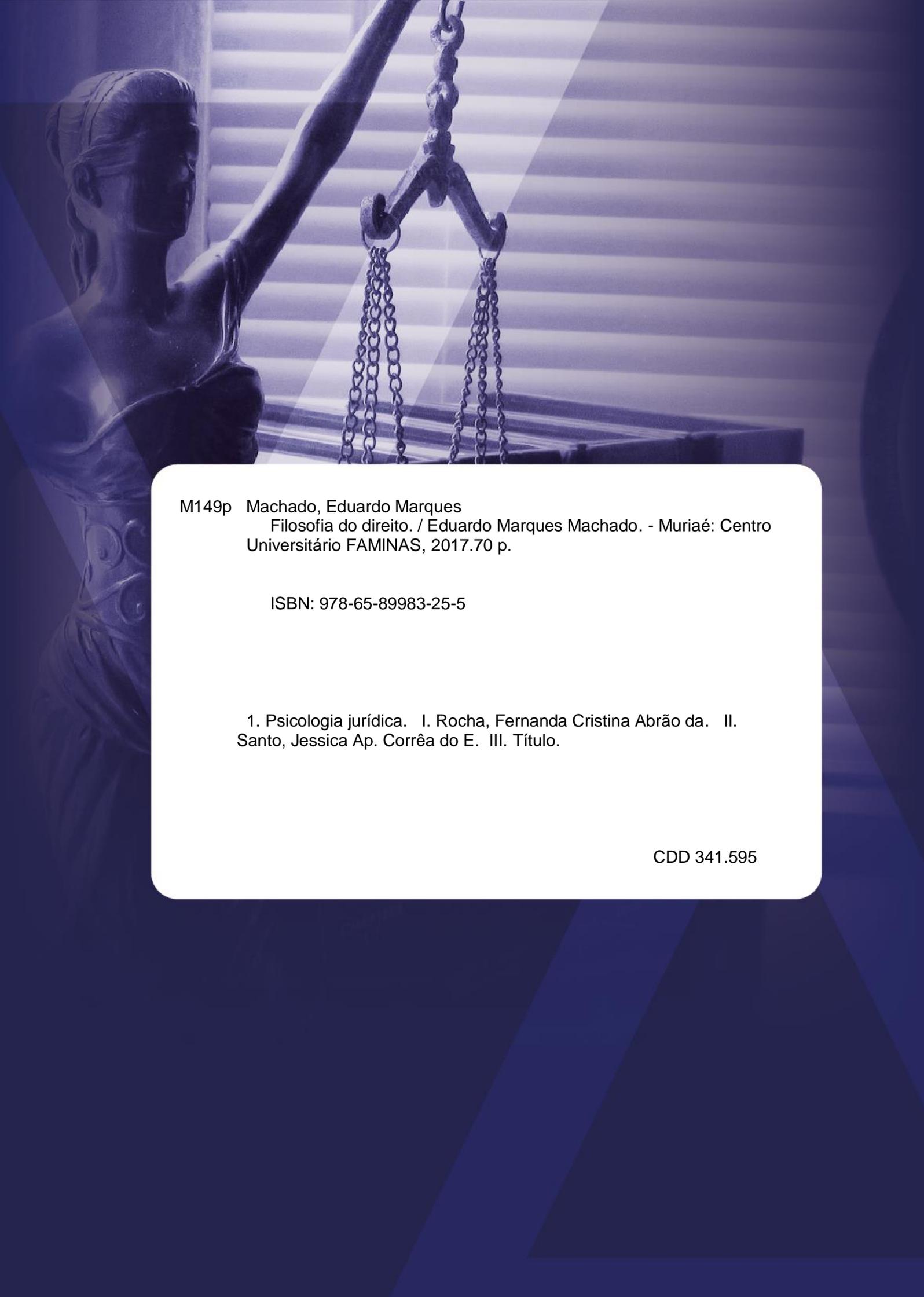




FILOSOFIA DO DIREITO



M149p Machado, Eduardo Marques
Filosofia do direito. / Eduardo Marques Machado. - Muriaé: Centro
Universitário FAMINAS, 2017.70 p.

ISBN: 978-65-89983-25-5

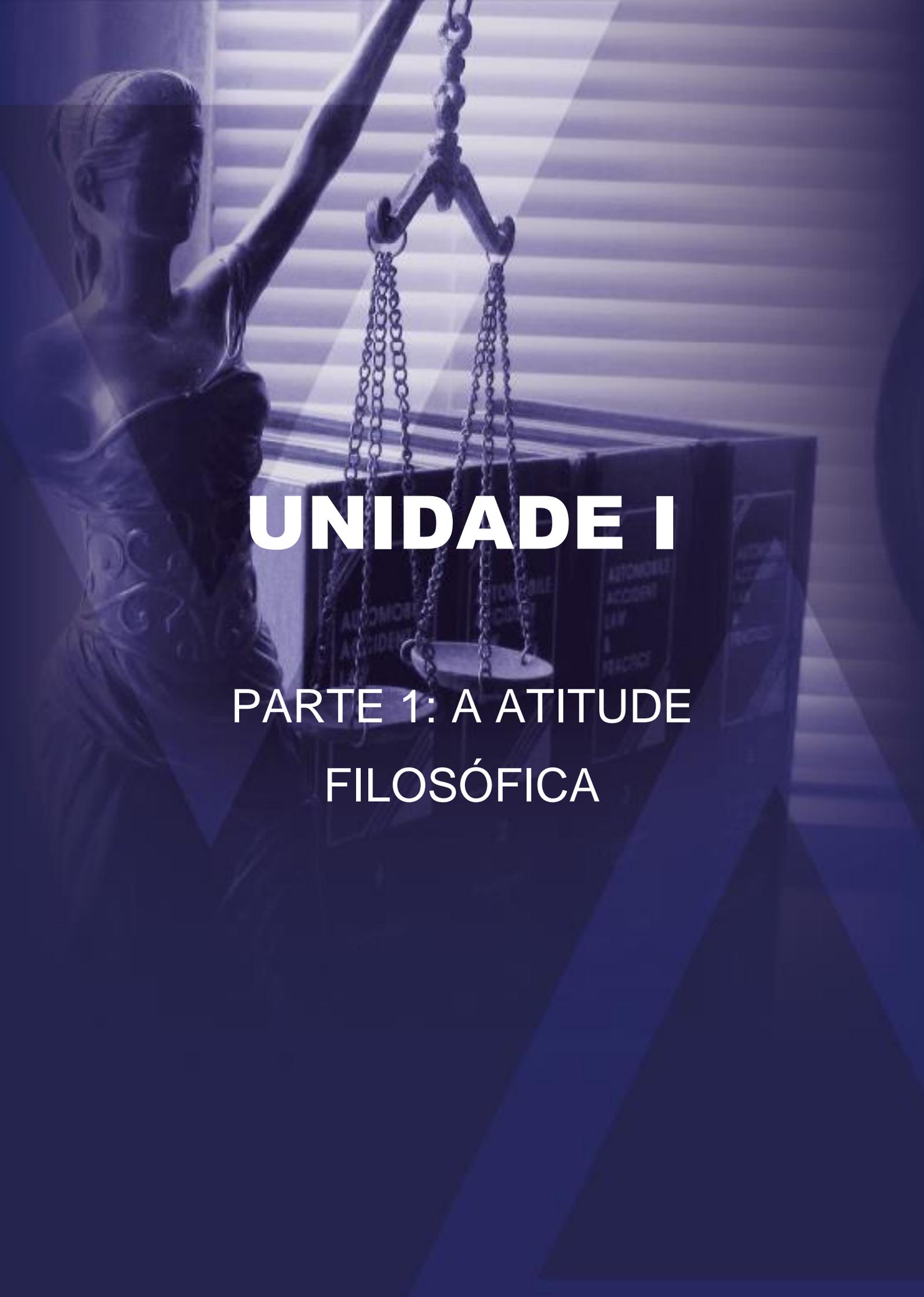
1. Psicologia jurídica. I. Rocha, Fernanda Cristina Abrão da. II.
Santo, Jessica Ap. Corrêa do E. III. Título.

CDD 341.595

SUMÁRIO

UNIDADE I	5
PARTE 1: A ATITUDE FILOSÓFICA	5
OBJETIVOS	6
1 - OBJETO DA FILOSOFIA DO DIREITO.....	6
2. CORRENTES JUSFILOSÓFICAS.....	7
2.1 JUSNATURALISMO.....	7
DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE VIRGÍNIA.....	9
2.2 JUSPOSITIVISMO.....	12
2.3 PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO.....	13
UNIDADE I	14
PARTE 2: O PENSAMENTO DE PLATÃO E ARISTÓTELES	14
OBJETIVOS	15
A JUSTIÇA COMO VIRTUDE EM ARISTÓTELES.....	15
PARA SABER.....	19
PLATÃO: IDEALISMO E JUSTIÇA.....	20
O MITO DA CAVERNA.....	21
PARA REFLETIR.....	24
SUGESTÃO DE VÍDEO.....	26
GLOSSÁRIO.....	27
RESUMO DA UNIDADE.....	27
REFERÊNCIAS.....	28
UNIDADE II	29
PENSADORES MEDIEVAIS: JUSTIÇA E DIVINDADE SANTO AGOSTINHO E TOMÁS DE AQUINO	29
OBJETIVOS	30
INDICAÇÃO DE VÍDEO.....	37
REFERÊNCIAS.....	38
RESUMO DA UNIDADE.....	39
UNIDADE III	40
JUSNATURALISMO, RACIONALISMO E CONTRATUALISMO	40
OBJETIVOS	41
THOMAS HOBBS.....	42
JEAN-JACQUES ROUSSEAU.....	45

ARTIGOS TRATADOS NA DECLARAÇÃO ORIGINAL DE 1789.....	47
IMMANUEL KANT.....	50
INDICAÇÃO DE VÍDEO	52
RESUMO DA UNIDADE.....	53
GLOSSÁRIO	53
REFERÊNCIAS.....	54
UNIDADE IV	55
PENSAMENTO FILOSÓFICO CONTEMPORÂNEO	55
OBJETIVOS	56
POSITIVISMO JURÍDICO	56
PÓSPOSITIVISMO JURÍDICO E A RELEVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS	59
A IDEIA PRINCIPAL DA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS.....	63
INDICAÇÃO DE VÍDEOS	68



UNIDADE I

PARTE 1: A ATITUDE FILOSÓFICA



OBJETIVOS:

- ✦ Compreender o objeto de estudo da Filosofia do Direito.
- ✦ Analisar as escolas de pensamento jus filosóficos: jusnaturalismo, juspositivismo e pós-positivismo jurídico.

“Não há filosofia que se possa aprender; só se pode aprender a filosofar”

(Immanuel Kant)

1 - OBJETO DA FILOSOFIA DO DIREITO

Por ser um fenômeno universal, presente nas mais diversas sociedades, o Direito é passível de indagação filosófica, sendo, assim, objeto de estudo da Filosofia do Direito. Todavia, consoante destaca Miguel Reale, “a filosofia do Direito não é disciplina jurídica, é a própria filosofia enquanto voltada à realidade jurídica” (REALE, 2002, p. 286).

Desse modo, poder-se-ia falar em filosofia no Direito, uma vez que o objetivo dessa disciplina é investigar criticamente os temas e elementos fundantes do fenômeno jurídico, dentre eles a Justiça, a Liberdade, a Igualdade, a epistemologia jurídica, a Lei, o controle social exercido pelo Direito, dentre outros.

Para realizar esse percurso, faz-se necessário desenvolver duas atitudes filosóficas iniciais:

1ª Admiração, inquietação e perplexidade frente a algo que se desconhece:

O primeiro passo é tomar consciência da ignorância para desenvolver uma atitude problematizadora. O conhecimento se desvela a partir dessa curiosidade inicial que direciona o olhar para aquilo que se desconhece. Como conhecer o que acho que já sei?

2ª Dúvida metódica:

Questionamento sobre o ato de questionar/pensar, exercendo a autocrítica sobre as possibilidades de se conhecer algo. O pensamento filosófico demanda uma reflexão aprofundada, apartando as meras opiniões e ilusões do real para estabelecer um caminho seguro para o saber.

Assim, a postura crítico-filosófica implica em agir de maneira negativa e positiva:

Positiva: interrogar e questionar constantemente os porquês das coisas em busca dos fundamentos do conhecimento e do agir humanos, desenvolvendo uma visão de conjunto e integridade do real (não fragmentação e contingência).

Negativa: negação do senso comum, com o afastamento dos preconceitos e pré-juízos sobre o que se pretende conhecer

Dentre os objetivos da Filosofia do/no Direito, pode-se destacar a crítica à ciência jurídica, à prática dos operadores do Direito, à legislação, às ideologias que orientam a cultura jurídica, dentre outros. Ordinariamente, o denominado “operador do Direito” parte de pressupostos já fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico, enquanto a filosofia objetiva problematizar tais pressupostos para reconstruí-los sobre novas bases a partir do raciocínio crítico.

Desse modo, a filosofia voltada ao Direito permite transcender a situação dada e não escolhida, conferindo significado à experiência a partir da reflexão sobre a realidade posta, no intuito de desnudar o real para transformá-lo, libertando o ser humano da reprodução acrítica que o prende às amarras da ignorância.

2. CORRENTES JUSFILOSÓFICAS

No estudo da Filosofia do Direito, 3 (três) correntes jus filosóficas procuraram compreender e explicar o fenômeno jurídico - jusnaturalismo, juspositivismo e pós-positivismo jurídico – e serão apresentadas em linhas gerais a seguir.

2.1 JUSNATURALISMO

O jusnaturalismo apregoa a existência de um “**Direito Natural**” diverso do sistema normativo fixado pelo Estado (Direito Positivo), que é anterior e deve prevalecer sobre o Direito positivado. Ao longo da história, o jusnaturalismo recorreu a diferentes fundamentos para explicar a existência desse “**Direito Natural**”. Na antiguidade, o jusnaturalismo estava ancorado na ideia de que toda a natureza era governada por uma lei universal, imanente, imutável e eterna.

