



FILOSOFIA DO DIREITO

Professora Elisabete Mariucci Lopes



RESUMO PARA PROVAS DA OAB

Origem da Filosofia

Preocupação com a Cosmologia: estudo da origem das coisas do mundo.

Muito ligada a **physis**, isto é, à natureza:

- buscava entender a relação dos homens com os deuses;
- o funcionamento do mundo;
- o ciclo da vida;
- estando muito próxima da ciência

Os Pré Socráticos

Acreditavam que a **origem das coisas vinha da physis** (os quatro elementos naturais - fogo, ar, água e terra).

Divergiam entre si, Tales de Mileto acreditava que as coisas vieram da água, Anaxímenes, pelo ar, por exemplo.

Sofistas

Sofistas: grandes construtores da **prática democrática ateniense** (direta).

Eles ensinavam a boa **retórica** aos cidadãos atenienses. Ensinavam a argumentar e formavam a elite ateniense. Não eram de Atenas e eram conhecidos como “**os vendilhões do saber**”.

Principais Sofistas: Protágoras, Górgias, Pródico, Hípias

Protágoras de Abdera = para ele a verdade era uma construção humana.

Aponta a Justiça como uma convenção. São os homens que a constroem. Se pautam no convencimento da maioria.

Importância: o conceito de justiça nasce da especulação dos sofistas que deixam de se preocupar com os fenômenos da natureza e passam a tratar das coisas humanas, atingindo o direito.

Para eles de um lado há o direito natural e de outro o estabelecido pelas convenções humanas (direito positivo) e negavam o direito positivo acreditando que restringiam indevidamente a natureza.

Sócrates e os Sofistas

Sócrates: negava os sofistas como filósofos, pois para ele os sofistas não se apegavam às ideias, mas somente à retórica.

Para ele o justo deve estar associado ao que é legal, sendo justo o que está de acordo com as leis da cidade.

Ideia Sócrática de Justiça: respeito e obediência às leis

Pregava o amor ao saber, devendo buscar o fundamento das ideias e dos conceitos.

Considera que o justo não é uma imposição de alguns contra os outros, nem da maioria, nem do mais forte.

Para ele, a democracia, só pelo simples ato de vontade da maioria não faz a boa lei nem faz o justo. Ele buscava extrair a ideia do justo por meio da razão.

Execução de Sócrates

<https://www.conjur.com.br/2019-jan-26/diario-classe-dialogo-criton-platao-arduo-combate-ativismo-judicial>

“Sócrates, na cadeia, aguarda a execução da sentença condenatória. Enquanto isso, Críton e outros amigos de Sócrates tentaram lhe persuadir para que ele fugisse. Entretanto, Sócrates se manteve firme no seu proceder, afirmando que obedeceria às leis e à cidade, mesmo discordando da justiça da decisão.

Críton faz uso de três argumentos para persuadir Sócrates a fugir da cadeia, a saber: primeiro, Sócrates é um amigo sem igual para ele;

segundo, a reputação de Críton será maculada, pois o povo comentará que este tinha condições de providenciar a fuga de Sócrates, mas preferiu poupar seu dinheiro em vez de salvar seu amigo; por fim,

tendo esposa e filhos para criar e, mesmo assim, escolhendo cumprir a pena de morte quando poderia fugir, Sócrates opta por abandonar sua família.

Contra o argumento de que a reputação dos seus amigos será maculada, Sócrates diz que não é a toda opinião que se deve prestar atenção, mas somente à opinião qualificada.

Para demonstrar isso, cita o exemplo de um atleta e de seu técnico, em que questiona se, para cuidar do corpo, o atleta deve obedecer ao técnico ou à opinião da multidão. A partir disso, faz uma analogia às leis e à cidade, pois elas representam a opinião qualificada sobre a justiça (mesmo que, aparentemente, injustas) e, se é o corpo do atleta que pagará pela desobediência às ordens do técnico, será a alma de Sócrates que sofrerá os prejuízos do descumprimento das leis humanas no Hades.”

Platão – 428 – 347 a. C

- Mais importante aluno de Sócrates
- Obras: Diálogos, “A República”, “O Mito da Caverna”
- Prega a dialética (atrito de entendimentos para que, ao final, numa espécie de salto, chegue-se à verdade. Deve-se compreender a essência para depois aplicar a ideia na realidade
- Para ele o “direito injusto não é direito”. Ele não é um juspositivista que cuida somente da lei, deixando de lado outras questões. Para ele foi o juspositivismo que matou Sócrates.

Justiça de Platão é a justiça social: não há homem justo numa sociedade injusta, porque a medida da justiça é social que deve se preocupar com a educação (paideia).

- Pela educação é que há de se revelar o sábio, o filósofo. Esse é o homem justo, e, portanto, é ele que deverá se tornar legislador. A medida do justo está na pólis.
- Para ele a cidade é o espelho do homem, pois a cidade é uma reprodução aumentada da alma humana.
- A virtude da justiça é encontrada numa cidade ideal e num homem bom
- Para ele o justo é dar a cada um aquilo que é seu ou fazer cada um o seu de acordo com a posição que o indivíduo ocupa na sociedade.
- Cada um deve exercer o ofício para o qual possui aptidão.

