Estratégia
CONCURSOS

Aul

Formação Humanística p/ TRF 1ª Região (Juiz Federal) - 2019.2

Professor: Jean Vilbert

FILOSOFIA JURÍDICA



SUMÁRIO

1 Considerações Iniciais 7
2 Conceitos fundamentais 10
2.1 Direito? 11
2.2 Significados 14
2.3 Direito + ou x ou = moral 19
2.4 Lei x direito 31
3 Hermenêutica 35
3.1 História 37
3.2 Espécies de interpretação 38
3.3 Equidade 60
4 Justiça 63
4.1 Antiguidade 67
4.2 Idade Média 85
4.3 Modernidade 90
4.4 Contemporaneidade 108
5 Questões 146

5.1 Questões SEM comentários 147
5.2 Gabarito 151
5.3 Questões COM comentários 152
6 Resumo 158
7 Considerações Finais 162

HUMANÍSTICA JURÍDICA

Humanística jurídica? **Que bicho é esse?** Bem, adotei essa denominação por ser a mais *simples* possível (mania que tenho de tentar simplificar tudo ao nível do compreensível). Poderíamos ter adotado a denominação mais comum (e mais longa) "noções gerais de direito e formação humanística". O certo é que estamos falando de Teoria Geral do Direito e do Estado, Ciência Política, Filosofia, Sociologia e Psicologia Jurídicas, Antropologia e muito mais (Economia, Ética, Hermenêutica...).

A este ponto, você já pode estar fazendo cara feia e pensando "*Ixi!!! Já vi tudo! Aquelas matérias chatas que 'estudamos' no início do curso*". Exatamente! A teoria geral do direito e as disciplinas de humanística são (não raro) ignoradas por muitos estudantes de Direito. Isso não só traz prejuízos à formação do profissional como pode colocar o estudante em sérios apuros na hora do exame de Ordem (OAB) e/ou dos concursos públicos.

"*Como assim, fessor? Dê-me um motivo pra estudar humanística!*". Mas é para já! Adoro desafios! Vou dar não só uma como DUAS graves razões!

Primeiro, se você acha que estará perdendo tempo estudando as matérias de base (quando poderia investir em Processo Civil, por exemplo), tenho a dizer que essa visão estreita do direito (como fenômeno dogmático) acaba por formar profissionais (1) alienados à aplicação da lei e da jurisprudência (como se direito se resumisse à sistematização de normas) ou, pior, (2) àquilo que acham certo por puro achismo. O direito é o maior instrumento de transformação social, não é possível que você queira ser apenas um pedreiro (a assentar os tijolos), em vez de um arquiteto e engenheiro (que pensa a construção).

Aliás, imagino que após alcançar o cargo dos seus sonhos (público ou privado), você não pretenda se reduzir à mediocridade (ser mediano, fazer o "seu" e pronto). Podemos (e o Brasil precisa de) mais do que isso – temos a condição de ser agentes da transformação operada pelo direito. Mas para isso é preciso ter base. Em outras palavras, decorar a lei (que muda de tempos em tempos) não nos tornará Juristas (com J maiúsculo) – o que nos diferencia é o conhecimento do processo de construção do próprio direito (o porquê das normas).

Segundo que não tem escapatória: humanística é de conhecimento obrigatório. E quando digo OBRIGATÓRIO, não uso figura de linguagem não! Conforme a Resolução nº 9, de 29 de setembro de 2004, do Conselho Nacional de Educação (artigo 5º):

> *"O curso de graduação em Direito deverá contemplar, em seu Projeto Pedagógico e em sua Organização Curricular, conteúdos e atividades que atendam aos seguintes eixos interligados de formação: I - Eixo de Formação Fundamental, tem por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia".*

Por sua vez, o mesmo acontece com as provas para ingresso na magistratura, pois a exigência de formação de base foi seguida pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 75/2009 do CNJ), tendência que vem gradativamente se espraiando pelas demais carreiras jurídicas que permeiam os sonhos dos concurseiros.

Então, o que nos resta fazer? Simples: **arregaçar as mangas e devorar a matéria**, que apesar de causar arrepios em muita gente, não é bicho papão algum e (para quem não gosta) merece a chance de mostrar sua importância, não só para a obtenção do resultado esperado em prova, como para o próprio crescimento pessoal e profissional (sejamos verdadeiros operadores do direito).

Soei piegas? Confira a nossa metodologia e veja como pretendo apresentar a disciplina de uma maneira que vai te fazer entender os temas e (até) gostar dessa tal de formação de BASE (alicerce para o edifício jurídico).

METODOLOGIA DO CURSO

Não vou mentir: alguns temas da teoria geral do direito e de humanística são um tanto densos, complexos (não posso negar). Mas também não esqueço a advertência feita pelo saudoso jurista Luciano Benévolo de Andrade: "**tudo pode ser explicado de modo simples, sem floreio**". Essa é a ideia aqui!

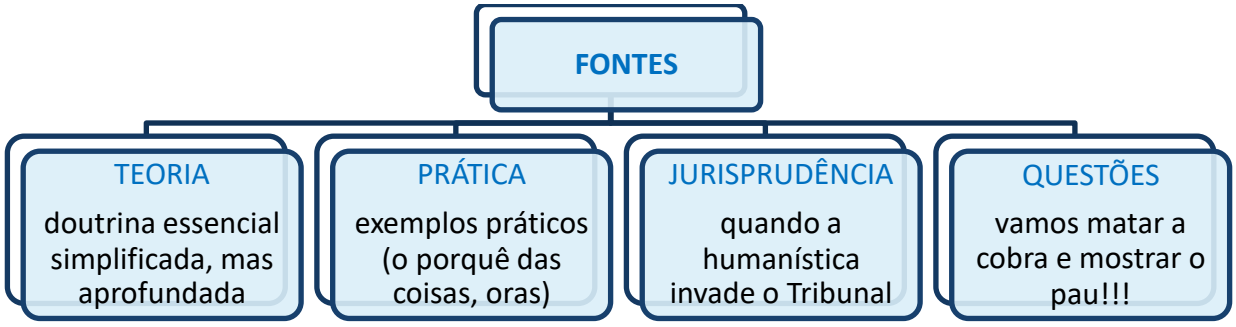
Para além de uma organização dos conteúdos pensada cuidadosamente (de modo que haja uma coerência, uma continuidade lógica na apresentação dos temas), a linguagem simples, descontraída, direta, dialética com que redigirei os materiais não será ao acaso, mas bastante proposital (instrumental). Não podemos nos dar ao desfrute do formalismo exacerbado quando queremos a comunicação mais efetiva possível.

Ademais, embora eu considere os conhecimentos de base essencialmente fundamentais (três palavras fortes para entender do que estamos falando) aos operadores jurídicos, não queremos aqui tornar ninguém PhD. Nossa firme intenção é munir o estudante do NECESSÁRIO à **aprovação**.

Então, esqueça que perderemos tempo procurando o sentido da vida (em Filosofia), compreender o homem (em Antropologia), criar uma nova teoria de sociedade (em Sociologia), mudar os rumos do Direito (em Teoria Geral) ou do Estado (em Ciência Política). Meu objetivo é fazê-l@ entender os conteúdos para que possa manejá-los e relacioná-los com habilidade suficiente ao SEU objetivo. Depois, uma vez cumprida nossa missão, você poderá, pelas próprias pernas, prosseguir (adianto que humanística é viciante, acredite).

Essa objetividade, contudo, não significará superficialidade. Sempre que necessário e importante, os assuntos serão aprofundados. Mas tudo de maneira mastigada (não encontrei termo melhor). Em epítome (belo vocábulo para síntese), meu trabalho será tornar o mais fácil possível aquilo que pode ser (em tese) complicado; o seu será me dar o voto de confiança e se dedicar na leitura. É um bom acordo, não? Cumpridas as obrigações mútuas deste contrato, o objeto (conhecimento = aprovação) será atingido, não tenho dúvidas.

Dito isso, agora de modo mais específico, as aulas terão como arrimo quatro "fontes" fundamentais, ou seja, baldrames a partir dos quais os materiais serão estruturados:



Só analisando esse quadro (+ o que falamos até agora) já é possível notar o grande DIFERENCIAL das aulas em *.pdf* em relação à doutrina e mesmo a materiais disponíveis no mercado na forma de livros (sinopses): ampla liberdade de passear pelas fontes, sem preocupação com as limitações do papel, com eventual rigidez da diagramação impressa (aqui vai ter cor, desenho, setas), além, claro, da possibilidade de adoção de uma linguagem bastante informal (que você já deve ter percebido), o que desemboca em uma leitura de fácil compreensão e assimilação – tudo no nosso curso é pensado para facilitar o aprendizado: o material será permeado de **esquemas**, **gráficos**, **resumos**, **figuras**, "chamando a atenção" para aquilo que realmente importa.

"Ah, mas Jean, e se eu ficar em dúvida durante a leitura, como faço?" O fato de as aulas serem (basicamente) em *.pdf* não impede, de forma alguma, o **contato direto e pessoal com o professor**. Além do nosso **fórum de dúvidas**, estamos disponíveis por **e-mail** e, eventualmente, pelo **Instagram** e ***Facebook***. Aluno nosso não fica com dúvida! Se, ao ler o material, surgirem incompreensões, inseguranças, curiosidades, basta entrar em contato. Não deixaremos, JAMAIS, soldados(as) para trás!

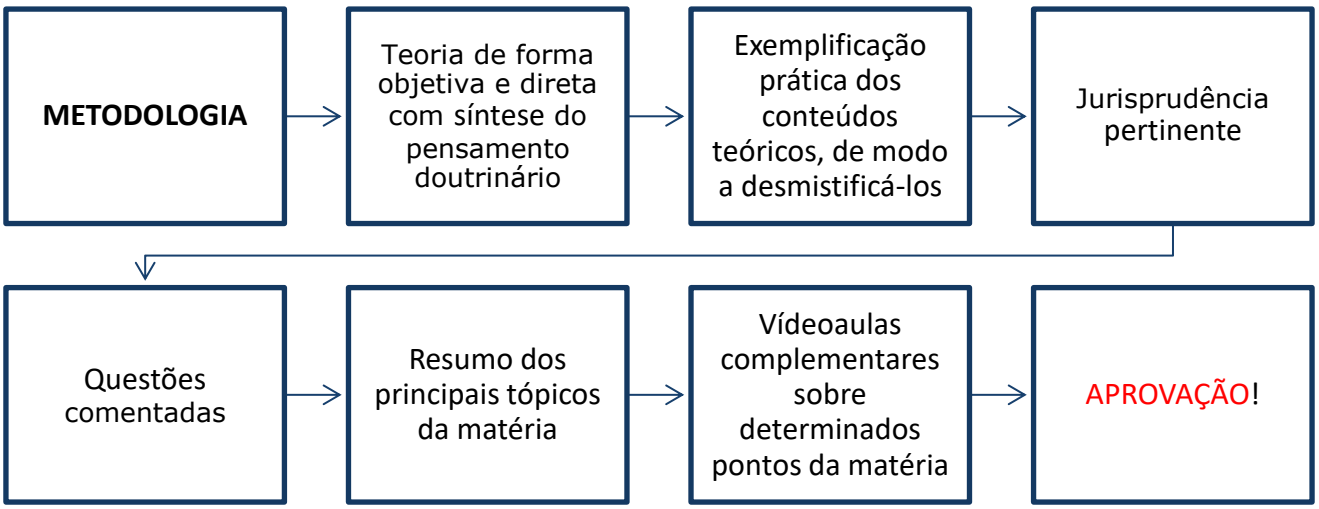
E para quem gosta de ver a cara do professor, para quem é ligado a uma aula expositiva, ao método clássico: TEREMOS VIDEOAULAS! Essas aulas (que podem ser vistas *on-line* ou baixadas) destinam-se a *complementar* a preparação e a servirem de via *alternativa* para os momentos em que estiver cansad@ do estudo ativo (leitura e resolução de questões) ou até mesmo para a hora da revisão.

A salientar que, ao contrário do PDF, evidentemente, as videoaulas NÃO cobrirão a integralidade do conteúdo. Por vezes, haverá aulas com vários vídeos; outras terão videoaulas apenas de parte do conteúdo; e outras sequer conterão vídeos. Nosso foco é, predominantemente, o estudo ativo, já que (com o perdão da humildade *mitigada*) oferecemos **o melhor manual eletrônico do mercado**.

Com essa estrutura e proposta pretendemos conferir a tranquilidade de uma **preparação completa**. A propósito, este é o nosso curso regular (extensivo), apresentando a maior carga de conteúdos e de aprofundamento. Nosso objetivo aqui é ir ao universo e além :D

Claro que na humanística, diferentemente de outras disciplinas, é impossível cravar que aglutinaremos informação apta a cobrir todas as questões passíveis de cobrança em prova (temos de ser sinceros, oras). Isso porque os conteúdos da área são extremamente amplos e os examinadores geralmente são pessoas muito sabidas, mas um pouco birutas. Então, não raro eles vêm com umas questões absolutamente imprevisíveis (de outro mundo).

Isso não nos assusta e nem pode causar desespero. O que queremos é ser **eficientes (fazer mais com menos)**. Para isso precisamos de conhecimento útil para matar a maioria das questões com segurança e deduzir as que fugirem um pouco desse campo, de modo a garantir os pontos necessários à aprovação. E isso dá para fazer sem ter de ler toda a Biblioteca de Alexandria. Captou? Sim? Não? Deixa eu esquematizar!



Parece demais para ser verdade? O queeeê? Está duvidando de nossa capacidade de cumprir tudo o que prometemos? Eu não duvidaria se fosse você! Temos muitaaa confiança no trabalho que desenvolvemos. Dê uma olhada em meu "currículo" e confira minha

experiência. E lembre-se: já estive na sua exata condição, amig@ estudante (parece que foi ontem), e utilizei minha metodologia de estudos para alcançar meus objetivos. Se deu certo para mim, por que não daria para você?

APRESENTAÇÃO PESSOAL

Meu nome é Jean Thiago Vilbert Pereira. Minha vida sempre foi dividida entre o mundo acadêmico e o concursístico. Cursei Direito (Unochapecó) e Letras Inglês (UFSC) concomitantemente; fiz duas pós-graduações e, então, Mestrado em Direitos Fundamentais (Unoesc). Fui professor Universitário (Unochapecó e Unoesc) e, nesse meio tempo, trilhei meu caminho nos concursos públicos, com felizes aprovações: Advogado e Procurador Municipal, Analista Judiciário (2º Grau TJRS), Investigador de Polícia (PCSC), Agente de Polícia Federal, Delegado de Polícia (PCPR) e, finalmente, Juiz de Direito (TJSP - 1º lugar na prova oral) – foi aprovado para as fases seguintes dos concursos da magistratura do TJRJ (subjetiva), TJPR (sentença), TJDFT (sentença), TJPE (oral) e TJGO (oral), dos quais pude desistir após alcançar meu objetivo (magistratura bandeirante).

Essa experiência me fez desenvolver uma didática própria (de estudos e de ensino), a qual lanço mão para ajudar a quem (como eu) quer realizar os sonhos no menor espaço de tempo possível, sem temer os desafios e estando dispost@ a pagar o preço necessário (muito esforço). *Tamo* junto nessa? *Simbora*!!!

Deixo abaixo meus contatos para quaisquer dúvidas ou sugestões. Terei o maior prazer em orientá-l@s da melhor forma possível nesta caminhada que estamos iniciando.

E-mail: jeanvilbert@gmail.com

Facebook: https://www.facebook.com/jean.vilbert

Instagram: https://www.instagram.com/jeanvilbert/?hl=pt-br

CRONOGRAMA DE AULAS

A distribuição básica dos assuntos (por aulas) dar-se-á (olha aí a mesóclise: coisa linda!) conforme o seguinte cronograma:

AULA	CONTEÚDO	DATA
Aula 00	FILOSOFIA DO DIREITO 1. O conceito de Justiça. Sentido lato de Justiça, como valor universal.	18/10/2019

	Sentido estrito de Justiça, como valor jurídico-político. Divergências sobre o conteúdo do conceito. 2. O conceito de Direito. Equidade. Direito e Moral. 3. A interpretação do Direito. A superação dos métodos de interpretação mediante puro raciocínio lógico-dedutivo. O método de interpretação pela lógica do razoável.	
Aula 01	TEORIA GERAL DO DIREITO E DA POLÍTICA 1. Direito objetivo e direito subjetivo. 2. Fontes do Direito objetivo. Princípios gerais de Direito. Jurisprudência. Súmula vinculante. 3. Eficácia da lei no tempo. 4. O conceito de Política. Política e Direito. 5. Ideologias. 6. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU).	25/10/2019
Aula 02	SOCIOLOGIA DO DIREITO 1. Introdução à sociologia da administração judiciária. Aspectos gerenciais da atividade judiciária (administração e economia). Gestão. Gestão de pessoas. 2. Relações sociais e relações jurídicas. Controle social e o Direito. Transformações sociais e Direito. 3. Direito, Comunicação Social e opinião pública. 4. Conflitos sociais e mecanismos de resolução. Sistemas não-judiciais de composição de litígios.	01/11/2019
Aula 03	PSICOLOGIA JUDICIÁRIA 1. Psicologia e Comunicação: relacionamento interpessoal, relacionamento do magistrado com a sociedade e a mídia. 2. Problemas atuais da psicologia com reflexos no Direito: assédio moral e assédio sexual. 3. Teoria do conflito e os mecanismos autocompositivos. Técnicas de negociação e mediação. Procedimentos, posturas, condutas e mecanismos aptos a obter a solução conciliada dos conflitos. 4. O processo psicológico e a obtenção da verdade judicial. O comportamento de partes e testemunhas	08/11/2019
Aula 04	ÉTICA E ESTATUTO JURÍDICO DA MAGISTRATURA NACIONAL 1. Regime jurídico da magistratura nacional: carreiras, ingresso, promoções, remoções. 2. Direitos e deveres funcionais da magistratura. 3. Código de Ética da Magistratura Nacional. 4. Sistemas de controle interno do Poder Judiciário: Corregedorias, Ouvidorias, Conselhos Superiores e Conselho Nacional de Justiça. 5. Responsabilidade administrativa, civil e criminal dos magistrados.	15/11/2019

Eventuais ajustes poderão ocorrer, especialmente por questões didáticas. De todo modo, sempre que houver alterações no cronograma, os senhores e senhoras serão previamente informados. Combinado? Então, sem mais delongas, iniciemos!

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Há dois modos pelos quais se pode abordar os problemas jurídicos: o *dogmático* e o *zetético*, que não se excluem, mas se complementam. O maior enfoque dado a um ou outro, de toda sorte, conduz a visões um tanto diferentes.



O enfoque **dogmático** pauta-se nos dogmas, isto é, parte de um pressuposto (do direito posto), sem questioná-lo – enfoque teórico no qual as premissas de sua argumentação são inquestionáveis. Busca-se a solução prática do problema no sistema normativo. Esse método é o usual, manejado diariamente pelos operadores do direito no desempenho de suas funções.

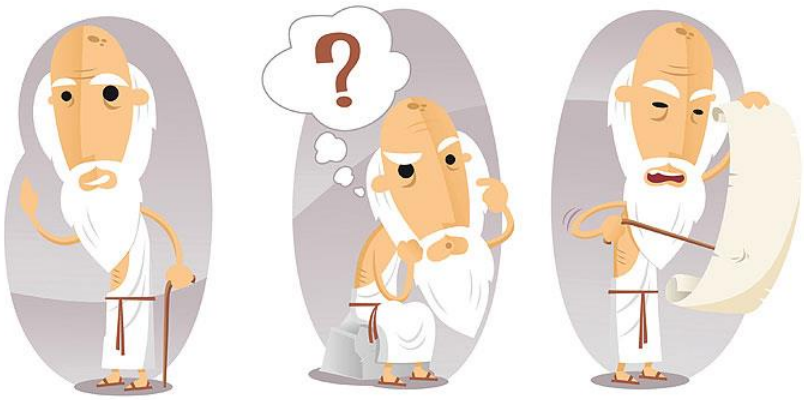
Já o enfoque **zetético** é mais teórico; problematiza as próprias normas, questionando-as – tem como perspectiva desintegrar e dissolver as opiniões, pondo-as em dúvida, exercendo função especulativa explícita e infinita. Sua preocupação não é a de atender imediatamente às necessidades práticas cotidianas, mas, se for o caso, de aperfeiçoar o arcabouço normativo, pondo-o em dúvida, de modo que possa oferecer melhores respostas.

Ilustrativamente, a dogmática quer saber que horas são; a zetética quer saber o que é o tempo; a dogmática quer saber se João ama Maria; a zetética quer saber o que é o amor; a dogmática quer saber o que é coisa certa a fazer em um caso específico; a zetética quer saber se existe certo e errado e como definir o que é certo.

ESQUEMATIZANDO

DOGMÁTICA	ZETÉTICA
Saber sistemático	Saber especulativo
Conhecimento prático	Conhecimento descomprometido
Que horas são?	O que é o tempo?

Quer entender, exatamente, a diferença entre os enfoques dogmático e zetético? Vou repetir uma anedota contada por Ferraz Jr.: Sócrates estava marcando bobeira (possivelmente exercitando sua arte de pensar) quando passa por ele um homem correndo em disparada. Logo atrás, um grupo de soldados vinha em perseguição. "Pega *ladrão*", grita um dos soldados. "Segura ele!" Sócrates coça a cabeça e responde: "O que você entende por *ladrão*?" Bingo!!! O soldado parte de uma visão **dogmática**: o conceito de ladrão é uma premissa, uma questão já definida, indubitável. Sócrates prefere uma visão **zetética**: o conceito de ladrão merece uma análise prévia, de modo a se estabelecer com clareza seus limites e qualidades. Nada é tão certo que não mereça ser questionado... Robin Hood é um ladrão? Só os soldados que não ficaram felizes com o comportamento zetético inoportuno...



A dogmática jurídica (embora fundamental para o dia a dia) limita a atividade do jurista, ao passo que a zetética amplia seus horizontes, indo além da resolução prática de conflitos; demonstra que, em que pese a atividade jurídica dependa de *dogmas* (verdades pressupostas – normas – certezas – segurança jurídica), o conhecimento jurídico vive às voltas com *incertezas* (que aparentemente teriam sido eliminadas pelos dogmas – normas): aborto é crime? Quando começa a vida? Auxílio para eutanásia é homicídio? Não há direito a uma morte digna?

É por isso que quem se foca apenas na dogmática conhece somente parte do direito. As questões dogmáticas (normas – prática) são produto de franca discussão teórica (zetética) – por isso estão sempre em transformação. E não haveria como ser diferente: em uma sociedade complexa como a contemporânea, é impossível afastar o fenômeno jurídico do seu berço ideológico, político, filosófico, sociológico, econômico, histórico...



É certo que o próprio princípio da legalidade impõe a inegabilidade dos pontos de partida (dogmas), obrigando o operador jurídico a pensar os problemas jurídicos a partir da lei e em

conformidade com ela. O bordão é de que a preocupação do jurista é com a norma, não com os fatos – herança do *positivismo jurídico*, à qual, ao mesmo tempo, somos gratos (pela objetividade científica conferida) e dela buscamos nos livrar (pelo purismo demasiadamente simplista imposto).

> *"Fazer imperar a justiça está tão inerente à natureza da lei, que lei e justiça formam um todo no espírito das massas, a ponto que são muitos os que falsamente consideram como certo que toda a justiça emana da lei"*[1] *– "a palavra lei parece ter uma espécie de 'condão mágico' de transformar a mera prescrição em direito"*[2].

Mas o que não podemos esquecer é que, conforme os ensinamentos de **Roscoe Pound** (sujeitinho que foi reitor da Faculdade de Direito Harvard entre 1916 a 1936), o direito não se limita às normas, pois o campo jurídico é mais amplo e vasto, abarcando também as relações e o controle social – o jurista não é operador de normas, mas de uma verdadeira engenharia social voltada a certos fins, cuja tarefa só se realiza completamente por meio da investigação de: (a) interesses ainda não juridicamente reconhecidos; (b) interesses reconhecidos apenas parcialmente; (c) interesses reconhecidos equivocadamente; (d) interesses reconhecidos e que já se dissiparam.

- E não estamos aqui a fazer uma defesa exacerbada do estudo da zetética, em detrimento da dogmática, mas sim chamando a atenção para a dúplice faceta da tecnologia jurídica (instrumento de transformação social) – teoria e prática estão intrinsicamente ligadas.

Tanto é assim que na aula de hoje trataremos de assuntos para lá de interessantes e que ilustram muito bem a ponte existente esses enfoques: conceitos fundamentais de teoria geral do direito e o sistema jurídico.

Boa aula a todos!

2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS



Seria deveras imprudente sair de sola, avançando a construir os andares superiores de um edifício, sem antes se acautelar de que a fundação estivesse

[1] BASTIAT, Frédéric. *A lei*. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1991, p. 9.
[2] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 199.

suficientemente firme. Não incidiremos neste erro – cuidaremos muito bem de nossos baldrames (segurança em primeiro lugar!).

2.1 DIREITO?

Quantas vezes na vida já repetimos as palavras DIREITO e JURÍDICO – "*sim tio, eu estou cursando Direito*"; "*é que aqui no Rio Grande do Sul chamamos de Ciências Sociais e Jurídicas*". Mas por que denominamos a nossa amada área de Jurídica e não de Matídica? Por que dizemos que somos formados em Direito e não em Esquerdo? A resposta está na etimologia, isso é, na origem histórica das palavras.

JURÍDICO deriva do latim *juridicus*. De modo mais aprofundado, sua raiz esta no sânscrito *ju* (dando forma à expressão *jus-juris*), que traduz a ideia de vínculo entre pessoas. Por isso falamos em relação *jurídica* de direitos e obrigações.

DIREITO, por seu turno, deriva do latim *directum* (*de* + *rectum*). Transparece a ideia de linha reta (aquilo que é correto). É por isso que falamos em retidão moral ou de comportamento. Note que a mesma noção pode ser encontrada em outras línguas (mesmo NÃO latinas): no espanhol *derecho*, no italiano *diritto*, no inglês *right* e no alemão *recht*.

Então, meus amigos... andem na linha, sigam sempre RETO. Estamos de olho!!!

CURIOSIDADE

O termo *juridicus* foi o primeiro a ser utilizado para designar a busca da fiel observância das relações pessoais estabelecidas (deixando um tanto em segundo plano a ideia de equidade entre os direitos e obrigações nelas constantes). O termo *directum*, que foca na busca do justo, na aplicação das normas vigentes e apropriadas ao caso, ganhou **prevalência** no decorrer do tempo. Por isso falamos hoje em Direito (objetivo – ordenamento jurídico) e direitos (subjetivos – faculdades).

"*Legal, Jean, mas você não disse o que é o direito*". É.... Somos (eternos) estudantes de direito e teríamos obrigação de afirmar, sem gaguejos, o conceito de (o que é o) direito. Só que a tarefa não é tão simples assim...

Paulo Nader observa que "**nenhuma outra ciência possui questionamento de ordem conceptual tão profunda quanto do Direito**" [3].

[3] NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 42.

Os céticos e agnósticos sequer admitem a existência de um conceito constante de direito, pela própria característica de ter seus elementos ditados pela experiência. Seria possível apenas a elaboração de um conceito particular, aplicável, por certo tempo, a determinados ordenamentos.

Mas há quem entenda possível traçar um conceito universal. Gustav Radruch reforça que a noção de direito pode ser muito bem alcançada por sua ideia-motriz, a justiça. "O Direito é vontade de justiça". Diante disso, a existência de uma pluralidade de ordenamentos não é um obstáculo a um conceito geral, afinal, ao cabo, todos buscam a mesma coisa, ainda que por caminhos distintos.

Grandes pensadores já se debruçaram sobre o tema, não tendo chegado resultado único (daí já dá para ver que é abacaxi).

Aristóteles (aquele humilde filósofo que, no Século IV a.C., classificou áreas do conhecimento como física, lógica, ética, política, biologia, o que utilizamos até hoje) entende que o direito é aquilo que cria e que faz conservar a felicidade na comunidade política.



Para **Dante Alighieri** (maior poeta da língua italiana, mas que também se arriscava na política), "o direito é a proporção real e pessoal de um homem em relação a outro, que, se observada, mantém a sociedade em ordem; se corrompida, corrompe-a" (conceituação já cobrada em prova da OAB).



São Tomás de Aquino (um dos maiores autores da Idade Média, responsável por fazer renascer as ideias de Aristóteles no Século XIII) vê o direito como o ato de império, a lei, a *norma agendi* (direito objetivo).

Dando prevalência aos elementos convivência em sociedade e força estatal, **Rudolf von Ihering** assenta que o "direito é a soma das condições de existência social, no seu amplo sentido, assegurada pelo Estado através da coação".

Immanuel Kant (o sujeito parece que até tem alguma importância para as ciências jurídicas, entre outras coisas por fixar o singelo conceito de dignidade humana – *ironia nível nas alturas*) refere o direito como um conjunto de condições sob as quais as liberdades de uns e outros são harmonizadas.



Para a dogmática (positivistas), o direito é o conjunto de normas que regula as condutas em sociedade, instituído por um ente soberano e imposto coativamente a todos. Como referia **Hans Kelsen**, é "ordem normativa de coerção".

Em forma de esquema:

CONCEITO DE DIREITO

- conjunto de normas (regras e princípios) = norma agendi
- regula as condutas em sociedade = facultas agendi
- instituído por um ente soberano = cabe ao Estado dizer o justo
- imposto coativamente a todos = mediante sanção

Este conceito ainda é muito utilizado (citado) hoje, mas parece restar vazio de um elemento teleológico: onde está a justiça na acepção? Ora, "**o Direito é justiça pensada**" (Wolfgang Fikentscher), o que não pode ser uma sentença meramente retórica (não se quisermos uma sociedade justa). Se o direito não tem por finalidade a justiça, qual é sua finalidade?

"Nos Estados democráticos, o direito se apresenta como instrumento de justiça e visa a proporcionar o bem-estar dos indivíduos, a inserção social, o progresso coletivo. Nos Estados totalitários, constitui aparelho de dominação; meio de efetivação ou permanência da ideologia institucionalizada"[4].



Corifeu do pós-positivismo (que recoloca a moral nas discussões jurídicas e cuja ascensão marca a derrocada do positivismo), **Robert Alexy** refere o direito como um sistema de normas que possui a pretensão de justeza e se compõe da totalidade das normas que pertencem a uma constituição socialmente eficaz, em termos gerais, e não são extremamente injustas.

Os elementos que traçamos acima (no conceito dogmático) estão aqui também: sistema de normas (*norma agendi*), com inserção social (*facultas agendi*), coordenado pela

[4] NADER. Idem, p. 43.

constituição (ordenação estatal máxima) e que se apresenta socialmente eficaz (impõe-se à sociedade) + tem a pretensão de justeza e conteúdo minimamente justo.

Alinhando a clareza do primeiro conceito (formal) com os elementos de conteúdo do segundo (material), proponho humildemente (com toda a humildade do mundo e buscando facilitar a sua vida) uma acepção apta a saciar (temporariamente) nossa sede (insaciável) por conhecimento.



TOME NOTA!

O direito é o conjunto de **normas** (regras e princípios) com as seguintes características: (a) instituídas ou reconhecidas por um ente soberano; (b) aplicável a todos; (c) que possuem pretensão de justeza; (d) não se mostram extremamente injustas; e (d) regulam de maneira eficaz as condutas em sociedade.

2.2 SIGNIFICADOS

Depois de traçarmos um conceito tão bonito de direito (eu tenho orgulho dele), acabamos caindo em uma situação um tanto constrangedora: com certeza você já ouviu frases do tipo: "*o Direito é feito pelos poderosos e para os poderosos*". Se parássemos aí, nosso conceito construído a duras penas continuaria a brilhar esplendoroso. Mas sou obrigado a prosseguir: "*o seu direito acaba onde o meu começa*". Opa, aí já temos alteração de sentido. E me vem outro e fala: "*isso não está direito...*". Agora ficou difícil encaixar o conceito na frase, não é? É... Sentenças como essas (tão diferentes) nada mais são do que decorrência das múltiplas acepções (possibilidades conceituais) do vocábulo Direito, que é **plurívoco**.



QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

(2014/TJSP/Prova Subjetiva/Juiz) Disserte sobre o conceito analógico de direito e os tipos de saberes jurídicos.

Comentários

A questão foi um terror para os candidatos (foi a prova na qual obtive aprovação ☺) e se transformou no fiel da balança entre os aprovados e reprovados. O que nos interessa aqui é a primeira parte (conceito analógico). Pois bem. **Uma palavra plurívoca é aquela que tem vários significados**. Acontece que a palavra plurívoca pode ser equivoca, isto é, com significados diferentes e NÃO relacionados (exemplo: manga de

camisa e manga fruta). Já a palavra analógica é aquela que é plurívoca e cujos diferentes significados possuem relação. Assim, direito é uma palavra *plurívoca* e *analógica*. Sabendo isso, para matar a questão era só prosseguir relatando os possíveis significados da palavra direito.

Se não tem remédio. Vamos encarar esse novo desafio. Dentre os muitos conceitos possíveis de direito, tratemos dos mais comumente citados: (a) direito como justo; (b) direito como *norma agendi*; (c) direito como *facultas agendi*; (d) direito como sansão; (e) direito como ciência; e (f) direito como fato social.

1) Direito como justo = o justo é o valor fundamental perseguido pelo direito – o correto, de acordo com as normas, bom, regular. O objetivo final do direito é a realização do justo no caso concreto, a garantia da justiça nas relações pessoais. Podemos traduzir esse sentido na seguinte frase: "*isso não está direito...*" (isso não está correto).

2) Direito como NORMA *(norma agendi)* = é a norma de agir (de conduta). Confunde-se com o direito objetivo, ou seja, com as regras externadas pelas fontes do direito (lei, costumes e princípios gerais do direito, pelo menos). Aqui o sentido é algo como: "*o direito é feito pelos poderosos e para os poderosos*" (as normas são feitas pelos poderosos).

O direito (como conjunto de normas a reger o comportamento humano) é uma criação da filosofia? Das ciências? Não. O direito surgiu, ao que prevalece, como uma necessidade humana – a criação de preceitos a regular a convivência social, estabelecendo as condições mínimas de coexistência, parece ser uma condição para a vida humana conjunto com outros.



3) Direito como FACULDADE *(facultas agendi)* = é a faculdade de agir, a prerrogativa estabelecida pelo direito objetivo, a possibilidade de efetivo exercício do direito por parte do sujeito (poder de ação contido na norma). Essa ideia se expressa pela máxima: "*o seu direito acaba onde o meu começa*" (a sua faculdade de agir e de exigir algo acaba onde a minha começa).

PRESTE MAIS ATENÇÃO!!

A *norma agendi* (direito **objetivo**) NÃO se confunde com o direito **positivo**, sendo este último composto pela *norma agendi* (direito objetivo) + *facultas agendi* (direito subjetivo) = impõe faculdades e deveres jurídicos.

O que é, mais especificamente, um direito subjetivo? Há diversas teorias que buscam explicar os direitos subjetivos: poder ou domínio da vontade livre do homem que o ordenamento protege e confere (teoria da vontade - Windscheid); garantia judiciária das relações jurídicas (teoria da garantia - Thon); interesse juridicamente protegido (teoria do interesse - Ihering). Jellinek, ao propor sua teoria **mista**, refere os direitos subjetivos como poder da vontade, qualificada pela busca de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico.

Todas dão larga margem para críticas doutrinárias: a teoria da vontade não explica como os incapazes teriam direitos subjetivos; a teoria do interesse não elucida como há direitos que não se ligam a interesse e interesses sem proteção do direito; a teoria da garantia confunde direito subjetivo com proteção jurídica.



VONTADE (Windscheid)	INTERESSE (Ihering)	GARANTIA (Thon)
Poder da vontade humana garantido pelo ordenamento jurídico.	Interesse tutelado pela ordem jurídica mediante o reconhecimento da vontade.	Possibilidade de a garantia da ordem jurídica tornar efetiva a tutela do direito.
Crítica = quer dizer que os incapazes não têm direitos subjetivos?	**Crítica** = há direitos sem interesse e interesses sem proteção jurídica.	**Crítica** = confunde direito subjetivo com proteção jurídica.

Goffredo Telles Jr assevera que o direito subjetivo NÃO é uma faculdade humana, mas sim a permissão para o exercício de uma faculdade – ter faculdade não significa ter direito subjetivo. Já **Leon Duguit** e **Hans Kelsen** NEGAM a existência de direitos subjetivos.

Para Duguit o indivíduo não detém um poder de comando sobre outro indivíduo ou sobre membros do grupo social. Somente o direito objetivo poderá dirigir o comportamento dos membros de uma sociedade – substitui-se o conceito de direito subjetivo pelo de "situação jurídica subjetiva" (fato sancionado pela norma jurídica). Para Kelsen o direito subjetivo é apenas uma expressão do dever jurídico. Tais concepções negativistas do direito subjetivo pecam na medida em que "não conseguem os eminentes juristas abstrair-se da existência de um aspecto individual do jurídico" (Caio Mário).

Ao cabo, a expressão cobre diversas situações difíceis de serem traduzidas em um denominador comum[5].

Assim sendo, conquanto se apresente corriqueiro que os homens arroguem possuir direitos, não é fácil elucidar, tecnicamente, o que sejam. Miguel Reale preleciona tratar-se da "possibilidade de ser, pretender ou fazer algo, de maneira garantida, nos limites atributivos das regras de direito"[6]. Já Pontes de Miranda entende que os direitos subjetivos são a eficácia do fato jurídico, realizáveis após a incidência da regra jurídica que lhes precede e fundamenta[7].

Para Fins prova, recomendo seguir pela linha de Ferraz Junior: considerar-se-á como tal (direito subjetivo) uma situação jurídica favorável a um sujeito, mediante normas que restrinjam o comportamento alheio – daí a usual correlação entre direito (de um) e dever (do outro) –, com a possibilidade de se fazer valer em face dos demais sujeitos pelo manejo de procedimentos garantidos por normas[8].



(Ano: 2014 Banca: CESPE Órgão: MPE-AC Prova: Promotor de Justiça) No que se refere às vertentes teóricas acerca da natureza jurídica do direito subjetivo, assinale a opção correta.

a) Segundo a teoria da garantia, o direito subjetivo constitui interesse tutelado pela ordem jurídica mediante o reconhecimento da vontade individual, o que pressupõe um direito subsistente na volição.

b) A teoria lógico-formal, centrada em depurar do estudo do direito quaisquer elementos metajurídicos, promove a redução formalista do dever jurídico e, concomitantemente, do direito subjetivo à norma jurídica.

c) De acordo com a teoria da vontade-potência, da conjugação dos elementos vontade e interesse, o direito subjetivo seria o bem ou interesse protegido pelo reconhecimento do poder da vontade humana, visto que é dirigido a um bem reconhecido pela ordem jurídica.

d) Segundo a teoria eclética, não há direito subjetivo: nem o indivíduo nem a coletividade possuem direitos, uma vez que a regra de direito cria um comportamento (positivo ou negativo), configurando-se uma situação de caráter objetivo.

e) A teoria egológica do direito confere novo tratamento à noção de direito subjetivo, que, identificado com a liberdade humana, expressa o movimento espontâneo da vida humana "liberdade fenomenizada" no campo do não proibido.

Comentários

[5] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 145-149.
[6] REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 259.
[7] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte geral. t. 1. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 5.
[8] Idem, p. 150-152.

Aqui é vespeiro. O tema é bemmmm complicado. Separei o assunto para tratar apenas por meio de questão porque é puramente teórico e não tem efeitos práticos no manejo do direito. É conteúdo para provas mais difíceis (fator eliminador de candidatos).

ALTERNATIVA A = segundo a teoria da **garantia**, a base do direito subjetivo é a possibilidade de a garantia da ordem jurídica tornar efetiva a tutela do direito (confunde direito subjetivo com proteção jurídica). A assertiva trouxe o conceito da teoria do interesse (Ihering), criticada por não haver definição objetiva do que é um "interesse".

ALTERNATIVA B = a teoria **lógico-formal** refere-se, em verdade, ao conceito de pessoa, que para Kelesen é um feixe de obrigações, responsabilidades e direitos subjetivos (um conjunto de normas jurídicas). Tanto a pessoa natural quanto jurídica seriam centros de imputação, funcionando como pequenas ordens jurídicas subordinadas ao ordenamento jurídico.

ALTERNATIVA C = pela teoria da **vontade** (Savigny e Windscheid) o direito subjetivo é o poder ou domínio da vontade livre do homem, protegido e conferido pelo ordenamento jurídico (a crítica à teoria é por não explicar o direito subjetivo dos incapazes). A assertiva misturou as teorias da vontade com a do interessse.

ALTERNATIVA D = pela **teoria eclética** (Jellinek) o direito subjetivo é o interesse tutelado pela ordem jurídica mediante o reconhecimento da vontade individual. A assertiva se refere às teorias que negam a existência de direitos subjetivos, como a teoria realista (Duguit), que o reconhece vinculado ao ideário jusnaturalista, e a teoria transpersonalista (Larenz), que substitui a noção de direito subjetivo pela de deveres ou funções comunitárias, em oposição ao individualismo liberal.

ALTERNATIVA E = na teoria **egológica** (Carlos Cossio) a noção de direito subjetivo recebe duplo tratamento: (1) no plano lógico, o direito subjetivo é a determinação do dever jurídico; no plano ontológico, o direito subjetivo se identifica com a liberdade – tudo o que não é juridicamente proibido, é facultado. Logo, toda conduta é liberdade metafísica fenomenizada.

Assim, está correta a alternativa **E**.



*Pode-se falar, ainda, em **direitos PÚBLICOS subjetivos**, que são direitos exigíveis do Estado, uma conquista recente do homem (segunda metade do Século XIX). Existem na medida em que o Estado não pode deixar de traçar limites a si próprio, enquanto Estado de Direito (teoria da autolimitação).*

4) Direito como CIÊNCIA = a ciência jurídica (dimensão dogmática do direito) estuda, em especial, os ordenamentos jurídicos – a estruturação das fontes em um determinado sistema, comparando-as, encontrando os nexos e propondo medidas de coesão para que possa bem funcionar. É o sentido de quando você diz: "*Eu cursei Direito*".



LINGUAGEM e tratamento INVESTIGATIVO no Direito

- A linguagem do direito positivo é **prescritiva e objetiva** porque sobre ela atuará não só a interpretação como a ciência jurídica + aplica-se a ela a lógica *deôntica* (análise formal) = juízo de *pertencialidade*, isto é, adequação da norma ao sistema a que está sendo integrada (validade ou invalidade).
- Na ciência do direito temos **metalinguagem descritiva**, em sua função de descrever o direito objetivo + possibilidade de refutação dos preceitos (verdade ou falsidade dos enunciados), pois, para a ciência, o conhecimento deve estar sempre demarcado metodologicamente e sujeito a verificação empírica.

LÓGICA APOFÂNTICA	LÓGICA DEÔNTICA
A proposição jurídica (enunciado declarativo) pode ser verdadeira ou falsa.	A proposição normativa (norma) admite apenas verificação de validade ou invalidade.

5) Direito como FATO SOCIAL = aborda o direito do ponto de vista sociológico, analisando-o como estrutura social aliada a outros fatores (como os econômicos e políticos). Certamente, é o sentido da escola que se autodenomina "*direito das ruas*".

Os sentidos do direito devem ser vistos como complementares, e não excludentes.

2.3 DIREITO + OU X OU = MORAL

Era uma vez, no meu primeiro semestre da faculdade de Direito. Por alguma razão, porventura um idealismo (ingênuo?), aceitei concorrer ao Diretório Central dos Estudantes (como presidente de chapa). Nosso lema era "movimento estudantil livre". Queríamos um DCE sem partido político por trás, sem amarras, sem comprometimento com qualquer outra coisa que não o interesse dos estudantes. Deu certo: ganhamos! Mas não sem muita dor de cabeça (e de estômago).



Em um episódio, alguns espertinhos do movimento contrário entenderam que lhes era vantajoso espalhar cartazes na noite anterior à votação, decorando o campus com propaganda da Chapa 2 (a deles). Quando descobri, fiquei indignado e fui tirar satisfações com o presidente concorrente. Tentei argumentar que aquilo era **errado** e ele me respondeu onde é que estava a norma que vedava propaganda no dia anterior (havia previsão proibitiva quanto *ao dia* da eleição). Em uma frase final ele resumiu seu raciocínio: "pode até não ser moral, mas não é ilegal". Ou seja: é imoral, mas não ilegal.



Esse conflito entre moralidade e legalidade até hoje dá muito pano para manga. A moral se confunde com o direito? Ou o direito, por sua cientificidade e neutralidade, deve se afastar de um fator subjetivo (individual?) como a moral? Todo ato moral é legal e todo ato imoral é ilegal? Ou deveria ser? São tantas questões...

Conforme adverte Paulo Nader: "nossa compreensão sobre o direito não estará completa se não tivermos consciência de que não é ele o único instrumento de controle da sociedade e se não soubermos distingui-lo, claramente, das demais normas sociais. É que, ao seu lado, atuando sobre o comportamento interindividual, existem os campos da moral, religião e das regras de trato social [...]. O direito não visa, portanto, esgotar a potencialidade desse valor (do justo) nas relações sociais. No convívio social existem, assim, questões de justiça que escapam ao controle das regras jurídicas e se subordinam a outros processos normativos"[9].



Bem, então, moral e direito não se confundem. Vamos em frente.

Em sua origem, o termo moral deriva do latim *moralis* e significa tudo o que é relativo aos costumes, à regência do comportamento do homem (assim como o direito). Porventura por isso, os primeiros pensadores não diferenciavam o âmbito jurídico do âmbito moral.

Para os **romanos** o direito era a arte do bem e do justo (*jus est ars boni et aequi*). Os famosos princípios de **Ulpiano** seguem o mesmo rumo: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence (*Honeste Vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere*). É só com **Cristiano Tomásio** (1665-1728), por muitos considerado o fundador da moderna ciência jurídica, que tem início uma divisão mais clara entre os campos.

[9] NADER. Idem, p. 53.

MORAL	DIREITO
Tem a honestidade como pedra angular. **Faça a ti o que queres que os demais façam a si mesmos**.	Tem a justiça como essência. **NÃO faça aos outros o que não queres que façam a ti.**

Avançando para os tempos modernos, há quem fale que a moral é um **complexo de valores predominantes em certo grupo ou comunidade**.