Sugestão de leitura da peça Antígona, de Sófocles: uma tragédia que simboliza essa contraposição entre o “justo por natureza” e o “justo conforme a lei”!

No período da idade média, o jusnaturalismo desenvolveu-se no sentido de identificar esse “Direito Natural” com a “lei” revelada por Deus e presente nas sagradas escrituras. Por sua vez, a lei feita pelo homem, isto é, o direito positivo, é convencional e relativa, devendo refletir o conteúdo da lei eterna e natural

Na idade moderna, o jusnaturalismo procura romper com essa explicação teocrática em busca de uma justificação racional que afastasse a explicação do fenômeno jurídico do recurso à origem sagrada e às premissas religiosas. O paradigma da racionalidade, próprio da filosofia moderna, é centrado em uma razão que busca se libertar de crenças e superstições, fundamentando-se na própria subjetividade e não mais na autoridade, seja ela política ou religiosa. Assim, o Direito Natural passa a ser ditado pela razão, capaz de ser reconhecido como válido por todos os povos, independentemente de aspectos religiosos, históricos e contingenciais.

Na modernidade, diversos autores procuraram explicar racionalmente a origem do Estado, procurando pela via da razão (racionalismo) desvelar o direito justo e equânime, contendo, inclusive, os arbítrios decorrentes do Estado Absolutista. É possível observar a existência de correlação entre o jusnaturalismo e o racionalismo/contratualismo, que procurou justificar a existência do Estado recorrendo a bases racionais e a um possível contrato entre os seres humanos, nos termos defendidos por Hobbes, Locke e Rousseau.

Para Hobbes, o ser humano vivia em estado de natureza, em constante guerra de todos contra todos, sendo o Estado necessário para mitigar a violência e estabelecer a paz social. Por sua vez, Rousseau defendia que o homem era bom pela sua própria natureza, mas as relações sociais o corrompiam e o levavam a agir de maneira violenta, razão pela qual o Estado era necessário para mitigar esse confronto que poderia exterminar a vida do homem em sociedade.

Em síntese, pode-se situar o jusnaturalismo como uma corrente de pensamento jusfilosófico que concebe a preexistência de direitos naturais, tais como o direito à vida, à dignidade, à liberdade, à igualdade, dentre outros, que são vistos como fundantes na proteção do homem, razão pela qual devem ser observados e resguardados pelos diversos ordenamentos jurídicos.

Tais direitos naturais são concebidos como universais (não contingentes), imanes (decorrem da própria condição humana), imprescritíveis (não se esvaem pelo decurso do tempo), eternos e imutáveis (existiram desde sempre e permanecerão sem sofrer alterações). Percebe-se, assim, que o jusnaturalismo contribuiu para o advento dos grandes Diplomas de Direitos Humanos, tais como o Bill of Rights de 1.689, a Declaração da Virgínia de 1.776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1.789.

Leia a seguir o texto original da Declaração da Virgínia e observe a influência do jusnaturalismo na proteção outorgada ao homem pela sua simples condição humana:

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE VIRGÍNIA

(Dos direitos que nos devem pertencer a nós e à nossa posteridade, e que devem ser considerados como o fundamento e a base do governo, feito pelos representantes do bom povo da Virgínia, reunidos em plena e livre convenção.)

Williamsburg, 12 de Junho de 1776.

Artigo 1º - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.

Artigo 2º - Toda a autoridade pertence ao povo e por consequência dela se emana; os magistrados são os seus mandatários, seus servidores, responsáveis perante ele em qualquer tempo.

Artigo 3º - O governo é ou deve ser instituído para o bem comum, para a proteção e segurança do povo, da nação ou da comunidade. Dos métodos ou formas, o melhor será que se possa garantir, no mais alto grau, a felicidade e a segurança e o que mais realmente resguarde contra o perigo de má administração. Todas as vezes que um governo seja incapaz de preencher essa finalidade, ou lhe seja contrário, a maioria da comunidade tem o direito indubitável, inalienável e imprescritível de reformar, mudar ou abolir da maneira que julgar mais própria a proporcionar o benefício público.

Artigo 4° - Nenhum homem e nenhum colégio ou associação de homens poder ter outros títulos para obter vantagens ou prestígios, particulares, exclusivos e distintos dos da comunidade, a não ser em consideração de serviços prestados ao público, e a este título, não serão nem transmissíveis aos descendentes nem hereditários, a ideia de que um homem nasça magistrado, legislador, ou juiz, é absurda e contrária à natureza.

Artigo 5° - O poder legislativo e o poder executivo do estado devem ser distintos e separados da autoridade judiciária; e a fim de que também eles de suportar os encargos do povo e deles participar possa ser reprimido todo o desejo de opressão dos membros dos dois primeiros devem estes em tempo determinado, voltar a vida privada, reentrar no corpo da comunidade de onde foram originariamente tirados; os lugares vagos deverão ser preenchidos por eleições, frequentes, certas e regulares.

Artigo 6° - As eleições dos membros que devem representar o povo nas assembleias serão livres; e todo indivíduo que demonstre interesse permanente e o conseqüente zelo pelo bem geral da comunidade tem direito geral ao sufrágio.

Artigo 7° - Nenhuma parte da propriedade de um vassalo pode ser tomada, nem empregada para uso público, sem seu próprio consentimento, ou de seus representantes legítimos; e o povo só está obrigado pelas leis, da forma pôr ele consentida para o bem comum.

Artigo 8° - Todo o poder de deferir as leis ou de embaraçar a sua execução, qualquer que seja a autoridade, sem o seu consentimento dos representantes do povo, é um atentado aos seus direitos e não tem cabimento.

Artigo 9° - Todas as leis que tem efeito retroativo, feitas para punir delitos anteriores a sua existência, são opressivas, e é necessário, evitar decretá-las.

Artigo 10° - Em todos os processos por crimes capitais ou outros, todo indivíduo tem o direito de indagar da causa e da natureza da acusação que lhe é intentada, tem de ser acareado com os seus acusadores e com as testemunhas; de apresentar ou requerer a apresentação de testemunhas e de tudo que for a seu favor, de exigir processo rápido por um júri imparcial e de sua circunvizinhança, sem o consentimento unânime do qual ele não poderá ser declarado culpado. Não pode ser forçado a produzir provas contra si próprio; e nenhum indivíduo pode ser privado de sua liberdade, a não ser por um julgamento dos seus pares, em virtude da lei do país.

Artigo 11° - Não devem ser exigidas cauções excessivas, nem impostas multas demasiadamente fortes, nem aplicadas penas cruéis e desusadas.

Artigo 12° - Todas as ordens de prisão são vexatórias e opressivas se forem expedidas sem provas suficientes e se a ordem ou requisição nelas transmitidas a um oficial ou a um mensageiro do Estado, para efetuar buscas em lugares suspeitos, deter uma ou várias pessoas, ou tomar seus bens, não contiver uma indicação e uma descrição especiais dos lugares, das pessoas ou das coisas que dela forem objeto; semelhantes ordens jamais devem ser concedidas.

Artigo 13° - Nas causas que interessem à propriedade ou os negócios pessoais, a antiga forma de processo por jurados é preferível a qualquer outra, e deve ser considerada como sagrada.

Artigo 14° - A liberdade de imprensa é um dos mais fortes baluartes da liberdade do Estado e só pode ser restringida pelos governos despóticos.

Artigo 15° - Uma milícia disciplinada, tirada da massa do povo e habituada à guerra, é a defesa própria, natural e segura de um Estado livre; os exércitos permanentes em tempo de paz devem ser evitados como perigosos para a liberdade; em todo o caso, o militar deve ser mantido em uma subordinação rigorosa à autoridade civil e sempre governado por ela.

Artigo 16° - O povo tem direito a um governo uniforme; deste modo não deve legitimamente ser instituído nem organizado nenhum governo separado, nem independente do da Virgínia, nos limites do Estado.

Artigo 17° - Um povo não pode conservar um governo livre e a felicidade da liberdade, a não ser pela adesão firme e constante às regras da justiça, da moderação, da temperança, de economia e da virtude e pelo apelo frequente aos seus princípios fundamentais.

Artigo 18° - A religião ou o culto devido ao Criador, e a maneira de se desobrigar dele, devem ser dirigidos unicamente pela razão e pela convicção, e jamais pela força e pela violência, donde se segue que todo homem deve gozar de inteira liberdade na forma do culto ditado pôr sua consciência e também da mais completa liberdade na forma do culto ditado pela consciência, e não deve ser embaraçado nem punido pelo magistrado, a menos, que, sob pretexto de religião, ele perturbe a paz ou a segurança da sociedade. É dever recíproco de todos os cidadãos praticar a tolerância cristã, o amor à caridade uns com os outros.

2.2 JUSPOSITIVISMO

O juspositivismo (ou positivismo jurídico) é uma corrente da teoria do direito que procura explicar o fenômeno jurídico a partir do estudo do direito estabelecido pelo Estado (normas positivadas), ou seja, das normas postas pela autoridade soberana de determinada sociedade.

Na definição do Direito, o positivismo o identifica com o direito efetivamente posto pelas autoridades que possuem o poder político de impor as normas jurídicas. O pensamento juspositivo se funda em uma crença exacerbada no poder do conhecimento, sendo importado para o Direito com a pretensão de se criar uma “ciência” jurídica semelhante às ciências exatas e naturais, dando origem, assim, ao positivismo jurídico.

Para o positivismo jurídico, o Direito é definido com base em elementos empíricos e mutáveis no tempo e no espaço (tese do fato social, ou das fontes sociais ou convencionalista) Assim, nega-se a existência de um direito natural ao lado do direito positivo (teorias dualistas).

Para o juspositivismo, o estudo do Direito volta-se para os aspectos formais da norma jurídica, sem adentrar em juízos de mérito externos ao direito, decorrentes de outros sistemas normativos como a moral, a ética ou a política. Desse modo, uma determinada norma pertence ao sistema jurídico, criando direitos e obrigações para os seus destinatários, desde que emane de uma autoridade competente para a criação de normas e desde que seja criada de acordo com o procedimento previsto legalmente para a edição de novas normas, respeitados os limites temporais e espaciais de validade, assim como as regras do ordenamento que resolvem possíveis incompatibilidades de conteúdo (antinomias).

Hans Kelsen, jurista e filósofo austríaco, foi o maior representante do positivismo jurídico. Com sua obra Teoria Pura do Direito (1934), Kelsen procurou depurar o objeto do Direito para desenvolver uma teoria científica, centrada no estudo das normas jurídicas positivadas, afastando-a das influências valorativas e subjetivas próprias de outros ramos como a política e a moral.

2.3 PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

Com a decadência do positivismo jurídico no pós Segunda Guerra Mundial, associada à derrota do fascismo na Itália e do Nazismo na Alemanha, em que restaram evidenciadas as atrocidades e barbáries praticadas com amparo no direito posto, passou-se a criticar a doutrina que defendia um ordenamento jurídico alheio aos valores éticos e morais. Com efeito, nos julgamentos de Nuremberg, os principais acusados alegaram que estavam cumprindo a lei e obedecendo às ordens da autoridade competente.

Nesse contexto, não mais se aceitava a ideia de um ordenamento jurídico legitimado apenas pela observância de aspectos meramente formais. Assim, com a derrocada do positivismo jurídico e a superação histórica do jusnaturalismo, abriu-se espaço para a reestruturação teórica do Direito, com a valorização normativa dos princípios e sua incorporação, explícita ou implícita, nos diversos textos constitucionais, conduzindo a um movimento de reaproximação do Direito com a Ética. Denomina-se de “pós-positivismo” esse movimento amplo, e ainda inacabado, de reflexões sobre o Direito, sua interpretação e função social, representado pela valorização dos princípios como normas jurídicas. São representantes desta corrente jusfilosófica autores como Dworkin e Alexy.

Nos próximos módulos serão analisadas com maior profundidade essas três escolas de pensamento jus filosóficas e seus principais representantes. Vamos lá?!

UNIDADE I

PARTE 2: O PENSAMENTO DE
PLATÃO E ARISTÓTELES



OBJETIVOS:

- Apresentar os principais conceitos sobre a filosofia antiga (clássica) dando um maior foco ao pensamento de Platão e Aristóteles.

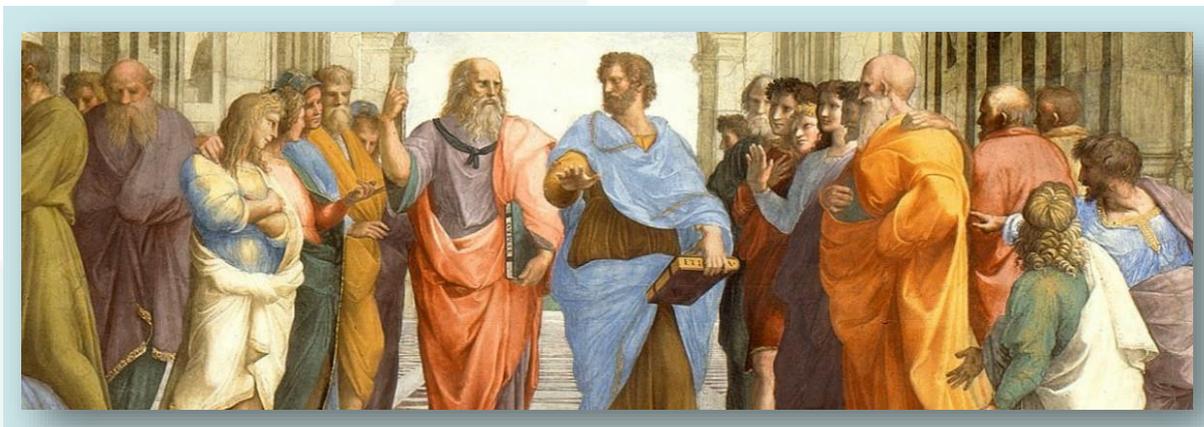
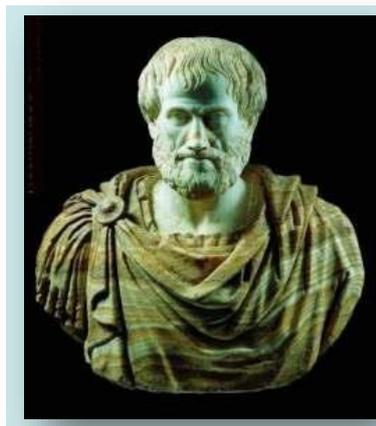


Imagem 1 – pintura de Rafael A Escola de Atenas.