Ex.: os corajosos devem ser soldados; os sábios devem ser filósofos

Aristóteles (384 – 322 a.C)

Mais ponderado e de maior contato com a realidade que Platão é menos visionário que seu mestre.

Estrangeiro em Atenas tinha pouco contato com a política.

Sistematizou filosoficamente a justiça em sentido universal (lato) e sentido particular (estrito).

Universal: a lei somente é justa em razão de seu conteúdo (deve ser materialmente justa e não apenas formalmente válida).

A justiça está todas as demais virtudes, como na caridade, na paciência, motivo pelo qual é universal.

A lei é regra de conduta necessariamente dotada de moralidade (podendo ser um costume ou norma estatal).

Assim a justiça universal está mais relacionada com a virtude e com a moral

A justiça particular pode ser dividida entre **distributiva, corretiva e de reciprocidade**. De toda forma, a justiça, para ele, é uma ação.

Distributiva: distribuição de bens e direitos entre os cidadãos de uma comunidade política, para distribuir partes iguais para pessoas iguais e partes desiguais para pessoas desiguais. Dar a cada um o que é seu. Essa é a regra de ouro sobre o justo que demanda uma ação de distribuição, motivo pelo qual se fala em **justiça distributiva**. **Distribuir os bens e os cargos públicos entre os cidadão que compartilham da vida em comunidade.**

Corretiva ou Comutativa: também chamada de diortótica. A justiça é tratada como uma reparação do quinhão que foi, voluntariamente ou involuntariamente, subtraído. É a justiça das relações privadas

Reciprocidade: aplicação mais importante nos casos de produção (trocas entre sapateiros, pedreiros, médicos, uns com os outros). Para ele o dinheiro faz o papel de uma equivalência universal entre produtos e serviços, possibilitando a reciprocidade entre os elementos.

A justiça particular pode ser dividida entre **distributiva, corretiva e de reciprocidade**. De toda forma, a justiça, para ele, é uma ação.

Distributiva:

Distribuição de bens e direitos entre os cidadãos de uma comunidade política, para distribuir partes iguais para pessoas iguais e partes desiguais para pessoas desiguais.

Dar a cada um o que é seu. Essa é a regra de ouro sobre o justo que demanda uma ação de distribuição, motivo pelo qual se fala em **justiça distributiva**. **Distribuir os bens e os cargos públicos entre os cidadão que compartilham da vida em comunidade.**

Equidade: Acima da justiça da lei, há a justiça do caso, do bom julgamento de cada caso concreto.

A equidade demanda do jurista uma flexibilidade, devendo se atentar para as especificidades de cada caso concreto. O direito natural complementa o direito positivo e seu pensamento é construído com base na prudência (phronêsis) que é a prudência da prática.

Um exemplo do critério de justiça como virtude do meio está na ação de um soldado que em uma batalha não deverá ser inconstante (enfrentando o exército inimigo sozinho) ou covarde (deixando seus companheiros), mas sim corajoso enfrentando ao lado de seus companheiros a batalha.



Epicurismo – Epicuro de Samos (341 – 270 a. C)

Orientação maior: busca do prazer não apenas pela mundanidade (bebida, mulheres, gozo e alegria), mas sim na sua aceção de negação (ausência de perturbação e de dor).

O prazer é tanto do corpo quanto da alma. A noção de justiça se baseia em uma vida plena e prazerosa dos indivíduos que conduz a que não se dominem reciprocamente.

O justo é agir conforme o bem do outro, uma espécie de princípio da solidariedade. É não prejudicar e nem ser prejudicado.

Estoicismo

Zenão de Citium (336 a 264 a. C); Cícero (106 a 43 a. C)

É bastante aproveitado na filosofia do Direito.

“A justiça é anterior às leis positivas” (direito natural)

“Sábio é aquele que vive de acordo com as leis da natureza”.

“O dever como hábito gera virtude. Para isso é preciso afastar as paixões que desviam a alma do dever.”

O justo não tem fronteiras. Há um rol de normas válidas para todo o universo. Todos são cidadãos do mundo. O direito justo é cosmopolita.

O Cristianismo

Fundamento: vida e exemplo de Jesus Cristo

A fé, e não a razão, passa a ser a base do mundo cristão.

Fé no revelado e não na realidade, ou seja, crença na verdade que vem de uma esfera extra humana, esvaziando o problema social e a ação no mundo. Dentre outão eles:

- Santo Agostinho
- São Tomás de Aquino

Santo Agostinho

constituiu o fundamento da filosofia medieval de direito e de justiça

“Não é pela atitude dos atos que se mede a justiça, e sim pela fé em Deus e pela conseqüente graça de Deus para com os salvos.”

Ao homem cabe a submissão a Deus.

Obra: A Cidade de Deus.

Pensa o Direito e a Justiça a partir de Deus

Só a lei eterna, a lei que é razão e vontade de Deus é de fato justa

As leis naturais são reflexos das leis eternas.

As leis humanas devem se conformar às leis cristãs, como:

“amarás a Deus com toda a tua alma e a teu próximo como a ti mesmo”

São Tomás de Aquino

A razão é relevante.

A natureza é criação de Deus mas são passíveis do conhecimento humano.

A lei natural não é conhecida só pelos crentes.

Qualquer ser humano, pela sua participação na natureza, dela pode extrair a lei natural.

