

## **Aula 00**

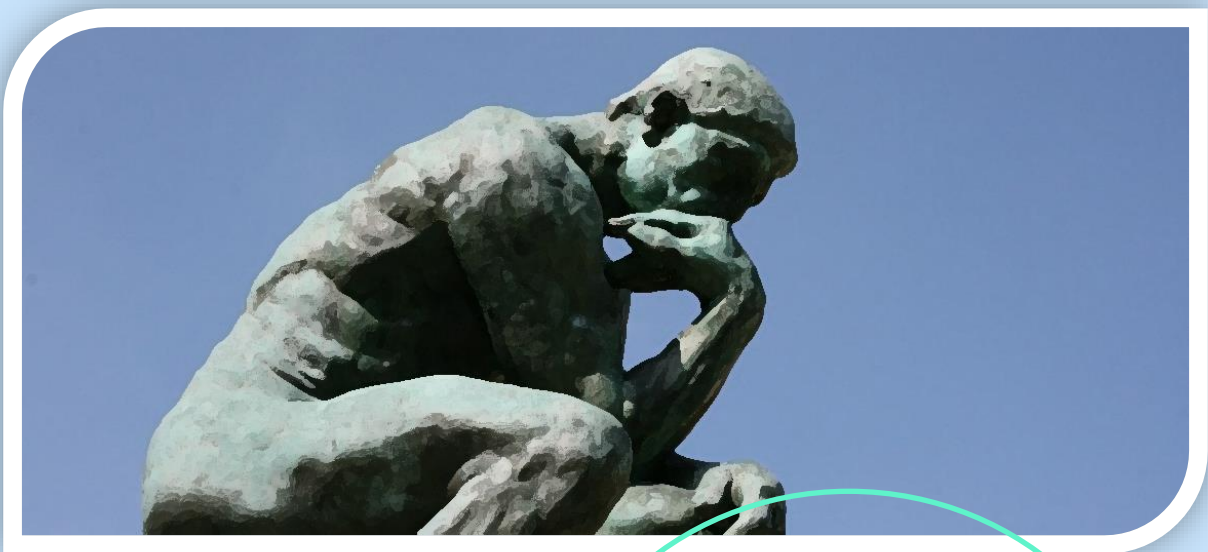
*Formação Humanística p/ TJ-RO (Juiz  
Substituto) - 2020*

Autor:  
**Jean Vilbert**

13 de Fevereiro de 2020

# FILOSOFIA JURÍDICA

## JUSTIÇA: CERTO X ERRADO



# SUMÁRIO

|          |                                     |            |
|----------|-------------------------------------|------------|
| <b>1</b> | <b>Considerações Iniciais .....</b> | <b>9</b>   |
| <b>2</b> | <b>Antiguidade.....</b>             | <b>13</b>  |
| 2.1      | Sofistas .....                      | 14         |
| 2.2      | Sócrates .....                      | 16         |
| 2.3      | Platão .....                        | 18         |
| 2.4      | Aristóteles .....                   | 21         |
| <b>3</b> | <b>Idade Média .....</b>            | <b>28</b>  |
| 3.1      | Santos Agostinho .....              | 28         |
| 3.2      | São Tomás de Aquino .....           | 30         |
| <b>4</b> | <b>Modernidade .....</b>            | <b>34</b>  |
| 4.1      | Thomas Hobbes .....                 | 35         |
| 4.2      | John Locke .....                    | 38         |
| 4.3      | Jean-Jacques Rousseau .....         | 43         |
| 4.4      | Immanuel Kant .....                 | 49         |
| 4.5      | Jeremy Bentham.....                 | 62         |
| 4.6      | John Stuart Mill.....               | 67         |
| <b>5</b> | <b>Contemporaneidade .....</b>      | <b>72</b>  |
| 5.1      | Hans Kelsen .....                   | 73         |
| 5.1      | Gustav Radbruch .....               | 75         |
| 5.2      | Chaïm Perelman .....                | 78         |
| 5.3      | Herbert Hart .....                  | 79         |
| 5.4      | Ronald Dworkin .....                | 88         |
| 5.5      | Robert Alexy .....                  | 94         |
| <b>6</b> | <b>Questões .....</b>               | <b>102</b> |
| 6.1      | Questões SEM comentários .....      | 102        |
| 6.2      | Gabarito .....                      | 107        |
| 6.3      | Questões COM comentários .....      | 108        |
| <b>7</b> | <b>Resumo .....</b>                 | <b>114</b> |
| <b>8</b> | <b>Considerações Finais .....</b>   | <b>116</b> |



## 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: "Vixi!!! 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).



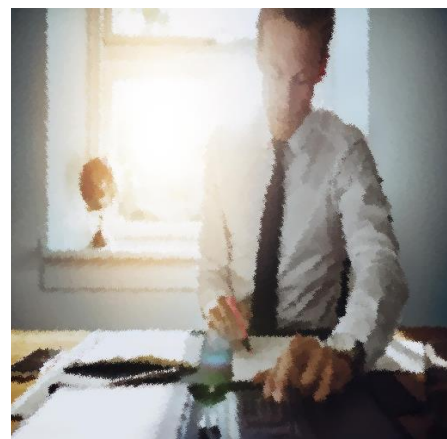


**Segundo** que NÃO tem escapatória: humanística é de conhecimento obrigatório. E quando digo **OBRIGATÓRIO**, não uso figura de linguagem não! Conforme a

**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 **Provimento nº 136, 19 de outubro de 2009, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**, assim estabelece (artigo 6º): "O Exame de Ordem abrange 02 (duas) provas, compreendendo os conteúdos previstos nos Eixos de Formação Fundamental e de Formação Profissional do curso de graduação em Direito, conforme as diretrizes curriculares instituídas pelo Conselho Nacional de Educação, bem assim Direitos Humanos, Estatuto da Advocacia e da OAB, Regulamento Geral e Código de Ética e Disciplina, além de outras matérias jurídicas, desde que previstas no edital".



Ou seja, Humanística e Teoria Geral caem obrigatoriamente no exame da OAB. 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 espalhando 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 (sejam 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.**

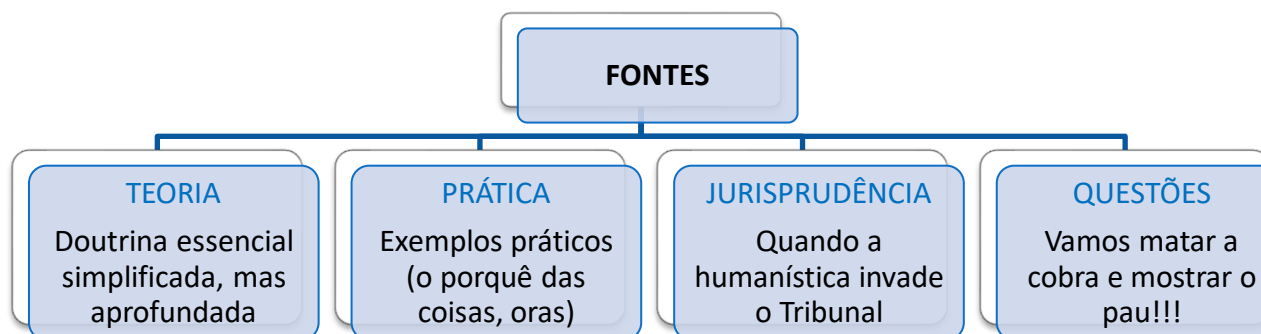
Então, esqueça que perderemos tempo procurando o sentido da vida (em Filosofia), compreender o homem (em Antropologia), criar uma nova teoria de sociedade (em Sociologia), mudar os rumos do Direito (em Teoria Geral) ou do Estado (em Ciência Política).

Meu objetivo é fazê-lo 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, alicerces 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?” Amigo: 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, pelas redes sociais. Aluno nosso não fica com dúvida! Se, ao ler o material, surgirem incompreensões, inseguranças, curiosidades, basta entrar em contato. NÃO deixaremos, JAMAIS, soldados 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 cansado do estudo ativo (leitura e resolução de questões) ou até mesmo para a hora da revisão.



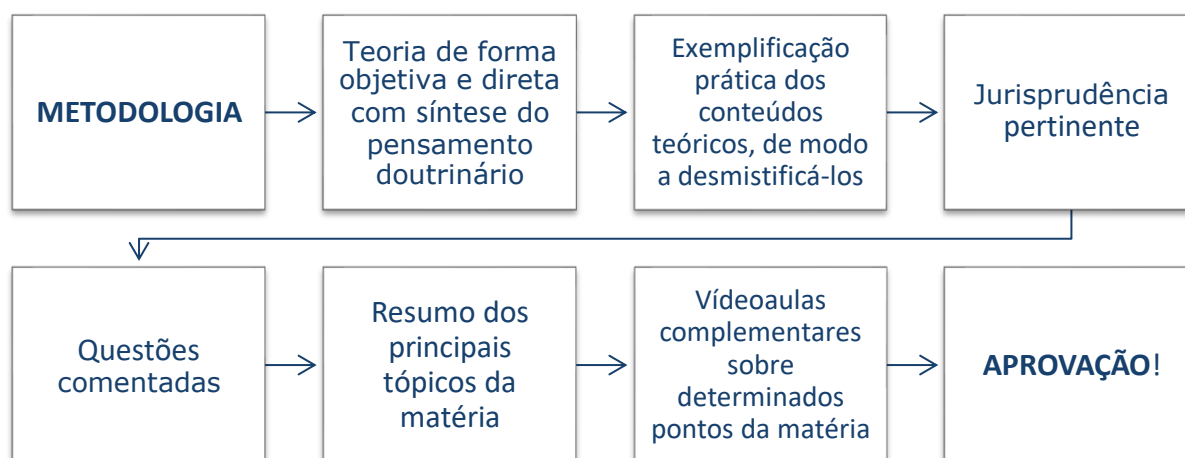
A salientar que, ao contrário do PDF, evidentemente, as videoaulas NÃO cobrirão a integralidade do conteúdo. Por vezes, haverá aulas com vários vídeos; outras terão videoaulas apenas de parte do conteúdo; e outras sequer conterão vídeos. Nosso foco é, predominantemente, o estudo ativo, já que (com o 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 😊



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? Deixe-me esquematizar!





Parece demais para ser verdade? O queeeeê? 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, amigo 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?



Meu nome é **Jean Vilbert** e 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) - aprovado para as fases seguintes dos concursos da magistratura do TJRJ (subjativa), TJPR (sentença), TJDF (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 disposto 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-los da melhor forma possível nesta caminhada que estamos iniciando.

**E-mail:** [jeanvilbert@gmail.com](mailto:jeanvilbert@gmail.com)

**Twitter:** [https://twitter.com/jean\\_vilbert](https://twitter.com/jean_vilbert)

**YouTube:** [Canal Jean Vilbert](#)



# 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

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? *Ixiii!* 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"**

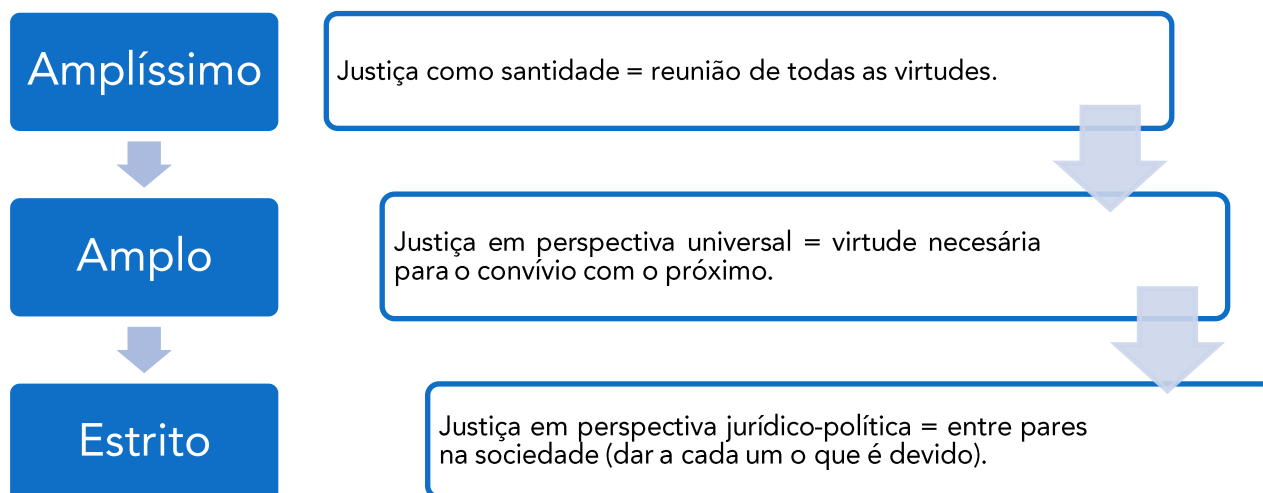
Temos um débito social que deverá ser observado (o primeiro dever social é reconhecer e respeitar o próximo).

**"...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.

## CONCEITO DE JUSTIÇA



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 desequilibradas** (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.

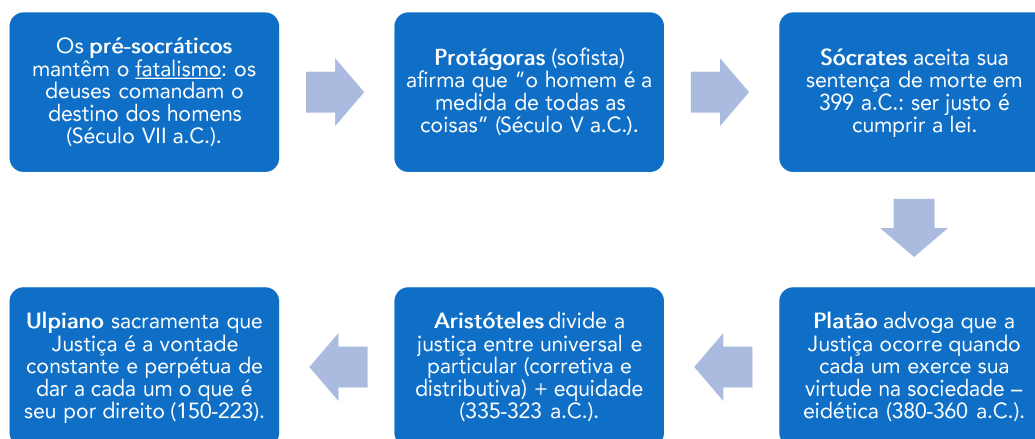
Assim até parece fácil. É só escolher um modelo e seguir sem nem olhar para trás, não é? Adotemos logo a igualdade e pronto (é um ideal tão bonito!). Acontece que as coisas não são tão simples assim (por lógico)... Autores geniais já se debruçaram sobre o tema e ainda se digladiam sobre ele, com direito 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.

## 2 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!*

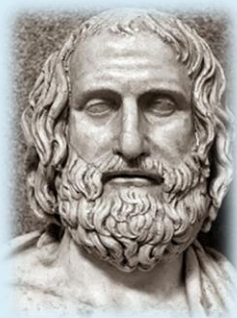
## 2.1 SOFISTAS

**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 (sejam 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.

ESCLARECENDO!



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 convencionalizada 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.

## 2.2 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.



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

---

<sup>1</sup> 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...

