo, sua origem data há décadas. Contudo, é possível notar como um novo contexto fático, informado pela insuficiência de conhecimentos científicos e biológicos para combater uma doença, abre as portas para a retomada de concepções quanto ao exercício de liberdades dentro da sociedade. Neste sentido, valendo-se dos conhecimentos que você detém sobre exercício de liberdades, redução de liberdades para fortalecimento do Estado, e mudança do direito conforme a mudança que ocorre na sociedade, você compreende que um surto de doenças que causam malformação em bebês justificaria a mudança de compreensão do exercício de liberdades relacionadas ao aborto, nas américas?

Para ajudar a formar sua opinião leia os seguintes artigos disponíveis em: <<https://nacoesunidas.org/oms-surto-de-zika-e-microcefalia-e-mais-dificil-e-ameacador-que-ebola-e-gripe-h1n1/>> e <<http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2016-02/paises-com-surto-de-zika-devem-autorizar-aborto-defende-onu>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

### Faça valer a pena

**1.** Vimos em nosso estudo não haver uma maneira única de definir a liberdade. O instituto da liberdade pode ser analisado por vários ângulos e circunstâncias, seja em decorrência de algo promovido pela lei ou não.

Dentre as alternativas abaixo, assinale aquela que não pode ser admitida quanto ao estudo da liberdade:

- a). A liberdade pode ser definida sob o ponto de vista de um valor fundamental.
- b). A liberdade pode ser definida sob o ponto de vista de uma arbitrariedade praticada.
- c). A liberdade pode ser definida sob o ponto de vista da imprescindibilidade da vida humana.
- d). A liberdade pode ser definida sob o prisma de uma ordem social existente.
- e). Não se pode falar em "não liberdade" nos estudos filosóficos e jurídicos.

**2.** Em todo espaço comum há que se garantir o mínimo de liberdade possível. Portanto, em toda estrutura social há que se ter a garantia da liberdade para que os direitos possam ser respeitados.

A liberdade, todavia, pode ser garantida e também sentida. Com base nessa declaração, podemos afirmar que:

- a). A morte, sob nenhum aspecto, pode ser encarada como experiência de liberdade.
- b). A vontade libertária não pode sofrer limitações.
- c). A liberdade é um direito universal, mas ainda não o é em nível nacional.
- d). A real sensação de liberdade violada surge quando esta é negada.
- e). Não se discute a liberdade diante da violação de uma norma.

**3.** A liberdade que valoriza o aspecto imanente e da intimidade tem uma dimensão muito maior que a liberdade condicionada a fatores externos.

Verificando o aperfeiçoamento do direito à liberdade, podemos considerar correto o conteúdo da alternativa:

- a). É exclusiva a dimensão individual da liberdade.
- b). A liberdade não pode ser adquirida por atos de terceiro, pois é objetiva.
- c). A liberdade é o fio condutor da história do homem, pois é atrás desse valor que sempre buscaram povos, nações, raças, coletividades e Estados.
- d). Não há que se falar em outra dimensão da liberdade que não a coletiva.
- e). A liberdade não pode ser adquirida por atos de terceiro, pois é subjetiva.





## Seção 4.2

### Direito e ética

#### Diálogo aberto

O Direito encontra-se muito próximo da ética jurídica, subdisciplina da Filosofia jurídica, conforme aprendemos na seção 1.2 da unidade 1 do nosso curso de Filosofia do Direito. A ética e os valores éticos, conforme fomos superficialmente apresentados na seção 1.3 da unidade 1 do curso, refere-se a condutas repetidas, condutas estas informadas por valores morais.

Os valores morais, conforme aprendemos, são positivados, ou seja, convicções pessoais, quando compartilhadas socialmente e erigidas a categoria de valor ético, possui forte chance de ser positivado tornando-se lei. Contudo, nem toda conduta protegida pela lei é um valor ético comungado pela sociedade.

Não somente isto, é possível notar situações de lacuna da lei, em que a norma não proíbe uma conduta, contudo, a concepção de ética da sociedade é violentada pela conduta não punível. Um clássico de conflitos éticos contemporâneos, levados à arena do Judiciário, refere-se à área da Bioética, onde a evolução dos conhecimentos científicos relacionados à vida e corpo humano chocam-se com valores morais caros a um grupo social.

Exemplo deste conflito, ordinariamente levado ao judiciário, é o conflito que envolve ética médica, e ética jurídica envolvendo Testemunhas de Jeová que se recusam a receber transfusão de sangue.

Esta será a situação a qual você, como julgador, será apresentado nesta seção da última unidade do curso, voltada à ética jurídica de forma ampla.

Recorde-se que nesta unidade você é um juiz, atuando em uma vara distrital, recentemente aprovado em seu concurso público. No seu dia a dia uma ampla diversidade de casos surgem para serem apreciados por você.

Nesta seção em um caso levado até você, por um médico, este informa que um

senhor de meia idade se recusa a receber transfusão de sangue, ou autorizar que um familiar, adulto receba. O médico sabe que ao não realizar a transfusão está seguindo as recomendações de respeito à autonomia do paciente da ética médica. Contudo, argumenta que sua postura pode assimilar-se à negativa de atendimento médico, o que implicaria, eventualmente, em uma conduta criminosa. Você como juiz, ciente de fatos, sabe que não existe previsão legal que obrigue um paciente a receber transfusão de sangue para salvar sua vida. Você deixaria o paciente morrer?

Essa situação complexa e que se apresentou inúmeras vezes como real será a nossa situação-problema nesta seção. Vamos aprofundar nossos conhecimentos sobre ética e decidir mais este caso? Vamos lá!

### Não pode faltar!

A ética tem por objeto o estudo da moral, levando em consideração seus aspectos normativos, ainda que sem a exclusividade deste aspecto como pensam alguns autores. Assim, o conhecimento ético tem por objeto o estudo da moral, também conhecida como “deontologia”. É através deste conhecimento ético que se analisa o conjunto de preceitos relativos ao comportamento humano, seja individual ou coletivo. A ética busca responder a pergunta sobre o comportamento moral devido e indevido, socialmente.

Figura 4.1 | Direito Relativo



Fonte: Adaptado de <[https://www.asme.org/getmedia/700e0777-13ad-486d-ba10-0b1437597280/Embedding\\_Ethics\\_in\\_Engineering\\_Education-hero.jpg.aspx](https://www.asme.org/getmedia/700e0777-13ad-486d-ba10-0b1437597280/Embedding_Ethics_in_Engineering_Education-hero.jpg.aspx)>. Acesso em: 28 mar. 2016.

Conforme aprendemos na primeira unidade, o termo *éthos* vem de hábito ou comportamento pessoal. Oriundo da natureza ou da convenção entre as pessoas. O termo *éthos* tem dois sentidos, morada onde se habita ou modo de ser adquirido, caráter e comportamento habitual, como dissemos. As normas éticas relacionam-se com aquilo que a experiência registrou como sendo bom ou mau, que trouxe felicidade ou não.

Aristóteles em sua obra *Ética a Nicômaco* apresentou esta como ramo da Filosofia. A conexão entre ética e moral, conforme afirmou Aristóteles é intrínseca, pois, a ética é o estudo, ciência da Filosofia, que estuda a moral. É a ética que traz os valores morais como elementos, categorias, a ciência do Direito e prática

cotidiana do Direito em busca da justiça.

A moral possui sua origem na palavra latina *mores*, de modos de comportamento, costumes. Ela corresponde ao conjunto de convicções de uma pessoa, de um grupo ou sociedade sobre o que seja bem e mal. Há várias opiniões quanto à sua origem, aceitando-se ser decorrente da vontade de Deus, da necessidade do convívio social e da reflexão humana sobre o justo ou da propaganda de poderosos. Existe um consentimento de que cumprem duas funções: orientam o comportamento dos indivíduos na vida cotidiana e avaliam esse mesmo comportamento (DIMOULIS, 2011, p. 56).

O indivíduo realiza seus padrões éticos por meio da sociedade e o reverso também é verdadeiro por meio das suas instituições, tradições, mitos, etc. Assim, tanto a sociedade como os indivíduos produzem os padrões éticos que servem como parâmetros para o convívio em sociedade não sendo, todavia, as únicas origens sobre a concepção de moral. Diante disso, não temos dúvidas que as normas éticas convivem com as normas jurídicas, embora sejam diferentes uma da outra. Portanto, estudar a ética é analisar o comportamento humano seja de forma individual ou coletiva.



### Pesquise mais

Aprofunde seus conhecimentos sobre o debate contemporâneo da relação entre Direito, Moral e Ética lendo este artigo da Revista da Escola Superior de Magistrados de Santa Catarina: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/download/85/79>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

A ética marcações intersubjetivas e intenções intrasubjetivas. A discussão sobre qual seria o comportamento socialmente aceito faz marcar a relação entre o direito e a ética.

Afinal, far-se-á uma análise das instituições, dos valores, dos comportamentos antiéticos, dos direitos fundamentais, de descobertas e revelações científicas, de condição humana, dentre outros. Assim, a relação entre o

Figura 4.2 | Ética e direito



Fonte: Adaptado de <<http://www.nasw-michigan.org/resource/resmgr/Ethics/Ethical-Legal-Sign.jpg>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

direito e a ética é notória, pois a mesma capacidade de criar, destrói; a mesma que estrutura, desestrutura; a que viabiliza, inviabiliza; a mesma que promove a articulação, desarticula; da mesma forma que se produz o veneno, também se produz o antídoto, etc. São fenômenos diametralmente opostos que marcam os indivíduos, os grupos e as sociedades. Todas as vezes em que se postula em juízo ou se produz um artigo científico, o operador do direito se confronta com esses problemas (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 461-463).

O direito e a ética se relacionam de forma muito notória, mas também se diferenciam em alguns aspectos, como, por exemplo, no que tange as características sancionatórias e ao processo de sua duração. A ciência ética atua sobre as normas morais, enquanto o Direito atua sobre as normas jurídicas. A violação de uma norma moral pode acarretar o remorso, mas não a prisão como ocorre nas normas jurídicas. Por outro lado, as normas jurídicas podem ter uma data de duração ou vigência, enquanto as normas éticas perduram sem tempo determinado.

Para o professor Norberto Bobbio (2014, p. 154-155), conforme aprendemos na unidade 3, a sanção nas normas morais é puramente interior. O ideal é prevenir, mas uma vez verificada a violação de uma norma, o ideal é eliminar suas consequências nocivas. Uma consequência desagradável de violação de uma norma moral é o sentimento de culpa, o estado de incômodo, de perturbação e às vezes de angústia ou arrependimento. A norma moral obriga em consciência. De qualquer forma, a relação de dependência uma da outra não pode ser negada.

Reconhecendo o Direito como, fundamentalmente, uma ciência normativa ética (MONTORO, 1997, p. 96-97), é possível compreender porque a ciência moral aqui exposta tem um caráter amplo e porque o Direito pertence à categoria geral das ciências morais. Ressalta que nem os povos primitivos e romanos souberam distinguir o direito da moral, com clareza. Assim como alguns dizem que: "nem tudo que é lícito é honesto", mas não apresenta nenhum critério objetivo para explicá-la. No século XVIII foi feita uma distinção entre direito e moral a qual compendia a moral como algo que se refere ao foro interno e o direito como algo que se refere ao foro externo; que ao contrário do direito, a moral não apresenta o caráter de coercibilidade; o direito constitui uma ética objetiva e a moral uma ética subjetiva.