A moral é o conjunto de princípios gerais de conduta adotado pela livre vontade do homem.

O picadeiro moral, já nesse conceito, mostra-se mais amplo do que o do Direito, ao abranger (além dos deveres para com seus semelhantes) deveres do homem para consigo mesmo e para com suas crenças (religiosas, éticas, comunitárias). O pote da lei é muito pequeno para que nele caibam todas as noções de justo, bom, correto.

É por isso que nem todo comportamento imoral é ilícito. O valor negativo atribuído pela sociedade a certo comportamento moralmente reprovável nem sempre é suficientemente significativo a ponto de despertar a regulamentação pela norma jurídica.

Há ainda outras diferenças que podem ser apontadas entre a norma jurídica e a moral, mas, sem dúvidas, a principal é a que se refere ao tipo de *sanção*: a sanção moral é, normalmente, interna (remorso, arrependimento, desgosto) – e mesmo quando é externa (reprovação, repúdio, censura por terceiros), não é institucionalizada. Já a sanção jurídica é exterior e, mais do que isso, organizada institucionalmente – por uma autoridade legitimada a usar a força para fazer cumprir os preceitos normativos. Pior: ela sai do plano meramente espiritual e alcança a seara material e de liberdade (o ofensor pode ser preso, obrigado a se abster de certo ato, ter seus bens expropriados...).

Sanção na MORAL	Sanção no DIREITO
Constrangimento psíquico ou social Opera apenas no plano espiritual	Reserva de força (poder estatal legítimo) Atua no plano material ou de liberdade

Fala-se, com base nisso, em unilateralidade da moral e bilateralidade do direito.

A moral é **unilateral** porque não estabelece um relacionamento entre homens, ainda que seus imperativos sejam reconhecidos como desejáveis para a boa convivência social. Se alguém atua de maneira contrária à moral, não pode ser compelido a revisar seu comportamento.

Sabe aquele cara chato, inoportuno, que não dá uma dentro, que vive falando a coisa errada na hora errada... tira sarro de tudo (mesmo quando o assunto é sério)... enfim, você deve conhecer alguém assim (ti@, prim@, cunhad@...). Essa pessoa (querida, fofinha, amada) está nem aí para a moral.

Para fins didáticos, criemos nosso personagem: Justiniano (que de justo não tem nada). Justiniano faz tudo o que citamos acima. É o mala em pessoa. E em que pese esses comportamentos sejam extremamente indesejáveis, e todo mundo já tenha dito isso para ele, Justiniano é convicto (em não mudar). Como estamos diante de regras morais, não há mesmo santo que possa obrigá-lo. O que os parentes de Justiniano podem fazer (ele não tem mais amigos) é, no máximo, partir para a admoestação (palavra chique, eufemismo, para xingamento) e, não funcionando, excluir Justiniano da lista de contatos, fingir que não estão em casa quando ele bater à porta... não há muito mais o que fazer...

Agora, a situação é muito diferente se estivermos diante de um descumprimento de norma jurídica, que é **bilateral** – por criar uma relação de direitos e deveres entre dois ou mais sujeitos.

Imagine que Justiniano, o intragável, acabou de ofender, injuriar, o vizinho dele... um esforçado concurseiro. Chamou-o acintosamente de burro, com o ânimo de deixá-lo com a moral baixa, esperando que vá mal nas provas. Ahh, aí temos a norma do artigo 140 do Código Penal: "injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa". Diante de uma previsão criminal com essa, ou Justiniano engole a língua ou sofrerá a ENORME pena prevista em lei. De toda forma, sendo ato ilícito (artigo 186 do Código Civil), permite que nosso amigo concurseiro recorra ao Judiciário para fazer cessar o comportamento e ainda permite que se requeira indenização reparatória.

Deu para entender?

É para pessoas como Justiniano que a lei existe: é preciso existir uma força mais forte que a moral para conformar os comportamentos daqueles para os quais a mera ciência interna (do que é certo) e a pressão social se mostram insuficientes.

A norma moral é *imperativa* (impõe comportamentos), mas a norma jurídica é *imperativa-atributiva*, porque não só impõe o comportamento como atribui ao prejudicado ou a terceiro a faculdade de exigir o seu cumprimento ou a punição do ofensor[10].

Em resumo: perto da espada do direito, a moral é um canivetinho 😅

[10] Leon Petrasisky citado por DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 40.

QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

(**Ano: 2012 Banca: FEPESE Órgão: DPE-SC Prova: Defensor Público**) Norberto Bobbio afirma que a teoria do ordena- mento jurídico "constitui uma integração da teoria da norma jurídica". Em livro nomeado Teoria do ordenamento jurídico, ele afirmou que não lhe foi possível definir o Direito do ponto de vista da norma jurídica considerada de maneira isolada. Segundo ele, importa alargar o "horizonte para a consideração do modelo pelo qual uma determinada norma se torna eficaz a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devam exercê-las e a sua execução". Para Bobbio, essa organização complexa é o produto de um ordenamento jurídico e, a partir deste, o Direito pode ser definido. Isso porque, conforme o autor, o problema da definição do Direito é localizado na teoria do ordenamento jurídico, não na teoria da norma. O pensador apresentou essa conclusão baseado na ideia de organização do sistema normativo, extraída da noção de sanção jurídica.

Segundo Bobbio, a sanção jurídica é aquela cuja execução é garantida por uma sanção:

a) interna e não institucionalizada.

b) interna e institucionalizada.

c) externa e institucionalizada.

d) externa e não institucionalizada.

e) processual e não institucionalizada.

Comentários

A sanção jurídica é externa (a sanção interna fica por conta da moral) e institucionalizada (estatal).

Portanto, correta a alternativa **C**.

Em 2010, a FCC cobrou questão idêntica na prova DPE-SP - Defensor Público (as questões se repetem...)

(Ano: 2015 Banca: UFMT Órgão: DETRAN-MT Prova: Auxiliar do Serviço de Trânsito) As normas morais e as normas jurídicas são estabelecidas pelos membros da sociedade, e ambas se destinam a regulamentar as relações nesse grupo de pessoas. Há, então, vários aspectos comuns entre as normas morais e jurídicas (COTRIM, G. Fundamentos da filosofia: história e grandes temas. São Paulo: Saraiva, 2013).

Sobre os aspectos comuns entre as normas morais e as normas jurídicas, marque V para as afirmativas verdadeiras e F para as falsas.

( ) Ambas apresentam caráter histórico.

( ) Ambas se apoiam em valores culturais.

( ) Ambas contam com a coerção legal do Estado.

( ) Ambas visam à convivência entre as pessoas.

Assinale a sequência correta.

a) V, V, F, V

b) F, V, F, V

c) F, F, V, F

d) V, F, V, F

Comentários

(**V**) "Ambas apresentam caráter histórico". Tanto a moral como o direito se desenvolvem ao longo da história.

(**V**) "Ambas se apoiam em valores culturais". A cultura (comportamento, costumes, modo de ser e de se manifestar de um povo) é a base da moral e do direito.

(**F**) "Ambas contam com a coerção legal do Estado". A moral não conta com sanção institucional (estatal).

(**V**) "Ambas visam à convivência entre as pessoas". Só com o direito (sem a moral), o mundo seria uma loucura.

A alternativa correta é a **A**.



Um dos autores que mais e melhor escreveu sobre as relações morais e jurídicas, Kant estruturou seu raciocínio em dois conceitos-chave: **MORALIDADE** e **DEVER**. A moralidade, como o nome já diz, liga-se à moral (interna); o dever, como regra, liga-se a uma obrigação jurídica (externa).

O dever (delineado pelo Direito) está relacionado com a observância da legislação e se impõe por uma ação exterior, que obriga o seu cumprimento, ainda que as razões não sejam morais – sua observância não necessariamente se vinculará ao cumprimento de um preceito moral.

Por exemplo: adquiro um Chevette (Cheva) Tubarão 1975 em 48 suaves parcelas, com juros de 135943% ao mês. Eu cumpro esse contrato leonino não apenas porque quando eu precisei do dinheiro o banco me estendeu a mão, mas também porque se eu não pagar eles me tomam o carro (alienação fiduciária) e ainda vou ficar devendo... se eu tiver patrimônio eles me tiram até as cuecas.



O cumprimento dos contratos, em geral, NÃO se dá por uma questão moral, mas pela busca de uma vantagem ou para se evitar a sanção pelo seu descumprimento (interesse pessoal). A propósito, por vezes, até mesmo atos de pura liberalidade podem se afastar de preceitos morais. Uma doação a uma instituição de caridade, com ampla publicidade do ato, pode ter por fim psíquico a busca do reconhecimento social.

Cumprir o dever sob uma perspectiva a moral significa cumpri-lo sem que haja qualquer outro interesse em jogo.

A **moralidade** é uma predisposição em cumprir um dever sem outro fundamento a não ser o querer cumprir. Por isso, não se mede pelo resultado, uma vez que se instaura no campo da vontade pura – realiza-se a ação sem interesses externos. O fundamento que leva ao cumprimento do ato segundo a moral é a boa vontade, que **se encerra em si mesma** e não recebe influência heterônoma (estranha a ela).

Imagine um sujeito que encontra uma carteira em um galpão vazio. Não há câmeras e não há registro de que ele esteve ali. Ou seja: ele não precisa temer a punição da lei (ninguém descobrirá se ele ficar com o tentador dinheiro que há na carteira 🤑). Mesmo sendo pobre (e podendo usar aquele dinheiro para comprar o presente de natal dos filhos 🎅), nosso herói resolve devolver tudo e se nega a receber qualquer recompensa. Pede, ainda, que o dono não divulgue a ninguém o louvável ato, pois não quer ser paparicado. Essa foi uma conduta movida pela perspectiva moral!





(OAB X 2013) "Manter os próprios compromissos não constitui dever de virtude, mas dever de direito, a cujo cumprimento pode-se ser forçado. Mas prossegue sendo uma ação virtuosa (uma demonstração de virtude) fazê-lo mesmo quando nenhuma coerção possa ser aplicada. A doutrina do direito e a doutrina da virtude não são, consequentemente, distinguidas tanto por seus diferentes deveres, como pela diferença em sua legislação, a qual relaciona um motivo ou outro com a lei".

Pelo trecho acima podemos inferir que Kant estabelece uma relação entre o direito e a moral. A esse respeito, assinale a afirmativa correta.

a) O direito e a moral são idênticos, tanto na forma como no conteúdo prescritivo. Assim, toda ação contrária à moralidade das normas jurídicas é também uma violação da ordem jurídica.

b) A conduta moral refere-se à vontade interna do sujeito, enquanto o direito é imposto por uma ação exterior e se concretiza no seu cumprimento, ainda que as razões da obediência do sujeito não sejam morais.

c) A coerção, tanto no direito quanto na moral, é um elemento determinante. É na possibilidade de impor-se pela força, independentemente da vontade, que o direito e a moral regulam a liberdade.

d) Direito e moral são absolutamente distintos. Consequentemente, cumprir a lei, ainda que espontaneamente, não é demonstração de virtude moral.

Comentários

A alternativa correta é a **B**: a conduta moral refere-se à vontade interna do sujeito, à sua livre escolha de seguir certo conjunto de princípios gerais de conduta. Já o direito é coercitivo: impõe o comportamento mediante sanção institucional – o seu respeito pode ser por livre escolha, por medo da sanção ou por imposição desta. As demais alternativas possuem equívocos: o direito e a moral NÃO são idênticos – o campo da moral é mais amplo, havendo ações imorais que não são ilícitas (A); na moral a coerção NÃO é um elemento determinante (C); direito e moral se relacionam: cumprir a lei espontaneamente, a rigor, é demonstração de virtude moral.

As normas seguem o padrão do **imperativo hipotético**: uma ação condiciona outra ação (se x, então y). Exemplo: "Se matar alguém, reclusão de 6 a 20 anos". Se não quiser ser jogado no cárcere, não mate, não roube, não estupre... só os que defendem a despenalização dos crimes é que não entendem este singelo raciocínio Aqui há um interesse pessoal em cometer uma ação para obter um resultado benéfico previsto em lei (sanção premial) ou evitar uma conduta para não sofrer a pena aflitiva.

A moral, por outro lado, está associada ao **imperativo categórico**: uma ação é boa se puder ser universalizada sem prejuízo dos demais; é um dever (desinteressado), que obriga sem condicionantes, limitações ou finalidades a não ser o cumprimento do próprio dever (em si).



A legalidade não é uma solução contrária à moralidade. O ato moral, no pensamento kantiano, NÃO disputa espaço com o ato legal, mas representa um reforço de suas exigências.

DIREITO	MORAL
Regra externa (heteronomia)	Regra interna (autonomia)
Imposto por coerção externa	Realizada sem esperar resultados (espontânea)
Há ameaça de sanção	Cumpre-se pela boa vontade
Tem por objeto relações (bilateralidade)	Recai sobre ações individuais (unilateral)

Esse aspecto da teoria de Kant se opõe às noções da filosofia **antiga** e **medieval**. Para os filósofos gregos (especialmente os epicuristas, mas não só eles), a moralidade busca a felicidade como fim último – a visão hedonista, ao menos no aspecto da busca pela vida virtuosa, predominou até a Modernidade. Já Agostinho e Aquino (na Idade Média), entendiam que a moral advinha de uma fonte externa ao sujeito: Deus).



Retornemos a Justiniano. Em épocas de Natal, Páscoa, Ano Novo, o pessoal da família fica com dó e convida o Justiniano para a ceia (não tem jeito). Só que todo ano é aquela novela: o cara não tira os tênis para entrar em casa e vai direto para o tapete limpinho e ainda põe os chulezentos em cima da mesinha de centro. Como se não bastasse, come com a boca aberta e suja a borda do copo de comida. É uma lástima. Todo ano a mesma coisa.

Esses comportamentos de Justiniano podem ser chamados de imorais? **Del Vechio** diria que sim. Para ele, todas as normas de comportamento devem ser incluídas no âmbito da moral ou do direito. Mas há quem discorde. **García Máynez** indica que há uma terceira espécie de comportamento social, a que denomina convencionalismos sociais, os quais não são norma jurídica (não tem atributividade) e nem normas morais (embora unilaterais, não se importam com a intenção do agente, o propósito bom ou ruim, apenas com a exterioridade do ato)[11].

Justiniano não come de boca aperta para prejudicar quem quer que seja. Ele sequer sabe que isso é errado (nem percebe que suja o copo por não limpar a boca antes de tomar a bebida). Ele deixa de tirar os tênis e os coloca sobre os móveis porque é o comportamento que costuma ter em casa (sua estimada pocilga). Não há má intenção; não há intenção. Há apenas um ato exterior contrário a um convencionalismo social[12].



Uma das maiores polêmicas, do ponto de vista prático, reside na (in)existência de (inter)relação entre os âmbitos do direito e da moral e, notadamente, na possível implicação da moral sobre a validade da norma jurídica. Há três abordagens principais do tema: *jusnaturalista*, *positivista* e *pós-positivista*.

Veremos essas correntes com parcimônia no encontro de Filosofia Jurídica. Mas isso não quer dizer que não possamos, desde já, dar uma espiada no tema (pelo buraco da fechadura).

Para o **JUSNATURALISMO**, o direito é uma ideia que precede e transcende a lei posta pelo Estado; o direito é produto de uma construção lógica-racional que está na raiz da natureza humana (quer seja por inspiração divina ou outra causa) e da qual são deduzidas as

[11] DALLARI. Idem, p. 40-41.
[12] Radbruch enxerga os convencionalismos sociais como uma etapa embrionário do direito (normas jurídicas em formação) ou como normas jurídicas degeneradas, que estão perdendo a juridicidade.

verdades jurídicas particulares. Desse modo, o direito positivo só é legitimado (justo e correto) se estiver de acordo com a lei da razão[13].

O direito não se funda na força, mas pode empregá-la porque é direito. O fundamento do direito é ético e precede a coerção (força).[14]

Essa perspectiva se alterou com o surgimento do **POSITIVISMO JURÍDICO**, que, na busca de dotar o direito de um caráter científico, afastou-se das correntes jurídico-filosóficas que se fundamentavam em pressupostos universais, harmônicos e permanentes. O foco das ciências jurídicas voltou-se aos pressupostos lógicos e formais da norma positiva.

Para os positivistas, a ciência jurídica é dogmática e ponto! Seu objeto é o direito posto pela autoridade legítima. O maior expoente desta corrente, Hans Kelsen (obra: *Teoria Pura do Direito*) defende a autonomia do direito pelo princípio da pureza, afastando de sua órbita questões intrusas de ordem epistemológica (sociologia, antropologia, etc.) e axiológica (moral, ética, etc.). O intérprete deve manter neutralidade total, ao jamais desenvolver qualquer juízo de valor sobre as normas: lei é lei, não havendo que se falar em justeza ou injustiça – a única análise possível é sobre a *validade* (se a norma foi colocada no ordenamento pela autoridade competente).

Interessante que no direito medieval o direito natural e o direito positivo se harmonizavam: o direito positivo se fundava no direito natural (fator de legitimidade). É no século XIX (com a escola histórica e com o empirismo exegético) que os defensores do direito positivo adotaram postura em contraposição ao direito natural, arrogando para si a exclusividade do direito.



(2017 OAB XXII) A principal tese sustentada pelo paradigma do positivismo jurídico é a validade da norma jurídica, independentemente de um juízo moral que se possa fazer sobre o seu conteúdo. No entanto, um dos mais influentes filósofos do direito juspositivista, Herbert Hart, no seu pós-escrito ao livro O Conceito de Direito, sustenta a possibilidade de um positivismo brando, eventualmente chamado de positivismo inclusivo ou *soft positivism*.

Assinale a opção que apresenta, segundo o autor na obra em referência, o conceito de positivismo brando.

[13] Para Santo Agostinho (jusnaturalista), as leis só são válidas se amparadas no conceito universal de justiça; as leis amparadas apenas no poder, na força, na violência não são direito.
[14] SICHES, Luis Recaséns. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1978, p. 804.

a) O reconhecimento da existência de normas de direito natural e de que tais normas devem preceder às normas de direito positivo sempre que houver conflito entre elas.

b) A jurisprudência deve ser considerada como fonte do direito da mesma forma que a lei, de maneira a produzir uma equivalência entre o sistema de *common law* ou de direito consuetudinário e sistema de *civil law* ou de direito romano-germânico.

c) O positivismo brando ocorre no campo das ciências sociais, não possuindo, portanto, o mesmo rigor científico exigido no campo das ciências da natureza.

d) A possibilidade de que a norma de reconhecimento de um ordenamento jurídico incorpore, como critério de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos.

Comentários

Assertiva A = "o reconhecimento da existência de normas de direito natural e de que tais normas devem preceder às normas de direito positivo sempre que houver conflito entre elas" é claramente a descrição do sistema **jusnaturalista**.

Assertiva B = a admissão da jurisprudência como fonte *imediata* do direito (no mesmo patamar da lei) compõe a defesa das teorias modernas **jurisprudencialistas** e **realistas**.

Assertiva C = a ideia positivista é aproximar o campo das ciências sociais ao método das ciências da natureza.

Assertiva D = o positivismo inclusivo ou **brando** de Herbert Hart acolhe a ideia de separação entre o direito e a moral. Entretanto, flexibiliza a distinção ao admitir que os sistemas jurídicos incorporem preceitos morais. Em outras palavras, a regra de reconhecimento socialmente aceita e praticada pode incorporar padrões morais, mas não como critério de validade jurídica – a moral é **circunstancial** no direito.

A alternativa correta é a **D**.

JUSNATURALISMO	POSITIVISMO JURÍDICO
+ universalidade	+ territorialidade
+ a fonte do direito é a natureza	+ a fonte do direito é o poder
+ o direito se manifesta pela razão	+ torna-se conhecido pela declaração
+ qualifica-se o direito em justo ou injusto (bom ou mau), conforme sua adequação com a lei da natureza	+ qualifica-se o direito em válido ou inválido, conforme sua colocação no ordenamento pela autoridade legítima
+ estabelece aquilo que é bom	+ preceitua aquilo que é útil

O modelo positivista se tornou paradigmático no alvorecer do século XX. Acontece que após a 2ª Guerra Mundial se percebeu que no ínterim do combate foram cometidas atrocidades inconcebíveis... e pior: estavam todas amparadas na lei, o que colocou em cheque os exageros do positivismo. O remédio para tal mal, segundo se entendeu, foi admitir que, para fins de busca da justiça, não basta que a autoridade competente positive certa regra no ordenamento jurídico – a validade das normas depende de que possuam certo conteúdo moral.

É assim que surge o movimento que se costuma denominar **PÓS-POSITIVISMO**, teoria moderna que defende a existência de uma relação necessária entre direito e moral.

Hoje há duas posições principais (conforme o grau) para definir a inter-relação entre direito e moral: (a) *tese forte*: os defeitos morais sempre devem ter como efeito a perda da validade jurídica da norma – o direito injusto não é válido, de maneira que prevalecem os argumentos morais (não-positivismo **exclusivo**); (b) *tese fraca*: apenas quando a norma jurídica for extremamente injusta (intolerável) é que perderá a validade – o direito absurdamente injusto não é direito, consoante a fórmula de Radbruch[15] (não-positivismo **inclusivo**).

Robert Alexy, alemão que é possivelmente o mais destacado jusfilósofo vivo, argumenta que as leis mantêm intrínseca relação com a moral e, consequentemente, com a justiça. Desse modo, as normas injustas perdem seu caráter jurídico. Do contrário, qual seria a diferença entre as leis e as regras estabelecidas por uma associação criminosa? Os sistemas jurídicos que não formulam a pretensão de correção (com a moral) não são sistemas jurídicos, pois incorrem em incoerência congênita: a legitimidade das leis baseia-se na crença de que são corretas ou, pelo menos, buscam atingir a correção. Se uma lei é promulgada sem essa pretensão, ela mesma é contraditória, arrasando as engrenagens do sistema que a sustenta[16].

É certo que o ordenamento jurídico tem firme suporte do poder estatal, tendo como princípio **constitutivo** a *imperatividade*. Mas também é certo que seu princípio **regulatório** (que lhe dá sentido) é a justiça. E o sentido não se relaciona com a finalidade, mas com a validade (o que é justo é um valor)[17]. Logo, mesmo que a norma seja extraída de um ato de poder, sua validade não está no próprio poder (autoridade competente), mas na sua aplicação prática na sociedade (capacidade de levar à justiça). Sem correção moral, a norma jurídica é pura arbitrariedade e violência (quem quer que seja o seu autor). É isso que prevalece atualmente.

ESQUEMATIZANDO

[15] Gustav Radbruch, alemão, professor de direito na Universidade de Heidelberg, busca alinhar a fundamentação do direito no justo com a segurança jurídica, afirmando que tão somente o direito "extremamente injusto" deixa de ter validade.
[16] ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.
[17] Sobre o assunto podemos citar o valoroso autor nacional Miguel Reale, que em sua teoria tridimensional do direito vê o fenômeno jurídico como estruturado por fato, valor e norma. O que dá fundamento ao direito é o valor: de nada adianta a norma ser elaborada dentro da técnica se não respeitar a validade ética.

VINCULAÇÃO	SEPARAÇÃO	COMPLEMENTAÇÃO
O direito é um ramo vinculado à moral e suas normas devem ser assim definidas.	O direito (ciência objetiva) não se mistura com a moral (matéria subjetiva). É a tese do positivismo jurídico.	Direito e moral são campos distintos, mas que se comunicam e se complementam.

2.4 LEI X DIREITO

Direito e moral não se confundem. Certo! Mas e lei e direito?



Mais um abacaxi para descascar!

Dois fenômenos contribuíram muito para que lei e direito passassem a se confundir na cabeça não só dos leigos, como também dos operadores jurídicos: (a) a doutrina do positivismo jurídico; (b) o avanço da legislação, que busca ocupar todos os espaços, solucionar todos os problemas – a política atual parece regida pelo princípio de que se há um problema, basta editar uma lei para que esteja tudo resolvido.

Na atenta observação de Bessa Antunes, a explicação disso talvez esteja no fato de que a ideia de lei está intensa e profundamente ligada à de direito, ou talvez seja melhor dizer que a ideia de direito está intimamente vinculada à de lei; e não se trata de simples jogo de palavras feito para o deleite de juristas intelectualizados, que se divertem ao criar armadilhas verbais: a prevalência do direito sobre a lei, ou da lei sobre o direito, ou ainda, a identificação entre os vocábulos representam importantes pontos de vista teóricos com grande significação para a vida de cada indivíduo[18].

E em que pesem as opiniões em contrário (sempre haverá rsrsrs), o que precisa ficar claro (ao menos esse é o meu convencimento) é que na lavoura do direito, a lei é apenas parte da plantação. Lei e direito são conceitos que se relacionam, mas não se confundem: a lei é uma norma estatal (e só); o direito é um conjunto de leis, mais princípios, costumes, valores, ideais... que pretende estar adequado à realização da justiça.

Tanto é assim que os ingleses e americanos falam *law* (lei) e *right* (direito): o direito independente da lei, podendo ser até mesmo contra ela. Isso não significa que um verdadeiro *right* não possa ser um direito legal, mas sim que continuará a ser, ainda que a lei não admita.

[18] ANTUNES, Paulo de Bessa. *Uma nova introdução ao direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 85.



Conforme leciona João **Baptista Herkenhoff**, as decisões valorativas não estão no domínio da lei, mas no da ética. Em condições normais, entre dois valores, deve-se decidir pelo de maior hierarquia; e entre o culto à lei e o culto ao direito, o valor de maior hierarquia é o culto ao direito[19].

Você pode estar confus@, perguntando em que situação haveria de se ter de escolher entre lei e direito. Acontece que, pela própria natureza falível do homem, é lamentavelmente comum que más leis sejam promulgadas, dando vida a esse conflito, caso em que, não se tendo como admitir a validade de ambos, é preciso decidir entre atuar como ordena a lei, em detrimento do direito, ou seguindo o direito, desrespeitando o que determina a lei.

Muitos entendem que a proibição da **eutanásia** está em contradição com o direito a uma vida e, especialmente, a uma morte digna. No Brasil, quem prestar auxílio material a um suicídio assistido poderá responder por crime de homicídio, ainda que privilegiado, isto é, com pena reduzida (artigo 121, § 1º, do Código Penal) – particularmente, tenho mais medo de ficar sofrendo em uma cama do que da morte em si. E você?

Em suma, por mais incrível que possa parecer, a lei pode estar em contradição com o direito, quando se torna instrumento dos mais eficientes à realização de INJUSTIÇAS. Sim, mais essa: a lei pode ter como efeito patentes injustiças, bastando lembrar que alguns dos sistemas mais cruéis que a humanidade teve o desprazer de assistir – escravidão, *apartheid*, nazismo e fascismo (deixo de citar o comunismo por ele ainda insistir em habitar o mundo) – estavam plenamente amparados na lei vigente à época.

A conclusão é que, ao contrário do que se ouve vulgarmente no dia a dia (e do que tentou o implementar o juspositivismo), a lei não é o direito; longe disso, deve estar subordinada e buscar adequar-se a ele (seus preceitos morais, éticos, consuetudinários), na busca da justiça.

E podemos ir além disso: **a lei deve reger tão somente as questões fundamentais ao convívio entre as pessoas**, em que há um consenso mais AMPLO, deixando que os consensos menos amplos sejam resolvidos nos demais campos da regulação humana (desprovidos de coercibilidade institucional).

Tomemos como exemplo o homicídio. Há uma concordância praticamente generalizada em torno de que matar outro ser humano é, em regra, algo ruim. Por isso não há dúvidas de que tal prática deve ser criminalizada – sem o que seria difícil viver em sociedade (seria difícil permanecer vivo). E sem vida (o bem mais fundamental de todos) não há como exercer qualquer outro direito. Por outro lado (não sei o que vocês acham), não me parece

[19] HERKENHOFF, João Baptista. *Carta de iniciação para gostar do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 99.

que haja a mesma (quase) unanimidade em relação à ingestão de refrigerantes, muito menos que tal matéria seja essencial à vida em sociedade. Então, por que seria ela objeto de intervenção estatal?



Se você está se perguntando por que cargas d'água eu estou falando de refrigerantes, esclareço: o final desta década ficará marcado na história como o tempo de **cruzada estatal contra os refrigerantes**. Entre os diversos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, destacam-se o que *proíbe a venda de refrigerantes em escolas públicas ou privadas* (PL 1755/2007) e o que *proíbe indústrias de refrigerantes de patrocinar esportistas* (PL 4910/16). Por fim, o Ministério da Saúde (governo Dilma) tentava negociar com as redes de *fast-food* a extinção dos refis de refrigerante em redes como o Burger King e já havia adiantado que, caso não conseguisse convencer os fornecedores, editaria lei para proibir a prática. Pelo jeito, logo o refrigerante vai se juntar à maconha e à cocaína. Opa, à cocaína, porque a maconha vai acabar sendo liberada...

Mas pode isso? A lei pode (deveria) fazer esse tipo de opção coercitiva (impositiva), ainda que a pretexto de nos proteger (de nós mesmos)? Essa lei é de direito?

Há muitos que entendem que... NÃO!

Como refere Caetano Marcello, acaba sendo até mesmo uma questão de lógica a necessidade de **restringir a atuação da lei**. Poucos negariam que o poder público foi instituído NÃO para realizar a totalidade dos fins humanos, de modo que seu exercício só é legítimo enquanto respeitar instituições anteriores a ele[20].

Só que também poucos percebem (ou levam a sério) a consequência dessa premissa: a lei deve regular apenas o que for imprescindível, deixando o restante aos demais instrumentos do direito (ética, moral, bons costumes, equidade) ou mesmo à (temível) liberdade dos homens[21].

Fato é que, apesar de todos os avisos, é notável (mas não surpreendente), que, com o passar dos anos, mais e mais amplo tenha se tornado o arcabouço normativo estatal, abarcando matérias antes reservadas à autonomia da vontade, à religião, à cultura. Como ressalta o pensador italiano Giorgio Pallieri, não é difícil perceber que o Estado trabalha infatigavelmente (ainda que de forma oculta, camuflada tanto pelos políticos como pelos teóricos) para tornar tudo de si mesmo, para constituir uma norma e fazê-la valer como

[20] CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 302-303.
[21] Veremos adiante que a situação atual é um tanto complexa: tomo quanto refrigerante quero, porque atuo no meu campo de liberdade e sem gerar dano a terceiro? Humm... você usa saúde pública? Então se você exagerar nos refrigerantes, gerará sim dano (despesa) a terceiro... já que o custeio da sua saúde é **coletivizado**.

única ordem objetiva – ao mesmo tempo jurídica, moral e racional –, não reconhecendo qualquer outra, de nenhum tipo, fora da que é estabelecida por ele próprio[22].

> *"A identificação entre Direito e Lei pertence, aliás, ao repertório ideológico do Estado, pois na posição privilegiada ele desejaria convencer-nos de que cessaram as contradições, que o poder atende ao povo em geral e tudo o que vem dali é imaculadamente jurídico, não havendo Direito a procurar além ou acima das leis"[23].*

Muitos são os argumentos utilizados para justificar esse fenômeno, notadamente o fato de a **sociedade ter se tornado mais complexa** e a **norma jurídica estatal ser fixa e certa**, em contraste com os preceitos não escritos, os quais seriam voláteis e tendentes a serem manipulados pela vontade arbitrária das partes, representando um perigo à segurança das relações sociais. Cada uma dessas arguições encontra réplica que merece consideração.

A ILUSÃO DA SEGURANÇA E DA JUSTIÇA



A primeira coisa que tem de ser dita é que a complexidade que alcançou a vida moderna, em boa medida, é culpa do próprio ordenamento jurídico: se para cada problema e para cada nova ideia uma lei é criada, a vida em sociedade acaba, inegavelmente, ficando muito mais complicada do que o necessário.

O segundo ponto é que a segurança com a qual se pretende embalsamar a lei está longe de ser um consenso. Fazendo uso, novamente, do pensamento de Pallieri: a defesa da lei em face do alardeado subjetivismo individual é nada mais que uma opinião falsa, tendenciosa e artificialmente formulada[24]. Seus argumentos são sedutores.

Só a lei escrita é objetiva e certa: nada disso! Há convicções morais generalizadas e comuns ideais de justiça que são patrimônio de inúmeros indivíduos e que, por vezes, possuem eficácia que excede à das próprias leis (exemplo: não é porque o Código Civil determina a monogamia que a fidelidade é exigida entre a maioria dos casais no Brasil, nem o fato de o adultério deixar de ser crime liberou tais amarras).

---

[22] PALLIERI, Giorgio Balladore. *A doutrina do Estado*. v. 1 [tradução Fernando de Miranda]. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 20-21.
[23] LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito?* São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 32.
[24] PALLIERI. Idem, p. 136-138.

A lei exprime certeza: apesar do fascínio que a afirmação tem entre os juristas, nada há de mais ilusório! Mesmo em condições favoráveis, nenhum advogado está em condições de dizer, com toda a segurança, se determinada ação será ou não procedente perante o Judiciário.

A lei impõe comportamento comum a todos: onde?! Cada cidadão confia muito mais em uma pessoa de quem conheça a sólida e firme reputação de moralidade (tem muito maior certeza sobre o que será o futuro das suas relações de negócios ou de amizade) do que em uma pessoa em relação à qual apenas saiba poder contar com o respeito pelas leis.

Francesco Carnelutti, um dos processualistas italianos com maior influência no Direito brasileiro, lembra ainda que nem todo conflito de interesses se encontra regulado na lei; ao contrário, em um número mais ou menos importante de casos, confere-se ao juiz o poder de resolvê-los de forma autônoma, concreta[25]. A própria lei, em algumas oportunidades, caminha nesse sentido: o artigo 8º do Novo Código de Processo Civil estabelece que ao aplicar o *ordenamento jurídico* (a lei NÃO é a única fonte de direito), o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum.

O que fazer, então? Desconsiderar a lei? De modo algum. A lei é um instrumento importane para a estabilização e segurança das relações sociais. Façamos o seguinte: **primeiro**, ter cautela e uma dose de ceticismo! A lei não está fora do campo da análise crítica. A prescrição legal NÃO cria direito (nem mesmo a constitucional). Uma discussão sobre justiça não pode acabar em: *está na lei (ou na constituição) e ponto final!* **Segundo**, estudar HUMANÍSTICA, onde, justamente, estão os substratos, as ferramentas zetéticas para mexer nos parafusos da dogmática 😍

3 HERMENÊUTICA

O direito opera por meio da **linguagem**. E a linguagem NÃO opera com signos exatos. A resultante é que, naturalmente, surgirão obstáculos à completa compreensão do sentido e do alcance das normas – essas imprecisões de sentido não são anomalias, mas integram a própria característica do



[25] CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Pádua, 1936, p. 353.

direito, composto por normas gerais e abstratas (expressas pela linguagem), a serem aplicadas a uma multiplicidade de situações concretas.

Mas o direito, por evidente, não pode esbarrar para sempre nesses entraves; se for definitivamente contido pelas imprecisões de seus mandamentos, deixará de ser instrumento útil à regulamentação social. Assim, deposita-se nas mãos do intérprete a função de vencer esses obstáculos, de esclarecer o conteúdo da norma, de possibilitar sua aplicação concreta (vivificação e humanização do direito). E isso é feito com base na hermenêutica jurídica.

A expressão hermenêutica remonta ao verbo grego *hermeneuein* (= interpretar) e ao substantivo *hermeneia* (= interpretação). Em suma, trata-se do **processo de tornar compreensível**. A hermenêutica jurídica busca descobrir o sentido e o alcance das normas jurídicas (muitas vezes o texto legal parece mais uma charada do que um preceito que pretende ser claro); visa esclarecer o conteúdo normativo das fontes formais do direito.

ATENÇÃO
DECORE!

***HERMENÊUTICA** é a ciência da interpretação da linguagem jurídica, de modo a: **(a)** viabilizar a aplicabilidade das normas; **(b)** constatar a existência de lacunas no sistema e apresentar soluções para sua integração; e **(c)** solucionar antinomias jurídicas.*



Há quem aponte a origem do termo ao deus Grego ***Hermes*** (filho de Zeus com Maia). Segundo a mitologia, Hermes era o mensageiro dos deuses, ao qual cabia traduzir as mensagens do mundo divino para que os homens pudessem compreendê-las. Sua importância é tamanha que a ele é atribuída a descoberta da linguagem e da escrita. A hermenêutica moderna traduz a linguagem dos "deuses" (legisladores) aos reles mortais (cidadãos).

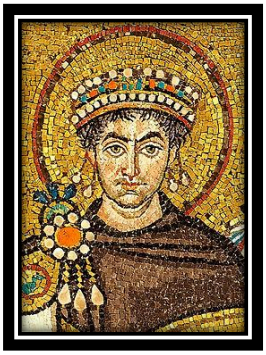
A importância do tema é evidente: como se poderia aplicar de modo satisfatório algo que sequer se conhece o real sentido? Seria como tentar falar um idioma desconhecido... A hermenêutica garante racionalidade ao direito – tradução das normas a uma linguagem compreensível e palatável à realidade.

3.1 HISTÓRIA

O **desenvolvimento histórico da hermenêutica** é bastante interessante e nos ajuda a compreendê-la melhor. O seu nascedouro é marcado pela intrínseca ligação com a teologia, tanto que nos primórdios do Império Romano os únicos intérpretes eram os sacerdotes – cabia a eles desvendar os segredos das normas jurídicas. É só com o passar dos séculos que cai o monopólio sacerdotal e surgem os juristas leigos, conhecidos como prudentes (*juris prudentia* - sacou?). Também é por obra dos romanos (de cultura bem mais pragmática que a dos gregos) que o conceito de hermenêutica cede espaço ao de interpretação (*interpretatio*).



CUIDADO! Tecnicamente, *hermenêutica* e *exegese* (ou interpretação) não são sinônimos (embora se confundam em sentido amplo). Em sentido estrito, a hermenêutica opera no plano filosófico, teórico, formulando preceitos, ao passo que a exegese (interpretação) atua no plano empírico, cuidando da interpretação da lei para fins notadamente práticos – solução de casos concretos. A exegese determina o sentido aplicando as técnicas fixadas pela hermenêutica[26].



Avançando para o Século VI (época Clássica do direito romano), temos o célebre Código de Justiniano (*Corpus Juris Civilis*). O interessante aqui é que Justiniano proibiu textualmente, impondo enérgicas punições, qualquer interpretação de seu código (interpretar virou um negócio perigoso kkkk). Não foi o suficiente. A compilação justiniana logo recebeu diversos comentários que ganharam fama – e não poderia mesmo ser diferente: texto é pura linguagem, série de símbolos que precisam ser interpretados para terem algum sentido.

De toda sorte, a cultura da "não interpretação" se manteve (as penas cominadas por Justiniano talvez tenham amedrontado alguns intérpretes rsrsrs), ao ponto em que mesmo no século XII a *escola dos glosadores* ainda interpretava o texto apenas com recurso às

[26] "Como a lógica jurídica transcendental a hermenêutica compreende desde o estudo das fontes, como caracterização daquilo que é juridicamente normativo na comunidade, até os problemas da aplicação da norma jurídica, passando pela interpretação e integração" (COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis.* 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 177).

técnicas gramatical e lógica – limitavam-se a uma exegese analítica (desvendar sentidos era quase um ato de fé na lei), explicando os parágrafos do texto sem relacioná-los.

É só com a *escola dos comentadores* que a interpretação se liberta e, para dar solução aos casos concretos, passa a ser manejada a técnica sistemática, com base no conjunto das disposições do Código.

E aqui temos um *turning point* (reviravolta).

A partir do século XIX, a positivação de normas jurídicas se fixou como uma rotina do Estado. A lei escrita permitiu: (a) a transformação do direito em instrumento de gestão social (especialmente de transformação); (b) a expansão dos conteúdos regulados pelo direito positivo (avançando sobre áreas outrora deixadas de fora do campo jurídico); (c) o aumento progressivo dos instrumentos normativos (leis, decretos, regulamentos, portarias...); (d) a maior dinamicidade da regulamentação jurídica (pela facilidade de alteração da norma escrita).

Você consegue perceber, car@ leitor@, que antes dessa alteração de rumos o direito positivo tinha um campo de atuação muito menor (o espaço abarcado pela moral, pelos costumes, pelas relações contratuais... era bem mais extenso)? Havia muito menos lei (numericamente falando) e seus preceitos tinham maior durabilidade temporal (as normas consagravam preceitos construídos ao longo do tempo, com menor necessidade de alteração). Hoje, temos uma verdadeira **babel legislativa**.

O reflexo imediato desse novo contexto foi a **necessidade de uma hermenêutica jurídica mais sofisticada**, capaz de: (a) oferecer respostas a situações fáticas não descritas na norma jurídica (oriundas de uma sociedade progressivamente plural e em constante transformação); (b) desnudar o real sentido e alcance de normas jurídicas cada vez mais complexas, que demandam franco esforço interpretativo; (c) resolver conflitos pela norma jurídica com o mínimo de perturbação social possível.

3.2 ESPÉCIES DE INTERPRETAÇÃO

"Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial" (CC, art. 18). Ok! Mas o que é, exatamente, *propaganda*? Como delimitar o conceito de *comercial*? E se for uma entidade sem fins lucrativos? O artigo quer dizer que não é possível usar o nome Joãozinho em um comercial televisivo? Essas questões nada mais são do que problemas de interpretação.



INTERPRETAR é desvendar o sentido e o alcance das normas. É um trabalho árduo de tradução dos sentidos, justamente no momento crucial de transformar o texto em realidade, isto é, de aplicá-lo a homens de carne e osso e suas relações (vivificação e humanização da norma).



Como você pode imaginar, esse processo está longe de ser simples. Além dos naturais entraves que envolvem a definição de significados aos significantes linguísticos em meio às ideologias e aos jogos de poder que envolvem o direito, temos de lidar com o legislador e sua habilidade sem paralelo na utilização de termos vagos (campo de referência indefinido), imprecisos (não técnicos), ambíguos (campo referencial múltiplo).

Não é sem motivo que surge uma série de *modelos* de interpretação da lei, os quais são levados a cabo por diferentes *agentes* e com *resultados* diversos. *Simbora* ver cada uma delas.

3.2.1 QUANTO AO AGENTE

A intepretação das normas pode ser realizada por sujeitos vinculados ao estado (pública) ou mesmo por particulares (privada).

A primeira modalidade de interpretação pública é a **AUTÊNTICA**, que é aquela revelada pelo próprio legislador. Temos como exemplo o artigo 93 do Código Civil: "são pertenças os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro". Alguém tem alguma dúvida (teórica) sobre o que é pertença? Não né, pois a própria lei esclareceu seu sentido (interpretou)[27].





[27] Claro que, na prática, não é tão simples assim kkkk... é muito difícil, por exemplo, diferenciar pertença de benfeitoria.

(Ano: 2013 Banca: CESPE Órgão: DPE-TO Prova: Defensor Público) Assinale a opção correta com relação à interpretação do direito.

a) A interpretação autêntica é a que se realiza pelo próprio legislador.

b) Consoante o sistema da livre pesquisa, o direito só pode ser interpretado com base na lei.

c) A escola de interpretação da teoria pura do direito foi criada por Carlos Cossio do direito subjetivo.

d) A hermenêutica e a interpretação, conceitos sinônimos, consistem em revelar o sentido da norma jurídica.

e) Segundo a doutrina, toda norma jurídica se ampara em um texto legal que lhe é correspondente.

Comentários

ALTERNATIVA B = justamente o contrário: o sistema da livre pesquisa dá ampla margem de liberdade ao juiz, que pode até mesmo contrariar a lei na hora de decidir. Seu maior representante, **François Gény**, defende que a lei positiva muitas vezes não contém a solução para o caso concreto, sendo necessário fazer uso de fontes suplementares do direito, quais sejam: o costume, a autoridade e a tradição desenvolvidas pela jurisprudência e pela doutrina.

ALTERNATIVA C = que nada! Carlos Cossio é responsável pela teoria egológica do direito subjetivo. E falou em teoria pura do direito falou em Hans Kelsen.

ALTERNATIVA D = tecnicamente, não. A hermenêutica atua no plano teórico, formulando conceitos, ao passo que a interpretação atua no plano fático (solução de casos concretos). A interpretação determina o sentido das normas aplicando as técnicas fixadas pela hermenêutica.

ALTERNATIVA E = atualmente o conceito amplo de norma jurídica abarca até mesmo decisões judiciais (norma para o caso concreto). De toda forma, é um tanto açodado assentar que toda norma se ampara em texto legal quando hoje a teoria das fontes jurídicas se abre para as fontes sociais.

ALTERNATIVA A = resposta simples e rasteira! Quanto ao agente responsável, a interpretação pode ser autêntica, isto é, aquela promovida pelo próprio legislador.

A assertiva correta é a **A**.

Se você está pensando: a intepretação autêntica é definitiva, né? Resolve tudo! Afinal, é o próprio legislador dizendo *qualé que é*... Pois pode tirar o seu cavalinho da chuva. Claro que o modelo é válido – ao fazer isso, o legislador ajuda bastante (desde que seja feliz na escolha das palavras); mas lembre-se: a linguagem se mostra por símbolos... e símbolos precisam ser decodificados – nunca há certeza de que a mensagem transmitida será recebida com o exato sentido pretendido em sua elaboração. Por isso, mesmo a norma de intepretação autêntica passará por interpretação kkkk



Outra subespécie de interpretação pública é a **JUDICIAL** – evidentemente aquela provida pelos juízes e tribunais, formando o que vulgarmente se costuma chamar de jurisprudência (lembre-se que, do ponto de vista técnico, a jurisprudência só se forma por decisões judiciais reiteradas, constantes e pacíficas no mesmo sentido, em casos semelhantes). Todo magistrado é um intérprete necessário e permanente da lei.

Há ainda a interpretação pública **ADMINISTRATIVA**, promovida pelos integrantes do Poder Executivo (administração pública), a qual pode ser subdividida em *regulamentar*, via fonte do direito (resoluções, decretos, portarias); e *casuística*, caso a caso, resolvendo certa pendência administrativa.

Por fim, temos a interpretação privada, que é a realizada pelos jurisperitos, pela doutrina (direito científico), constando dos tratados, comentários, pareceres, palestras e prelações dos cultores do direito.