Resgata as ideias de Aristóteles sobre justiça. Trata também da justiça universal a que chama de legal, bem como da justiça particular

Universal: para promover o bem comum

Particular: regula as relações pessoais, sejam na comunidade (distributiva) ou entre indivíduos (comutativa)

Para viver em sociedade deve haver distribuição de recursos.

Renascimento - Nicolau Maquiavel (1469 a 1527)

O Príncipe

renascer as ideias dos antigos filósofos que foram sufocadas pelo cristianismo)

Separa a política da moral

Para ele é verdade que o destino (fortuna) influencie a vida social, mas não nega o espaço da ação política, associando virtú e fortuna. A ordem social e o bom governo são seus objetivos.

O absolutismo, lastreado numa teoria do poder divino, representa uma solução política-jurídica original lastreada em uma longa trajetória de apoio filosófico.

Reforça o poder soberano do Estado

O Contratualismo

Pressupunha acordo de vontades como fundamento de uma sociedade política moderna.

Thomas Hobbes (1588-1679)

John Locke (1632-1704)

Jean Jacques Rousseau (1712-1778)

Hobbes (1588-1679) – “o homem é o lobo do próprio homem” - *Homo hominis lupus*

É necessário existir um poder que esteja acima das pessoas individualmente para que o estado de guerra seja controlado, isto é, para que o instinto destrutivo do homem seja dominado.

O Estado surge como forma de controlar os "instintos de lobo" que existem no ser humano e, assim, garantir a preservação da vida das pessoas.

Para que isso aconteça, é necessário que o soberano tenha amplos poderes sobre os súditos.

Os cidadãos devem transferir o seu poder ao governante, que irá agir como soberano absoluto a fim de manter a ordem – Teoria da Soberania Alienável do Povo

Q Estado existe não porque o homem é o lobo do homem, mas em função da necessidade de existir uma instância acima do julgamento parcial de cada cidadão, de acordo com os seus interesses.

Os cidadãos livremente escolhem o seu governante, delegando-lhe poder para conduzir o Estado, a fim de garantir os direitos essenciais expressos no pacto social.

John Locke (1632-1704) O Estado deve preservar o direito à liberdade e à propriedade privada.

As leis devem ser expressão da vontade da assembleia e não fruto da vontade de um soberano.

Locke é um opositor ferrenho da tirania e do absolutismo, colocando-se contra toda tese que defenda a ideia de um poder inato dos governantes, ou seja, de pessoas que já nascem com o poder (por exemplo, a monarquia).

Rousseau (1712-1778) Considera que o ser humano é essencialmente bom, porém, a sociedade o corrompe. Ele considera que o povo tem a soberania.

Todo o poder emana (tem sua origem) do povo e, em seu nome, deve ser exercido.

O governante nada mais é do que o representante do povo, ou seja, recebe uma delegação para exercer o poder em nome do povo.

Rousseau defende que o Estado se origina de um pacto formado entre os cidadãos livres que renunciam à sua vontade individual para garantir a realização da vontade geral.

Um tema muito interessante no pensamento político de Rousseau é a questão da democracia direta e da democracia representativa. A democracia direta supõe a participação de todo o povo na hora de tomar uma decisão.

A democracia representativa supõe a escolha de pessoas para agirem em nome de toda a população no processo de gerenciamento das atividades comuns do Estado.

“Há muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral, esta olha apenas o interesse comum, a outra olha o interesse privado e é só uma soma de vontades particulares; mas ao retirar dessas vontades os mais e os menos que aí se introduzem, a soma das diferenças é a vontade geral.”

Assim a vontade geral não é simplesmente a vontade da maioria, mas sim uma vontade cuja natureza é um moral comum a todos. Uma lei só será justa se for resultado da vontade geral (resultado da vontade ética do povo, e não da vontade de um monarca absoluto).

Montesquieu

O Estado deveria se submeter às leis, e assim evitar o arbítrio

Tema Central: tripartição de poderes, a qual busca reduzir o abuso do poder e a concentração da atividade legislativa, judicante e executiva.

O Idealismo

Immanuel Kant – Alemanha – 1724

Principais obras são as seguintes:

- (a) Fundamentos da metafísica dos costumes;
- (b) Crítica da razão pura;
- (c) Crítica da razão prática;
- (d) Crítica do juízo;
- (e) Sobre a paz perpétua.

Com isso se quer afirmar que grande parte da sua tarefa filosófica foi em torno do conhecimento humano, tentando distinguir a *vontade de conhecimento* e de *sentimento*, e perceber os limites existentes entre tais pontos.

Nem só razão e nem só experiência. O conhecimento só é possível na medida que se relacionam *condições materiais de conhecimento advindas da experiência*

("o que os sentidos percebem") com *condições formais de conhecimento*

("o que a razão faz com que os sentidos percebam").

Trata-se da razão prática devendo distinguir dever e moralidade.

A moralidade não é apenas o cumprimento do dever. Ela se mede pelo seu resultado. A boa vontade é o eixo instituidor da moralidade.

A significação moral do comportamento não reside em resultados externos, mas na pureza da vontade e na honestidade dos propósitos do agente considerado.

Afere-se a moralidade de um ato a partir do foro íntimo da pessoa.

Já a compatibilidade externa entre a conduta e a norma é mera legalidade, sem repercussão no valor ético da ação.