É possível afirmar que a moral influencia o direito, mas a recíproca também pode ser confirmada. No primeiro caso, por exemplo, sabe-se que o legislador é livre para estabelecer as normas comportamentais numa sociedade, mas frise-se que este comportamento não é ilimitado. Há certa limitação e a moral guarda forte relação neste aspecto. O legislador comunga de muitos valores, convicções e ideais difundidos em sociedade. Portanto, é coerente imaginar que ele exprima esses mesmos valores no momento de legislar. Além disso, a elaboração de

uma norma jurídica que contrarie a moral pode gerar sérios conflitos e colocar em risco a legitimidade do direito, ou seja, muitas coisas aceitas moralmente influenciam o direito a caminhar neste mesmo sentido, limitando sua criação e aplicação. Essa influência da moral no direito não desconsidera os vários sistemas morais existentes em sociedade. Reconhece-se a existência de vários grupos, com diferentes mentalidades, comportamentos e culturas em geral (DIMOULIS, 2011, p. 62-63).



### Vocabulário

Nesta seção devemos compreender a cultura como tudo o que está na formação do homem como ser e tudo o que o envolve nas mais complexas relações com outros seres e objetos. Isso tudo forma o patrimônio cultural cuja vertente é a própria história humana. Consequentemente, o patrimônio cultural pode ser considerado tudo o que nos remete à memória de uma coletividade com suas realizações culturais (GONÇALVES JÚNIOR, 2008, p. 18).

Mas o direito também influencia a moral induzindo seus destinatários a aceitar como moralmente correto aquilo que é legalmente criado.

Figura 4.3 – Direito como ferramenta de transformação não somente da sociedade, mas também, como ferramenta de transformação dos valores do sujeito que vive em sociedade, e consequentemente, deste, também.



Fonte: <<http://www.nursingexplorer.com/blog/wp-content/uploads/2015/06/ethics-e1435247050947.jpg>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

Desta maneira, o direito contribui na configuração da moral dominante, sob pena de sanção. Fala-se em um mínimo ético, ou seja, o direito como mínimo ético das regras morais. De alguma forma, tudo aquilo que é juridicamente obrigatório também é de alguma forma moralmente imposto (DIMOULIS, 2011, p. 64-65).



### Assimile

Podemos considerar que os comportamentos morais aceitos e não aceitos em sociedade fazem parte do arcabouço cultural do homem. Está relacionado à história e às relações com seus semelhantes e objetos, formando o seu patrimônio cultural. Todo esse conjunto de valores influencia o direito e direciona a sua legitimidade, pois faz parte do acervo cultural do homem as regras morais que são criadas em sociedade. Portanto, com base na própria história cultural dos homens, a qual está repleta de valores diferenciados, concordamos com a existência de vários sistemas morais em sociedade, bem como, que a moral influencia o direito e vice-versa.

### Axiologia Jurídica – teoria dos valores

A ideia de bem nos remete a tudo aquilo que satisfaz a necessidade humana. Portanto, principalmente, as coisas que nos são úteis são consideradas como um bem. Em outras situações, temos bens de interesse da própria coletividade. Daí a noção de bem comum, algo que pode ser utilizado para satisfazer a necessidade de todos. Em razão disso, temos que considerar que alguns bens são mais importantes que outros dentro da necessidade do nosso cotidiano. Então, o homem valoriza determinado bem mais que outros. A parte da ciência que estuda o valor chama-se axiologia.

O termo axiologia vem do grego *axiós*, que significa apreciação, estimativa. É a parte da filosofia que se preocupa com os valores, tais como o belo, o bem, o verdadeiro, dentre outros. Pode-se dizer que é a teoria dos valores. Na base desses valores encontra-se a justiça, daí o nome de teoria dos valores jurídicos. Alguns autores como Del Vecchio a chamam de “deontologia jurídica”, que é a ciência do que “deve ser”. Existe no homem a faculdade de julgar e avaliar o direito e por isso há em nós o sentimento de justiça (MONTORO, 1997, p. 107-108).

Contudo, a definição de deontologia nem sempre se alinha com a definição de Del Vecchio, abraçada pelo professor Franco Montoro. Para muitos a deontologia é a disciplina de Filosofia do Direito que versa sobre deveres, direitos e prerrogativas dos operadores técnicos do Direito, bem como de seus fundamentos éticos. Esse termo deriva do grego *deontos* (dever) e *logos* (tratado). É expressão criada pelo filósofo inglês Jeremy Bentham (apud ACQUAVIVA, 2002, p. 27), que, em sua

obra, *Deonologie or Science of Morality*, a designa como a ciência dos deveres do homem em geral, cidadão ou profissional.

Informa o professor Paulo Nader (2012, p. 57), que o homem classifica os objetos em positivo e negativo, de acordo com os fins que pretende alcançar. Nessa classificação o homem faz, primeiramente, um juízo de realidade. Isso para melhor conhecer esse objeto, suas peculiaridades e características. Depois, realiza um juízo de valor, para melhor conhecer as propriedades ou qualidades desse objeto. Feito isso, seu sentimento sobre o objeto pode ser aprovação, rejeição ou indiferença. Neste sentido, os valores não possuem uma validade por si, mas a partir do significado atribuído pelo sujeito às coisas.



### Refleta

O ato de viver implica em valorar. O direito não é um produto espontâneo da natureza, mas é um processo elaborado e os valores são componentes básicos em sua elaboração. O direito serve para aprovar o bem e rejeitar o mal e diante do convívio social, o direito realiza um juízo de valor e a lei um juízo de reprovação quando é violada.

Estudando a teoria dos valores, outros autores também contribuíram com a matéria. Este é o caso do professor Miguel Reale ao distinguir os caracteres dos valores. Chama de bipolaridade o fato de que cada valor positivo corresponde um valor negativo.



### Exemplificando

Por exemplo, o amor e ódio são *incomensuráveis*. A *incomensurabilidade* impede a quantificação dos valores, pois não podem ser dimensionados em números, ou seja, um quadro não pode ser belo duas ou três vezes; a implicação consiste no fato de que os valores se realizam historicamente influenciando outros valores; a *referibilidade* é a seleção de valores de acordo com um sentido ou direção, nunca por acaso; a *preferibilidade* consiste na adesão a um valor de acordo com a sua preferência; por último, a graduação hierárquica, pois existe uma ordem de preferência, tanto de valores jurídicos como de qualquer outro (REALE apud NADER, 2012, p. 59).

O progresso da sociedade se dá à luz de postulados éticos, sendo que o direito faz irradiar esses princípios morais. O direito não apenas realiza valores, mas dispõe

sobre os mesmos. Ao disciplinar as relações de convivência, procura exercer a proteção dos bens que possuem significado para o ser racional (NADER, 2012, p. 61).

Figura 4.4 | Ética



Fonte: iStock

Há no mínimo uma presunção entre as regras morais e as regras jurídicas. O estudo do direito reconhece na moral sua pertinência costumeira, impedindo o teórico de lançar-se em exageros de conteúdos para sua aplicação concreta. Os princípios e os valores encontram lugar comum na ética e no direito e devem ser levados em consideração. Todavia, a prática da moral não deve seguir um modelo de exatidão, algo matemático, mas considerar aspirações diversas e que envolvem interesses múltiplos, qualifica como prudência em Aristóteles e que foi tão brilhantemente aplicada na jurisprudência romana (PERELMAN, 2002, p. 305-306).

Percebemos, assim, que existem várias classificações quando se trata da abordagem dos valores elencados pelos homens, todavia, nos chama a atenção o aspecto da hierarquização, pois visualizamos ser comum entre os autores, ainda que as classificações se alterem. Isso mostra que o estudo da axiologia é extremamente importante para o Direito, uma vez que são eles que irão balizar a criação e a aplicação das normas jurídicas. As normas morais jurídicas são interdependentes e em que pese as primeiras serem mais rigorosas, há que se balizar pela prudência de sua aplicação, de acordo com os vários interesses existentes em sociedade.



### Faça você mesmo

Agora que você sabe que a ética também busca justificar as escolhas que a moral e o direito fazem, aprofunde seus conhecimentos sobre o debate que ocorre na área de bioética e direito, bem como estes dialogam com os debates ainda contemporâneos e as novas demandas apresentadas ao judiciário. Disponível em: <<http://www.midiaindependente.org/pt/red/2006/01/342360.shtml>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

### Sem medo de errar!

Em um caso levado até você, por um médico, este informa que um senhor de meia idade se recusa a receber transfusão de sangue, ou autorizar que um familiar, adulto receba. O médico sabe que ao não realizar a transfusão está seguindo as



recomendações de respeito à autonomia do paciente da ética médica. Contudo, argumenta que sua postura pode assimilar-se à negativa de atendimento médico, o que implicaria, eventualmente, em uma conduta criminosa. Você como juiz, ciente de fatos, sabe que não existe previsão legal que obrigue um paciente a receber transfusão de sangue para salvar sua vida. Você deixaria o paciente morrer?



### Atenção!

Os conflitos éticos são os conflitos mais presentes na realidade do julgador que exigem deste a instrumentalização de conceitos filosóficos e elementos da filosofia do Direito, principalmente quando estes conflitos se constituem de choque de valores éticos os quais ainda não foram reconhecidos pelo legislador e declarados normativamente.

Você está sendo apresentado a um conflito ético profissional que possui aparente regulamentação legal. Isso porque o suicídio, compreendido como a opção do paciente em não receber tratamento, não é penalizado pelo Direito. Contudo, o fato do optante por não receber transfusão sanguínea encontrar-se no espaço do hospital, transfere para o médico uma possível responsabilidade pelo eventual óbito do paciente.

O conflito surge, apesar de solucionado pela ética médica, em face da axiologia jurídica que erigiu a omissão como conduta recriminável. É em face da possibilidade de ser acusado de omissão que o médico solicita tutela da Justiça e do Juiz. Compete ao Juiz, contudo, em tese, tutelar a previsão jurídica, ou seja, notado que não se trata de omissão, eximir o médico de potencial acusação de crime. Acontece que ao eximir o médico, o juiz involuntariamente coloca-se em conflito ético, pois, aparentemente, declara o suicídio assistido como algo permitido, o que a legislação brasileira ainda não declarou como tal – eutanásia.

Este conflito ético, assim, coloca para o juiz a necessidade de optar e fundamentar, com base na axiologia, sua decisão, que não foi ainda regulamentada normativamente, a partir dos nortes que algumas poucas normas existentes indicam sobre o tema.



### Lembre-se

Assim como a Filosofia existe em diversas áreas do conhecimento, a ética também se apresenta em diferentes áreas de atuação profissional. Assim, um médico pode deparar-se com situações em que seus valores éticos, ajustados à sua atuação profissional, colocam-se em conflito com

as normas legais, normas morais declaradas pelo legislador, conforme aprendemos.