A interpretação privada (doutrinária) NÃO tem a mesma força da pública (a autêntica e a administrativa regulamentar são comandos obrigatórios e a jurisprudencial possui a autoridade da coisa julgada), depositando sua força na persuasão.

3.2.2 QUANTO À NATUREZA OU ELEMENTOS

Como referido *alhures* (que palavra bonita, eihn?), interpretar (encontrar o significado) das normas está longe de ser tarefa "mel na chupeta" (às vezes, está mais para achar agulha no palheiro). Veja o que Norberto Bobbio fala sobre a interpretação jurídica:

> "Baseia-se na relação entre dois termos, o signo e o significado do próprio signo, e assim, assume sombreamentos diversos, segundo os quais tende a gravitar para um ou para outro desses dois polos: a interpretação pode ser ligada principalmente ao signo enquanto tal e tender a fazê-lo prevalecer sobre a coisa significada; ou ainda pode ser mais sensível à coisa significada e tender a fazê-la prevalecer sobre o signo puro"[28].

Parece complicado, não? E é! Mas para auxiliar o intérprete, há técnicas ou processos interpretativos, meios de se chegar ao significado do significante (falei bonito!), quais sejam: gramatical, lógico, sistemático, histórico, sociológico, teleológico, axiológico (pelo menos, sem exclusão de outros que possam ser encontrados por aí).

[28] BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. Coleção elementos de Direito. Ed. Cone, 1996, p. 213.

ESQUEMATIZANDO

Os métodos interpretativos podem ser organizados conforme as três DIMENSÕES DA LINGUAGEM: (a) **sintática** (relação dos símbolos entre si): gramatical, lógico e sistemático; (b) **semântica** (relação dos símbolos com os objetos a que se referem): histórico e sociológico; (c) **pragmática** (relação dos símbolos com os usuários): teleológico e axiológico.

E diferentemente do que possa parecer, a norma não é um determinante unívoco, muito pelo contrário: cada norma é um campo delimitado de possibilidades (verdades, interpretações) e cabe à interpretação "escolher", dentre o espectro das verdades possíveis, aquela que prevalecerá.



As técnicas de intepretação, destarte, mostram-se necessárias porque o intérprete não pode simplesmente sair inventando que a norma diz A, B ou C – quer dizer, até pode (ao menos tentar), mas sobre si recai o ônus argumentativo. Os métodos de interpretação oferecem instrumentos técnicos de investigação do sentido e alcance da norma, bem como servem de mecanismo de convencimento dos destinatários (de que a intepretação apresentada é a correta).

Precisamos, agora, estudar com atenção redobrada cada uma dessas técnicas.



A primeira delas é a **GRAMATICAL**, também conhecida por literal, semântica ou filológica. Ela é o ponto de partida do processo interpretativo, sob a ótica (autoevidente) de que as palavras utilizadas para descrever a norma são importantes para que se obtenha seu significado correto, devendo o intérprete, ainda, atentar para as regras de pontuação e de conexão sintática.

Lembro-me de uma Promotora de Justiça que, em um júri, passou a afirmar que para que se reconhecesse o privilégio legal do homicídio privilegiado por relevante valor moral (o réu matou o crápula que havia matado seu filho), o agente teria de ter agido **logo após** a injusta provocação. Veja o dispositivo legal pertinente: "se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço" (CP, art. 121, § 1º). Perceba que marquei a vírgula de vermelho: o "logo em seguida a injusta provocação da vítima" refere-se apenas ao "domínio de violenta emoção", não ao relevante valor moral e social. Erro básico de interpretação gramatical cometido pela iminente (ou nem tanto) acusadora.

Além disso, como as palavras, normalmente, não possuem significado unívoco (único), o intérprete se vale da *onomasiologia*, em busca do aspecto *semasiológico*. *What*??? Como diria o Chapolin Colorado: "Não *priemos cânico*!" A **onomasiologia** é um ramo da lexicologia (estudo das palavras) que busca os significados a partir de um conceito existente na realidade (sentido comum). Já a **semasiologia** faz o caminho inverso: estuda os significados para deles abstrair os significantes (significado técnico, no caso do direito, normativo)[29]. Deu para entender? Temos aqui um sistema de vai e volta (pêndulo) entre o significado e o significante, de modo a compreender a relação existente entre eles e extrair os conceitos comum e técnico-normativo.



Você já se deparou com a máxima interpretatio cessat in claris (algo como: a norma clara não precisa de interpretação)? Pois bem. Isso não existe! Primeiro porque "clareza" é uma noção relativa (subjetiva: depende de quem lê) e segundo

[29] Para quem tiver interesse, tudo isso está nas obras do famoso linguista suíço Ferdinand de Saussure. Graças a Deus que cursei letras e estudei linguística – não há conhecimento inútil (inútil é quem não tem conhecimento rsrsrsrsrs).

porque o tempo altera sensivelmente os institutos e, por conseguinte, sua interpretação. A clareza é um valor que está sempre no passado (já foi!).

Há algumas regras que servem à boa interpretação do sentido das palavras:

a) ***unidade***: as palavras nunca devem ser interpretadas isoladamente, mas sempre em conjunto (como integrantes de um texto), sob pena de descontextualização (se quiser entender como isso funciona, pergunte a um jornalista... eles conhecem bem essa tal de manipulação).

b) ***prevalência da técnica***: o direito possui sua própria linguagem, de sorte que se a palavra tiver um significado técnico e outro comum, prevalece o primeiro. Tenho um exemplo bacana: ganhou repercussão nacional o caso do ejaculador de ônibus que foi solto em audiência de custódia em São Paulo. O juiz entendeu que não havia "constrangimento", interpretando o artigo 213 do Código Penal: "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso". A imprensa e os doutores de rede social passaram a massacrar o juiz (sem aqui ingressar no mérito da decisão, se foi boa ou ruim), perguntando: "quer dizer que ejacular em outrem, em público, não causa constrangimento?" Perceba que os "entendidos" manejaram o conceito comum (vulgar) da palavra, que dentro do texto jurídico possui um sentido técnico bem mais estrito. E assim caminha o mundo dos especialistas (em tudo) da internet...



Caso o legislador empregue uma linguagem comum (vulgar) e não técnica, a prevalência recai sobre o sentido comum do texto, de modo que a interpretação esteja de acordo com a *mens legis* (ou *legislatoris*) e adequada à realidade social. Imaginemos que o legislador edite a seguinte lei penal: "deixar de apoiar o companheiro em momentos difíceis. Pena: de 25 a 30 anos de reclusão". Sabemos que para o direito "companheiro" é a figura do consorte (ou com azar, a depender) na união estável. Mas ao estudar melhor a lei hipotética, verificamos que foi proposta e aprovada especialmente por parlamentares de certo partido político que costuma chamar os colegas de companheiros... sem ingressar na validade da norma, é certo que sua interpretação deve se pautar pelo termo comum: camarada, amigo, associado, colega, condiscípulo, correligionário, parceiro, partidário, desgarrando-se do termo técnico (relação equiparada ao casamento pela Constituição).



(2015/FCC/TJAL/Juiz) Os termos que obtiveram na linguagem jurídica um significado específico, como, por exemplo, contrato, crédito, impugnabilidade, nulidade de um negócio jurídico, herança, legado, são usados

nas leis, na maioria das vezes, com este significado especial. Deste modo, eliminam-se inúmeras variantes de significado do uso linguístico geral e o círculo dos possíveis significados, adentro do qual se há- se proceder à seleção com base noutros critérios, estreita-se em grande medida. Com o esclarecimento do uso linguístico jurídico preciso, a interpretação pode, em certas ocasiões, chegar ao seu termo, a saber, quando nada indicie no sentido de que a lei se desviou, precisamente nesta passagem, daquele uso. (LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Tradução de José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian 2. ed. Lisboa, 1989. p. 386)

Esse texto corresponde

a) à interpretação lógica da lei.

b) aos usos e costumes como fonte interpretativa do direito.

c) à interpretação literal da lei.

d) à analogia.

e) à interpretação sistemática da lei.

Comentários

Prevalência da técnica. É o que acabamos de falar. Assim fica fácil fazer prova, não é?! A alternativa correta é a **C**.

c) ***prevalência do sentido lógico***: entre um sentido lógico e outro puramente gramatical, prevalece o primeiro. Veja, e isso é importante, que a interpretação gramatical não representa que o sentido extraído será sempre o estritamente literal. É preciso verificar o contexto, extraindo o sentido dentro de uma lógica textual.

d) ***reconstrução***: acaso sejam utilizados termos impróprios ou imprecisos, para manter o sentido adequado à regulamentação da relação jurídica pretendida, o intérprete deve reconstruir o preceito. Na prática, foi o que o STF fez com o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal: reconheceu a lacuna ontológica (ausência de adequação entre texto e realidade social) e, para manter vivo o dispositivo normativo, reconstruiu seu sentido. Confira:



"Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento", de modo a "excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar" (ADI 4277 e ADPF 132).



Na obra instigadora de Lon L. Fuller, "**O caso dos exploradores de caverna**", um dos personagens critica as altas vozes que protestam, acusando de usurpação, toda vez que um tribunal, depois de analisar o propósito de uma lei, dá às palavras frias do texto um significado não imediatamente perceptível ao leitor apressado. A linha de raciocínio é explicada com um exemplo prático elucidativo: ninguém deseja um empregado incapaz de ler as entrelinhas. Quando um patrão requisita que a serviçal solte tudo e venha correndo, não tem em mente que a trabalhadora, naquele exato momento, esteja salvando uma criança prestes a afogar-se na piscina. Certamente, a população tem o direito de esperar a mesma pequena de inteligência por parte do juiz. Não se trata de infidelidade à lei, mas sim de se distinguir fidelidade inteligente e fidelidade não inteligente.

A segunda técnica é a **LÓGICA** (ou racional), a qual busca extrair o significado da norma dentro de contextos (pressupõe que a interconexão entre sentidos, partes do todo, é importante para a obtenção do correto significado), o que se faz mediante três possíveis processos:

1) ***lógico-analítico***: busca o real sentido (a verdade) das proposições por meio de afirmação e negação (relação de identidade ou não), combinando dois ou mais juízos para criar um silogismo. Para descomplicar, realiza-se a decomposição do contexto em partes mais simples, que são mais facilmente explicadas ou solucionadas e, uma vez entendidas, tornam possível o entendimento do todo.

Tomemos um exemplo, no furto, "a pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno" (CP, art. 155, § 1º). Vamos decompor as partes em silogismo: (A) se noturno + (B) se repouso = (C) pena aumentada. Sete horas da noite está escuro? Provavelmente, sim! Ok. Mas em São Paulo, as pessoas estão em suas casas, em repouso (dormindo, com vigilância reduzida)? A rigor não! E em Caibi (pequeninníssima cidade no interior de Santa Catarina)? Possivelmente sim! Então, o furto cometido às 7h da noite em Caibi deve receber aumento de pena, mas em são Paulo, não. Essa é a jurisprudência majoritária. Interpretação lógico-analítica com base na veracidade (identidade ou afirmação) das premissas.



As decisões judiciais, em geral, são tomadas em juízo deliberativo, por meio de uma operação dedutiva (do universal para o particular, do todo para a parte), isto é, de um silogismo: premissa maior (*norma agendi* – fonte formal), premissa menor (*facultas agendi* – fatos) e conclusão (concreção ou subsunção). E não se engane achando que a interpretação se dá somente na premissa maior, pois também ocorre na premissa menor. Ilustrando: pelo teor da lei, apenas os empresários podem ter sua falência decretada (premissa maior); José tem um consultório odontológico junto com outros dois amigos dentistas; ele é empresário (premissa menor)? Como devemos aqui interpretar o conceito de elemento de empresa em relação aos fatos (CC, art.

966, parágrafo único)? A resposta é fundamental para que possamos solucionar o caso (se gosta de Direito de Empresa, pesquise sobre o assunto). Bacana, não?



Normalmente a premissa maior é formada por um **juízo de verdade** (pressuposto). A premissa menor é uma **assertiva** e a conclusão é a extensão do dado formulado na premissa menor. Se uma das duas premissas for falsa, a conclusão será falsa.

E essa é a maior crítica ao silogismo. Por que devemos aceitar as premissas? A premissa maior pode ser construída ideologicamente (sem raiz racional) e sua natureza dogmática afasta o debate. Sem experimentação das premissas, a conclusão será sempre questionável.



O jurista norte-americano Oliver Wendell Holmes questiona o modelo lógico-formal, referindo a vida do direito menos como lógica e mais como experiência. As circunstâncias de cada época e local importam mais do que um silogismo.

Ricaséns Siches pega sua prancha e surfa nessa onda, pretendendo substituir a lógica formal pela **LÓGICA DO RAZOÁVEL**, ao argumento de que as leis formais do pensamento são inadequadas para resolver problemas humanos práticos, como os políticos e jurídicos. A atividade do intérprete, do juiz, não admite *simplismos* e *automatismos*. Considerar "norma, fato e decisão" como elementos condutores da solução de um problema social é tentar transformar um conjunto de fatores extremamente complexos em uma caricatura simplificada.

Cabe ao juiz, nessa linha de pensamentos, avaliar com parcimônia múltiplos fatores – desde os fatos, as influências sociais, as circunstâncias de tempo e de espaço, as provas e ainda as normas a serem aplicadas. Não interessa interessar apenas a melhor interpretação genérica da lei; é preciso encontrar a **melhor interpretação para o caso concreto**.



A lógica do razoável entende que a razão é impregnada de pontos de vista estimativos, de critérios de valoração, de pautas axiológicas, o que traz consigo toda uma carga de ensinamentos colhidos da experiência própria do intérprete. Por isso, **a única regra que se pode formular, com universal validade**, é a de que o juiz sempre deve interpretar a lei de modo e segundo o método que o leve à solução mais justa dentre todas as possíveis.

A flexibilidade proposta por Siches é tamanha que ele rechaça até mesmo os métodos de interpretação eventualmente indicados pelo intérprete autêntico (o legislador), entrando em conflito com as ideias de Alessandro Gropalli. Confira:

ALESSANDRO GROPALLI = "as normas de interpretação da lei, mais do que simples critérios dirigidos ao prudente arbítrio dos magistrados, representam verdadeiras normas jurídicas, que, por isso, *vinculam a sua atividade lógica e vontade*, indicando-lhes os meios a adotar e os fins a conseguir".

RECASÉNS SICHES = ao legislador cabe emitir mandamentos, proibições, permissões, mas NÃO lhe compete o pronunciamento sobre matéria estranha à legislação e referente apenas à função jurisdicional. Quando o legislador ordena um método de interpretação, quando invade o campo hermenêutico, esses ensaios científicos colocam-se no mesmo plano das opiniões de qualquer teórico e NÃO têm força de mando.



(Ano: 2013 Banca: CESPE Órgão: DPE-TO Prova: Defensor Público) De acordo com o método de interpretação jurídica desenvolvido por Recaséns Siches, o processo de investigação dos fatos, na ordem jurídica vigente, assegura maior satisfação e legitimidade na solução e na interpretação jurídica. Segundo a jurisprudência, a melhor interpretação do direito não se subordina servilmente ao texto legal nem se vale de raciocínios artificiais para enquadrar friamente os fatos em conceitos prefixados, mas se direciona para a solução justa. Essas definições correspondem ao método de interpretação jurídica denominado

a) lógico-dedutivo.

b) hipotético-condicional.

c) lógica do razoável.

d) modo final de aplicação.

e) conflito normativo.

Comentários

ALTERNATIVA A = o método lógico-dedutivo parte do universal para o particular (silogismo). Siches busca superar essa metodologia clássica.

ALTERNATIVA B = o silogismo hipotético condicional é a falácia da negação do antecedente (*modus tollens*) e comete-se quando se nega o antecedente no lugar de se negar o consequente. Exemplo: Se Deus existe, a vida faz sentido. Ora, Deus não existe. Logo, a vida não faz sentido.

ALTERNATIVA D = sabe lá Deus o que isso tem a ver com Siches.

ALTERNATIVA E = nada a ver! O conflito normativo (antinomia) se resolve pela cronologia, especialidade ou hierarquia. Em caso de conflito real de princípios poderá haver ponderação e no conflito real de regras interpretação ab-rogante.

ALTERNATIVA C = a lógica do razoável é uma forma de interpretação que procura evitar a quebra dos valores defendidos pelo Direito. Busca-se o justo e o razoável levando em consideração as características sociais, econômicas e legais do problema posto em discussão. Assim, poderá evitar eventuais resultados injustos do texto legal.

A assertiva correta é a **C**.

2) ***lógico-sistemático***: confrontação do texto interpretado com outros (inclusão de elemento estranho), de modo a estabelecer uma relação (sistemática). Perceba que é comum nas decisões judiciais a comparação das normas aplicadas com outras disposições que tenham afinidade de princípio, mas que por alguma razão não são aplicáveis. Tomo a liberdade de citar mais um trecho de decisão de minha lavra:

> *"Este Juízo tem entendimento de que, na espécie, tem-se contrato coletivo (grupo sem vínculo, via associação comercial e empresarial), e não de contrato individual ou familiar ou mesmo derivado de vínculo empregatício, de modo que a ele não se aplicam as regras do artigo 30 e parágrafos da Lei 9.656/98, que dispõe que os dependentes têm assegurado, em caso de morte do titular, o direito de permanência no respectivo plano (ilimitadamente ou por prazo de até 24 meses). Assim,* ***a Súmula Normativa nº 13 da ANS é inaplicável ao caso em testilha****, tendo em vista que tal norma infralegal, assim como as respectivas resoluções, disciplinam a contratação de planos individuais ou familiares. Conforme a jurisprudência: 'o contrato em exame é de seguro* ***coletivo*** *de saúde, e não de contrato individual, ou familiar, regidos por regras radicalmente distintas. Não há fundamento jurídico para se pretender seja a ré compelida a manter a autora, indefinidamente, como segurada de seguro saúde coletivo, após o encerramento do vínculo em razão da morte de associado' (TJSP, AC nº 4001973-35.2013.8.26.0011, Rel. Des. Mary Grün, 7ª Câmara de Direito Privado, j. 23/07/2014)".*

3) ***lógico-jurídico***: a preocupação aqui é com a *ratio legis* (razão da norma), a *occasio legis* (momento histórico que determinou a criação da norma) e a *vis* (virtude da norma). Trata-se de uma análise material (de conteúdo) da norma, em contraste com as análises meramente formais – invade o campo de outras técnicas, como a teleológica, histórica e sociológica.



Há autores que abordam o método lógico de maneira bem mais simplificada, tendo por base a conexão existente entre as expressões dentro de um texto. Para eles, o método serve mais a **identificar inconsistências**: quando em um texto há a utilização do mesmo termo com sentidos diversos, temos um problema lógico (a lógica seria que o mesmo termo apresentasse sempre o mesmo sentido – *princípio da identidade* "A = A"). A solução para essas inconsistências pode vir, por exemplo, por considerar uma das expressões como geral e a outra como exceção.

A terceira técnica é a **HISTÓRICA**, que se pauta pela verificação dos antecedentes históricos da norma e pelo sentido que possuía ao tempo de sua elaboração.



A interpretação história se subdivide em: (a) *remota*: busca reconstituir o significado original da norma ao tempo de sua criação – analisa os dados sociológicos, filosóficos, éticos, religiosos, políticos imperantes no momento em que que a norma surgiu para o direito, com objetivo de encontrar a *mens legis* (o que está na mente da lei); e (b) *próxima*: analisa as circunstâncias que precederam à elaboração da lei, como os projetos de lei e anteprojetos que deram ensejo à norma, a argumentação dos debatedores...

JURISPRUDÊNCIA

"O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução **histórica**, jamais autorizou – como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite – o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal" (STF, ADI 466, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03/04/1991).

PRESTE MAIS ATENÇÃO!!

Para os autores da escola **histórico-evolutiva**, a técnica sociológica se alinha à histórica, de modo que devem ser avaliadas tanto as questões sociais da época da produção da lei (histórica) quanto as **atuais** (sociológica). Logo, é técnica *evolutiva* porque se preocupa com todas as condicionantes advindas da evolução no tempo, as quais impactam na interpretação da lei. Há outros autores que tratam a interpretação sociológica como modelo hermenêutico autônomo.

QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

(Ano: 2017 Banca: CESPE Órgão: PGE-SE Prova: Procurador do Estado) A adaptação de lei, por um intérprete, às exigências atuais e concretas da sociedade configura interpretação

a) histórica.

b) sistemática.

c) sociológica.

d) analógica.

e) autêntica

Comentários

Falou interpretação da lei com base nas condicionantes sociais atuais falou em interpretação sociológica! Se não estivesse a tétnica sociológica entre as alternativas, o modelo poderia ser o histórico (evolutivo). Como a sociológica estava entre as respostas possíveis, deve ser preferida (doutrina que a considera como técnica autônoma).

Está CORRETA a assertiva **C**.

A quarta técnica é a **SISTEMÁTICA**, que perpassa o ordenamento jurídico como um todo, buscando posicionar e integrar a norma dentro do sistema jurídico que compõe – analisa o entrelaçamento das normas no interior da estrutura do sistema jurídico (**o sentido de uma norma não está apenas nos seus próprios termos, mas também na sua relação com outras normas do ordenamento**) – o ordenamento NÃO é um aglomerado de normas amontoadas aleatoriamente, mas um organismo jurídico que deve ser tomado em sua unidade.



O crime de bigamia ("contrair alguém, sendo casado, novo casamento" - CP, art. 235), por exemplo, só pode ser aplicado após análise do que é um casamento (matéria regulada pela legislação civil).

FIQUE ATENTO porque alguns autores posicionam a técnica sistemática dentro da lógica (abarcada pelo método lógico-sistemático).

JURISPRUDÊNCIA

"Configura constrangimento ilegal a continuidade da persecução penal militar por fato já julgado pelo Juizado Especial de Pequenas Causas, com decisão penal definitiva. A decisão que declarou extinta a punibilidade

em favor do paciente, ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos. A adoção do princípio do *ne bis in idem* pelo ordenamento jurídico penal, complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja **interpretação sistemática** leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar" (STF, HC 86.606, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 22/05/2007).

Por fim, a quinta técnica é a **TELEOLÓGICA**, que concentra suas preocupações no fim a que a norma se dirige. O direito não é mera técnica (a técnica é suporte: ajuda a melhorar os métodos da ciência jurídica), mas meio para um fim (justiça). Toda e qualquer lei visa a uma finalidade social, lembrando que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum" (LINDB, art. 5º).

JURISPRUDÊNCIA

"Registro de candidatura ao Cargo de Prefeito. Eleições de 2004. Art. 14, § 7o da CF. Candidato separado de fato da filha do então prefeito. Sentença de divórcio proferida no curso do mandato do ex-sogro. Reconhecimento judicial da separação de fato antes do período vedado. **Interpretação teleológica** da regra de inelegibilidade. A regra estabelecida no art. 14, § 7o da CF, iluminada pelos mais basilares princípios republicanos, visa obstar o monopólio do poder político por grupos hegemônicos ligados por laços familiares. Precedente. Havendo a sentença e reconhecida a ocorrência da separação de fato em momento anterior ao início do mandato do ex-sogro do recorrente, não há de se falar em perenização no poder da mesma família" (STF, RE 446.999, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 28/06/2005).

QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

(Ano: 2015 Banca: CESPE Órgão: TRF - 5ª REGIÃO Prova: Juiz Federal Substituto) Se, ao interpretar a lei, o magistrado concluir que a impenhorabilidade do bem de família deve resguardar o sentido amplo da entidade familiar, abrangendo, além dos imóveis do casal, também os imóveis pertencentes a pessoas solteiras, separadas e viúvas, ainda que estas não estejam citadas expressamente no texto legal, essa interpretação, no que se refere aos meios de interpretação, será classificada como

a) sistemática.

b) histórica.

c) jurisprudencial.

d) teleológica.

e) lógica.

Comentários

O magistrado buscou o *telos* (a finalidade) da norma para verificar qual é a proteção que se buscou com edição da regra. Na espécie, ao que refere a doutrina, é a constituição de um patrimônio mínimo do cidadão (famigerada dignidade da pessoa humana). Logo, a interpretação ao caso é a teleológica.

A assertiva correta é a **D**.



O fundamento racional da norma (*ratio legis*) pode sofrer alteração ao longo do tempo. A finalidade da norma NÃO é perene (eterna e imutável), ou seja, pode evoluir sem modificação do texto, inclusive perdendo a razão de existir. Vejamos. O artigo 649, inciso X, do CPC/1973, com redação repetida pelo CPC/2015 (artigo 833, X) considera impenhoráveis os valores depositados em caderneta de poupança, até o limite de 40 salários-mínimos (teoria do patrimônio *mínimo*). Há muitos juízes que questionam a proteção absoluta ainda dada pela lei ao devedor. Você está se perguntando por quê? Ora, não é só banco que cobra dívidas – às vezes é o mercadinho da esquina ou mesmo o Seu Zé, que emprestou parte do seu *salário* para o João, que estava em dificuldades à época. E então, após se recuperar, João pode até mesmo poupar (colocar a sobra na poupança), enquanto Seu Zé fica sem receber? Mas não é só! Aí vem a ironia: essa corrente jurisprudencial (ainda minoritária) aponta que o principal interessado na manutenção da impenhorabilidade são justamente os... BANCOS! Eles é que procuram proteger as poupanças (capital de giro para o sistema financeiro). Incrível, né? O direito nos possibilita essas discussões imprevisíveis...

Há quem entenda que, em conjunto com a intepretação teleológica (ou paralelamente), temos as técnicas **sociológica** (cujos olhos recaem sobre as condicionantes sociais que envolvem a lei) e **axiológica** (que considera os valores presentes na sociedade e busca *neutralizar* os valores da lei).



Na verdade, é fácil, mas se não nos atentarmos escorregamos rapidinho na casca de banana: qual a DISTINÇÃO entre interpretação **histórica** e **sociológica**? Na interpretação *histórica* o sentido é buscado na situação social existente à época em que a norma foi editada; na interpretação *sociológica* o sentido da norma é esclarecido levando em consideração a situação social ATUAL (ao tempo da interpretação).

"Mas que negócio é esse de neutralização dos valores da lei? Jean, NÃO entendi nada dessa técnica axiológica!" É elementar, meu caro Watson. As palavras possuem e acumulam alta

carga emotiva com o passar do tempo. Tem gente que ao falar em "dignidade da pessoa humana" (embora eu nunca tenha visto pessoa cachorro) já enche os olhos de lágrimas. Como se sabe, esse tipo de expressão, altamente vaga e ambígua, possui forte significado valorativo, permitindo (senão favorecendo) a manipulação arbitrária de seu alcance e sentido. Uma das facetas da interpretação axiológica é limitar essas valorações, isto é, neutralizar o significado valorativo.

E como fazer isso? A interpretação axiológica está em conjunto com a teleológica (ou abarcada por ela) porque só é possível controlar valorações arbitrárias ao encontrar o propósito das normas[30]. O intérprete deve partir da ideia de que todas as normas possuem um fim (*telos*), o qual deve ser descoberto para se evitar que a valoração importe em desvirtuamento da finalidade normativa.

É claro que seria ingenuidade acreditar que cada norma tenha uma finalidade única, social e de fácil apreensão. Há fins fora e dentro do texto normativo; fins mais próximos e mais remotos; fins mais e menos elevados. O conceito de fim também é elástico, vago e ambíguo – valorativo. De toda forma, cabe ao intérprete buscar a equivalência entre os fins da norma e os valores presentes na sociedade, de modo a permitir a melhor aplicação da norma jurídica.

Se o legislador, em seu mister, deve buscar, na consciência ética, as medidas do justo, o mesmo deve fazer o intérprete. A definição do "o que cabe a cada um" é tarefa que exige sensibilidade ética, ainda mais quando, diferentemente do que ocorre nas ciências naturais, nas sociais não há métodos de comprovação, grandezas quantificáveis, mas apenas interpretações do justo – daí a afirmação de que *toda lei contém uma parcela de injustiça*[31].

Há um exemplo interessante de como opera essa relação entre os valores sociais, os valores da lei (a serem eventualmente neutralizados) e a característica (já citada) de essas variáveis se alterarem no decorrer do tempo. Refiro-me à legítima defesa, instituto (excludente de ilicitude penal) que há até poucas décadas englobava e admitia a defesa da **honra**. Assim, o marido traído podia partir para a violência para defender (vingar?) sua honra ferida. Hoje a mesma conduta dará ensejo a crime (homicídio ou lesão corporal), com a mera possibilidade de redução de pena pela violenta emoção (CP, arts. 121, § 1º e 129, § 4º). Não dá mais nem para fazer duelo com armas de fogo...

[30] Os autores das teorias críticas defendem que a ideologização do direito não significa arbitrariedade, ao contrário: a ideologia instala mecanismos que combatem arbitrariedades. Antonio Carlos Wolkmer (emérito professor da UFSC), assenta que "o direito é uma projeção normativa que instrumentaliza os princípios ideológicos (certeza, segurança, completude) e as formas de controle do poder de um determinado grupo social" (*Ideologia, estado e direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 154).
[31] NADER. Idem, p. 19.



NÃO CONFUNDA!

LACUNA	INTERPRETAÇÃO
Ideológica ou **axiológica**: falta de norma jurídica satisfatória ou justa, isto é, adequada à solução do caso concreto.	**Teleológica** ou **axiológica**: busca interpretar a lei por sua finalidade, se for o caso neutralizando os valores da lei com base nos valores sociais.

Uma crítica normalmente feita às interpretações teleológica e axiológica é que o intérprete passa a erigir o próprio sentido da norma – para alguns o aplicador da lei (que esclarece seu sentido) deixa de existir, dando lugar ao intérprete que **constrói o conteúdo normativo**. Essa metodologia subverteria as demais técnicas (gramatical, lógica, sistemática e até mesmo a histórica), dando carta branca (ampla liberdade) ao intérprete para buscar os "fins sociais" da norma (questão bastante subjetiva). Em que pese a importância desses métodos (que não pode ser ignorada), a advertência é válida... é preciso ficar atento (vide item 3.8).

Por derradeiro, qual dos métodos devo usar? Todos? Alguns? Escolho? Há ordem de prevalência? O tema é polêmico (novidade, né?). **Savigny** defende que as técnicas sejam

aplicadas conjuntamente. **Enneccerus** prega a existência de uma ordem, na sequência: gramatical, lógico-sistemática, histórico-evolutiva e, então, teleológica. **Kelsen** defende a prevalência da técnica sistemática, ao passo que para **Heck** prevalece a teleológica. Avaliando todo esse contexto, **Zweigert** assenta que o problema da hermenêutica está justamente na falta de hierarquização segura.

Na prática, o método escolhido tem muito a ver com a posição ideológica do intérprete e com o que ele busca extrair da norma. Para mais informações, consulte item 3.8 😊

QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

(2015 OAB XVII) Hans Kelsen, ao abordar o tema da interpretação jurídica no seu livro Teoria Pura do Direito, fala em ato de vontade e ato de conhecimento. Em relação à aplicação do Direito por um órgão jurídico, assinale a afirmativa correta da interpretação.

a) Prevalece como ato de conhecimento, pois o Direito é atividade científica e, assim, capaz de prover precisão técnica no âmbito de sua aplicação por agentes competentes.

b) Predomina como puro ato de conhecimento, em que o agente escolhe, conforme seu arbítrio, qualquer norma que entenda como válida e capaz de regular o caso concreto.

c) A interpretação cognoscitiva combina-se a um ato de vontade em que o órgão aplicador efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas por meio da mesma interpretação cognoscitiva.

d) A interpretação gramatical prevalece como sendo a única capaz de revelar o conhecimento apropriado da mens legis.

Comentários

ALTERNATIVA A = mesmo a técnica mais apurada não é capaz de revelar uma resposta totalmente precisa.

ALTERNATIVA B = puro ato de conhecimento? Claro que não! Aí seria arbítrio, discricionariedade... e não é assim. A norma e o ordenamento delimitam as possibilidades.

ALTERNATIVA D = negativo! Kelsen compreende a importância de se ajustar o Direito ao caso concreto e para isso reconhece outros métodos de interpretação, como o sistemático (interpretação conforme o ordenamento como um todo).

ALTERNATIVA C = é certo que a aplicação do direito é um ato racional, mas não deixa de ter uma pitada de vontade do julgador (entre as soluções/interpretações possíveis permitidas pela norma). A norma é um quadrante de possibilidades de interpretação para a resolução de um mesmo conflito.

Logo, a assertiva **C** está **correta**.

3.2.3 QUANTO AO RESULTADO

A interpretação segundo o resultado, que é o mesmo que quanto aos efeitos da norma ou a extensão de seu preceito (até onde alcança o tipo), pode se dar de maneira *extensiva*,

declaratória ou *restritiva*, havendo autores que citam ainda as intepretações *modificativa* e *ab-rogante*.

a) **extensiva**: ocorre quando é necessário um aumento da abrangência (conteúdo) da norma interpretada, com a aplicação a situação prevista *implicitamente*, mas não de forma expressa – gramaticalmente, o legislador disse menos do que gostaria, de modo que o alcance da lei tem de ser maior do que indicam seus termos. Quer um exemplo? Há o crime de "*sequestro* ou *cárcere privado*" (CP, art. 148), mas há apenas "extorsão mediante sequestro" (CP, art. 158). E se for extorsão mediante *cárcere privado*? Faça-se interpretação extensiva!

b) **declaratória**: na interpretação constatativa ou especificadora, a letra da lei corresponde exatamente ao que o legislador quis dizer. Há correspondência harmônica entre o que o texto diz expressamente e o alcance pretendido por seu sentido. Exemplo: "os bens públicos não estão sujeitos a usucapião" (CC, art. 102) – não precisar dizer mais nada!

c) **restritiva**: o legislador disse mais do que gostaria. Assim, reduz-se o alcance das palavras para que corresponda à vontade do texto. O artigo 28, inciso I, do Código Penal preceitua que a emoção e a paixão não excluem crime. Mas e no caso de a emoção ou paixão ser arrebatadora (biopsicologicamente: doença + incapacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento) a ponto de causar inimputabilidade[32]? É preciso limitar a incidência da norma para evitar que produza efeitos danosos ou injustos.

d) **modificativa**: aqui também ocorre uma extensão do alcance da norma, mas em vista de situações não conhecidas ou previstas pelo legislador. Há duas subespécies: (1) *atualizadora*: por vezes haverá a necessidade de atualizar a norma diante de uma nova realidade que não foi prevista pelo legislador, quando da edição da norma (exemplo: artigo 1.723 do Código Civil – união estável só entre homem e mulher?); (2) *corretiva*: no caso de antinomias, a fim de evitar a exclusão de uma norma, seu sentido é alterado, compatibilizando-a no ordenamento jurídico (exemplo: artigo 7º, inciso VI, da Lei nº 8.906/94 – EOAB).



ACESSO DE ADVOGADOS AO RECINTO DO CARTÓRIO [...]. As leis e demais normas de direito devem ser interpretadas com razoabilidade, segundo a sua facilmente compreensível intenção e não conforme sua literalidade. Quanto à parte interna, reservada, dos cartórios, além dos balcões, onde trabalham os escreventes, justifica-se a restrição, para evitar um certo tumulto e indireto

[32] Há uma psicose chamada Erotomania, também conhecida como síndrome de Clérambault, na qual o doente tem a convicção delirante de que uma pessoa, geralmente de uma classe social mais elevada ou pessoa pública, está secretamente apaixonada por ela, o que muitas vezes termina em tragédia. Ficou curioso(a)? Assista ao filme francês "Bem me quer, mal me quer" (2002) – é chato, mas elucidativo.

favorecimento daqueles advogados que gozam de maior simpatia e amizade junto aos serventuários, como bem frisou o acórdão. Levada às últimas consequências a pretensão da OAB, na hermenêutica da Lei 4.215/63, o escrivão e o juiz não poderiam nem mesmo ter um gabinete reservado, pois ao mesmo teriam acesso livre todos os advogados, sem prévia licença, mesmo sem qualquer interesse específico de defesa de direitos de um cliente. Basta, ao advogado, o livre direito de consulta dos autos junto ao balcão, ou, se necessário, a seu critério, a retirada dos mesmos para melhor exame, nas dependências para isso existentes do edifício do Fórum" (STF, RE 110.036-2-SP, Relator: Ministro Rafael Mayer, publicação DJ 13.02.87). No mesmo sentido: STJ, RMS nº 5728/MG. A matéria vire e mexe acaba sendo revolvida. Em 2014 foi a vez do CNJ repisar o já decidido pelo STJ e pelo STF (autos nº 0004336-23.2013.2.00.0000). Os advogados não se cansam 🤣



A interpretação extensiva supre defeitos lógicos do texto normativo, que se mostra tímido demais (diz menos do que deveria). Já a interpretação modificativa realiza verdadeira adaptação (alteração) com vistas a atualizar ou corrigir a norma.

e) **ab-rogante**: incide quando simplesmente não se consegue entender com clareza mínima as hipóteses que se pretende regular pela norma e de que maneira (o que a norma quis dizer). Outra possível aplicação é nos casos em que houver contradição insanável entre disposições normativas, havendo-se de se eliminar uma das regras e aplicar a outra (ab-rogação simples), ou eliminar as duas e aplicar uma terceira (dupla ab-rogação).



Nos casos em que for possível a interpretação modificativa, com a manutenção de ambas as normas mediante conciliação, o intérprete deve se abster de fazer interpretação ab-rogante. Não havendo tal possibilidade, entre normas de hierarquia distinta deve permanecer a superior (a inferior perecerá no holocausto interpretativo); a norma principal sobrepuja a acessória; a cogente subjuga a dispositiva; a posterior prevalece sobre a anterior.



"A chamada 'interpretação ab-rogante', (é aquela) pela qual ou o intérprete elimina uma das normas contraditórias (ab-rogação simples) ou elimina as duas

normas contrárias (ab-rogação dupla). Dessas três soluções, a que deve ser preferida - só sendo afastável quando de forma alguma possa ser utilizada - é a interpretação corretiva, que conserva ambas as normas incompatíveis por meio de interpretação que se ajuste ao espírito da lei e que corrija a incompatibilidade, eliminando-a pela introdução de leve ou de parcial modificação no texto da lei" (STF, HC nº 68.793, Rel. Min. Moreira Alves, j. 10/03/1992).



Em 1990 entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente e fez a proeza de incluir um parágrafo único no artigo 213 do Código Penal a impor ao estupro de menores de 14 anos a pena de **4 a 10 anos**. Só que a Lei dos Crimes Hediondos veio a lume dias depois e estabeleceu a pena de **6 a 10 anos** para o estupro com vítima adulta. Você entendeu, car@ amig@? A pena do estupro de vulnerável ficou menor que a de adultos. Inacreditável, não? Só em 1996 é que o dispositivo bizarro foi revogado do Código Penal, mas o artigo 213, parágrafo único, ainda está lá no ECA, como prova do selo "legislador brasileiro de qualidade"! O fato é que, desde logo, seria o caso de proceder à interpretação teleológica (a pretensão da reforma foi de aumentar a pena), axiológica (diante de injustiça patente) e ab-rogante (necessidade de afastar a norma incompatível), não? Em tese, sim. Mas fala isso para os defensores do garantismo hiperbólico monocular...

Para fecharmos o tema com chave de ouro, saliento a importância de se manter em mente uma classificação bem delineada (do que foi abordado). Tente memorizar o quadro abaixo.

ESQUEMATIZANDO

Quanto ao AGENTE	Quanto à NATUREZA	Quanto ao RESULTADO
Autêntica ou Legislativa Jurisprudencial Doutrinária	Gramatical ou Literal Lógica ou Racional Sistemática Histórica Teleológica Axiológica	Ampliativa ou Extensiva Declarativa Restritiva ou Limitadora

3.3 EQUIDADE

Equidade é a "disposição de reconhecer igualmente o direito de cada um"[33], é a justiça no caso concreto. "*Ok, Jean, nós já fizemos isso todos os dias ao aplicar a lei, não?*" É, fizemos. Mas veja o que Aristóteles tem a falar sobre a equidade: é uma mitigação da lei escrita por circunstâncias que ocorrem em relação às pessoas, às coisas, ao lugar ou tempos.

A equidade é o modo de julgamento que, por vezes, descola-se da própria lei para garantir a justiça no caso concreto.

QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

(2013/TJSP/Prova Oral/Juiz) O que é a régua de Lesbos?

Tratava-se de uma régua especial por ser feita de metal flexível, que podia se ajustar às irregularidades do objeto medida. Foi empregada por Aristóteles para explicar a função da equidade em seu ensaio sobre a justiça: "flexível como a régua de Lesbos, a equidade não mede apenas aquilo que é normal, mas também as variações e curvaturas inevitáveis da experiência humana".

Comentários

Conforme explica Limongi França, "é conhecida a metáfora de Aristóteles utilizada para diferençar a justiça da equidade. Dizia o filósofo que a primeira corresponderia a uma régua rígida, ao passo que a outra se assemelharia a uma régua maleável, capaz de se adaptar às anfractuosidades do campo a ser medido. Sem quebrar a régua (que em latim é *regula, ae*, do mesmo modo que regra), o magistrado, ao medir a igualdade dos casos concretos, vê-se por vezes na contingência de adaptá-las aos pormenores não previstos e, não raro, imprevisíveis pela lei, sob pena de perpetrar uma verdadeira injustiça e, assim, contradizer a própria finalidade intrínseca das normas legais"[34]

(Ano: 2012 Banca: CESPE Órgão: DPE-RO Prova: Defensor Público) Com relação ao conceito de direito e de equidade, assinale a opção correta.

a) Equidade pode ser definida como o conjunto de princípios que, atribuídos a Deus, à razão, ou havidos como decorrentes da natureza das coisas, independem de convenção ou legislação, e que seriam determinantes, informativos ou condicionantes das leis positivas.

b) Define-se equidade como a autorização, dada pelo direito objetivo, de fazer ou ter o que não pode ser impedido ou tirado, sem violação da norma jurídica.

[33] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário da Língua Portuguesa.
[34] FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1988, p, 71.

c) O direito, definido como conjunto de princípios imanentes, constitui a substância jurídica da humanidade, segundo a sua natureza e o seu fim; tais princípios, imutáveis em essência, se adaptam à realidade histórica e geográfica.

d) Segundo Dante, o direito representa uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade, e, corrompida, corrompe-a.

e) O direito pode ser definido como a justa aplicação da norma jurídica geral ao caso concreto para que o *summum jus* não se transforme em *summa injuria*.

Comentários

ALTERNATIVA A = o conceito apresentado é o do **direito natural**.

ALTERNATIVA B = pense numa redação confusa (a ideia deve ser confundir mesmo). O conceito parece se alinhar ao de **liberdade** (no viés de autorização legal).

ALTERNATIVA C = outra redação que se adapta ao **direito natural**.

ALTERNATIVA E = pode não parecer, mas conceito apresentado se relaciona com a **equidade**, não com o direito. Há um aforismo latino, "*summum ius, summa iniuria*", que significa algo como "o máximo do direito, o máximo da injustiça". A ideia do brocardo é que o direito deve ser interpretado com equidade, de forma a se evitar que o apego excessivo às normas (na sua pura expressão literal e dogmática) leve à injustiça no caso concreto.

ALTERNATIVA D = a frase de Dante Alighieri é: "O direito é uma proporção real e pessoal de homem para homem que, servida, serve a sociedade, e, corrompida, a corrompe". Dureza, *eihn*?

A assertiva correta é a **D**.

Claro que não é sempre que será possível aplicar a equidade (senão o princípio da legalidade iria para o barro e cada juiz seria um pequeno ditador). Tanto é assim que o artigo 140, parágrafo único, do Código de Processo Civil é taxativo: "o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei".

Importante referir que há certa multiplicidade de acepções de equidade, podendo-se citar ao menos três conceitos: (a) *amplíssimo*: princípio universal da ordem normativa, suprema regra de justiça; (b) *lato*: confunde-se com os princípios gerais do direito, de modo a garantir a justiça no caso concreto; (c) *estrito*: ideia de justiça concreta (aplicada a casos práticos).

Avançando, como não poderia deixar de ser, a equidade também possui suas classificações. A primeira a divide em: (a) *integradora*: opera quando há lacuna nas fontes do direito, situação em que o juiz pode usar a equidade para resolver o caso, buscando uma ideia de justiça presente na consciência média da comunidade; e (b) *corretiva*: o operador jurídico se vê na necessidade de afastar uma injustiça que resultaria da aplicação estrita da lei. Outra classificação possível é conforme suas funções:

> *"A equidade, no direito atual, aparece com três funções básicas: a) substitutiva; b) integrativa; c) interpretativa. Na sua função* ***substitutiva****, atribui excepcionalmente poderes ao juiz para decidir com liberdade, afastando-se das*

> *normas legais e declarando a solução justa para o caso. Na sua função **integrativa**, a equidade constitui um instrumento posto caso a caso pela lei à disposição do juiz para especificação em concreto dos elementos que a norma de direito não pode resolver em abstrato. Finalmente, em sua função **interpretativa**, busca estabelecer um sentido adequado para regras ou cláusulas contratuais em conformidade com os critérios de igualdade e proporcionalidade*[35].

Temos como exemplo de função **substitutiva** o artigo 25 da Lei nº 9.099/1995, o qual permite que, no âmbito dos juizados especiais, decida-se por equidade. O que está o dispositivo a falar? Admite-se o afastamento episódico da letra estrita da lei para buscar uma solução mais justa e equânime aos casos de menor complexidade.

A função **integrativa** pode ser vista na redação do artigo 944, parágrafo único do Código Civil: "se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização". Seria impossível (ou não recomendável) à lei criar uma tabela de redução da indenização conforme o grau de culpa do causador. Assim, confere ao juiz o poder de verificar as situações do caso concreto para chegar à redução mais justa à hipótese[36].

A salientar que o autor citado foi bem modesto ao conceituar a função **interpretativa** da equidade (fazendo-a se aproximar muito da boa-fé objetiva e suas funções parcelares). De maneira mais abrangente, a equidade interpretativa é descrita como aquela que atua quando existe norma completa e, mesmo assim, o julgador se utiliza de critérios equitativos para valorar uma situação plenamente regulada em lei.