Toda a responsabilidade ética está depositada na consciência individual, encontrando na idéia do dever-pelo-dever (imperativo categórico).

Este é o pilar sobre o qual se faz assentar todo o fundamento do agir ético.

A coação é um remédio contra a não liberdade, para garantir a liberdade.

O conceito de Justiça está relacionado ao agir de forma a conviver com a liberdade dos outros. Agir assim é atuar de forma justa. Injusto é a ação do outro que me impede de praticar minha liberdade.

“Uma ação é justa quando, por meio dela, ou segundo sua máxima, a liberdade do arbítrio de um pode continuar com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal” (KANT, 2003, p. 407).

O Direito Natural básico do ser humano é a liberdade.

Todos os outros direitos naturais, tais como igualdade e propriedade, derivam dela.

Não há direito natural como regra tirada da natureza.

O direito positivo não encontra seu fundamento de validade última em si mesmo ou no arbítrio do legislador, mas na razão, ou em última palavra, na liberdade, o único direito natural.

O que legitima a atividade do legislador é justamente a sua obediência ao direito natural do homem, à liberdade.

“O direito estrito fundamenta-se sem dúvida na consciência da obrigação de cada um adequar-se à lei; (...) esse direito apóia-se unicamente sobre o princípio da possibilidade de uma coerção externa que possa coexistir com a liberdade de cada um, segundo as leis gerais

A moral é dotada de autonomia = posta pelo próprio indivíduo

Direito é dotado de heteronomia = normas jurídicas não estão submetidas à vontade do indivíduo. Elas se encontram objetivamente diante dele. São postas pela sociedade como um todo.

O Direito e a moral se diferenciam pela coercitividade.

Hegel – filósofo alemão

Superou o jusnaturalismo.

A legitimidade do Estado está acima dos preceitos morais ou racionais individuais.

O Estado e seu direito positivo suplantam os direitos naturais.

O nazismo e o fascismo foram seus mais extremados exemplos.

O Direito em Marx e Engels

Marx: O Direito se constitui pela necessidade histórica de as relações produtivas capitalistas estabelecerem determinadas instâncias que possibilitem a própria reprodução do sistema. Estabelece associação entre direito e estrutura do capitalismo.

Engels: era necessária a luta pelo direito dos trabalhadores. O proletariado precisa superar os limites jurídicos da luta.

Norberto Bobbio

Tema Central: **Teoria Geral do Direito de acordo com o positivismo**

Obras:

a) Teoria da Norma Jurídica (justiça, validade e eficácia)

b) Teoria do Ordenamento Jurídico (busca construir uma ciência sistemática do direito, cuidando de problemas como unidade e coerência)

Esses problemas devem ser resolvidos com base na lei fundamental, vez que para pertencer ao sistema toda norma deve ser compatível com a norma fundamental.

Lacunas podem ser

a) reais ou próprias: simplesmente falta uma norma jurídica

b) ideológicas ou impróprias: ligadas a discussão sobre a justiça do ordenamento jurídico. Surge no momento em que se compara o ordenamento jurídico desejável e o

positivado, de modo que todo ordenamento jurídico positivo possui lacunas ideológicas. Supostamente apenas o direito natural estaria isento

Lacunas podem ser:

a) Subjetivas: dependem do legislador. Podem ser voluntárias (de propósito) ou involuntárias (por distração)

b) Objetivas: dependem do desenvolvimento das relações sociais, das novas invenções

Diante das lacunas há o problema da integração do Direito

Como se pode preencher as lacunas?

O Ordenamento Jurídico deve ter:

unidade, coerência e completude

Para resolver as lacunas:

Heterointegração: pela análise de outros ordenamentos jurídicos anteriores ou contemporâneos, ou de outras fontes que não a lei (costumes e doutrina).

Autointegração: solução no próprio ordenamento jurídico pátrio, fazendo uso de recursos como a analogia ou dos princípios gerais do direito.

antinomias: quando existem duas normas com comandos contrários

(para que haja antinomia é necessário que as duas normas pertençam ao mesmo ordenamento e que as duas normas devam ter o mesmo âmbito de validade: temporal, espacial, pessoal e material).

Jeremy Bentham

O Utilitarismo

O ser humano é conduzido pelo prazer e pela dor, de modo que as decisões pessoais e públicas devem ser tomadas à luz do princípio da utilidade que consiste em buscar o maior prazer para o maior número de pessoas, com a menor quantidade de dor.

A lei será justa quando promover o bem estar e a felicidade ao maior número possível de pessoas.

“Uma ação está em conformidade com a utilidade quando a tendência que ela tem a aumentar a felicidade for maior de que qualquer tendência que tenha a diminuí-la.”
(cf. André Gualtieri de Oliveira)

O ser humano é conduzido pelo prazer e pela dor, de modo que as decisões pessoais e públicas devem ser tomadas à luz do princípio da utilidade que consiste em buscar o maior prazer para o maior número de pessoas, com a menor quantidade de dor.

Obra: *Princípios da Moral e da Legislação* em relação a aplicação das penas.

A pena seria um mal, mas seria admissível para evitar um mal maior, ou seja, em prol da coletividade.

Há 4 motivos para não se aplicar uma pena:

- Caso uma pena seja mais gravosa do que o ato que a motivou (desproporção)
- A ausência de motivo, porque o ato não foi prejudicial;
- A ineficácia da punição, pois ela não evita o prejuízo que já foi cometido;
- A desnecessidade da punição, pois o prejuízo cessa por si mesmo.