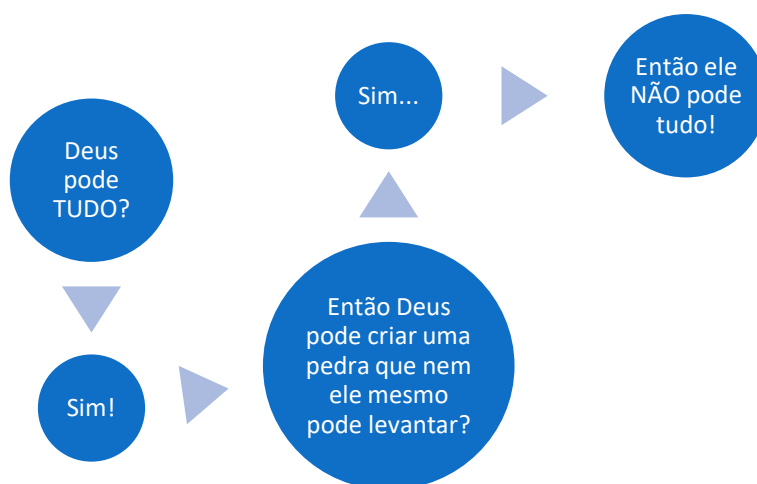


difícil, ou mesmo impossível, de responder), temos de colocá-la em debate e tentar descobrir (revelar) onde está o erro e a razão.

| SOFISTAS (PROTÁGORAS)                          | SÓCRATES                                       |
|------------------------------------------------|------------------------------------------------|
| + a verdade e a justiça são <b>relativas</b> . | + a verdade e a justiça são <b>absolutas</b> . |

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).

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”<sup>2</sup>, 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.

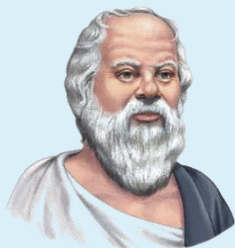


O método socrático dedutivo (conjunto de premissas experimentadas e admitidas como verdadeiras e que permitem uma conclusão universal) é base não só da Filosofia como de todas as ciências empíricas.

---

<sup>2</sup> 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>.





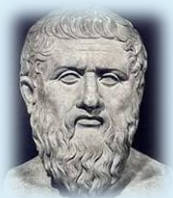
**Sócrates** (469-399 a.C.), junto com seu discípulo Platão, é considerado fundador da Filosofia Ocidental e um dos homens mais influentes de todos os tempos. Acusado de corromper o espírito da juventude, acabou condenado à morte, sendo-lhe oferecida a alternativa do exílio. Preferiu morrer a se afastar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

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).

## 2.3 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



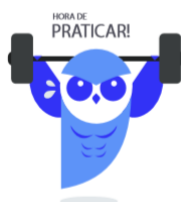
realização do certo e da justiça) ou seria levado pelas correntezas (pelas paixões, que o afastam do correto).

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 convencer 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 aproveita o conceito de justiça (clássico da história do pensamento filosófico) de “**dar a cada um 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.





**(2019 OAB XXIX)** “Mas a justiça não é a perfeição dos homens?” Platão, A República.

O conceito de justiça é o mais importante da Filosofia do Direito. Há uma antiga concepção segundo a qual justiça é dar a cada um o que lhe é devido. No entanto, Platão, em seu livro A República, faz uma crítica a tal concepção.

Assinale a opção que, conforme o livro citado, melhor explica a razão pela qual Platão realiza essa crítica.

- a) Platão defende que que justiça é apenas uma maneira de proteger o que é mais conveniente para o mais forte.
- b) A justiça não deve ser considerada algo que seja entendido como virtude e sabedoria, mas uma decorrência da obediência à lei.
- c) Essa ideia implicaria fazer bem ao amigo e mal ao inimigo, mas fazer o mal não produz perfeição, e a justiça é uma virtude que produz a perfeição humana.
- d) Esse é um conceito decorrente exclusivamente da ideia de troca entre particulares, e, para Platão, o conceito de justiça diz respeito à convivência na cidade.

Comentários

**ALTERNATIVA A** = então justiça se confunde com força e privilégio? Claro que não!

**ALTERNATIVA B** = justiça é virtude, o que se extrai da frase colacionada antes do enunciado. Platão renega da ideia de que ser justo é cumprir a lei.

**ALTERNATIVA C** = Parece que a banca confundiu o que Sócrates defende com o que Platão defende. Sócrates tem um debate com Polemarco (transcrito no livro) e renega a ideia de que fazer o mal possa levar a qualquer virtude. Só que cabe lembrar que Platão defendia (em parte) a vendeta (pena de morte e banimento, por exemplo).

**ALTERNATIVA D** = embora esta ideia não esteja expressa no livro, representa bem a ideia platônica. A justiça é sempre algo da polis (cidade).

A alternativa considerada **correta** foi a **C**.

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 desconcertantes 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 **Inglatera**. 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.

## 2.4 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 pura avareza. Esses casos de descumprimento, para Aristóteles, geram ilegalidade. Perceba que para o pensador **moralidade e legalidade se confundem**.

CURIOSIDADE



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 rumo 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 ( <i>lato sensu</i> )                                                                 | JUSTIÇA PARTICULAR ( <i>stricto sensu</i> )                                                                         |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 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 <b>ilegalidade</b>                                                                      | A violação gera <b>iniquidade</b>                                                                                   |

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.**





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.



**(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 é 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).



**(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 loco!*

**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).



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.

Justiça COMUTATIVA ou CORRETIVA

Justiça DISTRIBUTIVA ou  
COOPERAÇÃO



|                                                                                                                             |                                                                                                      |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Relação sinalagmática (pode ser episódica)<br>Relação de oposição (as partes querem coisas diferentes – ex: compra e venda) | Relação plurilateral<br>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!!!



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...*

### 3 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.

#### 3.1 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: alcinha 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 maneira 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).

CURIOSIDADE





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.

## 3.2 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 beijos e foi à forra: jogou várias pitadas de Aristóteles em seu guisado.

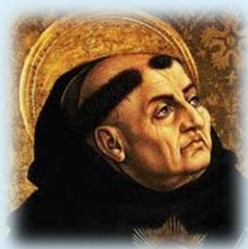
CURIOSIDADE



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 realizá-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).

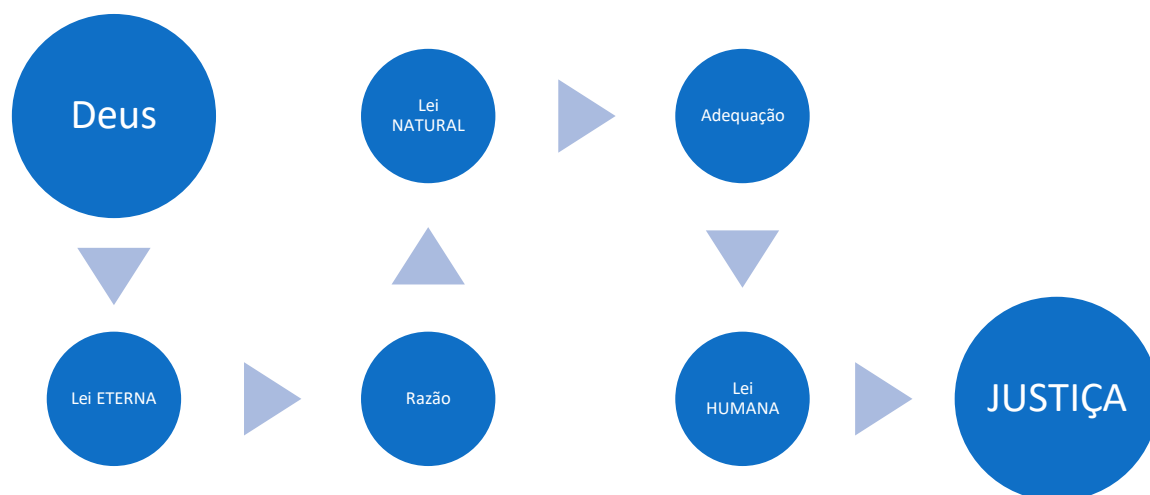
O vigário defende ainda que **a sociedade deve ser regida por um regime de leis**, NÃO por um conjunto de comando dos homens. *"Ihhh! Agora complicou, Jean. Por acaso as leis não são comandos humanos?"* Não é exatamente assim no pensamento aquiniano...

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.



(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).



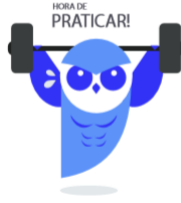


O esquema organizacional da administração da justiça é o seguinte: (a) em uma sociedade existe a necessidade de vários juízes para que se efetive a justiça; (b) é preciso também que o legislador antecipadamente preveja (antes da ocorrência dos fatos) os casos acessíveis à capacidade humana e passíveis 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".*





**(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**.

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" no campo da justiça.

"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).



| 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. |                                                  |

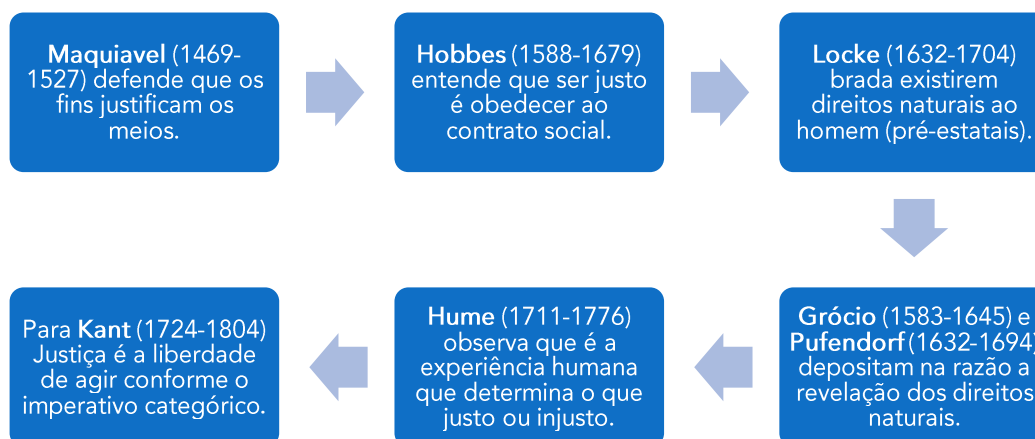
## 4 MODERNIDADE

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.

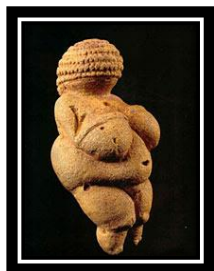
Acontece que a par de toda essa produção cultural, o absolutismo cresce com a reunificação dos Estados. O governo assume o monopólio da administração da justiça e passa a pesar sobre a sociedade como a maior força motriz de injustiças.

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.





## 4.1 THOMAS HOBBS



*Lá vem ela na passarela (da pré-história). Com curvas tão atraentes, impossível que não chamasse a atenção de vários dos machos-alfa da tribo. E na sede de possuí-la (como se fosse um objeto), eles lutam, socam, mordem, matam-se entre si. Esse é o retrato hobbesiano da vida do homem no estado de natureza: "solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta".*

**"Durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição chamada guerra; e uma GUERRA que é de todos os homens contra todos os homens".**

Mas por que isso??? Opa, na própria "natureza" do homem encontramos três causas principais de discórdia. Primeiro, a competição; segundo, a desconfiança; e terceiro, a glória"<sup>3</sup>.



O **estado de natureza** (que vimos em Teoria Geral do Estado) não identifica apenas os estágios mais primitivos da história, mas também a situação de desordem que se verifica sempre que os homens não têm suas ações reprimidas, ou pela voz da razão ou pela presença de instituições políticas eficientes. O estado de natureza é uma **permanente ameaça** que pesa sobre a sociedade e que pode irromper sempre que a paixão silenciar a razão ou a autoridade fracassar<sup>4</sup>.

Mas de onde vem tanto ódio no coraçãozinho tão amado (ou seria peludo?) do ser humano? Não é difícil entender: se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo em que é impossível que seja gozada por ambos, eles tornam-se inimigos, e, no caminho para seu fim, esforçam-se para destruir ou subjugar um ao outro.

---

<sup>3</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Rideel, 2005, p. 76.

<sup>4</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 24.



Eitaaa muleke! "O homem é [...], por fidelidade à sua natureza animal, um ser egoísta, enroscado em si mesmo, dedicado, prioritariamente, às necessidades de seu ego, concentrado, de maneira visceral, em seus próprios interesses"<sup>5</sup>.

E para piorar ainda tem a **igualdade**...

*"A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e da mente, que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de mente mais rápida do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isso em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável [...]. Pois à força corporal o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, quer por secreta maquinação, quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo"*<sup>6</sup>.

Está entendendo? **A igualdade é o grande problema**. Como todos são iguais e, portanto, capazes de (por um outro modo) infligir dano aos demais, na natureza somos levados a agir por antecipação – ataque preventivo (ataco antes que me ataquem).

Deus do céu! 🤯 Essa situação é terrível. Como podemos vencê-la? Ora, pelo **CONTRATO**.

"Um contrato? Só isso?" **Só!** Hobbes é precursor do **contratualismo**: o ingresso do homem em sociedade civil é um ato de razão, de vontade consciente, ao qual chamou de pacto social. "Certo. Mas quais seriam as cláusulas desse contrato?" Ótima pergunta!



O **PACTO SOCIAL** é composto por **duas** cláusulas básicas: **(1ª)** eu entrego minhas armas, desde que os demais também entreguem as suas (abdico do direito de violência); **(2ª)** eu me comprometo a obedecer ao soberano (sua autoridade e leis), cujo poder reconheço como absoluto.

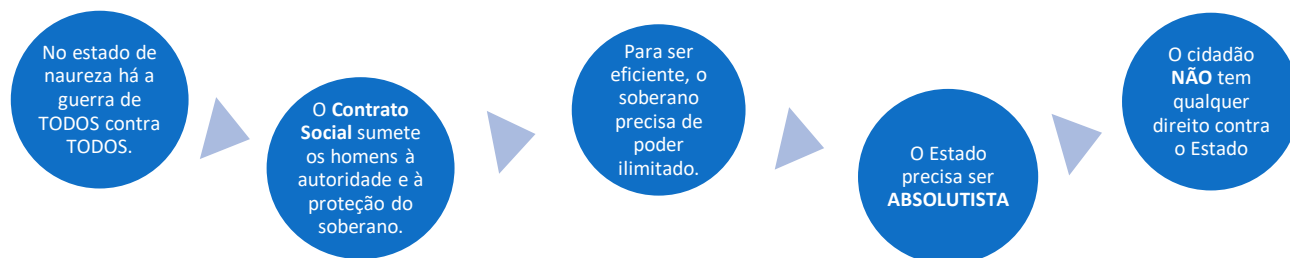
---

<sup>5</sup> CARVALHO, João Andrade. *Ruptura da sociedade conjugal: danos, prejuízos e reparações*. Porto Alegre: Síntese, 2002.

<sup>6</sup> HOBBS. Idem, p. 74.



"Eihn?? Absoluto? Quer dizer, ilimitado?" É... pois é... o Estado precisa de poderes ilimitados (um mal necessário<sup>7</sup>), para que possa, com efetividade, frear os impulsos destrutivos dos homens. Não adianta criar um Estadinho... é preciso criar um Estado (com letra maiúscula)... um Estadão! **Investimos todas as nossas fichas no soberano**. Entregamos TUDO em troca de proteção, de segurança, de paz e tranquilidade (de sombra e água fresca?).



**Thomas Hobbes** (1588-1679) foi educado em Oxford. Só que com o estouro da Guerra Civil Inglesa (1642-1651), acabou obrigado a se exilar em Paris por uma década, onde escreveu sua obra clássica "*Leviatã*" (1651), uma **ode ao absolutismo**, com a qual angariou muito prestígio junto à nobreza (chegou a ser preceptor do rei Carlos II da Inglaterra).

O **LEVIATÃ** é um monstro bíblico (descrito no livro de Jó). A nomenclatura é conveniente: na visão hobbesiana, o Estado é um **gigantesco homem artificial**, cuja alma é a **soberania** (que lhe dá vida e movimento), criado pelos homens naturais para corporificar um **poder visível**, apto a forçar a todos ao cumprimento das cláusulas do contrato social. Sim, é um monstro terrível, mas necessário para a defesa dos próprios cidadãos (como os dragões da belíssima Daenerys Targaryen).



Se você está pensando onde é fica a liberdade nessa história... **NÃO FICA!** O homem não precisa sair do destrutivo estado de natureza? Então... *com os bônus vêm os*

<sup>7</sup> No século IV a.C. o filósofo indiano **Kautilya** já havia afirmado que o Estado era um mal necessário para garantir a estabilidade social.