Mesmo sendo a norma moral informadora da norma legal, ou seja, um valor ético reconhecido pelo legislador, as diferentes áreas possuem o seu acúmulo de valores éticos e em determinadas situações os valores de uma área do conhecimento não são conhecidos ou reconhecidos pelos valores da outra área do conhecimento. Leia mais sobre os desafios apresentados pela ética prática no direito. Disponível em: <<http://criticanarede.com/eticapratica.html>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

## Avançando na prática

Pratique mais	
<b>Instrução</b> Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois compare-as com as de seus colegas.	
"Ética e Norma"	
<b>1. Competência de fundamentos de área</b>	Distinção entre normas, morais, positivas e éticas.
<b>2. Objetivos de aprendizagem</b>	O aluno deve ser capaz de reconhecer que determinados conflitos éticos já foram normatizados pelo legislador e por este motivo, a atuação jurisdicional não exige preenchimento de lacunas legais e decisão quanto a conflitos éticos.
<b>3. Conteúdos relacionados</b>	Definição de ética. Distinção entre norma ética e norma legal.
<b>4. Descrição da SP</b>	Nesse sentido, um conflito ético apresentado a você em sua atuação como julgador refere-se à dúvida se deve haver limites morais e legais para o que podemos dizer publicamente? Você deve decidir em um caso relacionado ao exercício de liberdade de expressão, um livro publicado por um autor que afirma ter sido o Holocausto Judeu uma invenção que nunca aconteceu. O advogado do autor do livro questiona se é legítima a intenção do Ministério Público de restringir a liberdade de expressão do cliente. Afirma que esta deve ser restringida apenas quando a liberdade claramente causa dano a outros e que a liberdade de expressão, neste caso, não causa dano a outros. Como você decidiria este caso?
<b>5. Resolução da SP</b>	Mantenha em mente que uma solução deontológica para um problema, por exemplo, o da liberdade de expressão tem a seu favor as intuições e o conhecimento empírico; pois existem leis declaradas que positivaram alguns valores sociais relacionados a este tema, diferente de uma solução igualmente deontológica para um problema da justiça retributiva, por exemplo, apresentada para um juiz solucionar. Assim, mesmo em face de um conflito moral, ético, a sua atuação não precisa, necessariamente, pautar-se puramente no preenchimento de lacuna da lei, e consequente observação de valores pessoais e valores caros à sociedade, mas pode pautar-se nas normas declaradas que tangenciam o tema debatido e apresentam um "norte" indicando quais são os valores morais declarados como axiologicamente mais relevantes para o Estado e cidadãos.



### Lembre-se

Entendendo-se o direito como, fundamentalmente, uma ciência normativa ética (MONTORO, 1997, p. 96-97), é possível compreender porque a ciência moral aqui exposta tem um caráter amplo e porque o direito pertence à categoria geral das ciências morais.



### Faça você mesmo

Você aprendeu que valores são concedidos às coisas, e que tais coisas são valoradas conforme a conveniência e utilidade destas para o sujeito que as valora. Assim, sabendo que conforme o lugar o valor das coisas é distinto, pesquise sobre, por exemplo, como a ideia de proteção do patrimônio público e combate à corrupção é distinta em países asiáticos, latino-americanos e norte-americanos, por exemplo.

Em quais países a proteção do erário público é algo de valor tão intenso que é preservado com a pena capital, para aqueles que violam tal patrimônio? E nas Américas, qual a pena cabível e em quais situações cabe pena capital para violação do erário, patrimônio público?

Se você quiser, pode utilizar-se de outro bem jurídico e da proteção deste em diferentes países, para concluir se o valor do bem jurídico, e consequente proteção jurídica deste, varia de forma significativa, ou não, conforme o país. Vamos lá:

### Faça valer a pena

**1.** Sem merecer a exclusividade defendida por muitos autores, há um consentimento entre a grande maioria deles que o objeto da ciência ética é a moral, considerando todos os seus aspectos normativos.

Levando em consideração as relações existentes entre ética e direito, podemos considerar como correta a alternativa:

- a) A deontologia é o campo do Direito que estuda a normatividade.
- b) Apesar de ser uma ciência, cabe à ética analisar apenas os comportamentos individuais.
- c) A terminologia *éthos* designa capacidade de administrar direitos e contrair obrigações.
- d) A ética é sempre heterogênea em seu conteúdo, enquanto a moral é

homogênea.

e) As normas éticas relacionam-se com aquilo que a experiência registrou como sendo bom ou mau, que trouxe felicidade ou não.

**2.** Sabe-se que a moral vem do latim *mores* = modos de comportamento, costumes. Corresponde ao conjunto de convicções de uma pessoa, de um grupo ou sociedade sobre o que seja conveniente ou não.

Considerando as relações envolvendo o direito, a ética e a moral, podemos considerar como correta a alternativa:

a) Não há menção alguma de que as regras comportamentais éticas são oriundas da vontade divina.

b) O trabalho realizado por grupos poderosos tem a capacidade de estimular a reflexão, mas não tem o poder de conduzir a comportamentos ditos éticos.

c) O convívio social pode gerar situações de ordem moral, mas não implica em alterar os aspectos da ética.

d) Uma das funções da ética é avaliar o comportamento humano.

e) Não cabe à ética orientar os padrões da vida cotidiana.

**3.** Com as consequências práticas e com os reflexos sociais previstos, percebe-se, compreende-se, constrói-se e delibera-se sobre os padrões de conduta aceitáveis e inaceitáveis.

Com base nisso, temos de relevar as relações humanas e a forma de convívio em sociedade para melhor definir o que seja um padrão ético. Neste contexto, temos como correta a alternativa:

a) Apesar de falar em relações humanas e convívio social, não há qualquer relação com as normas morais, pois sozinho o indivíduo não é capaz de induzir a novos comportamentos.

b) É bastante superficial o vínculo entre o direito e a moral.

c) A ética marca ações intersubjetivas e intenções intrasubjetivas entre os indivíduos.

d) Há diferenças substanciais entre as normas morais e as normas jurídicas, todavia, não se pode falar que apresentam diferenças no aspecto sancionatório.

e) Quanto à duração, tanto as normas éticas como jurídicas perduram para sempre no tempo e no espaço.

## Seção 4.3

### Direito e lógica

#### Diálogo aberto

Você já aprendeu até este momento, em parte, como funciona a prática profissional de um técnico ou pensador do direito. Correto? Deve ter notado que os discursos e linguagens são diferentes, conforme a posição em que você se localiza nas inúmeras situações possíveis da sua atuação como formado em direito, o discurso do qual você deve valer será diferente.

Uma sentença possui um discurso e se vale de uma linguagem diferente da linguagem de uma instrução normativa, ou portaria, por exemplo. A linguagem utilizada por um advogado, que busca argumentar e convencer um juiz, é diferente da linguagem utilizada por um julgador.

Imagine que você, atuando como juiz recebe uma petição inicial, um pedido inicial de ação. A petição apresenta inúmeras expressões em francês e diversos trechos de textos jurídicos em inglês. Todas estas expressões e trechos não foram traduzidos pelo tradutor juramentado do juízo. Com base nos seus conhecimentos sobre linguagem e Direito, bem como a normatização da linguagem jurídica pela Constituição, você lançaria uma decisão de recebimento da ação, ou não receberia esta?

Vamos lá aprofundar nossos conhecimentos sobre linguagem e direito, e aprender a utilizar as ferramentas da linguística em uma possível atuação profissional?

#### Não pode faltar!

##### A linguagem do direito e suas práticas

Sendo um fenômeno social, o direito precisa chegar às pessoas de alguma forma. Verificada essa necessidade de aproximação, podemos afirmar que esse

vínculo ocorre através da linguagem jurídica. É preciso dar publicidade ao direito e, neste sentido, torná-lo público é efetivar suas manifestações. Podemos afirmar ser a linguagem jurídica um instrumento de manifestação ou de publicidade do direito.

No que tange à sua prática, a linguagem jurídica pode ser verbal e não verbal. Devido à escrita, a linguagem jurídica verbal é a base da manifestação do direito, sintetizando com maior propriedade o grande número de informações. O domínio das práticas jurídico-textuais constitui um universo de discurso autônomo, capaz de produzir suas próprias injunções e lançar suas influências sobre os demais universos discursivos que o circundam. Assim, o discurso jurídico é oriundo da linguagem natural e autônomo em relação a ela, em que pese preservar sua relação dialética com outros sistemas. Essas práticas jurídico-textuais estão sustentadas por um sistema semiótico, sendo que a chamada "juridicidade" constitui-se num metassistema, ou seja, um sistema assentado sobre os pilares de um ou de vários outros sistemas. Há um sistema de manifestação preexistente socialmente, no qual as práticas jurídico-textuais se vale. Essa manifestação preexistente é produto da história cultural, de ambiguidades semióticas e de fluxos e refluxos de toda espécie (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 484-485).

Compreendendo a semiótica como a ciência dos signos e o seu vocabulário, esta se compõe de regras semânticas, sintáticas e pragmáticas. A semântica que dispõe sobre as relações entre o sinal e o objeto, revelando o significado apresenta três tipos de significados: *o fático ou empírico, o normativo e o emotivo.*



### Assimile

O significado empírico significa aquele que pode indicar objetivamente, com um gesto de mão, aquilo que se quer. É o modelo adotado pelos positivistas, os quais afirmam que aquilo que não se pode mostrar com o dedo não tem sentido algum, ou seja, uma visão insustentável nos dias atuais. Os normativos encerram permissão, proibição e obrigação e os significados emotivos ensejam alegria, dor, saudade, amor, paz, desprezo, etc.

Compreendemos o conceito de semiótica e toda essa dinâmica que envolve os sistemas. O discurso jurídico, por mais técnico que possa ser, está assentado em fatores sociais do nosso cotidiano. É por meio da linguagem natural vivenciada nesses fatores sociais que o discurso jurídico vai se formar. Com base nisso, podemos afirmar que ao mesmo tempo ele mantém sua autonomia discursiva e uma dialética com a história cultural vivenciada em sociedade, a qual está em constante mutação, fazendo com que o discurso jurídico também se transforme.

O sistema jurídico não é imutável, as leis, códigos e normas transformam-se de forma dialética, movimento que vivifica sua estrutura em permanente contato com os demais sistemas sociais. É importante ressaltar que nenhum sistema semiótico está isento do processo de realimentação. Esta pode ser intersemiótica ou intrasemiótica, e ocorre sempre porque a toda nova informação ou significação segue um ciclo de realimentação do sistema e do discurso.



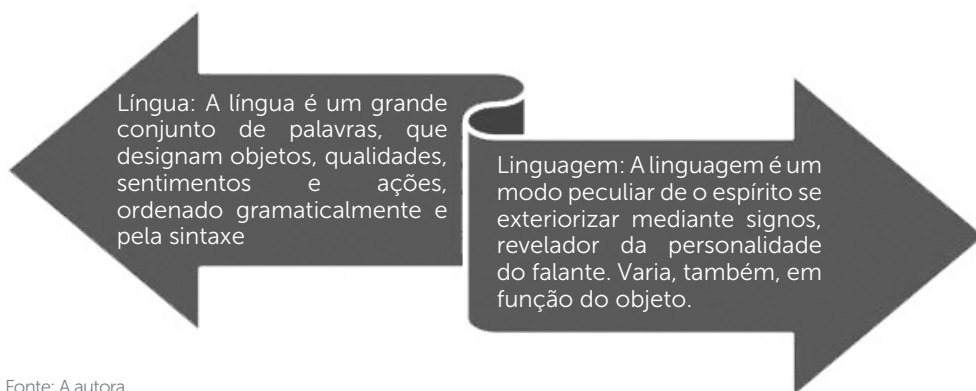
### Pesquise mais

Aprofunde seus conhecimentos sobre os sistemas jurídicos e linguagem com a leitura da obra do ex-professor da USP, atual professor da UNB, Marcelo Neves, *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

O operador do direito elabora o discurso jurídico e tenta convencer ou persuadir o destinatário da mensagem e, para que isso ocorra de maneira satisfatória, recorre aos argumentos com os quais pretende alcançar seus objetivos. De todos os protagonistas que fazem uso do discurso jurídico, apenas o legislador não faz uso de justificação ou convencimento, todavia, há decretos precedidos de considerandos ou causas justificáveis que merecem atenção. São os casos, por exemplo, de inovações impopulares.