Não é por outra razão que a legislação (já citado artigo 140, parágrafo único, do CPC), a doutrina e a jurisprudência afirmam ser **vedada** a equidade interpretativa no Brasil, uma vez que implicaria na possibilidade de o juiz derrogar a lei ao seu bel prazer.



O que é equidade **cerebrina**? Utiliza-se esse termo para indicar a equidade fraudulenta, ou seja, aquela utilizada pelo julgador para afastar a lei que o desagrada, deixando-o livre para julgar como bem queira, ao arrepio do ordenamento jurídico. É pretexto ao arbítrio.

---

[35] SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*. São Paulo: Saraiva, p. 91.
[36] Outras autorizações do Código Civil à equidade integrativa: artigos 413 e 738, parágrafo único.

4 JUSTIÇA

Eu costumo brincar com amigos que não são da área do Direito: “você pode ser médico e curar mil pessoas, pode ser engenheiro e construir coisas incríveis, mas, no fim, tudo depende (se seremos felizes ou não) dos preceitos jurídicos (morais e éticos): não há vida saudável, não há cidade esplêndida que resista a uma ordem jurídica injusta. Considerando a vida como um pressuposto, justiça é o bem mais importante da humanidade”.



Não por acaso esse será o nosso assunto de hoje: **O QUE É JUSTIÇA?** O que é certo ou errado? O que é moral ou imoral? *Ixiiii!* Aí mexeu em vespeiro! Tem medo de vespas/abelhas? Sejamos mais apicultores. Em meio ao perigo, ao zumbido, aos ferrões voando para lá e para cá (prontos a nos espetar), vamos trabalhar aqui as relações entre Filosofia e Direito, notadamente essa questão essencial para vida política, social, religiosa e jurídica.

O legal da justiça é que ela passa longe de ser um tema da metafísica. É uma constante diária: um irmãozinho que toma o bico do outro; a colocação do nome, no trabalho escolar, daquele que em nada colaborou; a promoção dada àquele cara chato e convencido, mas que não é muito dado ao trabalho; a disputa pelo último bife entre quem comeu pouco e quem já comeu bastante; o acesso ao cargo público e às melhores universidades... tudo isso envolve justiça. Como fazemos para definir regras que estabeleçam o justo... o que é justo?

Você se importa com isso? Ou está nem aí para o que é justo ou injusto?

Quando mexem com o nosso assado, costumamos reagir bravamente, reclamando que somos injustiçados (exemplo: se nos tomam o último pedaço do bife e ficamos com fome porque comemos mais devagar, enquanto @ esganiçad@ à frente é uma máquina trituradora). Mas e no que se refere ao debate público, às questões sociais? A neutralidade diante de controvérsias públicas relevantes é rara e, quando presente, indica certa

alienação ou mesmo apatia e omissão. É comum que, com ou sem fundamento, tenhamos opinião sobre o que é certo e errado, justo e injusto, bom ou mau.

Isso porque a **ideia de justiça** NÃO se confunde com o **sentimento do justo**. O sentimento é intuitivo, cultivado desde os primeiros anos de vida e ampliado pelos valores culturais, sociais, religiosos adquiridos com o passar do tempo. Já a ideia é fruto de profunda reflexão, em um raciocínio que conjuga a experiência com a razão. Esse é o âmbito principal da Filosofia Jurídica.

É certo que há quem tenha proposto que a ideia de justiça não pode ser abstrata e deveria ser tomada em cada caso concreto, de acordo com as contingências (algo pode ser justo em uma hipótese e injusto em outra) – o *intuicionismo* nega a viabilidade de existir um princípio geral de justiça, acreditando ser impossível estabelecer um critério norteador que possa valer para todos os casos. Mas adotamos aqui, desde logo, a crítica de John Rawls: se nos rendermos ao casuísmo, será impossível definir objetivamente (com segurança) as intuições corretas das incorretas. Ao cabo, teremos não uma teoria sobre a justiça, mas, em todo e qualquer caso, impressões pessoais (subjetivas) sobre o justo. Teremos menos filósofos e mais *palpiteiros* gerais de plantão.

Como não queremos isso, o que nos resta é dedicar-se com afinco a estudar as teorias de justiça que já foram propostas pelo pensamento jurídico-filosófico, até que possamos construir nosso entendimento sobre a ideia de justiça, que impactará decisivamente (de modo positivo) em nosso sentimento sobre o justo. Que assim seja!

NOÇÕES GERAIS DE JUSTIÇA

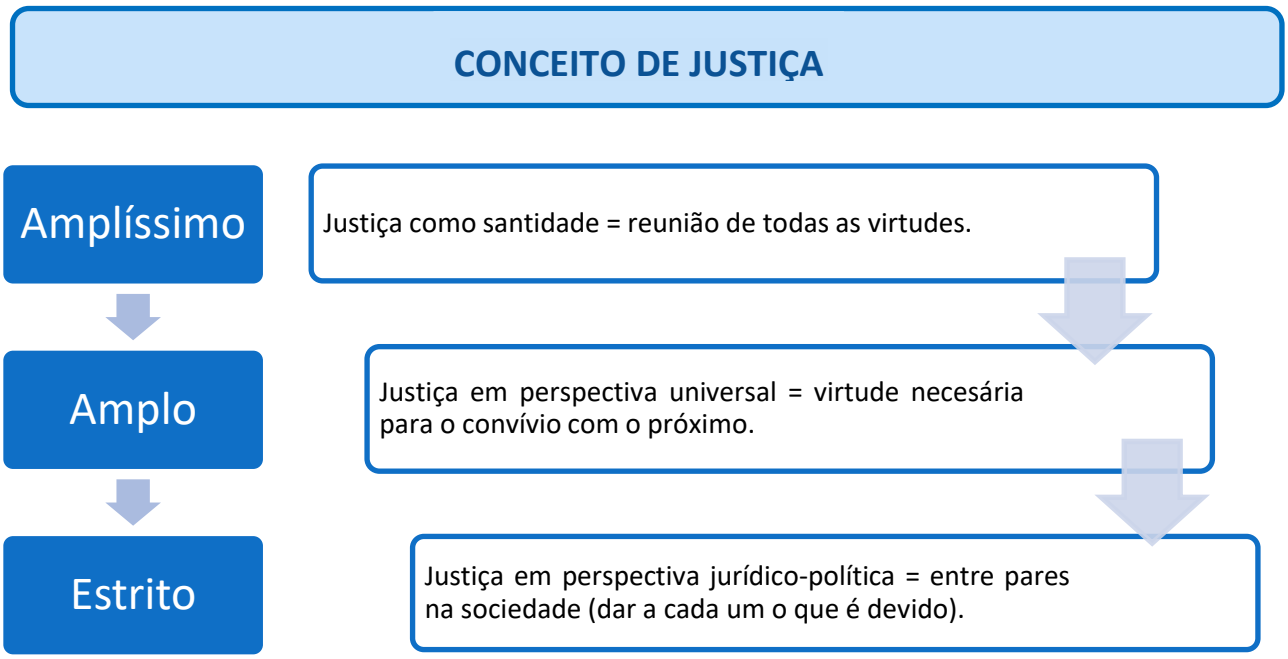
Ao abordarmos o tema justiça podemos tomá-la em três sentidos (nem a justiça escapa de classificações): (a) **amplíssimo** (mais que amplo) = a justiça está associada à ideia de santidade, de a reunião de todas as virtudes. É uma concepção intangível, pois sequer é possível delimitar todos os atos justos; (b) **amplo** (lato) = a justiça se liga com as virtudes necessárias para o convívio social (preocupada com a situação dos mais membros da sociedade); (c) **estrito** = a justiça consiste em dar a cada um o que lhe é devido, segundo um critério de igualdade.

É no sentido estrito de justiça que incluímos a atividade jurídica e administrativa, frente à resolução de conflitos sociais. A propósito, esmiuçando este sentido encontraremos os caracteres do nosso trabalho diário (como juristas).

"Dar a cada um..."
Podemos ver aqui a relação de alteridade e de pluralidade. Não há justiça de um homem só (perdido em uma ilha deserta, temos o homem e a natureza, nada mais). Para se falar em justiça precisamos ter ao menos dois homens.
"... o que lhe é devido"

Temos um débito social que deverá ser observado (o primeiro dever social é reconhecer e respeitar o próximo).
"...segundo um critério de igualdade"
Não se pode dar nem a mais, nem a menos – a justiça está na igualdade entre todos (têm os mesmos direitos).

Pode soar algo tolo, mas só com esse conhecimento já seremos capazes de responder com maior objetividade e profundidade "o que é justiça" – faremos melhor do que (por incrível que possa parecer) a maioria dos estudantes de Direito.



É certo que podemos avançar. Por exemplo: apesar da diversidade de abordagens, há algumas espécies de justiça tradicionalmente empregadas pela Filosofia do Direito: **justiça social**, **justiça distributiva** e **justiça comutativa** – trata-se da evolução do influente pensamento aristotélico (que veremos pormenorizadamente em capítulo específico), mas não faz mal o adiantar desde logo, já que é a classificação largamente adotada (cobrada em provas e utilizada na prática).

A **JUSTIÇA COMUTATIVA** é a mais em "comum" (para alguns é a única que deveria existir), cujo foco recai sobre as relações interpessoais (por isso é também chamada de justiça corretiva), tendo como **objetivo corrigir situações sociais desiquilibradas** (ex: por um ato ilícito em sentido amplo ou pelo não cumprimento de um contrato). É a partir dela que se fala em direito reparatório (indenização).

Mas há, também, a **JUSTIÇA SOCIAL**, na qual se busca o bem da coletividade, observado o critério de igualdade material. O indivíduo deverá colaborar para o bem da coletividade

(solidariedade), mediante a **colocação das virtudes pessoais em prol da realização do bem comum**. Exemplo: aquele que é inteligente deverá empregar seu dote natural para encontrar meios de melhorar a vida de todos (inventando algo); quem é rico deverá colaborar com quem precisa de oportunidades...

Por último, não podemos confundir essa espécie com a **JUSTIÇA DISTRIBUTIVA**. Na justiça social temos o indivíduo dedicado à construção do bem comum (em prol da coletividade); na justiça distributiva o caminho é inverso: a **sociedade organizada deve aplicar os recursos da coletividade para a melhoria da vida dos desfavorecidos.** É o que o Estado tenta fazer por suas políticas públicas.

ESPÉCIES DE JUSTIÇA

SOCIAL	O indivíduo deve colaborar para o bem da sociedade (solidariedade).
DISTRIBUTIVA	A sociedade deve aplicar recursos para melhorar a vida dos desfavorecidos.
COMUTATIVA	A justiça nas relações interpessoais (dar a cada um o que lhe é devido).







Ok. Já sabemos minimamente o que é justiça (um conceito técnico simplificado), seus principais sentidos e classificações. Será que com isso já conseguiremos avaliar, diante de uma situação concreta, o que é justo ou injusto? Dificilmente. Aí está justamente a crítica ao modelo e o ponto de conflito entre as teorias que surgiriam no decorrer dos tempos: como dizer o que cabe de cada um? Em que medida e de que forma os bens sociais podem/devem ser distribuídos? Até que ponto o Estado pode obrigar os indivíduos a colaborar para o bem comum sem que essa pressão represente, ela mesma, uma injustiça?

Um dos grandes focos de concentração dos filósofos, portanto, é o critério a ser adotado para que possamos definir o que é justo ou injusto. A história do pensamento jurídico-filosófico apresenta uma variada gama de soluções a esse problema, mas é possível (com algum esforço simplificador) agrupar as propostas em grandes grupos (ideias-base).

Para uma primeira leva de autores a justiça tem como fundamento a **igualdade.** Aqui encontramos a ideia prevalente entre os antigos (gregos, em especial Aristóteles) e

contemporâneos (paradigma atual, muito em razão de John Rawls). Para quem assim entende, a justiça é alcançada quando há igualdade entre os homens, o que exige remediar as desigualdades naturais (de força e inteligência, por exemplo) com recursos sociais (ações políticas). A justiça demanda a distribuição de bens para aqueles que, por uma causa ou outra, obtiveram menor sucesso por suas próprias pernas.

Para outros, justiça é **ordem**. Não é por outra razão que o homem aceita as restrições da sociedade: saímos de um modelo de anarquia (estado da natureza) e buscamos a salvaguarda dos direitos (em especial a vida) por meio da sociedade civil. Essa concepção é clara em Thomas Hobbes e nos primeiros autores contratualistas. Cabe ao homem, com a paz conquistada e garantida pelo Estado, virar-se o resto. A justiça é a manutenção da tranquilidade social.

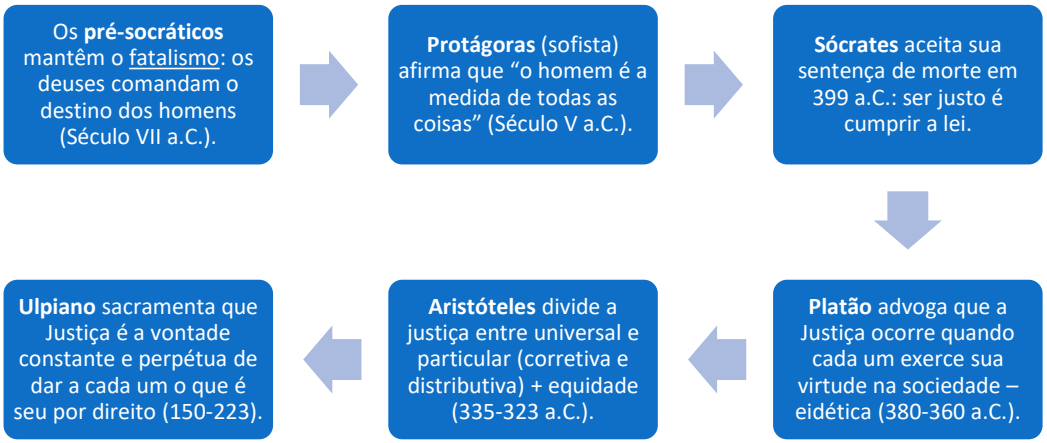
E ainda quem entenda que justiça é **liberdade**. Um dos principais defensores dessa ideia é Immanuel Kant. A função do direito é limitar liberdades individuais para garantir a liberdade universal (de todos, igualmente). Haverá injustiça sempre que a liberdade de uma pessoa for atingida pelo arbítrio de outrem. Garantido a todos um mesmo conjunto de liberdades (universalização), haverá justiça.

Assim até parece fácil. É só escolher um modelo e seguir sem nem olhar para trás, não é? Adotemos logo a igualdade e pronto (é um ideal tão bonito!). Acontece que as coisas não são tão simples assim (por lógico)... Autores geniais já se debruçaram sobre o tema e ainda se digladiam sobre ele, com direito a tese, antítese, réplica e tréplica. Precisamos conhecer melhor os argumentos desses caras, seja para responder a questões de prova, seja para formarmos (e fundamentarmos) nossa própria concepção de justo.

Não vou negar que é um enorme desafio sintetizar pensamentos complexos em poucas linhas e de modo compreensível. Ohh tarefa intrincada. Garanto que você já está me criticando, né?! "*Jean, se não aguenta, por que veio*?" kkkk Não me darei por vencido antes mesmo de começar! Vamos fazer um pequeno passeio pela Filosofia, em busca dessa tal de JUSTIÇA.

4.1 ANTIGUIDADE

Desde os tempos imemoriais fazemos perguntas sobre o mundo e sobre o nosso lugar nele. E pelo menos desde o Século VII a.C. temos registros de pessoas que buscaram explicações **racionais** para as questões existenciais – entre elas, sem dúvida, o que é justo ou injusto.



Engraçado que, milênios depois, as soluções propostas pelos pensadores do Mundo Antigo continuam a intrigar os homens da contemporaneidade. Com toda nossa tecnologia, acesso a informação e desenvolvimento histórico, ainda nos deparamos abismados com as ideias de Sócrates, Platão, Aristóteles...

Bem. Se esses sujeitos foram capazes de (quase do nada) propor suas teorias, é nossa obrigação, ao menos, entendê-las – seria humilhante confessar (no alto de nossa sociedade superdesenvolvida) não sermos capazes de nos apropriar do que foi proposto por antepassados tão distantes. Não concorda? Kkkkk Então *simbora*!

4.1.1 Pré-socráticos

Pré-socráticos (Século VII a.C.) são todos os pensadores que precederam Sócrates. Foram eles os primeiros a se rebelarem contra as explicações mitológicas, passando a buscar explicações racionais para os eventos naturais.

Ainda assim, continuava a ser comum na época o pensamento de que o destino era determinado pelos deuses. O homem era mero coadjuvante (exercia o papel a que era predestinado).



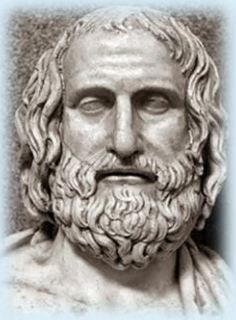
É nesse meio que surgem as noções primitivas de justiça, extraídas das obras de Homero (Odisseia e Ilíada), de Hesíodo (O trabalho e os dias) e de Sófocles (Antígona).

Na tragédia de **Antígona** (atribuída a Sófocles), a protagonista se recusa a cumprir o decreto do Rei Creonte que a impedia de enterrar o irmão (ela entendia que o decreto real descumpria à lei dos deuses). Antígona acaba por enterrar o irmão e é condenada à morte. O questionamento implícito (ou explícito) é: a lei dos homens é justa? A Lei dos Deuses não é superior?

4.1.2 Sofistas

Conhecimento é poder. Já ouviu essa frase? E exatamente por isso, conhecimento custa caro! Hoje encaramos isso com certa naturalidade, mas houve um tempo em que cobrar para ensinar era um insulto, algo imoral. Só que os sofistas (IV a. C) não estavam nem aí para essas (e outras) convenções sociais. Eles cobravam mesmo!

Protágoras e outros sofistas eram pensadores que, mediante a devida compensação financeira (sejamos eufemistas), ensinavam a arte da retórica e cujos conhecimentos eram bastante objetivos: tinham o propósito firme de debater e vencer. A democracia ateniense tinha como local principal a praça, de modo que era fundamental saber debater – a cidadania era exercida por meio do discurso. O termo sofista hoje é utilizado pejorativamente para indicar quem, em uma discussão, argumenta com vistas apenas a ganhar, não para chegar à verdade.



Protágoras (490-420 a.C.), o mais famoso e importante dos sofistas, foi um professor itinerante que viajou bastante, ensinando legislação e retórica (arte do debate) a quem quer pudesse pagar. Para ele, a verdade depende da perspectiva de quem a olha e, portanto, é **relativa**. Sua frase mais famosa é "o homem é a medida de todas as coisas", o que significa que o homem (seus pontos de vista e opiniões) é que dá a medida do valor das coisas. Logo, não há certo ou errado, senão em relação ao julgamento de uma pessoa ou sociedade.



Perceba a sutileza: se o homem é a medida de todas as coisas, rompe-se por completo com o pensamento mitológico pré-socrático (instalando-se um antropocentrismo); só será

possível dizer o que é certo ou errado após um debate, para ver quem ganha a argumentação.

O ceticismo sofista se transformou em revolta contra as regras sociais (chegavam a pregar o desrespeito às normas). Pelo pensamento sofista há regras imutáveis vindas da natureza (*physis*) e regras mutáveis vindas dos homens (*nomos*). A natureza impõe a lei do mais forte, a lei convencionada entre os homens é artificial e atenta contra a ordem natural.

A justiça humana é apenas uma vantagem para quem domina e uma desvantagem para quem é dominado.

Como se pode notar, diante da estrutura social os sofistas eram relativistas: **(a)** não acreditavam na possibilidade de o homem, por meio da razão, chegar a uma verdade universal (é impossível se alcançar a verdade ontológica) – a "verdade" é construída no discurso (convencimento e oratória); **(b)** criticavam de forma contundente os valores da cultura grega, entre os quais a *polis* (considerada pelos gregos o oposto da barbárie) e a *nomos* (a lei, considerada essencial para a garantia da vida civilizada) – justamente por criticarem as leis da *polis* grega são considerados os precursores da Sociologia.

Tente imaginar um debate em praça pública, gritos, silvos, dedos em riste. Um pacifista dizendo que não seria correto guerrear sem razão (agressão pretérita): "matar o próximo é errado. Simples assim". Do outro lado, um sofista abria sua caixa de ferramentas: "o povo mais avançado tem o direito e até mesmo o dever de se impor. Além disso, a conquista nos trará escravos, o que tornará nossa vida mais fácil e ainda nos permitirá construir grandes obras. Os tesouros pilhados serão partilhados, aumentando nossa riqueza. A vitória nos dará grandeza. A glória nos espera". Imagine qual ideia prevalecerá ao final... Era assim que os sofistas resolviam as coisas: certo é quem ganha o debate; errado é quem perde.

4.1.3 Sócrates

"Oh vida, oh céus! Eu quero ser bom (virtuoso). Quero agir bem. Mas os sofistas vêm com mil argumentos e eu nunca sei o que é certo. Fico perdido". Que dilema, eihn?! Desde os tempos imemoriais os homens se vêm às voltas com a dicotomia bem-mal; justo-injusto; certo-errado.



[37]

O ponto central do pensamento socrático é justamente esse: alcançar a virtude, o que só se obtém fazendo a coisa **certa**. **Mas como descobrir o que é certo?** Ora, isso exige exame rigoroso, até porque o certo e o errado (ao contrário do que acreditavam os Sofistas) não são conceitos relativos, mas ABSOLUTOS (imutáveis e aplicáveis a qualquer lugar, em qualquer tempo). Quer saber mais a respeito? Acesse o meu canal no YouTube e confira o vídeo que gravei sobre "CERTO e ERRADO - Sócrates x Protágoras": https://www.youtube.com/watch?v=ehCqtsrqo94.

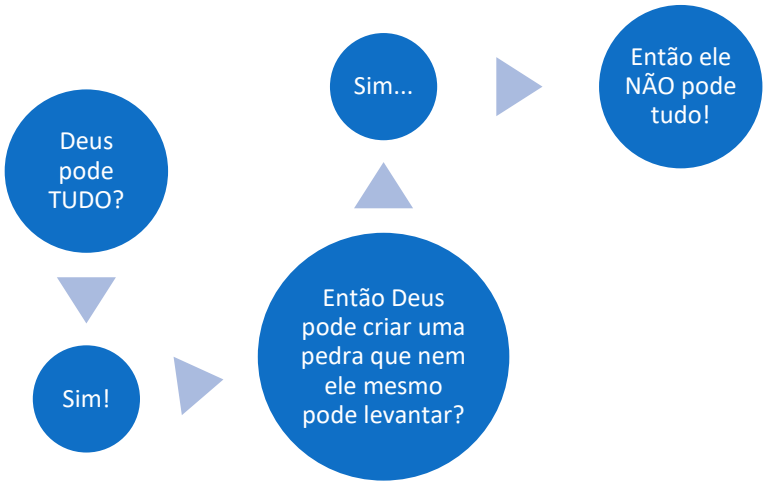
Essa coisa (moda hoje em dia) de que cada um tem sua opinião (a qual é uma verdade individual, quase inquestionável) não colava com Sócrates. Por exemplo: ou Deus existe ou não existe (não pode, ontologicamente, existir para uns e não para outros). Mesmo que não consigamos chegar à resposta (por ser algo realmente difícil, ou mesmo impossível, de responder), temos de colocá-la em debate e tentar descobrir (revelar) onde está o erro e a razão.

SOFISTAS (PROTÁGORAS)	SÓCRATES
+ a verdade e a justiça são **relativas.**	+ a verdade e a justiça são **absolutas.**

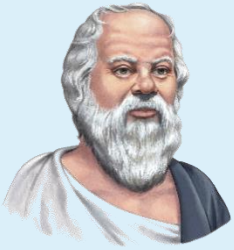
Quanto ao seu dilema, relaxe: para Sócrates, ninguém age mal porque quer, pois se assim o fizesse faria algo contra sua própria consciência. As pessoas fazem o mal porque não sabem o que é o bom – "há apenas uma coisa boa: o conhecimento; e uma coisa má: a ignorância". A virtude, portanto, é o **conhecimento**, que está dentro do homem, mas precisa ser gestado (parto de ideias).

[37] Ilustração genial de **Caetano Cury**, extraída de http://www.teoeominimundo.com.br. Não deixe de visitar o site, conferir os outros desenhos e certificar o que é talento...

Para chegar ao saber, Sócrates desenvolveu a maiêutica, série de perguntas, assumindo-se a posição de quem nada sabe (está entre uma de suas frases mais famosas: "só sei que nada sei"[38], indicando sua postura de humildade perante o conhecimento e também seu método de extração da verdade) o que permite revelar as contradições na argumentação do interlocutor.



O método socrático dedutivo (conjunto de premissas experimentadas e admitidas como verdadeiras e que permitem uma conclusão universal) é base não só da Filosofia como de todas as ciências empíricas.



Sócrates (469-399 a.C.), junto com seu discípulo Platão, é considerado fundador da Filosofia Ocidental e um dos homens mais influentes de todos os tempos. Acusado de corromper o espírito da juventude, acabou condenado à morte, sendo-lhe oferecida a alternativa do exílio. Preferiu morrer a se afastar de suas reflexões. Quantos estão dispostos a entregar a vida pelo que acreditam?

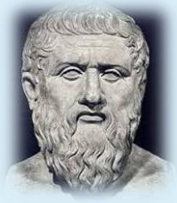
[38] Impagável o quadro da turma do **Porta dos Fundos**, "Filosofia nos dias de hoje", em que aprendemos como seria gestada a sentença "só que sei que nada sei" em nosso mundo: https://www.youtube.com/watch?v=oAMMN1qN7Jg.

Especificamente quanto à justiça, Sócrates não se aprofundou em lhe desenvolver um conceito abstrato, preferindo algo prático: **a justiça se confunde com a lei** (ser justo é observar e obedecer a lei) – as pessoas devem cumprir a lei porque elas constituem um instrumento de coesão social, que tem um objetivo maior (bem comum). Lembre-se de que, em extrema demonstração de coerência, Sócrates levou suas ideias às últimas consequências: mesmo condenado injustamente, cumpriu a lei (não fugiu da raia e bebeu cicuta).

4.1.4 Platão

Cumpriu a lei e morreu. *Tô fora*! Diferentemente do seu mestre (Sócrates), Platão não acreditava que as leis mereciam obediência incondicional – uma lei injusta não pode ser considerada direito. Aliás, para ser justo, não basta ao homem viver de acordo com as leis, pois a Justiça não se limita à legislação; ao contrário, a busca da justiça é que dá fundamento às leis.

O pensamento platônico foi um dos primeiros (senão o primeiro) a perceber que há virtudes individuais (como a coragem, a sabedoria e a temperança) e institucionais. **A justiça é uma virtude institucional, pois própria das relações sociais** e, por consequência, das relações do Estado.



Platão (427-347 a.C.) foi o discípulo mais notável de Sócrates. Com a morte do mestre, decepcionado, retirou-se das praças públicas e fundou sua escola de filosofia (a Academia), considerada a primeira instituição de educação superior do mundo ocidental.

Na visão platônica, o correto é obtido pela razão. O homem, em seu agir, seria como um barco em rio caudaloso: ou o barco é guiado pelo timoneiro (razão para a realização do certo e da justiça) ou seria levado pelas correntezas (pelas paixões, que o afastam do correto).

De toda forma, ninguém é sempre justo (o que é coisa impossível). A justiça eterna e onipresente existiria apenas de forma idealizada, o que nos remete ao **mundo das ideias**. Idealista que era, Platão entendia que cada coisa no mundo possui uma forma perfeita, à qual deve buscar se aproximar. Para explicar sua teoria ele construiu o mito da caverna.



Imagine um grupo de pessoas preso em uma caverna desde o nascimento. A luz se projeta por uma fenda que ilumina uma das paredes da caverna, refletindo sombras do que acontece lá fora. O grupo acredita que aquelas sombras imperfeitas são a realidade do mundo (tudo o que existe). Caso um desses homens se soltasse e pudesse ver a água, as árvores, os animais... ao certo ficaria estupefato. Se retornasse à caverna e tentasse convencem os demais, provavelmente o tomariam por louco – refutariam o conhecimento verdadeiro em prol do conforto da vida limitada, preferindo a prisão à liberdade.

Do ponto de vista prático, Platão inaugura o conceito de justiça que se tornaria o mais clássico da história do pensamento filosófico: "cada um deve receber o que lhe é devido". Essa ideia se desdobra em duas noções: (a) é justo retribuir o mal com o mal (vendeta); (b) as pessoas possuem uma aptidão própria e, em um Estado ideal (justo), cada sujeito realiza a função adequada à sua virtude natural.

A primeira noção é de fácil apreensão e a utilizamos até hoje: roubou; prendeu! O crime (mal) é punido com sanção (mal). A segunda é mais polêmica: quando cada pessoa é colocada em seu devido lugar (em seu quadrado), os melhores resultados são alcançados. Em sua obra, "A República", o filósofo defende que, para que a essência das coisas seja respeitada (e o bem comum preservado), pode o Estado intervir, distribuindo as funções sociais adequadamente.

Quer ver como isso funciona? Imagine que o rei tenha à disposição dois cavaleiros (um bom e outro ruim) e dois cavalos (um bom e outro ruim). A tendência hodierna seria igualar os desiguais: dar o cavalo bom ao cavaleiro ruim e o cavalo ruim ao bom cavaleiro. Platão não poderia discordar mais: o cavalo bom seria subaproveitado e o cavaleiro bom não poderia explorar seu verdadeiro potencial (seria um desastre e todos perderiam). Se o rei desse o cavalo bom ao bom cavaleiro, o céu seria o limite e veríamos o que um conjunto (homem-cavalo) pode fazer.



Feche os olhos e idealize que em vez de estar jogando bola, Neymar Jr. estivesse lavando carros na lava-rápido ali da esquina. Platão consideraria isso completamente **injusto**: TODOS perderíamos a oportunidade de ver dribles desconsertantes e golaços. O fato de Neymar estar alocando onde ele oferece mais para a sociedade (dentro de um campo de futebol) é a justiça no caso concreto.

Entendeu a lógica da coisa? Sim, mas acha que isso nada tem a ver com política e justiça? Então vem comigo! Em 1941, a Europa inteira estava aos pés da Alemanha nazista. Apenas um país lhe fazia frente: a **Inglaterra**. E quem era o primeiro ministro? Winston Churchill, um homem como poucos. Ele conseguiu manter o país unido, a economia funcionando e, por vários meses, lutar sozinho contra as forças do Eixo (até que os EUA, em dezembro, ingressaram no conflito). Não fosse Churchill, o final da 2ª Guerra Mundial poderia ter sido bemmm diferente. Tivemos o homem certo no lugar certo no tempo certo. Sorte do mundo.



Em que pese as críticas que possam ser suscitadas (Platão chega a defender que há escravos por natureza), a *eidética* (busca pela essência das coisas) inspirou autores como Thomas More (em sua obra Utopia) e ainda gera reflexões, além de ter incidências práticas: o concurso público, especialmente para os cargos mais elevados, ao cabo busca escolher as pessoas mais vocacionadas e preparadas para exercer a respectiva função pública.

4.1.5 Aristóteles

Não há um mundo das ideias! É assim que Aristóteles se apresenta: de sola! As coisas são, na natureza, tão boas quanto podem ser (as ideias perfeitas ficam por conta de nossa imaginação). E ele não parou por aí! **Nossas mentes são como folhas em branco**! Não nascemos com capacidade inata de reconhecer as coisas: vamos as conhecendo por meio das experiências (aos poucos, vamos preenchendo nossas mentes) – os sentidos são o único modo de experimentar a realidade.

Agora respire fundo. Esse primeiro parágrafo foi intenso. E dele extraímos que, para Aristóteles, conceitos como bom, certo e justiça são construídos ao longo de nossas vidas, diante das experiências que temos (aprendemos o que é certo, bom e justo).



Classificador inveterado que era, **Aristóteles** (384-322 a.C.) pregava que tudo no mundo podia ser explicado por quatro causas: (a) causa material (do que algo é feito); (b) causa formal (disposição de algo); (c) causa eficaz (como algo é levado a existir); e (d) causa final (função, finalidade, objetivo de algo) = *telos* (teleologia). Conhecer a finalidade de algo permitia saber se o que se observava era uma versão boa ou má (a finalidade de um olho é enxergar; o olho será bom se enxergar bem).

A partir daqui Ari (apelido carinhoso: só para os íntimos) dá um enorme salto na análise da justiça. Sua teoria e classificações se tornariam (com algumas atualizações e aperfeiçoamentos) o modelo prevalente até hoje. É preciso muita atenção doravante. Então: **abra o olho**!!!

Inicialmente, é possível (e necessário) distinguir o conceito de justo em sentido amplo (*justo universal*) do conceito de justo em sentido estrito (*justiça particular*). O primeiro está relacionado aos aspectos de virtude e de moral; o segundo decorre da busca de soluções para os casos de injustiça. Aprofundemos.

Na justiça **UNIVERSAL** a relação se dá entre um homem e todos os outros, de forma geral (relação homem-sociedade). A atuação injusta nem sempre é voluntária (normalmente não visa a prejudicar o próximo), uma vez que ocorre em função de uma deficiência moral do agente (regras morais – virtudes). Assim, alguém que deixa de colaborar com a sociedade (recusa-se a fazer qualquer ação filantrópica, mesmo podendo) fere a justiça universal. O mesmo ocorre com quem deixa de ajudar um amigo em dificuldades por prua avareza. Esses casos de descumprimento, para Aristóteles, geram ilegalidade. Perceba que para o pensador moralidade e legalidade se confundem.



Vários princípios morais efetivamente são positivados na lei. Veja-se como médico, indo para casa após um dia cansativo de trabalho. Um acidente ocorre na sua frente. Com o trânsito pesado daquela hora, a ambulância demorará a chegar. Há um motoqueiro machucado. O que você faz? Contorna os feridos com seu carro e ruma para o jantar que o espera? Se fizer isso e for apanhado, poderá responder pelo crime de omissão de socorro: "*deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo [...]. Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. [...] A pena é*

aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte" (art. 135 do Código Penal). Temos aqui uma obrigação legal e moral de justiça universal (um sujeito em relação a todos).

Já a justiça **PARTICULAR** é aquela observada na relação entre duas ou mais pessoas entre si (inter-relações entre homens). Os casos de descumprimento são voluntários (o agente visa a levar uma vantagem, com prejuízo alheio). Ao cabo, problema aqui é a (re)distribuição dos recursos da cooperação em um ambiente de escassez, de modo a se garantir a igualdade.

JUSTIÇA UNIVERSAL (*lato sensu*)	JUSTIÇA PARTICULAR (*stricto sensu*)
Relação entre um homem e todos os outros de forma geral (homem-sociedade)	Relação entre homens em concreto (homem-homem)
Descumprimento pode ser involuntário	Descumprimento proposital
Deficiência moral (não virtude)	Objetivo de vantagem e de lesar o próximo
Cumprimento das leis (morais e jurídicas) – direito, lei e legalidade se confundem (busca pela virtude)	O problema da Justiça é a distribuição dos recursos da cooperação em um ambiente de escassez (busca pela igualdade)
A violação gera ilegalidade	A violação gera iniquidade

A justiça universal, em geral, liga-se ao modelo **distributivo** e a justiça particular com o modelo **comutativo**.

A justiça **COMUTATIVA** (corretiva ou reparadora) é a que deve imperar nas relações privadas (entre pares ou iguais), caso em que os ganhos e perdas devem ser iguais. Chamamos isso de equidistância, o que quer dizer que a desigualdade de um não pode prevalecer sobre o outro.

A justiça está na ética do MEIO TERMO.



TOME NOTA!

Aristóteles aproxima sua justiça comutativa de um cálculo de média ponderada (embora não seja pura aritmética... é mais bom senso mesmo). Imagine um pão sem dono (kkkk) que foi encontrado por duas pessoas famintas. Se uma comer TODO o pão e a outra NADA do pão, teremos uma injustiça. Em termos simples, a justiça aqui está em cada uma comer

metade – meio termo entre extremos (ponderação e moderação): a virtude é o antônimo do excesso.

QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

(2013 OAB XI) Considere a seguinte afirmação de Aristóteles: "Temos pois definido o justo e o injusto. Após distingui-los assim um do outro, é evidente que a ação justa é intermediária entre o agir injustamente e o ser vítima da injustiça; pois um deles é ter demais e o outro é ter demasiado pouco." (Aristóteles. Ética a Nicômaco. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 329.) De efeito, é correto concluir que para Aristóteles a Justiça deve sempre ser entendida como:

a) produto da legalidade, pois o homem probo é o homem justo.

b) espécie de meio-termo.

c) relação de igualdade aritmética.

d) ação natural imutável.

Comentários

ALTERNATIVA A = a legalidade-moralidade se refere à justiça universal. Aqui estamos falando em justiça corretiva (particular comutativa).

ALTERNATIVA C = a igualdade com ponderação não chega a ser matemática.

ALTERNATIVA D = Aristóteles não se liga nessa de imutabilidade natural. Ele e muito mais pragmático.

ALTERNATIVA B = imagine um soldado em uma guerra. Ele pode se deixar levar pela **covardia** (fugir da batalha) ou pela **imprudência** (tentar lutar sozinho). Esses são os extremos. Ou ele pode se deixar guiar pela **coragem**, pela justa medida, indo lutar com bravura junto a seu pelotão. O comportamento justo é o meio-termo.

A assertiva está **B correta**.

"*Muito bonito, Jean, mas não entendi como isso se aplica em um caso prático da justiça diária*". Não? (Jesus... estou falando sozinho de novo...). Guie-se pelos termos justiça corretiva ou reparadora e pela expressão "os ganhos e perdas devem ser iguais".
Tomemos o caso de um roubo. O objetivo da justiça particular comutativa será reparar as relações jurídicas por meio de uma penalidade e, se possível, da restituição do bem à vítima. Nas palavras do próprio autor:

> *"Se uma pessoa é ferida e a outra a fere, temos nessa lesão uma desigualdade. No caso, **o sofrimento está mal distribuído**, configurando, desse modo, uma espécie de injustiça. A atuação do juiz nesse caso é no sentido de igualar a relação por meio da aplicação da penalidade, subtraindo do ofensor o excesso de ganho, ou seja, não ter recebido nenhum mal, e restituindo à vítima, com uma indenização, uma condição de equilíbrio. O igual aqui é o meio-termo entre o*

> *ganho e a perda, de modo que a justiça corretiva será o meio-termo entre esses dois elementos".*

Agora ficou mais fácil, não é? Ainda que hoje se fale em função educativa da pena, a sanção não deixa de ser uma restituição do mal causado. É por isso que quando os defensores do direito penal mínimo pregam todo o tipo de despenalização, acabam ferindo o senso de justiça de outras pessoas – haverá males causados intencionalmente que ficarão mal distribuídos na sociedade, sem qualquer equivalência (isso é justo?).

A grande inovação do pensamento aristotélico (e a mais influente de suas ideias no mundo jurídico), contudo, surge no próximo passo da nossa caminhada, ao abordarmos a justiça **DISTRIBUTIVA** (ou de cooperação), a qual envolve a repartição de bens e direitos pela sociedade, com aplicação proporcional da igualdade (para que cada um tenha benefícios e ônus de acordo com sua capacidade).

QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

(2016 OAB XX) A partir da leitura de Aristóteles (Ética a Nicômaco), assinale a alternativa que corresponde à classificação de justiça constante do texto: "... uma espécie é a que se manifesta nas distribuições de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois aí é possível receber um quinhão igual ou desigual ao de um outro)..."

a) Justiça Natural.

b) Justiça Comutativa.

c) Justiça Corretiva.

d) Justiça Distributiva.

Comentários

ALTERNATIVA A = novamente tentando misturar questões de justiça natural com Aristóteles. *Fuja loko!*

ALTERNATIVA B e C = a justiça comutativa é a do meio termo (reparadora ou **corretiva**).

ALTERNATIVA D = o excerto trata justamente da aplicação da igualdade em sentido material, com a distribuição de bens pela sociedade. Temos, sem dúvida, justiça distributiva.

A assertiva está **D correta**.

Note que é nas ideias aristotélicas de justiça distributiva que encontramos as raízes de duas concepções muito presentes nos dias de hoje: (a) igualdade material = tratar desigualmente os desiguais, na medida de duas desigualdades (**dar partes iguais para pessoas iguais e dar partes desiguais para pessoas desiguais**); (b) ações afirmativas = distribuição equânime e proporcional de bens sociais. Um exemplo ameno da primeira é a adoção do princípio da capacidade contributiva (progressividade) na tributação e um exemplo mais apimentado da segunda são as cotas (para universidades e cargos públicos).

FIQUE ATENTO!

O que se deve tomar cuidado é que Aristóteles não defendia uma igualdade material sem reservas (socialização inadvertida das benesses sociais), mas considerava, para se fixar a justiça na distribuição dos bens, a importância do mérito (avaliação subjetiva do merecimento ou não de benefícios). Essa parte de sua teoria é constantemente esquecida ou ignorada (porventura propositadamente) na atualidade.



ESQUEMATIZANDO

Justiça COMUTATIVA ou CORRETIVA	Justiça DISTRIBUTIVA ou COOPERAÇÃO
Relação sinalagmática (pode ser episódica) Relação de oposição (as partes querem coisas diferentes – ex: compra e venda)	Relação plurilateral Relação de cooperação (as partes querem a mesma coisa (ex: contrato social)
Equilíbrio = meio termo entre ganhos e perdas.	Avaliação do mérito, com distribuição de bens (ações afirmativas e merecimento).

Se Aristóteles tivesse parado aí ele já teria proposto uma das mais completas teorias de justiça de todos os tempos. Mas não é que o homem foi adiante?! Não bastassem todos os conceitos expostos na obra *"Ética a Nicômaco"*, ele voltou a discutir o tema na obra "*Política*", sob o fundamento de que para dar acabamento à teoria seria preciso um **modelo capaz de avaliar com precisão o que é justo no caso em concreto**. É nesse campo que surge a equidade.

A lei demanda um mecanismo que lhe dê flexibilidade, corrigindo as injustiças que surgiriam da sua aplicação excessivamente rigorosa.

Há um aforismo latino que explicita bem por que ele entendeu ser criteriosa a existência de um mecanismo para dar maleabilidade à aplicação da lei, na busca da justiça: "*summum jus summa injuria*" – o maior direito é a maior injustiça. Como a lei é geral e abstrata, sua aplicação inadvertida a todos os casos (de modo indistinto) levaria invariavelmente a injustiças em situações concretas pontuais (extraordinárias). A equidade, assim, é a última peça necessária para se completar a teoria aristotélica de justiça. Ela não é o justo segundo a lei, mas sim o **justo no caso concreto** (apesar da lei: tornando pleno o seu conteúdo).

CURIOSIDADE

Aristóteles comparava a equidade à **régua de Lesbos**. Lesbos era uma ilha grega na qual os construtores utilizavam uma régua de metal flexível (possivelmente chumbo) para medir blocos de granito. Por sua flexibilidade, essa régua podia ajustar-se às irregularidades das pedras. Da mesma forma, **a equidade não mede aquilo que é normal, mas as variações e curvaturas inevitáveis nos fatos e experiências humanas**. O cumprimento cego das normas, sem se atentar às especificidades do caso concreto, não leva à justiça. É preciso FLEXIBILIDADE (equidade).

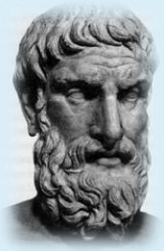
E para não deixar NADA de fora; para citar TUDO, podemos ainda complementar com as noções de justiça social e participativa. A justiça **SOCIAL** remete à paz e à harmonia nas relações com outros Estados (evitando-se a guerra). Já a justiça **PARTICIPATIVA** envolve a necessidade de os cidadãos participarem da vida política, com capacidade de interferir na tomada de decisões públicas. Agora sim!!!

PEGADINHA

Uma questão final muito importante (e que causa muitas controvérsias) é que no pensamento de Aristóteles as regras de justiça (seja no sentido universal ou particular, social ou participativo) só têm aplicação entre **sujeitos que se encontram em um mesmo patamar político** (por isso falamos em justiça política), o que significa dizer que NÃO há como se discutir justiça entre o senhor e o escravo, o nacional e o estrangeiro, o pai e o filho. *Igualdade, pero no mucho...*

4.1.6 Epicuristas

Você já imaginou como seria se a definição do que é correto ou errado não se fundamentasse no bem (como pensou Platão), nem no meio-termo (conforme o pensamento aristotélico), mas sim no mero agir em busca da felicidade (fugindo da dor). Essa visão é conhecida como **hedonista** (busca por uma vida feliz) e para os epicuristas é o princípio e fundamento até mesmo dos valores morais.



Epicuro de Samos (341-270 a.C) defendeu que o que rege a vida do homem é o prazer e a dor: o homem deve procurar o prazer e gozar a vida, pois a felicidade é a finalidade última da existência. De onde será que ele tirou isso? O pobre coitado sofria de cálculo renal, o que contribuiu para que tivesse uma vida marcada pela dor. Não fosse sua Filosofia apurada, poderíamos jurar que foi pelas pedras kkkk

Se você já está confabulando "*mas se o homem vai buscar loucamente a felicidade, vai se entregar aos desejos como se não houvesse amanhã, vai passar por cima dos outros, vai ser uma zona*", CALMA LÁ! Segundo o pensamento epicurista, a felicidade é conquistada pela paz de espírito ou tranquilidade. É certo que as raízes do bem e do mal são o prazer e a dor, mas esse **prazer** é filtrado pelo sábio, que priorizaria o prazer intelectual ao sensível (carnal), o sereno ao violento, o ético ao grotesco.

"É impossível viver uma vida agradável sem viver de maneira sábia, honrada e justa, e é impossível viver de maneira sábia, honrada e justa sem viver de maneira agradável".



A Justiça, desse modo, advém da ideia de que cada indivíduo deve buscar uma vida prazerosa que não interfira na felicidade alheia. Com base na solidariedade, a justiça está em agir também pensando no outro – o que é justo ou injusto decorre de uma convenção entre os homens na busca da felicidade individual e comum.