ônus, oras. GANHA-SE a paz. PERDE-SE a liberdade. Além disso, liberdade é uma preocupação secundária quando a questão é **sobrevivência**: o principal objetivo do governo é a paz e a estabilidade para que os homens possam sobreviver – nesse contexto, a liberdade é luxo dispensável.

## 4.2 JOHN LOCKE

O estado deve ser absoluto? Você está de brincadeira? *Sai fora!* É isso que diria (e disse, mas com mais estilo e refinamento, claro) John Locke ao ser apresentado às ideias absolutistas. “É inviável imaginar que os homens, ao instituir a sociedade, iriam conceder ao legislador um poder arbitrário sobre suas ações, vidas, liberdade e posses, pois se assim o fizessem, estariam se colocando em situação muito pior do que no estado de natureza, onde ao menos dispunham de liberdade para defender, por sua própria força, seus direitos perante as agressões alheias”<sup>8</sup> – o **governo autoritário é mais perigoso do que a desordem civil** (antes o estado de natureza que a subordinação cega).

Com sarcasmo ímpar, Locke observa que se Hobbes está certo (e abrimos mão de tudo em nome da proteção prometida pelo soberano), então “os homens são tolos o bastante para se proteger dos danos que podem sofrer por parte das doninhas e das raposas, mas ficam contentes e tranquilos ao ser devorados por leões”.



**(Ano: 2013 Banca: CESPE Órgão: ANTT Prova: CESPE - 2013 - ANTT - Analista Administrativo)** Com relação ao Estado e sua evolução histórica, julgue o item seguinte.

<sup>8</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 101-102.



A visão de Estado, no pensamento político de Locke, consiste na tríade que se estrutura, conforme o estado de natureza, passando pela constituição de sociedade civil, fundada no pacto ou contrato social e desemboca no Estado Absolutista.

### Comentários

A primeira parte do enunciado está ok. As fases são (1) estado de natureza e (2) sociedade civil (pós-contrato social). Entretanto, afirmar que o destino final é o absolutismo é sacanagem. [Locke rechaçava fortemente a ideia de um soberano absoluto](#) (ideia alinhada a Hobbes).

Logo, o item está **ERRADO**.



**John Locke** (1632-1704) nasceu na Inglaterra, mas viveu por muitos anos exilado na França e Holanda, suspeito de tramar para o assassinato do rei Carlos II. Disso ele pode até ser inocente, mas suas ideias mataram o poder real absoluto: foram a base teórica da [Revolução Gloriosa](#) (1688), que alterou em definitivo o equilíbrio do poder, limitando duramente as atribuições do monarca e fortalecendo o Parlamento.

Normalmente, a esta altura do campeonato surge a seguinte dúvida: “*poxa, então qual o objetivo do Estado (se não é a paz e a tranquilidade)?*” O escopo do Estado é o de [proteger os direitos naturais](#) (vida, propriedade e liberdade) e punir quem quer que se atreva a violá-los. O governo só é legítimo enquanto seguir essa cartilha.

O contrato social, portanto, **NÃO é uma renúncia à liberdade em troca de paz**, mas a substituição de uma liberdade anárquica (de fazer tudo, como se não houvesse amanhã) por uma **liberdade racional** (que respeita o outro), segura, certa e, logo, reforçada.

*“O homem não pode renunciar à sua qualidade humana e àquilo que a caracteriza (a liberdade e a igualdade) ou está intimamente inerente a ela (propriedade). Estas exigências humanas fundamentais devem ser respeitadas pelo Estado quando nasce e, depois de instalado, no seu funcionamento concreto<sup>9</sup>”.*

---

<sup>9</sup> PALLIERI, Giorgio Balladore. *A doutrina do Estado*. Volume I. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 61-62.





Locke foi um dos primeiros a **identificar**<sup>10</sup> as funções estatais. Em sua visão: (a) ao **Legislativo** cabe assentar uma lei que defina o que é justo e injusto e a medida comum para resolver as controvérsias entre os homens; (b) ao **Judiciário** compete ajuizar as controvérsias de acordo com a lei estabelecida; (c) ao **Executivo** incumbe garantir a devida execução das leis e sentenças.

Dentre essas funções, considerava o LEGISLATIVO o **poder por excelência**: “quem tem a tarefa de definir o modo com que se deverá utilizar a força da comunidade para a preservação dela própria e dos seus membros é o legislativo”<sup>11</sup>, que “constitui a essência e a união da sociedade em agir por uma só vontade, este, uma vez instituído pela maioria, é depositário da declaração da expressão e da conservação dessa vontade. Constituir o legislativo é o primeiro ato fundamental da sociedade, princípio da continuação da união de todos sob a direção de pessoas escolhidas e vínculos das leis elaboradas por estas”<sup>12</sup>

Quando me deparei com essa passagem pela primeira vez, pensei: “*como que pode um entusiasta da liberdade ser defensor das restrições impostas pela lei? Não entendo!*” Ora, Jeremy Betham diria dois séculos depois que “*cada lei é uma infração da liberdade*”. Hoje sei (e você também saberá agora): as coisas NÃO funcionam desse modo na cabeça Locke! Para ele, **o propósito da lei NÃO é o de restringir a liberdade, mas de preservá-la e aumentá-la.**

### Onde não há lei não há liberdade.

“*Mas como assim?*”. Simples! A liberdade “não é, como nos foi dito, uma permissão para todo homem agir como lhe apraz. (Quem poderia ser livre se outras pessoas pudessem lhe impor seus caprichos?). Ela se define como a liberdade, para cada um, de dispor e ordenar sobre sua própria pessoa, ações, possessões e tudo aquilo que lhe pertence, dentro da permissão das leis”.

Sem a lei, a liberdade seria meramente *formal*, ameaçada a todo tempo por um estado de natureza anárquico, incerto, inseguro. Na *prática*, não haveria liberdade. A lei é a muralha dentro da qual a liberdade floresce tranquila.

---

<sup>10</sup> Identificar é diferente de **separar**, para exercício por pessoas diversas, o que fará Montesquieu.

<sup>11</sup> LOCKE. Idem, p. 106.

<sup>12</sup> LOCKE. Idem, p. 145.



Captou? Sim? Então prossigamos.

O governo legítimo deve atuar com o consentimento do povo, o que NÃO quer dizer necessariamente democracia. A maioria pode decidir, de forma racional, pela monarquia ou aristocracia, por exemplo.



**(Ano: 2015 Banca: VUNESP Órgão: Prefeitura de São Paulo - SP Prova: VUNESP - 2015 - Prefeitura de São Paulo - SP - Analista de Políticas Públicas e Gestão Governamental)** O que inicia e constitui realmente qualquer sociedade política nada mais é senão o assentimento de qualquer número de homens livres e capazes de maioria em se unirem e incorporarem a tal sociedade. E isto, e somente isto, deu ou poderia dar origem a qualquer governo no mundo. (John Locke, Dois Tratados sobre o Governo. Adaptado)

John Locke foi um importante filósofo inglês do século XVII. Esse trecho, destacado de um dos textos do autor, discute um aspecto fundamental da ciência política contemporânea, o conceito de

- a) conflito.
- b) dominação.
- c) hegemonia.
- d) soberania.
- e) legitimidade.

#### **Comentários**

Só o consentimento dos homens confere LEGITIMIDADE ao Estado, não a força ou qualquer outra entidade.

Assim, a alternativa **D** é a **correta**.

Em 21 de abril de 1993, o povo brasileiro foi às urnas para ESCOLHER entre a monarquia e a república (forma de governo) e entre o presidencialismo e o parlamentarismo (sistema de governo). Venceu a república (86%) e o presidencialismo (69%).

Apesar de pouco se falar sobre o assunto, até hoje a vitória ("esmagadora") é **questionada** pelos partidários da monarquia e do parlamentarismo. *Adivinha por quê...* A Constituição determinava que o plebiscito ocorresse em 7 de setembro de



1993. Contudo, a Emenda Constitucional nº 2, de 25 de agosto de 1992, antecipou a data para 21 de abril de 1993 (dia de Tiradentes, personagem normalmente relacionado a valores republicanos). Promulgada pelo Presidente Itamar Franco (do PMDB, partido que liderava o movimento republicano presidencialista), a Lei nº 8.624, de 4 de fevereiro de 1993, regulamentou a votação: concedeu aos brasileiros dois meses para deliberar sobre a eventual mudança de um regime que já vigorava há 104 anos.

Os números porventura até apoiem a tese de falta de tempo para uma melhor reflexão. Apesar da obrigatoriedade do voto, a abstenção às urnas foi considerável e bem acima da média (26%). Em ambas as votações o número de votos em branco e nulos somados chegou a 20%. Ou seja, **apenas metade dos eleitores efetivamente realizou opção nas urnas**<sup>13</sup>.

Por derradeiro, Locke levou ao extremo sua aceitação de **resistência contra um governo ilegítimo** (que descumprisse o contrato social) ao admitir o **regicídio** (execução do monarca). Essa defesa, vinda de um filho de puritanos que apoiaram a causa parlamentarista na guerra civil inglesa, não era mera retórica: que o diga o rei Carlos I, executado em praça pública (em 1649) por ser “tirano, traidor, assassino e inimigo público da nação”.



Alguns séculos depois, nos EUA (nação construída sobre as ideias iluministas de Locke), **Henry David Thoreau** daria feição prática à desobediência civil. Opositor ferrenho da escravidão, ele considerava que a aceitação do modelo escravista tornava o governo dos EUA ilegítimo, o que lhe permitia, como cidadão, desobedecer às leis.

Thoreau conclamava seus concidadãos a agir e se indignava com aqueles que silenciavam, tachando-os de cúmplices: o Estado se tornava facilmente um veículo de injustiças quando os homens concordavam (ou se omitiam), passivos, perante ações injustas. **Os homens de sentimento moral indiferente são os paus e as pedras da máquina da opressão.**

---

<sup>13</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral - TSE. Resultado geral do plebiscito de 1993. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/plebiscito-de-1993>.

Mas o que fazer? Revoltar-se! O cidadão insatisfeito precisava *fazer mais do que só registrar sua desaprovação nas urnas*. O voto é parte do modelo governamental, mas a consciência moral está acima e fora das instituições estatais. O indivíduo deve depositar toda a sua influência, não apenas um pedaço de papel.

Em termos práticos: não reconhecer o Estado, não cooperar com seus funcionários, não pagar impostos... A propósito, em 1846 Thoreau passou um tempo em cana (na prisão) por se recusar a recolher tributos ao Estado de Massachusetts.

A escravidão pode até não ter acabado por causa da resistência proposta por Thoreau, mas ele foi citado como inspiração por ninguém menos que **Martin Luther King**, cuja desobediência civil é considerada peça-chave na derrocada do sistema que (inacreditavelmente) segregava os negros em plena década de 1960 nos EUA – as boas ideias plantadas hoje podem ser colhidas amanhã.

### 4.3 JEAN-JACQUES ROUSSEAU

Lembra daquele homem *malvado* descrito por Hobbes? Pode esquecê-lo! E da guerra de todos contra todos? Deixa *pra lá*! Na visão de Rousseau, no estado de natureza o homem era livre e feliz, como os animais. **NÃO é a natureza que nos faz maus, mas a sociedade**: sociedades más produzem maus cidadãos.



A diferença de contexto moldou as teorias de Hobbes e Rousseau. O autor **britânico** escreveu durante a Guerra Civil Inglesa e concluiu que o questionamento da autoridade é o retorno à selvageria do estado de guerra. Já o nosso amiguinho **francês**, ao tempo de seus principais escritos políticos, vivia na tranquila Genebra, na Suíça<sup>14</sup>. Compreensível, não?

Qual é que era a realidade no estado de natureza, então? Era de *paz e amor*. Em uma conjuntura em que **"NÃO HÁ PROPRIEDADE CONSTANTE"**<sup>15</sup>, o homem é

---

<sup>14</sup> Quem viu *Tropa de Elite 1* vai entender a tirada: "do apartamentinho da Zona Sul não dá *pra* ver esse tipo de coisa não" (André Mathias) kkkkk.

<sup>15</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 26.



guiado por dois princípios bem simples: (a) desejo de **autopreservação**; e (b) **compaixão** pelos outros. Ocorre que o **surgimento da propriedade privada** criou uma desigualdade imediata entre os proprietários e os sem-propriedade.

*"O primeiro homem que cercou um pedaço de terra e disse 'isto é meu', e encontrou pessoas que acreditaram nele, é o autêntico fundador da sociedade civil. De quantos crimes, guerras, assassinios, desgraças e horrores teria se livrado a humanidade se alguém, arrancando as cercas, tivesse gritado: 'Não, impostor'".*

Estabelecida a propriedade, rapidamente, a compaixão desapareceu e o senso de autopreservação se transformou em um destrutivo desejo de posses, de orgulho e de inveja – os homens passaram a se julgar em relação aos outros com base na riqueza material.



Isso quer dizer que **Rousseau é um socialista?** Sim e não. Melhor: Não exatamente... É certo que as ideias rousseauianas seriam aproveitadas por autores marxistas, mas o autor francês, pessoalmente, ainda que choramingasse a criação da propriedade privada, não defendia sua completa extinção. Para ele, o modelo ideal de Estado seria uma **pequena república agrária**, em que os cidadãos seriam proprietários de fazendas coletivas (como se fossem condomínios rurais). Ele acreditava que abolição total da propriedade geraria um conflito entre liberdade e igualdade. Sua proposta era uma distribuição que, em sua concepção, pudesse ser considerada razoavelmente justa.

Mas não seria mais fácil retornar ao estado de natureza, onde havia liberdade plena? Não. No estado primitivo as pessoas não conseguiriam levar adiante ideais mais elevados do que seus apetites animais – **desejos mais sofisticados dependem da sociedade civil**.

*"Suponho os homens terem chegado a um ponto em que os obstáculos que atentam à sua conservação no estado natural excedem, pela sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para manter-se nesse estado. Então esse estado primitivo não pode subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse de modo de ser".*





Bom, se não podemos voltar ao estado anterior, ao menos podemos construir uma sociedade que melhore a vida de todos. Mas como? A **força** e a **liberdade** são os instrumentos fundamentais para a conservação do homem... o que precisamos é encontrar um modo de combiná-las de maneira adequada... “achar uma forma de sociedade que defenda e proteja com toda **força** a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça todavia senão a si mesmo e fique tão **livre** como antes”<sup>16</sup>. É justamente *essa equação que o contrato social soluciona*.



*A ordem social é um direito sagrado que serve de base para todos os demais (não provém de Deus nem da natureza, mas das convenções).*

O problema é que contrato social nos moldes originais se torna uma armadilha dos ricos contra os pobres, um pacto que **preserva a desigualdade**. O estado e a sociedade acabam atuando como um peso sobre os indivíduos, desigualando-os pela propriedade e, ao mesmo tempo, privando-os da liberdade natural.

É possível, entretanto, mudar todo esse quadro se as instituições políticas e a sociedade forem organizadas de modo eficiente. Se isso for feito, o novo contrato social realizará uma correção, suprimindo as desigualdades e fazendo com que **os homens, desiguais em força ou engenho, tornem-se iguais por convenção e de direito**: “o pacto social estabelece entre os cidadãos uma igualdade tal, que eles se obrigam todos debaixo das mesmas condições, e todos devem gozar dos mesmos direitos”<sup>17</sup>.

**Liberdade e igualdade marcham juntas, não em sentidos opostos.**

O contrato social reformulado produz um corpo moral e coletivo (Estado), que é mero executor das decisões – o **soberano é o conjunto de pessoas**, que tem uma vontade própria, a VONTADE GERAL, a qual NÃO se confunde com a simples soma

---

<sup>16</sup> ROSSEAU. Idem, p. 29.

<sup>17</sup> ROSSEAU. Idem, p. 41.



das vontades individuais (vontade de todos), mas é uma síntese delas e, por isso, é sempre reta e tende constantemente à utilidade pública.