A imagem 1 representa A Escola de Atenas (*Scuola di Atene*), pintura de Rafael, feita entre 1.509 e 1.511 por encomenda do Vaticano. Platão (no centro à esquerda) segura o *Timeu* e Aristóteles (no centro à direita) segura a *Ética a Nicômaco*. Além dos dois filósofos, estão presentes mais 19, dentre os quais Sócrates e Epicuro.

A JUSTIÇA COMO VIRTUDE EM ARISTÓTELES



ARISTÓTELES (384 a.C-322 a.C)

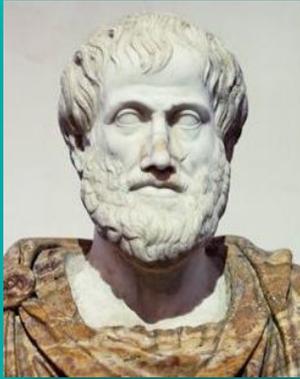
Inicia-se este módulo com o seguinte questionamento: o que seria justiça para Aristóteles? Para ele, a justiça seria teleológica e honorífica, ou seja, ela seria obtida após a definição do *telos* (finalidade) da prática social em questão. Assim, para este filósofo, seria preciso identificar quais as virtudes que deveriam ser honradas e compensadas.

Imagine o contexto de uma Universidade, por exemplo. Se o *telos* (ou seja, a finalidade) da Universidade estiver ligado à busca da justiça social, pode-se pensar num sistema de cotas em que parte das vagas sejam reservadas para grupos sociais desprivilegiados, como se dá, hoje, no Brasil, com a questão das cotas para negros. Entretanto, se o *telos* da Universidade estiver conectado a outro valor, como, por exemplo, a excelência acadêmica, tem-se que o sistema de cotas para negros seria injusto, de forma que as vagas seriam disponibilizadas àqueles que lograssem êxito no exame vestibular. Assim, a justiça é revelada conforme a finalidade que se pretende atingir, ou seja, o *telos*.

No atual sistema jurídico brasileiro, vê-se repercussão do *telos* na definição do que seria o justo. Ao compulsarmos a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 12.376/10), em seu artigo 5º, lê-se o seguinte: *Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*. Observe que este dispositivo estabelece o norte segundo o qual o aplicador da lei (o juiz) deverá atuar; em outras palavras, o Direito existe para o homem e não o contrário.

O Direito, como fruto da criação do homem em decorrência das relações sociais (*ubi societas, ibi jus*), deve ser aplicado levando-se em conta uma finalidade (um *telos*), que seria a finalidade por trás da norma. Pergunta-se: qual a razão de ser de determinada norma? Porque foi criada? Quais objetivos sociais deverá atingir? Conclui-se, portanto, que a interpretação teleológica da lei, preocupada não em buscar a *mens legislatoris* (o espírito do legislador), mas a *mens legis* (o espírito da lei), definindo o sentido e o alcance da lei, é a mais adequada quando há a preocupação e se gerar justiça, o que vem ao encontro das premissas aristotélicas vistas anteriormente.

Outro conceito que se liga à ideia da Justiça vem da *phronesis*, ou seja, a sabedoria prática, de que decorre a prudência. Para Aristóteles, a prudência seria encontrada no meio-termo de forma que falta e excesso seriam vícios e tais concepções de equilíbrio e ponderação fornecem elementos para o Direito na busca de uma lei e uma sentença



Toda virtude é um ápice entre dois vícios: o da falta e do excesso.

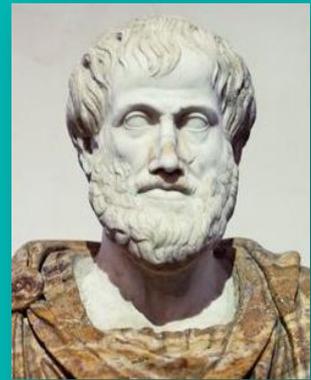
(Aristóteles)

Ainda, Aristóteles classificou a justiça em dois grupos: a Justiça Universal e Particular. A Justiça Universal seria uma virtude que acompanha todas as demais virtudes. A Justiça Particular, por sua vez, consiste em dar a cada um o que é seu (que se conecta com o ideal de Justo de Ulpiano, para quem justiça é, além de dar a cada um o que é seu, viver honestamente e não lesar outrem). Essa Justiça Particular, continua o filósofo, pode ser distributiva, que se refere à distribuição de bens, cargos e honrarias segundo o mérito, e também corretiva, que trataria das transações entre os indivíduos, sendo necessária a presença do juiz. A justiça corretiva se subdivide em comutativa, que é voluntária e trata dos contratos, ou reparativa, que repara danos a partir de punições, definindo, por exemplo, a responsabilidade civil e penal.

Em nossa Constituição atual podemos ver inúmeras instâncias de aplicação do conceito de Justiça em Aristóteles. O artigo 3º da Carta Política de 1.988, por exemplo, ao estabelecer os objetivos da República Federativa do Brasil, estabelece que um deles é construir uma sociedade justa; ainda, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais. Na seara da teoria processual, quando falamos em processo, falamos do *fair trial* (processo justo), em que o Juiz se posiciona equidistantemente às partes, sob o contraditório e a ampla defesa.

A base da sociedade é a justiça; o julgamento constitui a ordem da sociedade: ora o julgamento é a aplicação da justiça.

(Aristóteles)



Um conceito aristotélico bastante comum ao fenômeno jurídico é o de igualdade. Para a filosofia aristotélica, a Justiça guarda relação com a igualdade sendo certo que alcançaríamos justiça se tratássemos igualmente os iguais na medida da sua igualdade e tratássemos desigualdade os desiguais na exata medida em que se desiguam.

A concepção aristotélica de justiça permeia todo o Direito e, entre nós, no que tange à Constituição da República de 1.988, está presente, por exemplo, no caput do artigo 5º, em que se proclama que todos são iguais perante à lei, consagrando a noção de isonomia formal. Com efeito, a isonomia constitucional, inspirada, a rigor, no que Aristóteles pensava acerca do Justo, não significa que todos os homens sejam efetivamente iguais. Não são! Basta pensarmos nas relações jurídicas travadas entre empregador e empregado, entre fornecedor de produtos e serviços e o consumidor ou entre o Estado Acusador e o réu: em todos esses casos, vislumbra-se, de um lado, o hipersuficiente, e, de outro, o hipossuficiente, o que demanda que o Direito atue para buscar restabelecer o equilíbrio entre eles.

Entretanto, o que a isonomia formal constitucional quis trazer foi a chamada igualdade de oportunidades, o que é diferente.... Essa se refere ao tratamento igualitário àqueles que se encontrem numa mesma situação jurídica. Imagine, por exemplo, que homem e mulher estejam disputando, num concurso para a Magistratura, uma vaga de juiz Ora, não faz sentido, aqui, estabelecermos qualquer discriminação entre homem e mulher neste contexto, de forma que as regras editalícias do concurso aplicar-se-iam a ambos indiscriminadamente. Aqui, temos a igualdade de oportunidades, como temos, também, nas relações processuais civis, em que muito se fala da paridade de armas.

A paridade de armas é uma expressão que utilizamos em Direito, em especial nas ciências processuais, que denota que a relação jurídica processual deve garantir a autor e réu, que figuram como os grandes protagonistas do processo, igualdade de instrumentos para garantir o exercício de seus direitos processuais. Assim, por exemplo, se o autor tem prazo de 15 dias para recorrer de uma decisão judicial, ao réu também se outorgará mesmo prazo. Diz-se, por exemplo, que no processo o juiz deve se posicionar equidistantemente às partes, ou seja, à mesma distância de um e outro. Em resumo: paridade de armas é a igualdade de direitos processuais que a lei processual deve garantir ao autor e ao réu.

Não obstante ter consagrado a isonomia formal como direito fundamental, a Constituição também se preocupou com a isonomia material, ou seja, com a busca do tratamento igualitário àqueles que não estivessem numa mesma situação jurídica, como se dá, por exemplo, com os que não podem fazer frente às custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo próprio ou de sua família... Aqui, o Direito intercede, por meio da lei 1.060/50, trazendo o conceito da justiça gratuita, sendo que a própria Constituição, em seu artigo 134, reconheceu os relevantes préstimos sociais fornecidos pelos Defensores Públicos, a quem compete a representação dos pobres na acepção legal.

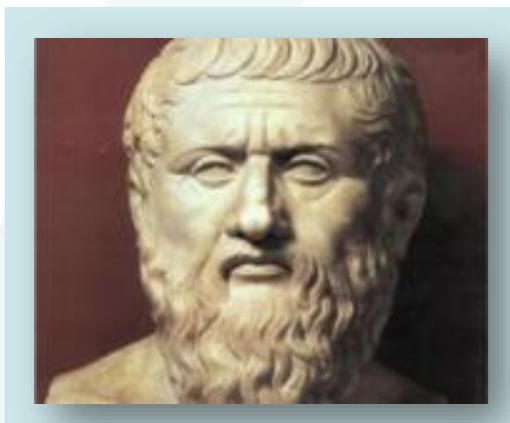
Como podemos perceber, os ideais aristotélicos de Justiça estão presentes em todo o Direito, servindo, em muitos casos, de norte axiológico para a distribuição da justiça entre todos.



PARA SABER

Você sabia que a lei 1.060/50 é uma importante lei brasileira que garante a gratuidade da justiça àqueles que não tem condições de fazer frente às despesas processuais nem pode arcar com honorários de advogado? Trata-se de uma lei absolutamente compatível com a nossa atual Constituição que, dentre inúmeros direitos fundamentais, previu o acesso à justiça como forma de realização da cidadania e da dignidade humana a todos os brasileiros.

PLATÃO: IDEALISMO E JUSTIÇA



PLATÃO (417-347 a.C)

Uma das metáforas mais interessantes propostas ao conhecimento humano foi trazida por Platão na chamada Alegoria da Caverna. Platão nos propõe um mito para discorrer sobre o conhecimento humano, o que será muito útil, como veremos, à epistemologia do Direito.

Segundo Platão e o Mito da Caverna, a maioria dos seres humanos se encontraria como prisioneiro em uma caverna, posicionados de costas para a abertura luminosa da mesma e de frente para uma parede escura ao fundo. Em virtude da luz que adentra a caverna, o prisioneiro passa a contemplar as projeções dos seres que compõem a realidade. Por ter se acostumado a ver somente tais projeções, ele assume a ilusão de que vê as sombras do real como se fosse a verdadeira realidade. Entretanto, caso o prisioneiro conseguisse fugir da caverna e chegar ao mundo luminoso da realidade, ficaria livre das ilusões! Contudo, por estar habituado às sombras (ilusões), teria de acostumar os olhos à visão do real. Primeiro olharia as estrelas da noite, depois as imagens das coisas refletidas nas águas tranquilas até que pudesse encarar diretamente o sol e enxergar a fonte de toda a luminosidade.

O MITO DA CAVERNA



Imagem 1 – Ilustração representando O mito da Caverna, de Platão.

A bem da verdade, a Alegoria da Caverna consiste numa metáfora da condição humana perante o mundo e diz respeito à importância do conhecimento e da educação para a superação da ignorância. Isso ocorre por meio de uma passagem gradativa da *doxa* (opinião ou senso comum) para o conhecimento filosófico científico, que é organizado, sistemático. O processo de obtenção de conhecimento abrange dois mundos: o mundo das coisas sensíveis e o mundo das coisas inteligíveis. A realidade, para Platão, está no mundo das ideias, que é o mundo real e verdadeiro.

Em sua obra *Convite à Filosofia*, de Marilene Chauí, pode-se encontrar o seguinte trecho acerca da alegoria da caverna:

Imaginemos uma caverna separada do mundo externo por um alto muro. Entre o muro e o chão da caverna há uma fresta por onde passa um fino feixe de luz exterior, deixando a caverna na obscuridade quase completa. Desde o nascimento, geração após geração, seres humanos encontram-se ali, de costas para a entrada, acorrentados sem poder mover a cabeça nem se locomover, forçados a olhar apenas a parede do fundo, vivendo sem nunca ter visto o mundo exterior nem a luz do Sol, sem jamais ter efetivamente visto uns aos outros nem a si mesmos, mas apenas sombras dos outros e de si mesmos porque estão no escuro e imobilizados.

Abaixo do muro, do lado de dentro da caverna, há um fogo que ilumina vagamente o interior sombrio e faz com que as coisas que se passam do lado de fora sejam projetadas como sombras nas paredes do fundo da caverna. Do lado de fora, pessoas passam conversando e carregando nos ombros figuras ou imagens de homens, mulheres e animais cujas sombras também são projetadas na parede da caverna, como num teatro de fantoches. Os prisioneiros julgam que as sombras de coisas e pessoas, os sons de suas falas e as imagens que transportam nos ombros são as próprias coisas externas, e que os artefatos projetados são seres vivos que se movem e falam. Os prisioneiros se comunicam, dando nome às coisas que julgam ver (sem vê-las realmente, pois estão na obscuridade) e imaginam que o que escutam, e que não sabem que são sons vindos de fora, são as vozes das próprias sombras e não dos homens cujas imagens estão projetadas na parede; também imaginam que os sons produzidos pelos artefatos que esses homens carregam nos ombros são vozes de seres reais. Qual é, pois, a situação dessas pessoas aprisionadas? Tomam sombras por realidade, tanto as sombras das coisas e dos homens exteriores como as sombras dos artefatos fabricados por eles. Essa confusão, porém, não tem como causa a natureza dos prisioneiros e sim as condições adversas em que se encontram.