Características do Utilitarismo:

Mecanicista: O utilitarismo surgiu no século XIX, período de forte influência de concepções de ciências naturais sobre as ciências humanas. Buscava-se estabelecer na filosofia o mesmo rigor da matemática e da física. O princípio da utilidade é baseado no elemento presente em todas as pessoas, a busca pelo bem estar, a partir do qual os utilitaristas julgam que podem chegar ao princípio básico das relações humanas e, vez que as relações humanas são regidas por utilidades e não por convenções.

Fatalismo: o homem busca o prazer e evita a dor

Antifundacionalista: não é possível fundar o conhecimento em supostas verdades racionais, mas somente a partir da generalização da experiência e não porque somos capazes, através da razão, de chegar à verdade.

John Stuart Mill (1806-1873)

Também defende o UTILITARISMO e trata da TIRANIA DA MAIORIA

«Tal como outras tiranias, a tirania da maioria foi a princípio, e ainda é vulgarmente, mantida através do medo, operando sobretudo através dos actos das autoridades públicas. Contudo, reflectindo, as pessoas perceberam que quando a sociedade é ela mesma o tirano – a sociedade colectivamente, acima dos indivíduos separados que a compõem – os seus meios de tyrannizar não são restritos aos actos que ela pode fazer pelas mãos dos seus funcionários políticos. A sociedade pode executar, e executa de facto, os seus próprios mandatos: e se ela estabelece mandatos errados e não certos, ou quaisquer mandatos em coisas nas quais não se deveria intrometer, ela pratica uma tirania social mais formidável do que qualquer tipo de opressão política, na medida em que, embora não sustentada usualmente por tais penalidades extremas, deixa menos meios de escape, penetrando muito mais profundamente nos detalhes da vida e escravizando a própria alma» (Mill, 1998: 8-9).

Defende que as preferências, práticas e gostos de um indivíduo não podem sofrer restrição se seus efeitos se limitarem à própria esfera individual.

O indivíduo deve ser protegido não somente em relação ao Estado, mas também em relação a vontade da maioria da sociedade.

É fundamento para as democracias liberais modernas que defendem o homossexualismo, por exemplo (punido na Inglaterra até o século XX).

Positivismo

A capacidade racional é limitada pela experiência, sua repercussão no universo jurídico culminou com a valorização da norma jurídica positiva, entre detrimento ao direito natural.

Hans Kelsen: uma das teorias mais influentes do Direito. Jurista austríaco.

Estuda a norma jurídica e sua estrutura formal e não o seu conteúdo, pois o conteúdo das normas jurídicas varia de acordo com a localidade.

Extirpava a moral do direito para obter sua natureza científica, técnico-normativa, ou seja, rejeita qualquer teoria do direito pautada na noção de justiça.

Justiça possui valor relativo e não um valor científico, motivo pelo qual não pode ser ciência do direito.

Deste modo, sua teoria busca fundamentar a validade do ordenamento jurídico, partindo da norma hierarquicamente superior, e fundamentando a própria constituição na norma hipotética fundamental a qual garante o seu fundamento de validade.

A capacidade racional é limitada pela experiência, sua repercussão no universo jurídico culminou com a valorização da norma jurídica positiva, entre detrimento ao direito natural.

Rudolf Von Ihering: o objetivo do direito é a paz, cuja conquista decorre da luta tanto em uma perspectiva coletiva quanto individual.

Livro: A Luta pelo Direito = a paz é o fim a que o Direito tem em vista, a luta é o meio de que serve para atingir a esse fim.

O Direito deve ser pensado como um fato social, decorrente de relações reais entre indivíduos.

O Direito não deve ser compreendido a luz da razão, mas sim do fato real. O direito é uma força viva, nasce de ações de pessoas reais com fatos reais.

Se diz: “o antiformalismo de Ihering”

Positivismo - Miguel Reale

Teoria tridimensional do Direito

Busca assimilar o Direito em sua complexidade, afastando o pensamento reducionista do Direito, que associa o estudo do Direito apenas a norma jurídica.

O fenômeno jurídico seria composto por três elementos: fato, valor e norma, os quais devem ser considerados no ato da interpretação.

Positivismo - Miguel Reale



Após a edição de uma norma jurídica, novos fatos e novos valores interagem com ela se desdobrando em novas interpretações.

Valores não querem dizer algo necessariamente positivo, podendo até mesmo ser maus valores ou inapropriados vez que dependem do local e da cultura.

Herbert Hart – Inglês, 1907

Positivismo inclusivo ou *soft positivism*.

Deve-se observar o modelo positivista a partir de três teses principais:

1. A tese das fontes sociais: a existência do Direito é definida pelas práticas sociais complexas e que estipulavam a formação das fontes sociais do Direito.
2. A tese da separação conceitual: as conexões entre direito e a moral são contingentes.
3. A tese da discricionariedade judicial: baseada na questão da textura aberta da linguagem, e em particular, da linguagem jurídica que mantém normas jurídicas com termos genéricos, vagos e controvertidos.