A vontade geral NÃO é o mero somatório das vontades particulares, mas a sua intersecção, voltada à realização do **interesse comum**, em detrimento dos interesses particulares. Cada indivíduo pode ter uma vontade própria (particular) até mesmo contrária à vontade geral que tem como cidadão. A vontade geral **não é necessariamente unânime, mas permite a participação de todos**, vencendo o interesse da maioria voltado ao bem comum.

Imagine que você está em uma assembleia em que se discute um empréstimo compulsório em favor do Estado. Você sabe que terá de abrir sua carteira para o poder público e que isso é importante para atender a uma emergência (ocorreu uma enchente devastadora no povoado). Só que você, claro, tinha outros planos para esse dinheiro (um cavalo novo, porque o seu já está perdendo os dentes). Na visão rousseauiana, você pode até ter uma vontade particular de negar ao Estado o empréstimo, mas ciente do interesse público, votaria favoravelmente ao empréstimo, guiado pela vontade geral (bem comum). Será mesmo? Kkkkk

Essa noção um tanto quanto abstrata (e de difícil visualização prática) é a base das democracias modernas.



**(2017 OAB XXIII)** ...só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de suas instituições, que é o bem comum... (Jean-Jacques Rousseau)

A ideia de vontade geral, apresentada por Rousseau em seu livro *Do Contrato Social*, foi fundamental para o amadurecimento do conceito moderno de lei e de democracia.

Assinale a opção que melhor expressa essa ideia conforme concebida por Rousseau no livro citado.

- a) A soma das vontades particulares.
- b) A vontade de todos.



- c) O interesse particular do soberano, após o contrato social.
- d) O interesse em comum ou o substrato em comum das diferenças.

### Comentários

**ALTERNATIVA A** = os interesses das pessoas são variados e até contraditórios, de modo que a vontade geral não pode ser a "soma das vontades particulares".

**ALTERNATIVA B** = a vontade de todos é a soma das vontades particulares, que, por serem díspares, podem estar em contradição com a vontade geral.

**ALTERNATIVA C** = soberano é o povo. O interesse particular, evidentemente, não se confunde com a vontade geral.

**ALTERNATIVA D** = exatamente! A intersecção dos interesses privados, que forma o que podemos chamar de bem comum.

Logo, a assertiva D está **correta**.

E se alguém (ou um grupo) clamar por ser a voz da vontade geral, quando, na verdade, expressa uma vontade particular? Sim: aí está a porta ao **totalitarismo** (os déspotas costumam jurar que agem em prol do bem comum e que são porta-vozes da vontade geral... vide Hugo Chávez, Fidel Castro e Cia Ltda).

Para remediar esse perigo, Rousseau, aproveitando para admitir a impossibilidade de se evitar facções (vontades particulares organizadas), propunha multiplicá-las indefinidamente, criar tantas quanto possível, de modo que nenhuma poderia alegar ser a geral ou ser dominante o suficiente para se opor à vontade geral.



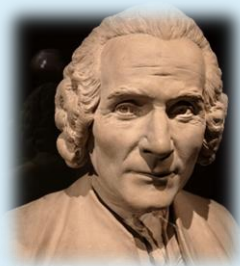
Rousseau **NÃO** igualou soberania popular à democracia – um governo de democracia direta poderia levar à corrupção e à guerra civil. O ideal seria que fossem formadas assembleias populares que delegassem ao governo as tarefas. O povo soberano manifestaria sua vontade geral, indicando a direção para que, no dia a dia, o governo pudesse atuar.

Aliás, o soberano não pode ter autoridade absoluta, já que é inaceitável que um homem livre se coloque espontaneamente em uma condição de total subordinação – de modo voluntário escravize a si mesmo. O governo não está acima da sociedade, o que transformaria a igualdade natural em desigualdade política permanente; **o governo serve à sociedade**.



**“Renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem. Não há nenhuma reparação possível para quem renuncia a tudo”<sup>18</sup>**

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).



Herdeiro de uma enorme biblioteca e com um voraz apetite pela leitura, **Jean-Jacques Rousseau** (1712-1778) dispensou a educação formal. Deserdado pelo pai, acabou exilado em Genebra. Tornou-se secretário do embaixador em Veneza e depois se mudou para Paris. Como ensaísta controverso, teve suas obras proibidas na França e em Genebra. Fugiu por breve período para Londres e depois voltou à capital francesa, onde permaneceu o resto da vida. Em 1794 seus restos mortais foram transferidos para o Panteão, em Paris, e acomodados com honrarias de herói nacional.

Em uma das pequenas-grandes incongruências verificadas em sua obra, Rousseau admite que “para descobrir as melhores regras de sociedade que convêm às nações, seria necessária uma inteligência superior que visse todas as paixões sem experimentar nenhuma; que, sem relação com a nossa natureza, a conhecesse profundamente; que se dignasse a entender a nossa felicidade, sendo a sua independente de nós; que buscando enfim no andar dos tempos uma glória distante, pudesse trabalhar num século e gozar no outro. **Seriam necessários deuses para dar leis aos homens**”<sup>19</sup>.

Ainda assim, inaugura (por assim dizer) o pensamento de que a sociedade é algo separado das instituições políticas. É com ele que temos uma diferenciação mais precisa do fenômeno sociedade-estado-governo e que ganha vez a ideia de que **a sociedade pode ser moldada pela ação política**.

Uma década depois da sua morte, os Jacobinos adotaram essas concepções como estandarte da Revolução Francesa, pregando a necessidade de uma **reforma igualitária completa e impiedosa** e assentando a capacidade do governo revolucionário de promovê-la. Como se sabe, muito sangue foi derramado com base nisso (cabeças rolaram).

---

<sup>18</sup> ROSSEAU. Idem, p. 25.

<sup>19</sup> ROSSEAU. Idem, p. 46.



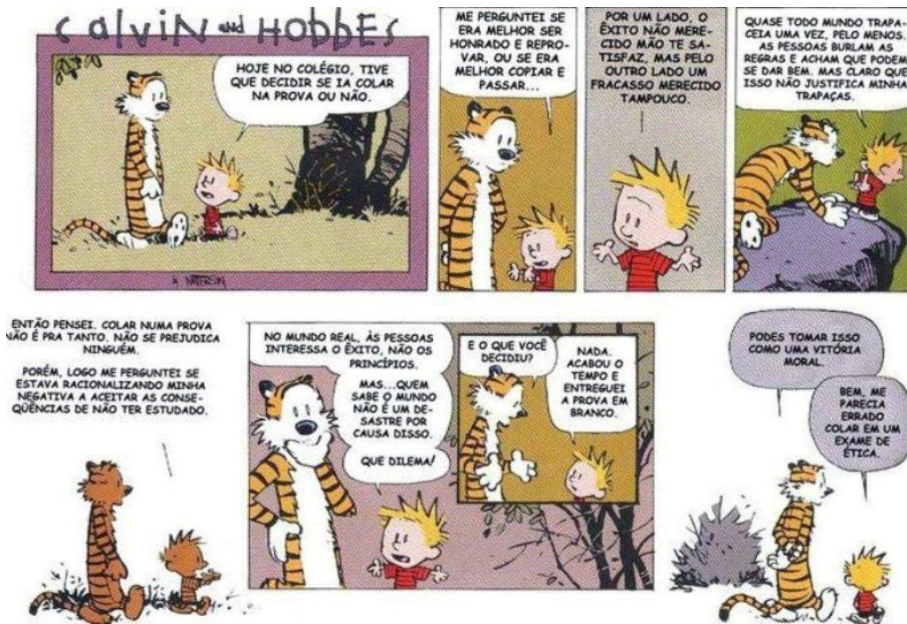
E não parou por aí: Rousseau continua vivo nas noções de povo como soberano, de igualdade como objetivo da sociedade, da existência de interesses coletivos distintos dos de cada membro da coletividade. Serve ainda de alicerce para todos os autores *transformistas*, que figuram poder modelar a sociedade para o melhor (de Marx a Rawls).

#### 4.4 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!





**(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 a estudá-lo (ao menos superficialmente). *Simbora!*

A primeira questão (gnoseológica) 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'"<sup>20</sup>

| RACIONALISMO                                                                                                                                           | EMPIRISMO                                                                                                                                                     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deposita no uso da <b>razão</b> a compreensão do mundo (raízes em Aristóteles e Aquino).                                                               | O conhecimento provém da <b>experiência</b> dos objetos no mundo (Locke e Hume).                                                                              |
| <b>Crítica:</b> como considera que existem ideias prévias ao conhecimento (conteúdos inatos), pode descambar ao subjetivismo e ao relativismo pessoal. | <b>Crítica:</b> 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 (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.

---

<sup>20</sup> NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 27.





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?

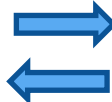
Essa nova perspectiva apresentada (mudança da relação entre o observador e o objeto de estudo) foi tão importante que é chamada **Revolução Copernicana de Kant**<sup>21</sup> e foi denominada **idealismo transcendental** (ou apriorismo).



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



**Empirismo** = o conhecimento provém da experiência sobre o mundo.



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

---

<sup>21</sup> A Revolução Copernicana (de Copérnico) diz respeito à alteração da compreensão de que a Terra era o centro do universo (sistema geocêntrico) 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.



**(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<sup>22</sup>. 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.



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

---

<sup>22</sup> "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).



quatro anos, e multa” (artigo 168 do Código Penal). Se se apropriou, vai ficar recluso (em tese kkkk). E isso não é exclusividade da 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 rrsrsrs), 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 rrsrrsrs) resolva que a monogamia está “em baixa” e que vai manter comportamento pessoal poligâmico (quer queiram, concordem ou mesmo saibam seus respectivos 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).

| Imperativo HIPOTÉTICO                                                                                                                                                                                                                                        | Imperativo CATEGÓRICO                                                                                                                                                                                                                     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Raciocínio condicional e <b>consequencial</b> do tipo “se x então y”.                                                                                                                                                                                        | Apenas as ações <b>universalizáveis</b> 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 <u>fins</u> 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), <b>SEM relação necessária com um fim específico</b> (exemplo: NÃO mate. Por quê? Porque não é 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 querer (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<sup>23</sup>, 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).

---

<sup>23</sup> 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).





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 arbítrio 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.

Vejam: 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 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 ensinará 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.**

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.

## 4.5 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<sup>24</sup>. 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<sup>25</sup>.

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.

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**.

ESCLARECENDO!



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.

---

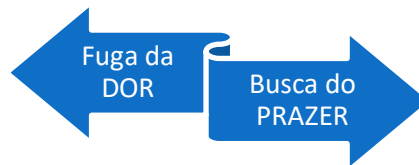
<sup>24</sup> NARLOCH, Leandro. Guia politicamente incorreto da história do mundo. São Paulo: Leya, 2013, p. 92-93.

<sup>25</sup> GEOFFREY, Blainey. Uma breve história do mundo. São Paulo: Fundamento Educacional, 2009, p. 222.



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: **maximize 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.

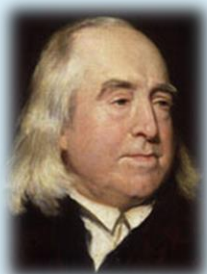
Comentário

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.



**(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 liberalismo-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???

## 4.6 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 (minorias) 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).

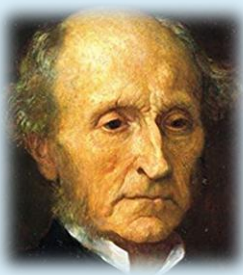
**O mesmo vale para o prazer.** É certo que um dos grandes atrativos da teoria de Bentham era a sua objetividade: ele não realizava julgamentos morais (prazer é prazer e dor é dor) – a única base para classificar as experiências é se o prazer é mais ou menos duradouro e intenso; não há que se fazer distinção 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



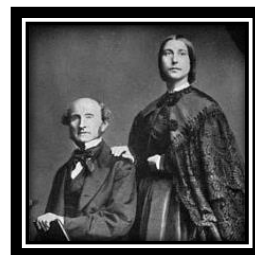
esses poderão gerar, no decorrer do tempo, em nosso índice de felicidade. Você que está estudando para concurso (padecendo um pouco hoje pelo bem maior de amanhã) sabe bem do que estamos falando.

**“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.







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).



**(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<sup>26</sup>); 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<sup>27</sup>. O que você escolheria?

Engraçado que quando levadas ao caso extremo do utilitarismo (como internar coercitivamente moradores de rua) as pessoas costumam scandalizar-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

<sup>26</sup> Cena antológica do filme (escolha entre as pílulas da verdade e do conforto): <https://goo.gl/Z8DiBK>.

<sup>27</sup> Agora a cena "bife algoritmo" – a traição de Cypher: <https://goo.gl/VpZSgp>.

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!

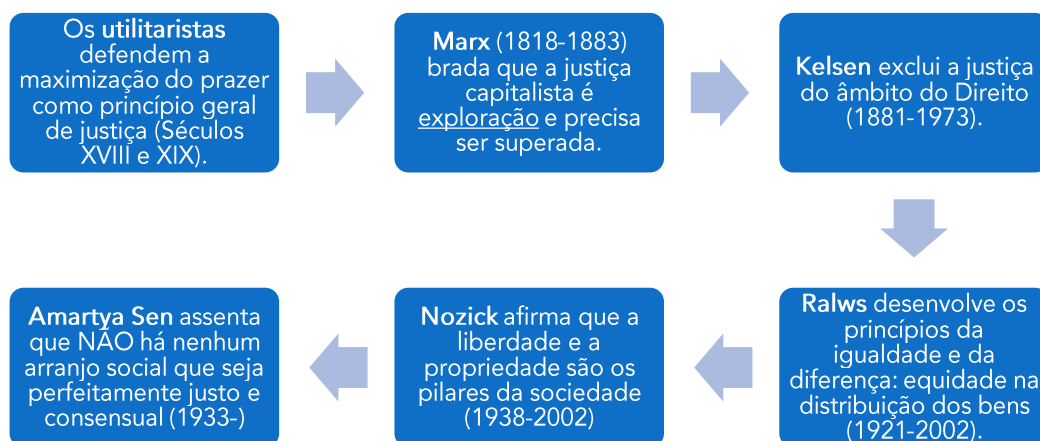
## 5 CONTEMPORANEIDADE

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.

## 5.1 HANS KELSEN

Alguma vez você já parou para pensar se o Direito é realmente uma ciência (jurídica)? Onde estão as características que identificam as ciências: universalidade, experimentação, refutabilidade (replicação)? O direito daqui não é diferente do de lá? O de ontem não é diverso do de hoje? Alguns direitos (naturais) não são dogmas (irreplicáveis)? Essas questões atormentavam Hans Kelsen. Ele não queria participar de grupo político, de achismos, subjetivismos. Ele queria ser cientista.

Após muito pensar e repensar, ele trouxe ao mundo, na obra "Teoria pura do Direito", sua proposta de uma **ciência jurídica** com carimbo de científica: o Direito **desprovido de qualquer influência externa**, isolado de interferências indevidas, de interações prejudiciais com outras disciplinas, o que lhe garantia a autonomia como ciência – aproximava-o da metodologia das ciências naturais (experimentação e certeza). Estavam assentados os pilares do positivismo jurídico.



A **pureza** consiste em garantir que será analisado apenas o conhecimento dirigido ao Direito, excluindo o que não pertença ao seu objeto (filosofia, sociologia, história, psicologia, moral, antropologia).



Mas por que isso? Porque apenas as proposições jurídicas de caráter empírico ou analítico possuíam cientificidade – os **valores** são enunciados não científicos, pois determinados por fatores individuais, emocionais, subjetivos, contingenciais.

**A justiça é um valor. Logo, NÃO é possível fazer ciência sobre ela, o que torna inviável atingir qualquer certeza a seu respeito.**

A resultante é que qualquer conteúdo pode ser direito (não há essa de avaliar a justiça da lei). O que importa é o método (científico), não a substância da norma – matéria do campo dos valores, que extrapola o Direito e deve ficar de fora do seu âmbito, sob pena de macular sua cientificidade.