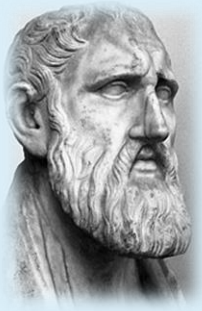
CURIOSIDADE

As ideias de Epicuro tiveram muita difusão no período helenístico (Grécia Antiga), com a criação de vários centros epicuristas na Jônia, no Egito e, a partir do século I, em Roma. Depois disso, seu pensamento ficou adormecido (ignorado) por séculos, até ser "descoberto" pelos utilitaristas Jeremy Bentham e John Stuart Mill (os quais estudaremos adiante).

4.1.7 ESTOICISTAS

Uhuhauahhuahuauh 🤣 Essa seria a reação de um estoicista ao ver uma exposição epicurista, a defender com ardor a busca da felicidade. "*PARE de se preocupar com aquilo que você absolutamente NÃO controla*", diria o estoicista.

Na cabeça dos estoicistas, devemos deixar de nos debater com aquilo sobre o que não temos autoridade, ou seja, temos de nos tornar indiferentes à dor, ao prazer, à pobreza e à riqueza, aceitando as coisas como elas são.



O estoicismo é um modelo de pensamento inaugurado por **Zenão de Cítio** (332-265 a.C.) e posteriormente aperfeiçoado por Marco Túlio Cícero (106-43 a.C.). Com base nas ideias dos **cínicos** (*livre-se das restrições externas da sociedade e dos descontentamentos internos impostos pelos desejos e pelo medo*), enfatiza a paz de espírito, conquistada por uma vida em harmonia com as leis da natureza. O estoicismo manteve-se como a filosofia predominante no mundo greco-romano até o advento do cristianismo.

No pensamento estoicista há um legislador supremo que estabelece regras imutáveis (ao menos imutáveis pela mão do homem). Tudo à nossa volta é governado por leis naturais que impõem coisas boas (a serem desfrutadas) e coisas ruins (a serem aceitas sem contestação, afinal, o homem é totalmente incapaz de alterá-las).

O objetivo do homem deve ser alcançar uma vida em harmonia com a natureza ao viver de acordo (aceitando) as leis naturais e seus desdobramentos.

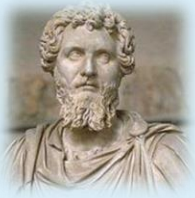
A **justiça**, nesse modelo, nada tem a ver com convenções entre os homens, encontrando-se na sincronia com a reta razão, fonte do direito natural. O papel da ética, por sua vez, é o de mostrar o caminho para a vida de acordo com a razão, devendo fazer imperar a racionalidade sobre os sentidos, livrando o homem de suas paixões, que o escravizam.

Parece que esse pensamento é um beco sem saída? Não leva a lugar algum? Engana-se, ó aprendiz! Aqui estão as raízes do jusnaturalismo, que prega que possuímos direitos naturais que devem ser buscados e respeitados independentemente do ordenamento jurídico positivo.

4.1.8 ULPIANO

Para fechar este capítulo sobre o pensamento jurídico-filosófico da Antiguidade, não haveria melhor forma do que com Ulpiano. Seguindo a definição clássica de Platão (com os aperfeiçoamentos de Aristóteles e após incorporada pelos juristas romanos), ele teria sido o responsável por cunhar a frase clássica que ficaria para a posteridade:

Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu por direito.



É deferido ao jurista romano **Eneu Domício Ulpiano** (150-223) também a autoria do ditame "*Juris Praecepta Sunt haec: Honeste Vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere*", algo como: tais são os preceitos do direito: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence.

E não adianta vir com esse papo de que não gosta de latim kkkk



[39]

A máxima de Ulpiano condensa os princípios gerais que orbitavam na época: **(a)** não ofender (lesar) ninguém = pretensão negativa e ética como princípio de ordem social e condição de existência em sociedade; **(b)** viver honestamente: generaliza o mandamento de justiça sob os enfoques de se viver de acordo com a reta razão e com os bons costumes (direito consuetudinário); **(c)** dar a cada um o que lhe pertence: associa as ideias de reparação e distribuição das benesses sociais conforme o direito.

[39] Charge de Rosali extraída de http://www.filosofia.com.br. Quanto à frase em latim: "a prática leva à perfeição".

4.2 IDADE MÉDIA

Com a queda do Império Romano, o Ocidente experimentou uma inesperada ruptura na estrutura estatal. Praticamente toda a Europa ficou fragmentada (em feudos) e desprovida da unidade jurídica dada pelo Direito Romano.

A Igreja Católica sobreviveu como uma das poucas instituições romanas e as regras do seu direito canônico acabaram se firmando como alternativa de unificação política e de identidade nesse período de desagregação.

Não é sem razão, portanto, que a atenção dos filósofos do período recai sobre as relações entre a religião e o Estado, o divino e o secular, Deus e a justiça.

Os dois principais pensadores desse momento histórico são Agostinho de Hipona e Tomás de Aquino. Vamos conferi-los.

4.2.1 SANTOS AGOSTINHO

Uma tocha iluminava o caminho. Aqui e acolá, a água gotejava; seus sons ecoando no vazio. A pedra fria das paredes, recoberta por musgo, ressentia à solidão. O chão úmido era escorregadio, traiçoeiro. A aparência sombria do local escondia um tesouro de luz: **as obras de Platão**, esquecidas naquelas masmorras escuras e desertas da Idade Média...

Deve ter sido mais ou menos assim que Santo Agostinho teve contato com as ideias do filósofo grego e as incorporou à doutrina cristã. Ou pode tê-las encontrado nas prateleiras de uma biblioteca. Mas aí não teria o mesmo charme, confesse!

Exercícios literários à parte, Gutinho (você já sabe: alcunha carinhosa) segue a linha platônica de justiça como a virtude de se **atribuir a cada um o que é seu**. Inovou, porém, quanto à sua origem, que passa a ser divina (claro): a justiça é a equivalência da cidade dos homens à cidade de Deus.

A Justiça e o Direito provêm de Deus.

"*Que negócio é esse de cidade dos homens e cidade de Deus?*" Agostinho distingue dois reinos: *civitas Dei* (cidade de Deus) e *civitas terrea* (cidade terrena – onde predomina o pecado). A única madeira de permitir com que o povo suba à cidade de Deus é garantir a influência da Igreja no Estado, de modo que as leis terrenas estejam adequadas às leis divinas.

Como corolário, para que haja justiça, a lei positiva (humana) deve estar adequada à lei eterna (divina). A lei eterna é justa, universal e imutável (fundamento das demais leis); a lei humana é imperfeita, em que pese essencial como garantidora da ordem social.



Agostinho de Hipona (354-430), autor de "Cidade de Deus", foi um bispo neoplatônico (idealista: para ele o meio de alcançar o mundo das ideias seria a fé) cuja concepção de justiça se baseava na dicotomia entre o bem e o mal, a alma e o corpo, o divino e o humano, o absoluto e o relativo (maniqueísmo).

A propósito, a justiça é da essência do Direito. Sem justiça o Direito seria uma instituição transitória e puramente humana, iníqua e desprovida de sentido – se não têm a pretensão e capacidade de fazer regras justas, os governantes nada mais são do que um bando de ladrões (assim como os piratas – impõem sua vontade na força). Para serem chamadas de Direito as leis humanas devem estar minimamente aproximadas ao conceito de justiça (lei eterna).



Agostinho ensina que os humanos são seres racionais e têm livre arbítrio. Por isso podem escolher entre o **bem** e o **mal**. A racionalidade é a capacidade de avaliar escolhas e só existe se houver a possibilidade de se fazer a escolha errada. Como Deus é o fundamento de todas as coisas, o mal NÃO existe por si só, mas é a AUSÊNCIA do bem (o mal de um ladrão é a falta de honestidade, assim como o mal do cego é a falta de visão). Um mundo sem mal é um mundo sem homens. Daí por que a lei humana sempre será necessária.

4.2.2 São Tomás de Aquino

Quando você prova algo que tem um sabor diferente, algo que o encanta, fica difícil retroceder. **O caminho da pimenta NÃO tem volta**! Do que eu estou falando? Olhe para o passado: os grandes navegadores cruzavam os mares em busca de especiarias. Arriscavam as vidas para colocar pimenta, coentro, noz-moscada... na mesa dos Europeus. Ainda não está entendendo? Ok, acho que eu dei uma viajada (até o tempo das navegações). Mas é certo que, provando do *tempero grego* já experimentado por Agostinho, Tomás de Aquino também lambeu os beiços e foi à forra: jogou várias pitadas de Aristóteles em seu guisado.

CURIOSIDADE

O respeito e a admiração que Aquino nutria por Aristóteles eram tamanhos que em sua obra "Suma Teológica" ele geralmente o cita apenas como "o Filósofo" (faltou dizer: esse é o cara!).

Bem, seguindo esses passos (não pelas masmorras, mas pelas planícies gregas), Aquino vê a justiça como um problema ligado à virtude de se atribuir a cada um o que é seu, a uma ação humana tangível, alcançável pela **razão**. O Direito, por seu turno, não se liga apenas à lei, mas à razão divina e à razão natural – perceba que temos aqui um viés jusnaturalista.



Tomás de Aquino (1225-1274) foi um frade neoaristotélico (realista) e expoente da escolástica (racionalização do cristianismo com forte ênfase na dialética como método de conhecimento). Pregou que o papel do Estado é realizar o bem comum: "*A justiça é um hábito virtuoso, é preciso uma predisposição de espírito para realiza-la, associada a percepção do bem comum, para além de uma perspectiva individual*".

Pois bem. A justiça consiste na virtude prática, na ação, no hábito de dar a cada um o que é seu, segundo uma **proporcionalidade**. A igualdade implícita, desse modo, não estaria concentrada nas coisas, ou nas coisas em relação às pessoas (divisão igualitária de bens), mas entre as pessoas (pessoas iguais, com igual merecimento).

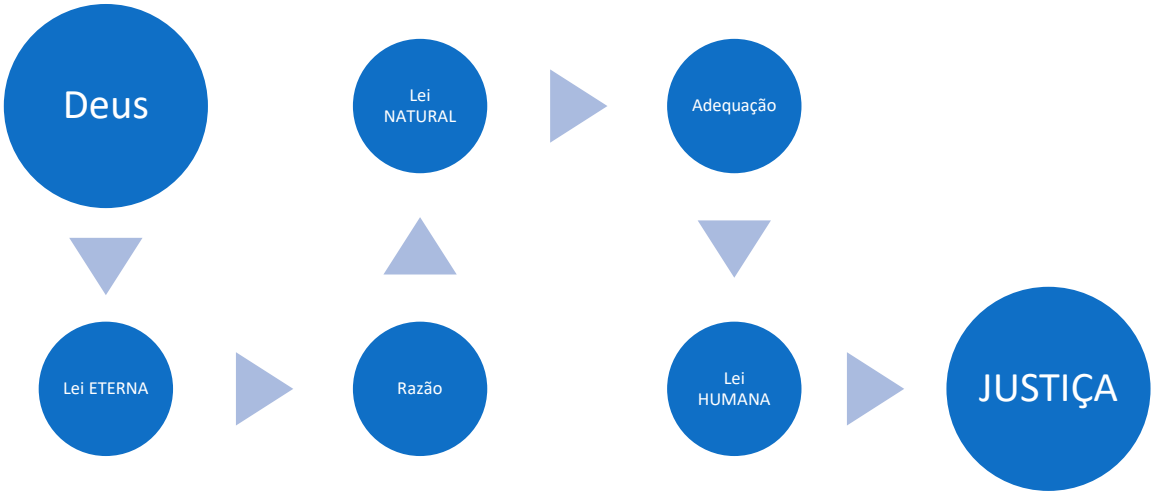
O vigário defende ainda que a sociedade deve ser regida por um regime de leis, NÃO por um conjunto de comando dos homens. "*Ihhh! Agora complicou, Jean. Por acaso as leis não são comandos humanos?*" Não é exatamente assim no pensamento aquiniano...

Aquino admitiu uma ordem natural do mundo, abaixo da ordem divina: no ápice de tudo está a lei de Deus (*lex aeterna ou lex naturalis),* que deve ser investigada pelos homens para a criação da *lex positiva*, que será mais ou menos justa conforme se aproximar da lei natural.

ESQUEMATIZANDO

(1) **Lei ETERNA** = vinda diretamente de Deus para reger o Universo; (2) **Lei NATURAL** = tradução da lei divina para a linguagem dos homens (por meio do dom da razão), estabelecendo o código moral e ético (certo/errado, justo/injusto); (3) **Lei HUMANA**

(positiva) = lei criada pelo homem para governar questões cotidianas e viabilizar o funcionamento das comunidades (regulamenta e integra a lei natural).



O esquema organizacional da administração da justiça é o seguinte: (a) em uma sociedade existe a necessidade de vários juízes para que se efetive a justiça; (b) é preciso também que o legislador antecipadamente preveja (antes da ocorrência dos fatos) os casos acessíveis à capacidade humana e passíveis de resolução; (c) os juízes deverão seguir as regras criadas pelo legislador, sem se envolver subjetivamente, tratando as questões de modo objetivo (pela aplicação da lei). Assim sendo, **as decisões estarão sempre de acordo com a lei natural**. Por corolário, não é um conjunto de decisões humanas que rege a justiça, mas em última instância a aplicação da lei de Deus – ainda que por intermédio da lei humana, que deve estar em consonância com a lei natural.

Aquino incorpora ainda os preceitos aristotélicos de justiça. Se você conseguiu compreender bem quando estudamos o filósofo grego não terá qualquer dificuldade aqui. Confira trecho da obra "Suma Teológica":

> *"Há duas espécies de justiça. Uma consistente no mútuo dar e receber; p. ex., a que consiste na compra e venda em outros tratos ou trocas semelhantes. Esta é chamada pelo Filósofo (Aristóteles) justiça comutativa ou reguladora das trocas ou tratos; e essa não convém a Deus, segundo aquilo do Apóstolo (Rm 11, 35) (Paulo de Tarso): Quem lhe deve alguma coisa primeiro para esta lhe haver de ser recompensada? Outra consiste na distribuição e se chama justiça distributiva, pela qual um governador ou administrador dá segundo a dignidade de cada um. Ora, assim como a ordem devida, na família ou em qualquer multidão governada, demonstra a justiça do governador, assim também a ordem do universo manifesta, tanto nos seres naturais, como nos dotados de vontade, a justiça de Deus. Por isso diz Dionísio: Devemos ver a verdadeira justiça de Deus no distribuir*

ele a todos os seres segundo o que convém à dignidade de cada um, e no conservar cada natureza na sua ordem própria e virtude".

QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

(2016 OAB XX) Na sua mais importante obra, a *Summa Theologica*, Santo Tomás de Aquino trata os conceitos de justiça comutativa e de justiça distributiva de uma tal maneira, que eles passariam a ser largamente utilizados na Filosofia do Direito. Assinale a opção que apresenta esses conceitos, conforme expostos na obra citada.

a) A Justiça Comutativa regula as relações mútuas entre pessoas privadas e a Justiça Distributiva regula a distribuição proporcional dos bens comuns.

b) A Justiça Distributiva destina-se a minorar os sofrimentos das pessoas e a Justiça Comutativa regula os contratos de permuta de mercadorias.

c) a Justiça Comutativa trata da redução ou diminuição das penas (sanção penal) e a Justiça Distributiva da distribuição justa de taxas e impostos.

d) A Justiça Comutativa regula a relação entre súditos e governante e a Justiça Distributiva trata das relações entre diferentes povos, também chamadas de direito das gentes.

Comentários

Aquino incorporou os conceitos de Justiça Distributiva e Justiça Comutativa de Aristóteles. A Justiça Distributiva decorre da divisão política de bens em uma comunidade (igualdade). Já a Justiça Comutativa envolve as relações entre os indivíduos, especialmente quando há abuso, agindo de maneira corretiva ou reparadora.

A assertiva **A** está **correta**.

CURIOSIDADE

Aquino propõe a **teoria do duplo efeito** ("Suma Teológica" - II Seção da II Parte, Questão 64, Artigo 7) segundo a qual **existem situações em que é justificado produzir uma consequência ruim se ela é apenas um efeito colateral da ação e não intencional, desde que voltada a um resultado bom** (ex: carro sem freios que converge à direita, matando uma pessoa para salvar uma procissão que seguia a frente). Essas são as chamadas "escolhas trágicas" na campo da justiça.

JURISPRUDÊNCIA

"Doutrina do duplo efeito, segundo Tomás de Aquino, na Suma Teológica (II Seção da II Parte, Questão 64, Artigo 7). Não há dúvida quanto a serem, os servidores públicos, titulares do direito de greve. Porém, tal e qual é lícito

matar a outrem em vista do bem comum, não será ilícita a recusa do direito de greve a tais e quais servidores públicos em benefício do bem comum" (STF, Rcl nº 6568, Rel. Min. Eros Grau, j. 21/05/2009).

ESQUEMATIZANDO

SANTO AGOSTINHO	SÃO TOMÁS DE AQUINO
+ patrística = baseia-se na fé	+ escolástica = busca conciliar a fé com a razão
+ **neoplatônico** = idealismo	+ **neoaristotélico** = realismo
+ "Cidade de Deus"	+ "Suma Teológica"
Justiça é dar a cada um o que é seu.	

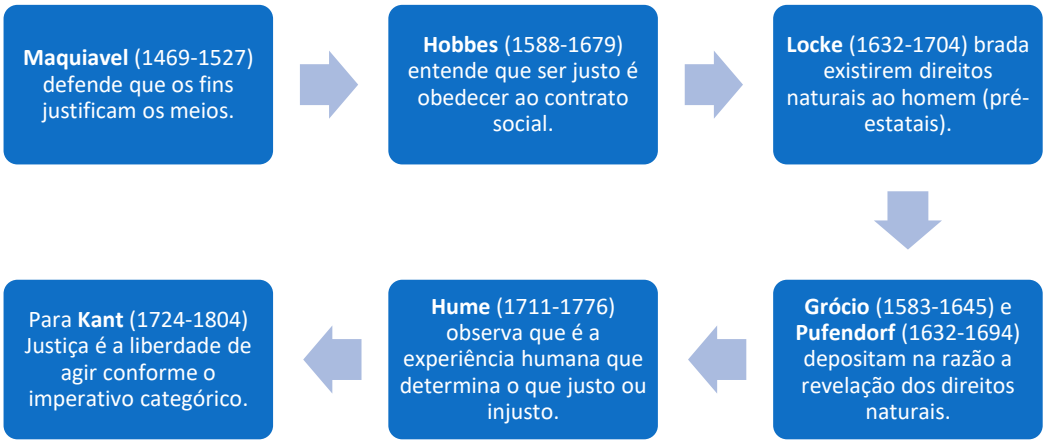
4.3 MODERNIDADE

No apagar das luzes da Idade Média (com o perdão do trocadilho) tem início um movimento responsável por resgatar as ideias propostas pelos filósofos gregos, em contraposição ao pensamento teleológico que predominou durante a "Idade das trevas": o Renascimento – por se descolar do teocentrismo, retomando a posição central do homem, o período também é chamado de Humanismo.

Por falar em luzes, em seguida, capitaneado por Locke, Rousseau, Montesquieu e Kant, surge o Iluminismo, que funda suas teorias na razão, não mais na fé.

Acontece que a par de toda essa produção cultural, o absolutismo cresce com a reunificação dos Estados. O governo assume o monopólio da administração da justiça e passa a pesar sobre a sociedade como a maior força motriz de injustiças.

Como resultado, as discussões deixam o âmbito da justiça em abstrato e passam a se dar no campo concreto, dos direitos que podem ser exercidos, inclusive (ou especialmente) com relação ao (ou em face do) Estado.



4.3.1 MAQUIAVEL

"**Os fins justificam os meios**". Pronto. Acabou. Podemos passar ao próximo pensador rsrsrs.

Brincadeira. Vamos falar um pouco mais do pensamento *maquiavélico*. É que ele tem uma enorme importância para a política, mas para a filosofia possui menor peso: o conceito de virtude de Maquiavel é tudo aquilo que é necessário fazer para se atingir o poder e para mantê-lo. Perceba que não há aqui qualquer análise de *moralidade*: é correto tudo o que dá certo (é efetivo) para manter o poder; é errado tudo que não funciona (pode levar à perda do poder).



O teórico italiano *Niccolò di Bernardo dei Machiavelli*, ou apenas **Nicolau Maquiavel** (1469-1527), é reconhecido como fundador da ciência política moderna em virtude de ter retratado o Estado e o governo como realmente são e não como deveriam ser. Sua análise é desprovida de elementos morais em nome da eficiência da política.

É até engraçado: depois de tudo o que falamos sobre justiça, virtude, moralidade, vem Maquiavel e afirma que se houver de ser feita uma escolha, sempre será preferível ser odiado, mas ter força, do que ser amado, mas perder o poder (então, desce o pau!!!).

O bem deve ser administrado a conta-gotas, enquanto o mal, como um jato.

Não é sem motivos que o termo **maquiavélico** acabou universalizado para fins de identificar alguém que é capaz de qualquer coisa (sem escrúpulos) para alcançar seus objetivos (ainda que, em tese, nobres).

Vamos elucubrar. Uma certa população passa reclamar dos tributos. O monarca faz uns cálculos e chega à conclusão de que para manter a saúde financeira do tesouro (e seu estilo de vida nababesco) não poderá baixar os impostos. A população se revolta. Maquiavel não terá dúvida em aconselhar: sufoque a revolução com força avassaladora; espete cabeças em praça pública; espalhe o medo de forma pedagógica. Os fins (manutenção do poder – elemento fundamental à tranquilidade social, conforme prega Hobbes) justificam os meios (terror). No final, é tudo em vista do bem comum rsrsrsrs.

4.3.2 Hugo Grócio

Você está sentando em uma mesa, tentando desvendar nos livros de onde vêm os direitos. Eles provêm do Estado, da razão, da natureza, brotam da terra? De repente, alguém joga um livro pesado à sua frente e diz: "aqui estão as escrituras sagradas. É tudo que você precisa saber". Ou seja: os direitos são oriundos de Deus. Todo o mundo é regido por essas leis (a natureza das coisas e do homem) e o Estado não pode desrespeitá-las, ao contrário, deve observá-las rigidamente.

O que temos nessa alegoria? O **jusnaturalismo** (crença de que há direitos anteriores e superiores ao Estado) teocrático (os direitos têm origem na divindade). Essa visão foi prevalente por muito tempo. Na modernidade, em meio ao racionalismo, vários autores passaram a questionar tal crença teológica, entre eles Hugo Grócio.



O **jusnaturalismo** é o modelo de pensamento baseado no Direito Natural, ou seja, na existência de princípios, normas e direitos universais ínsitos à natureza do homem, os quais se afirmam (ou devem se afirmar) independentemente da vontade humana ou da positivação pelo Estado.

A noção de **individualidade** surgiu razoavelmente tarde na história do homem. Até a era medieval os direitos eram derivados de Deus e da natureza e, principalmente, coletivos (os indivíduos não possuíam direitos próprios de si). Uma mudança de ares iniciou no Século XVI, quando, na Universidade de Salamanca, Francisco de Vitória e depois Francisco Suárez

passaram a teorizar direitos naturais dos indivíduos. Mas foi Hugo Grócio quem assentou, com todas as letras, que os direitos pertenciam aos indivíduos.

A liberdade é um poder sobre nós mesmos.

O homem tem direito à vida, à liberdade e à propriedade e, por corolário, de tomar as atitudes necessárias para defender e exercer esses direitos, inclusive contra o Estado, já que nessa seara o governo não tem autoridade legítima.



Hugo Grócio (1583-1645) cresceu em uma Holanda rebelada contra a Espanha. Como muitos dos pensadores que estudamos, era prodígio: ingressou na Universidade aos 11 anos e aos 16 já era doutor; aos 24 tornou-se advogado geral da Holanda. Por causa de suas opiniões (notadamente a limitação dos poderes da Igreja nas questões civis) acabou sentenciado à prisão perpétua. Fugiu para Paris em um baú.

Grócio buscou se desgarrar da teologia e do absolutismo ao afirmar que os direitos NÃO advêm nem de uma entidade divina, muito menos do Estado, mas sim da condição humana (o próprio comportamento humano produz a lei natural, que é intrínseca ao homem) O conhecimento desses direitos, claro, é alcançado pela reta **razão**.

CURIOSIDADE

Ao afirmar que a lei natural seria ampla a ponto de regular até mesmo a convivência entre as nações, Grócio inaugura a noção que influenciaria o desenvolvimento dos Direitos Humanos e do Direito Internacional.

Samuel Pufendorf (1632-1694), discípulo de Grócio, compreende que a condição humana é universal e inalienável. Todavia, tentou apaziguar o conflito entre o Direito Natural e o Direito Divino. De acordo com sua teoria, ainda que os direitos naturais não tenham origem divina, a inteligência tem. É a inteligência divina que cria as ciências – Deus deu a razão para que o homem (por meio da inteligência) pudesse compreender o mundo e as regras naturais.



4.3.3 David Hume

Tudo ia muito bem para a razão (dominando as paradas de sucesso) até que vem o tal do Hume (empirista radical) e lhe dá uma rasteira: "*vocês estão todos loucos! A aquisição do saber se dá por meios sensoriais, não racionais: é apenas por meio dos sentidos que se pode alcançar o conhecimento*". Adoro esses pensadores que nadam contra a correnteza!



Para repudiar o racionalismo, prevalente na época, o pensador britânico **David Hume** (1711-1776) argumentou que o homem não tem capacidade cognitiva suficiente para, pelo simples esforço do pensamento, revelar a essência das coisas. Felizmente, segundo ele, temos os sentidos corpóreos, que nos permitem a observação.

A tese de Hume é simples e brilhante: você sabe o que é uma bicicleta, não sabe? Agora tente se imaginar no tempo em que existiam apenas os cavalos. De repente me aparece um sujeito com um monte de ferro retorcido, duas rodas e uma correia. Você acha que seria capaz de, sem nenhuma explicação, conceber aquilo como um meio de transporte? "*Ahh, Jean, mas daqui a pouco eu já vi algo parecido antes e sou capaz de deduzir...*" ***Gotcha*!** Vamos construindo nosso conhecimento no decorrer do tempo, conforme adquirimos experiência. Fazemos correlações, identificamos semelhanças e vamos montando o nosso arcabouço cognitivo. Tanto é assim que uma criança normalmente não sabe nada de nada... vai aprendendo aos poucos o funcionamento das coisas mais simples.

E para o cético escocês essa máxima se aplica a todos os campos, inclusive à moral. A própria ética é construída a partir das experiências (dos vícios e das virtudes) percebidos pelo homem no ínterim de sua vivência.

É a experiência humana que determina o que é bom, o que é ruim, o que é justo e injusto.

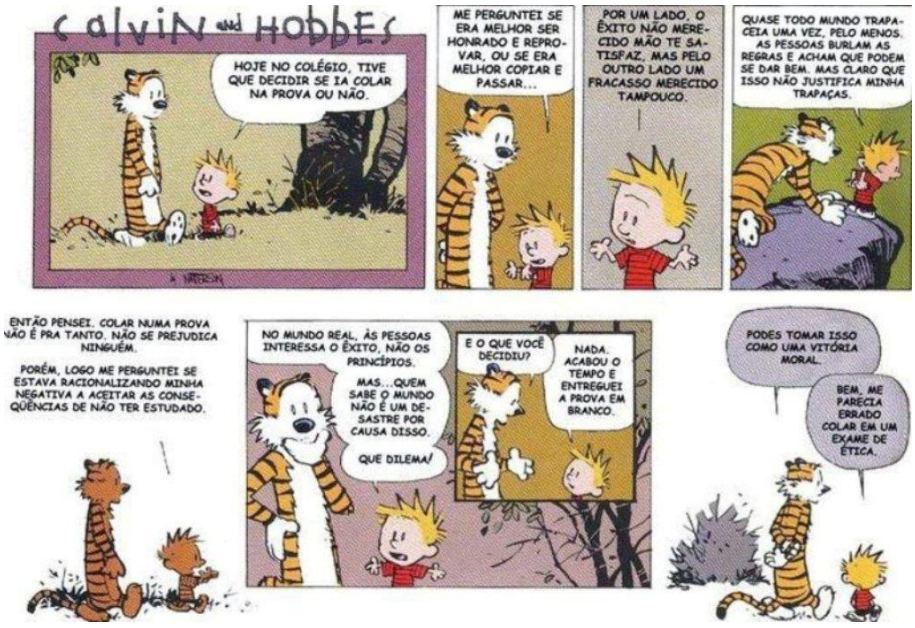
"*Ué, mas se não há determinação prévia (racional), como saber se o que estamos se apropriando pelos sentidos (vendo ou ouvindo) é moral ou imoral?*" O principal critério para a fixação da moralidade seria a utilidade social.

Na visão humesiana a moral só existe por sua própria utilidade, isto é, pela necessidade de se adotar determinados comportamentos para a manutenção da vida (minimamente) harmônica em comunidade, sob pena de se encaminhar a sociedade (e o próprio homem) à autodestruição.

Como não poderia deixar de ser, a utilidade geral é também critério de **justiça**, a qual se funda em uma moralidade social (aquilo que os homens julgam necessário para a sociedade). Logo, o conceito de justiça NÃO é definido por critérios subjetivos (aquilo que alguém ou alguns consideram justo), mas sim pelo que objetivamente se tem como justo na coletividade (útil à sociedade) e que pode ser alterar no tempo e no espaço – você recorda de já ter visto algo parecido? Sim? Claro! **Epicuro** trouxe ideia semelhante (o justo é o que é útil para se chegar à felicidade – hedonismo). E voltaremos a ver algo nessa linha com os **utilitaristas** (Bentham e Stuart Mill).

4.3.4 Immanuel Kant

"*Quem não cola não passa na escola*". Quantas e quantas vezes ouvi essa frase infame. Pior é que ela não é aplicada apenas na educação básica – os estudantes tentam insistentemente mantê-la na universidade. Quando pegos na trapaça, alguns ainda buscam justificar: "*meu gato ficou doente e não consegui estudar*"; "*nós não estávamos colando, estávamos apenas conferindo*"... e por aí vai. Há quem ache que o comportamento é aceitável (muitos o fazem), especialmente se não forem apanhados, ou de menor lesividade social (quase inocente).



Immanuel Kant se perguntaria o que seria do mundo se todos colassem? Que sentido teriam as provas? Como seriam feitas as seleções públicas e a avaliação do aprendizado? E sempre haverá os que não colarão... como ficarão eles? Ora, concorrerão em desigualdade de condições e porventura alcançarão notas mais baixas: INJUSTIÇA e CAOS (esse é o resultado da universalização da cola)! E não é uma questão de ser ou não apanhado: como

podem se olhar no espelho os que trapaceiam? Uma ação é certa ou errada independentemente do resultado prático que trouxer. Há muito mais para além do singelo pragmatismo.

É amig@s... chegamos finalmente a ele: um dos mais importantes pensadores modernos (talvez o maior de todos). O cara é tão *bão* que não tem apenas uma, mas DUAS obras-primas: "Crítica da razão PURA" e "Crítica da razão PRÁTICA".



Immanuel Kant (1724-1804) foi um filósofo alemão nascido na Prússia, em uma modesta família de artesãos. Trabalhou por longo tempo como professor secundário de Geografia, até ser nomeado catedrático da Universidade de Königsberg, cidade da qual nunca saiu (mesmo tendo se tornado, ainda em vida, internacionalmente famoso). Nunca se casou kkkk. Dedicou-se a uma vida tranquila (isso FORA dos livros e da Filosofia, claro, porque nestes ele se aventurou como poucos).

Na "Crítica da razão PURA" Kant tratou do conhecimento, suas condições e possibilidades. Já em "Crítica da razão PRÁTICA" dedicou-se ao justo-injusto, bem-mal, certo-errado. Você acredita que essa divisão já foi objeto de cobrança em prova? Duvida? Então pega essa!

QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

(2013 OAB XI) Boa parte da doutrina jusfilosófica contemporânea associa a ideia de Direito ao conceito de razão prática ou sabedoria prática. Assinale a alternativa que apresenta o conceito correto de razão prática.

a) Uma forma de conhecimento científico (*episteme*) capaz de distinguir entre o verdadeiro e o falso.

b) Uma técnica (*techne*) capaz de produzir resultados universalmente corretos e desejados.

c) A manifestação de uma opinião (*doxa*) qualificada ou ponto de vista específico de um agente diante de um tema específico.

d) A capacidade de bem deliberar (*phronesis*) a respeito de bens ou questões humanas.

Comentários

Segundo o pensamento kantiano divisamos duas espécies de razão: (a) a razão **pura** envolve o conhecimento dos fenômenos e as condições para o seu entendimento; (b) a razão **prática** se preocupa com os valores para a ação e para o julgamento das ações humanas (justo e injusto, bem e mal, certo e errado).

Logo, a assertiva **D** está **correta**.

Vamos primeiro à "**Crítica da razão PURA**".

Os conteúdos abordados nessa obra que se voltam mais à epistemologia (fogem um pouco do nosso âmbito de estudo). Contudo, o tema possui tamanha importância (inclusive com cobrança em provas) que nos obrigamos e estudá-lo (ao menos superficialmente). *Simbora*!

A primeira questão (genseológica) que se impõe é: **é possível conhecer?** Quais são os limites da aquisição de conhecimento? Aqui a batalha se dá entre os *dogmáticos* e os *céticos*.

Para o **dogmatismo**, as coisas são acessíveis ao conhecimento, tanto no campo da percepção quanto do pensamento, uma vez que não há uma relação entre o objeto a ser conhecido e o ser cognoscente. Já para o **ceticismo** o sujeito é incapaz de apreender o objeto tal como existe na realidade. Por corolário, não devemos julgar (abstenção de julgamento), já que nada sabemos. A realidade é um mistério indecifrável.

Kant aparece para apartar a briga. Segue Johannes Hessen ao trilhar o **criticismo**, "um meio termo entre a temeridade dogmática e o desespero cético" (Hans Welzel). Ele caminha sobre a *dúvida metódica* de Descartes. Podemos aprender (o conhecimento é possível) mas com cautela.

O passo seguinte é determinar a origem do saber. Ele **provém da razão ou dos sentidos (experiência)?** Há quatro posições quanto ao tema: racionalismo, empirismo, intelectualismo e apriorismo.

"O **racionalismo** não só elege a razão como sede única do saber como também somente atribui ao conhecimento logicamente necessário e universalmente válido [...]. O **empirismo** em contrapartida, indica a experiência como única fonte do conhecimento. Alega que o espírito não contém recursos próprios que influenciem a cognição, pois é uma tábua rasa; uma 'folha em braço, onde a experiência escreve'"[40]

RACIONALISMO	EMPIRISMO
Deposita no uso da razão a compreensão do mundo (raízes em Aristóteles e Aquino).	O conhecimento provém da experiência dos objetos no mundo (Locke e Hume).
Crítica: como considera que existem ideias prévias ao conhecimento (conteúdos inatos), pode descambar ao subjetivismo e ao relativismo pessoal.	**Crítica**: como o conhecimento depende da experiência é difícil dotar à compreensão das coisas um caráter universal (tudo depende dos olhos de quem vê).

Aristóteles, ao desenvolver seu **intelectualismo**, concorda com o racionalismo sobre a existência de juízos logicamente necessários, aplicáveis tanto a objetos quanto a ideias

[40] NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 27.

(exemplo: o todo é maior que as partes). A discordância está na origem desses conceitos, que não seriam produzidos pela razão, mas pela experiência: nada há no intelecto que não passe pelos sentidos.

Mais uma vez caminhando pelo meio termo (ohh sujeito dado a buscar a conciliação, é uma mistura de Aristóteles em mediação familiar), Kant propõe o **apriorismo**, que congrega os fatores: o conhecimento se forma pelo concurso da razão com a experiência.

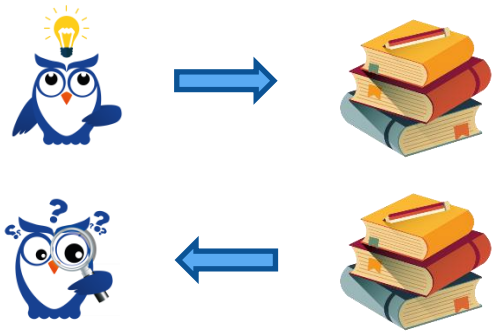


Com sua teoria, o *solteirão* tentou **conciliar** as duas correntes: o conhecimento ocorre em condições materiais advindas da experiência, mas cabe à razão organizar essas experiências para que sejam devidamente conhecidas.

Logo, a experiência é importante, mas é a **capacidade do sujeito de analisar e refletir** sobre o que seus sentidos experimentam que muda tudo (maior importância ao sujeito que presencia a experiência).

Você já deve ter ouvido milhões de vezes a frase "precisamos aprender com os erros". Mas tem gente que não aprende! Quer dizer, passam pela experiência, mas sua capacidade de avaliar o que ocorre (razão) é deficitária. Há outras pessoas que, perante acontecimentos do dia a dia, são capazes de desenvolver raciocínios fantásticos (produzir enorme conhecimento). É a isso que Kant se refere. Entendeu?

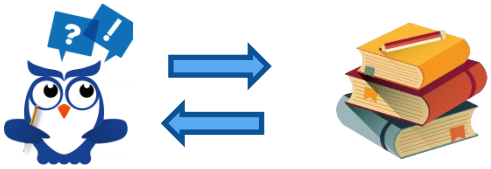
Essa nova perspectiva apresentada (mudança da relação entre o observador e o objeto de estudo) foi tão importante que é chamada *Revolução Copernicana de Kant*[41] e foi denominada **idealismo transcendental** (ou apriorismo).



Racionalismo = o uso da razão leva à compreensão do mundo.

Empirismo = o conhecimento provém da experiência sobre o mundo.

[41] A Revolução Copernicana (de Copérnico) diz respeito à alteração da compreensão de que a Terra era o centro do universo (sistema teocêntrico) para afirmar que o sol era o seu centro (sistema heliocêntrico). No caso de Kant, a produção do conhecimento desloca-se do objeto para (também) o observador.



Idealismo transcendental = tanto a razão quanto a experiência são necessárias para compreender o mundo.



(2010/CESPE/DPU/Defensor Público) Considerando as concepções teóricas do empirismo e do racionalismo, julgue o item a seguir:

Segundo o racionalismo, todo e qualquer conhecimento é embasado na experiência e só é válido quando verificado por fatos metodicamente observados.

Comentários

O racionalismo defende que o conhecimento é obtido por meio da razão – pela qual se desenvolve a compreensão do mundo. O item descreve, em verdade, o que prega o empirismo, corrente pela qual o conhecimento é apreendido pela experiência e deverá ser verificado a partir de um método (como a metodologia científica: uma hipótese é testada empiricamente – solte uma maçã. Caiu ao solo? Boa! Gravidade comprovada).

O item está **ERRADO**.

Pronto. Agora podemos nos concentrar na "**Crítica da razão PRÁTICA**".

Esta obra é completamente essencial para todo jurista que se preze (embora poucos saibam disso rsrsrsrs). Tem muita coisa para falar aqui e o *exquema* é violento. Vou tentar ser o mais didático possível (Kant não é para os fracos), mas é seu trabalho ter muitaaaa atenção. Se estiver cansado ou algo do tipo, é hora de pegar aquele café e voltar com força renovada!



Voltou? Está 100%? Então BORAAAA.

A razão prática é um campo filosófico no qual Kant reflete sobre a ética, a moral, o Direito e a política. É o campo reflexivo em que são buscadas soluções para o agir de modo correto, justo, bom. Sabe aquela foto da estátua do pensador que aparece logo no início desta aula? É aquilo... o sujeito ali, apoiando o cotovelo no joelho, a mão sob o queixo... refletindo sobre o certo e o errado...

Pois bem. E após mergulhar no campo reflexivo (divagar), com pose característica e tudo... **como que faz para dizer o que é certo e o que é errado?**

Tomemos uma situação concreta: você está escalando um paredão rochoso com seus amigos. Você é o que está mais acima e seus dois colegas seguem mais abaixo. Quando vocês estão quase no topo... adivinha? Você percebe que o peso é excessivo para a única corda que os sustenta e ela vai se romper a qualquer momento (se você disser que tem de ter uma corda de segurança e tentar acabar com meu exemplo filosófico eu acabo contigo!!!). Você cortaria a corda para se salvar (aliviar o peso), matando seus dois amigos? Essa é a única saída! Ou você arrisca morrerem os três (inevitável), ou se salva (manda seus amigos morro abaixo e, ao mesmo tempo, para cima: para o céu). E aí? **Qual é a coisa certa a se fazer?** Você tem 10 segundos para decidir, antes que a corda arrebente...

O nosso Código Penal tutela o estado de necessidade[42]. Quer dizer: se você cortasse a corda, possivelmente não seria punido. Há um conflito de vida vs. vida (e não é uma questão matemática de uma contra duas, mas de peso dos bens jurídicos envolvidos). Juridicamente, se cortar a corda é realmente a única saída viável, meta o canivete sem dó, salve-se e depois contrate um bom advogado (o sacrifício maior será da sua saúde financeira kkkkk). Mas e no pensamento de Kant, essa ação seria aceitável, defensável? Dificilmente.



TOME NOTA!

Uma vontade boa **determina-se a si mesma, independentemente de qualquer causalidade empírica**, sem preocupar-se com prazer ou dor que a ação possa provocar. Uma moral que se determina por causas empíricas cai no egoísmo. A busca da felicidade própria concerne à faculdade inferior de desejar; relaciona-se às inclinações da sensibilidade e NÃO à razão, jamais podendo servir de fundamento a uma noção de certo e errado, pois é subjetiva, alterando de pessoa para pessoa (e ninguém quer ficar seguindo a lei dos outros).

O pensamento kantiano sobre certo x errado NÃO se pauta no resultado obtido com a ação (se positivo ou negativo) e nem se liga a elementos circunstanciais. O núcleo do seu raciocínio está em **imperativos** (categórico e hipotético). Vamos tentar entendê-los.

O **imperativo HIPOTÉTICO** é um raciocínio condicional e consequencial do tipo "se x então y" (exemplo: se não quer ir preso, não roube). Temos aqui ação e consequência. Perceba que esse é o modelo utilizado pelas leis: "apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa" (artigo 168 do Código Penal). Se se apropriou, vai ficar recluso (em tese kkkk). E isso não é exclusividade da

[42] "Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se" (artigo 25 do Código Penal).

legislação criminal. “Nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção” (artigo 447 do Código Civil). Se houve evicção (perda da posse da coisa comprada por causas que não vem ao caso discutir aqui: se quer saber, VÁ ESTUDAR Civil rsrsrsrs), o vendedor responde por reparar o comprador.

Já o **imperativo CATEGÓRICO** impõe de formal geral que apenas **as ações que puderem ser universalizadas podem ser consideradas boas, justas, corretas**.

O princípio universal da correção é a UNIVERSALIZAÇÃO.

Para saber se algo é bom ou ruim, certo ou errado, justo ou injusto devemos universalizar a ação e verificar se, como resultado, não haveria lesão à liberdade alheia, quer dizer, se todos poderiam agir daquele modo (como se a ação fosse uma regra universal válida para todos) sem prejudicar a liberdade geral de agir de igual maneira (compatibilização das liberdades).



Tudo o que há na natureza se conforma por suas leis naturais (instintos inescapáveis), exceto o homem, que, na condição de ser racional, conforma-se, ao menos em parte, por leis universais que ele próprio formula – os seres racionais são autônomos (podem se guiar por suas próprias leis) e têm uma dignidade particular (o homem possui valor absoluto e não pode jamais ser tratado como meio, ideia que fundamenta a dignidade humana moderna).

Quanto aos fenômenos físicos, eventos da natureza e até mesmo o comportamento instintivo de um animal selvagem (mundo **fenomênico**), não há que falar em justo e injusto (não é sequer possível prever o grau de liberdade para um fenômeno físico). Não adianta ficar chorando pela enchente (que destruiu tudo pelo caminho) ou porque o leão comeu a pobre gazela. E o homem também tem sua parte regida pela biologia (mecanicismo natural). Eu sei que não é justo que tenhamos de dormir quando queremos estudar para passar em concurso. Mas chega um ponto em que nada mais podemos fazer... os olhos se fecham e pronto.

De toda forma, em boa medida, podemos escapar dos instintos naturais e se guiar pela razão (mundo **numênico**). É nesse âmbito que reside a liberdade, incide a razão prática e é possível se falar em autonomia de agir. É nesse campo que surge a necessidade de se estabelecer o certo e o errado. Exemplo: o instinto natural do homem é se reproduzir, mas conseguimos refreá-lo (até que se prove o contrário) no Ocidente (onde prevalece a moral judaico-cristã monogâmica).

Agora imagine que um certo sujeito (ou sujeita rsrsrsrs) resolva que a monogamia está "em baixa" e que vai manter comportamento pessoal poligâmico (quer queiram, concordem ou mesmo saibam seus respetivos parceiros). Isso seria justo, correto? Claro que não! E se for em um país poligâmico, em que todos saibam e concordem com múltiplas as relações afetivas? Aí em tese não haveria problema (universalização). Restaria apenas discutir se há, racionalmente, uma prevalência da monogamia.

É por isso que não se pode confundir máximas com leis práticas. As máximas são regras válidas apenas para a própria vontade do sujeito (individual). Já as leis práticas são regras válidas para todo ser racional (universal). O indivíduo NÃO pode pretender que suas máximas sejam universais, nem que as regras práticas estejam sujeitas a juízo de conveniência (algo como: não vou matar, exceto se a corda estiver arrebentando).

LEIS PRÁTICAS	MÁXIMAS
+ regras válidas para todo ser racional (universal).	+ consideradas válidas apenas pela própria vontade do sujeito (individual).

Claramente, não podemos compreender o imperativo categórico como um código de mandamentos morais. Trata-se, ao contrário, de um princípio geral (da universalização), que permite um raciocínio objetivo: quando uma pessoa está em dúvida sobre se algo é certo ou errado (um comportamento seu ou de terceiro), deve raciocinar se a máxima (vontade de atuar de certo modo) poderia ser universalizada (valer para todos), como se fosse uma legislação universal. **Conforme a resposta**: (a) não haveria qualquer problema... todos poderiam agir assim sem lesar os demais e a vida seguiria em paz e tranquilidade = CERTO; (b) seria o CAOS! Haveria interferência da esfera de direitos de uns sobre a dos outros (lembre-se: o seu direito acaba onde começa o meu) e salve-se quem puder = ERRADO.