Fontes: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9849 e <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/modelo-de-positivismo-juridico-pensamento-de-herbert-hart>

Para ele, serão os juízes em última instância que definirão o alcance e significado da norma jurídica culpável, por isso Hart foi tido como um “jurista antidemocrático”. Se defendendo alegou que nenhum jurista pode negar que nas democracias atuais, as faculdades normativas não são exercidas só pelo Poder Legislativo e, ainda aponta ser menos custoso para coesão social e para a democracia a resolução com base na discricionariedade judicial, que não dar nenhuma solução do caso concreto proposto.

Hart não aceita a legalização da moral, porque existem limites de intervenção da moralidade nas ações privadas e não nega que os sistemas jurídicos contemporâneos são complexos e que positivaram princípios e valores morais que têm transcendência no que é o direito válido, uma vez que acrescentam dimensões éticas novas e mais intrincadas aos processos jurídicos de tomada de decisões.

Fontes: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9849

<https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/modelo-de-positivismo-juridico-pensamento-de-herbert-hart>

Classifica as regras em primárias e secundárias

Primárias: impõem restrições ao uso da violência, ao roubo e fraudes em geral. São aquelas que possibilitam a vida em sociedade e são encontradas em todas as sociedades primitivas.

Secundárias: são as que tratam das primárias, ou seja, como podem ser criadas, revogadas, alteradas, etc. Se dividindo em 3:

A) regras de reconhecimento: determina as características de validade de uma norma

B) regras de alteração: determina quem possui competência para introduzir novas regras

C) regras de adjudicação: conferem jurisdição a um indivíduo ou a um grupo para que possam decidir (Estado juiz)

Defende um conteúdo mínimo de direito natural, sem o qual o Direito não seria capaz de cumprir seu papel de regular o funcionamento da sociedade e de garantir sua existência.

Positivismo Ético - Século XX
ou Pós Positivismo

Rompimento com a ideia de que qualquer conteúdo positivado pode ser expressão do direito.

São várias teorias que rejeitam o positivismo, mas com algumas características em comum:

A) ideia de moral e de justiça pertencem ao direito e não somente o direito posto

B) não há separação entre direito, moral e política (existe articulação)

C) os princípios são fundamentais para aplicação do direito

D) não são nem jusnaturalistas, pois preocupam-se com a realidade jurídica, nem positivistas porque preocupam-se com a justiça.

Cf. André Gualtier de Oliveira, in Filosofia do Direito, 1ª FASE OAB, 2019, Saraiva

- John Rawls

- Ronald Dworkin

- Robert Alexy

- Habermas

Reintroduzem a moral no campo jurídico.

Ronald Dworkin

- Filósofo e jurista norte americano (1931 – 2013)

Obra "Levando os Direitos a Sério"

O defeito do positivismo jurídico é pensar apenas em regras.

Há diferença entre regras, princípios e políticas.

Políticas são normas que estabelecem objetivos a serem alcançados.

Princípios são as normas cuja observância corresponde a uma exigência de justiça, de equidade ou de outra dimensão de moral. Ex.: ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza.

Cf. André Gualtier de Oliveira, in Filosofia do Direito, 1ª FASE OAB, 2019, Saraiva

A teoria geral de direito deve conter:

- teoria da legislação
- teoria da decisão judicial e
- teoria da observância da lei
 - Teoria da legislação: legitimidade para fazer as leis, tipos de leis.
 - Teoria da decisão judicial: estabelece padrões que os juízes devem utilizar para decidir os casos difíceis, bem como quando os juízes poderão se valer da teoria da controvérsia.
 - Teoria da observância das leis:

(i) necessidade de respeito à lei (natureza e os limites do dever do cidadão de obedecer a lei e

(ii) execução da lei, que identifique os objetivos da aplicação e da punição, devendo descrever como os representantes públicos devem reagir às diferentes categorias de crimes e infrações

Identificou duas teorias da igualdade distributiva:

- igualdade de bem estar: supõe escolha política para o bem de todos e invadindo a liberdade individual

- igualdade de recursos

Positivismo Ético - Século XX ou Pós Positivismo

Habermas: o agir comunicativo

Um dos mais influentes intelectuais públicos contemporâneos

Retorno à confiança na razão

Espera que conceitos de justiça ou liberdade possam ser aplicados tanto globalmente ou em uma dada sociedade desde que incorporadas em instituições solidamente democráticas.

Meio: ação comunicativa, cuja força coercitiva e legítima é o direito.

A ação comunicativa pressupõe o diálogo, a crítica e o contraste das ideias. Nem sempre será consensual, mas chegará a resultado acordado entre os interlocutores.

- Em seu projeto político o direito é elemento fundamental, vez que é o *locus* privilegiado do agir comunicativo superior, garantidor da democracia, da liberdade e da interação igualitária.

Negligenciar ou se omitir de debates sobre questões de interesse público são riscos para a concretização da justiça almejada.

Fonte: <https://ensaiosnotas.com/2016/08/03/habermas-e-o-direito/>

Gustav Radbruch – Alemão (1878-1949)

Em 1945, logo após o fim da Segunda Guerra Mundial, o jurista alemão distribuiu uma circular para seus alunos de Direito na Universidade de Heidelberg.

Obra: Cinco Minutos de Filosofia do Direito

Supõe retomada do jusnaturalismo, insumo conceitual que orientará algumas linhas jusfilosóficas da segunda metade do século XX, e que se desdobraram de alguma forma no neoconstitucionalismo, paradoxalmente também batizado de neopositivismo.