Quem é que nunca ouviu falar do jusfilósofo austríaco **Hans Kelsen** (1881-1973)? Durante o Terceiro Reich ele acabou perseguido, primeiro por suas ligações com a socialdemocracia e, depois, por sua origem judia. Deixou a Alemanha, radicou-se na Suíça e na República Checa. Posteriormente, seguiu para Estados Unidos, onde assumiu cátedra na Universidade de Berkeley (Califórnia). Permaneceu ali até sua morte.

É comum referir que o **pensamento kelseniano contribuiu para que os nazistas cometessem as maiores atrocidades sob os auspícios da lei**. E não é que o homem tinha **origem judia** (embora tenha se convertido mais de uma vez durante a vida, primeiro ao catolicismo e depois ao protestantismo, havendo que afirmar que ele era mesmo é agnóstico)? Por isso acabou impedido de lecionar e só conseguiu fugir da Alemanha com a ajuda de um servidor da Universidade de Colônia – membro do Partido Nazista, mas que simpatizava com o emérito professor.



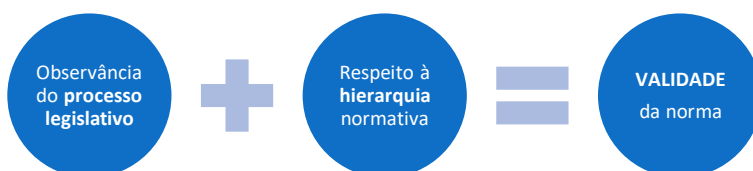
Se você ainda não está entendendo o porquê dessa obstinação de Kelsen em “depurar” a ciência jurídica e a reticência deste em admitir qualquer análise do mérito (conteúdo) das normas, avanço e desde logo chamo a atenção para o fato de que sua pretensão era a de garantir que sobressaíssem as **características universalmente válidas do Direito** (uma das características da ciência é a universalidade, lembra?). E a única maneira de fazer isso era se afastar do exame do





teor das leis, focando-se apenas na **composição formal** dos ordenamentos jurídicos – como a substância das normas se altera no tempo e no espaço, o que há de comum entre os diferentes ordenamentos jurídicos não é o conteúdo das normas, **mas sim o seu formato (a estrutura normativa)**. Só poderia ser esse o objeto de uma atividade jurídica que pretendesse ser efetivamente científica.

Como o enfoque de Kelsen é a **norma jurídica** sua teoria é chamada de *normativista* e trabalha somente com a perspectiva de validade ou invalidade, não com noções de “verdadeiro” ou “falso” (próprias de uma perspectiva moral). A validade da norma é aferida por seu ingresso no ordenamento jurídico, o que significa: **(a)** a observância fiel às regras do processo legislativo; e **(b)** o respeito à hierarquia do ordenamento jurídico (cada norma tem como fundamento de existência e validade uma norma hierarquicamente superior, retrocedendo até a **norma hipotética fundamental** - pressuposto lógico do sistema).



Nota-se que o exame é puramente teórico, não importando a realidade social (ser), mas sim o que a norma jurídica prescreve (dever-ser) para o comportamento humano.

Agora, vejam só, para surpresa de todos (e de maneira um tanto contraditória), Kelsen abre uma concessão à eficácia (despojando-se de sua pureza formal inflexível): **o direito é válido quando for globalmente eficaz** – o fundamento da norma hipotética fundamental é a **eficácia** (questão fática), de modo que, ao cabo, é a organização institucional da força que outorga “legitimidade” ao Direito.

Você está entendendo o que estamos afirmando? Não? Então *bora* entender! Se um grupo criminoso conseguir se impor em certo território e suas normas obtiverem maior eficácia do que a estatal, esse grupo passará a ser a instituição responsável pelo Direito!!! O Direito que vale é aquele que se impõe (simples assim). “Então, no morro dominado pelo tráfico, talvez o traficante é que seja o verdadeiro legislador?” Exato! Que coisa maluca né?!

## 5.1 GUSTAV RADBRUCH

Enquanto o mundo se recuperava do maior combate já travado na história, os juristas se viam às voltas para explicar como cargas d’água tudo aquilo (os terrores da guerra



e dos holocaustos) havia acontecido debaixo do nariz das ordens jurídicas – não foram só prédios, praças e estradas foram reconstruídos; o direito também precisou se reedificar ao final da Segunda Grande Guerra.

**Gustav Radbruch** (1848-1949) dividiu sua vida entre o direito e a política. Como membro do Partido Social Democrata Alemão, teve assento no Parlamento entre 1920-1924. Com a ascensão do nazismo, que desembocou na Segunda Guerra Mundial, foi relegado à ociosidade (exceto por um ano em que esteve na universidade de Oxford, Inglaterra). Com o fim do conflito, publicou “Cinco Minutos de Filosofia do Direito” (1945), uma dura crítica ao positivismo jurídico, que o destacaria como **exponente do pós-positivismo**.



Neokantiano que era, Tio Rad (para os íntimos), considerava que **as leis são definidas por valores morais** – a ausência de critérios conformadores de justiça (pregada pelo positivismo jurídico) gerava consequências catastróficas para o direito.

### A ideia de direito não pode ser diferente da ideia de justiça.

Em um texto curto e direto, “*Cinco minutos de Filosofia do Direito*”, esse alemão de nome simpático deu uma de Martinho Lutero e **fixou suas teses** (só faltou pregá-las às portas do Castelo de Wittenberg).



**PRIMEIRO minuto:** crítica contundente ao positivismo jurídico e à obediência à lei sem questionamentos. A análise da lei apenas no âmbito da validade (e não pelo seu conteúdo – valor) deixa a sociedade indefesa. **O direito vira pura força.**



**SEGUNDO minuto:** se o direito pode ser tudo aquilo que é útil ao povo, não há qualquer limitação para o arbítrio. O Estado (sem surpresa, despótico) dirá o que é melhor para o povo e todos terão de baixar a cabeça. **O Estado de Direito se torna um Estado contra o Direito.**



**TERCEIRO minuto:** O que é o direito? **O direito é a vontade de justiça.** Ações como assassinatos de adversários políticos e o extermínio de pessoas de outra raça não são direito, mas negação do direito e da justiça. Leis que permitam esse tipo de conduta **carecem de validade** e as pessoas devem negar-lhes obediência, começando pelos juristas.





**QUARTO minuto:** o direito deve se nortear pela proteção de três valores fundamentais: o *bem comum*, a *segurança jurídica* e a *justiça*. As leis devem ter como finalidade o *bem comum*, de modo que levem a sociedade à *justiça*. É certo que sempre haverá leis que são não tão boas ou mesmo aquelas que serão más. Ainda assim, elas devem ser respeitadas (seu caráter jurídico não pode ser negado) em vista da *segurança jurídica*. *Más leis conservam um valor, a segurança jurídica*. Apenas o direito extremamente injusto perde a qualidade de direito.



**QUINTO minuto:** os princípios são fundamentos do direito, inclusive mais fortes do que outros preceitos jurídicos. Como consequência, aquilo que se opõe aos princípios (seja uma regra, um costume ou um dogma religioso) poderá deixar de ser válido e aplicável pelo direito.



**(FGV - Exame de Ordem Unificado XXIV - 2014)** O jusfilósofo alemão Gustav Radbruch, após a II Guerra Mundial, escreve, como circular dirigida aos seus alunos de Heidelberg, seu texto “Cinco Minutos de Filosofia do Direito”, na qual afirma: “Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas”.

De acordo com a fórmula de Radbruch,

- a) embora as leis injustas sejam válidas e devam ser obedecidas, as leis extremamente injustas perderão a validade e o próprio caráter de jurídicas, sendo, portanto, dispensada sua obediência.
- b) apenas a lei justa pode ser considerada jurídica, pois a lei injusta não será direito.
- c) o direito é o mínimo ético de uma sociedade, de forma que qualquer lei injusta não será direito.
- d) o direito natural é uma concepção superior ao positivismo jurídico; por isso, a justiça deve sempre prevalecer sobre a segurança.

### Comentários

Radbruch busca conciliar justiça com segurança jurídica. A rigor, mesmo as normas injustas devem manter seu caráter jurídico (impondo obediência). Contudo, em casos extremos, de norma insuportavelmente injusta, a juridicidade se esvairá, conclamando a população à desobediência.

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



## 5.2 CHAÏM PERELMAN

Enquanto Radbruch atacou o coração do positivismo com flechas de ética, lançadas por arcos da moral, outros autores preferiram uma abordagem mais procedimental. Perelman, por exemplo, construiu sua oposição principalmente com base no **método empregado pelo para a decisão jurídica**.

De acordo com seu pensamento, o direito não se adequa perfeitamente a lógica formal. Isso porque a lógica jurídica não se resume à mera dedução de conclusões extraídas do texto da lei. Os dispositivos legais NÃO possuem sentido único, mas variável, de acordo com a interpretação que lhes é conferida, sendo impossível chegar a um conceito absoluto de seu sentido.

**A legalidade pura e estrita, sem um sentido ou contexto, é um mito jurídico.**

**Chaïm Perelman** (1912-1984) nasceu na Polônia, mas passou a maior parte da vida em Bruxelas (Bélgica), onde estudou e lecionou. Sua tese argumentativa se desenvolve evitando os excessos tanto do positivismo (dogmas – verdades absolutas) como do ceticismo e do relativismo radical (não há verdade). Ele propõe que as ações racionais sejam induzidas por **verdades socialmente construídas** (com base em probabilidade, não em certeza), que se mantêm abertas a mudanças futuras, caso surjam melhores argumentos (filosofia regressiva).



Ao desenvolver sua **argumentação não formal**, baseada na **retórica contingente** (que considera o auditório, quem está ouvindo, abandonando a pretensão universalista da lógica formal), Perelman admite que o raciocínio jurídico é influenciado pelo contexto econômico, político, ideológico, social ou cultural.

Com base nessa premissa, ele defende que a plausibilidade de uma argumentação (fundamentação da decisão) e sua razoabilidade são mais importantes para o julgador do que a operação lógica e formal base do silogismo (modo de raciocinar do positivismo jurídico), até porque o julgador tem o dever de (deve se preocupar em) **convencer**: as partes, os profissionais do direito e a opinião pública – TODOS destinatários das decisões judiciais.



**(FGV - Exame de Ordem Unificado XXIII - 2014)** Com relação à filosofia do direito, julgue o próximo item.

Segundo Chaïm Perelman, ao tratar da argumentação jurídica na obra *Lógica Jurídica*, a decisão judicial aceitável deve satisfazer três auditórios para os quais ela se destina.

Assinale a alternativa que indica corretamente os auditórios.

- a) A opinião pública, o parlamento e as cortes superiores.
- b) As partes em litígio, os profissionais do direito e a opinião pública.
- c) As partes em litígio, o parlamento e as cortes superiores.
- d) As cortes superiores, os organismos internacionais e os profissionais do direito.

#### **Comentários**

A argumentação deverá sempre estar relacionada com contexto (social, político, econômico...) que envolve o caso concreto. Como os **litigantes**, os **profissionais do direito** e também a **opinião pública** são destinatários das decisões judiciais, todos eles devem ser convencidos de que aquela é a melhor resolução ao caso. As **cortes superiores**, o **Parlamento** e os **organismos internacionais** **NÃO precisam ser convencidos**: as Cortes formarão seu próprio convencimento; o Parlamento tem suas próprias atribuições e lógica interna; os organismos internacionais que cuidem da sua vida rsrsrsrs (questão de soberania).

A alternativa está **B** está **correta**.

A justiça de Perelman, como não poderia deixar de ser, NÃO é um conceito fixo, mas sujeito a variações de sentido no tempo e no espaço, conforme se fixam e se alteram os valores sociais, éticos, morais...

**Mais importante do que conceituar justiça é vê-la acontecer nos casos concretos.**

## **5.3 HERBERT HART**

Mesmo que o positivismo jurídico tenha caído do pedestal na segunda metade do século XX, não houve um abandono total da teoria, podendo-se citar autores





importantes que buscaram revigorá-lo, revisando alguns de seus pontos mais sensíveis, o que foi fundamental para que o barco juspositivista continuasse a navegar (de outro modo, teríamos um naufrágio acachapante).

H. L. A. Hart foi um desses pensadores. Ele flexibilizou a normatividade intrínseca positivista ao admitir que o reconhecimento social e a força das estruturas institucionais podiam influenciar (como condição) a validade do ordenamento jurídico, uma concessão antes inimaginável.

**Herbert Lionel Adolphus Hart** (1907-1992) nasceu em Londres, Inglaterra, e se tornou professor da Universidade de Oxford. Percebendo que o positivismo jurídico tinha alguns buracos, mas acreditando na força de sua cientificidade, ele buscou suprir as lacunas existentes e adequar o modelo a um país de *common law* (com o direito consuetudinário e os precedentes judiciais com força de lei). No caminho, tornou-se um dos jusfilósofos mais destacados do século XX.



Em sua obra mais conhecida, "*O conceito de direito*" (1961), Hart buscou responder a por que as pessoas cumprem as regras jurídicas e no que estas se assemelham ou se distinguem de uma ordem coercitiva ou moral.

Ele conceituou **moral** como o **conjunto de regras sociais que condicionam comportamentos ao incentivar certas condutas e reprová-las**. Como esse âmbito é muito próximo do jurídico, pode acontecer, em alguns casos, de as normas morais serem reproduzidas em normas jurídicas (noção de justiça).

Ainda assim, direito e moral não se misturam (são independentes) – mantém-se a *pureza* do direito. A moral NÃO pode ser considerada critério de validade das normas jurídicas. Poxa, mas então qual o critério?

Hart estabeleceu um critério de validade do direito (institucionalização) por meio de um padrão mínimo de aceitação daquilo que deve ser considerado válido juridicamente. A questão se coloca, em seguida, é **QUAL é este padrão?**

*"Por força das regras de um tipo, que bem pode ser considerado o tipo básico ou primário, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas ações, quer queiram ou não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação às primeiras: porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer*

*certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação”*

O direito, portanto, é a **união de regras primárias e secundárias**. As regras primárias são aquelas que refletem a imposição de um dever (faça ou se abstenha de fazer alguma coisa) e, a rigor, impõem uma sanção. Já as regras secundárias são as que permitem criar, fazer ou dizer alguma coisa (como as que fixam competência e organizam os órgãos do Estado), incluindo a possibilidade de alterar as regras primárias (atribuição de poderes públicos e privados).



**PRIMÁRIAS** = são aquelas que criavam obrigações diretamente para os cidadãos, prevendo condutas e sanções. São impositivas de condutas, omissivas ou comissivas. Servem para preencher o Direito de matéria, de conteúdo. São os comandos de fazer ou não fazer.

**SECUNDÁRIAS** = regras procedimentais, criadas vencer problemas como o caráter estático das regras primárias, que tenderiam a permanecer engessadas diante das mudanças sociais se não houvesse uma previsão de sua atualização (disciplinam a nova produção normativa).

As regras secundárias podem ser divididas entre regras de **reconhecimento**, de **alteração** e de **juízo**, relacionam-se entre si de forma escalonada, ou seja, a Constituição reconhece o Código, que reconhece o Tribunal, que reconhece o juiz para julgar um determinado caso.

E assim podemos começar a responder onde repousa o fundamento de validade das regras que compõem o direito... Dentre as regras secundárias, a mais importante é a **regra de reconhecimento**: além de estabelecer os critérios de validade das normas, ela confere poderes, impõe deveres sobre aqueles que devem aplicar as regras... ou seja, estrutura todo o sistema jurídico.





A regra de reconhecimento é o **fundamento de validade do conjunto de regras primárias e secundárias a que se pode chamar de um sistema jurídico**. É ela “que faculta os critérios através dos quais a validade das outras regras dos sistemas é avaliada, é, num sentido importante que tentaremos clarificar, uma regra última: e onde, como é usual, há vários critérios ordenados segundo a subordinação e a primazia relativa, um deles é supremo”.

Considerando a importância do ponto, bora aprofundar!