Não vamos ficar só na teoria! Colocando o raciocínio em prática: a esposa chega para o marido e pergunta: "*você acha que eu estou gorda*?". E aí???? *My gosh*!!!!! Essa é a pergunta imperguntável, pois a resposta sincera é irrespondível! Kant é o único que não teria dúvida alguma em responder: "*Meu amor, talvez você esteja um pouco acima do peso considerado ideal, mas por via das dúvidas podemos conferir o IMC*". Segundo seu pensamento (teórico, não sobre se a esposa que ele não teve está gorda... ahhhh talvez aí esteja a razão de ele nunca ter se casado!!! Sua teoria seria arruinada!) ainda que mentir possa ter um efeito positivo (evitar um roda pau e manter a autoestima da esposa) a universalização dessa máxima seria uma tragédia: imagina se todos mentissem sempre que fosse conveniente...

Perceba que de modo diverso do imperativo **hipotético**, no qual a ação tem uma finalidade específica (age-se de dada maneira para alcançar um objetivo), o imperativo **categórico**, como mecanismo da razão, busca uma resposta correta mesmo que, naquela situação

pontual, acabe trazendo um resultado indesejado (brigar com a esposa). Claro que, de modo amplo, o imperativo visa a um objetivo geral (permitir a convivência harmônica entre os homens por meio de comportamentos justos – se a mentira fosse universalizada corroeria o nível de confiança entre as pessoas e não haveria negócio jurídico ou relacionamento que escapasse), mas isso de maneira abstrata, não concreta (para confirmar que se está respeitando a dignidade alheia).

ESQUEMATIZANDO

Imperativo HIPOTÉTICO	Imperativo CATEGÓRICO
Raciocínio condicional e **consequencial** do tipo "se x então y".	Apenas as ações **universalizáveis** podem ser consideradas justas, boas, corretas.
A ação é considerada boa como meio para se atingir certo fim (exemplo: se quer comprar um imóvel, utilize escritura pública para fins de publicidade geral e porque senão o negócio não vai ter eficácia perante terceiros de boa-fé – CC, art. 108).	A ação é objetivamente boa (por si mesma), SEM relação necessária com um fim específico (exemplo: NÃO mate. Por quê? Porque não e ponto! Matar é algo ruim... errado. Mas e se ninguém souber? Mesmo que fique impune é terrível).

Falamos, falamos e falamos e talvez você ainda esteja em dúvida: mas o que, afinal de contas e de maneira objetiva, é justiça para Kant?

Justiça é a liberdade de agir em conformidade com o imperativo categórico.

Se essa era a sua dúvida, está sanada: para Kant justiça é igual a liberdade. Mas NÃO qualquer liberdade... não uma liberdade de fazer o que quiser pura e simplesmente, mas sim a **liberdade de agir pelo imperativo categórico**. Sintetizando: "age exteriormente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos". É isso!

Decompondo o preceito, temos várias questões (expressas e implícitas) que precisam ser abordados para melhor compreensão: (a) ação exterior; (b) liberdade de agir; (c) coexistência de arbítrios; (d) autonomia (implícita).

O primeiro aspecto que precisa ficar claro que as ações que importam à justiça são as ações externas e práticas (que geram efeito no mundo) – atuação de uma pessoa que pode

influenciar no campo de liberdade alheio. Questões puramente internas não interessam para esse fim. Pode-se até mesmo se falar em liberdade interna e externa.



LIBERDADE INTERNA	LIBERDADE EXTERNA
Eu comigo mesmo	Eu em relação aos demais
Conflito interno de quereres (ex: ser ou não ser? Doce ou salgado?)	Conflito externo de arbítrios (ex: escola sem ou com partido)
Dever de perfeição pessoal	Dever para com os outros
Liberdade moral	Liberdade jurídica
Faculdade de adequação à razão	Faculdade de agir no mundo

O segundo ponto é que, na visão kantiana, a defesa da liberdade é a razão para que o homem se reúna em sociedade. Mas como assim? O homem não era totalmente livre no estado de natureza? Como dito, essa liberdade era muito insegura, na medida em que a liberdade total de um (de fazer tudo que lhe viesse à cabeça) invariavelmente se chocava com a dos outros e, no fim, ninguém era livre para nada. É só na sociedade que o homem consegue controlar as liberdades, conformá-las, pô-las a atuar em harmonia.



O Estado garante justiça quando disponibiliza aos seus cidadãos um conjunto de garantias por meio das quais há a possibilidade de expressão da liberdade externa, sem impedimentos indevidos e segundo o princípio geral da universalização.

É aí que entra o Direito, a regular justamente as relações entre os arbítrios de sujeitos distintos (o querer de um vs. o querer de outro). O Direito não estabelece propriamente um dever[43], mas um ambiente de coexistência dos arbítrios, limitando a liberdade individual para que TODOS possam usufruir de IGUAL liberdade (convivência das vontades segundo uma lei universal).

Como as ações exteriores dos indivíduos podem influir sobre o campo de liberdade dos demais (a manifestação da vontade de um, expressa em sua ação, pode vir a constituir um empecilho ao exercício da liberdade do outro) o direito em si reporta-se à manutenção da liberdade de cada um segundo uma lei válida para todos (imperativo categórico geral).

Acompanhe-me *como se um filme passasse por sua cabeça*: João e José estão defronte a uma árvore em que há apenas um fruto. Ambos querem o fruto (estão olhando para ele com a boca cheia d'água). Acontece que foi João quem plantou a árvore em seu quintal, regou, cuidou. José está apenas passando por ali e viu (com olhos faiscantes) o fruto com aparência deliciosa. O querer de ambos está em conflito. Vamos universalizar o arbítrio de José: você pode pegar o que quiser, mesmo que não tenha qualquer relação prévia com a coisa desejada. Se for assim acabou o direito de propriedade e vai prevalecer a lei do mais forte. Agora vamos universalizar o arbítrio de João: você pode se alimentar de frutos suculentos, se plantar, cuidar ou comprar. Ao que parece, tal arítrio é universalizável e deve ser adotado como justo. A pretensão de José, inversamente, deve ser limitada, pois injusta.

O Direito é o conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de outro, segundo a lei universal da liberdade.

É por isso que NÃO basta ao Estado garantir a autonomia generalizada (arbitrária), o que nos devolveria ao estado de natureza. Haverá injustiça acaso as ações de um indivíduo interfiram na liberdade dos outros fora dos casos do imperativo categórico. A sociedade precisa ter mecanismos aptos a eliminar esses obstáculos, assegurando que todos usufruam da liberdade de modo igualitário.

Vejamos: em meio à eleição presencial de 2018 surgiu uma grande polêmica (entre outras) sobre a interferência na liberdade de cátedra (acadêmica). TSE e STF foram duros em assentar que essa liberdade (de manifestação do pensamento em ambientes educacionais) não poderia ser cerceada de jeito nenhum. Pois bem. Professores e alunos de uma universidade pública participaram ativamente do movimento de "resistência", arvorando-se como defensores da democracia; contra o Fascismo. No dia seguinte, um grupo de

[43] O conceito de Direito kantiano não se pauta no conjunto de normas, mas na investigação racional, o que irrita os irracionalistas (refutam que o direito provenha da razão), para os quais o Direito é advindo, isso sim, das relações de poder, das vontades, das paixões e interesses humanos – "bastam três palavras do legislador para que todas as bibliotecas pandectistas percam seu valor, tornem-se borrões de tinta" (Von Kirchmann).

estudantes que fazia uma manifestação contra o Comunismo foi expulso do campus a socos e gritos de ordem. O segundo evento não foi digno de grande repercussão midiática e, ao certo, a esse grupo não foi garantida a liberdade de manifestação. Pode essa assimetria? Em tese NÃO.

O ponto é que nem sempre, na prática, as coisas acontecem como deveriam (daí podermos falar em injustiça). De toda forma, a sociedade (por meio de Estado) *busca* implementar condições de igualdade pelo **imperativo hipotético** (Direito). Quando estudamos a autonomia relacionamos suas características com o imperativo categórico; já no caso da heteronomia podemos ligá-la ao imperativo hipotético: uma pessoa faz algo na expectativa de suas consequências (obter os proveitos da lei ou evitar suas sanções).

Assim, não se pode negar que o Direito restringe a autonomia, obrigando o indivíduo a curvar-se a uma vontade que não lhe é própria. Esse possível conflito é solucionado pelo contrato social: as autonomias individuais refletem-se na vontade geral, que assegura a manifestação da autonomia e da coexistência de forma complementar (todos participam na sua elaboração e na submissão aos seus ditames).

Ademais, as limitações levam (e devem mesmo levar) em conta o imperativo categórico, que por ser uma razão universal impõe-se a todos de maneira igual e justa. Deu para entender?

Opa, falando em **autonomia**, faltou fechar os pontos a que nos propomos tratando justamente dela, não é? Vamos fazê-lo.

Kant discorda: **(a)** da noção do humanismo iluminista segundo a qual os desejos emanam do homem e a vivência deles representaria uma espécie de autonomia; **(b)** da pretensão do naturalismo em submeter o homem às leis da natureza. Para ele tanto os desejos como as leis da natureza levariam o homem a uma vida rasa e heterônoma. A vontade deve ser independente da lei natural dos fenômenos, e essa independência se denomina **liberdade**.

Você está entendendo aonde estamos querendo chegar? Retomando aquela ideia que adiantamos ao falar sobre os mundos **fenomênico** e **numênico**, só podemos nos considerar livres se conseguirmos escapar dos nossos desejos, dos nossos instintos, da biologia, da lei da natureza. Pela razão é que o homem chega à autonomia, que ensejará a obediência apenas à lei moral (reconhecida e confirmada pelo imperativo categórico).

A liberdade, portanto, precisa de uma dimensão moral – liberdade é agir moralmente e, por consequência, de acordo com o que realmente somos (agentes morais e racionais).

A liberdade prática é a independência da vontade em relação a toda lei que não seja a lei moral.



CURIOSIDADE

Para Kant a heteronomia da vontade (seguir os desejos) NÃO leva à liberdade, pois o homem estará agindo segundo uma lei (uma determinação) que ele não

produziu para si. **O conceito de liberdade pressupõe obediência à lei moral**, excluindo qualquer forma de consideração egoísta, pois a obediência tem em vista somente o outro, a quem a lei moral manda que se trate como um fim em si mesmo. Os desejos devem ser dominados pela razão (inteligência).

Dentro dessa lógica, podemos definir **autonomia** como a capacidade de uma pessoa de determinar suas ações de acordo com sua vontade, porém sob o julgo da razão (liberdade para decidir conforme o imperativo categórico) – não agir sendo influenciado pelas forças inferiores das paixões, ou pela força externa que provém do arbítrio da natureza ou dos outros.



LIBERDADE como COEXISTÊNCIA	LIBERDADE como AUTONOMIA
+ enseja a limitação recíproca da vontade de cada um, tendo como limite a esfera individual do outro.	+ somente é livre aquele que se torna, através da vontade própria, fonte de suas próprias leis.

Talvez você esteja se coçando para dizer: "*como cargas d'água a lei da moralidade não é imposta de fora???*". Ora, como é ditada pela própria razão, a decisão de agir moralmente nada mais é do que a liberdade de agir com o propósito de conformar a própria ação à lei universal: agir de acordo com a própria razão é ser livre.

Captou tudo? Se não, volte ao início do capítulo e leia de novo. Kant é brilhante quanto importante :D

E para finalizar, não posso deixar de dizer que o *homi* viveu e escreveu em um período histórico marcado pela queda da nobreza e pela euforia com as ideias iluministas – apenas o justo poderia ser universalizado (o poder despótico do monarca e os privilégios do absolutismo não se justificavam). Suas ideias, nesse contexto, foram muito bem-recebidas.

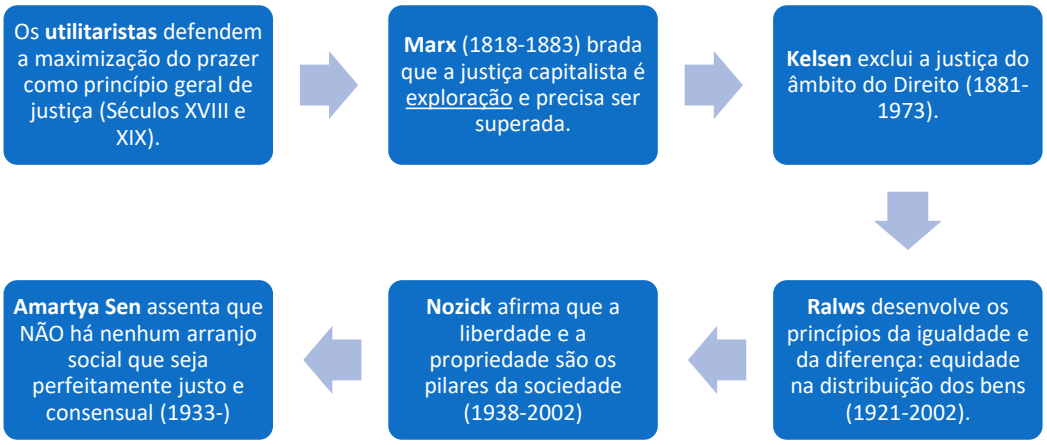
Porém, o paradigma que se afirmou em seguida foi o socializante, âmbito no qual a teoria kantiana é considerada insuficiente. A grande crítica dos defensores do estado social (*welfare state*) é que na perspectiva kantiana (inspiradora do Estado Liberal) não há uma preocupação com a justiça social, com a igualdade *material* e com o bem-estar da totalidade dos membros da coletividade. A atenção maior recai sobre a condição de liberdade para que cada um persiga de acordo com as suas convicções o que melhor corresponde ao seu desejo – o que não seria o bastante à finalidade de bem comum.

4.4 CONTEMPORANEIDADE

A Contemporaneidade sobreveio trazendo consigo concepções utópicas e socializantes de Justiça (como as de Karl Marx e Friedrich Engels) – a lei é vista novamente como um instrumento de dominação, tal como haviam concluído os sofistas. A existência da própria justiça é posta em dúvida.

Na sequência embalou o paradigma de que a moral, a ética e os valores não deviam se misturar com o Direito. A justiça se tornou um fator eventual. Enquanto a guerra se espalhava pelo mundo, as leis pouco (ou nada) podiam fazer para impedir a barbárie.

O cenário de cinzas não impediu que surgissem extraordinárias teorias da justiça, tão antagônicas quanto o pluralismo que se instalou na sociedade. Chegamos aos dias de hoje com muito material para trabalhar: tem concepção de justiça para todos os gostos.



Desafiador, não? Prepare sua lanterna, capacete e vamos explorar essa mina de ideias.

4.4.1 FRIEDRICH HEGEL

Não há maneira melhor de estudar do que beber da própria fonte, não é? Concorda? Ebaaa!!! Então vamos direto às belas palavras do autor, extraídas do prefácio (para ser fácil) de sua obra:

"Segundo minha concepção – que só deve ser justificada pela apresentação do próprio sistema –, tudo decorre de entender e exprimir o verdadeiro não como substância, mas também, precisamente, como sujeito. Ao mesmo tempo, deve-se observar que a substancialidade inclui em si não só o universal ou a imediatez do saber mesmo, mas também aquela imediatez que é o ser, ou a imediatez para o saber. [...] A substância viva é o ser, que na verdade é sujeito, ou – o que significa o mesmo – que é na verdade efetivo, mas só na medida em que é o movimento do pôr-se-a-si-mesmo, ou a mediação consigo mesmo do tornar-se outro. Como sujeito, é a negatividade pura e simples, e justamente por isso é o fracionamento do simples ou a duplicação oponente, que é de novo a negação dessa diversidade indiferente e de seu oposto. Só essa igualdade reinstaurando-se, ou só a reflexão em si mesmo no seu ser-Outro, é que são o verdadeiro; e não uma unidade originária enquanto tal, ou uma unidade imediata enquanto tal. O verdadeiro é o vir-a-ser de si mesmo, o círculo que pressupõe seu fim como sua meta, que o tem como princípio, e que só é efetivo mediante sua atualização e seu fim"[44].

O queeê? Vai me dizer que não entendeu nada?! Kkkkk Se você tivesse entendido alguma coisa eu só poderia dizer: é louc@ ou gênio! A partir daqui vamos sintetizar e simplificar as coisas.

Hegel é um expoente do IDEALISMO, teoria que abrange todas as doutrinas das ideias, desde Platão, e que se apresenta em três facetas: (a) **ontológica**: afirma a existência de entidades ideais (ideias); (b) **epistemológica**: defende que o mundo exterior é interdependente das interpretações feitas pelos sujeitos; (c) **ética**: propõe concepções normativas de fundamentação e de justificação da ação humana a partir da razão.



Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), o alemão desse rostinho assustador aí do lado, parte do pensamento de Kant, mas com a finalidade de superar os aspectos individuais e liberais de teoria kantiana. Seu trabalho possui ressaltado caráter coletivista e servirá de base para o pensamento de Karl Marx.



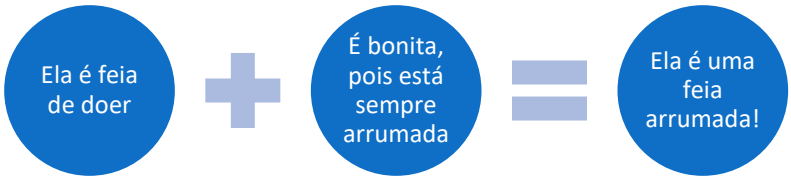
[44] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do espírito*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

O pensamento hegeliano pode ser sumariado por meio de três aspectos fundamentais: (1) historicismo; (2) dialética; e (3) racionalismo.

O **historicismo** tem uma razão óbvia: Hegel atrela a filosofia à história – as pessoas herdam vivências e conceitos e, durante suas vidas, dedicam-se a estudá-los, questioná-los, debatê-los... aperfeiçoando-os e transmitindo-os para a geração seguinte. Desse modo, nada há sobre os seres humanos que não possua viés histórico. E isso vale também para as noções de certo e errado, bom e mau, justo e injusto!

Tente pensar sobre sua base política, moral, ética. É muito comum que as ideias de nossos pais, professores, pessoas públicas (admiradas) vivas e mesmo as que já estão no mundo das almas... acabem tendo enorme influência sobre o nosso modo de pensar e agir. No fim das contas, somos produto de uma herança histórica (somos nós e nossa história).

A **dialética** se apresenta como caminho para o aperfeiçoamento das ideias – método para o progresso do pensamento (embate de uma ideia e do seu oposto, permitindo que se chegue mais perto da verdade): "tese + antítese = síntese".



Se você não gostou do exemplo engraçadinho (esperava algo muito mais intelectual, filosófico, político, jurídico), não vou te deixar decepcionad@. Vamos lá. Tese: o mundo vive tempos de coletivismo. Antítese: os EUA e o Brasil elegeram políticos com propostas liberais. Síntese: embora o coletivismo ainda seja paradigmático (especialmente no mundo acadêmico), o esgotamento do Estado Social (irrefreável déficit das contas públicas) vem fazendo ressurgir a política liberal. Satisfeit@ agora? Eu não queria criar polêmica... mas esses estudantes são mesmo insaciáveis (ainda bem ;)

Por último, a **racionalidade** é a morada da própria realidade: tudo o que é passível de conhecimento pela observação é fruto da racionalidade. "Todo real só é real porque é conhecido por um sujeito que lhe identifica como real, e, nessa medida, aquilo que já foi conhecido, já se tornou real".

O que Hegel quer dizer é que a pessoa é a construtora da realidade (por intermédio da razão, do pensamento). Somente se torna conhecido (e portanto real) aquilo que for refletido, idealizado, internalizado na mente do sujeito.

E se você não está entendo porque estamos falando disso, esclareço: **se a justiça é realidade, ela também é construída pela razão** – é por intermédio da análise do que é racional e do que é irracional que se chega ao conceito de Justiça, a qual se acha associada a um senso de racionalidade que nortearia a formação do Direito.

A ordem advém da intervenção do homem sobre a realidade. À medida que a racionalidade avança a irracionalidade recua.

Para fecharmos o raciocínio, tomemos a compreensão jurídica hegeliana: o Direito se encontra intrinsicamente atrelado a duas noções: a de **liberdade** e a de **vontade** – ao elaborarem suas leis os indivíduos voltam sua vontade em prol da defesa e da construção dos seus direitos. Por isso, o Direito representa o grau máximo de liberdade e de capacidade da vontade humana.

4.4.2 JEREMY BENTHAM

Na Inglaterra do final do século XVII os pais tinham de se habituar com um fenômeno muito frequente e que hoje é uma das maiores infelicidades que se pode imaginar: enterrar um filho. Na época, quatro em cada dez mulheres que chegavam à fase final da gravidez enterrariam o filho antes que ele completasse 15 anos. Por quê? Falta de comida[45]. Um a cada três grãos tinha de ser armazenado como semente para a colheita do ano seguinte. Só que se o inverno se instalasse muito forte ou longo, a fome vinha com ele e a reboque trazia um dilema: com crianças chorando por comida, a tentação era consumir parte dos grãos separados como semente[46].

Tente se colocar na situação de um pai de família nessa Inglaterra pré-revolução-industrial. Os grãos acabaram e lá fora a neve ainda não derreteu. Você tem quatro filhos e um deles está desnutrido, em situação periclitante. No celeiro, 1/3 dos grãos estão armazenados. Talvez se você pegasse uma parte deles... Mas aí você olha para os outros três filhos e sabe que se fizer isso poderá antecipadamente decretar a morte deles (não resistirão à redução drástica de comida para o inverno seguinte). O que você faria? Pesaroso, deixaria o filho doente morrer para salvar os outros três?

Os contratualistas diriam que a vida é um valor fundamental (direito natural), mas não ofereceriam uma resposta prática (diante da situação concreta de conflito entre vida vs. vidas de inocentes). Trata-se de escolha trágica.

Kant teria uma resposta serena: faça a coisa certa, independentemente dos resultados gerados na situação concreta. Você não pode assistir à morte de um filho, tendo meios para salvá-lo (se no futuro você não tiver recursos a história será outra). E não se pode realizar uma comparação circunstancial (3 x 1). O que determina é o imperativo categórico.

---

[45] NARLOCH, Leandro. *Guia politicamente incorreto da história do mundo.* São Paulo: Leya, 2013, p. 92-93.
[46] GEOFFREY, Blainey. Uma breve história do mundo. São Paulo: Fundamento Educacional, 2009, p. 222.

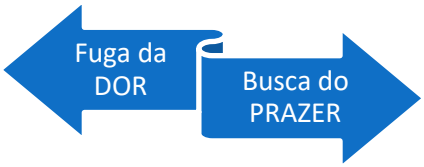
Mas há outra solução (possibilidade), a qual considera as contingências práticas para responder a situações como essa (problemas de certo x errado; justo x injusto; bom x mau), de maneira que se pondere os resultados reais da decisão. Jeremy Bentham nos apresenta o **utilitarismo**.



O utilitarismo pode ser classificado como uma doutrina filosófica, jurídica, ética, política e econômica que se opõe notadamente às teorias contratualistas (de Hobbes, Locke, Rousseau), traçando ao menos três críticas: (1) a existência histórica de um contrato social é questionável e de difícil prova; (2) ainda que se provasse a existência de tal contrato, há pouca ou nenhuma razão para o cumprimento dos compromissos assumidos; (3) os direitos individuais extraídos do contrato conduzem ao individualismo e ao egoísmo.

Mas que complicado! Se não há contrato, não há imperativo categórico, não há direitos individuais, não há obrigações sociais certas, como devemos dirigir nossas ações? O que é que, afinal, rege a sociedade? Bentham tem a resposta na ponta da língua: maximalize o prazer; minimize a dor e tudo dará certo!

Segundo ele, as pessoas possuem dois senhores: o **prazer** e a **dor**. Buscamos evitar a dor e ter prazer. Alguém discorda que não somos muito chegados à dor e gostamos de ter prazer? Parece uma afirmação autoevidente. Fácil, não?



Não está vendo novidade alguma no raciocínio? Jura? Há muita novidade aqui. O utilitarismo quebra com uma tradição que vinha se construindo pelo menos desde a Idade Média (sem contar parcela dos filósofos gregos). Ao partir de uma forte premissa hedonista, chega-se à conclusão de que a busca pelo prazer e fuga da dor devem ser considerados inclusive para verificar **quais ações humanas são boas ou más, justas ou injustas, corretas ou erradas**. Todas as decisões do homem (individuais ou sociais) ficam reduzidas a uma única medida (mede-se tudo com a mesma régua).

É bom aquilo que produzir em suas consequências a maximização do bem-estar e ruim aquilo que piorar o bem-estar.

Estabelece-se, assim, o critério ou princípio da utilidade, que busca dar a problemas de justiça uma solução capaz de trazer um resultado positivo para o **maior número de pessoas possível** (maximização do bem-estar), raciocínio que pode (e deve) ser utilizado tanto em decisões individuais quanto sociais – base para as escolhas que norteiam o ordenamento jurídico e orientam a autoridade estatal na implementação de políticas públicas (sempre voltadas à maximização da felicidade coletiva).



(2015/DPU/Defensor Público) Com relação à filosofia do direito, julgue o próximo item. O utilitarismo é uma espécie de ética normativa segundo a qual se considera correta uma ação se ela colaborar para promover a felicidade, de modo que um indivíduo egoísta, por exemplo, pode ser valorizado, com base nessa proposta.

Comentário

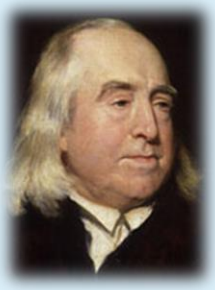
A questão exige o conhecimento mais refinado das características da corrente filosófica. De fato, o utilitarismo é uma ética normativa que direciona as ações à promoção da felicidade geral (fuga da dor e busca do prazer). Todavia, o utilitarismo não dá ênfase ao indivíduo, mas sim o bem-estar da **coletividade**.

O item está **ERRADO**.



JUSTIÇA é a maximização das possibilidades de se alcançar a felicidade: "bem maior para a maioria". Trata-se de evolução (aperfeiçoamento) da ideia hedonista apresentada pelos epicuristas.

A justiça utilitária é a ordenação da sociedade de forma que suas instituições mais importantes sejam planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfação – a partir da soma das participações individuais de todos os seus membros (Henry Sidgwick). Há justiça se a maioria da sociedade possui bem-estar, mesmo que em detrimento do mal causado para uma minoria (balanço geral da utilidade).



Jeremy Bentham (1748-1832), filho de advogado que fez fortuna com transações imobiliárias, estava destinado a uma carreira jurídica e política (como advogado ou juiz), sendo educado em casa e de forma rigorosa (aprendeu latim, grego, música, desenho, dança). Na juventude, por pressão do pai, foi obrigado a pôr fim ao relacionamento com sua amada (de classe social inferior) e a partir daí resolveu que iria casar com os estudos (mais um solteirão convicto).

CURIOSIDADE

Bentham se perguntou qual seria a utilidade de um defunto? Em geral ser doado para os estudos de anatomia. Mas não os grandes filósofos (entre os quais ele se incluiu)... esses deveriam ser preservados para inspirar as futuras gerações de pensadores. Ele instruiu que após sua morte seu corpo fosse embalsamado e mantido exposto como um "auto ícone". E assim foi feito: encontra-se até hoje no prédio principal da Universidade de Londres (ele é levado às reuniões do Conselho Universitário e referido como membro "presente, mas não votante"). Apesar das instruções minuciosas, o processo de preservação empregado na cabeça não funcionou tão bem e ela acabou ganhando uma aparência questionável com o passar dos anos. Foi então substituída por uma de cera, mais apresentável, mas a original permaneceu por um bom tempo aos seus pés (até que foi roubada por estudantes e devolvida apenas após pagamento de resgate).





Demais, não?!

Para Bentham, o objetivo último da lei é garantir a maior felicidade possível para o maior número de pessoas – as normas devem ser analisadas sob uma perspectiva prática: o resultado útil que trazem para o homem (para a sociedade).

Um dos esquemas propostos por ele que causam maior polêmica (tanto que nunca foi adotado) é a **casa de trabalho para pedintes**. Ora, como a existência de moradores de rua diminui o grau geral de felicidade das pessoas (para os de coração mole causa sofrimento; para os de coração peludo causa aversão), é preciso resolver o problema! Ele propôs que os pedintes fossem todos levados (coercitivamente, se fosse necessário) para uma casa (o mais agradável possível) em que trabalhariam para pagar suas próprias despesas (estadia, comida, roupas, medicamentos). Ainda que um ou outro fosse preferir a liberdade das ruas, o nível de felicidade geral aumentaria (em especial os demais cidadãos) e é isso que importa para o utilitarismo.

QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

(2014 OAB XIV) O filósofo inglês Jeremy Bentham, em seu livro "Uma introdução aos princípios da moral e da legislação", defendeu o princípio da utilidade como fundamento para a Moral e para o Direito. Para esse autor, o princípio da utilidade é aquele que:

A) estabelece que a moral e a lei devem ser obedecidas porque são úteis à coexistência humana na vida em sociedade.

B) aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou diminuir a felicidade das pessoas cujos interesses estão em jogo.

C) demonstra que o direito natural é superior ao direito positivo, pois, ao longo do tempo, revelou-se mais útil à tarefa de regular a convivência humana.

D) afirma que a liberdade humana é o bem maior a ser protegido tanto pela moral quanto pelo direito, pois são a liberdade de pensamento e a ação que permitem às pessoas tornarem algo útil.

Comentários

ALTERNATIVA A = o pensamento utilitarista questiona as **consequências práticas** da legislação: a obediência a lei é devida se aumenta a felicidade e o bem-estar social.

ALTERNATIVA C = Bentham defendia a codificação como modelo de se afastar dos costumes que não levavam ao bem-estar da coletividade. Seu trabalho é baseado em consequências práticas, não em uma fundamentação abstrata.

ALTERNATIVA D = a liberdade é tema central para o pensamento kantiano e voltará a ser foco de correntes posteriores ao utilitarismo, como o liberatismo-igualitário de Rawls e o libertarismo. Bentham, contudo, estava mais preocupado com a felicidade geral, ainda que isso pudesse restringir a liberdade de alguns.

ALTERNATIVA B = **exato**! Transcrição das palavras de Bentham: deve-se ponderar as consequências das ações levando em consideração a diminuição do sofrimento e o aumento do bem-estar.

A assertiva **B** está **correta**.

Apesar de sua genialidade e consistência, Bentham deixou flanco aberto a duas grandes **críticas** ao princípio da utilidade: (a) ele não dá bola para a dignidade humana e para os direitos individuais, o que permite que minorias sejam esmagadas...; (b) ele reduz todas as questões morais a operações matemáticas de dor e prazer. E agora José???

4.4.3 JOHN STUART MILL

Filho de um discípulo e amigo de Bentham (o Sr. James Mill), John Stuart Mill buscou salvar a teoria utilitarista, dotando-a de um caráter mais humano e menos aritmético, ao estabelecer que a liberdade é um fator fundamental à vida em sociedade e que o

utilitarismo saberia, sim, diferenciar os prazeres elevados dos rasos (tal qual os epicuristas afirmavam).

As pessoas devem ser livres para fazer o que quiserem, desde que não causem dano aos demais.

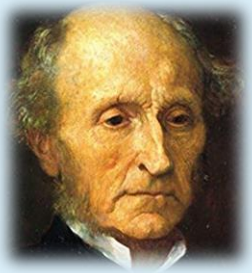
Se você está pensando que pode pegar Mill no contrapé ("*ahh, mas então a liberdade é um valor abstrato maior do que o princípio da utilidade*"), ENGANOU-SE. Esse inglês arretado NÃO veio ao mundo a passeio. Ele defende-se indicando que **o nível de bem-estar gerado pelas ações deve ser considerado em longo prazo, não de maneira imediatista**.

Viaje comigo: Heliópolis é uma favela de São Paulo, uma das maiores do mundo: vivem ali cem mil habitantes. Como ocorre em outras regiões pobres, a área não é urbanizada, o tráfico domina, ocorrem arrastões nas proximidades... aqueles problemas que nós, brasileiros, conhecemos bem. Imagine que o prefeito tenha a ideia brilhante de explodir a comunidade toda (estilo aquele filme "13º Distrito"). Os fundamentos de decisão tão terrível? Diminuição da criminalidade, redução dos gastos públicos, aumento da renda *per capita*, criação de áreas verdes, reurbanização, proteção das encostas... Mais de 20 milhões de pessoas seriam teoricamente beneficiadas. Ainda assim, Mill diria que a medida seria desastrosa do ponto de vista da utilidade: ferir de tal modo a liberdade de tantas pessoas colocaria o governo em xeque, reduziria o grau de esperança das pessoas em construir um futuro melhor, causaria repulsa com o tratamento dado a inocentes... É mais ou menos o que aconteceu na Alemanha Nazista: na época o tratamento dado aos Judeus (minoria) pode até ter agradado à maioria, mas vejam o reflexo a longo prazo: o povo alemão carrega uma cicatriz que até hoje não curou totalmente (com afetação do nível de felicidade).

O mesmo vale para o prazer. É certo que um dos grandes atrativos da teoria de Bentham era a sua objetividade: ele não realizava julgamentos morais (prazer é prazer e dor é dor) – a única base para classificar as experiências é se o prazer é mais ou menos duradouro e intenso; não há que se fazer distinção qualitativa (é presunçoso julgar alguns prazeres melhores do que outros – ler é mais nobre do que jogar videogame?). Mill discorda e o faz sem ter de apelar a questões morais fora do utilitarismo: é claro que às vezes temos vontade de ficar atirados no sofá assistindo televisão (preferimos o prazer vil), mas em geral sabemos bem que em longo prazo isso nos causará mais dor do que prazer (reprovação no concurso, por exemplo). Assim, é sábio investir nosso tempo em prazeres que, de modo imediato, podem até ser "menos prazerosos", mas, por sua qualidade, terão como efeito elevar nosso índice de felicidade, ainda que no futuro. É o caso do estudo da humanística, não é?!

Mill reconhece que ocasionalmente até os melhores homens são tentados a trocar altos prazeres pelos baixos prazeres (Vivaldi por Anita). Mas isso nem de longe significa que não tenhamos completa ciência do que é um e outro e dos efeitos que esses poderão gerar, no decorrer do tempo, em nosso índice de felicidade. Você que está estudando para concurso (padecendo um pouco hoje pelo bem maior de amanhã) sabe bem do que estamos falando.

"É melhor ser um humano insatisfeito do que um porco satisfeito"



John Stuart Mill (1806-1873) nasceu em Londres, filho de um filósofo escocês radicado na Inglaterra. Criança prodígio, foi educado em casa, pelo pai, com a ajuda de Jeremy Bentham e do alfaiate intelectual Francis Place (que nas horas vagas escrevia sobre política). Estudou grego aos três e latim aos oito anos. Aos onze, escreveu sobre a história do Direito Romano. Está bom ou quer mais?



Diferentemente de Bentham, ele não queria ficar para a titia. Só que a mulher dos seus sonhos (Harriet Taylor) era casada e tinha dois filhos. Mill esperou... e esperou... e esperou... Foram VINTE anos de espera. Com a morte do marido de sua amada, finalmente casou-se com ela, a quem sempre creditou o título de companheira e colaboradora intelectual.

CURIOSIDADE

Mill foi membro do Parlamento Britânico, eleito em 1865. Como homem à frente do seu tempo, defendeu principalmente o direito das mulheres, chegando a apresentar uma moção para estender a elas o sufrágio.

Isso é tudo que você precisa saber sobre o utilitarismo? É, em tese vimos coisa pra caramba. Você já conseguiria realizar uma bela análise utilitarista, bem como criticá-la de maneira fundamentada. O problema é que prova é prova e sempre vem com surpresa... então vamos esmiuçar um pouco mais.

INDO MAIS FUNDO!

Os estudiosos costumam apontar como características do utilitarismo: (a) **antifundacionismo** = o utilitarismo se afasta das teorias da justiça que se fundam em ideias abstratas, preferindo uma abordagem prática; (b) **convencionalismo** = significa uma preocupação maior com as convenções sociais do que com a lei (temos aqui uma similaridade com o realismo – vocação de decidir de modo contextualizado com a sociedade); (c) **consequencialismo** = a base do pensamento se volta às consequências das ações (dor e prazer gerados); (d) **agregativismo** = a corrente se preocupa com a

maximização do bem-estar agregado, ou seja, dos influenciados pela decisão e da sociedade como um todo (não dos indivíduos isoladamente).

QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

(2013 OAB XII) O utilitarismo é uma filosofia moderna que conquistou muitos adeptos nos séculos XIX e XX, inclusive no pensamento jurídico. As principais características do utilitarismo são:

A) convencionalismo, consequencialismo e antifundacionalismo.

B) consequencialismo, transcendentalismo e fundacionalismo.

C) convencionalismo, materialismo e fatalismo.

D) mecanicismo, fatalismo e antifundacionalismo.

Comentários

Como acabamos de ver, as características do utilitarismo são o **antifundacionismo** (distanciamento das teorias abstratas da justiça); o **consequencialismo** (remete aos critérios de dor e de prazer para prever quais seriam as melhores consequências de uma decisão); o **convencionalismo** (apego às convenções sociais e políticas) e o **agregativismo** (a maximização do bem-estar deve considerar o conjunto da sociedade, e não os indivíduos isoladamente)

ALTERNATIVA B = transcendentalismo? Nada a ver! Fundacionalismo? Ao contrário...

ALTERNATIVA C = o **materialismo** é a característica pela qual o pensamento filosófico passa a se basear na práxis e não da construção de ideias desconectada do mundo. Embora essa ideia não seja tão distante do utilitarismo aqui falamos em convencionalismo (com ideia semelhante). Deixamos o materialismo para Marx (veremos adiante).

ALTERNATIVA D = **mecanismo** é aquela série do Netflix. **Fatalismo** é a doutrina segundo a qual os acontecimentos são fixados com antecedência pelo destino (pré-socráticos).

ALTERNATIVA A = isso!!!

A assertiva **A** está correta.

Apesar do esforço argumentativo de Mill, o utilitarismo foi em muito suplantado pela prevalência das teorias que tomam os direitos individuais (independentemente de qualquer utilidade) como base da ordem moral e jurídica. John Rawls, por exemplo, em sua famosa obra "*Uma teoria da Justiça*" desqualificou o utilitarismo como um pensamento subjetivista e baseado no senso comum. O autor americano (um dos mais influentes dos dias de hoje – veremos a seguir) aponta que o princípio da utilidade acaba invariavelmente importando na violação de direitos de uma minoria em prol da maximização do bem social.



Em sua crítica ao utilitarismo (ao hedonismo em geral), **Robert Nozick** ataca diretamente o princípio da utilidade: se é verdade que o prazer é nosso mestre, então, se pudéssemos escolher, não haveria motivos para não preferirmos viver em uma realidade virtual provida por uma máquina que nos oferecesse prazer constante e duradouro (*experience machine*). Essa escolha foi dada a Neo, no filme Matrix, e ele tomou a pílula vermelha (para saber a verdade inconveniente[47]); o personagem Cypher, por sua vez, escolheu o prazer – trocou o mingau pastoso por um bife suculento (ainda que de mentira), a dura realidade pela mentira agradável[48]. **O que você escolheria?**

Engraçado que quando levadas ao caso extremo do utilitarismo (como internar coercitivamente moradores de rua) as pessoas costumam escandalizar-se e recuar. Mas o inverso também é verdadeiro: quando levadas ao extremo da defesa dos direitos individuais (sem aceitação de contingências) as pessoas têm dificuldades de aceitar os resultados práticos que podem advir e algumas vezes (sem perceber) dobram-se ao princípio da utilidade. Quer ver? Cereja do bolo...

Um terrorista colocou uma bomba no centro do Rio de Janeiro em pleno Carnaval (embaixo das arquibancadas da Sapucaí). Em trinta minutos vai tudo pelos ares (se você está pensando "*deixaaa explodir*" você é muito mau). Milhões de pessoas vão morrer. Preso, o terrorista diz que não fala de jeito nenhum. Você admitiria torturar o sujeito para obter a senha e desarmar a bomba? Sim? Ué, mas torturar é errado (ferimento grave a direito individual). Você está pensando no bem da maioria (utilitarismo rsrsrs)? Ahh, é porque ele é o culpado? E se você descobrir que a única maneira de obter a senha seria torturar a filha dele de 8 anos (inocente)? Você não seria capaz? Uma criança né... Mas milhões de pessoas vão morrer...

Essas situações trágicas demonstram o quão difícil é tomar decisões morais e como não é fácil, nem de longe, estabelecer um conceito geral de justiça. E também demonstram o quão precipitado é tachar teorias como a utilitarista de ser simplicistas (afinal, diante de um caso extremamente complexo nos agarramos a ela).

Durma-se com esse barulho!

---

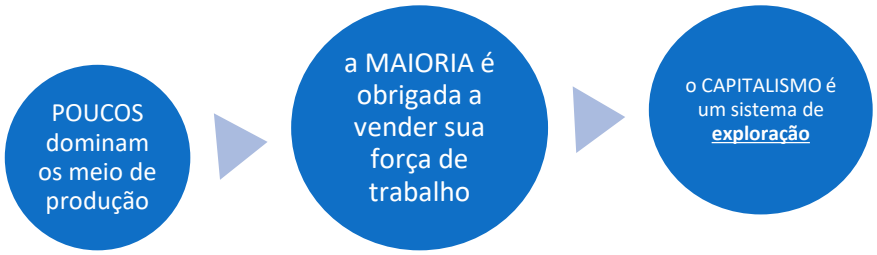
[47] Cena antológica do filme (escolha entre as pílulas da verdade e do conforto): https://goo.gl/Z8DiBK.
[48] Agora a cena "bife algoritmo" – a traição de Cypher: https://goo.gl/VpZSgp.

4.4.4 KARL MARX

"As ruas de Londres à meia-noite, firas, úmidas, desabrigadas; os antros sórdidos e bafientos, onde o vício se comprime e carece de espaço para virar-se; o assédio da fome e da doença; os andrajos que mal se mantêm juntos; onde estão os atrativos dessas coisas?" (Charles Dickens).

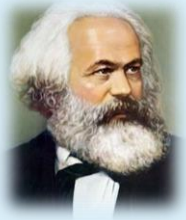
No século XIX, a situação nas ruas e nas fábricas era mesmo terrível: condições degradantes, horas e mais horas de labor e salários reduzidos. Ainda que a população tivesse um nível de vida melhor do que o experimentado antes da Revolução Industrial[49], o modelo das relações de trabalho estava longe de aceitável.

Os olhos de Marx se voltaram a esse contexto. Baseando-se nas relações de produção da época ele desenvolveu uma filosofia que pode ser simplificada (ao extremo) no seguinte raciocínio:



Como o proletariado não domina os meios de produção, tampouco o processo produtivo; obriga-se a viver pela venda da sua força de trabalho, que representa mera mercadoria de baixo valor no modelo de submissão ao capital. Assim, o sistema capitalista é regido pela exploração do assalariado e pela luta de classes.

[49] Em 1850, o salário médio do trabalhador inglês comprava 150% mais do que em 1780, o que não só é impressionante por conta própria como intrigante, considerando que a população passou de 4 milhões (no século XVI) para 15 milhões (no final do século XIX), uma explosão demográfica nunca antes vista e que deveria ter generalizado a fome e a morte (não fossem os novos mecanismos apresentados pela revolução industrial e pelo capitalismo). Com a produção em massa e o barateamento, pessoas comuns do povo passaram a ter acesso a mercadorias reservadas à nobreza nos séculos anteriores (açúcar, chá, café, relógio, porcelana, vidro, cortinas, toalhas, roupas coloridas...).



Karl Marx (1818-1883) é um dos autores mais influentes da contemporaneidade. Seus defensores dirão que sua filosofia é concreta (rejeita o idealismo), orientada para a transformação social; seus críticos dirão que esses são eufemismos para dizer que ele estava mais interessado em alterar o mundo do que efetivamente o compreender.

CURIOSIDADE

Eu tive um chefe (uma pessoa muito especial) que um dia me disse que não havia como negar que TODA relação de emprego era exploratória. Só que na época tínhamos uma relação "empregatícia" espetacular: ele (com o renome construído durante décadas) obtinha clientes e então me passava o processo para que eu fizesse as petições (eu estudava bastante e adorava colocar em prática meus conhecimentos). Ele me pagava um valor que era sensacional para mim e eu ainda ganhava experiência. O trato era perfeito para ambos! E aí, como fica? kkkk

O filósofo das massas é conhecido por adotar o materialismo histórico: (a) **material** porque baseia-se na *práxis* e não da construção de ideias desconectada do mundo; (b) **histórico** porque, seguindo Hegel, Marx compreende o homem em seu meio relacional e histórico.

Mas imagino que você já soubesse "de cor e salteado" o que falamos até aqui, não é? Não aprendemos muitos autores clássicos na escola, mas Marx os professores (em geral) adoram e não deixam de fora de jeito nenhum. Vamos tentar ser mais pontuais.

A justiça deveria representar a repartição equitativa dos frutos do trabalho. Como no capitalismo a "justiça" representa o modelo de exploração, esse sistema deve ser superado!

Percebe-se que o autor parte do famoso conceito de "mais valia" – os bens produzidos têm seu valor agregado pelo **trabalho**. Na visão marxista não há sentido no detentor do meio de produção (patrão) ficar com a maior parte dos lucros, pois são os empregados que geram a riqueza (é o trabalho que dá valor às coisas). Assim, a distribuição dos lucros deveria privilegiar o proletariado (eles é que deveriam se beneficiar da produção).

Na área política a tese da "mais valia" continua a ter larga aceitação. Nos estudos econômicos, por outro lado, mesmo entre autores neo-marxistas, o conceito tem de ser substituído por outras noções. Isso porque ainda que um diamante lapidado (trabalhado) valha muito mais do que a pedra bruta, o *conhecimento* sobre lapidação vale tanto quanto o trabalho manual em si. Ademais, se o diamante for encontrado ao acaso (você está passando por montanha e chuta um diamante), sem qualquer trabalho de mineração, esse

achado fará o valor da pedra diminuir? Óbvio que não. Assim, fica difícil defender às últimas consequências que seja o trabalho a medida de valor das coisas.