Atente-se para a diferença entre língua e linguagem. A língua e linguagem são conceitos que não se confundem, embora eventualmente empreguemos tais vocábulos indistintamente.

Figura 4.5 | Paralelos entre língua e linguagem



Fonte: A autora.

A linguagem jurídica, por exemplo, configura um modo especial do uso de uma língua e se reveste de estilo e terminologia próprios [...] (NADER, 2012, p. 125).

Parece-nos claro que o direito se realimenta desses sistemas e, conseqüentemente, o discurso vai se transformando. Por semiótica, devemos interpretá-la como a ciência que estuda todos os signos ou símbolos. Podemos afirmar que ela é muito mais abrangente que a própria linguagem. Por realimentar o direito com esses vários símbolos e significados, o direito torna-se ainda mais dinâmico e o discurso mais transformador.

Sobre a questão da língua, temos que a língua portuguesa é o idioma oficial no Brasil, conforme prescreve o Artigo 13, caput, da Constituição Federal. Engana-se quem acha que em razão desse idioma oficial, há o completo domínio da língua portuguesa. Muitos termos são desconhecidos da população, e alguns termos adquirem significado muito particular no direito. É por isso que muitas faculdades mantêm em sua grade curricular o “português jurídico”. Contudo, além disso, quem desejar se aprimorar e se aprofundar no direito, deve ter a capacidade de ler em outros idiomas, como o francês, o italiano, o inglês e o espanhol, além do latim (DIMOULIS, 2011, p. 133-134).

Com a mudança da cultura social, seja devido à língua ou outro acontecimento qualquer, mudam-se também as estruturas semióticas e o discurso jurídico. Essa mudança se caracteriza por um interagir com os novos valores que vão surgindo com as experiências que são vivenciadas e forma um grande universo discursivo, que não se restringe apenas ao universo jurídico e seu discurso técnico. É importante esclarecer que mesmo o discurso jurídico apresenta suas subdivisões.



### Exemplificando

Por exemplo, fala-se em discurso factual, quando se quer que os signos remetam a fatos, sendo que a veracidade pode ser demonstrada com base na ocorrência desses fatos de acordo com a sua enunciação. Ex.: Fulano foi à faculdade para pesquisar. Fala-se também em discurso sensorial-descriptivo, quando se quer definir coisas demonstradas por experiências. Ex.: A laranja é fruta; a fruta é ácida. O discurso será deontico diante de julgamentos axiológicos “É bom que tu te cuides”; éticos “Esta ação não pode ser considerada correta”. O discurso será jurídico-normativo quando sua aferição for impossível de ser realizada, pois tudo remete à legalidade ou à validade ou não da norma jurídica que lhe dá base. Ex.: É proibido gravar a conversa alheia sem autorização expressa (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 487-488).



Portanto, são vários tipos de discursos tendo cada qual uma característica peculiar. É neste sentido que eles assumem a natureza de cientificidade, juridicidade, política, de cunho jornalístico, religioso, etc. Não se restringem a um único tipo e nem a uma única forma. São variados dentro de um sistema discursivo mais amplo. Podem variar de acordo com o público a que se destina, se leigos ou profissionais da área.

O discurso jurídico, neste contexto, pode apresentar os mais variados argumentos para convencer ou persuadir o destinatário a se convencer daquilo que o profissional diz. Entra em cena a arte da retórica jurídica, a qual pode impressionar tanto pela linguagem oral quanto pela linguagem escrita.

No próximo tópico, iremos analisar algumas características dos discursos jurídicos e também a variedade de funções que eles podem apresentar.

### **O discurso jurídico: funções preponderantes e amplitude**

O discurso jurídico é mais amplo que o discurso normativo, pois este se restringe à norma, enquanto aquele abarca o discurso jurídico-normativo; o discurso jurídico-burocrático; o discurso jurídico-científico e o discurso jurídico-decisório. Assim, o discurso normativo integra o discurso jurídico. O discurso jurídico integra o que a jurisprudência fala, o que a doutrina leciona e o que as leis prescrevem.

A lei é a sua fonte formal principal, ao lado da analogia, costumes, princípios e equidade, fontes secundárias. Dentre as modalidades de discurso jurídico, devemos considerar o *normativo*, o *burocrático*, o *decisório* e o *científico*, cada qual com suas particularidades. E para cada uma dessas modalidades, visualizam-se funções jurídico-discursivas preponderantes: a) *função cogente do discurso normativo*: corresponde às tarefas de comandar condutas e eleger valores, o interpretar e o agir dos agentes públicos; b) *função ordinária do discurso burocrático*: correspondem às atividades de regularização, acompanhamento, ordenação e impulso dos procedimentos; c) *função decisória do discurso decisório*: corresponde às atividades aplicativas, conclusivas e concretizadoras dos parâmetros normativos; d) *função cognitivo-interpretativa exercida pelo discurso científico*: correspondem às atividades de conhecimento, distinção, classificação, orientação, interpretação, sistematização e crítica dos demais discursos apresentados; e) *função persuasiva ligada à práxis jurídica*: exercida com muita presença pelo discurso parcial dos litigantes em procedimentos formais.



### Exemplificando

Por exemplo, as atividades de convencimento, persuasão, formação de prova, exegese, etc., explicitam manifestações da função persuasiva da linguagem ligada à práxis jurídica.

O *discurso normativo* tem como característica o modal poder-fazer-dever, referente aos textos normativos, leis, portarias, regulamentos e decretos; o *discurso burocrático* tem como característica o modal poder-fazer-fazer, referente às decisões de expediente e andamento burocrático-procedimental; o discurso decisório tem como característica o modal poder-fazer-dever, referente às decisões de oportunidade, mérito e legalidade na esfera administrativa, e sentenças, acórdãos e decisões interlocutórias na esfera judiciária; o *discurso científico* tem como característica o modal poder-fazer-saber, referente às lições doutrinárias, ensinamentos teóricos, resenhas, críticas, comentários, etc. (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 490).

Esclarecemos que diante de vários discursos com sua característica peculiar, é comum que algum deles venha a falar de assuntos pertencentes a outro tipo de discurso, todavia, com ele não há que se confundir. Por exemplo, um discurso religioso pode mencionar assuntos de natureza jurídica, mas não pode ser chamado de discurso jurídico, mesmo tratando de assunto de natureza jurídica.

O discurso jurídico com traços elementares de sua formação diferenciada em meio a outras práticas sociais de linguagem apresenta as seguintes características: 1) linguagem técnica; 2) construída com base na experiência da vida ordinária; 3) ocorre intraculturalmente; 4) possui ideologia; 5) exerce poder; 6) seu caráter é normalmente performativo e sua apresentação faz-se por meio de pressupostos lógico-deônticos.

É uma linguagem técnica porque foi condicionada a uma especialização, em que pese a existência de uma pugnação pela abolição dos termos técnicos. Os problemas existem, pois a linguagem jurídica também sofre com as ambiguidades trazidas pelas terminologias de outras esferas do conhecimento.



### Refleta

Certamente, a manipulação da linguagem jurídica por pessoas experimentadas nesta área tende a produzir uma linguagem mais técnica em sua escrita, todavia, isso pode não acontecer diante de pessoas desprovidas desse conhecimento técnico, como testemunhas, etc.

Nem por isso, o discurso jurídico perderá a sua característica. Portanto, não é o vocabulário que determina a qualidade do discurso e nem é o discurso que determina o uso do vocabulário.

No que tange às questões intraculturalmente e que se desenvolve nas experiências cotidianas, há um esquema que pode ser observado no conteúdo discursivo, sendo: linguagem natural – linguagem formal – sintática contextual dos signos jurídicos – discurso normativo – discurso burocrático – discurso decisório – supratextualidade científica. Nesse esquema componencial verificam-se elementos linguísticos que foram transportados de seu significado natural para o significado jurídico. Portanto, mesmo tendo sua autonomia, não há como descartar suas relações com outras formas discursivas. Quanto à relação existente entre juridicidade e ideologia, temos de aplicá-la como sendo um “ato de escolha” e de intervenção do sujeito singular sobre as estruturas discursivas e sobre as práticas de sentido.



#### Faça você mesmo

Todo discurso contém algum tipo de ideologia, pois pressupõe atitudes e escolhas por parte de quem o constrói. O discurso jurídico é ideológico porque pressupõe decisões e estas não podem se excluir de fatores políticos, socioculturais, econômicos e históricos.

Aprofunde seus conhecimentos sobre semiótica com a leitura do seguinte artigo disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/11575/10271>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

Quanto ao exercício do poder e seu caráter performativo, pode-se dizer que o discurso jurídico não é um discurso restrito à descrição de fatos, à construção de situações deliberativas, à apresentação de conclusões lógicas ou epistemológicas. Sua utilização geralmente é operativa, pois seu discurso é transformacional, gerador de efeitos, de produção de resultados. Poder porque está comprometido com o exercício do poder. O poder discursivo aqui exposto pode ser definido como a capacidade de gerar obediência ao destinatário. Os atos desobedientes são desqualificados, sancionados ou considerados ineficazes para fins jurídicos. É transformacional porque é possível observar no discurso jurídico a necessidade de comunicação e produção de resultados, sejam estéticos, morais, vinculativos e utilitários (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 491-497).



### Exemplificando

Especificamente sobre o poder da linguagem, considera-se que o homem foi projetado biologicamente para viver em sociedade e isso faz parte de sua essência. Essa interação exige o desenvolvimento de processos comunicativos. É por meio da linguagem que as pessoas expressam suas vontades. A inteligibilidade do discurso depende da sua clareza. A linguagem influencia e se faz influenciar (NADER, 2012, p. 125-126).

Vemos que a linguagem tem uma amplitude e um poder muito grande nas relações sociais, sendo que o discurso jurídico se torna ainda mais importante por lidar com os conflitos sociais existentes. Atualmente, com o uso e o avanço da tecnologia, temos que considerar que as formas de influenciar e de ser influenciado também foram alteradas, quando se fala em linguagem escrita, temos de considerar não apenas os textos jurídicos, mas também as formas eletrônicas de comunicação.

A evolução da sociedade depende muito do aperfeiçoamento da linguagem. Se num primeiro momento a linguagem busca identificar coisas e fatos, o poder da inteligência humana fez dela um instrumento de processos lógicos, científicos e tecnológicos. Assim, os seres humanos foram desenvolvendo formas mais complexas de linguagem. Um simples gesto pode significar uma intenção, assim como a linguagem pode expressar uma vontade individual ou coletiva. Neste último caso, é comum a utilização de meios de comunicação de massa para tornar público aquilo que se deseja (NADER, 2012, p. 126).