**John Austin (1790-1859)** **rejeitava** a noção de regra como elemento central do direito, preferindo reduzi-lo a um fenômeno isento de normatividade, que pode ser descrito a partir de conceitos puramente fáticos como **ordens coercitivas** (ordens de um soberano) e **hábitos de obediência** (da população). Para Austin, o elemento central do direito é a **OBEDIÊNCIA**, motivada por um hábito social, às regras impostas pelo poder soberano.



Ao desenvolver seu pensamento, Hart partiu de uma crítica relativa à teoria proposta por Austin. Para Hart, o que sustenta a aplicação, no momento atual, de leis impostas no passado é menos uma obediência histórica, habitual e mais o recurso a um ou vários critérios sobre o que deverá ser considerado como direito.

CURIOSIDADE



**Como diferenciar a norma jurídica das ordens de um assaltante?** O assaltante dirige sua ordem (“*passa tudo aí, mano! Perdeu!*”) a uma pessoa ou grupo específico (assalto coletivo no *busão*); o Estado dirige sua norma de forma geral (a uma coletividade indeterminada). O assaltante faz com que a vítima obedeça apenas enquanto for conveniente detê-la em seu poder (de força física ou psíquica); o Estado pretende que as pessoas o obedecem por tempo indeterminado, com base no consentimento.



Ainda que reconhecesse alguma razão na teoria de Austin (o elemento coercitivo do direito, identificado como a obediência às regras editadas pelo soberano, é algo que não pode ser ignorado ao se estudar o fenômeno jurídico), Hart aponta que esse pensamento, por si só, mostra-se demasiadamente reducionista, demandando uma abordagem complementar. Afinal, não se reconhece como direito uma regra apenas por que ser emanada do soberano.



Hart acrescenta às regras secundárias a regra de reconhecimento. Trata-se de um instrumento por meio do qual se pode reconhecer (daí seu nome) outras regras, primárias, como regras jurídicas.

**É o elemento de reconhecimento de uma norma, qualquer que seja sua natureza, como pertencente ao sistema jurídico.**

Segundo esse raciocínio, a busca pela validade de uma imposição jurídica pode se dar pela afirmação das regras que a determinaram como impositiva, como existente, como pertencente ao ordenamento jurídico.

Partindo da realidade inglesa, temos que “aquilo que a Rainha no Parlamento aprova é direito”. Trazendo essa máxima para a realidade brasileira, se se procura saber se um ato normativo (um decreto) de um Prefeito, regulando determinada matéria de determinado modo, é válido, pode-se buscar as regras que lhe atribuíram tal competência – a lei orgânica municipal, a Constituição Estadual e, ao cabo, a Constituição Federal (pedra fundamental do ordenamento jurídico): “aquilo que está em acordo com a Constituição é direito”. No Brasil, a **Constituição é a regra de reconhecimento**.



**(Ano: 2019 Banca: FGV Órgão: OAB Prova: FGV - 2019 - OAB - Exame de Ordem Unificado - XXVIII)** Uma das mais importantes questões para a Filosofia do Direito diz respeito ao procedimento que define uma norma jurídica como sendo válida. Para o



jusfilósofo Herbert Hart, em O Conceito de Direito, o fundamento de validade do Direito baseia-se na existência de uma regra de reconhecimento, sem a qual não seria possível a existência de ordenamentos jurídicos.

Segundo Hart, assinale a opção que define regra de reconhecimento.

- a) Regra que exige que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram quer não.
- b) Regra que estabelece critérios segundo os quais uma sociedade considera válida a existência de suas próprias normas jurídicas.
- c) Regra que impõe deveres a todos aqueles que são reconhecidos como cidadãos sob a tutela do Estado.
- d) Regra que reconhece grupos excluídos e minorias sociais como detentores de direitos fundamentais.

### Comentários

A regra de reconhecimento é o modelo teórico testar o pedigree das normas, isto é, para ver se são de direito e se são válidas! Assim, está correta a alternativa **B** (fácil, fácil).

A regra de reconhecimento é uma noção geral, um entendimento implícito de que uma norma está em acordo com o quadro normativo e é, portanto válida, devendo ser obedecida.

*"Na maior parte dos casos a regra de reconhecimento não é enunciada, mas a sua existência manifesta-se no modo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos tribunais ou outros funcionários, como pelos particulares ou seus consultores".*

Hart distingue duas fontes possíveis para a autoridade de uma regra:

1) a regra pode se tornar obrigatória em razão da sua aceitação pela sociedade como um padrão de conduta (exemplo: os brasileiros utilizam talheres nas refeições). Para a população em geral, é "obrigatório" usar garfo e faca. Porém, caso Mariazinha resolver meter as mãos e os dentes diretamente na coxa de frango, não será legalmente punida por essa atitude.



2) a regra pode se tornar obrigatória ao ser promulgada de acordo com uma regra secundária (procedimento legislativo). Apenas quanto a essa modalidade se pode falar em *regras válidas*.







Assim podemos registrar a distinção fundamental de Hart: a regra pode ser obrigatória **(a)** porque é aceita ou **(b)** porque é válida.

Como se pode ver, a noção de Austin (de que as regras de direito deveriam ser entendidas como ordens de um soberano) realmente deixava a desejar – não explicava casos simples, como o surgimento de obrigações entre particulares. A teoria de Hart é bem mais complexa.

Entendido isso. Podemos prosseguir.

As regras são expressas por meio da linguagem. Acontece que a linguagem é incerta. Assim, as regras (os termos jurídicos em geral) possuem uma **textura aberta** (indeterminação do texto jurídico para julgar todos os casos concretos) – muitas vezes são confusas, com sentidos múltiplos. É certo que para todas as regras há um “núcleo de certeza” (casos que certamente são ou não abrangidos pelo tipo normativo), mas há também sempre uma área de “**penumbra de dúvida**”, casos nos quais há incerteza ou ambiguidade na aplicação da norma. E os próprios métodos de interpretação NÃO podem eliminar essas incertezas, pois se utilizam de linguagem (termos que exigem interpretação), também não possuindo objetividade.

Para piorar, não raras as vezes o legislador não consegue antecipar a realidade vindoura (não é possível prever todas as alterações sociais). As lacunas na lei são inevitáveis.

Textura aberta é o nome que se dá à **abertura de significados possíveis** dentro do texto que servirá de base para o juiz na aplicação do direito. Hart explica de forma poética a existência dessa textura aberta, “*we are men, no gods*” (somos homens, não deuses), referindo-se às insuficiências da linguagem para prever todas as condutas futuras (principal motivo para a abertura dos significados).





**(Ano: 2013 Banca: FGV Órgão: OAB Prova: FGV - 2013 - OAB - Exame de Ordem Unificado - XII)** Considere a seguinte afirmação de Herbert L. A. Hart: "Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamentos, estes, não obstante a facilidade com que atuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão." (HART, Herbert. O Conceito de Direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 141)

Hart admite um grau de indeterminação nos padrões de comportamento previstos na legislação e nos precedentes judiciais. A respeito, assinale a afirmativa correta.

- a) Trata-se do fenômeno chamado na doutrina jurídica de lacuna material do direito, em que o jurista não consegue dar uma resposta com base no próprio direito positivo para uma situação juridicamente relevante.
- b) Trata-se da textura aberta do direito, expressa por meio de regras gerais de conduta, que deve ganhar um sentido específico dado pela autoridade competente, à luz do caso concreto.
- c) Trata-se da incompletude do ordenamento jurídico que, por isso mesmo, deve recorrer aos princípios gerais do direito, a fim de promover uma integração do direito positivo.
- d) Trata-se do fenômeno denominado de anomia social pelos sociólogos do direito, em que existe um vácuo de normas jurídicas e a impossibilidade real de regulação de conflitos juridicamente relevantes.

### Comentários

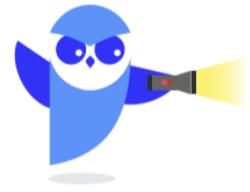
Viu como fica fácil quando estudamos? Textura aberta do direito, lógico! A questão traz assertivas que, isoladamente, poderiam encaixar no enunciado. Mas quando conhecemos a teoria do autor fica moleza. Então, qual o segredo? ESTUDAR e ESTUDAR!

E como visto, está correta a alternativa **B**.

Mas se não há como prever todas as condutas futuras, o que pode fazer o juiz diante de legislação dúbia e, em especial, ao se deparar com um caso não previsto (*hard case*)? Ora, é aí que surge o **poder discricionário**, isto é, a possibilidade de escolha do julgador dentro de um contexto de indeterminação dos parâmetros jurídicos sobre a correta decisão a ser tomada (o que não se confunde com arbitrariedade).



ESCLARECENDO!



Dentro do poder discricionário do julgador poderão ser utilizados instrumentos como o sopesamento de interesses, a racionalidade, a imparcialidade e o equilíbrio. A discricionariedade NÃO é total, já que é limitada pela abrangência semântica do texto do quadrante normativo.

Como resultado, na ausência da lei (ou de lei clara o suficiente), o julgador poderá utilizar interpretações anteriores (jurisprudência) ou ainda tomar uma nova decisão, criando uma alternativa de interpretação. **O intérprete tem o papel de criar e recriar o direito.**

O poder discricionário desvincula o julgador do direito positivado (seja precedente ou lei) e o permite recorrer a outros padrões (não jurídicos), como a razão e a lógica.



## RESUMINDO

Em caso de omissão na lei ou *hard cases* (são aqueles em que as respostas não são fáceis ou mesmo não parece haver uma resposta certa), o juiz exerce inteira **discricionariedade**. A regra de reconhecimento confere este poder ao julgador.

Garanto que você já está esperando por aquele exemplo que esclarece tudo na prática, não é? Claro que eu não te deixaria sem ele!



Diante desta placa em um condomínio, um **passarinho** estaria proibido? Temos certeza quanto a 🐱 e 🐶, mas e quanto a outros animais? Avaliando a disputa entre condomínio **vs.** condômino 🐦, o juiz poderia entender que a vedação (em interpretação teleológica) se referiria apenas a animais maiores? A animais que caminham pelo chão? Que soltam pelos? Que fazem barulho? Enfim... há uma dúvida razoável aqui. Em casos como este, **o juiz NÃO apenas aplica a norma; ele cria a norma!**

## DEFINITIVIDADE x INCERTEZA



Como vimos, Hart reconhece que as regras jurídicas muitas vezes são incertas (não oferecem critérios suficientemente claros para um julgamento baseado nelas). Ainda assim, ele entende que regras e precedentes são capazes de limitar a discricionariedade judicial (impedi-la de se tornar arbítrio). É por isso que é possível apontar erros (**falibilidade**) na atividade jurisdicional: sempre que uma decisão fugir do padrão de correção, transbordando as opções colocadas dentro da moldura da norma, será equivocada.

**NÃO é possível sustentar que o direito é o que as cortes decidem.**

Acontece que, em que pese a possibilidade de equívocos, as decisões judiciais gozam de **definitividade**. Uma decisão que não seja revogada por uma instância superior é uma decisão definitiva. Sua validade se mantém intacta!

Pois bem. O direito como sistema dotado de autoridade, possui um órgão competente para fixar o sentido de regras e de precedentes. Desse modo, ao Judiciário compete decidir de modo definitivo sobre o que é ou não direito de uma comunidade, o que cria um problema: Como pode uma constituição conferir autoridade de dizer o que a constituição é?

Defronte a essa questão, Hart formulou o argumento da **incerteza da regra de reconhecimento**, segundo o qual "o paradoxo desaparece se nos lembrarmos que ainda que toda regra possa ser incerta em alguns pontos, é efetivamente condição necessária de um sistema legal existente que nem todas as regras sejam abertas a dúvidas em todos os pontos". Ou seja: temos uma resposta em consonância com seu entendimento anteriormente expresso acerca da textura aberta das regras e dos precedentes.

Os três conceitos fundamentais de Hart (textura aberta - *open texture of Law*; poder discricionário - *judicial discretion*; e regra de reconhecimento - *rule of recognition*) são até hoje discutidos e, como se pode perceber, interligados diretamente, o que permite comprovar a sistematicidade e a qualidade da teoria hartiana, relevante mesmo em dias coevos (que palavra lascada para "atuais").

## 5.4 RONALD DWORKIN

Sabe aquela história de o aluno questionar (superar?) o mestre? Temos aqui mais um exemplo. Ronald Dworkin estudou com Herbert Hart e depois o sucedeu como titular da cadeira de Jurisprudência na universidade de Oxford (Inglaterra). Isso não



o impediu de construir um modelo de pensamento que confrontava diretamente as ideias do ilustre professor.



**Ronald Myles Dworkin** (1931-2013) nasceu em Rhode Island (EUA), estudou em Harvard e depois em Oxford. Sua obra “*Levando os direitos a sério*” (1977) é uma das mais importantes do cenário jurídico atual, tendo provocado uma verdadeira revolução no direito. Ao deixar este mundo e ir habitar a morada eterna, Dworkin já era, em pesquisa conduzida pelo *The Journal of Legal Studies*, o segundo autor jurídico americano mais citado do século XX. Não é para qualquer um...

A primeira premissa do pensamento dworkiniano é que o **direito** deve ser visto como um **instrumento de justiça** (condição de bem-estar dos indivíduos), cuja fonte é social e de natureza argumentativa – está enraizado em preceitos **morais**. Logo, o juízo jurídico não pode ser feito sem o juízo moral e o juiz **NÃO** se encontrar amarrado à lei – a legalidade estrita pode ser afastada quando se antepuser à justiça.

**O direito é uma atitude investigativa sobre a realidade e que realiza valores e expectativas de justiça que lhe são anteriores.**

A técnica utilizada pelo direito para perquirir tal intento é a **interpretação** (sobre os fatos já ocorridos e juridicamente relevantes dentro de um contexto decisório), a qual deve se mostrar essencialmente **evolutiva**, na medida em que as concepções jurídicas do “ontem” são remanejadas, a cada *case*, para ser o melhor possível hoje.

Como resultante, temos: (a) a razoabilidade (*fairness*) é alcançada pela análise das lógicas **intrassistêmica**, que é a verificação do direito positivo, e **intersistêmica**, isto é, daquilo que as instituições humanas reconhecem como práticas socialmente legítimas; (b) a aplicação do direito sempre depende de uma releitura do passado, de forma a se chegar a um ponto melhor – **história** (recorribilidade à prática em torno da justiça) e **interpretação** andam juntas na definição da ideia de “coerência” do Direito.





Dworkin critica tanto o **positivismo**, ao assentar a importância da interpretação do **caso concreto** ("lei do caso") quanto o **utilitarismo**, na medida em que defende com firmeza os direitos individuais, em especial a igualdade (de condições e oportunidades).

Avançando para a técnica jurídica, *Dudu* (apelido que ganhou no Brasil, ao menos neste material) considerada que o *ordenamento jurídico* é composto por **princípios** e **regras** (ou normas), ambos a conformar padrões jurídicos a serem seguidos nas relações jurídicas.

As **REGRAS** são aplicadas no modo tudo ou nada (*all-or-nothing*). Se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou a regra é válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela é considerada não válida. Na colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida.

Já os **PRINCÍPIOS** possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*). Na colisão entre princípios, o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade. A rigor, os princípios **NÃO** determinam absolutamente a decisão (servem de instrumentos de auxílio), estabelecendo uma direção a ser tomada pelo juiz, especialmente nos **casos difíceis** (*hard cases*), em que a subsunção de um fato a uma norma não é algo claro, há lacunas, antinomias ou ambiguidades insuperáveis.

| REGRAS                                                       | PRINCÍPIOS                                                            |
|--------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|
| Aplicam-se por TUDO ou NADA!                                 | Aplicam-se por ponderação                                             |
| Análise de validade                                          | Verificação da dimensão de peso                                       |
| Têm aplicação se "a regra é clara"<br>(Arnaldo Cesar Coelho) | Norteiam a tomada de decisões,<br>especialmente nos <i>hard cases</i> |



Em seu livro *Levando os Direitos a Sério*, Ronald Dworkin cita o caso "Riggs contra Palmer" em que um jovem matou o próprio avô para ficar com a herança. O Tribunal de Nova Iorque (em 1889), ao julgar o caso, deparou-se com o fato de que a legislação local de então não previa o homicídio como causa de exclusão da sucessão. Para solucionar o caso, o Tribunal aplicou o princípio do direito, não legislado, que diz que



ninguém pode se beneficiar de sua própria iniquidade ou ilicitude. Assim, o assassino não recebeu sua herança.