No caso das ideias liberais, embora a teoria permaneça, houve superação pela política; no caso do marxismo, em que pese as bases da teoria possam ter sido superadas (ao menos é o que parcela dos pensadores aponta), a política manteve-a firme e forte. Aqui temos de dar o braço a torcer aos sofistas: a verdade (ao menos a social, não a ontológica) é o que o debate (político-acadêmico) diz que é.

4.4.5 JOHN RAWLS

Olhe à sua volta e pense na sua vida. Você mora em um lugar confortável? Sua família lhe deu (dá) suporte? Você teve uma boa educação? Sim? Você se sente privilegiado? Não? Acha que alguém trabalhou duro para oferecer essas "vantagens"? Ah... você quer dizer que nem tudo são rosas na sua vida (você ainda não mora bem e a educação foi *meia boca*). Entendi. O que você acharia se TODOS pudessem morar bem e ter boa educação? Ótima ideia? Boa! Após obter aprovação, você concorda em doar 30% do seu salário todo mês para viabilizarmos isso? Não? Por quê? Você trabalhou duro e outros talvez não mereçam? Ah... sei... é porque ainda haverá pessoas mais ricas que você e elas não doam... E se elas também aceitarem doar? Aí sim? Você assinaria um contrato para firmamos essas obrigações?

Essa linha de inquietações passeia pelas investigações de John Rawls. Isso mesmo: vamos falar agora da teoria de justiça mais vibrante da atualidade (mesmo que a maioria não saiba o fundamento de sua pregação, o tema está na boca do povo: cotas, ações afirmativas, busca de igualdade material). Por isso, ATENÇÃO redobrada!



John Rawls (1921-2002) foi professor de filosofia política na Universidade de Harvard, autor de "Uma Teoria da Justiça" (1971), "Liberalismo Político" (1993) e "Justiça como equidade" (2001), obras que o posicionam como precursor do **liberalismo igualitário**: a liberdade e a igualdade são valores a serem equalizados pela sociedade, de modo que possam coexistir.

A ideia central de Rawls é que a proteção dos direitos individuais é um valor inegociável, mesmo perante a maximização do bem-estar da maioria – contrapõe-se especialmente ao utilitarismo (não é aceitável, no campo das decisões, voltar-se à felicidade da maioria com violação aos direitos das minoritárias). Mas a oposição do pensador americano não para por aí; ao apresentar sua teoria ele analisa (e critica) os demais modelos de justiça.



Por que ELES estão errados e EU certo: (a) **aristocracia** = distribui riqueza, oportunidades, poder de acordo com a *acidente* do nascimento. Se você é nobre se deu bem, se não é *silascou*; se for o primogênito, pode virar rei, se ficou para trás vai ter de matar alguém para subir ao trono (arbítrio genético); (b) **meritocracia** = a riqueza, o poder, as posições estão *formalmente* abertas a todos (pelo mérito), mas se você tiver uma boa família e educação "se deu bem, se não é *silascou*" – incluir todo mundo na corrida é ótimo, mas quando os competidores partem de posições tão distantes, a prova dificilmente será justa (bonito em teoria, mas na prática...).

Assentadas essas premissas, ele busca harmonizar as liberdades básicas (civis e políticas) com a igualdade de oportunidades (a meritocracia só será justa se todos tiverem iguais oportunidades de desenvolver seus talentos), utilizando para isso elementos contratualistas (de Locke, Hobbes e Rousseau) e da função *distributiva* do Estado (na linha do que defendeu Aristóteles).

A sociedade é um sistema equitativo de cooperação entre cidadãos livres e iguais[50].



Uns tem tanto (poder, dinheiro, cultura, sabedoria...); outros têm tão pouco (miséria, ignorância, desocupação). E ainda que as coisas assim sejam, elas não precisam continuar a assim ser. John Rawls acredita que é possível regular totalmente a sociedade (via "contrato social") para garantir maior equidade nas relações sociais.

[50] Há quem diga que Rawls busca aliar o contratualismo de Locke com o liberalismo de Kant. Contudo, Kant afirmava categoricamente que "toda equidade forçada é nada mais do que a restrição da liberdade alheia".

Mas como, na prática, fazer isso? Escolhendo bem os **princípios regentes da sociedade**. As cláusulas do contrato social devem levar à EQUIDADE (*Justice as fairness*), o que será possível se os signatários do contrato forem homens livres, iguais, racionais (capazes de selecionar concepções de bem e de meios adequados para a vida) e ainda razoáveis (dispostos a chegar a bom termo com os demais, tornando possível a vida social). *"Ahh, Jean, fala sério, isso é inviável. Onde vamos encontrar homens assim?*".

Rawls, como sinalizado, é um neocontratualista, o que significa que retoma a ideia de contrato social. Só que ele o faz de uma perspectiva *hipotética* (não histórica). Ele cria uma alegoria, a da **posição original** (sob o **véu da ignorância**), para (além de servir como fundamento racional de sua teoria) assentar o momento inicial em que os homens discutiriam, em *absoluta igualdade*, os princípios da ordem social. Vamos montar essa alegoria (estilo "mito da caverna" de Platão).

As pessoas estão em um barco, indo para uma ilha na qual iniciarão uma sociedade. Estão, portanto, na *posição original*. E elas estão todas sob o *véu da ignorância*: não sabem se são homens ou mulheres, bonit@s ou fei@s, inteligentes ou burric@s, fortes ou frac@s, rápid@s ou lent@s, não têm religião definida ou ideia de qual classe econômica ocuparão. Sabem nada (inocentes)! Aí que eu quero ver!!!

Essas pessoas escolheriam as melhores regras possíveis para a sociedade – não depositariam vantagens em uma classe que não sabem se ocuparão, nem dariam prevalência a gênero, etnia, raça... não teriam coragem de estabelecer que as minorias poderiam ser jogadas aos leões para divertimento público em uma arena (e arriscar fazer parte dessa minoria? *Cê é loko*)... Jogadores de futebol não ganhariam fortunas, pois os dotes esportivos e artísticos receberiam tanto valor quanto os intelectuais (vai saber de que lado você estará na ilha...). A equidade (igualdade nas relações fáticas) regeria a sociedade – o véu da ignorância impede que o conhecimento da situação atual das pessoas influa nas decisões para a vida social.

Genial, não? É muito fácil imaginar que, se sapientes de sua condição pessoal, os fortes diriam que o comando da sociedade deveria ficar em suas mãos (capazes de proteger os fracos), ao que redarguiriam os inteligentes (capazes de guiar os menos astutos). Cada um puxaria a brasa para o seu assado. Mas e se ninguém souber quem é o que? É de se presumir (ao menos é isso que faz Rawls) que a equidade prevalecerá. Os princípios morais, finalmente, não ficarão subordinados a situações particulares.

As motivações das decisões desses homens (na posição original e sob o véu da ignorância) seriam orientadas para garantir, de modo igualitário, os bens necessários ao desenvolvimento individual de cada um e de todos (bem comum), dando forma a uma sociedade cooperativa. Haveria um acordo apto a considerar **imparcialmente** os pontos de vistas de todos os participantes para a justa distribuição dos bens sociais.



É certeza que os homens da posição original escolheriam a equidade? Há quem diga que Rawls nunca jogou pôquer: as pessoas arriscam, caro amigo. Quem disse que não escolheriam uma monarquia à moda antiga? Ou sou rei (ou nobre) e fico por cima da carne seca, ou viro servo e aí paciência... é tudo ou nada: *all-in!* Rawls se defende dizendo que as pessoas não saberiam sequer a probabilidade de ganhar ou perder e não arriscariam em tal condição. É uma boa resposta, mas a crítica não deixa de escancarar um elemento dogmático da teoria: o princípio da equidade é pressuposto (ainda que bem justificado).

A CRÍTICA DE RONALD DWOKIN À POSIÇÃO ORIGINAL

O FATOR APOSTA



Rawls defendeu que como as pessoas na posição original, sob o véu da ignorância, não conhecem suas características pessoais, escolherão os princípios de justiça de modo equânime, sem prejudicar ou privilegiar determinada parcela da sociedade.

Quem disse?

Os apostadores sabem muito bem que as pessoas correm riscos, e que seria bem possível que os envolvidos resolvessem estabelecer vantagens para um determinado grupo social em detrimento de outros (apostadores na loteria social).

Dworkin sai de cara com duas críticas severas, denotando que Rawls parte de pressupostos NÃO comprovados: **(a)** do ideal de que uma sociedade de cooperação produz os melhores resultados sociais do que uma sociedade que vise à competição; **(b)** a concepção de pessoa moral, livre e igual, que visa seu interesse e o de outrem em completa harmonia e auxílio mútuo.

Assim, os pactuantes de Rawls são compelidos à escolha dos princípios de justiça que privilegiem o bem-estar de todos, independentemente de contingências naturais e históricas. Isso está longe de ser preciso. Rawls, em verdade, apresenta uma concepção principiológica *conservadora* e que se afasta da realidade – se os pactuantes forem jogadores (*gamblers*), podem optar por outros princípios de justiça.

QUEM FAZ CUMPRIR?

Acordos hipotéticos NÃO significam nada com relação a situações reais. O contrato social haveria de ter um poder vinculante para compelir os sujeitos a seguirem os princípios de justiça escolhidos. Mas quem o fará? Se o contrato é hipotético, tão logo as pessoas tomam conhecimento de suas circunstâncias (cai o véu da ignorância), lutarão para alterar as cláusulas...

HOJE é hoje; AMANHÃ é amanhã...

É preciso diferenciar as noções de interesse antecedente e interesse atual. Uma coisa é o que foi pactuado sob o véu da ignorância, outra coisa é o que remanesce depois.

Aliás, seria justo aplicar os princípios de justiça escolhidos em uma situação antecedente (de ignorância) para compelir um sujeito em situação distinta daquela (atual, real), quando este não mais consente com aqueles princípios iniciais? Ora, julgamentos sob uma dada circunstância somente valem para aquela mesma circunstância – *rebus sic stantibus*.

E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Embora Rawls se diga um defensor dos direitos fundamentais, onde está isso em sua construção?

Efetivamente, NÃO há direito prévio á posição original. Nem mesmo há uma ordem lexical anterior, sendo até mesmo esta construída no acordo das partes. A teoria de Rawls se mostra NÃO fundacionalista, de modo que a própria vida não tem preferência – não se pode determinar com qualidade fundacional que é errado retirar a vida de outrem.

Assim, ainda que o direito à vida seja condição de possibilidade para a consecução do ideal de justiça rawlsiano, pois a humanidade só pode ser vislumbrada a partir daquilo que é humano e em execução de suas plenas potencialidades, NÃO há uma defesa tão forte desse direito.



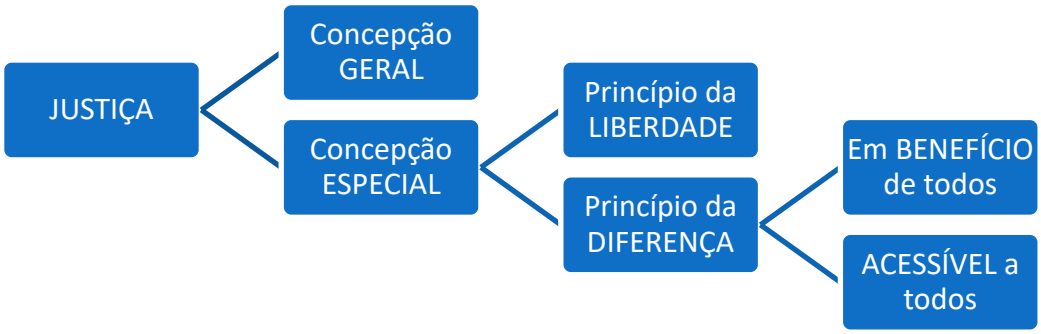
Está vendo? Até mesmo entre progressistas igualitários (supostos aliados) fecha o tempo. A academia é local de guerra, de briga pelo espaço, de crítica, de ciência, de zetética, de fuga da dogmática. É isso!!!

Agora você já deve estar curios@ para saber quais seriam esses princípios adotados pelos homens sob o véu da ignorância. O barco está chegando, a ilha está próxima e precisamos de algo mais concreto do que a ideia abstrata de equidade. Pois Rawls não decepciona e

indica com precisão quais seriam esses princípios, a erigir duas concepções de justiça: geral e especial.

Concepção GERAL de justiça: os bens sociais devem ser distribuídos igualmente, exceto se a distribuição desigual de algum redunde em benefício a todos (notadamente os menos favorecidos).

Concepção ESPECIAL de justiça: é orientada pelos princípios da liberdade e da diferença: **(a)** princípio da LIBERDADE = cada pessoa deve ter um direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas, compatível com um sistema de liberdades idênticos para os demais **(b)**; princípio da DIFERENÇA = as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas (1) para que razoavelmente beneficiem a todos (em especial os desprivilegiados) e (2) desde que decorram de posições e funções às quais todos tenham acesso (fala-se em oportunidade justa).



Há duas questões óbvias aqui. A *primeira* é que você precisa memorizar essa organização (ou você acha que eu coloquei o esquema acima apenas porque é bonitinho?). A *segunda* é que precisamos minuciar a teoria. Há bastante coisa para ser dita, entendida, trazida para o mundo real (a teoria é legal, mas mais legal é aplicá-la na prática).



Cegos para idiossincrasias (particularidades pessoais), os homens adotariam a igualdade como **princípio geral**: "*os bens sociais devem ser distribuídos igualmente*". Mas aí vem o primeiro problema: não haverá governantes? Necessariamente será uma anarquia? Porque se houver governantes, estes já receberão um bem social com relevante valor (poder). Chegamos rapidamente à segunda parte da concepção geral de justiça: "*exceto se a distribuição desigual de algum redunde em benefício a todos (notadamente os menos favorecidos)*".

Conforme elucidam os pensadores contratualistas (aqui em especial Locke), o homem em liberdade total vive em um Estado muito inseguro. É difícil fazer a defesa de qualquer bem

(quer seja a vida, propriedade e liberdade) senão pela força. A sociedade civil, como escapatória aos perigos da natureza, é levada a instituir governantes, legisladores e julgadores – para que se possa organizar a vida social de modo harmônico. Contar com essas instituições (e com a distribuição diversa dos bens sociais: haverá governantes e governados) é para o próprio bem dos membros da comunidade. Justifica-se a medida (em benefício de todos).

Essa é a ideia, captou?

Podemos passar, então, à concepção especial de justiça.

O **princípio da liberdade** é Kant na veia (mas sem a análise do imperativo categórico): o máximo de liberdade, desde que essa não interfira indevidamente na liberdade alheia (todos devem gozar do mesmo sistema de liberdades).

Como valor dos mais caros à sociedade, a liberdade deve ser protegida com todo o cuidado e carinho hehehe.

Somente é admissível alguma redução da liberdade se isso resultar no aumento total das liberdades de todos.

Em uma primeira leitura até parece um tanto utilitarista, não é? Rsrsrs Mas o quer dizer a frase, afinal? Que não pode prender ninguém, mesmo diante do cometimento de crimes? Ao contrário: em condições especiais (como as definidas pela legislação criminal), legitima-se a prisão de alguns indivíduos (perigosos) para que os demais tenham liberdade plena. O preceito, em última instância, é uma advertência para quão preciosa é a liberdade (não pode ser relativizada para a maximização da felicidade).



(2015/CESPE/DPU/Defensor Público) Com relação à filosofia do direito, julgue o próximo item.

Segundo Rawls, idealizador do liberalismo-igualitário — proposta que relaciona os conceitos de justiça e de equidade —, cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema total mais extenso de liberdades básicas compatíveis com um sistema de liberdade similar para todos, o que ele considera o primeiro princípio da justiça.

Comentários

Aí fica fácil, né?! A concepção especial de justiça de Rawls pauta-se princípios: (1) cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos (princípio da liberdade); (2) as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo, tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos e sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades (princípio da diferença).

Logo, o item está **CORRETO**.

Já o **princípio da diferença** é o grande *BUMMM* da teoria e desdobra (justifica e minude) a ideia colocada como exceção à igualdade inicial proposta na concepção geral de justiça.

Como haverá inevitáveis desigualdades econômicas e sociais (só nos sonhos/devaneios dos socialistas utópicos é que há a viabilidade de uma sociedade completamente igualitária), essas desigualdades devem ser organizadas de maneira que (1) razoavelmente beneficiem a todos, com destaque para os que restarem desprivilegiados (já falamos disso na exceção da justiça geral) e (2) abram-se em posições e funções às quais todos tenham oportunidade justa (equitativa) de acesso.

Princípio da IGUALDADE	Princípio da DIFERENÇA
+ cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais = sistema semelhante de liberdade para todos.	+ as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo: (1) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos; (2) sejam vinculadas a cargos e posições abertas a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.



*Mas como garantir as diferenças beneficiarão a todos e estarão posicionadas de modo que todos tenham acesso equitativo a elas? Ora, por meio da **distribuição igualitária de bens** (conforme concepção geral de justiça). As noções são complementares e inseparáveis.*

Há BENS **sociais** (distribuídos pelas instituições sociais, como a liberdade, as oportunidades e riquezas, o respeito) e **naturais** (gênero, beleza, inteligência – não podem, a rigor, ser alterados). Entre os bens sociais, há aqueles que são primários, isto é, os que TODOS NECESSITAM para obter satisfatório resultado social.

Bens sociais PRIMÁRIOS:
a) **liberdade**: não só de movimentação, como de pensamento e de consciência, o que é

fundamental à participação consciente em uma sociedade.
b) **oportunidade**: poderes efetivos de realização de escolhas em vista das disponibilidades (acesso a cargos públicos, posições de autoridade, poderes e prerrogativas sociais).
c) **riqueza**: agrega valor às escolhas (e abre um sem número de alternativas) – renda e patrimônio são instrumentos destinados a diversos fins.
d) **respeito**: depende da possibilidade real de desenvolvimento das escolhas e de elas serem reconhecidas pelos outros – ambiente social favorável, a fim de que cada um possa alcançar, com confiança, as metas pessoais.

A leitura atenta dos bens sociais primários não deixa dúvidas sobre a importância da **liberdade** (de escolhas) na teoria rawlseniana. Tudo gira em torno disso. Em uma sociedade justa, esses bens devem ser necessariamente distribuídos entre TODA a população.

Ok. Eu sei! Você está olhando para o item "c" (igualdade de riqueza) e se coçando para comentar: "se a possibilidade de escolha depende da riqueza *tamo perdido*. Quer dizer que não podemos pagar mais para os juízes do que para os pedreiros?" Claro que podemos. A sociedade vai acabar pagando mais os juízes (pela exigência de formação, pela escassez do cargo, complexidade, responsabilidades) – a sociedade se beneficia (e muito) com juízes competentes (justos, imparciais, capazes de distribuir justiça).

"Mas, Jean, e como fica a questão da viabilização das escolhas? Que liberdade de escolha tem o filho do pedreiro (poderá estudar medicina)? Quais serão suas chances reais de obter um bom emprego? Melou!!!" *Calma!* A sociedade pode compensar a diferença "juiz-pedreiro" oferecendo educação pública e bolsa de estudos ao filho do pedreiro. Essa educação é de ser custeada com contribuição tributária considerável e progressivamente maior dos juízes. Sacou?

"Mas e quando a fortuna é *demais*? Como justificar um Bill Gates da vida?" Fácil! Ele fez fortuna... sim... mas é por causa dele você está lendo esta apostila no Windows, não? Ah, você está usando Mac? Então o caso é com o Steve Jobs. E se está usando o Android (não sei quem é o rico que o inventou), eu volto ao Bill Gates, porque usei o Word para elaborar este documento. Enfim, os **benefícios sociais gerados compensam (e justificam) a diferença existente**. Você vai passar em concurso com ajuda do Bill Gates kkkkk



A justiça em Rawls NÃO é estudada com base na ação humana individualmente tomada (como faz o utilitarismo), nem com base nos resultados obtidos por uma ou outra pessoa em específico (fortuna e pobreza desse ou daquele), mas sim com base na estrutura social,

nas instituições sociais (leis fundamentais, regras e preceitos de uma sociedade). É a justiça das instituições humanas (interesses comuns a todos) que beneficia ou prejudica a comunidade. Por isso uma teoria da justiça deve buscar, além de determinar o que é socialmente justo, mostrar quais são os modais deônticos (deveres) das instituições nas estruturas básicas de uma sociedade.

Se você está atent@ e se perguntando o porquê de eu ter citado os bens **naturais** (gênero, beleza, inteligência), em paralelo aos bens sociais logo acima, aqui vem uma *surpresinha* (nessa parte da teoria a galera pira)!

É certo que **os bens naturais NÃO podem ser alterados**: não dá para ficar inteligente (talvez, com muito estudo, mais sabido), não dá para ficar tão forte (e quanto digo isso me refiro a você ficar o dia todo lá puxando peso e daí vem um moleque que, com 14 anos, tem 1,85m e levanta 80kg no supino – uma reencarnação do Sansão) e nem tão rápido (não interessa quanto você treine, se não tiver a constituição física do Usain Bolt...), não dá para ficar bonit... *ops*... tem tanta gente feia por aí ficando bonita (menos feia?) com os avanços da cirurgia plástica... De toda forma, a inalterabilidade (ao menos relativa) dos dotes naturais não enseja que sejam deixados de fora das considerações do contrato social, já que eles são muito importantes nos resultados que serão obtidos pelos contratantes. E Rawls entende que **NÃO se deve deixar que os bens naturais ditem definitivamente a obtenção de bens sociais**, o que seria antiético.

Permitir que a distribuição de riqueza e oportunidades se dê com base em contingências naturais é tão antiético e arbitrário como permitir que o seja por causas sociais.

Quer dizer, você acha que merece ganhar mais porque, por ser naturalmente mais inteligente do que a média, passará em concurso público? Mas qual a diferença entre isso (inteligência) e as relações aristocráticas da nobreza? Em ambos os casos não é uma questão de sorte ou azar ao nascer?

É por isso que, para Rawls, as diferenças entre as pessoas em virtude de características naturais devem ser compensadas pelas instituições sociais. Não é correto e justo abandonar as pessoas à própria sorte diante da loteria natural. Sorte e azar não podem ser fatores determinantes dos resultados sociais.

As pessoas no barco (na posição original, sob o véu da ignorância), ao convencionarem o princípio da diferença, teriam acordado o seguinte: aqueles que forem privilegiados (por habilidades socialmente desejáveis) vão utilizar seus dotes em benefício de todos os

membros da comunidade; os que restarem debilitados pelo sorteio natural poderão contar com a ajuda dos que se derem bem[51]. E assim fica todo mundo feliz.



Senta (se não está sentad@ kkkk) que é hora de uma **boa história para descontrair**[52]: "*Um pesadelo igualitário*". Em 2081, finalmente, todo mundo é igual. Ninguém é mais bonito, rápido, forte ou inteligente do que qualquer outro. Cidadãos acima da média são obrigados a colocar um fone de ouvido que de pouco em pouco faz um barulho irritante para evitar que tirem indevida vantagem dos seus cérebros privilegiados. Só que Harrison Bergeron é extraordinariamente mais bonito, esperto e habilidoso. Ele é obrigado a usar também óculos que turvam sua visão, um nariz de palhaço, sobrancelhas raspadas e capas pretas sobre os dentes. Ele ainda veste roupas de metal pesado para minorar sua força e velocidade. Agora sim o sonho de Rawls se realizou.



[51] A visão de Rawls se aproxima, neste ponto, da de Montesquieu: os homens a bardo do barco e do estado de natureza sentiriam, antes de qualquer outra coisa, MEDO (de se dar mal).
[52] Adaptação de Kurt Vonnegut extraída de "*Justice: what's the right thing to do?*" (SANDEL, Michael. New York: Penguin, 2010, p. 155-156).

Claro que a provocação da anedota (distópica) não ficaria sem resposta. Rawls replica que ele não quer segurar ninguém (quer empurrar os que estão mais atrás). Todos devem ser estimulados a fazer o seu melhor, mas conscientes de que (pelo princípio da diferença), as recompensas extraídas da aplicação dos talentos naturais pertencem à comunidade como um todo, e não apenas aos detentores dessas habilidades – a tréplica é dada por Adam Smith: "o homem responde a incentivos". Teríamos algo como o *médico cubano*: "você estuda bastante, esforça-se muito, assume imensa responsabilidade e, ainda assim, sua recompensa financeira é a mesma que a do gari... mas veja pelo lado bom: sua profissão é nobre e estará contribuindo para a revolução". Difícil né?!

Rawls toma a palavra para (em quadréplica) dizer que são admitidas diferenças salariais em seu modelo (desde que benéficas ao todo – exemplo: incentivar que tenhamos bons médicos). Mas esse é o ponto: a teoria rawlseniana definitivamente não considera justo que um médico ganhe mais por *seu* trabalho (em si próprio); o *doutor* só ganhará mais se e enquanto isso for benéfico aos menos favorecidos.

Se você ficou indignado, tem mais! A rejeição de Rawls à meritocracia é profunda. Você acha que merecerá seu salário após aprovação porque está aí estudando (horas e mais horas, dia e noite, final de semana, feriado)? Huhauhauauhauh "Esse esforço não é seu!", diria Rawls, com tranquilidade e paz de espírito, enquanto ajeitava os óculos sobre o nariz.

Ainda bem que este livro é digital, senão você provavelmente já o teria rasgado e comido as folhas correspondentes à teoria da *justiça como equidade*. Mas fique calm@ e vamos ao menos tentar entender o que Rawls quer dizer.



É possível afirmar com certeza que o esforço, o trabalho duro, a vontade de vencer, a disciplina, a dedicação, a atenção... são **características cultivadas individualmente** (sem causa social ou natural)?

Pare para pensar: sua dedicação não foi inspirada por alguém do seu círculo de convivência? E a atenção não foi desenvolvida após o incentivo à leitura dado por seus pais? O foco que você clama não foi, ao menos em parte, possível porque você tinha tranquilidade para isso (e se seu pai estivesse preso e sua mãe bêbada batendo panelas)? E o trabalho duro... esse é mesmo um elemento a se considerar como padrão de justiça? Às vezes alguém que é inteligente precisa estudar metade do que aquele que tem mais dificuldades cognitivas... é difícil medir e separar o esforço no seio dos dotes naturais.

Atento a essas incertezas, Rawls afirma que **o esforço, o trabalho duro, a vontade de vencer, a disciplina, a dedicação, a atenção... são todos elementos tão arbitrários quanto**

os demais já citados (inteligência ou nobreza) – derivam ou da natureza ou de questões sociais como a educação e o ambiente familiar.

E tem mais uma ainda. O valor que se dá para coisas varia no tempo e no espaço. Se você for um grande judoca no **Brasil** você será? Um grande judoca (com contas atrasadas). Se você for um grande judoca no **Japão** você será? Rei! Se você for um grande jogador de futebol americano no **Brasil** você será? Um programador de sistemas durante o dia, um rato de academia à noite e um esportista amador aos finais de semana. Se você for um grande jogador de futebol americano nos **EUA** você será? Rico (e talvez marido da Gisele Bündchen... vide Tom Brady)!

Piadinhas à parte... se você for um bom humorista **hoje** (isso é bem subjetivo) você será? Talvez um fenômeno como Whindersson Nunes. Se você fosse bom humorista na **Idade Média** você seria? Com sorte o bobo da corte; com azar perderia a cabeça por não fazer o rei rir... É tudo muito contingencial para que Rawls admita algo desse âmbito como digno de reconhecimento. Nossas habilidades podem ou não ser valorizadas pela sociedade em que viemos, o que nos recoloca no campo arbitrário da sorte (onde, quando e como nascemos). O que estaria fazendo Luan Santana se tivesse nascido na Coréia do Norte?

Concordemos ou não, é sobre essas fendas e polêmicas que Rawls constrói sua teoria. Isso de merecimento individual simplesmente NÃO existe para ele. Tudo pode (e deve) ser regulado para fins de equalização. É por essa razão que as ações afirmativas (distribuição social de bens) são corolário imperativo da vida em sociedade e sequer são temporárias – há SEMPRE vicissitudes a serem sanadas.

Aí mexemos em vespeiro. Concurso e vestibular; melhor nota entra? Por quê? Já vimos que, aqui, inteligência e esforço não merecem uma palha de consideração. Então, qual o critério a ser adotado: qualquer um, desde que, considerando o papel que a educação e os cargos públicos exercem no modelo de sociedade que adotamos, a sistemática atue como mecanismo de abertura de posições privilegiadas aos até então desprivilegiados (dar novos tênis aos corredores que partiram mais atrás).

A justiça distributiva NÃO é um sistema que recompensa o mérito, mas um modelo que, uma vez estabelecidas as regras de cooperação social, atende às legítimas expectativas criadas.

Com essa noção, Rawls se afasta de Aristóteles, que dava importância ao *telos* (avaliação da finalidade na distribuição de benefícios). Ilustrando, na teoria rawlseniana, os candidatos da ampla concorrência que deixarem de ingressar em vestibular ou concurso não podem tecer qualquer objeção ao sistema de cotas – injusto seria um modelo de meritocracia formal, que perpetuaria diferenças em benefício dos mais privilegiados. A única reclamação legítima por preterição em razão da nota seria se (estabelecido que a nota é o critério de ordenação dentro de cada grupo) alguém fosse deixado para trás (dentro do seu grupo) por

quem tem nota inferior – uma vez **estabelecidas as regas do jogo** (e apenas após isso é que se pode clamar por algo), estas devem ser cumpridas (geram legítimas expectativas).



TOME NOTA!

Rawls é considerado o grande **teórico das cotas**. Em sua visão, cabe aos processos seletivos atuar fielmente com base no princípio da diferença: abrir oportunidades equânimes aos desprivilegiados.

Já está se levantando? *Peraí!* Acha esgotamos o tema? Nada!! Ainda tenho alguns pontos a falar (Rawls foi um teórico ativo por mais de três décadas... e disse muita coisa importante). Além disso, como sua teoria ganhou imensa notoriedade, é presumível que fosse ser também criticada, o que levou o autor a reformulá-la em alguns aspectos e a trazer argumentos adicionais para rebater algumas dessas críticas.



Após a queda do muro de Berlim e o colapso do comunismo no bloco soviético, anunciou-se o triunfo da democracia liberal, o "*fim da história*" (expressão utilizada pelo filósofo e economista político nipo-estadunidense Francis Fukuyama). Com a globalização, surgiu a expectativa de que o conjunto de valores liberais poderia ser aplicado de modo universal (é isso que prega a teoria dos direitos humanos e os documentos internacionais que os reconhecem).

Acontece que as diferenças culturais, verificadas especialmente no Oriente, impediram que se avançasse na pretendida universalização (há imensa dificuldade em se implementar as práticas liberais fora do mundo Ocidental). As sociedades revelam diferentes formas de pensar o direito, a moral, os valores, as prioridades.

Surgiu, assim, a corrente de pensamento **COMUNITARISTA**, que engloba teorias não tão homogêneas, mas que se identificam por considerar insuficiente a tese exposta por Rawls em "Uma teoria da justiça". Segundo eles, o véu da ignorância padeceria de incoerência filosófica ao construir princípios e noções de justiça desconsiderando o ambiente social em que o indivíduo se desenvolve, bem como as práticas e tradições que definem a sociedade e findam por influir e identificar os princípios e os modelos de organização social e política (*a ênfase no individualismo e no racionalismo deixou escapar os valores históricos, a identidade e a personalidade das pessoas*, despojando-as justamente daqueles papéis que são convocadas a desempenhar cotidianamente).

O liberalismo-igualitário traria uma concepção asséptica de indivíduo – um sujeito racional de direitos em uma sociedade que é produto superficial da vontade. Para o comunitarismo, **os valores morais são uma construção coletiva que surge da tradição das comunidades e que são cultivadas por seus participantes, devendo orientar a ação política em prol do bem comum**.

Em resposta, Rawls escreveu as obras "Liberalismo Político" (1993) e "Justiça como equidade" (2001), nas quais deu nova roupagem à sua teoria e trouxe novos elementos, como as concepções de equilíbrio reflexivo e de consenso sobreposto.

Dentro da teoria rawlseniana, o **EQUILÍBRIO REFLEXIVO**, consistente em se submeter os princípios de justiça às convicções mais ponderadas das pessoas, procedendo-se aos ajustes e revisões necessárias (etapa que segue à posição original). Ou seja, passada a fase do véu, vamos ver se tudo saiu bem e podemos seguir com nossa sociedade ou é preciso ainda lapidar alguma coisa. É bom lembrar que os princípios de justiça são *criação da razão humana*, resultado de um processo discursivo (construtivismo).

A questão que surge então é se, na prática, será possível algum tipo de consenso sobre esses princípios, afinal, o **pluralismo** é traço característico das democracias modernas – a longo prazo, o surgimento de doutrinas conflitantes e *irreconciliáveis* na cultura pública é resultado inevitável do exercício das faculdades da razão humana em um ambiente de instituições básicas livres e duradouras.

Nesse cenário, em que as pessoas têm liberdade para adotar, e de fato adotam, diferentes concepções, a menos que se recorra à violência, **NÃO há como fazer imperar uma só visão de mundo, nem mesmo para construir e aprovar princípios de justiça**. Uma vez levantado o véu da ignorância, uma miríade de filosofias, códigos morais, religiões, doutrinas passam a se considerar expressão única da verdade, em exclusão a todas as demais. Em tal contexto, como fazer com que os indivíduos (que possuem crenças tão díspares e excludentes) cheguem a um acordo sobre tema tão sensível como justiça? Impossível!

A saída é apelar a um **CONSENSO SOBREPOSTO**, isto é, aprovar de maneira generalizada as doutrinas abrangentes[53] razoáveis[54] que convivem na sociedade, de modo que os princípios de justiça se tornem, justamente, o ponto de convergência das diferenças existentes entre elas. É sim é possível a existência de uma sociedade estável e justa, de cidadãos livres e iguais, ainda que profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais (razoáveis, embora incompatíveis).

E como fazer isso? Limitando-se a construir uma concepção **política** de justiça, descartando visões metafísicas e crenças particulares. Os arrimos devem ser os valores políticos mais ou

---

[53] **Doutrinas abrangentes** são aquelas que englobam os vários níveis da existência humana e, portanto, julgam-se aplicáveis a todos os aspectos da vida social.
[54] As doutrinas abrangentes são **razoáveis** quando não rejeitam os elementos essenciais de uma sociedade democrática constitucional, o que exclui, por exemplo, visões políticas autocráticas e ditatoriais.

menos comuns a todos, visões suficientemente compartilhadas entre as pessoas – embora a democracia (e o consequente pluralismo) tenha turvado um tanto as noções do senso comum, ainda é possível discernir princípios básicos escondidos em meio à pluralidade recôndita e variada.



Rawls reconhece que o **princípio da igualdade**, em sua vertente pura, é mais palatável à sociedade em geral (mais facilmente aceito). Assim, sua previsão (e de suas decorrências imediatas) pode constar do próprio texto constitucional. O **princípio da diferença**, por outro lado, encaixa melhor no âmbito da legislação ordinária, uma vez que requer um processo gradual de adesão e aceitação, de maneira que seja assimilado em prol de uma maior igualdade social – de início, tende a confrontar com as doutrinas abrangentes e encontrar alguma (ou mesmo forte) resistência.

Princípio da IGUALDADE	Princípio da DIFERENÇA
+ defesa e positivação em nível **constitucional**, pois é resultado de um consenso mais direto (é algo mais lógico para todos).	+ concretização pelo **legislador**, pois requer um processo gradual de adesão e aceitação – inicialmente tende a confrontar com as doutrinas abrangentes (aos poucos é assimilado em prol de uma maior igualdade social).

Talvez você ainda esteja um tanto em dúvida sobre como funcionária esse consenso sobreposto, não é? A maneira de realizar a pretendida harmonização social (e delimitar o ponto de convergência entre as doutrinas) é divisar as razões públicas das privadas.

A **razão pública** é guiada pela razoabilidade (senso social de justiça) e deve prevalecer quando os cidadãos atuam na argumentação política, em situações nas quais elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica estão em jogo. Para a boa convivência gregária, essa noção deve substituir (ao menos no fórum público) as doutrinas abrangentes.

E para descobrir quais elementos compõem essa razão pública? Falaremos mais disso adiante, mas já é possível adiantar que, sempre que necessário, cidadãos (eleitores), governantes, legisladores e magistrados devem *retornar à posição inicial* e refletir sobre qual concepção de justiça, ou que variante dessa concepção, concebe os meios mais adequados para a realização da liberdade e da igualdade no caso concreto – a ideia da posição original serve como um meio de reflexão e auto-esclarecimento público.

Já a **razão privada** (não pública) é dirigida pela racionalidade (concepções particulares) e pode ser cultivada não só pelo indivíduo como por associações (organizações religiosas, sociedades científicas e outros grupos profissionais), que defendem interesses não generalizados (são interiormente públicas, mas não públicas para o restante da sociedade).

É nesse campo que se define um plano de vida (pessoal ou do grupo), sendo de rigor que se procure a adequação particular ao modelo público (nele não encontre vedação nem lhe cause embaraço) – a busca pela felicidade individual deve observar as restrições de compatibilidade com a vida em sociedade (a felicidade de um deve ser compatível com a dos outros).

RACIONALIDADE	RAZOABILIDADE
+ **concepção particular** = o indivíduo ou grupo busca realizar o seu projeto de vida.	+ **senso de justiça** = respeito pela perspectiva do outro, permitindo a cooperação social.

O mecanismo de harmonização, então, perpassa a dimensão intersubjetiva da razão pública (noção de **reciprocidade**), segundo a qual nossas manifestações públicas (políticas) são adequadas quando acreditamos sinceramente que as razões que oferecemos são suficientes e que outros cidadãos também poderiam razoavelmente as adotar. É como se retornássemos ao barco (posição inicial e véu da ignorância) e nos perguntássemos: *se eu fosse o outro, eu aceitaria esse princípio como regente da sociedade?*

Quando os princípios de justiça propostos são aceitos pelos participantes com a condição de que sejam admitidos por todos, a justiça política chega ao ponto de razoabilidade.

Por fim, o Judiciário exerce papel importante, neste aspecto, ao não admitir julgamentos baseados na razão privada (não pública) – os juízes NÃO podem invocar moralidades particulares como fundamento de suas decisões. Ao aplicar a razão pública, o tribunal evita que a lei seja corroída pelas maiorias transitórias ou por interesses organizados e bem posicionados.

JURISPRUDÊNCIA

Está em discussão no STF (ADPF nº 442) a permissão ao aborto até a 12ª semana de gestação. A matéria volte e meia é objeto de debates no Congresso Nacional, mas as tentativas de liberação sempre esbarram na "bancada religiosa". Inconformado com a "omissão" do Legislativo, o Partido Socialismo e Liberdade (PSol) resolveu ajuizar a contenda para fazer prevalecer sua visão de mundo. Mas, nesse caso, estão sendo apresentadas razões públicas adequadas (campo consensual de

harmonização guiado pela reciprocidade e pelo consenso sobreposto) ou estamos somente no campo das doutrinas abrangentes (para um lado ou para outro)? Diga-me você! O assunto é espinhoso kkkkk[55].

A teoria de Rawls é, certamente, uma das mais ambiciosas, comparando-se à de Aristóteles (procura oferecer um modelo completo de justiça, abordando todos os seus aspectos). Uma crítica final é que, ao desconsiderar qualquer espécie de mérito (relegando essas questões à loteria natural e social), acaba por esnobar a organização familiar. Ao cabo, retornamos mesmo à proposta aristotélica de sequestrar as crianças e colocá-las em Comunas especiais, agora não para assegurar reis-filósofos, mas sim **igualdade** (escolas de igualização)[56].

O princípio rawlseniano da diferença parece tomar a sociedade de forma estática, fotografando-a em um momento e considerando inaceitável que as pessoas estejam em diferentes "pontos de partida" (que poderiam ser alterados com maior responsabilização dos pais). Só que, como adverte Eugenio Raúl Zaffaroni, não se pode outorgar passagem às forças estatais a partir de uma visão estática do poder (de fotografia). O retrato não é uma imagem falsa, mas configura mera captação de um momento inerte da realidade, não refletindo sua dinâmica. Acaso se tivesse à mão uma filmadora, ver-se-ia que a imagem se move permanentemente, que nunca para.

4.4.6 Robert Nozick

Com certeza você já se deparou, em algum momento da sua vida, com a fábula "**A cigarra e a formiga**". Pelo sim, pelo não, transcrevo aqui uma bela versão (até rimou), de Jean de La Fontaine (meu xará):

Tendo a cigarra em cantigas
Folgado todo o Verão
Achou-se em penúria extrema
Na tormentosa estação.

Não lhe restando migalha
Que trincasse, a tagarela
Foi valer-se da formiga,

"Amiga", diz a cigarra,
"Prometo, à fé d'animal,
Pagar-vos antes d'Agosto
Os juros e o principal."

A formiga nunca empresta,
Nunca dá, por isso junta.
"No Verão em que lidavas?"

[55] Se quiser saber mais sobre "ATIVISMO Judicial: JUDICIALIZAÇÃO da Política ou POLITIZAÇÃO da Justiça", confira no meu **Canal**: https://www.youtube.com/watch?v=idTJqDdrrz8&t=273s

[56] Essa ideia parece absurda demais para você? Zlata Lilina, educadora soviética da década de 1920 propôs textualmente tirar todas as crianças dos seus pais e interná-las em escolas públicas, evitando que fossem amadas por seus pais. O amor, entendia ela, evitasse o aparecimento do homem comunista – a criança era mimada, cercada de cuidados individuais e encorajada a se ver como centro do universo.

Que morava perto dela.

À pedinte ela pergunta.

Rogou-lhe que lhe emprestasse,
Pois tinha riqueza e brilho,
Algum grão com que manter-se
Té voltar o aceso Estio.

Responde a outra: "Eu cantava
Noite e dia, a toda a hora."
"Oh! bravo!", torna a formiga.
"Cantavas? Pois dança agora!"

"Os que não pensam no dia de amanhã, pagam sempre um alto preço por sua imprevidência."[57]



Essa fábula resume bem o pensamento libertário (de maneira nua e crua): (a) o conforto no inverno vem para quem trabalhou duro no verão (mérito individual); (b) a cigarra é tão livre quanto responsável por suas escolhas; (c) não há nada no mundo (senão a livre compaixão) que obrigue a formiga a estender a mão para a cigarra.

Mas isso choca diretamente com a teoria rawlseniana? Oh, se choca! É uma senhora colisão! Aliás, se fôssemos um dos privilegiados a passear pelos corredores e jardins da Universidade de Harvard na década de 1970, poderíamos acompanhar os debates (os roda-pau?) entre John Rawls e Robert Nozick – o primeiro defendendo o liberalismo igualitário com unhas e dentes; o segundo o libertarismo com desassombro e consistência. Encontro do gigantes.

[57] LA FONTAINE, Jean de. *Fábulas de Jean de La Fontaine*. Rio de Janeiro: Editora Brasil-América, 1985.



Robert Nozick (1938-2002), professor da Universidade de Harvard, respondeu seu colega John Rawls à altura com "Anarquia, Estado e Utopia" (1974), pela qual ganhou o *National Book Award* em 1975 (junto com o Pulitzer, um dos mais importantes prêmios literários dos EUA). A premiada obra assentou os alicerces do **libertarismo**.

A base da corrente libertária é a mesma do liberalismo igualitário: a defesa de direitos básicos e invioláveis NÃO pode ser sacrificada em prol do bem-estar da maioria, nem mesmo de todos. O ponto adiante, e de tensão, é que o libertarismo defende esses direitos até as últimas consequências, sem tecer análises qualitativas e quantitativas dos resultados obtidos no seio social e sem empreender tentativas (agressivas) de compensação.

Para Nozick, as pessoas têm pleno direito sobre o próprio corpo (exercício da liberdade) e ao fruto do seu trabalho (resultado da aplicação de suas habilidades). **NINGUÉM** tem qualquer direito sobre o resultado do trabalho alheio. **TODOS** podem realizar transações de forma livre e obter propriedade de modo legítimo.

E como fica aquela questão da loteria dos dotes naturais e sociais? A tese aqui não cola! Para o libertarismo o esforço individual, as capacidades únicas de cada pessoa, a adequação do comportamento ao que a sociedade valoriza (e demanda) podem ser recompensados: **o sucesso de uma pessoa é fruto do seu mérito individual e *favorece a TODOS*.**

ESCLARECENDO

Se você está tentando conceber como é que o sucesso individual vai favorecer a todos no pensamento libertário, esclareço. Em sociedades livres, compramos e vendemos bens (o que inclui o trabalho). Se compramos algo é porque consideramos que a coisa adquirida é mais importante do que o valor que estamos pagando por ela. Assim, se alguém enriquece licitamente é porque entrega para a sociedade MAIS do que recebe.

Entendeu o raciocínio? Não? Para não termos de retroceder ao tempo do escambo (antes da popularização do dinheiro), pense que você está em um brechó. Você oferece trocar um casaco por um tênis. Ao certo você considera que, naquele momento, o tênis lhe é mais importante do que o casado, ou que você o deseja mais ou que o possuir é mais vantajoso. Se o vendedor pede o casaco e duas camisas (que você também pretende trocar)... você analisa: "*hummm... muito caro!*", e a troca não acontece. Se ela ocorrer pelo casaco e **uma** camisa, temos o valor que você considera máximo de importância para aquele bem (tênis). O "preço" máximo que pagamos por algo é o quanto consideramos aquilo importante em certo momento (estamos dispostos a pagar). A consequência lógica é que quem vende está

entregando algo que, normalmente, vale para o comprador mais do que ele está pagando (se o comprador considerasse a troca desvantajosa, não a faria).

O mesmo se aplica ao trabalho. Os salários são ordenados conforme o valor que a sociedade (e o mercado) dá para as coisas. "*Mas isso é um absurdo!*", talvez você clame. "*Olha quanto ganha um jogador de futebol e um professor. Que injustiça!*". É que a sociedade clama por dribles e gols, o que faz subir às alturas os salários dos bons jogadores. Ademais, a comparação entre as carreiras é inviável porque NÃO trocamos todos os professores por um jogador (caso em que facilmente escolheríamos os professores), mas consideramos que poucos são capazes de fazer com uma bola o que Ronaldinho Gaúcho fazia. Já um professor, embora muito importante, pode ser mais facilmente substituído e, por isso, o valor pago a ele acaba sendo menor. É uma questão de oferta e demanda e fungibilidade, não de (in)justiça.