Assim, é possível afirmar que o direito se realiza através da linguagem e suas formas. É através desse discurso que o direito se legitima perante a sociedade, extraindo dela suas principais necessidades. Sem o direito e suas várias formas de linguagem seria difícil manter uma coesão sistemática com as outras formas de linguagem e, em especial, uma expectativa da sociedade sobre a resolução dos conflitos que lhe interessam. Evidentemente, essas expectativas também se alteram com o discurso de acordo com o desenvolvimento político, histórico, cultural e econômico de cada sociedade.

### A lógica jurídica

Conforme aprendemos o Direito utiliza-se sobremaneira da linguagem jurídica em sua forma escrita e verbal. O raciocínio jurídico é expresso por meio destas linguagens, valendo-se dos discursos devidos buscando convencer ou declarar normas.

O raciocínio jurídico verbalizado é conhecido como exercício de prática de lógica jurídica, haja vista que a própria palavra lógica em suas origens significa “razão verbalizada”.

Por não permitir crenças absolutas e incontestes, a lógica jurídica, apesar das raízes na lógica da filosofia pura, possui muito pouco de matemática em suas dinâmicas de funcionamento. Os procedimentos para alcançar uma decisão final em face de um conflito de interesses jurídicos, e o exercício de raciocínio jurídico para alcançar tais decisões, não se valem de esquemas preconcebidos. É por isso que a lógica do direito se distancia da lógica matemática.

A prática de discurso é que permite o funcionamento do direito, e estas práticas ocorrem, também, em interação com outras alheias ao sistema jurídico. A sentença (discurso decisório), que se vale da lógica para acontecer, cria textos que individualizam a lei (discurso normativo), dando sentido concreto para algo que existia somente em discurso abstrato.

A lei ao ser interpretada tem seu discurso reconstruído e tal processo é uma atividade que deve ser desenvolvida como um exercício de razão prática, ou seja, informado pela prudência. É neste contexto que a compreensão da relação entre linguagem, discurso e lógica jurídica surge explicitamente.

No processo de interpretação das leis, ou no processo de complemento da ausência de leis para uma situação concreta, ou quando duas leis aparentemente são opostas, a semiótica, permitindo a decodificação, interpretação, dos elementos culturais, ideológicos, psicológicos, sociais e lógicos, condicionam a sentença proferida.

Em razão desta variável condicionada a inúmeros elementos externos é que a lógica formal não serve ao direito, que precisa de decisões situacionais (conforme o momento e contexto), abrindo espaço para o que o professor Eduardo Bittar chama de lógica do razoável, a qual, em oposição à lógica matemática, demanda razoabilidade.



### Pesquise mais

Leia mais sobre a lógica jurídica e seu distanciamento da lógica formal matemática e seu alinhamento com os valores do razoável lendo o capítulo 34, páginas 506 até 513 da obra abaixo:

BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA, Guilherme Assis. **Curso de Filosofia do Direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Essa oposição à lógica matemática, contudo, não implica afirmar a ausência de uma lógica, mas, sim, reconhecer que o direito possui sua própria razão de ser, e sua lógica de valores, também.

É por isso que a lógica jurídica não pode ser confundida com a lógica formal, da filosofia pura. Tal compreensão da lógica jurídica, alinhada ao modelo positivista, prejudica a observação dos valores, prejudicando, uma aproximação mais eficiente entre a teoria e a prática jurídica. Manter a atenção no razoável e no prudente garante a manutenção do olhar no justo durante a observação dos conflitos sociais.

### Sem medo de errar!

Você, atuando como juiz, recebe uma petição inicial, um pedido inicial de ação. A petição apresenta inúmeras expressões em francês e diversos trechos de textos jurídicos em inglês. Todas estas expressões e trechos não foram traduzidos pelo tradutor juramentado do juízo. Com base nos seus conhecimentos sobre linguagem e Direito, bem como a normatização da linguagem jurídica pela Constituição, você lançaria uma decisão de recebimento da ação, ou não receberia esta?



#### Atenção!

Retome no texto a importância de línguas estrangeiras na formação do jurista, mesmo em face do reconhecimento, somente, da língua portuguesa, como idioma oficial do sistema judiciário nacional.



#### Lembre-se

Conforme aprendemos no decorrer das seções, a produção do conhecimento sobre o Direito ocorre em diversas culturas e diferentes países, portanto está submetida a diferentes línguas do mundo. Considere seriamente desenvolver seus conhecimentos em relação a outras línguas ou, pelo menos, o eficaz domínio do tradutor *on-line*, para alcançar diferentes informações e conhecimentos sobre o direito no Brasil e no mundo.

## Avançando na prática

Pratique mais	
<p align="center"><b>Instrução</b></p> <p>Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois compare-as com as de seus colegas.</p>	
"Discursos e Competências"	
1. Competência de fundamentos de área	Analisar e distinguir modelos de discurso.
2. Objetivos de aprendizagem	Memorizar as características dos modelos de discurso existentes na prática cotidiana do profissional do Direito, distinguindo onde cada um destes cabem ou são indevidos.
3. Conteúdos relacionados	Análise de discurso – Modelos de discurso – Semântica.
4. Descrição da SP	Um advogado ingressa com uma ação exigindo que você declare uma sentença com função de ordenação de procedimentos dentro do Fórum e que a sentença, também, exerça persuasão sobre a outra parte em relação aos seus argumentos. Com fundamento no que aprendemos sobre as modalidades de discurso e funções de cada um, a modalidade de discurso da parte e aquela requerida como pedido é inserida dentre as que competem a você como julgador?
5. Resolução da SP	Dentre as modalidades de discurso sabemos que compete ao juiz, quando proleta sua sentença, valer-se da modalidade decisória do discurso. Podemos notar nesta SP que o advogado representante da parte requer que em uma sentença o juiz profira em sentença discurso referente à gestão administrativa, função burocrática do discurso, e advogue em favor de uma parte, função persuasiva do discurso.



### Lembre-se

Dentre as modalidades de discurso jurídico, devemos considerar o *normativo*, o *burocrático*, o *decisório* e o *científico*, cada qual com suas particularidades. E para cada uma dessas modalidades, visualizam-se funções jurídico-discursivas preponderantes: a) *função cogente do discurso normativo*: corresponde às tarefas de comandar condutas e eleger valores, o interpretar e o agir dos agentes públicos; b) *função ordinária do discurso burocrático*: corresponde às atividades de regularização, acompanhamento, ordenação e impulso dos procedimentos; c) *função*

*decisória do discurso decisório*: corresponde às atividades aplicativas, conclusivas e concretizadoras dos parâmetros normativos; d) *função cognitivo-interpretativa exercida pelo discurso científico*: corresponde às atividades de conhecimento, distinção, classificação, orientação, interpretação, sistematização e crítica dos demais discursos apresentados; e) *função persuasiva ligada à práxis jurídica*: exercida com muita presença pelo discurso parcial dos litigantes em procedimentos formais.



### Faça você mesmo

Leia mais sobre o processo de pensamento lógico-jurídico, desconectado da categoria “razoável”, e aprofunde a importância da semiótica e semântica, para a elaboração de um raciocínio lógico-jurídico com a leitura deste artigo que resume de forma interessante o processo de pensamento lógico-jurídico. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Perelman1.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

Após, sistematize conforme o que aprenderá com a leitura deste artigo, qual a importância da lógica e da argumentação, para os profissionais do direito. Esta lógica, desconectada do razoável, analisada por alguns pensadores do direito, é alinhada ou distante, também, da lógica matemática?

### Faça valer a pena

**1.** Sendo um fenômeno social, o direito precisa chegar às pessoas de alguma forma. Verificada essa necessidade de aproximação, podemos afirmar que esse vínculo ocorre através da linguagem jurídica.

Conhecendo a importância da linguagem jurídica, podemos considerar que:

- a) A linguagem jurídica é o instrumento de manifestação ou de publicidade do direito.
- b) A linguagem jurídica não busca tornar o direito conhecido.
- c) A linguagem jurídica é de uso exclusivo dos juristas.
- d) A linguagem jurídica não tem características específicas.
- e) A linguagem jurídica é estática em relação à sociedade.



**2.** Dentre as várias formas que a linguagem jurídica pode assumir, a grande maioria dos doutrinadores concordam numa classificação tradicional.

Reconhecendo que essa classificação tradicional divide a linguagem jurídica em escrita e não escrita, assinale a alternativa incorreta quanto a essa temática:

- a). O domínio das práticas jurídico-textuais constitui um universo autônomo, capaz de produzir suas próprias injunções e influências sobre os demais universos discursivos que o circundam.
- b). O discurso jurídico é oriundo da linguagem natural e autônomo em relação a ela, em que pese preservar sua relação dialética com outros sistemas vigentes.
- c). A linguagem jurídica verbal é a base da manifestação do direito, mas não é aquela que sintetiza com maior propriedade o grande número de informações do universo jurídico.
- d). As práticas jurídico-textuais são sustentadas por um sistema semiótico, sendo que a "juridicidade" se constitui um metassistema, ou seja, está assentada sobre os pilares de um ou de vários outros sistemas existentes.
- e). Há um sistema de manifestação socialmente preexistente em que as práticas jurídico-textuais se valem. Essa manifestação preexistente é produto da história cultural, de ambiguidades semióticas e de fluxos e refluxos de toda espécie.

**3.** Um dos temas que foram observados em nossa pesquisa são as formas de linguagem. Isso inclui a linguagem de natureza jurídica e o chamado instituto da "semiótica", o qual passa a ser de fundamental importância nesses estudos.

Sabendo que é possível conceituar o instituto da "semiótica", podemos considerar como incorreta o conteúdo da alternativa:

- a). A semântica dispõe sobre as relações entre o sinal e o objeto, revelando a sua significação.
- b). Há dois tipos de significados, ou seja, o específico e o genérico.
- c). A semiótica se compõe de regras semânticas, sintáticas e pragmáticas.
- d). O objeto de estudo da semiótica são os tipos de signos destinados à comunicação.
- e). Semiótica é a ciência dos signos e o seu vocabulário provém do grego *semeiotiké*, formado por *semeion* (sinal) e *optiké* (ver), significando, pois, os vários modos de ver.



## Seção 4.4

### Direito e norma

#### Diálogo aberto

Chegamos à última seção do curso de Filosofia do Direito. Aprenderemos o que é a Filosofia, conheceremos os esforços em distinguir a Filosofia do Direito da Filosofia Pura, estudamos a história da Filosofia do Direito desde os primórdios da Filosofia, como pré-filosofia, até os dias contemporâneos. Por fim, nas últimas unidades fomos apresentados a tópicos conceituais que consideramos de destaque para aprofundar o conhecimento sobre os mecanismos de instrumentalização das categorias analíticas da Filosofia do Direito.

Nesta última seção você entenderá os motivos que levam o Direito a ser reconhecido como um “sistema uno”, bem como compreenderá as razões pelas quais a sistemicidade do Direito deve ser preservada como forma de garantir a unicidade da ciência. Vai entender as razões pelas quais princípios específicos são aplicáveis em algumas áreas do Direito e em outras não.

Você, em sua atuação como juiz, deverá decidir se em uma ação que requer a aplicação do princípio de uma área do Direito, Direito do Trabalho, por exemplo, que recomenda sempre a aplicação da norma mais benéfica ao trabalhador – parte hipossuficiente e em regra autor da ação –, em uma ação de revisão de cobrança de tributos pela Fazenda.

O Direito moderno, conforme você vai aprender, busca tornar-se único, contudo, as origens pluralistas do sistema jurídico ainda influenciam a aplicação de normas em nossa realidade social mundial.