Que aconteceria se fossem libertados dessa condição de miséria? Um dos prisioneiros, inconformado com a condição em que se encontra, decide abandoná-la. Fabrica um instrumento com o qual quebra os grilhões. De início, move a cabeça, depois o corpo todo; a seguir, avança na direção do muro e o escala. Enfrentando os obstáculos de um caminho íngreme e difícil, sai da caverna. No primeiro instante, fica totalmente cego pela luminosidade do Sol, com a qual seus olhos não estão acostumados. Enche-se de dor por causa dos movimentos que seu corpo realiza pela primeira vez e pelo ofuscamento de seus olhos sob a luz externa, muito mais forte do que o fraco brilho do fogo que havia no interior da caverna. Sente-se dividido entre a incredulidade e o deslumbramento. Incredulidade porque será obrigado a decidir onde se encontra a realidade: no que vê agora ou nas sombras em que sempre viveu.

Deslumbramento (literalmente: ferido pela luz) porque seus olhos não conseguem ver com nitidez as coisas iluminadas. Seu primeiro impulso é o de retornar à caverna para livrar-se da dor e do espanto, atraído pela escuridão, que lhe parece mais acolhedora.

Além disso, precisa aprender a ver e esse aprendizado é doloroso, fazendo-o desejar a caverna onde tudo lhe é familiar e conhecido. Sentindo-se sem disposição para regressar à caverna por causa da rudeza do caminho, o prisioneiro permanece no exterior.

Aos poucos, habitua-se à luz e começa a ver o mundo. Encanta-se, tem a felicidade de finalmente ver as próprias coisas, descobrindo que estivera prisioneiro a vida toda e que em sua prisão vira apenas sombras. Doravante, desejará ficar longe da caverna para sempre e lutará com todas as suas forças para jamais regressar a ela. No entanto, não pode evitar lastimar a sorte dos outros prisioneiros e, por fim, toma a difícil decisão de regressar ao subterrâneo sombrio para contar aos demais o que viu e convencê-los a se libertarem também. Que lhe acontece nesse retorno? Os demais prisioneiros zombam dele, não acreditando em suas palavras e, se não conseguem silenciá-lo com suas caçadas, tentam fazê-lo espancando-o. Se mesmo assim ele teima em afirmar o que viu e os convida a sair da caverna, certamente acabam por matá-lo. Mas, quem sabe alguns podem ouvi-lo e, contra a vontade dos demais, também decidir sair da caverna rumo à realidade. O que é a caverna? O mundo de aparências em que vi-vemos. Que são as sombras projetadas no fundo? As coisas que percebemos. Que são os grilhões e as correntes? Nossos preconceitos e opiniões, nossa crença de que o que estamos percebendo é a realidade. Quem é o prisioneiro que se liberta e sai da caverna? O filósofo. O que é a luz do Sol? A luz da verdade. O que é o mundo iluminado pelo sol da verdade? A realidade. (CHAUÍ, 2008).

A maioria da humanidade vive no estágio da ignorância, se encontra no mundo sensível, ao mundo dos sentidos; as coisas do mundo sensível são mutáveis e por isso os seus objetos não são suficientemente bons para gerar um conhecimento verdadeiro. Isso acontece, por exemplo, em relação a certas crenças, que não foram criticadas por nós. Já o mundo fora da caverna representa o mundo das ideias, com formas eternas, imutáveis e universais, diferente dos objetos do mundo sensível, em que tudo é mutável e passageiro. No mundo das ideias, a verdade é eterna, por isso devemos buscar a verdade no mundo das ideias e não no mundo sensível.

Platão ensina que haveria dois mundos: o mundo sensível, que é o mundo das coisas materiais, e se caracteriza por ser falso e o mundo das ideias, que seria o mundo verdadeiro. O mundo das coisas materiais representa a opinião, o senso comum, também chamado *doxa*, ao passo que o mundo das ideias representa o mundo da episteme, do conhecimento científico e verdadeiro. Assim sendo, a fim de perceber a passagem do estágio de ignorância para o estágio de sabedoria, segundo Platão deveríamos passar do mundo sensível para o mundo das ideias, que é processo contínuo, que pode ser obtido por meio da dialética.

Explicando melhor. Pense no seguinte: o que é, por exemplo, *longe*? É uma pergunta ontológica, questionando o ser, e exige uma resposta que abarca a essência da coisa. Eu poderia afirmar que *longe* é a distância entre um bairro e outro para irmos à pé, mas não o será se formos de carro, por exemplo. Observe que a verdade, neste mundo sensível, oscila e a resposta não pode oscilar, pois a verdade não pode oscilar.... Ou é verdade ou é inverdade... A verdade, assim, para Platão, é encontrada no mundo das ideias e não no mundo em que vivemos.

Analisando, agora, uma outra vertente das premissas platônicas, proponho o seguinte questionamento: em que consiste a dialética de Platão? A dialética consiste na contraposição de uma opinião com a crítica que dela podemos fazer, ou seja, na afirmação de uma tese qualquer seguida de uma discussão e negação da tese com o objetivo de purificá-la dos erros e equívocos.

Podemos comparar com o próprio processo legislativo: quando se pretende produzir as pautas de conduta em uma sociedade, ou seja, o que será permitido ou não, e como será punido etc, o processo de criação dessas pautas, por meio da lei, dá-se, sob certo ponto de vista, de forma dialética. É só pensarmos numa comissão temática permanente da Câmara dos Deputados discutindo, por exemplo, o casamento homoafetivo. Há várias opiniões favoráveis e outras desfavoráveis.

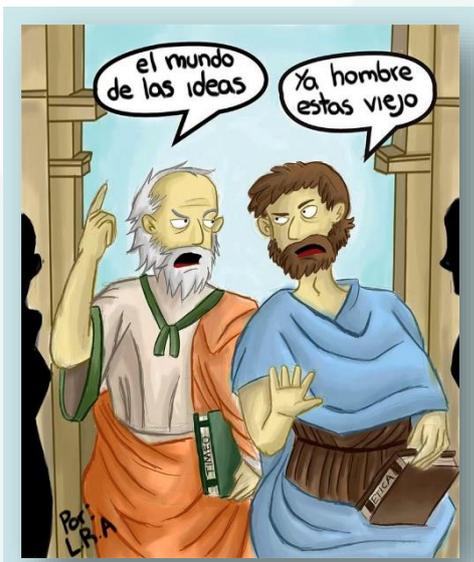


PARA REFLETIR

E qual seria a distinção entre conhecimento e opinião?

A opinião nasce da aparência e da diversidade das coisas. O conhecimento é elaborado quando se alcança a ideia, que rompe com as aparências e a diversidade ilusória. Somente quando saímos do mundo sensível e alcançamos o mundo racional das ideias é que atingimos o domínio do ser absoluto, eterno e imutável. Neste mundo, só podemos entrar através do conhecimento racional. Onde podemos encontrar a verdade? No mundo das ideias. Jamais a encontraremos no mundo sensível. O mundo sensível é apenas a sombra dos objetos reais da caverna.

Direito, como ciência, tendo um objeto, deve ser construído pelo conhecimento, pelos princípios que lhe são próprios. Hoje não temos dúvida de que esses princípios são relevantes para a definição do objeto do direito e para a solução de casos difíceis. Veremos isso com mais precisão quando estivermos no módulo V, discorrendo sobre o pós positivismo.



Caricatura de Platão e Aristóteles, em referência à obra do pintor renascentista italiano Rafael em sua obra *Scuola de Ateni*.



SUGESTÃO DE VÍDEO



O Mito da Caverna: Platão - Dublado

O Mito da Caverna: Platão – Dublado

<https://www.youtube.com/watch?v=Rft3s0bGi78&list=PLqdyV11h-5RpxH9HtPs77Y50VpMshVZmW&index=4>



Grandes Pensadores: Aristóteles

Grandes pensadores – Aristóteles

<https://www.youtube.com/watch?v=kkHJce9-oLE&list=PLqdyV11h-5RpxH9HtPs77Y50VpMshVZmW&index=8>



Grandes Pensadores: Platão

Grandes pensadores - Platão

<https://www.youtube.com/watch?v=tL36cKPQzsw&list=PLqdyV11h-5RpxH9HtPs77Y50VpMshVZmW&index=5>



GLOSSÁRIO

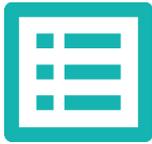
1. Ética a Nicômaco. É uma obra clássica de Aristóteles que tratou, dentre outros temas, da questão da ética e justiça, sendo obra especialmente relevante para o estudo da ciência jurídica.
2. Telos. Expressão grega que significa finalidade, propósito. Exemplo: o telos, ou seja, a finalidade do Direito é a busca da paz social.
3. Timeu. É uma obra clássica de Platão que apresenta uma investigação sobre a natureza do homem e do mundo físico que o circunda.



RESUMO DA UNIDADE

A Justiça, segundo Aristóteles, é teleológica e honorífica, ou seja, ela seria obtida após a definição do *telos* (finalidade) da prática social em questão. Ele defendia, ainda, que a Justiça guardaria relação com a igualdade e seria alcançada se os iguais fossem tratados igualmente na medida de sua igualdade e os desiguais fossem tratados desigualmente na exata medida em que se desiguam.

O Mito da Caverna, de Platão, é uma alegoria sobre o conhecimento humano e reforça a ideia de que o mundo das ideias é o que nos leva à episteme (verdade de caráter científico). Isso se correlaciona com a abertura que se deu ao objeto do Direito quando do pós-positivismo jurídico que, ao agregar a justiça, ética e equidade ao Direito, elasteceu seu objeto, permitindo que ele fosse mais efetivo ao reger as relações sociais.



REFERÊNCIAS

ARANHA, M. L. A. A.; MARTINS, M.H.P.M. Temas de filosofia. São Paulo: Moderna, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: centro Gráfico, 1988. 292 p.

Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão da assistência judiciária gratuita aos necessitados. Código Civil e Legislação Complementar. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTAR, Eduardo C.B. **Curso de Filosofia do Direito**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CHAUÍ, M. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. São Paulo: Atlas, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

UNIDADE II

PENSADORES MEDIEVAIS: JUSTIÇA
E DIVINDADE SANTO AGOSTINHO E
TOMÁS DE AQUINO



OBJETIVO:

- ▶ Entender o papel desempenhado pelo Cristianismo na formação do pensamento jurídico medieval; e
- ▶ Entender os conhecimentos básicos dos principais pensadores e correntes do período e suas relações com o fenômeno jurídico.

Imagem 1 - Batismo de Clóvis I, governante dos Francos, No Natal de 496.



A FILOSOFIA MEDIEVAL E O CRISTIANISMO

O pensamento medieval pode ser considerado fruto da conjugação entre as premissas filosóficas gregas e os postulados religiosos trazidos pelo Cristianismo. Como representantes desse pensamento, pode-se citar Santo Agostinho e Tomás de Aquino, sobre quem serão feitas considerações em momento posterior dessa obra.

As ideias do cristianismo se projetam sobre o Império Romano num contexto histórico qualificado por invasões bárbaras, pelo recrudescimento do civismo romano e o surgimento de um poder eclesiástico organizado. Esse o pano de fundo de todo o pensamento jurídico filosófico do Medievo.

Com efeito, a Idade Média inicia-se com a desorganização da vida política, econômica e social do Ocidente, agora transformado num mosaico de reinos bárbaros. Depois vieram as guerras, a fome e as grandes epidemias. O cristianismo propaga-se por diversos povos. A diminuição da atividade cultural transforma o homem comum num ser dominado por crenças e superstições.

Apenas para se ter uma ideia, no que pertine ao fenômeno jurídico, havia as Ordálias, os assim chamados *Juízos de Deus*, que consistiam numa modalidade de prova judicial absolutamente divorciada de qualquer premissa minimamente lógica, a exemplo do que se dá nas ciências processuais modernas. De fato, por meio das Ordálias, buscava-se apurar a culpa ou inocência do acusado por meio da interpretação de elementos da natureza, como o fogo, por exemplo. Assim, o réu era obrigado a andar por sobre brasas de forma que, se fosse inocente, Deus haveria de poupá-lo de quaisquer queimaduras. Havia, de fato, uma amálgama entre o divino e o jurídico, que, como se disse, é algo insano se considerar os axiomas da atual ciência processual, calcada no garantismo e nos direitos humanos.



Imagem 2 - Gravura do Século XIV representando as Ordálias por água fervente.

De acordo com a doutrina católica, a fé representava a fonte mais elevada das verdades reveladas, especialmente aquelas verdades essenciais ao homem e que dizem respeito à sua salvação. Por outro lado, surgiram pensadores cristãos que defendiam o conhecimento da filosofia grega, na medida em que sentiam a possibilidade de utilizá-la como instrumento a serviço do cristianismo. Conciliado com a fé cristã, o estudo da filosofia grega permitiria à Igreja enfrentar os descrentes e demolir os hereges com as armas racionais da argumentação lógica. O objetivo era convencer os descrentes, tanto quanto possível, pela razão, para depois fazê-los aceitar a imensidão dos mistérios divinos, somente acessíveis à fé.

Entre os grandes nomes da filosofia católica medieval destacam-se Santo Agostinho e Tomás de Aquino. Eles foram os responsáveis pelo resgate cristão das filosofias de Platão e de Aristóteles, respectivamente.

SANTO AGOSTINHO E O DAR A CADA UM O QUE É SEU

Para Santo Agostinho (um dos maiores representantes do pensamento do Medievo), a justiça poderia ser concebida como justiça humana e justiça divina.

"Se não podes entender, crê para que entendas. A fé precede, o intelecto segue." Santo Agostinho.