Por último, pense no Henry Ford. Ele certamente ficou milionário ao popularizar o automóvel. Mas também permitiu às pessoas cobrir grandes distâncias em menor tempo, rever familiares, morar mais longe do trabalho... Sua riqueza é pequena perto do benefício social por ele proporcionado. Ahh você prefere transporte coletivo? Eu também (onde ele funciona). Pagamos milhões a uma empresa para que construa um metrô. E pagamos essa fortuna porque consideramos que o metrô é mais importante do que a quantia por ele paga. Simples assim. **Se cada membro da sociedade fizer o seu melhor (e obtiver licitamente sucesso individual) todos ganham, sem a necessidade de qualquer redistribuição**.

O **fracasso**, por sua vez, NÃO pode ser imputado à sociedade e muito menos compensado pelo Estado. Cada pessoa deve arcar com os resultados de suas próprias condutas (comissivas ou omissivas). O libertarismo NÃO admite a transferência forçada de bens de uma pessoa para outra como uma obrigação imposta pela justiça distributiva.

A liberdade e a propriedade são os pilares da sociedade.

Se a LIBERDADE (em especial) é valor de máxima importância, as interferências em sua esfera devem ser consideradas sempre danosas (em miúdos: o princípio da diferença estabelecido por Rawls esmaga o princípio da liberdade por ele mesmo proposto – torna-o letra morta). **Só uma liberdade pode limitar outra liberdade** – ao exercer meu espectro de escolhas não posso interferir no campo alheio (todos têm direito à mesma liberdade).

Como diria Hegel: o espírito que prefere a liberdade à vida torna-se senhor (de si mesmo); o espírito que prefere a vida à liberdade torna-se escravo (dos outros).

A concepção de PROPRIEDADE, por seu turno, inclui o ser humano como dono de si mesmo (do próprio corpo e dos frutos gerados com a aplicação das habilidades individuais, sejam genéticas ou desenvolvidas durante a vida), o que impede qualquer ingerência pública ou privada.



Se sou dono do meu corpo, posso vender um rim? Na maior parte do mundo, NÃO. A doação de órgãos deve ser sempre gratuita. É o caso do Brasil (Lei nº 9.434/1997). Mas nem precisamos entrar nessa polêmica tão acirrada (órgãos); falemos da venda de sangue (ou plasma) para transfusão. Deveríamos permiti-la? Todos os dias, centenas de brasileiros morrem por falta de uma transfusão (os bancos de sangue vivem às voltas com estoques baixos). Os argumentos contrários mais comuns à possibilidade de venda são: **(a)** os pobres seriam explorados (então, em nome de uma pretensa defesa dos pobres, impedindo a criação de uma fonte de renda exploratória, deixemos os pobres sem dinheiro e os doentes a morrer...); **(b)** "transformar o sangue em mercadoria corrói o sentimento de obrigação de doar sangue, diminui o espírito de altruísmo e solapa a 'relação de doação'"[58] (engraçado que esse argumento, de diminuir o espírito de solidariedade, não é aplicado à redistribuição forçada de renda, que afasta as pessoas do verdadeiro altruísmo; além disso, roupas são mercadorias e todo inverno há bem-sucedidas campanhas de doação). Em contraponto, uma pesquisa do Hospital Johns Hopkins, nos Estados Unidos, concluiu que o pagamento de míseros U$ 5 aumenta em 26% as chances de uma pessoa doar sangue; já um vale-presente de U$ 10 eleva a probabilidade em 52%. **Nosso medo de permitir trocas livres mata pessoas todos os dias...**

Mas até aqui está fácil (vender órgão duplo e sangue). Quero ver agora: pode um pai pobre vender seu corpo todo (tirar a própria vida) e com isso pagar uma universidade de medicina para o filho? Vamos testar até onde vai sua defesa da liberdade individual. Esse pai não está ferindo a liberdade de qualquer outra pessoa. Está agindo de forma plenamente consciente. E aí? Pode ou não pode? Um libertário diria: se você ficou ultrajado com a possibilidade, disponha-se a pagar a universidade do menino e evite essa morte terrível. Você também é pobre? Faça uma vaquinha. Em suma, o pensamento libertário admite qualquer espécie de troca livre e consciente entre pessoas capazes. Não há uma análise moral (como a de Kant), em que as coisas são erradas por si sós. Aqui a liberdade não é para agir conforme o imperativo categórico. É liberdade plena, limitada apenas pela liberdade alheia.

Efetivamente, o modelo de defesa inflexível das liberdades individuais leva a discussões bastante polêmicas em temas como a união entre pessoas do mesmo sexo e a liberação das drogas. Para os libertários, se você é maior e capaz, pode fazer o que bem entender (desde que não prejudique terceiros), inclusive usar a droga que quiser: é problema seu!!! Mas não venha depois exigir saúde pública acaso o uso de entorpecentes lese sua saúde. A lógica

[58] SANDEL, Michael. *What Money can't buy*.

libertária é simples e direta: somos livres para tomar nossas escolhas (sem qualquer intromissão), mas também os únicos responsáveis pelas consequências daí advindas.

QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

(2015/NUCEPE - SEDUC-PI/Professor de Filosofia) Sobre a teoria da justiça de Robert Nozick, marque a alternativa INCORRETA.

a) Segundo Nozick, os direitos individuais são constitutivos da justiça, requerendo um respeito absoluto a eles, estabelecendo restrições absolutas ao que os outros ou o Estado podem fazer.

b) Em Nozick há uma renovação da ideia lockeana de "propriedade de si mesmo".

c) Segundo Nozick, para que se faça a justiça, é necessário que o Estado intervenha nas aquisições e transferências dos indivíduos através de um processo redistributivo.

d) A posição de Nozick é costumeiramente caracterizada como libertarismo.

e) Para Nozick, o Estado deve ter apenas uma função protetora da autopropriedade, não podendo ter funções redistributivas.

Comentários

ALTERNATIVA A = a liberdade e a propriedade devem ser respeitadas de modo absoluto. Qualquer concessão nesse sentido (exemplo: redistribuição de renda) enseja malversação e corrói as estruturas sociais.

ALTERNATIVA B = toda pessoa detém, como primeira propriedade, o seu próprio corpo (pode inclusive vender seus próprios órgãos e assim quiser).

ALTERNATIVA D = isso! libertarismo ou libertarianismo.

ALTERNATIVA E e C = redistribuir propriedade é o mesmo que negar a propriedade.

Logo, a assertiva **C** está **incorreta** e é o gabarito.

4.4.7 Amartya Sen

Há uma flauta sobre a mesa. Três meninos olham para ela. **João** diz merecê-la porque é o único que sabe tocar; **José** argumenta que, ao contrário dos outros dois, ele não tem nenhum brinquedo; **Pedro** afirma que foi ele quem fabricou a flauta com suas próprias mãos. A quem a flauta deve pertencer?

Concepções de justiça:

+ **Utilitaristas** (maximização) e **Aristóteles** (*telos*) = João deve ser agraciado, sendo justo potencializar o uso e o bem-estar provocado ou atender à essência da flauta (para que serve), dando-a para quem sabe tocar (será uma alegria para a casa toda ouvir João e suas melodias).
+ **Rawls** e **Marx** (igualdade) = José tem de receber o instrumento, pois é justo distribuir bens para quem não os tenha (se cada um dos meninos tiver brinquedos o grupo será mais justo e equânime).
+ **Nozick** e **Locke** (propriedade) = claro que Pedro deve tê-la de volta. Se não a alienou, aquele que fabricou tem direito (por justiça) aos frutos de seu trabalho (que tipo de sociedade é essa em que as pessoas não possuem sequer o produto do próprio labor?).

Ao olhar para essa situação, Amartya Sem não vê apenas teorias colidentes, mas também uma pluralidade de sistemas de valores e de critérios para pensar a justiça, os quais impediriam a existência de qualquer arranjo social identificável que seja perfeitamente justo e consensual (sobre o qual surgiria um acordo imparcial).

CURIOSIDADE

Amartya Sen dedicou seu *magnus opus* (sua obra-prima: "A ideia de Justiça") a John Rawls, que considerava mentor e cuja teoria, sem piedade, criticou no livro 😀

Uma crítica possível é que o autor analisou o tema como se uma teoria da justiça tivesse de se adequar à outra, o que não é sequer a intenção dos pensadores: Rawls criticava os utilitaristas e foi criticado por Nozick. Cada teoria pensa ser a correta. O fato de serem contraditórias não as inviabiliza – arriscamos o erro (crasso), na busca do acerto (crucial).

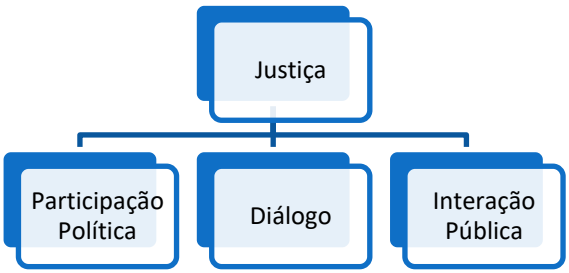


De toda forma, para Sen as questões de justiça não podem ser reduzidas a problemas de distribuição das riquezas, muito menos a diferenças de bem-estar. A discussão em torno da ideia de justiça deve se concentrar na análise do comportamento real das pessoas e ocorrer no seio uma deliberação pública, de modo a comportar uma decisão não violenta. É assim que se define a quem se deve entregar a flauta.



Amartya Sen nasceu na Índia em 1933. Formou-se em economia e se mudou para Londres, onde concluiu seus estudos no Trinity College, em Cambridge – tornou-se o primeiro asiático a ocupar o posto de *headmaster*. Lecionou na Universidade Jadavpur de Calcutá, na Escola de Economia de Delhi e na London School of Economics, além de Oxford, Harvard, Berkeley, Stanford, Cornell, MIT. Ganhou o prêmio Nobel de Economia em 1998.

Sen propõe um procedimento: primeiro devem ser fixados os critérios a serem adotados; em seguida a matéria deve ser levada a debate público para se avaliar, democracitamente, qual é a decisão mais justa naquele caso. Por essa razão denomina-se-lhe **teoria da escolha social** – intimamente ligada à participação política e à busca de decisões tomadas no âmbito do exame crítico (argumentos razoáveis e imparciais) e da interação pública. Pretende-se a democratização das decisões sobre justiça.



O modelo permitiria: (a) escrutínio e revisão; (b) a sobrevivência de princípios concorrentes; (c) soluções parciais e conciliadoras; (d) diferentes interpretações das escolhas sociais; (e) racionalização, articulação e precisão nas discussões públicas; (f) a discussão pública nas escolhas sociais.

5 QUESTÕES



5.1 QUESTÕES SEM COMENTÁRIOS

Q1. OAB XV 2014

Na Doutrina do Direito, Kant busca um conceito puramente racional e que possa explicar o direito independentemente da configuração específica de cada legislação. Mais precisamente, seria o direito entendido como expressão de uma razão pura prática, capaz de orientar a faculdade de agir de qualquer ser racional.

Assinale a opção que contém, segundo Kant, essa lei universal do direito.

a) Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim, e nunca como meio.

b) Age exteriormente, de modo que o livre uso de teu arbítrio possa se conciliar com a liberdade de todos, segundo uma lei universal.

c) Age como se a máxima de tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, lei universal da natureza.

d) Age de forma que conserves sempre a tua liberdade, ainda que tenhas de resistir à liberdade alheia.

Q2. OAB XXV 2018

Uma punição só pode ser admitida na medida em que abre chances no sentido de evitar um mal maior (Jeremy Bentham).

Jeremy Bentham, em seu livro Princípios da Moral e da Legislação, afirma que há quatro casos em que não se deve infligir uma punição. Assinale a opção que corresponde a um desses casos citados pelo autor na obra em referência.

A) Quando a lei não é suficientemente clara na punição que estabelece.

B) Quando o prejuízo produzido pela punição for maior do que o prejuízo que se quer evitar.

C) Quando o juiz da causa entende ser inoportuna a aplicação da punição.

D) Quando o agressor já sofreu o suficiente em função das vicissitudes do processo penal.

Q3. OAB XXI 2016

Há um limite para a interferência legítima da opinião coletiva sobre a independência individual, e encontrar esse limite, guardando-o de invasões, é tão indispensável à boa

condição dos negócios humanos como a proteção contra o despotismo político. (John Stuart Mill)

A consciência jurídica deve levar em conta o delicado balanço entre a liberdade individual e o governo das leis. No livro A Liberdade. Utilitarismo, John Stuart Mill sustenta que um dos maiores problemas da vida civil é a tirania das maiorias.

Conforme a obra citada, assinale a opção que expressa corretamente a maneira como esse autor entende o que seja tirania e a forma de proteção necessária.

A) A tirania resulta do poder do povo como autogoverno porque o povo não é esclarecido para fazer suas escolhas. A proteção contra essa tirania é delegar o governo aos mais capacitados, como uma espécie de governo por meritocracia.

B) A deliberação de juízes ao imporem suas concepções de certo e errado sobre as causas que julgam, produz a mais poderosa tirania, pois subjuga a vontade daqueles que estão sob a jurisdição desses magistrados. Apenas o duplo grau de jurisdição pode proteger a sociedade desta tirania.

C) Os governantes eleitos impõem sobre o povo suas vontades e essa forma de opressão é a única tirania da maioria contra a qual se deve buscar a proteção na vida social, o que é feito por meio da desobediência civil.

D) A sociedade, quando faz as vezes do tirano, pratica uma tirania mais temível do que muitas espécies de opressão política, pois penetra nos detalhes da vida e escraviza a alma. Por isso é necessária a proteção contra a tirania da opinião e do sentimento dominantes.

Q4. Ano: 2012 Órgão: MPE-PR Prova: Promotor de Justiça (adaptada)

Julgue o item subsequente:

Para John Rawls, dois “princípios de justiça” emergem na posição original através de um acordo unânime: 1) Cada pessoa tem um direito igual a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com um esquema similar de liberdade para todos; 2) As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. Primeira, elas devem estar associadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades. Segunda, elas devem ser para o maior benefício dos membros menos favorecidos da sociedade.

Q5. Ano: 2013 Banca: FGV Órgão: LA-MT Prova: Procurador

O pensador norte-americano John Rawls (1921-2002) contribuiu para a reformulação do pensamento moral contemporâneo, ao pretender ampliar o conceito e o papel da justiça. Nesse sentido, seu modelo de justiça

a) é igualitarista, identificando a justiça com a igualdade econômica, a ser conquistada por meio da planificação e estatização da economia.

b) se baseia em uma concepção metafísica e apriorística de Bem, que obriga a pessoa a se orientar eticamente através de imperativos categóricos que comandam o sentido individual de suas ações.

c) é utilitarista, pois concebe uma sociedade justa quando suas organizações são instituídas de forma a alcançar a maior soma de satisfação para o conjunto de indivíduos.

d) defende as assimetrias econômicas e sociais, na medida em que recusa o argumento de ser vantajoso amparar os menos favorecidos.

e) é pluralista, no sentido de compreender o universo social como composto por elementos diferentes e conflitantes, mas orientado por princípios, entre os quais, o da liberdade.

Q6. Ano: 2015 Banca: FCC Órgão: DPE-SP Prova: Defensor Público (adaptada)

Apoiando-se na distinção kantiana entre imperativo categórico e hipotético as normas jurídicas positivas são imperativos:

a) hipotéticos e podem ser expressas pelo esquema: “Se você quiser Y, deve X".

b) categóricos e podem ser expressas pelo esquema: “Se você quiser Y, deve X ou Z".

c) categóricos e podem ser expressas pelo esquema: “Você deve X".

d) categóricos e podem ser expressas pelo esquema: “Se você quiser Y, deve X".

e) hipotéticos e podem ser expressas pelo esquema: “Você deve X".

Q7. OAB X 2013

“Manter os próprios compromissos não constitui dever de virtude, mas dever de direito, a cujo cumprimento pode-se ser forçado. Mas prossegue sendo uma ação virtuosa (uma demonstração de virtude) fazê-lo mesmo quando nenhuma coerção possa ser aplicada. A doutrina do direito e a doutrina da virtude não são, consequentemente, distinguidas tanto por seus diferentes deveres, como pela diferença em sua legislação, a qual relaciona um motivo ou outro com a lei”.

Pelo trecho acima podemos inferir que Kant estabelece uma relação entre o direito e a moral. A esse respeito, assinale a afirmativa correta.

A) O direito e a moral são idênticos, tanto na forma como no conteúdo prescritivo. Assim, toda ação contrária à moralidade das normas jurídicas é também uma violação da ordem jurídica.

B) A conduta moral refere-se à vontade interna do sujeito, enquanto o direito é imposto por uma ação exterior e se concretiza no seu cumprimento, ainda que as razões da obediência do sujeito não sejam morais.

C) A coerção, tanto no direito quanto na moral, é um elemento determinante. É na possibilidade de impor-se pela força, independentemente da vontade, que o direito e a moral regulam a liberdade.

D) Direito e moral são absolutamente distintos. Consequentemente, cumprir a lei, ainda que espontaneamente, não é demonstração de virtude moral.

Q8. Ano: 2017 Banca: CESPE Órgão: DPU Prova: CESPE - 2017 - DPU - Defensor Público Federal

Acerca das teorias contemporâneas da justiça, julgue o item a seguir.

De acordo com o utilitarismo, a relação sexual consentida entre homossexuais e sem prejuízo a terceiros, ainda que vista como inadequada por um grupo social, não configura uma questão de moralidade.

Q9. Ano: 2017 Banca: CESPE Órgão: DPU Prova: CESPE - 2017 - DPU - Defensor Público Federal

Acerca das teorias contemporâneas da justiça, julgue o item a seguir.

Para o libertarismo, a defesa do livre mercado é incompatível com a política social baseada na tributação redistributiva porque esta representa uma violação aos direitos do povo.

Q10. Ano: 2018 Banca: IBADE Órgão: SEDURB-PB Prova: IBADE - 2018 - SEDURB-PB - Agente de Controle Urbano

Segundo o conceito do filósofo Aristóteles, o conhecimento que propicia ao homem alcançar a virtude cardeal, consistente na ação justa, prudente, corajosa e temperada consiste na:

A) justiça.

B) moral.

C) ética.

D) cidadania.

E) dignidade.

5.2 GABARITO

GABARITO

Q1. **B**
Q2. **B**
Q3. **D**
Q4. **CERTO**
Q5. **E**
Q6. **A**
Q7. **B**
Q8. **CERTO**
Q9. **CERTO**
Q10. **C**

5.3 QUESTÕES COM COMENTÁRIOS



Q1. OAB XV 2014

> Na Doutrina do Direito, Kant busca um conceito puramente racional e que possa explicar o direito independentemente da configuração específica de cada legislação. Mais precisamente, seria o direito entendido como expressão de uma razão pura prática, capaz de orientar a faculdade de agir de qualquer ser racional.
>
> Assinale a opção que contém, segundo Kant, essa lei universal do direito.
>
> a) Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim, e nunca como meio.
>
> b) Age exteriormente, de modo que o livre uso de teu arbítrio possa se conciliar com a liberdade de todos, segundo uma lei universal.
>
> c) Age como se a máxima de tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, lei universal da natureza.
>
> d) Age de forma que conserves sempre a tua liberdade, ainda que tenhas de resistir à liberdade alheia.

Comentários

Assertiva A = aqui está a afirmação da dignidade humana, mas não da universalização.

Assertiva C = aí vira loucura: se todo mundo fizesse tudo que tem vontade só poderia dar em guerra generalizada.

Assertiva D = atuar com liberdade total, impondo-se sobre os demais, levaria a lesões reiteradas dos campos de liberdade (o pau iria comer geral). É preciso conciliar as liberdades de todos...

Assertiva B = exatamente isso! Liberdade de agir conforme o imperativo categórico (lei da universalização).

Em vista disso, a **alternativa B** é a correta e gabarito da questão.

Q2. OAB XXV 2018

> Uma punição só pode ser admitida na medida em que abre chances no sentido de evitar um mal maior (Jeremy Bentham).

> Jeremy Bentham, em seu livro Princípios da Moral e da Legislação, afirma que há quatro casos em que não se deve infligir uma punição. Assinale a opção que corresponde a um desses casos citados pelo autor na obra em referência.
>
> A) Quando a lei não é suficientemente clara na punição que estabelece.
>
> B) Quando o prejuízo produzido pela punição for maior do que o prejuízo que se quer evitar.
>
> C) Quando o juiz da causa entende ser inoportuna a aplicação da punição.
>
> D) Quando o agressor já sofreu o suficiente em função das vicissitudes do processo penal.

Comentários

Para resolver essa questão é preciso aplicar o princípio da utilidade: devemos escolher as opções que geram maior prazer, com a menor quantidade de dor em vista da maximização do bem-estar.

Assertiva A = se o problema é clareza, apelemos à hermenêutica (nada a ver com nosso assunto aqui).

Assertiva C = inoportuna? Pode isso? Tem nada a ver com o utilitarismo de Bentham.

Assertiva D = aí tem de perdoar kkkk mas não se relaciona com o utilitarismo.

Assertiva B = agora sim! Não faria sentido punir uma pessoa com excesso, se a ação que ela cometeu não era tão gravosa quanto a pena, maximizando a dor.

Os outros três casos são: (a) a ausência de motivo, por que o ato não foi prejudicial; (b) a ineficácia da punição, pois ela não evita o prejuízo que já foi cometido; (c) a desnecessidade da punição, pois o prejuízo cessa por si mesmo.

Em vista disso, a **alternativa B** é a correta e gabarito da questão.

Q3. OAB XXI 2016

> Há um limite para a interferência legítima da opinião coletiva sobre a independência individual, e encontrar esse limite, guardando-o de invasões, é tão indispensável à boa condição dos negócios humanos como a proteção contra o despotismo político. (John Stuart Mill)
>
> A consciência jurídica deve levar em conta o delicado balanço entre a liberdade individual e o governo das leis. No livro A Liberdade. Utilitarismo, John Stuart Mill sustenta que um dos maiores problemas da vida civil é a tirania das maiorias.
>
> Conforme a obra citada, assinale a opção que expressa corretamente a maneira como esse autor entende o que seja tirania e a forma de proteção necessária.

A) A tirania resulta do poder do povo como autogoverno porque o povo não é esclarecido para fazer suas escolhas. A proteção contra essa tirania é delegar o governo aos mais capacitados, como uma espécie de governo por meritocracia.

B) A deliberação de juízes ao imporem suas concepções de certo e errado sobre as causas que julgam, produz a mais poderosa tirania, pois subjuga a vontade daqueles que estão sob a jurisdição desses magistrados. Apenas o duplo grau de jurisdição pode proteger a sociedade desta tirania.

C) Os governantes eleitos impõem sobre o povo suas vontades e essa forma de opressão é a única tirania da maioria contra a qual se deve buscar a proteção na vida social, o que é feito por meio da desobediência civil.

D) A sociedade, quando faz as vezes do tirano, pratica uma tirania mais temível do que muitas espécies de opressão política, pois penetra nos detalhes da vida e escraviza a alma. Por isso é necessária a proteção contra a tirania da opinião e do sentimento dominantes.

Comentários

Assertiva A = quem falar em governo dos mais capacitados é Platão (reis-filósofos).

Assertiva B = pobres magistrados... longe de serem tão poderosos.

Assertiva C = "única tirania da maioria contra a qual se deve buscar a proteção na vida social"??? *Cê tá* de brincadeira...

Assertiva D = a tirania social é mais grave que a opressão política, pois deixa menos meios de fuga e penetra na esfera mais íntima e particular, escravizando a própria alma. Falei pouco, mas falei bonito!

Em vista disso, a **alternativa D** é a correta e gabarito da questão.

Q4. Ano: 2012 Órgão: MPE-PR Prova: Promotor de Justiça (adaptada)

Julgue o item subsequente:

Para John Rawls, dois "princípios de justiça" emergem na posição original através de um acordo unânime: 1) Cada pessoa tem um direito igual a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com um esquema similar de liberdade para todos; 2) As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. Primeira, elas devem estar associadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades. Segunda, elas devem ser para o maior benefício dos membros menos favorecidos da sociedade.

Comentários

Em síntese, aqui estão os princípios da liberdade e da diferença.

Em vista disso, o item está **CERTO**.

Q5. Ano: 2013 Banca: FGV Órgão: LA-MT Prova: Procurador

> O pensador norte-americano John Rawls (1921-2002) contribuiu para a reformulação do pensamento moral contemporâneo, ao pretender ampliar o conceito e o papel da justiça. Nesse sentido, seu modelo de justiça
>
> a) é igualitarista, identificando a justiça com a igualdade econômica, a ser conquistada por meio da planificação e estatização da economia.
>
> b) se baseia em uma concepção metafísica e apriorística de Bem, que obriga a pessoa a se orientar eticamente através de imperativos categóricos que comandam o sentido individual de suas ações.
>
> c) é utilitarista, pois concebe uma sociedade justa quando suas organizações são instituídas de forma a alcançar a maior soma de satisfação para o conjunto de indivíduos.
>
> d) defende as assimetrias econômicas e sociais, na medida em que recusa o argumento de ser vantajoso amparar os menos favorecidos.
>
> e) é pluralista, no sentido de compreender o universo social como composto por elementos diferentes e conflitantes, mas orientado por princípios, entre os quais, o da liberdade.

Comentários

Assertiva A = não é isso não. Rawls procura conciliar a **liberdade** e **igualdade**, de modo a conceder oportunidades justas às pessoas que se encontram em situação diversa. A planificação e estatização da economia é até poderia atender à igualdade, mas solaparia a liberdade.

Assertiva B = imperativos... teoria de **Kant**.

Assertiva C = "maior soma de satisfação para o conjunto de indivíduos"... utilitarismo puro.

Assertiva D = nada! O princípio da diferença não deixa a descoberto os menos favorecidos. Como vimos na questão anterior: "as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. Primeira, elas devem estar associadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades. Segunda, elas devem ser para o maior benefício dos membros menos favorecidos da sociedade".

Assertiva E = exato! O princípio da liberdade (junto com o da diferença) é base da teoria.

Em vista disso, a **alternativa E** é a correta e gabarito da questão.

Q6. Ano: 2015 Banca: FCC Órgão: DPE-SP Prova: Defensor Público (adaptada)

> Apoiando-se na distinção kantiana entre imperativo categórico e hipotético as normas jurídicas positivas são imperativos:

a) hipotéticos e podem ser expressas pelo esquema: “Se você quiser Y, deve X".

b) categóricos e podem ser expressas pelo esquema: “Se você quiser Y, deve X ou Z".

c) categóricos e podem ser expressas pelo esquema: “Você deve X".

d) categóricos e podem ser expressas pelo esquema: “Se você quiser Y, deve X".

e) hipotéticos e podem ser expressas pelo esquema: “Você deve X".

Comentários

Kant apresenta o imperativo categórico para questões morais e o imperativo hipotético para a lógica das normas jurídicas. A fórmula que mais se adequa às normas jurídicas (imperativo hipotético) é “Se você quiser Y, deve X”. Já o esquema do imperativo categórico é: “Você deve X”.

Em vista disso, a **alternativa A** é a correta e gabarito da questão.

Q7. OAB X 2013

“Manter os próprios compromissos não constitui dever de virtude, mas dever de direito, a cujo cumprimento pode-se ser forçado. Mas prossegue sendo uma ação virtuosa (uma demonstração de virtude) fazê-lo mesmo quando nenhuma coerção possa ser aplicada. A doutrina do direito e a doutrina da virtude não são, consequentemente, distinguidas tanto por seus diferentes deveres, como pela diferença em sua legislação, a qual relaciona um motivo ou outro com a lei”.

Pelo trecho acima podemos inferir que Kant estabelece uma relação entre o direito e a moral. A esse respeito, assinale a afirmativa correta.

A) O direito e a moral são idênticos, tanto na forma como no conteúdo prescritivo. Assim, toda ação contrária à moralidade das normas jurídicas é também uma violação da ordem jurídica.

B) A conduta moral refere-se à vontade interna do sujeito, enquanto o direito é imposto por uma ação exterior e se concretiza no seu cumprimento, ainda que as razões da obediência do sujeito não sejam morais.

C) A coerção, tanto no direito quanto na moral, é um elemento determinante. É na possibilidade de impor-se pela força, independentemente da vontade, que o direito e a moral regulam a liberdade.

D) Direito e moral são absolutamente distintos. Consequentemente, cumprir a lei, ainda que espontaneamente, não é demonstração de virtude moral.

Comentários

Assertiva A = claro que não. Há ações imorais que não são antijurídicas.

Assertiva B = correto. Quantas e quantas vezes cumprimos a lei por puro medo de punição ou por pretender um resultado positivo (longe de fatores morais).

Assertiva C = de jeito nenhum. Muitas vezes a moral não tem qualquer possibilidade de imposição pela força (esse é o padrão moral).

Assertiva D = cumprir a lei já é um ato de virtude moral. Não há essa absoluta distinção.

Em vista disso, a **alternativa B** é a correta e gabarito da questão.

Q8. Ano: 2017 Banca: CESPE Órgão: DPU Prova: CESPE - 2017 - DPU - Defensor Público Federal

> Acerca das teorias contemporâneas da justiça, julgue o item a seguir.
>
> De acordo com o utilitarismo, a relação sexual consentida entre homossexuais e sem prejuízo a terceiros, ainda que vista como inadequada por um grupo social, não configura uma questão de moralidade.

Comentários

Com CERTEZA! Se não prejudicar os demais (não elevar o nível geral de dor na sociedade como um todo) não há qualquer razão para se intrometer no comportamento e nas escolhas dos outros (mais do que justo, não?).

Em vista disso, o item está **CERTO**.

Q9. Ano: 2017 Banca: CESPE Órgão: DPU Prova: CESPE - 2017 - DPU - Defensor Público Federal

> Acerca das teorias contemporâneas da justiça, julgue o item a seguir.
>
> Para o libertarismo, a defesa do livre mercado é incompatível com a política social baseada na tributação redistributiva porque esta representa uma violação aos direitos do povo.
>
> **Comentários**
>
> Conforme explica Robert Nozick a defesa de direitos básicos e invioláveis (como a **propriedade**) que NÃO pode ser sacrificada em prol do bem-estar de todos. **NINGUÉM** tem qualquer direito sobre o resultado do trabalho alheio. Aliás, o termo "justiça distributiva" não é um termo "neutro", mas também reflete os prejuízos igualitários fortemente arraigados nas concepções estatizantes – pressupõe tempo a necessidade de certa redistribuição pelo Estado (tirar de um e dar para outro ou para prestar serviços públicos), o que enseja violação dos direitos dos cidadãos.
>
> Em vista disso, o item está **CERTO**.

Q10. Ano: 2018 Banca: IBADE Órgão: SEDURB-PB Prova: IBADE - 2018 - SEDURB-PB - Agente de Controle Urbano

> Segundo o conceito do filósofo Aristóteles, o conhecimento que propicia ao homem alcançar a virtude cardeal, consistente na ação justa, prudente, corajosa e temperada consiste na:
>
> A) justiça.
>
> B) moral.
>
> C) ética.
>
> D) cidadania.
>
> E) dignidade.

Comentários

O termo "ética" deriva do grego *ethos* (caráter, modo de ser de uma pessoa) e representa um conjunto de valores morais e princípios que norteiam a conduta humana na sociedade. Aristóteles trabalhava com o conceito é ética do meio termo: nem muito, nem pouco (nem medroso, nem imprudente = corajoso).

Em vista disso, a **alternativa C** é a correta e gabarito da questão.

6 RESUMO



Para finalizar o estudo da matéria, trago à baila um pequeno resumo dos principais aspectos estudados ao longo da aula (esquema para memorização). Sugiro que este resumo seja revisitado antes do início da aula seguinte, como forma de "refrescar" a memória. Além disso, respeitada a organização de estudos que os senhores e senhoras certamente possuem (se não possuem organização e planejamento, tratam de fazê-los kkkkk), a cada ciclo de estudos é bastante proveitoso retomar esses resumos. Caso encontrem dificuldade em compreender ou rememorar alguma informação, não deixem de retornar à aula.

--

CONCEITOS INICIAIS

- **Dogmática**: pauta-se nos dogmas (direito posto), sem questioná-los. Busca-se a solução prática do problema no sistema normativo.

- **Zetética**: problematiza as próprias normas, questionando-as.

CONCEITOS FUNDAMENTAIS

❍ DIREITO: deriva do latim *directum* (de + rectum). Transparece a ideia de linha reta (aquilo que é correto). Jurídico deriva do latim *juridicus* (traduz a ideia de vínculo entre pessoas).

❍ CONCEITO: é o conjunto de normas (regras e princípios) com as seguintes características: (a) instituídas ou reconhecidas por um ente soberano; (b) aplicável a todos; (c) que possuem pretensão de justeza; (d) não se mostram extremamente injustas; e (d) regulam de maneira eficaz as condutas em sociedade.

❍ SIGNIFICADOS:

- Direito como **justo** = o justo é o valor fundamental perseguido pelo direito.
- Direito como ***norma agendi*** = a norma de agir (de conduta). Confunde-se com o direito objetivo.
- Direito como ***facultas agendi*** = faculdade de agir – possibilidade de efetivo exercício do direito por parte do sujeito.
- Direito como **ciência** = a ciência jurídica (dimensão dogmática do direito) estuda os ordenamentos jurídicos.
- Direito como **fato social** = aborda o direito do ponto de vista sociológico, analisando-o como estrutura social.

❍ MORAL: a moral é conjunto de princípios gerais de conduta implementados pela livre vontade do homem.

- **DIREITO X MORAL** = **Direito** é regra externa (heteronomia), imposto por coerção externa (com ameaça de sanção) e que tem por objeto relações (bilateralidade); **Moral** é regra interna (autonomia), com conduta realizada sem esperar resultados (espontânea) e que se cumpre pela boa vontade, recaindo sobre ações individuais (unilateral).

HERMENÊUTICA

❍ CONCEITO: ciência da interpretação da linguagem jurídica, de modo a: (a) viabilizar a aplicabilidade das normas; (b) constatar a existência de lacunas no sistema e apresentar soluções para sua integração; e (c) solucionar antinomias jurídicas.

❍ ESCOLAS:

- **Dogmática**: a missão do intérprete restringe-se a conhecer a lei e declarar sua literalidade (interpretação exclusivamente gramatical) – o legislador deve ser considerado uma autoridade infalível e inquestionável (escola exegética).
- **Histórico-evolutiva**: o intérprete deve realizar interpretação gramatical e histórica, atento ao fato de que a norma muda ao longo do tempo, conforme mudam os fatores objetivos (a realidade social).

↳ **Livre pesquisa**: é papel de o intérprete suprir as omissões no ordenamento (integração), o que pode fazer com ampla liberdade de escolha entre as fontes formais (os costumes têm grande importância) – a autoridade se desloca do legislador para o julgador.

❍ TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO:

↳ **Gramatical**: ponto de partida do processo interpretativo, sob a ótica de que as palavras utilizadas para descrever a norma são importantes para que se obtenha seu significado correto (literal).

↳ **Lógica**: busca extrair o significado da norma dentro de contextos (pressupõe que a interconexão entre as partes é importante para a obtenção do seu correto significado).

↳ **Histórica**: pauta-se pela verificação dos antecedentes históricos da norma e pelo sentido que possuía ao tempo de sua elaboração.

↳ **Sistemática**: perpassa o ordenamento jurídico como um todo, buscando posicionar e integrar a norma dentro do sistema jurídico que compõe – analisa o entrelaçamento das normas no interior da estrutura do sistema jurídico (o sentido de uma norma não está apenas nos seus próprios termos, mas também na sua relação com outras normas do ordenamento).

↳ **Teleológica**: concentra suas preocupações no fim a que a norma se dirige. Toda e qualquer lei visa a uma finalidade social, lembrando que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

❍ EQUIDADE: modo de julgamento que, por vezes, descola-se da própria lei para garantir a justiça no caso concreto (mitigação da lei escrita por circunstâncias que ocorrem em relação às pessoas, às coisas, ao lugar ou tempos).

JUSTIÇA

Pré-socráticos	Prevalece que o mundo é o resultado dos feitos e desfeitos dos deuses. Porém, surgem os primeiros questionamentos acerca de um direito acima do humano (Antígona) e as primeiras noções de justiça nas obras de Homero (Odisseia e Ilíada), de Hesíodo (O trabalho e os dias)
Sofistas	Há regras imutáveis vindas da natureza e regras mutáveis vindas dos homens (artificial e atenta contra a ordem natural). A justiça humana é apenas uma vantagem para quem domina e uma desvantagem para quem é dominado. Ao cabo, "o homem é a medida de todas as coisas" e o que correta é a ideia que sai vencedora de um debate (a verdade é relativa).
Sócrates	A verdade é absoluta (não relativa) e pode ser relevada pelo conhecimento, o qual é parido no debate. Em última instância, a justiça se confunde com a lei (ser justo é cumprir a lei).
Platão	Considerando que cada pessoa tem uma aptidão (o papel do homem é pré-determinado), a Justiça ocorre quando cada um exerce sua virtude na sociedade, de

	acordo com sua natural designação (eidética). Justiça é dar a cada um o que lhe é devido.
Aristóteles	Justiça é igualdade em condições de isonomia. (A) justiça particular comutativa ou corretiva: entre particulares, em que os ganhos e perdas devem ser iguais. (B) justiça particular distributiva: entre a sociedade e particulares, mediante distribuição social dos bens com proporcionalidade. (C) justiça universal = envolve o todo, ou seja, a moralidade a legislação e toda comunidade por ela protegida. Para fechar a teoria, há ainda de se observa a **equidade**, que é a avaliação do justo no caso *concreto*, visto que a lei possui um caráter geral e abstrato – correção dos rigores da lei (régua de Lesbos).
Epicuristas	O homem deve agir em busca da felicidade (hedonismo), procurando o prazer e fugindo da dor. O sábio sabe qual prazer é digno (voltado à paz de espírito e tranquilidade). A busca da felicidade de um não pode interferir da de outro – a justiça é a convenção dos homens em busca da felicidade em cooperação.
Estoicistas	Tudo à nossa volta é governado por leis naturais que impõem coisas boas (a serem desfrutadas) e coisas ruins (a serem aceitas sem contestação). A justiça está em atuar de acordo com a reta razão (fonte de direito natural) e alcançar uma vida em harmonia com a natureza – viver de acordo (aceitando) as leis naturais e seus desdobramentos.
Ulpiano	Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu por direito. (A) não ofenda (lese) ninguém. (B) vida honestamente. (C) dê a cada um o que lhe pertence.
Santo Agostinho	Agostinho distingue dois reinos: *civitas Dei* (cidade de Deus) e *civitas terrea* (cidade terrena – onde predomina o pecado). A única madeira de permitir com que o povo suba à cidade de Deus é garantir a influência da Igreja no Estado, de modo que as leis terrenas estejam adequadas às leis divinas.
São Thomas de Aquino	Há três leis a reger o mundo: Lei **eterna** = vinda diretamente de Deus para reger o Universo; (2) Lei **natural** = tradução da lei divina para a linguagem dos homens (por meio do dom da razão), estabelecendo o código moral e ético (certo/errado, justo/injusto); (3) Lei **humana** (positiva) = lei criada pelo homem para governar questões cotidianas e viabilizar o funcionamento das comunidades (regulamenta e integra a lei natural).
Maquiavel	Justo é aquilo que é necessário para chegar e se manter o poder, que é imprescindível para a paz e para a ordem: os fins justificam os meios.
Thomas Hobbes	Ser justo é obedecer ao contrato social firmado com o Leviatã (Estado), ente necessário para impedir que o homem retorne ao estado de natureza, em que impera a lei do mais forte.
John Locke	Ser justo é obedecer ao contrato social, mas especialmente quanto aos direitos pré-contratuais (direitos naturais que existem independentemente do Estado – origem dos direitos humanos).
Hugo Grócio e Samuel	A justiça possui um aspecto imanentista, não é advinda de Deus, mas dos próprios homens. As leis são justas quando elaboradas com base nos direitos naturais,

Pufendorf	revelados pela razão.
David Hume	É a experiência humana que determina o que é bom, o que é ruim, o que é justo e injusto, o que pode variar no tempo e no espaço.
Immanuel Kant	Justiça é a liberdade (garantida a todos em igualdade) de agir em conformidade com o imperativo categórico. Assim, é justo aquilo que pode ser universalizado (praticado por todos sem interferência indevida no campo de liberdade alheia).
Friedrich Hegel	A justiça é construída pelo homem (por meio da razão e da dialética) no decorrer da história.
Utilitaristas	Justiça é a maximização das possibilidades de se alcançar a felicidade (tudo que aumentar o prazer é bom (justo) e tudo que aumentar a dor é ruim (injusto).
Hans Kelsen	A justiça é um valor (conceito subjetivo, variável no tempo e no espaço), não devendo ser analisada pelo Direito.
John Rawls	A justiça rege-se pela equidade; pelos princípios da **liberdade** (cada pessoa deve ter um direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas, compatível com um sistema de liberdades idênticos para os demais) e da **diferença** (as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas para que razoavelmente beneficiem a todos, em especial os desprivilegiados, e desde que decorram de posições e funções às quais todos tenham acesso – oportunidade justa).
Robert Nozick	A justiça se encontra na defesa da liberdade e da propriedade. As pessoas têm propriedade sobre o próprio corpo e devem ser livres para aplicar suas faculdades e obter os resultados – qualquer interferência é indevida (só a liberdade de um pode limitar a de outro).
Amartya Sen	A justiça deve ser encontrada pelo exame crítico (argumentos razoáveis e imparciais), no campo do debate, da interação pública (democratização da busca da justiça).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegamos ao final de mais uma aula... Não vejo melhor maneira de encerrá-la do que com a transcrição de uma das minhas cenas prediletas de todos os tempos[59]: o diálogo entre Morpheu e Neo no filme **Matrix** (claro que é o primeiro, né?!), em que é oferecida a pílula da verdade.

[59] Já citei ela alhures. Se não conferiu, não perca: https://goo.gl/Z8DiBK.

*"**Morpheu**: Eu imagino que você esteja se sentindo um pouco como a Alice. Entrando pela toca do coelho. [...] Eu vejo nos seus olhos. Você tem o olhar de um homem que aceita o que vê porque está esperando acordar. Ironicamente, não deixa de ser verdade. [...]. Deixe-me dizer porque você está aqui. Você está aqui porque você sabe de algo. Não consegue explicar o que, mas você sente. Você sentiu a vida inteira. Há algo errado com o mundo. Você não sabe o que, mas há. Como um zunido na sua cabeça... te enlouquecendo. Foi esse sentimento que te trouxe até mim. Você sabe do que estou falando? **Neo**: Da Matrix? **Morpheu**: Você deseja saber o que ela é? A Matrix está em todo lugar. À nossa volta. Mesmo agora, nesta sala. Você pode vê-la quando olha pela janela ou quando liga sua televisão. Você a sente quando vai para o trabalho, quando vai à igreja, quando paga seus impostos. É o mundo que foi colocado diante dos seus olhos... para que você não visse a verdade". **Neo**: Que verdade? **Morpheu**: Que você é um escravo. Como todo mundo, você nasceu num cativeiro... nasceu numa prisão que não consegue sentir ou tocar. Uma prisão... para a sua mente. Infelizmente é impossível dizer o que é a Matrix. Você tem de ver por si mesmo. Está é a sua última chance. Depois, não há como voltar. Se tomar a pílula azul, a história acaba e você acordará na sua cama acreditando no que quiser acreditar. Se tomar a pílula vermelha, ficará no País das Maravilhas e eu te mostrarei até onde vai a toca do coelho. Lembre-se: tudo o que ofereço é a verdade. Nada mais!"*

Pois bem. Ao ler este material até o fim, mais do que se preparar para concursos, você escolheu saber onde dá a toca do coelho. Você tomou a pílula **vermelha**, sem dúvidas. Agora não adianta reclamar, não há volta. Espero que faça bom proveito dos conhecimentos adquiridos. Há informação para muita reflexão.

Continue seus estudos, não esmoreça. Saia dessa prisão para a mente (alienação e doutrinação) na qual nos tentam aprisionar até o final da vida. Veja o mundo por seus olhos. Sei que é difícil, mas não desista. O que precisar de mim, estou aqui para ajudar.

Lembrando que quaisquer dúvidas, sugestões e críticas, ou se você viu algum erro no material (ajude a melhorá-lo a cada dia), entre em contato sem hesitação. Estou disponível no fórum do Curso, por e-mail e, inclusive, pelo *Facebook* ou *Instagram*.

Jean Vilbert



jeanvilbert@gmail.com
www.fb.com/jean.vilbert
@jeanvilbert

ESSA LEI TODO MUNDO CONHECE:
PIRATARIA É CRIME.

Mas é sempre bom revisar o porquê e como você pode ser prejudicado com essa prática.

1. 

Professor investe seu tempo para elaborar os cursos e o site os coloca à venda.

2. 

Pirata divulga ilicitamente (grupos de rateio), utilizando-se do anonimato, nomes falsos ou laranjas (geralmente o pirata se anuncia como formador de "grupos solidários" de rateio que não visam lucro).

3. 

Pirata cria alunos fake praticando falsidade ideológica, comprando cursos do site em nome de pessoas aleatórias (usando nome, CPF, endereço e telefone de terceiros sem autorização).

4. 

Pirata compra, muitas vezes, clonando cartões de crédito (por vezes o sistema anti-fraude não consegue identificar o golpe a tempo).

5. 

Pirata fere os Termos de Uso, adultera as aulas e retira a identificação dos arquivos PDF (justamente porque a atividade é ilegal e ele não quer que seus fakes sejam identificados).

6. 

Pirata revende as aulas protegidas por direitos autorais, praticando concorrência desleal e em flagrante desrespeito à Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98).

7. 

Concurseiro(a) desinformado participa de rateio, achando que nada disso está acontecendo e esperando se tornar servidor público para exigir o cumprimento das leis.

8. 

O professor que elaborou o curso não ganha nada, o site não recebe nada, e a pessoa que praticou todos os ilícitos anteriores (pirata) fica com o lucro.



Deixando de lado esse mar de sujeira, aproveitamos para agradecer a todos que adquirem os cursos honestamente e permitem que o site continue existindo.