Vamos lá, aprofundar nossos conhecimentos sobre o conteúdo propedêutico necessário para qualificar o nosso raciocínio jurídico e atuação profissional? Esta última unidade traz um acúmulo de conteúdo maior do que o normal, pois, instrumentalizaremos mais conteúdo em razão da situação em que nos encontramos, formados na disciplina de Filosofia do Direito.

Esperamos, sinceramente, que o conteúdo apresentado tenha sido de grande

valia para auxiliá-lo em sua jornada de formação como futuro técnico, e quem sabe, jusfilósofo ou jurista nacional.

Foi um prazer acompanhá-lo nesta jornada, espero que tenha apreciado.

## Não pode faltar!

### O conceito de sistema e a unicidade do Direito

Dentro do ensino jurídico aprendemos várias teorias que fazem parte do contexto geral da área do conhecimento do Direito e que surgem de forma específica dentro de cada disciplina. Assim falamos em teoria do direito, teoria do Estado, teoria contratual, teoria consumerista, dentre outras. Da mesma forma que existe uma divisão entre o Direito Público e o Direito Privado, essas teorias também se multiplicam no ambiente jurídico. Em que pese falar em divisão do direito ou mesmo entre as várias teorias que compõem uma disciplina, isso não implica em afirmar que o Direito é múltiplo. Pelo contrário! O Direito busca ser uno. Essas divisões existem e são aceitas para um melhor ajuste pedagógico no aprendizado, mas não significa que o Direito moderno é aceito como plural. O que existe, assim, cientificamente falando, é a unicidade do Direito. Essa unicidade ou totalidade do Direito encontra-se bem ajustada no que chamamos de "ordenamento jurídico", ou seja, um sistema ordenado dos elementos que compõem o Direito. Esta compreensão afirma a noção de sistema integrando todo o ordenamento jurídico.

E como o direito é um instrumento que também serve para manter a paz social, a ideia de sistema ganha ainda mais relevância. Contudo, inúmeros são os pensadores que concluem, todavia, que não existe ordenamento jurídico pleno, não passando de mera ficção, pois é impossível um ordenamento jurídico conter todos os comportamentos humanos possíveis. Essa impossibilidade é reconhecida pela nossa Lei de Introdução do Direito que regulamenta o preenchimento de lacunas legais. Alguns entendem que tais lacunas seriam provisórias, pois um dia, no futuro, todas elas seriam eliminadas. Temos dificuldade em acreditar nisso.

Isso porque o sistema jurídico abrange várias normas, cada qual com suas características específicas, mas não tem o poder de prever todos os casos que ocorrem em sociedade. Sempre haverá alguma lacuna, ainda que provisória, mas sempre haverá. O mais importante é que o juiz faça uso de um juízo coerente para suprir essa necessidade.

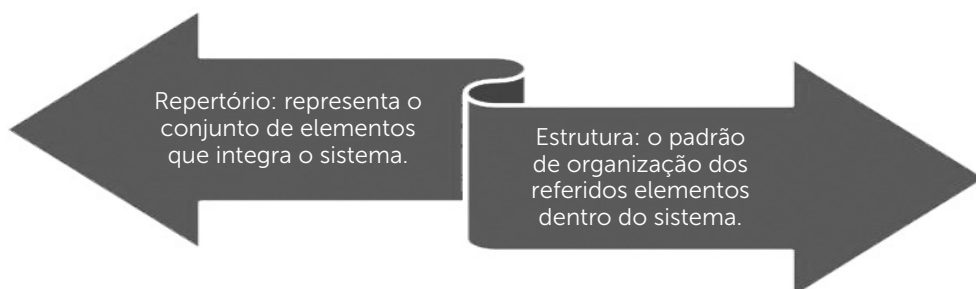


## Vocabulário

**Sistema:** é uma construção científica integrada por um conjunto de elementos que se relacionam dentro de uma estrutura, tendo cada um desses elementos uma função que tenta explicar essa realidade natural ou social que está sendo investigada.

Um sistema pode ser decomposto em duas dimensões:

Figura 4.6 – Dimensões de um sistema



Fonte: A autora .

Há vários conceitos sobre a categoria sistema, além deste que apresentamos, mas em todas as definições emergem duas características: ordenação e unidade. Elas são diferentes, mas se comunicam e se relacionam. A ordenação decorre de uma formulação geral, evitando qualquer restrição precipitada, exprimindo um estado de coisas apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unicidade, pode-se dizer que decorre da própria ordenação, não permitindo uma dispersão das partes, uma desconexão das singularidades (CANARIS, 2002, p. 12-13).

A ordenação e a unidade do direito pertencem às mais fundamentais exigências ético-jurídicas modernas e radicam na própria ideia do direito. A ordem resulta diretamente do postulado de justiça, de tratar o igual de maneira igual e o diferente de maneira diferente, na medida desta desigualdade. Assim, tanto o legislador como o juiz estão adstritos a proceder com essa adequação. Essa adequação racional dentro do conceito de sistema é retirada do princípio da igualdade. Em que pese a característica da unidade pertencer ao domínio da filosofia, ela também provém do princípio da igualdade, pois procura garantir a ausência de contradições da ordem jurídica, não representando mais do que a realização da justiça. Assim, o direito não se dispersa na multiplicidade de valores singulares e desconexos. Contudo, destacamos que o princípio da equidade, diferente da concepção igualitária liberal do princípio da igualdade, exige uma compreensão sistêmica do Direito que reconhece em pé de igualdade diferentes concepções do Direito e não as neutraliza, silencia ou nega.

Explica Norberto Bobbio (2014, p. 48-49) que a complexidade do ordenamento jurídico não exclui sua característica de unidade. Cada ordenamento jurídico tem uma norma fundamental e essa norma fundamental garante a unidade do ordenamento. Sem essa norma fundamental, estaríamos diante de um amontoado de leis, e não de um ordenamento. É por essa razão que as normas do ordenamento jurídico estão dispostas de forma hierárquica. Ao falarmos em ordenamento jurídico nos remetemos à ideia de sistema, em razão dos seus vários elementos normativos e também devido à sua organização, todavia, trata-se de algo novo e que foi sendo alterado conforme a evolução social e a organização do nosso ordenamento jurídico.

Com base no pensamento jurídico, por exemplo, o ordenamento estreitou seu repertório admitindo somente normas jurídicas. Esta é a fase do chamado “positivismo legalista”. Em outros momentos houve uma ampliação do repertório, admitindo-se fatos, valores e normas. Esta é a fase do chamado “culturalismo”. Essas modificações não se limitaram ao repertório, atingindo também a parte estrutural. Neste sentido, há o caráter lógico-formal visto na teoria pura do direito e também o caráter dinâmico das relações dialéticas observados no direito alternativo (SOARES, 2013, p. 112).

Uma análise mais apurada de sistema foi realizada pelo pensamento positivista do século XIX, justamente num período em que afluía o conceito moderno de ciência. Pelo pensamento positivista, o sistema jurídico é um conjunto de normas evocadas de forma harmônica, coerente, regular e estrutural dentro do ordenamento jurídico. A ideia de sistema pressupõe garantia da segurança jurídica (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 475).

### **O sistema normativo e suas características**

O Direito é composto de várias espécies normativas. Desta maneira, fala-se em normas proibitivas, obrigatórias e permissivas. As normas proibitivas são aquelas que proíbem a realização de determinada conduta, como, por exemplo, aquelas que proíbem o ato de fumar em determinado local. No caso das normas obrigatórias, estas estabelecem a imposição de uma conduta, como, por exemplo, a obrigatoriedade do voto aos maiores de 18 anos. Finalmente, existem as normas permissivas, as quais não apresentam obrigatoriedade ou proibição, mas faculdade na prática de determinada conduta, como, por exemplo, a faculdade de voto entre os maiores de dezesseis e os menores de dezoito anos. Há que se considerar que nem todas as normas dispostas em nosso ordenamento jurídico são dotadas de sanção. Muitas delas não possuem essa característica. É o caso, por exemplo, das normas programáticas contidas na Constituição Federal de 1988, as quais traçam diretrizes gerais para que o Poder Público possa atuar (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 478).

Essas normas são criadas a partir do que ocorre em sociedade. A vida social dita a elaboração das normas e quando essa é criada dizemos que ela passa a fazer parte do chamado “dever ser”. Quando esse “dever ser” é violado entra em cena a sanção trazida pela maioria das leis. Enquanto a lei científica descreve a normalidade, a norma jurídica prescreve a normalidade, pois aquela está no plano do “ser” e esta última no plano do “dever ser” (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 476-477).



### Assimile

Perceba que o Direito não se resume numa norma, mas num conjunto de normas devidamente organizadas dentro de um sistema muito mais amplo, responsável por manter a segurança jurídica para que as leis possam ser aplicadas em sociedade.

Interessante a contribuição trazida pelo filósofo Hans Kelsen, o qual distingue duas realidades jurídicas, sendo uma composta pela norma e outra composta pelo ordenamento jurídico. Kelsen intitula de “estática jurídica” o capítulo que estuda a norma, e de “dinâmica jurídica”, o capítulo que estuda o ordenamento jurídico. As normas jurídicas não estariam ordenadas no mesmo plano, mas escalonadas em diferentes camadas ou níveis. Assim, como numa figura piramidal, a norma inferior tira o seu pressuposto de validade de uma norma superior a ela, ou seja, pela proposta kelseniana, cada norma a entrar no ordenamento jurídico seria considerada válida em razão de sua norma antecessora. No topo da pirâmide figura sua norma mais valiosa, a quem consagra o nome de “norma fundamental” (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 479).

Diferentemente de Kelsen, outras formas de pensar o sistema se apresentam. Niklas Luhmann, por exemplo, apresenta duas características em seu pensamento sistêmico, as quais mudam a concepção kelseniana. A primeira é que a ciência não deve estar voltada para a análise das partes constitutivas do todo, mas para a observação das relações desse todo. A segunda característica é mudar o foco de observação entre os mais variados escalonamentos hierárquicos sem romper a cientificidade do seu processo de verificação. Assim, muda-se o foco da ciência de uma contínua classificação das partes, para a observação das relações dessas partes como um todo interdependente (TRINDADE apud FAZENDA, 2008, p. 27).

O autor complementa dizendo que deve ser considerado em uma sociedade, as comunicações entre os sistemas e seus elementos. Não é o indivíduo que forma o sistema, mas as comunicações que existem em sociedade (TRINDADE apud FAZENDA, 2008, p. 34).

Analisando essa citação com base no pensamento de Niklas Luhmann, as normas jurídicas não devem ser analisadas de forma individual, mas em seu conjunto, dentro do sistema do qual fazem parte, pois ainda que haja subsistemas, todos eles se comunicam.

Há que se considerar ainda, a validade e a eficácia das normas dentro do sistema. A validade diz respeito à obediência às condições formais e materiais de sua produção antes de fazer parte do sistema jurídico. Por sua vez, chama de eficácia a possibilidade concreta da norma produzir seus efeitos dentro do ordenamento jurídico, pois verifica-se a presença das condições técnico-normativas e também fática dessa norma (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 480-481).