A justiça humana seria fruto da aplicação da lei humana, que, por se encontrar desvinculada de suas raízes divinas, tem como destino o erro e o mal governo das coisas humanas. Inobstante isso, aproximando-se a lei humana da lei divina, aproximando-se da fonte de inspiração que está a governar o coração do Homem (*i.e.*, Deus), a lei e as instituições humanas passariam a representar progresso, um *iter* em direção ao que fosse absolutamente verdadeiro, bom, imperecível e eterno. Conquanto imperfeitas, as leis humanas seriam a garantia da ordem social, devendo-se aproximar minimamente da Justiça.

Imagem 3 - Santo Agostinho por Caravaggio
Pintor barroco italiano (1571-1610).



Mas qual seria a concepção de Justiça para Santo Agostinho?

Para ele, a Justiça seria a ³*ratio essendi* do Direito, pois sem Justiça o Direito seria meramente uma instituição provisória, iníqua e sem sentido. E parafraseando o conceito romano de Justiça emanado do jurista Ulpiano, Santo Agostinho chega a afirmar que a justiça seria uma virtude que sabe atribuir a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*), conceito a que também fará menção Tomás de Aquino, alguns séculos mais tarde.

Para Santo Agostinho, tanto a lei humana quanto a lei eterna seriam coincidentes quando ocorresse o advento da Cidade de Deus. A Cidade de Deus romperia com o estado de coisas caracterizado pela ausência de Deus na vida do homem, pondo fim ao espírito mundano responsável pelo governo da coisa pública.



Imagem 4 - A Visão de Santo Agostinho" - Garofalo
Pintor italiano (c. 1481-1559).

TOMÁS DE AQUINO E A JUSTIÇA

No que diz respeito à epistemologia jurídica, é dizer, no que pertine à definição do Direito como ciência, Tomás de Aquino foi um pensador de grande valor na medida em que, assim como Santo Agostinho, se debruçou sobre o conceito de justiça, merecendo destaque sua obra *Suma Theologica*.

A humildade é o primeiro degrau para a sabedoria. ” Tomás de Aquino.

Segundo a filosofia tomista, o Direito é consectário de uma lei natural (*lex naturalis*) que se correlaciona com a lei divina. Assim, todo o conteúdo de direito positivo (direito posto) deveria se adequar às premissas que lhe são superiores e fontes de inspiração:

o direito natural e o direito divino. Nessa ordem de ideias, o direito transcende a lei escrita, é dizer, a lei posta pela autoridade não exaure o objeto do Direito.

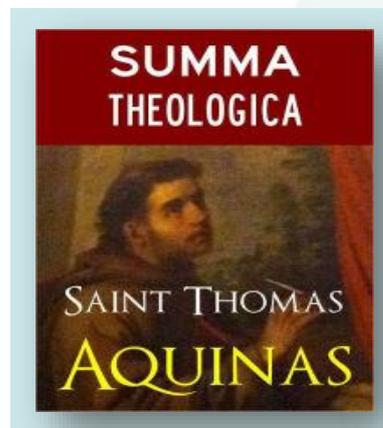
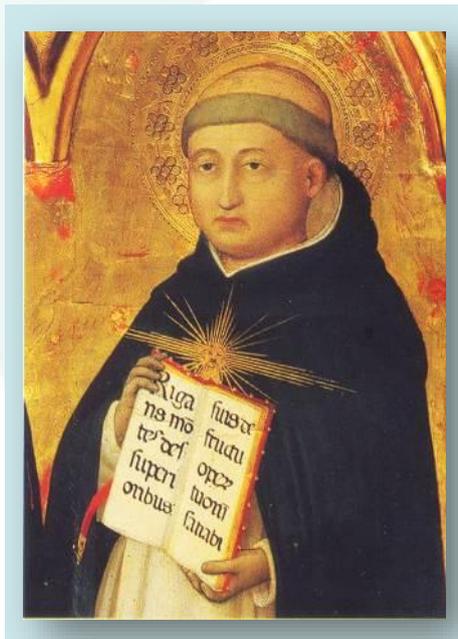


Imagem 5 e 6 - Tomás de Aquino (1.225 – 1.274). À direita, uma de suas principais obras: a *Summa Theologica*.

O que seria o justo para Tomás de Aquino?

Para esse pensador medieval, a justiça seria um hábito virtuoso, ligando-se, portanto, à ideia do *ethos*, uma reiteração de atos direcionados a um fim que é a vontade de dar a cada um o que é seu (*voluntas suum cuique tribuere*). Aqui, à exemplo do que ocorre com Santo Agostinho, percebe-se uma referência à linha de pensamento do juriconsulto romano Ulpiano para quem o conceito de justo se ligaria a três importantes premissas: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, ou seja, viver honestamente, não lesar outrem e dar a cada um o que é seu. Assim, a justiça não teria correlação com a especulação intelectual e reflexiva, mas, como se disse, é considerada um hábito, ou seja, uma prática que atribui a cada um o que é seu à medida que cada um possui uma medida e que nem todas as pessoas são iguais materialmente falando.

Aliás, o próprio conceito Aristotélico de Justiça (aponte-se que Tomás de Aquino teve por base o pensamento aristotélico, chegando a designar Aristóteles na *Summa Theologica* como *O Filósofo*) se relaciona com o axioma justiça, na medida em que justiça se vincula à ideia de igualdade, sendo obtida quando se trata igualmente os iguais na medida de sua igualdade e desigualmente os desiguais na medida em que se desigualem.

Na Constituição de 1.988, a chamada Constituição Cidadã, reconhece, em inúmeros dispositivos, o valor da justiça como a vontade de se dar a cada um o que é seu. Nos dispositivos que tratam dos direitos humanos, a Constituição brasileira relaciona vários direitos fundamentais, tais com o direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, além dos direitos sociais (em especial os trabalhistas), os de nacionalidade e os políticos. No que tange à igualdade, a ¹*Grund Norm* prevê o princípio da isonomia como grande axioma normativo a orientar a compreensão de várias outras normas, contemplando a chamada igualdade de oportunidades, além da própria isonomia material, que é, aliás, objetivo da República Federativa do Brasil, conforme se observa de seu artigo 3º, inciso II.



INDICAÇÃO DE VÍDEO

O Nome da Rosa.

Direção: Jean-Jacques Annaud, Produção: Bernd Eichinger. Frankfurt (DE): Constantin Film, 1986, 1 DVD. Esse filme permite uma reflexão sobre a filosofia da Idade Média ao estabelecer uma relação entre a doutrina cristã e as ciências.



Numa palestra realizada no canal TED (*Technology, Entertainment, Design*), o jovem filósofo inglês Alain de Botton, antagonizando, de certa forma, a concepção religiosa estudada neste módulo, desenvolve premissas sobre o ateísmo, buscando usar conceitos da religião para se viver uma vida agnóstica.





REFERÊNCIAS

1. *Grund Norm*. Expressão em alemão que significa “norma fundamental”, que, no contexto desse estudo, refere-se à nossa atual Constituição Federal de 1.988.
2. *Iter*. Expressão latina que significa “caminho”. Exemplo: em Direito Penal, quando se quer designar o caminho percorrido pelo criminoso para o cometimento do crime, que vai desde a cogitação até a execução, diz-se haver um *iter criminis* (caminho do crime).
3. *Ratio Essendi*. Expressão latina que significa “razão de ser” ou “razão de existir”. Exemplo: pode-se afirmar que a *ratio essendi* do Direito enquanto ciência é o alcance do valor *justiça*.
4. TED. Acrônimo de *Technology, Entertainment, Design* (*Tecnologia, Entretenimento e Design*), consiste num canal que apresenta conferências realizadas na Europa, América e Ásia, organizado pela fundação americana *Sapling Foundation*, que tem por slogan *Ideas Worth Spreading*, ou seja, ideias que merecem ser disseminadas. Para maiores informações, acesse o site <https://www.ted.com>.



RESUMO DA UNIDADE

O pensamento medieval pode ser considerado fruto da conjugação entre as premissas filosóficas gregas e os postulados religiosos trazidos pelo Cristianismo. As Ordálias, ou Juízos de Deus, são relevante exemplo de uma instituição informada pelo misticismo típico da Idade Média.

Santo Agostinho entendia que a razão de ser do Direito é a Justiça. Haveria a Justiça Divina, que seria perfeita, e a Humana, imperfeita. A Justiça Humana só alcançaria perfeição se se adequasse às premissas da Justiça Divina, previstas nas Sagradas Escrituras. Santo Agostinho defendia, ainda, que a Justiça seria obtida quando se desse a cada um o que é seu.

Tomás de Aquino defendia que o Direito transcende à lei escrita sendo a Justiça um importante componente de seu objeto. Para esse pensador medieval, a justiça seria um hábito virtuoso, ligando-se, portanto, à ideia do *ethos*, uma reiteração de atos direcionados a um fim que é a vontade de dar a cada um o que é seu (*voluntas suum cuique tribuere*).

UNIDADE III

JUSNATURALISMO, RACIONALISMO
E CONTRATUALISMO



OBJETIVOS

- ▶ Analisar a corrente de pensamento jusfilosófico do Jusnaturalismo, em especial o Racionalismo Contratualista, perscrutando a filosofia política de Hobbes e Rousseau.



Imagem 1 - *A Liberdade Guiando o Povo (28 de julho de 1830)*", 1830, óleo sobre tela de Eugène Delacroix.

O advento do racionalismo gerou uma ruptura com o paradigma medieval de pensamento, caracterizado, como se viu no módulo III, pela palavra revelada, é dizer, pela combinação dos postulados religiosos trazidos pelo cristianismo com algumas premissas filosóficas gregas, em especial as platônicas e aristotélicas.

Colocando um novo centro nesta concepção, surge o jusnaturalismo, no âmbito da laicização da cultura moderna, confiando-se à reta razão (e não mais aos desígnios de Deus) como guia das ações humanas. A epistemologia jurídica, assim, deixa de considerar quaisquer aspectos míticos para se entregar às premissas da razão.

Esse jusnaturalismo moderno (que não se confunde com o jusnaturalismo da antiguidade clássica), baseia-se, assim, na razão como guia suprema da busca do objeto da ciência jurídica. Surge a escola clássica do Direito Natural, tendo em Hobbes e Rousseau seus grandes representantes. Assim, buscar-se-á, a partir desse ponto, tecer algumas considerações sobre o pensamento desses dois jusfilósofos, buscando compreender de que forma este influenciou na busca de se definir conceitos relevantes como a justiça, bem como de que forma contribuiu para a definição de um objeto científico para o Direito.

THOMAS HOBBS

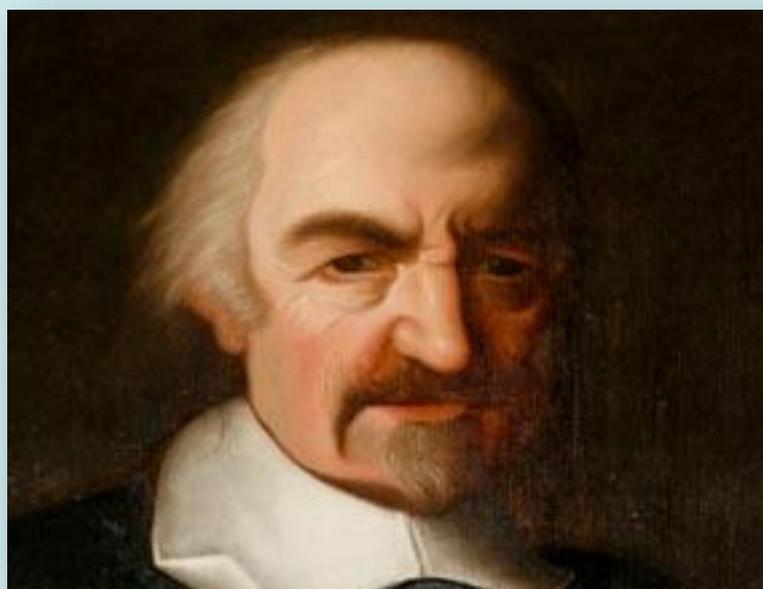


Imagem 2 - Tomas Hobbes (1.588-1.679).

Tem como principal obra o *Leviatã* publicada em 1.651, sendo teórico do poder soberano. Para ele, o estado de natureza humano gera irrestrita liberdade, o que seria prejudicial à vida social. Assim, Hobbes adota a hipótese de que o homem é um animal egoísta que gera a guerra de todos contra todos (*bellum omnia omnes*) e, conseqüentemente, o fim da vida gregária.

Para ele, neste estado de natureza, o homem é o lobo do homem (*homo homine lupus*), sendo um animal que gera *autofagia social*, causando o fim da espécie humana. Para evitar esse fim, é necessária a criação de um Estado que impeça que a autodestruição humana ocorra. O soberano, que dirige esse Estado, tem por fim garantir a ordem, evitar a guerra e a morte.

Observe o que disse esse brilhante pensador inglês:

Com isso se torna manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra e uma guerra que é a de todos os homens contra todos os homens, pois a guerra não consiste apenas na batalha, ou no ato de lutar, mas naquele lapso de tempo durante o qual a vontade de travar batalha é suficientemente conhecida. Portanto, tudo aquilo que é válido para um tempo de guerra, em que todo homem é inimigo de todo homem, o mesmo é válido também para o tempo durante o qual os homens vivem sem outra segurança senão a que lhes pode ser oferecida por sua própria força e sua própria invenção. Numa tal situação, não há lugar para a indústria, pois seu fruto é incerto, conseqüentemente não há cultivo da terra, nem navegação, nem uso das mercadorias que podem ser importadas pelo mar, não há construções confortáveis, nem instrumentos para mover e remover as coisas que precisam de grande força, não há conhecimento da face da terra, nem cômputo do tempo, nem letras, não há sociedade e o que é pior do que tudo: um constante temor e perigo de morte violenta e a vida do homem é solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta. (LEVIATÃ, 1.999, p. 109).

A necessidade de intervenção do Estado, então, passa a ser elemento indispensável à própria sobrevivência do homem, teoria esta que justifica, portanto, a existência dos Estados, o que servirá de premissa para a fundamentação teórica por trás da formação dos Estados Nacionais a partir do Século XVI. O soberano tem por fim, assim, aperfeiçoar o estado de natureza, sendo que o que cria o estado é uma convenção, daí porque Hobbes foi considerado como um Jusnaturalista Contratualista. Há, assim, um pacto que cria a vida civil, evita a violência e estabelece ordem.