Humanista com passagem pela Cruz Vermelha, onde atuou como voluntário. Sua ação política foi marcada por militância entre grupos socialistas. Foi deputado e ministro de Justiça durante a República de Weimar.

“ordens são ordens, é a lei do soldado”.

A afirmação, tomada isoladamente, justificaria a posição dos alemães julgados em Nuremberg, e de todos os que foram posteriormente processados, inclusive entre os próprios alemães e no que se refere às próprias consciências.

Culpa o positivismo pelo pesadelo nazista:

“Esta concepção de 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. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro” .

Invoca um direito supralegal e protesta por princípios fundamentais que orientam o direito e que transcenderiam o direito positivo, retomando um jusnaturalismo que também nominou de jusracionalismo:

“Há também princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que toda a lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade.

Há quem lhes chame direito natural e quem lhes chame direito racional.

Sem dúvida, tais princípios acham-se, no seu pormenor, envoltos em graves dúvidas. Contudo o esforço de séculos conseguiu extrair deles um núcleo seguro e fixo, que reuniu nas chamadas declarações dos direitos do homem e do cidadão, e fê-lo com um consentimento de tal modo universal que, com relação a muitos deles, só um sistemático cepticismo poderá ainda levantar quaisquer dúvidas. “

Chaim Perelman - (1912 – 1984) - Polônia

Obra: *Lógica Jurídica*

Fonte: <https://jus.com.br/artigos/15107/as-origens-da-teoria-da-argumentacao-no-pensamento-de-chaim-perelman>

A justiça seria uma das noções mais confusas existentes.

Ela seria uma noção com o sentido emotivo muito forte que atrapalharia a percepção do sentido conceitual, o único realmente importante para a construção de um conhecimento preciso e filosófico.

Seria necessário extirpar todo o subjetivismo e irracionalismo vinculado à noção de justiça.

Trata-se de pensamento estritamente analítico.

Parte de seis concepções diferentes de justiça para tentar encontrar algo em comum entre elas e construir uma fórmula pura.

Essas seis concepções são:

- 1) a cada qual a mesma coisa;
- 2) a cada qual segundo seus méritos;
- 3) a cada qual segundo suas obras;
- 4) a cada qual segundo suas necessidades;
- 5) a cada qual segundo sua posição;
- 6) a cada qual segundo o que a lei lhe atribui.

Destaca que a ideia de justiça caminha junto com a de igualdade e que, na verdade, em todas as referidas concepções está implícito o pensamento de se tratar de uma forma idêntica seres idênticos. Acaba formulando a noção de justiça nos seguintes termos: "[...] um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma" ^[10].

“Por exemplo, por muito tempo os negros eram vistos como uma sub-espécie de *homo sapiens* e, justamente por não serem considerados homens, não tinham todos os direitos a eles inerentes. Ora, aplicando-se a noção formal de justiça chega-se à conclusão de que este tratamento diferenciado era justo, pois, afinal, seres de diferentes categorias não poderiam receber o mesmo tratamento. O mesmo ocorre para o caso da mulher e de todos os outros grupos que já foram perseguidos ou ultrajados na nossa linda e perfumada história.”

Admite que esta é uma noção formal de justiça, ou seja, abstrata e inútil. Pela teoria da argumentação deve-se descobrir "como se raciocina a

propósito de valores“. Os valores, com o fim da Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945), voltaram à tona e o pensamento racionalista cartesiano foi sendo bombardeado por várias frentes.

Robert Alexy

([Alemanha](#), nascido em [1945](#)) - Pós-positivismo

Um dos mais influentes [filósofos do Direito](#) alemão contemporâneo

Fonte: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf

I. Dá aos princípios valor normativo. Com isso derruba as teorias positivistas que relegavam os princípios a um plano secundário, subsidiário.

“Tanto as regras como os princípios também são normas, porquanto, ambos se formulam através de expressões deontológicas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição”.

II. Reabilitação da razão prática: buscam-se procedimentos (regras de argumentação) que possam dar respostas racionais aos hard cases (colisão de princípios), repelindo, assim, as teorias decisionistas do direito e a discricionariedade postulada pelo positivismo jurídico ; e, ainda, enfatiza a importância da pretensão de correção no raciocínio jurídico .

III. Aproxima a teoria moral à teoria do direito – reabilitação da axiologia dos Direitos Fundamentais.

“A teoria dos princípios oferece um ponto de partida adequado para atacar as teses positivistas de separação entre Direito e moral” (ALEXY, 1997, p. 15) e

“a positivação dos direitos fundamentais constituem uma abertura do sistema jurídico frente ao sistema da moral, abertura que é razoável e que pode ser atingida por meios racionais” (ALEXY, 1997, p. 25).

IV. Dá relevância crucial à dimensão argumentativa na compreensão do funcionamento do direito.

Para Alexy, regras e princípios são subespécies de normas.

Ambos são normas porque dizem o que deve ser (estão num plano deontológico e podem ter o funtor de ordem, permissão ou proibição).

Crítérios mais comuns dessa distinção proposta pelas teorias tradicionais e assim resumiu:

A generalidade é o mais freqüentemente utilizado. Segundo esse critério, os princípios são normas que possuem um grau de generalidade mais alto que as

regras. Exemplo de princípio: liberdade religiosa. Exemplo de regra: “todo preso tem direito a converter outros presos”.