Quando se fala em norma jurídica, como aquelas que regem o comportamento social dos homens, devemos distinguir as leis jurídicas. A lei jurídica pode ser empregada em dois sentidos diferentes. No primeiro, ela representa o direito escrito, opondo-se ao chamado costume jurídico, que é uma regra não escrita. Por isso, fala-se que esse é o sentido restrito. No segundo sentido, a acepção é ampla. O vocábulo lei abrange todas as normas jurídicas: lei escrita, costume jurídico, jurisprudência, etc. Assim, entre as normas que conduzem o comportamento humano temos: as normas morais (fundadas na consciência), as normas religiosas (fundadas na fé), os usos e costumes (fundados nos hábitos de convivência, recreação, esportes, etc.), as normas jurídicas, as quais se distinguem das demais no campo do direito. A obrigatoriedade e a força coercitiva que elas impõem irão diferenciar a norma jurídica da norma moral (MONTORO, 1997, p. 305-306).

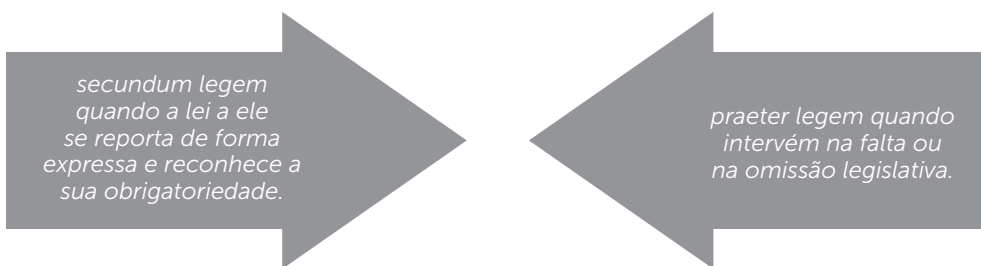
Percebemos que no seu sentido amplo, o vocábulo lei descreve uma série de normas que fazem parte do nosso sistema jurídico. Essas normas, em que pese a aparente dispersão em nosso ordenamento jurídico, não se encontram desta forma, mas estão alocadas hierarquicamente dentro do sistema.

Sob o ponto de vista hierárquico, as normas podem ser constitucionais, complementares e ordinárias, regulamentares, decretos, portarias, etc. (MONTORO, 1997, p. 335). Quanto à natureza de suas disposições, as normas podem ser substantivas, quando definem relações jurídicas ou criam direitos, como no caso do Código Civil ou Penal, mas também podem ser adjetivas, quando regulam o modo ou processo para fazer cumprir as leis substantivas. São chamadas de leis processuais. Ressalta-se, todavia, a classificação das normas quanto à sua sistematização. Fala-se em normas esparsas ou extravagantes quando são editadas isoladamente, como a lei de falência, a lei do inquilinato, dentre outras. Fala-se também em leis codificadas quando estas constituem um corpo orgânico de normas sobre determinado campo do direito, como é o caso do Código Penal ou Comercial. Fala-se ainda, em consolidação quando reúne, de forma sistemática, leis esparsas já existentes e em vigor, sobre determinada matéria. É o caso, por exemplo, da Consolidação das Leis Trabalhistas (MONTORO, 1997, p. 344-346).

Vale complementar as questões envolvendo o costume. Falamos que se trata de norma não escrita, mas que faz parte de todo arcabouço jurídico. Os costumes também apresentam espécies que ajudam a diferenciá-los das demais normas jurídicas. O costume pode ser:



Figura 4.7 | Costumes - classificação



Fonte: A autora.



### Refleta

Perceba como o costume permanece reconhecido como elemento similar à norma jurídica em nosso ordenamento, que se propõe uno. O artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro declara ser o costume relevante ferramenta de preenchimento de lacunas de norma jurídica, ou seja, ainda não alcançamos e dificilmente alcançaríamos um sistema unicista do Direito.

Portanto, podemos afirmar ser o sistema jurídico algo muito complexo, mas isso não afasta o caráter de unidade do Direito. Tanto a classificação das normas como a divisão em público, privado ou difuso, existem para efeitos pedagógicos ou de melhor interpretação do Direito. Suas intersecções e a multidisciplinaridade existente no Direito não afasta seu caráter de unidade. Pensar de outra forma é impedir que o Direito seja um instrumento para a solução dos problemas sociais.

Com o advento do modelo Moderno de Estado, ganha destaque o conceito de soberania, elemento constituinte do Estado (povo, território, cultura comum e soberania). Com o Estado surge a concepção de que em um determinado espaço territorial deve existir apenas uma ordem jurídica, ou seja, deve existir uma unicidade do Direito, acreditando-se que sem esta unicidade o Estado não conseguiria manter a sua existência.

O fortalecimento dos Estados tornou o Direito cada vez mais algo escrito, declarado, e menos consumerista. Conforme aprendemos nas seções anteriores, durante este período destacaram-se Montesquieu, Rousseau e Hobbes. Esses pensadores garantiram a legitimidade das instituições que garantiam a segurança, e a separação dos poderes, nesta nova ordem moderna. Essa nova perspectiva, conforme aprendemos, fundamentou o surgimento da ciência do direito do século XIX, ciência esta que trouxe a unicidade do direito e a sua redução à norma posta.

A unicidade do Direito tornou-se meta durante toda a contemporaneidade,

confundindo-se com valores positivistas sendo, na atualidade, fortemente criticada como artificial e fictícia em face da realidade social do mundo. Contudo, não é possível ignorar que o desafio de interpretação de textos legais, em face de situações novas, exige uma compreensão do Direito por parte do julgador.

Nesta realidade complexa onde a unicidade apresenta-se como resposta para os desafios interpretativos, os princípios alternam suas intensidades conforme a disciplina do Direito. Perceba como princípios, como aplicação da melhor regra para o polo passivo, não são constantes, pois em direito trabalhista o trabalhador nem sempre é o requerido, sendo na maioria dos casos o requerente.

Os esforços para proteção da propriedade, do período iluminista, demandaram respostas rápidas do Direito, o que o Direito consumerista não podia ofertar. Assim, o Direito foi reduzido ao Direito legal (único e declarado pelo Estado) e, portanto, mais adaptado às necessidades de rapidez das demandas modernas. Uma vez identificado o direito como lei, (único e positivado), sendo necessário somente outra declaração de norma, uma canetada, para alterá-lo, este passou a ser visto como mais adaptado às questões temporais.

Essa supervalorização da lei, resultado do processo de unicidade do Direito, cresce até chegar no legalismo (positivismo legal). Com essa mudança deixou de ser necessário considerar o aspecto consuetudinário das leis e situações, aquilo que sempre foi, para levá-las a judiciário. As normas, escolhidas e aplicadas conforme as necessidades, precisam se originar de um único sistema.

O Iluminismo e o Renascimento colocaram no imaginário dos povos a ideia de que o direito somente assegura a ordem e a segurança, com o abandono do pluralismo de ordenamentos jurídicos e a unificação destes em todo território. Este Estado Nacional soberano passaria a ser o detentor do monopólio de produção das normas jurídicas.

Como ainda se adota na maioria dos países do mundo a forma de organização do Estado Nação concebida no Estado Moderno, complementada pelas modificações trazidas pela Revolução Francesa, não é possível hoje em dia aceitar, dentro do mesmo território, mais do que um único sistema jurídico. Muitos críticos apontam como consequência direta dessa organização do direito, a ocultação e silenciamento da diversidade existente na sociedade. Afirmam que a imposição de um modelo único de direito em uma sociedade oculta suas diferenças no espaço legal, além de legitimar a imposição de fundamentos jurídicos como ferramentas de dominação cultural de um grupo sobre outros.



### Exemplificando

O tratamento dado ao índio (e a seus direitos, inclusive como nação) ao longo da história do Brasil. No momento da Independência de Portugal

não se deu reconhecimento legal aos indígenas, passando eles a serem tratados como indivíduos formalmente iguais aos demais. O resultado, trágico, é a famosa e triste frase “índio bom é índio morto”: entendeu-se que o índio devia mesmo ser aculturado, integrado à sociedade dominante, em clara predileção pela política de aculturação em detrimento da valorização da diversidade cultural.

Alguns juspensadores críticos afirmam que a unicidade do Direito é uma meta inalcançável em face da realidade das sociedades que constituem as nações. Muitos concordam que a pluralidade de ordens econômica, racial, profissional, dentre outras, em uma sociedade, indicam uma potencial ruptura social que se refletiria em uma nova ordem jurídica reconhecida. Como o sistema jurídico moderno, inclusive o brasileiro, não reconhece essa pluralidade, somos obrigados a massificar o direito, reduzindo-o ao ordenamento jurídico, e esse ordenamento é único, sendo aquele imposto pelo Estado.

Essa percepção de que o Estado não deve concentrar e unificar o direito, desconsiderando a pluralidade e complexidade de nossa civilização, é defendida por diversos juspensadores contemporâneos que buscam destacar ferramentas que não inviabilizem as diversidades existentes na sociedade no espaço do judiciário, o conceito de interseccionalidade surge com este objetivo.



### Faça você mesmo

Aprofunde os seus conhecimentos sobre o que vem a ser interseccionalidade por meio deste artigo disponível em: <<http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2016. Após a leitura, busque mais informações sobre o conceito jurídico de comparators, apresentado na prova de seleção do programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP. Este conceito, assim como o conceito de interseccionalidade, demandam por um reconhecimento da necessidade de uma maior sistemicidade e pluralidade num sistema jurídico que busca tornar-se único.

Muitos confundem o conceito de interseccionalidade valendo-se desta categoria para identificar o “cruzamento de identidades excluídas e silenciadas em uma mesma pessoa”, contudo, esta percepção não é fiel ao termo.

A interseccionalidade reconhece que existem necessidades específicas, no espaço do direito, para diferentes grupos, e que um indivíduo não é formado apenas por um único elemento de identidade; gênero (homem ou mulher), raça (preto, pardo, branco, amarelo e indígena), classe, (média, alta, baixa, abaixo da linha da miséria), grau

de formação educacional (analfabeto, ensino básico, médio, superior, pós-graduação), mas sim que todos esses elementos constituem um indivíduo e determinam a forma como este irá se relacionar com outros e com o espaço do Direito em um Estado de Direito Republicano e Democrático.

Perceba que nem todos são somente triângulos, ou somente listrados, mas que alguns podem ser triângulos listrados e estas especificidades são observadas por meio da ferramenta interseccionalidade.

As políticas de Estado, declaradas legalmente, e diversos outros documentos das Nações Unidas – resultantes de acordos entre os estados-membros – reconhecem que para garantir a igualdade de todos, conforme preconizam as diversas constituições do mundo é necessário que as leis sejam aplicadas conforme a condição do sujeito. Assim, a ideia de interseccionalidade surge no espaço do ordenamento jurídico, que se propõe ser uno, e implementa uma pluralidade de compreensão de aplicação das normas ajustando-as às realidades sociais reconhecidas.

Essa aplicação “alternativa” do Direito, alinhada com a compreensão neoconstitucional do Direito, fortemente presente nos debates contemporâneos, exige uma formação multidisciplinar do estudante e profissional do Direito. Essa crítica à compreensão de que o Estado, que declara o direito, é a única fonte de poder na sociedade, compreensão já desconstruída por nós na seção Direito e Poder da unidade 3 deste curso, levou à demanda de reconhecimento da influência que outros poderes exercem no cotidiano das pessoas, mitigando ou potencializando as normas que emanam do Estado. A multidisciplinaridade é reconhecida como a situação em que estudiosos de diferentes e diversas especialidades emitem suas opiniões sobre uma mesma situação. Esta junção de diferentes especialidades, inicialmente, não pretende integrar os diferentes saberes, mas sim, reunir diversas opiniões de diferentes especialidades sobre uma mesma situação.