Com base na obra citada, assinale a opção que melhor expressa uma das pretensões fundamentais da jusfilosofia de Ronald Dworkin.

- a) Revelar que a responsabilidade sobre o maior ou menor grau de justiça de um ordenamento jurídico é exclusiva do legislador, que deve sempre se esforçar por produzir leis justas.
- b) Mostrar como as Cortes podem ser ativistas quando decidem com base em princípios, não com base na lei, e que decidir assim fere o estado de Direito.
- c) Defender que regras e princípios são normas jurídicas que possuem as mesmas características, de forma que se equivalem; por isso, ambos podem ser aplicados livremente pelos Tribunais.
- d) Argumentar que regras e princípios são normas com características distintas, mas igualmente vinculantes e, em certos casos, os princípios poderão justificar, de forma mais razoável, a decisão judicial.

#### Comentários

Os princípios e as regras possuem características distintas, mas ambos são vinculantes e justificam a decisão de maneira mais adequada em determinados casos. Os princípios, em especial, podem ser utilizados para quebrar o rigorismo da lei (uma espécie de equidade interna do ordenamento).

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

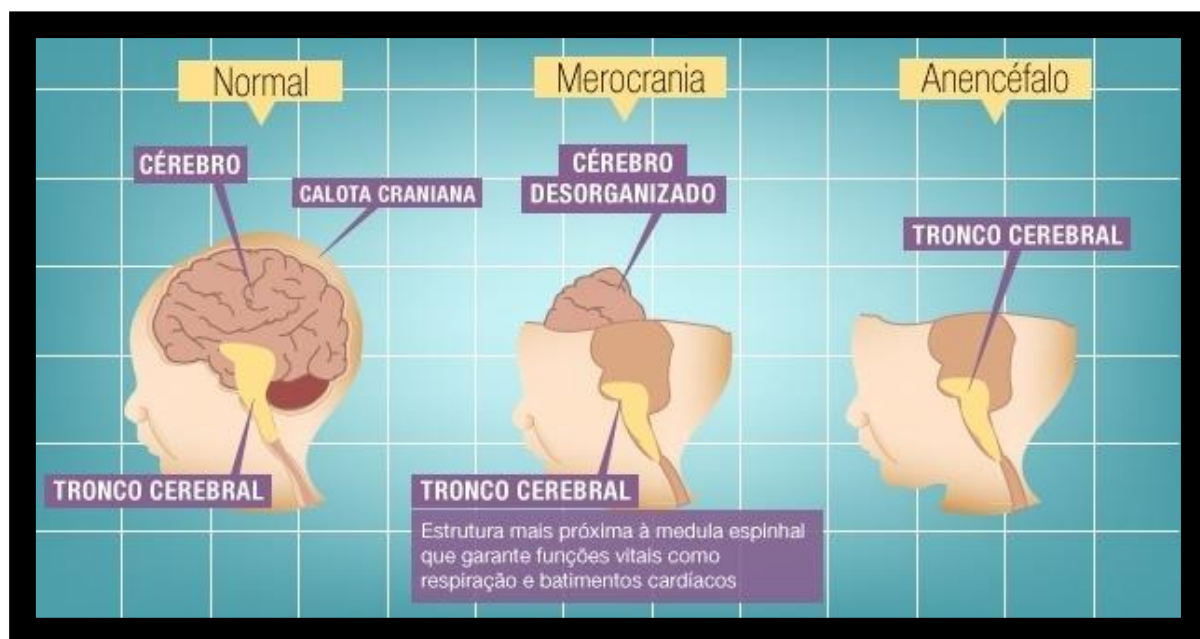
**Obs:** Este caso (Riggs vs. Palmer) é muito importante! Leia-o com atenção e, dentro do possível, memorize.



#### JURISPRUDÊNCIA

Um dos *hard cases* mais discutidos dos últimos tempos no Brasil é o da **interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo** (ADPF 54). Até então, havia muita discussão se a conduta tipificava o crime de **aborto**, incidindo a penalização correspondente, prevista no Código Penal. Vários princípios se chocaram com a abertura das teses e dos votos: **vida, dignidade humana, liberdade, autonomia da vontade, privacidade, intimidade**. O STF acabou sopesando todos eles e permitindo a prática (em parte considerando que a ordem jurídica fixa a *morte encefálica* como momento de extinção da pessoa – Lei nº 9.434/97), para a revolta dos religiosos, que entendiam que a proteção à vida (mesmo anencefálica) deveria prevalecer.





Se algum dia você ver o termo **estratégia da ponte**, NÃO se assuste. É simples. Dudu defende que **os princípios NÃO têm convivência autônoma (uns sem os outros)**. São todos ligados por uma ponte. Nada demais, né? Então, segueeeee o jogo 🏈

É famosa a **colisão entre as teorias de HART e DWORKIN**. Precisamos conhecê-la. **Hart** defende a discricionariedade do juiz nos *hard cases* (o que se costuma chamar de *decisionismo*); **Dworkin** admite que nesses casos há *maior liberdade* do julgador para a interpretação, mas NÃO (nunca) discricionariedade.

Adotando as teorias hermenêuticas de Heidegger e Gadamer (as decisões do homem são limitadas pelas pré-compreensões inscritas na consciência histórica do sujeito), Dudu entende que seria possível chegar a uma *resposta correta para cada caso em particular*, levando-se em consideração o contexto sociopolítico e histórico.



**Julgar é uma tarefa hercúlea.** O processualista Francesco Carnelutti, em sua obra "As misérias do processo penal", disse que "*nenhum homem, se pensasse no que é necessário para julgar outro homem, aceitaria ser juiz*". Por isso, precisamos de um **Juiz Hércules**. Dworkin esboça uma figura ideal de magistrado que conhece todas as leis, as decisões anteriores (jurisprudência), os princípios básicos do direito e da justiça e tem capacidades sobre-humanas para decidir de maneira criteriosa e íntegra, por intermédio de uma interpretação construtiva do ordenamento jurídico como um todo, considerando também a leitura da sociedade quanto aos princípios envolvidos no caso.

Perceba que, na visão dworkiniana, os juízes se valem dos princípios por uma questão de razoabilidade e justiça, não por uma questão de autoridade (discricionariedade). O fato de o julgador basear sua interpretação em um fundamento histórico não o autoriza a agir com arbitrariedade, pelo contrário, a aplicação de princípios **vincula o julgamento a dados constantes do ordenamento jurídico**, mas não necessariamente positivados.

Os princípios eliminam (ao menos limitam) a possibilidade de o magistrado recorrer ao *direito alternativo* – o completo atropelo das normas positivadas para aplicar o solipsista ideal pessoal de justiça.

Portanto, mesmo diante de *hard cases*, o juiz NÃO pode apelar à discricionariedade (muito próxima da arbitrariedade), devendo analisar as decisões anteriores para construir uma decisão que mantenha a coerência com o sistema jurídico. As decisões judiciais seriam como capítulos de um romance, não prescindindo (não podendo dispensar) de seguir uma linha de continuidade.



Os julgamentos dos *hard cases* devem ser guiados por duas regras (limitadoras do arbítrio): (1) **regra de conveniência** = o juiz deverá fazer um levantamento dos **argumentos admissíveis** (constatação empírica) e da **jurisprudência** existente (casos com pano de fundo semelhante); (2) **regra de valor** = o juiz deverá escolher um valor de justiça para orientar o processo de seleção dos argumentos a serem acolhidos de acordo com a moral, com as expectativas nutridas pelo conjunto social.





Vamos fechar com um exemplo. **Prédios invadidos** (problema cotidiano de São Paulo): **direito de moradia vs. propriedade**.

1) **Regra de convivência**: (a) **argumentos** = há conflito de direitos consagrados na Constituição; de um lado está a propriedade, de outro a vida digna, o patrimônio mínimo, a moradia como direito; (b) **jurisprudência** = "os direitos assegurados na Constituição Federal, no caso o direito à moradia e o direito de propriedade, não colidem; são complementares, concordantes e exercidos nos termos da lei. Não se vê na Carta qualquer dispositivo que assegure o direito de apropriação de bem de outrem, público ou particular; nem permissão para que o exercício de direito se faça com prejuízo de

outro direito. É um caminho perigoso; pois a ilegalidade é um caminho sem fim e dela não nasce direito, nem se pode desprezar a imensa maioria da população, também carente, que respeita a lei e o direito alheio" (TJSP, AI nº 0030588-73.2012.8.26.0000; 10ª Câmara de Direito Público, j. 26/03/2012).

2) **Regra de valor** = adota-se o valor da **igualdade**. TODOS têm direito de obter propriedade pelo trabalho. Conferir a alguns o direito de obtê-la por meio de atos ilegais (esbulho) teria como efeito mais do que o desrespeito à propriedade, mas também a concessão de privilégio injustificável, que não reflete a *moral* da esmagadora maioria da população (trabalhadora e ordeira). A *expectativa social* é de que haja preservação da propriedade, de modo que todos possam ter segurança em adquiri-la e mantê-la. Se essa expectativa for colocada em risco sério, a sociedade como um todo sofrerá as consequências danosas. Uma suposta ajuda a necessitados não pode solapar o sistema de direitos (que retirou o homem do estado de guerra, em que cada um só podia manter a propriedade pela própria força e que vedou ao Estado a apropriação arbitrária dos bens do indivíduo). O Judiciário, muito menos, pode estar na vanguarda de uma redistribuição social de bens.

## 5.5 ROBERT ALEXY

Herbert Hart não foi o único a conceder largos poderes aos juízes. Carl Schmitt já havia afirmado que a decisão judicial é um ato de vontade, arbitrário, envolvendo a história e a cultura do juiz, não podendo ser racional.

Diante desse *decisionismo* cético, um alemão arretado arquitetou uma resposta audaciosa, que viria a se tornar o modelo jurídico prevalente no mundo ocidental (notadamente em seara constitucional), cuja pretensão é delimitar as decisões





judiciais dentro de parâmetros racionais, mesmo nos *hard cases*, por meio da **argumentação**.



**Robert Alexy** (1945-) é talvez o maior jusfilósofo vivo. Nascido em Oldenburg, na Alemanha, estudou na Universidade de Göttingen e, além de professor convidado de um sem número de instituições, atua na Universidade de Kiel. Há ainda uma característica muito, muito importante: ele deu aulas no Mestrado a este que vos escreve (se um dia eu ficar famoso, vão incluir isso na Wikipedia dele 😊).

Alexy estrutura seu pensamento com base na **teoria da argumentação jurídica** (seguindo a linha delineada por Perelman). A **racionalidade** de um discurso prático pode ser mantida ao serem cumpridas as condições expressas por um sistema de regras ou procedimentos – o critério de racionalidade não se refere a uma verdade ontológica *a priori*, mas a um modelo de “correção” do agir conforme o procedimento (“racionalidade comunicativa”). A aplicação das regras do discurso não leva à total segurança de sua efetividade, mas garante, ao menos, uma considerável redução de sua irracionalidade.

ESCLARECENDO!



Como visto em Chaïm Perelman (item 3.2), a **teoria da argumentação** afasta-se da **teoria da correspondência** (de Aristóteles). Seu critério definidor da verdade, então, não é a correspondência com uma realidade fática, mas o **fruto de uma construção discursiva** – a verdade não está no mundo, é uma produção cultural humana subordinada à refutabilidade (falseabilidade) e que, por ser histórica, pode ser negada e substituída por um novo argumento racional que lhe sirva de fundamento.

| Lógica APODÍTICA (Aristotélica)        | Lógica DIALÉTICA (Alexyana)                   |
|----------------------------------------|-----------------------------------------------|
| Distingue entre o verdadeiro e o falso | Distingue entre o verossímil e o inverossímil |
| Há possibilidade de verdade absoluta   | Juízo de probabilidade (certeza construída)   |



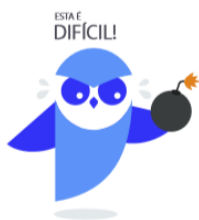
Justamente por não se basear em conceitos absolutos, mas em noções de probabilidade e verossimilhança (melhor tese possível), diferentemente de Dworkin, Alexy **refuta a possibilidade de uma única resposta correta** a um caso controverso (*hard case*) – haveria uma multiplicidade de opções, devendo a escolha ser pautada segundo critérios de correção do discurso (decisão aproximadamente correta).

Aproveitando que estamos a fazer correlação entre autores, Alexy (teoria da argumentação) e Habermas (teoria da ação comunicativa) também têm suas semelhanças e diferenças. Ambos procuram recorrer a **teorias argumentativas procedimentais**, que formulam regras ou condições para a argumentação e para uma decisão racional (institucionalização da razão). A diferença é que para **Alexy**, o procedimentalismo é voltado para a atuação do juiz (especialmente), no estabelecimento de critérios e condições para uma argumentação **judicial** válida do ponto de vista racional. Já para **Habermas**, o procedimentalismo é voltado à **política** como um todo (incluindo a própria formação do direito), criando-se condições discursivas adequadas entre os participantes do jogo político.

A justificação das decisões, no pensamento alexyano, dá-se por meio de duas lógicas: (1) **interna**: a decisão segue rigorosamente suas premissas (silogismo jurídico); (2) **externa**: análise da correção das premissas adotadas na justificação interna.

Uma vez que haja crivo positivo das lógicas interna e externa, a decisão obtém racionalidade (poder de convencimento). A ressaltar que **o Judiciário tem o ônus de convencer a população, em cada julgamento, de que aquela é a melhor decisão, a maneira mais justa de solucionar o caso** – tanto o Judiciário quanto o Legislativo são representantes do povo, mas atuam de maneiras diferentes (o Legislativo atua democraticamente; o Judiciário atua argumentativamente).

Já está com saudades dos PRINCÍPIOS? Sim? Ótimo. Segundo nosso amigo "*alemon batata*", tanto os princípios como as regras compõem o gênero normas, porém cada uma possui um alcance e consequências distintas. Já vimos isso, mas vale reforçar: as **regras** são analisadas na dimensão de validade; os **princípios** possuem uma dimensão qualitativa (acima do nível de validade), a qual chamaremos de dimensão de peso ou de importância.



Como diferenciar princípios de regras? Há DUAS maneiras.





**Critério da generalidade (tese fraca):** o grau de generalidade dos princípios é maior que o das regras. Isso quer dizer que os princípios atingem um número maior de situações; já as regras são mais específicas.



Tomemos como exemplo o **princípio** da **liberdade de crença** (CF, art. 5º, VI), do qual derivam várias **regras**: (a) imposição do *Estado laico*, com vedação da relação entre Estado e Igreja (estabelecimento oficial de cultos, subvencionamento, perseguição – CF, art. 19, I); (b) garantia de *assistência religiosa* nas entidades civis e militares de internação coletiva (CF, art. 5º, VII); (c) possibilidade *escusa de consciência*

perante o serviço militar obrigatório (CF, art. 143, § 1º); (d) *ensino religioso facultativo* (CF, art. 210, § 1º); (e) *casamento religioso* com efeito civil (CF, art. 226, § 2º).

Este critério já era tradicional para fins da pretendida diferenciação. Mas Alexy é um cara exigente. Para ele, a generalidade é insuficiente, sendo necessário reconhecer uma distinção qualitativa entre as espécies normativas.



**Critério qualitativo (tese forte):** (a) os princípios são **mandamentos de otimização**, isto é, ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, conforme sejam as possibilidades jurídicas e fáticas existentes (satisfação em graus variados a depender da realidade fática e jurídica, sem que isso afete sua validade) – posição que é um tanto **diversa da adotada por Dworkin** (os princípios são critérios norteadores); (b) princípios contêm mandamentos *prima facie*, que apontam para uma forma de resolver o caso, mas que podem ser afastados por razões antagônicas.