Segundo Hobbes, o Estado não decorre de algo natural, decorre de convenção humana, pois os próprios homens o querem e o apoiam reciprocamente. Mesmo uma ditadura seria mais desejável que a anarquia, segundo esse pensador contratualista (Observe que o caminho estava sendo pavimentado para o advento do absolutismo monárquico).

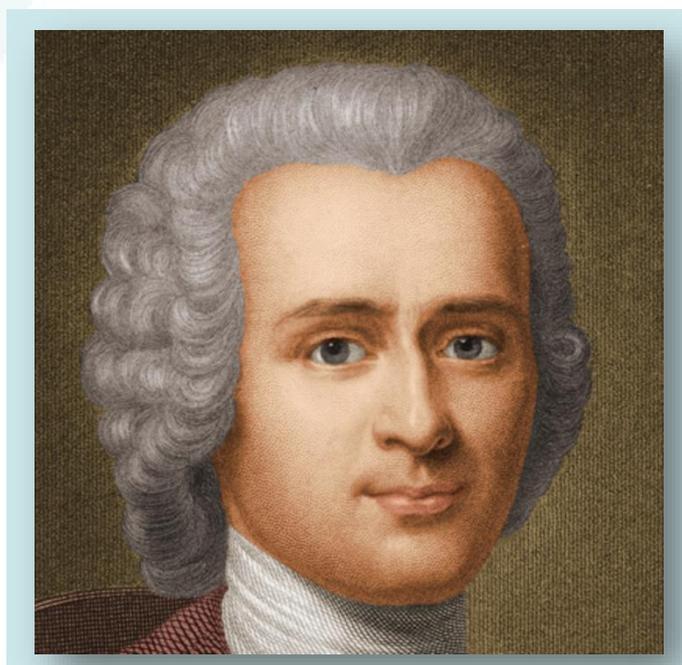
Esse Estado, uma vez institucionalizado por um contrato, passa a ser considerado legítimo e ter suas condutas adotadas em relação a seus súditos como expressão lícita e inquestionável por quem quer que seja. Abandonando a premissa do direito divino dos reis, de viés mítico e religioso, busca-se explicar o fenômeno político por meio das teorias do contrato social, natureza lógica e racional.

Todo o ordenamento jurídico decorrente do soberano seria, assim, legítimo e inquestionável, ainda que abarcasse situações que hoje nos pareçam absurdas, tais como a *prima nocte* ou, até mesmo, a suposta liceidade do Estado Nazista, calcado na Constituição de Weimar. Repare que a questão da legitimação do Estado é sempre um tema espinhoso das ciências políticas. Hans Kelsen, por exemplo, sobre quem se discorrerá com mais profundidade no módulo V, foi acusado pelos nazistas de sustentar uma premissa lógica justificadora do próprio Estado Nazista, responsável pela morte de mais de 6 milhões de judeus (lembrando, à propósito, a ironia de Kelsen também ser de origem semita).



Imagem 3 - O Leviatã.

JEAN-JACQUES ROUSSEAU



Jean Jacques Rousseau, considerado um dos maiores filósofos contratualistas.

https://www.biography.com/.image/t_share/MTE4MDAzNDEwNjc4NTQ3OTgy/jean-jacques-rousseau-9465453-1-402.jpg

Considerado um dos maiores jusfilósofos contratualistas de seu tempo, Rousseau, o filósofo de Genebra, concebia que a justiça só seria alcançada por meio do pacto social, de forma que a refundação das premissas do convívio social e do próprio Estado, falido pelo desgoverno das leis e pelos desmandos da política, pode ser considerada a pedra angular do pensamento rousseauiano.

O exercício do poder do Estado, entretanto, está condicionado ao pacto sócio político, que reflete os direitos irrenunciáveis dos súditos em relação ao governante, de forma que justiça é o que decorre do respeito pelo Estado ao estado de natureza do homem. A injustiça, para ele, seria o exercício do poder para alcançar propósitos que não estivessem previstos, tácita ou expressamente, no âmbito do contrato social.

Aqui é possível encontrar um ponto de convergência com a teoria constitucionalista na medida em que a mesma pretendia a limitação do exercício do poder do Estado e a garantia dos direitos de seus súditos, o que, na linha da história, será a premissa política justificante do surgimento dos Estados democráticos com o fim do período absolutista.

A justiça, para Rousseau, era imanente ao homem, de forma que se pode afirmar seja ele considerado o grande jusnaturalista de sua época; com efeito, suas ideias sobre o direito natural inspiraram a Revolução Francesa, bem como a edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ambas do ano de 1.789.



Imagem 4 - Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1.789).

ARTIGOS TRATADOS NA DECLARAÇÃO ORIGINAL DE 1789.

Art. 1.º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 2.º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Art. 3.º O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

Art. 4.º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 5.º A lei proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Art. 6.º A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Art. 7.º Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Art. 8.º A lei apenas deve estabelecer apenas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Art. 9.º Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Art. 10.º Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11.º A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

Art. 12.º A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública; esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

Art. 13.º Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.

Art. 14.º Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a colecta, a cobrança e a duração.

Art. 15.º A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Art. 17.º Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.

Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Declaração_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidadão.>. Acesso em: 22 ago. 2017.

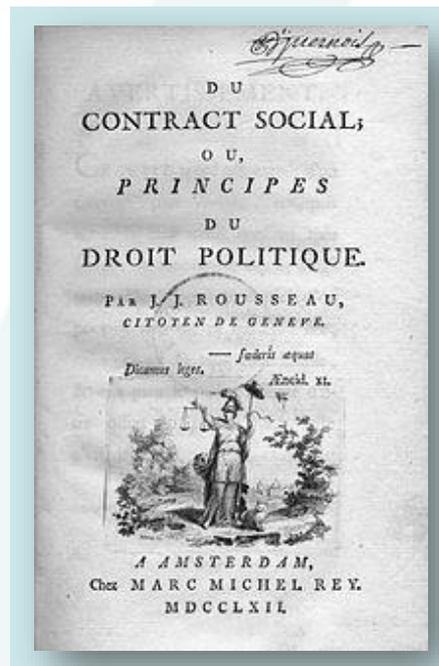


Imagem 5 - Contrato Social. Jean-Jacques Rousseau.

Assim, segundo Rousseau, há direitos fundamentais imanes, a cuja obediência está vinculado o soberano, que, assim o fazendo, gera justiça (justiça imanente). Ele esperava de seu Contrato Social uma ordem justa decorrente do próprio estado de natureza que respeita a vontade geral do homem (observe, aqui, que Rousseau, ao contrário de Hobbes, considerava boa a natureza do homem – o homem nasce bom, mas a sociedade o corrompe, dizia...).

Ao contrário do que advogava a ideia tomista e agostiniana que permeou o Medievo, o fundamento da lei não vem de Deus, mas dos homens, que sabem legislar em conformidade com a natureza do próprio homem e a extensão de seus direitos.

A justiça, assim, vinha do contrato social, da vontade geral dos homens de delimitar as balizas dentro das quais a ação do Estado está submetida. O poder de criar as leis vem do legislador, mas remonta a ideia de pacto, cujo único soberano é o povo.

O poder legislativo, para esse jusfilósofo, seria o coração do Estado ao passo que o Executivo seria o seu cérebro, o que pode ser considerado ponto fulcral das democracias hodiernas.

IMMANUEL KANT

Nascido em 1724 e falecido em 1804, o filósofo alemão Immanuel Kant é um dos mais complexos e importantes autores presentes em toda a história da filosofia. Sua obra, extremamente ampla e influente, não pode ser abordada em toda a sua complexidade em um texto de introdução à filosofia contemporânea, mas, para não perdermos o fio de nossa narrativa, iremos abordá-la a partir de suas relações com o pensamento de David Hume.

Kant estabeleceu uma interrelação muito especial, e que interessa a esta obra sobremaneira, entre o Direito e a Moral. Kant estabeleceu o chamado imperativo categórico segundo o qual o homem deveria agir de tal modo que a máxima da sua ação pudesse se tornar princípio de uma legislação universal.



Imagem 6 - Immanuel Kant.

Kant é um dos principais pensadores que nos ajudam na compreensão dos problemas vivenciados no campo educacional. Segundo o filósofo, a educação faz do homem um verdadeiro homem, ou seja, é a educação que possibilitará a evolução do homem até ver-se como humanidade (ROSA, 2010). Kant foi um dos primeiros a pensar sobre a infância, sobre a educação das crianças pequenas e sobre a importância do cuidado com o corpo (Educação Física).

Para aprofundar seus estudos, leia *Sobre a Pedagogia*.

Dentro desse contexto em que Kant dispõe sobre a moral, cumpre compreender a relação existente entre esta e o Direito. Com efeito, a moral, significando um padrão de conduta aceito por uma maioria, é categoria que está intimamente ligada ao fenômeno jurídico. Se, por exemplo, diz-se que é imoral matar alguém, exceto em raríssimas hipóteses, como para defender a própria vida, por exemplo, vem o Direito Penal e institui o crime de homicídio, prevendo, inclusive, a legítima defesa como causa excludente da ilicitude. Observe como a moral e o Direito caminham lado a lado.

Não obstante isso, não se pode afirmar que as normas morais sejam equivalentes às normas jurídicas já que às normas morais falta a coercibilidade, ou seja, a força do *Jus Imperium* estatal a garantir que sua inobservância gerará consequências para aquele que a descumpriu, o que não ocorre com a moral. Explicando melhor: alguém pode considerar que outrem seja imoral devido ao fato de ser arrogante e mau educado, mas isso por si só não produz nenhuma consequência jurídica: o Direito não obriga ninguém a ser humilde ou educado. Não há aqui imputação de qualquer consequência jurídica, seja uma multa ou uma pena criminal. O que se tem é a consequência moral, é dizer, o sujeito imoral passa a ser tido como tal perante a sociedade. O mesmo pode-se dizer daquele que tenta suicídio, conduta que pode ser questionada moralmente, ou até religiosamente, mas não do ponto de vista jurídico (pelo menos num primeiro momento).

Seria diferente, entretanto, se o suicídio tivesse por finalidade fraudar seguro de vida. Veja que a alteridade, que inclusive foi tratada por Kant, é um dos elementos que interessam ao Direito, bastando lembrar que um dos pilares da Justiça de Ulpiano era o *altera non laedere* (não lesar terceiros).

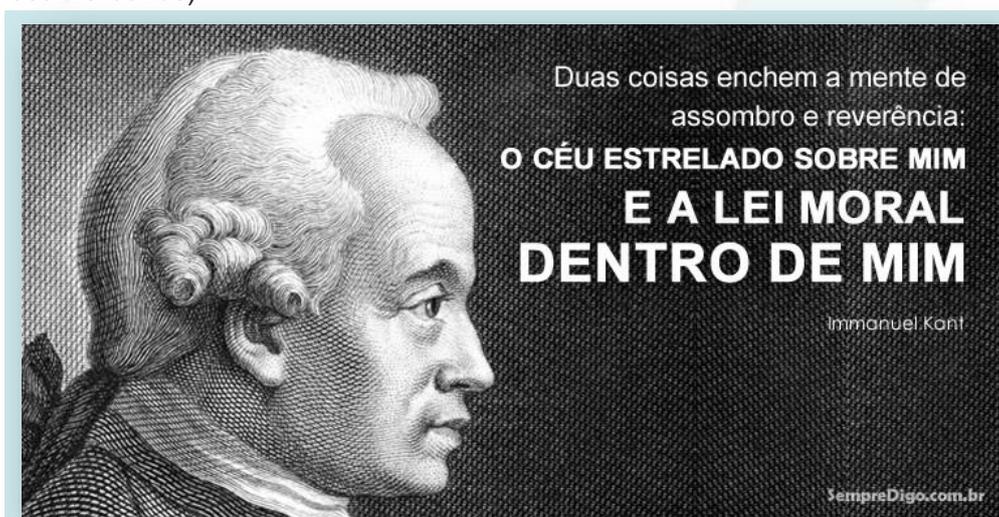


Imagem 7 - de Immanuel Kant ao lado de famosa citação sua, que frisa a importância da lei moral como norte a guiar as ações humanas.

De toda sorte, o que Kant pensava sobre o justo, que interessa à Filosofia do Direito em particular?

Kant advertia que o justo seria aquele que age levando em consideração os direitos alheios, que é a alteridade, conforme visto nas linhas anteriores. Assim, a Justiça seria conceito ligado à convivência e respeito ao espaço alheio, aos direitos dos outros. *Em sentido contrário* injusto é aquele que não respeita os direitos de seus concidadãos, impedindo-os de exercer sua liberdade. E será exatamente o pacto social o instrumento de legitimação da liberdade e dos limites da coação advinda do ente soberano. Para Kant, as leis só seriam justas e, por conseguinte, válidas, se respeitassem a liberdade de todos, delimitadas pelos seus direitos fundamentais.



INDICAÇÃO DE VÍDEO



Os Tudors

The Tudors foi uma série de drama baseada na história do rei Henrique VIII de Inglaterra. A série foi criada por Michael Hirst e era exibida nos Estados Unidos pelo canal Showtime. No Brasil é transmitida, em TV aberta, pela RedeTV!

Michael Hirst. Canadá/ Irlanda. 2007. BBC Two, CBC Television, Showtime TV3.



RESUMO DA UNIDADE

O jusnaturalismo, no âmbito da laicização da cultura moderna, confiando-se à reta razão (e não mais aos desígnios de Deus) como guia das ações humanas. A epistemologia jurídica, assim, deixa de considerar quaisquer aspectos míticos para se entregar às premissas da razão.