### Pesquise mais

A necessidade de formação multidisciplinar do juiz, reconhecida e declarada pelo CNJ, é analisada a fundo neste artigo. Vamos aprofundar nossos conhecimentos sobre o tema? Disponível em: <[http://www8.tjmg.jus.br/cadernos-ejef/artigos\\_juridicos/alem\\_do\\_Direito\\_04\\_12\\_12.pdf](http://www8.tjmg.jus.br/cadernos-ejef/artigos_juridicos/alem_do_Direito_04_12_12.pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2016.

Apenas o Estudo multidisciplinar do Direito e a aplicação das normas de Direito com consciência da natureza da sociedade e como permite que o juiz se torne, também, um jurista, interpretando a norma, conforme sugeriu o professor Miguel Reale de forma atenta aos outros elementos constituintes do Direito, o fato e o valor. Somente com

uma compreensão multidisciplinar do fenômeno do Direito é que é possível manter a análise do fato consciente da natureza interseccional e multidisciplinar da realidade social aplicando, conseqüentemente, o Direito, que declaradamente é unicista de forma a reconhecer a necessária sistemicidade exigida por ele.

Assim, podemos notar que nos dias atuais, existe uma forte tendência de retorno ao reconhecimento do pluralismo jurídico, ou seja, de aceitação da sistemicidade do Direito, permitindo o diálogo entre diferentes sistemas jurídicos e, até mesmo, a multidisciplinaridade no processo de elaboração e construção do direito no cotidiano. O esforço artificial de reconhecimento e implantação de um modelo único de Direito dentro de um território nacional teve que ceder às exigências de democracias contemporâneas, podemos concluir.

### Sem medo de errar!

Você, em sua atuação como juiz, deverá decidir se em uma ação que requer a aplicação do princípio de uma área do Direito, Direito do Trabalho, por exemplo, que recomenda sempre a aplicação da norma mais benéfica ao trabalhador – parte hipossuficiente e, em regra, autor da ação –, em uma ação de revisão de cobrança de tributos pela Fazenda.



### Atenção!

A unicidade do Direito tornou-se meta durante toda a contemporaneidade, confundindo-se com valores positivistas sendo, atualmente, fortemente criticada como artificial e fictícia em face da realidade social do mundo.

Nesta situação você deverá ater-se a uma compreensão de funcionamento do Direito e escolher uma compreensão unicista dos sistemas do Direito ou Pluralista destes. Compreenda, novamente retomando o conteúdo que absorveu neste livro didático, que apesar de ser a regra no período da Idade Antiga e Medieval, hodiernamente, o Estado busca possuir um modelo unicista de Direito de forma a resguardar seu poder de declará-lo, como única fonte. No nosso caso, o advogado solicita a aplicação de um princípio de um sistema, trabalhista, em outro sistema fiscal, eventualmente valendo-se de uma lógica que entende todo o ordenamento jurídico como único, contudo, a pluralidade da realidade social e interesses do Estado e do indivíduo torna princípios mais presentes em um sistema, menos intensos em alguns ou até ausentes em outros sistemas.



### Lembre-se

Nos dias atuais, existe uma forte tendência de retorno ao reconhecimento do pluralismo jurídico, ou seja, de aceitação da sistemicidade do Direito, permitindo o diálogo entre diferentes sistemas jurídicos e, até mesmo, a multidisciplinaridade no processo de elaboração e construção do direito no cotidiano. O esforço artificial de reconhecimento e implantação de um modelo único de Direito dentro de um território nacional teve que ceder às exigências de democracia contemporânea, podemos concluir.

Desta forma, você deve, como juiz, negar a aplicação do princípio que mais beneficia o autor da ação, em uma ação fiscal (tributária), haja vista que o objetivo da execução fiscal e do fisco é a manutenção do Estado por meio das contribuições dos indivíduos, e os princípios que informam o sistema jurídico fiscal têm por objetivo garantir a manutenção e existência financeira do Estado, inclusive as expensas dos bens dos cidadãos. Neste contexto de ação Fiscal não seria aplicável princípios de direito do consumidor, ou de Direito Trabalhista, indicando a importância de uma compreensão pluralista do direito até mesmo para proteção dos interesses do Estado.

### Avançando na prática

Pratique mais	
<b>Instrução</b>	
Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois compare-as com as de seus colegas.	
"Unicidade e Pluralidade no Sistema Nacional"	
<b>1. Competência de fundamentos de área</b>	Instrumentalizar teorias de pluralidade de sistemas jurídico.
<b>2. Objetivos de aprendizagem</b>	Você será capaz de compreender como um sistema legal unicista é improvável em nossa realidade contemporânea, e como o Direito brasileiro relaciona-se com diferentes sistemas jurídicos legalmente reconhecendo-os.
<b>3. Conteúdos relacionados</b>	Normas – Costumes – Unicidade do Direito – Sistemas jurídicos.
<b>4. Descrição da SP</b>	Em uma ação de anulação de cláusula e cobrança de contrato locatício, o documento dispunha em uma de suas cláusulas a obrigatoriedade de pagar o aluguel dentro do prazo, caso contrário, deverá fazê-lo de acordo com o costume daquela pequena cidade. O advogado alega que o costume, por não ser norma declarada e em razão do ideal de unicidade do sistema jurídico, não pode ser utilizado pelo julgador, sob pena de violar-se princípios de igualdade e a estrutura do Direito que busca apresentar como fonte única o Estado e não os indivíduos que vivem em sociedade. Como você, juiz de Direito, argumentaria em sua decisão? Acolheria ou afastaria o argumento do advogado do autor da ação de cobrança e anulação de contrato locatício?

5. Resolução da SP	<p>A situação descreve uma cláusula contratual declarada, também, em lei. A lei que regulamenta os contratos locatícios permite o que o pagamento do aluguel também possa ser feito conforme os costumes do lugar onde o contrato é celebrado e onde o imóvel está localizado. Perceba que o "costume" não foi declarado legalmente como norma, portanto não sabemos qual o costume daquela cidade, contudo, em não sendo o costume algo que viole a lei, uma conduta criminosa, por exemplo, não existe fundamento para acolher a demanda de anulação da cláusula, pois, o costume <i>secundum legem</i>, ou seja, reportado pela lei, é reconhecido pelo Estado e, portanto, não há motivos concretos para que este não seja aplicado.</p> <p>Ademais, por fim, conforme aprendemos, o sistema jurídico brasileiro busca tornar-se unicista, contudo, ainda não alcançou este objetivo. Portanto, o argumento apresentado pelo advogado, que alega ser a unicidade um princípio/valor a ser observado carece de embasamento teórico.</p>
--------------------	--



### Lembre-se

Costume *secundum legem* trata-se daquele costume ao qual a lei a ele se reporta de forma expressa e reconhece a sua obrigatoriedade.



### Faça você mesmo

Leia a lei de introdução às normas do direito brasileiro e identifique quais foram os mecanismos utilizados pelo legislador nacional para permitir que normas de outros sistemas jurídicos ingressem em nosso ordenamento nacional.

Aprenda, então, um pouco mais sobre a natureza híbrida do nosso sistema que busca tornar-se unicista, contudo, ainda precisa dialogar com diferentes sistemas e absorvê-los, em determinados momentos, em seu sistema. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei\\_de\\_introdu%C3%A7%C3%A3o\\_%C3%A0s\\_normas\\_do\\_direito\\_brasileiro](https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_de_introdu%C3%A7%C3%A3o_%C3%A0s_normas_do_direito_brasileiro)>.

### Faça valer a pena

**1.** Da mesma forma que existe uma divisão entre o Direito Público, o Direito Privado e o Direito Difuso, essas teorias também se multiplicam no ambiente jurídico. Em que pese falar em divisão do direito ou mesmo entre as várias teorias que compõem uma disciplina, isso não implica em afirmar que o Direito é múltiplo.

Com base nesta afirmação inicial e conhecendo algumas regras normativas do Direito, assinale a alternativa correta:

- a) Só existe uma teoria geral do direito, não podendo ser falado em nenhum outro modelo parecido.
- b) O que existe é o direito público, não havendo nenhuma outra subdivisão.

- c) O direito apresenta a característica de unidade.
- d) Direito Civil, Direito Penal, Direito Constitucional, dentre outras, caracterizam a pluralidade do Direito.
- e) O direito encontra-se espalhado e compartimentado na legislação brasileira.

**2.** A totalidade do direito encontra-se ajustada no que chamamos de "ordenamento jurídico", ou seja, um sistema ordenado dos elementos que compõem o Direito.

Verificando os estudos sobre ordenamento jurídico e sistema, podemos considerar como incorreta a alternativa:

- a) A concepção de sistema não integra o ordenamento jurídico.
- b) O direito é um instrumento que também promove a paz social.
- c) Tudo o que acontece incide sobre os chamados sistemas sociais.
- d) Existem vários sistemas ou ordenamentos e todos devem se comunicar.
- e) Dentro de um sistema jurídico não encontramos solução para todos os problemas sociais.

**3.** Há entre muitos doutrinadores uma discussão sobre a plenitude do ordenamento jurídico e nosso sistema normativo.

Com base nesse questionamento, assinale a alternativa incorreta:

- a) Diz-se que um ordenamento jurídico é pleno quando a pessoa que vai decidir um caso concreto encontra sempre uma norma que se adapta à regulação de tal caso, qualquer que seja ele.
- b) Dito de um modo mais simples, um ordenamento jurídico pode ser considerado pleno quando contém todas as regras necessárias para que o aplicador possa resolver todo e qualquer problema concreto que se apresente.
- c) Quando ocorre a existência de todas as regras necessárias, fala-se que o ordenamento jurídico é completo; quando não, diz-se que o ordenamento jurídico contém lacunas.
- d) Pode-se dizer que a plenitude do ordenamento jurídico é a ausência de lacunas, ou seja, é a ausência de qualquer situação em que no ordenamento jurídico não exista a norma que proíba um determinado comportamento nem a norma que o permita.
- e) Não podemos falar que existem lacunas no direito, pois cabe ao direito resolver todos os problemas sociais que surgirem.



# Referências

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Notas introdutórias à ética jurídica**. São Paulo: Desafio Cultural, 2002.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução: Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. Apresentação de Alaôr Caffé Alves. 5. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do Direito**: definição e conceitos básicos, norma jurídica. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GONÇALVES JÚNIOR, Luiz Claudio. **Tombamento**: política de incentivo fiscal dos municípios paulistas no Vale do Paraíba. 2008. 239 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Lorena, SP, 2008.

GOMEZ, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do Direito**: justiça, lei, faculdade, fato social e ciência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MORENTE, Manuel García. **Fundamentos de filosofia**: lições preliminares. 4. ed. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1970.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

SERRANO, Pablo Jimenez. **Filosofia do Direito**. Campinas: Alínea, 2014.

SACCONI, Luiz Antonio. **Grande dicionário Sacconi da língua portuguesa**. São Paulo: Nova Geração, 2010.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TRINDADE, Diamantino Fernandes. Interdisciplinaridade: um olhar sobre as ciências. In: FAZENDA, Ivani (org.). **O que é interdisciplinaridade**. São Paulo: Cortez, 2008.













ISBN 978-85-8482-418-2



9 788584 824182 >