Com base nisso, Alexy aponta que é possível traçar uma diferenciação bem mais segura, pois, diferentemente dos princípios, **as regras exigem que o comando seja realizado exatamente conforme determina seu conteúdo** (não em graus). Elas ou são aplicáveis (satisfeitas) ou são não aplicáveis. Se uma regra é válida (e sem cláusula de exceção incidente na espécie), deve ser cumprida exatamente como exige. Regras possuem determinações dentro daquilo que, preliminarmente, consideram fática e juridicamente possível, não sendo dado ao julgador (ao menos em teoria) fazer gradações.



**Conflito entre REGRAS:** soluciona-se por duas formas = (a) pela aplicação de uma cláusula de **exceção**; (b) declarando a **invalidade** de uma das normas. Caso não seja aplicável uma exceção legal e havendo ambiguidade (normas colidentes em tese aplicáveis ao mesmo caso) será necessário considerar uma das regras inválida.

Lá vem o exemplo! O oficial de justiça se desloca até a casa do executado e exige a entrega de bens móveis penhorados para depósito em mãos do credor (CPC, art. 840, § 1º). O devedor se recusa. Pode o oficial de justiça, com autorização do juiz, chamar a polícia e utilizar, se for necessário, até mesmo de força física para viabilizar a remoção? Pode! Inteligência do artigo 846, § 2º, do Código de Processo Civil.

Mas peraí: **isso é não é roubo**? Não? Por quê? O artigo 157 do Código Penal é claro: “subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”. Pode o CPC, de maneira genérica, pouco precisa, afastar uma conduta criminosa? Pode até ser que não, mas o Código Penal possui uma cláusula de exclusão (excludente de ilicitude): “Não há crime quando o agente pratica o fato: [...] III - em **estrito cumprimento de dever legal** ou no exercício regular de direito” (artigo 25).

Logo, o artigo 157 do Código Penal deixa de ser aplicado em razão de uma cláusula de exclusão. A mesma relação se verifica entre os artigos 121 (homicídio) ou 129 (lesão corporal) e o artigo 25 do Código Penal (legítima defesa).

**Colisão entre princípios:** a resolução se dá por **ponderação** (ou sopesamento). Não é possível considerar um princípio inválido quando ele colide com outro princípio – um deles deverá ceder (sem perder sua eficácia) para que o outro tenha precedência no caso concreto.

*O conflito entre **regras** se resolve na dimensão de **validade**, enquanto a colisão entre **princípios** se resolve na dimensão de **peso** e **importância**.*

Alexy apresenta como exemplo o famoso “**caso Lebach**”, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Imagine a cena: em 1970 houve um roubo de armas em que quatro soldados foram mortos enquanto dormiam. Os bandidos principais pegaram prisão perpétua; um cúmplice foi condenado a 6 anos de reclusão. Quando ele estava prestes a ser colocado em liberdade (em livramento condicional), um canal de televisão planejou exibir um programa contando toda a história do crime (inclusive com referência a nomes). Instaurou-se um conflito entre **direito de informação vs. ressocialização** do condenado. O Tribunal decidiu (em 1973) que não havia mais interesse atual de informação e, por isso, esse princípio deveria ceder à proteção da personalidade daquele que havia cumprido parte da pena e buscava se ressocializar.



CURIOSIDADE



Em 1996 a Alemanha teve seu “caso Lebach II”. Só que dessa vez a decisão foi diferente: o Tribunal considerou que, como no documentário não havia elementos para identificar os autores do crime, a exibição deveria ser autorizada. Assentou-se, na oportunidade, que direito abstrato de personalidade NÃO assegura aos criminosos um direito subjetivo a que a opinião pública não seja informada sobre fatos relevantes. A personalidade e a vida privada de autores de crimes estão protegidas de uma atenção midiática **temporalmente ilimitada**, mas isso não cria uma imunidade absoluta em relação a uma representação pública (indesejada).

E no Brasil? Tivemos o nosso “caso Lebach” também! O STJ condenou a Globo a indenizar réus absolvidos na **Chacina da Candelária** por tê-los incluído em programa que narrava os acontecidos. Ressaltou-se o direito ao esquecimento (REsp 1.334.097/RJ). E também tivemos um “caso Lebach II”. Os familiares de **Aida Curi** pediram indenização por ter a Globo exibido um programa recontando seu estupro e assassinato, ocorrido em 1958, fazendo-os reviver as dores e angústias. O STJ negou o pedido, ponderando que o documentário concentrou-se mais nos fatos do que na vítima e que não havia como, no contexto, deixar de referir o nome desta. Prevaleceu a informação (Resp. 1.335.153/RJ)<sup>28</sup>.



A propósito, em terras tupiniquins, tropicais, as contendas entre “princípios” costumam ser mais “quentes”. Dois exemplos: (a) “**caso Cicarelli**”: a moça foi filmada realizando atos libidinosos com o namorado em praia na Espanha (Ibiza) – o YouTube foi proibido de exibir o vídeo e o Google acabou condenado a pagar R\$ 1 milhão em indenizações (STJ, REsp 1.488.800); (b) “**caso Xuxa**”: a “rainha dos baixinhos” pretendeu que o Google não mais apresentasse qualquer resultado quando utilizada a expressão “Xuxa pedófila” no buscador – o STF decidiu que os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão: “não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação” (Rcl 15.955).

---

<sup>28</sup> Essa temática (memória x esquecimento) foi retratada de forma espetacular na série **Black Mirror**, mais especificamente no episódio 3 da primeira temporada: “*The Entire History of You*”. Muito legal.





| REGRAS                                                                                                                                                                                               | PRINCÍPIOS                                                                                                                                                                                                       |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| MENOR grau de <u>generalidade</u> : trazem determinações concretas para aplicar ao caso (são específicas)                                                                                            | MAIOR grau de generalidade: apontam uma direção, um norte, para resolver o caso (são mais amplos)                                                                                                                |
| Tudo ou nada. Seu conflito se resolve pelo critério de <b>validade</b> . Se não válidas devem ser aplicadas. Não há ponderação.                                                                      | Sua colisão se resolve pelo critério de <b>peso/importância</b> (ponderação). São <b>qualitativamente</b> superiores às regras.                                                                                  |
| Determinam (se válidas e não afastadas por cláusula de exceção) a consequência. Não há cumprimento parcial.                                                                                          | São mandados de otimização, aplicados em vários graus, conforme a possibilidade fática e jurídica (colisão com outros princípios).                                                                               |
| São comandos <b>definitivos</b> (deônticos - obrigatórios) que devem ser aplicados quando válidas e incidentes.                                                                                      | São comandos <i>prima facie</i> , podendo, mesmo que válidos, ceder total ou parcialmente em caso de colisão.                                                                                                    |
| Exemplo: art. 1º CP: " <i>não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal</i> ".<br><b>Apesar de ser chamado de princípio da anterioridade penal, é uma REGRA</b> | Exemplo: Art. 3º CF: " <i>Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária</i> ".<br><b>Implementação gradual (bemmm lenta)</b> |

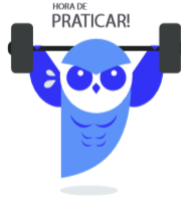


**Somente pode haver colisão entre princípios válidos.** O princípio da **discriminação racial** é inválido (extremamente injusto = NÃO é direito). Mesmo que seja incluído no ordenamento jurídico, deve ser afastado em todos os casos. Se pensarmos no *apartheid*, fica fácil. Mas e no caso das cotas raciais: são racismo ao inverso ou discriminação politicamente correta? **POLEMICA!!!**

Quer mais polêmica? **A dignidade humana é absoluta?** Para Alexy, NÃO! Exemplo: os detratores da prisão perpétua consideram-na atentatória à dignidade humana. No entanto, o Tribunal Constitucional Alemão ponderou que se a periculosidade



social do preso for efetivamente elevada, a proteção da comunidade deve prevalecer em face de sua dignidade individual.



**(CESPE - DPU - Defensor Público - 2015)** Com relação à filosofia do direito, julgue o próximo item.

Sendo fundamento da República Federativa do Brasil, conforme previsto na CF, o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana é considerado o mais importante de todos os princípios constantes no ordenamento jurídico brasileiro.

#### **Comentários**

NÃO se pode considerar um princípio como o mais importante. É **sempre necessário avaliar o caso concreto**. Até mesmo a dignidade humana pode ter de ceder, como no caso (na Alemanha) da prisão perpétua. **NÃO há hierarquia entre princípios**, mas ponderação (sopesamento) diante de situações concretas.

O item está **ERRADO**.

Por fim, você já deve ter percebido, mas não custa pontuar, que Alexy é um dos grandes nomes do **pós-positivismo**, cuja defesa ele faz em duas frentes: (a) teoria da **argumentação**; e (b) **pretensão de correção moral** do ordenamento.

Quanto ao primeiro aspecto, nosso querido alemão defende que a argumentação moral é **gênero**, do qual a argumentação jurídica é **espécie**. As regras especiais presentes nos discursos jurídicos são complementadas supletivamente pelas regras advindas dos discursos morais.

Já quanto ao sistema jurídico, este mantém intrínseca relação com a moral e, por conseguinte, com a justiça, de sorte que **as normas injustas perdem seu caráter jurídico**. Do contrário, qual seria a diferença entre as normas estatais e as regras estabelecidas por uma associação criminosa? Os sistemas jurídicos que não formulam a pretensão de correção não são sistemas jurídicos, pois incorrem em uma incoerência performativa: a legitimidade das emanações estatais baseia-se na crença de que são corretas ou, pelo menos, buscam atingir a correção. Se uma norma é promulgada sem essa pretensão, ela mesma é contraditória, derruindo as engrenagens do sistema que a sustenta.

Evidentemente, essa visão não se colocou imune a críticas.



Há quem diga que tal linha de pensamento se funda na percepção de que não há ação do homem que escape às regras morais; **não há campo residual vazio em que possa se construir unicamente a obrigação jurídica**. Em verdade, não há simbiose: o direito e a moral NÃO têm campos de competência distintos, mas um único campo, com superioridade, em havendo conflito, da ordem moral em relação à lei.

Habermas, malgrado também defenda uma relação umbilical entre direito e moral, aduz que acaso aceita a tese alexyana, o direito estaria subordinado à moral, o que, em sede de um pensamento pós-metafísico, significaria um retrocesso, máxime por remontar a uma concepção jusnaturalista.

E você, o que pensa a respeito? Não é fácil estar entre os grandes, né? Quando achamos que encontramos um pensamento perfeito, vem um bombardeio de críticas do outro lado. A filosofia jurídica não é para os fracos...

## 6 QUESTÕES



### 6.1 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 majorias.

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, conseqüentemente, 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. Conseqüentemente, 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.



## 6.2 GABARITO

GABARITO



|           |
|-----------|
| Q1. B     |
| Q2. B     |
| Q3. D     |
| Q4. CERTO |
| Q5. E     |
| Q6. A     |
| Q7. B     |
| Q8. CERTO |
| Q9. CERTO |
| Q10. C    |



## 6.3 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 majorias.

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, conseqüentemente, 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. Conseqüentemente, 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 de 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.

## 7 RESUMO



RESUMINDO

|             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|-------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 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 <b>igualdade</b> em condições de isonomia. (A) <u>justiça particular comutativa ou corretiva</u> : entre particulares, em que os ganhos e perdas devem ser iguais. (B) <u>justiça particular distributiva</u> : entre a sociedade e particulares, mediante distribuição social dos bens com proporcionalidade. (C) <u>justiça universal</u> = envolve o todo, ou seja, a moralidade a legislação e toda comunidade por ela protegida. Para fechar a teoria, há ainda de se observar a <b>equidade</b> , que é a avaliação do justo no caso <i>concreto</i> , visto que a lei possui um caráter geral e abstrato – correção dos rigores da lei ( <b>régua de Lesbos</b> ). |





|                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|----------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Santo Agostinho      | Agostinho distingue dois reinos: <i>civitas Dei</i> (cidade de Deus) e <i>civitas terrea</i> (cidade terrena – onde predomina o pecado). A única maneira 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 <b>eterna</b> = vinda diretamente de Deus para reger o Universo; (2) Lei <b>natural</b> = 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 <b>humana</b> (positiva) = lei criada pelo homem para governar questões cotidianas e viabilizar o funcionamento das comunidades (regulamenta e integra a lei natural). |
| Thomas Hobbes        | No Estado de natureza o homem vive uma <u>guerra de todos contra todos</u> . Pelo contrato social, o homem abdica do direito de violência e confere poder absoluto para o governante manter a paz, criando-se o <b>Levitã</b> (poder visível, gigantesco homem artificial, para proteção da sociedade).                                                                                                                                                       |
| John Locke           | Ao ingressar em sociedade o homem NÃO confere poderes absolutos ao soberano, apenas substitui uma liberdade anárquica por uma liberdade racional (mais segura). O contrato social visa à defesa da <b>vida, da liberdade e da propriedade</b> – direitos naturais que <u>estão acima do Estado</u> , e que se forem desrespeitados dão ensejo ao direito de resistência.                                                                                      |
| Jean-Jackes Rousseau | A criação da propriedade dividiu os homens em proprietários e sem propriedade, afetando a compaixão natural e transformando o desejo de autopreservação em desejo de posses e orgulho autodestrutivo. O contrato social busca <b>restaurar a igualdade sem prejuízo da liberdade</b> . A sociedade, guiada pela vontade geral, pode ser moldada pela ação política para ser mais justa.                                                                       |
| 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).                                                                                                                                                                                                                  |
| Jeremy Bentham       | 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)).                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| Gustav Radbruch      | O direito deve se nortear pela proteção de TRÊS valores fundamentais: o bem comum, a segurança jurídica e a justiça. As leis devem ter como finalidade o bem comum, de modo que levem à justiça + mesmo as más leis devem ser respeitadas em vista da segurança jurídica. Mas o direito <i>extremamente</i> injusto perde a qualidade de direito. A ideia de direito não pode ser diferente da ideia de justiça.                                              |
| Chaïm Perelman       | As verdades são socialmente construídas (teoria da argumentação). A plausibilidade de uma argumentação (fundamentação da decisão) e sua razoabilidade são mais importantes para o julgador do que o silogismo, até porque o julgador tem o ônus de convencer: as partes, os profissionais do direito e a opinião pública.                                                                                                                                     |



|                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|----------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Herbert Hart   | Em caso de omissão na lei ou <i>hard cases</i> (aqueles em que as respostas não são fáceis ou mesmo não parece haver uma resposta certa), o juiz exerce inteira discricionariedade. Nesses casos, o juiz cria e recria o direito.                                                                                                                                                                     |
| Ronald Dworkin | Mesmo em <i>hard cases</i> , o juiz não tem discricionariedade. Ele deve resolver o caso de maneira correta mediante a aplicação de princípios, que vinculam a dados constantes do ordenamento jurídico.                                                                                                                                                                                              |
| Robert Alexy   | Os princípios e as regras podem ser diferenciados, especialmente no aspecto qualitativo (tese forte), em razão de alguns critérios: as <b>regras</b> têm menor grau de generalidade, se aplicam por tudo ou nada e são comandos deônticos; os <b>princípios</b> tem maior grau de generalidade, sua colisão é resolvida por ponderação, são mandamentos de otimização e comandos <i>prima facie</i> . |

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegamos ao final desse encontro... Não vejo melhor maneira de encerrá-la do que com a transcrição de uma das minhas cenas prediletas de todos os tempos<sup>29</sup>: o diálogo entre Morpheu e Neo no filme **Matrix** (claro que é o primeiro, né?!), em que é oferecida a pílula da verdade.

*"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*

---

<sup>29</sup> Já citei ela alhures. Se não conferiu, não perca: <https://goo.gl/Z8DiBK>.



*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.

E agora que já sabe como será desenvolvido o nosso trabalho (como serão apresentados os conteúdos) ao longo do Curso, **CONVIDO** a todos, mais uma vez, a vir conosco nessa caminhada árdua, mas gratificante (espero torná-la menos árdua e mais gratificante). Aguardo os amigos e amigas na próxima aula. Até lá!

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.

Jean Vilbert



# 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.