Hobbes foi o principal teórico do poder soberano. Para ele, o estado de natureza humano gera irrestrita liberdade, o que seria prejudicial à vida social. Assim, Hobbes adota a hipótese de que o homem é um animal egoísta que gera a guerra de todos contra todos (*bellum omnia omnes*) e, conseqüentemente, o fim da vida gregária.



GLOSSÁRIO

1. AUTOFAGIA SOCIAL. A autofagia significa aquilo que se autoconsome, ou seja, a própria coisa é eliminada por ela mesma. A autofagia social, assim, diria respeito à própria coletividade eliminando-se a si mesma, por meio de relações sociais conflituosas, o que coincide exatamente com a visão idealizada pelo jusnaturalista Thomas Hobbes, na obra O Leviatã, segundo quem o homem é o lobo do homem numa guerra de todos contra todos.

2. CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR. Constituição do Império Alemão, que vigorou de 1.919 a 1.933, que instituiu na Alemanha uma República Democrática Parlamentar. Foi considerada uma Constituição democrática preocupada com a proteção dos direitos sociais.

3. JUS IMPERIUM. Em tradução livre a partir do latim: Poder de império. Esse poder representa a própria soberania estatal, que é elemento do Estado, e denota a possibilidade de o Estado constituir seus súditos em obrigações, independentemente da vontade destes, bem como o dever de protegê-los. É com base nesse jus imperium que o Estado, por exemplo, define crimes e os pune, em conformidade com a lei.

4. LAICIZAÇÃO. Diz respeito a tornar algo laico, ou leigo. Laico, ou Leigo, por sua vez, se refere àquilo que não diz respeito a qualquer questão religiosa. Quando dizemos, por exemplo, que o Estado brasileiro atual, inaugurado pela Constituição de 1988, é laico, queremos dizer, com isso, que ele não tem uma religião oficial, pois assuntos de Estado não se confundem com assuntos religiosos.

5. PRIMA NOCTE. Em tradução livre a partir do latim: primeira noite. Era um direito dos monarcas absolutistas de vários reinos europeus de dormir a primeira noite com a mulher de um plebeu que fosse com esse se casar. Representa uma decorrência da teoria do Direito Divino dos Reis, que serviu de base teórica para o absolutismo.



REFERÊNCIAS

- ARANHA, M. L. A. A.; MARTINS, M.H.P.M. **Temas de filosofia.** São Paulo: Moderna, 1992.
- BITTAR, Eduardo C.B. **Curso de Filosofia do Direito.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- CHAUÍ, M. **Convite à filosofia.** São Paulo: Ática, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito.** São Paulo: Atlas, 2003.
- HOBBS, T. **Leviatã.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

UNIDADE IV

**PENSAMENTO FILOSÓFICO
CONTEMPORÂNEO**



OBJETIVOS:

- ✦ Compreender a relevância do pós-positivismo como corrente jus filosófica que superou a concepção positivista da Escola da Exegese, inaugurando uma nova era na Ciência Jurídica qualificada pela relevância normativa dos princípios jurídicos. Compreender o pensamento jurídico liberal de John Rawls.

POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo jurídico (ou juspositivismo) é uma corrente da teoria do direito que procura explicar o fenômeno jurídico a partir do estudo das normas positivas, ou seja, daquelas normas postas pela autoridade soberana de determinada sociedade. Ao definir o direito, o positivismo identifica, portanto, o conceito de direito com o direito efetivamente posto pelas autoridades que possuem o poder político de impor as normas jurídicas. Essa corrente do pensamento jus filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento. Sua importação para o Direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar-se uma “ciência” jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais.

Segundo o positivismo jurídico, os requisitos para verificar se uma norma pertence ou não a um dado ordenamento jurídico têm natureza formal, vale dizer, independem de critérios de mérito externos ao direito, decorrentes de outros sistemas normativos, como a moral, a ética ou a política. O direito é definido com base em elementos empíricos e mutáveis com o tempo - é a tese do fato social, ou das fontes sociais ou convencionalista. Nega-se, com isso, as teorias dualistas que admitem a existência de um direito natural ao lado do direito positivo.

Assim, uma regra pertencerá ao sistema jurídico, criando direitos e obrigações para os seus destinatários, desde que emane de uma autoridade competente para a criação de normas e desde que seja criada de acordo com o procedimento previsto legalmente para a edição de novas normas, respeitando os limites temporais e espaciais de validade, assim como as regras do ordenamento que resolvem possíveis incompatibilidades de conteúdo (antinomias).

O maior representante do positivismo jurídico foi, sem dúvida, Hans Kelsen, tendo sido ele um jurista e filósofo austríaco, considerado um dos mais importantes e influentes estudiosos do Direito. Kelsen, ao procurara depurar o objeto do Direito, escreveu, em 1934, sua Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*).



Imagem 1 - Praga, 11 de outubro de 1881 — Berkeley, 19 de abril de 1973

Nessa obra, Kelsen busca desenvolver uma teoria científica do direito, definindo a

ciência jurídica como campo de estudo cujo objeto são as normas jurídicas positivas. O autor sustenta a necessidade de renunciar ou até então enraizado costume de defender ideais políticos, de caráter subjetivo, em nome de uma ciência do direito supostamente objetiva.

A Teoria Pura do Direito de Kelsen, obra clássica deste famoso jurista austríaco, pretendia elevar o direito à altura de uma ciência genuína, aproximando tanto quanto possível os seus resultados dos ideais de toda ciência: objetividade e exatidão.

Em sua busca por uma descrição neutra e objetiva do fenômeno jurídico, o autor procura desvencilhar o direito de todos os elementos que lhe são estranhos, pertencentes a outras ciências como a psicologia, a sociologia, a ética e a teoria política.

Sua pureza derivaria, portanto, de seu postulado metodológico fundamental, qual seja, não fazer quaisquer considerações que não sejam estritamente jurídicas, nem tomar nada como objeto de estudo senão as normas jurídicas. Kelsen pretendia construir uma ciência jurídica objetiva e clara, que se abstinhasse de julgar segundo quaisquer critérios de justiça as normas que buscava descrever e explicar.

É importante ressaltar que Kelsen não busca criar uma "teoria do direito puro", ou seja, ele não nega a ligação existente entre o direito, a política, a sociologia e outros ramos das ciências sociais, nem tenta eliminar essas relações. Ele simplesmente afirma que a ciência jurídica é ciência autônoma, que não se confunde com política do direito e não deve, portanto, se contaminar por ideologias políticas:

“De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo facto de estas ciências se referirem a objectos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo, não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objecto.” — Hans Kelsen, Teoria Pura do Direito (KELSEN, 2.009, p. 129).

Kelsen concebe o ordenamento jurídico como um sistema hierárquico de normas em que a validade de uma norma pode ser verificada em função da sua conformidade com uma norma hierarquicamente superior. O sistema positivista não comporta o reconhecimento de uma lei moral objetiva ou de uma lei natural como critério de validade da norma positiva, nem indaga da justiça ou injustiça das leis. Se a norma está de acordo com a norma superior hierárquica numa cadeia sucessória ou piramidal, ela é válida. Qualquer referencial externo ao sistema jurídico é rejeitado.

A última norma desta estrutura hierárquica, no entanto, não pode ter sua validade verificada em função de uma norma superior.

Kelsen chama esta norma superior máxima de "norma fundamental", a qual constitui o fundamento de validade de todo o sistema jurídico:

“Ordem é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo facto de todas elas terem o mesmo fundamento de validade.

E o fundamento de validade de uma norma é – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem.” — Hans Kelsen, Teoria Pura do Direito (KELSEN, 2.009, p. 33)

Esta norma deve ser pressuposta, e não extrai sua validade ou legitimidade senão exclusivamente da força e do poder de império do Estado. No âmbito de uma teoria pura, a justiça e a legitimidade desta norma mais alta não é discutida pelo autor, basta que ela exista e se imponha para que exista um sistema jurídico.

A norma hipotética fundamental aponta por quem devem ser editadas as leis e como fazê-lo de forma que o Estado se estrutura através de um sistema de normas, ou, ainda, de um ordenamento jurídico, organizado a partir da norma superior chegando-se às inferiores. A estrutura do ordenamento jurídico de Kelsen, representado por uma pirâmide em cujo ápice estariam as normas de natureza constitucional e abaixo do qual encontraríamos as normas de caráter infraconstitucional (abaixo das normas constitucionais), acabou sendo a base do sistema de controle de constitucionalidade que, inclusive, é a base do sistema jurídico brasileiro.

PÓSPOSITIVISMO JURÍDICO E A RELEVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

A decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do Nazismo da Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência às ordens emanadas da autoridade competente.

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido. A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo jurídico abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e interpretação.

O pós-positivismo jurídico surge, assim, como solução para a insuficiência do positivismo jurídico kelseniano e valorizou sobremaneira os princípios jurídicos, erigindo-os à condição de verdadeiras normas jurídicas, ao lado das regras. Ainda, o pós-positivismo, preocupado com a realização do valor Justiça, propõe a reaproximação entre o Direito e a Ética, ampliando o objeto de estudo do Direito.

A concepção mecânica do raciocínio jurídico da Escola da Exegese - que representou em novos termos a continuidade da aspiração jusnaturalista moderna do Direito como demonstrativo, a permitir juízos determinantes e que se viu reforçada pela crença na ciência que caracterizou o século XIX – prevaleceu até o momento em que se tornou patente o descompasso entre o Direito formalmente válido e a realidade social.

Dworkin defendia que a norma jurídica, objeto do Direito, apresentava duas espécies: o princípio jurídico e a regra. Dworkin reconhecia aos princípios, ao contrário do que se dava no positivismo jurídico que acabamos de ver, status de norma jurídica, de natureza distinta da natureza das regras.



Imagem 2 - Ronald Dworkin, professor da Faculdade de Direito da Harvard

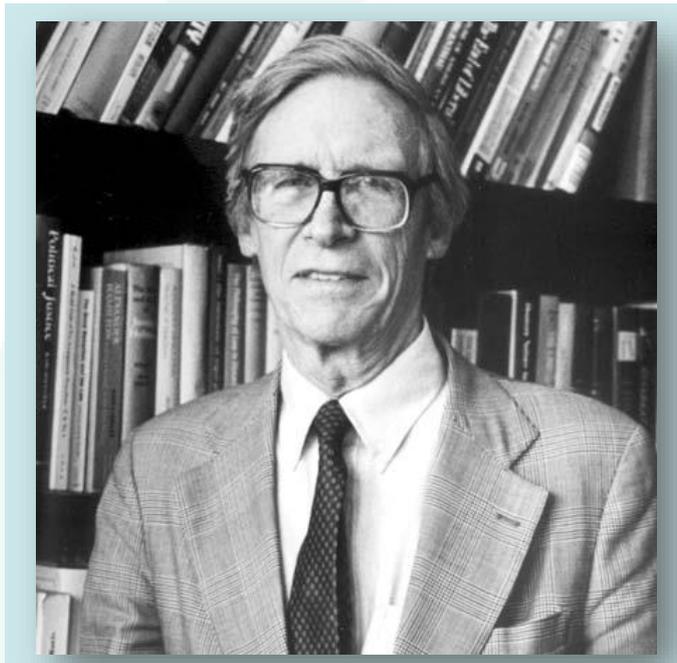
Para Dworkin, a distinção entre princípios e regras estaria na própria natureza jurídica de cada uma dessas categorias. Assim, as regras seriam normas jurídicas mais objetivas e mais precisas, ao passo que os princípios seriam normas mais genéricas, de maior amplitude normativa, capazes, portanto, de solucionar mais situações fáticas.

Outra diferenciação estaria na questão dos conflitos entre regras e os entre princípios. Assim, quando uma regra entra em conflito com outra, o que se dá é o seguinte: ou se aplica uma regra, ou se aplica outra (moda do tudo ou nada). Entretanto, se os princípios entram em conflito, a solução não estaria no âmbito da validade (como as regras), mas do peso. Assim, no caso concreto, o juiz faria uma análise de qual princípio teria o maior peso na situação de fato a ser julgada, diminuindo o peso do princípio que com ele colidisse. Assim, resumindo: enquanto o conflito entre regras se resolve no âmbito da validade, aplicando-se uma em detrimento da outra, o conflito entre princípios se resolve na dimensão do peso.

PRINCÍPIOS	REGRAS
GERAIS	PARTICULAR
IMPRECISÃO	PRECISÃO
MAIS DISCRICIONARIEDADE	MENOS DISCRICIONARIEDADE
SÃO NORMAS JURÍDICAS	SÃO NORMAS JURÍDICAS
SOPEAMENTO	TUDO OU NADA
MANDADOS DE OTIMIZAÇÃO	MANDADOS DEFINITIVOS

A partir de agora, faremos uma análise da teoria da justiça de John Rawls e, para tanto, teremos como pano de fundo o transcrito no parágrafo 3 (três) de sua obra “Uma Teoria da Justiça” (*A Theory of Justice*)⁴, intitulado “A ideia principal da teoria da justiça”, já que ele sintetiza a ideia dessa obra prima do liberalismo político.

A teoria da justiça de John Rawls, tida como sua obra prima no meio jurídico, foi publicada em 1.971 nos Estados Unidos da América pela *Harvard University Press, U.S.A.* dando origem às discussões políticas que hoje são travadas em doutrina, podendo-se afirmar que é uma *teoria política da justiça*, pois Rawls cria uma teoria da justiça com base em princípios próprios, em constante diálogo com as teorias da filosofia política.

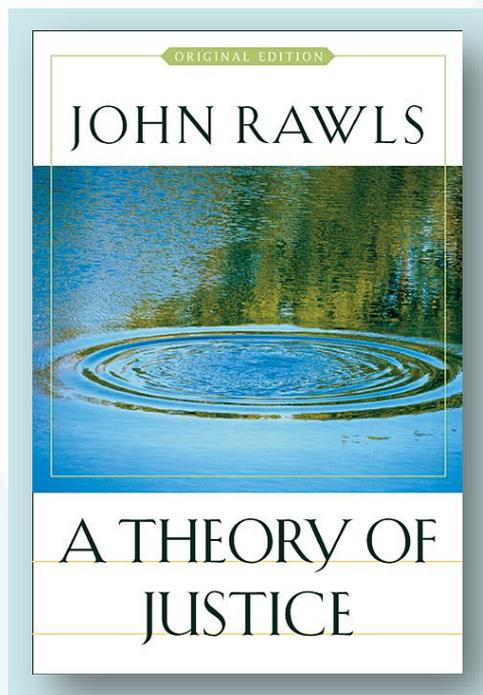


John Rawls (1.921-2.002). Professor de Filosofia Política Da Faculdade de Direito da Harvard University.

In <https://media1.britannica.com/eb-media/35/100835-004-0A003A0A.jpg>

Direito da Harvard.

Para começar, o autor parte da seguinte indagação: seria possível uma sociedade justa e estável politicamente com tantas concepções que se tem hoje sobre o que vem a ser justiça? O objeto da teoria da justiça de Rawls, assim, seria definir o conceito da justiça. Ele constrói a teoria da justiça em permanente diálogo com as tradições políticas ocidentais (como a democracia, por exemplo), sendo este o suporte factual de sua teoria. Dessa forma, busca ele estabelecer princípios de justiça, encontráveis nos vários ordenamentos jurídicos democráticos do ocidente a fim de se criar um Estado justo.



Rawls parte das ideias intuitivas contidas nas teorias contratualistas clássicas (vistas na Unidade 4 deste material), reformulando-as e apresentando uma teoria alternativa para o conceito político de justiça, motivo pelo qual é possível afirmar que Rawls é, por assim dizer, um neo-contratualista. Segundo ele, aliás, “o objetivo que me norteia é elaborar uma teoria da justiça que seja uma alternativa para essas doutrinas que há muito tempo dominam a nossa tradição filosófica.” (RAWLS, 2.002, p. 12).

*Obra prima de John Rawls, Uma Teoria da Justiça,
Publicada em 1.971 pela Harvard University Press, U.S.A*

<https://resenhasdefilosofia.files.wordpress.com/2013/06/uma-teoria-da-justic3a7a.jpg>

De toda sorte, proponho a seguinte pergunta: qual seria, em síntese, a ideia principal da teoria da justiça de Rawls?

A IDEIA PRINCIPAL DA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS

1- Princípios de justiça como fruto do consenso original

John Rawls apresenta uma concepção de justiça que, de certa forma, propicia uma releitura da conhecida teoria do contrato social. Entende ele que, para se abstrair a teoria do contratualismo social, não se pode conceber tal pacto de forma parcial, tendenciosa, de forma a introduzir uma determinada sociedade ou forma particular de governo. Defende ele a ideia segundo a qual os princípios da justiça reitores das relações básicas da sociedade deveriam ser necessariamente fruto do consenso original, ou seja, da livre manifestação de vontade de todos os componentes da sociedade no sentido de eleger os referidos princípios.

E que princípios seriam esses? Seriam os princípios que pessoas livres e racionais, ou seja, isentas de qualquer espécie de coação ou temor (como se dava nas teorias contratualistas clássicas), escolheriam e aceitariam como suficientes para regulamentar as relações sociais que se seguiriam aos mesmos.

Deve-se conceber, assim, que as pessoas envolvidas na cooperação social, ou seja, na formação de uma sociedade justa, deveriam eleger, *de forma absolutamente livre, consensual e conjunta*, os princípios de justiça responsáveis por propiciar uma equânime declaração de direitos e deveres inerentes a cada um dos membros da sociedade, e, ainda a divisão de todos os benefícios a serem gozados em sociedade. Como consequência, deveria ser dada aos homens a oportunidade de optar pela forma como deveriam ser regulamentadas as suas relações intersubjetivas e seus anseios em comunidade, consubstanciando-se, assim, a lei fundamental de instituição da sociedade.

Rawls assinala que, como cada pessoa deve decidir, racionalmente, o que deve ser melhor para si, o grupo deverá decidir em uníssono e definitivamente o que seria justo e injusto para o todo, para o corpo social. E essas decisões racionais efetuadas pelos membros da coletividade, levadas à cabo num ambiente imaginário de liberdade equitativa, é que determinariam os princípios de justiça.



Faculdade de Direito de Harvard, Estados Unidos, onde o professor John Rawls lecionou Filosofia Política.

<http://blog.luizcarlos.com.br/wp-content/uploads/2015/05/UNIVERSIDADE-DE-HARVARD.jpg>

2- Posição original de igualdade: estado de natureza da teoria do contrato social.

O autor, ao dissertar sobre a justiça como equidade, propõe uma posição original de igualdade que corresponderia ao estado de natureza da teoria do contrato social (lembre-se que isso foi visto na Unidade 4 deste material). Essa posição original seria apenas uma situação hipotética, a partir da qual se elaboraria uma certa concepção de justiça. Dessa forma, os princípios de justiça, formadores desta concepção, não teriam por base a realidade histórica, mas sim uma situação hipotética.

Essa *posição original de igualdade*, por ter como pressuposto básico uma situação imaginária, distante da realidade, faz com que as pessoas envolvidas não conheçam o seu lugar na sociedade, sua posição social e nem mesmo conheçam qual seria a distribuição de qualidades, habilidades naturais e coisas semelhantes.

Para Rawls, as partes contratantes não saberiam nem mesmo qual seria a sua concepção de bem. Dessarte, a concepção de justiça seria formada por princípios escolhidos *sob um véu de ignorância* (*veil of ignorance*). Ao eleger os princípios reitores das relações sociais, não haveria perseguições ou privilégios corporativos até porque o que escolhe os princípios, nesta situação hipotética, não sabe que lugar ocuparia nesta coletividade!

Assim, ocorreria que ninguém seria prejudicado ou favorecido na escolha dos princípios, nem tampouco saberia seu papel na sociedade no momento das decisões. Sua posição diante dos princípios da justiça seria resultado do *acaso natural*, de um *consenso* ou *ajuste equitativo*, visto que não haveria possibilidade de favorecimento ou desfavorecimento da condição particular de cada um, pelo simples fato de todos estarem hipoteticamente em situação semelhante. A sociedade rawlsiana não seria, assim, uma sociedade corporativista e de privilégios, à exemplo da sociedade brasileira atual, mas baseada na isonomia e na justiça.

Pela concepção rawlsiana da posição original, que põem os indivíduos em situação de similitude, temos que a situação original seria equitativa entre os indivíduos, que seriam pessoas éticas e capazes de um senso de justiça. A equidade na posição original seria responsável pela equidade nos consensos fundamentais. A expressão “justiça como equidade”, segundo o autor, retrataria bem isso, transmitindo a ideia de que os princípios da justiça são acordados numa situação inicial que é equitativa, é dizer, uma situação inicial que fosse equitativa possibilitaria um consenso na formulação dos princípios da justiça.

3- Justiça como equidade: escolha dos primeiros princípios de uma concepção de justiça

Rawls elabora sua Teoria da Justiça abstraindo uma situação hipotética na qual seria permitido às pessoas o que ele considera como a mais genérica dentre todas as escolhas que se pode efetuar conjuntamente, vale dizer, a escolha dos princípios primordiais acerca de uma noção de justiça apta a regulamentar *as subseqüentes críticas e reformas das instituições*.

O eminente professor da *Harvard University* assinala que, após as pessoas envolvidas na cooperação social terem efetuado a escolha acerca dos princípios de justiça, ter-se-á o alicerce sobre o qual deverá arrimar-se a elaboração das demais normas, tais como a Constituição e a respectiva legislação infraconstitucional, tudo em conformidade com os já eleitos princípios de justiça.

E conclui dizendo que a situação da sociedade deverá ser reputada justa se e somente se os membros do corpo social restarem ligados por um sistema normativo definido por aquela sequência de ajustes hipotéticos. Afirma ele, com propriedade, que, na hipótese de as instituições sociais observarem o conteúdo axiológico (valorativo) dos princípios anteriormente eleitos, existindo em consonância com os seus enunciados, poder-se-ia concluir que os que participam estariam cooperando com prescrições que eles aceitariam numa situação inicial em que se determinaram restrições a todos em prol da comunidade.

Dessa forma, os participantes da cooperação social considerariam sua organização social como algo de que eles efetivamente fizeram parte, construíram, considerando que o mesmo tomou parte das decisões no já mencionado ambiente imaginário de liberdade equitativa, o que, por sua vez, daria base para uma aceitação pública e generalizada dos princípios de justiça. O autor arremata sua ideia dizendo que, dessa forma, as obrigações a que se sujeitariam as pessoas seriam autoimpostas, na medida em que anteriormente eleitas pelo grupo social de forma conjunta e unânime.

Afirma, também, que quanto mais as instituições imanentes ao corpo social observarem e acatarem o enunciado nos princípios de justiça eleitos na posição original (*original position*), mais este mesmo corpo social se aproximará de uma sociedade justa.

4- Teoria da justiça: uma teoria contratualista.

Como vimos, John Rawls concebe sua teoria da justiça como de natureza inegavelmente contratual, e, em que pesem as objeções opostas à terminologia *contrato*, enfoca Rawls o designativo contrato quer significar a ideia de consenso não no sentido de se instituir determinada espécie de sociedade ou forma de governo, mas tão-somente em aceitar-se determinados princípios de justiça (ele foca o caráter da liberdade contratual...).

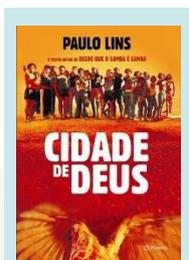
A expressão *contrato* traduz exatamente a noção propugnada pelo autor, vale dizer, os princípios de justiça seriam princípios eleitos de *forma livre* e desembargada de qualquer elemento de coação, efetuados por pessoas livres e racionais, absolutamente cônscias das opções e escolhas realizadas, que, posteriormente, servirão de balizas para a estruturação da sociedade, justificando-se, assim, as concepções de justiça. Por isso, Rawls chegou a afirmar que “*A teoria da justiça é uma parte, talvez a mais significativa, da teoria da escolha racional.*” (RAWLS, 2.002, p. 16).

Segundo ele, a expressão *contrato* enfoca, ainda, a noção pluralista da sociedade, caracterizada pela existência de interesses em permanente conflito; para ele, a referida expressão engloba, ainda, a indispensável ideia de publicidade, já que se os princípios foram eleitos de forma consensual, isto significa que todos os cooperadores da sociedade conhecem o conteúdo de tais enunciados axiológicos.

Entretanto, é de se observar que a teoria da justiça não pode ser considerada uma teoria contratualista completa, já que leva em consideração tão-somente a virtude da justiça, deixando de lado outras virtudes, que também poderiam servir de base para a estruturação de uma teoria contratualista, sendo forçoso concluir que a teoria da justiça, por todo o exposto, tem seu âmbito de aplicabilidade restrito, tornando-se interessante, inclusive, conceber a teoria da justiça baseada em outras virtudes, para o que, segundo o Rawls, torna-se igualmente necessário aguardar as repercussões da teoria da justiça em seu sentido estrito.



INDICAÇÃO DE VÍDEOS



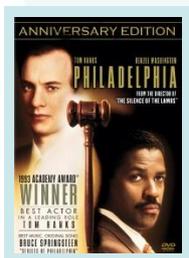
CIDADE DE DEUS

Direção de Fernando Meirelles. Brasil, 2002, 135min.



DOZE HOMENS E UMA SENTENÇA

Direção de Sidney Lumet. EUA, 1957. 96 min.



FILADÉLFIA

Direção de Jonathan Demme. EUA, 1993, 125 min.



TEMPO DE MATAR

Dirigido por Joel Schumacher. EUA, 1996, 149 min.



RESUMO DA UNIDADE

O jusnaturalismo, ou Direito Natural, partia da premissa de que os homens possuem direitos imanes, isto é, atrelados à condição humana em si, de forma que todo ordenamento jurídico deveria contemplar tais direitos (direitos humanos). A carência de segurança jurídica, entretanto, foi uma das responsáveis pela derrocada dessa corrente jusfilosófica, pavimentando o caminho para o positivismo jurídico.

O positivismo jurídico (ou juspositivismo) é uma corrente da teoria do direito que procura explicar o fenômeno jurídico a partir do estudo das normas positivas, ou seja, daquelas normas postas pela autoridade soberana de determinada sociedade. Com a evolução das relações sociais, viu-se que o positivismo revelou-se incapaz de reger as relações sociais com justiça, embora oferecesse segurança. Surge, assim, o pós-positivismo.

O pós-positivismo erigiu os princípios jurídicos à condição de normas jurídicas e os qualificar como normas que, pela sua própria natureza genérica e valorativa, tem a capacidade, ao contrário das regras, de solucionar os casos mais difíceis. O pós-positivismo é a atual corrente de pensamento jus filosófico.

John Rawls foi um pensador jurídico liberal cujas ideias influenciaram sobretudo as grandes federações ocidentais, em especial sua terra natal, os Estados Unidos. Esse professor da Universidade Harvard desenvolveu sua teoria da justiça em sua obra chamada Uma Teoria da Justiça, em que idealizou a formação de uma sociedade justa e equânime, tendo partido das teorias contratualistas clássicas, mas sob um novo enfoque, motivo por que se tornou conhecido como neocontratualista. Em síntese, Rawls concebia uma situação hipotética em que todos os membros do corpo social estariam numa posição original, com os olhos vendados pelo véu da ignorância, sendo que esses mesmos homens designariam as funções de cada membro da sociedade, com critérios de justiça, por não saberem, devido à ignorância, qual destas funções eles mesmos ocupariam eventualmente. Só assim, defendia o professor Rawls, poderíamos ter uma sociedade eminentemente justa.



REFERÊNCIAS

ARANHA, M. L. A. A.; MARTINS, M.H.P.M. **Temas de filosofia**. São Paulo: Moderna, 1992.

BITTAR, Eduardo C.B. **Curso de Filosofia do Direito**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CHAUÍ, M. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. São Paulo: Atlas, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. de Almiro Pissetta e Lenita Maria Rímoli Esteves: 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.