Hermenêutica Jurídica

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,nocoes-introdutorias-de-hermeneutica-juridica-classica,48466.html>

A palavra “hermenêutica” vem do grego *hermeneia*, que remete à mitologia antiga, evidenciando os caracteres conferidos ao Deus-alado Hermes, responsável pela mediação entre deuses e homens (FREIRE, 2009, p. 73).

Hermes, filho de Zeus, atuava como mensageiro, como tradutor das mensagens vindas da esfera divina para a civilização humana, já que a linguagem dos deuses não seria compreensível aos mortais.

Nesse sentido, a palavra hermenêutica sugere o processo de tornar compreensível.

A palavra “interpretação”, por sua vez, provém do termo latino *interpretare* (*inter-penetrare*), significando penetrar mais para dentro, fazendo referência à prática de feiticeiros antigos, que introduziam suas mãos nas entranhas de animais mortos, a fim de prever o futuro e obter respostas para os problemas humanos (FREIRE, 2009, p. 73-74).

Nesse contexto, a palavra interpretação sugere a extração do sentido que está entranhado na norma.

“Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”

(MAXIMILIANO, 2003, p. 1).

Métodos de Interpretação

1. Interpretação gramatical

A interpretação gramatical também é chamada de **interpretação filológica** ou **literal**, uma vez que visa estabelecer o sentido jurídico (compreender) da norma com base nas próprias palavras que a expressam.

Parte “do pressuposto de que a ordem das palavras e o modo como elas estão conectadas são importantes para obter-se o correto significado da norma” (FERRAZ JR., 2001, p. 283).

Objetiva, portanto, estabelecer a coerência entre o sentido da lei e os usos linguísticos, que muitas vezes se modificam com o decurso do tempo (COELHO, 1981).

2. Interpretação lógica

A interpretação lógica também é utilizada para solucionar problemas sintáticos com os quais se depara o interprete da norma jurídica, procurando descobrir o sentido da lei mediante a aplicação dos princípios científicos da lógica, enfrentando, portanto, questões lógicas da interpretação.

Segue alguns princípios, em especial:

Princípio da identidade – segundo o qual “o que é, é, o que não é, não é”. Isto significa que uma coisa é idêntica a si mesma e não ao seu contrário;

Princípio da contradição – formulado a *contrario sensu* do princípio anterior, enuncia que “o contrário do que é verdadeiro é falso”; “a mesma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo”;

3. Interpretação Sistemática

Tal forma de interpretação parte do pressuposto de que o ordenamento jurídico é um todo hermético (plenitude hermética), ou seja, da noção de que a ordem jurídica deve ser entendida como um sistema fundado na hierarquia das normas, como na Teoria Pura do Direito de Kelsen, que teremos oportunidade de estudar mais adiante. Por isso muitos autores consideram este procedimento uma derivação do processo lógico de interpretação, denominando-o de interpretação lógico-sistemática.

4. Interpretação histórica e sociológica

Na prática a interpretação histórica e a sociológica se confundem, uma vez que ao se buscar o sentido efetivo na circunstância atual ou no momento de criação da norma mostra que ambos se interpenetram, ou seja, “é preciso ver as condições específicas do tempo em que a norma incide, mas não podemos desconhecer as condições em que ocorreu sua gênese” (FERRAZ JR., 2001, p. 286).

Isto significa que a interpretação histórica objetiva esclarecer o sentido da lei por um trabalho de reconstituição do seu conteúdo original, tomando por base os documentos relacionados com a elaboração da lei e procura reconstituir as circunstâncias históricas que o ensejaram (COELHO, 1981).

4. Interpretação teleológica e axiológica

Por fim, as questões pragmáticas de interpretação reportam-se à carga emocional dos símbolos, aos valores atribuídos às expressões, podendo ser solucionadas através da **interpretação teleológica e axiológica**.

A regra básica do método teleológico é a de que sempre é possível atribuir um propósito às normas, mas nem sempre essa finalidade é clara. Neste sentido é o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, ao dispor que: “Na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Assim,

uma típica interpretação teleológica e axiológica postula fins e valoriza situações (FERRAZ JR., 2001, p. 288).

Teve Ihering como seu principal precursor. Segundo a teoria do fim do direito de Ihering, o método teleológico afirma que no campo do direito o conceito de fim substitui o de valor. Dessa forma, a interpretação finalística ou teleológica aspira compreender o direito do seu ponto de vista funcional, ou seja, a norma jurídica cumpre uma finalidade, que justifica sua existência (WARAT, 1994, p. 82).

Classificação das Espécies de Interpretação

Segundo Hermes Lima, distinguem-se na interpretação três **espécies**:

- a) **doutrinária** - que assume caráter de atividade científica, ajudando a própria lei a evoluir;
- b) **autêntica** – praticada pelo próprio poder que legisla, impondo-se como lei nova, que reproduz ou explica a lei anterior, ou seja, declara de maneira formal e obrigatória como deve ser compreendida a lei anterior;
- c) **judicial** – realizada pelo judiciário quando da aplicação da lei (LIMA, 2002, p. 153-154).

Alcance da norma jurídica

1. Interpretação declarativa ou especificadora

Para se chegar a uma interpretação declarativa, o interprete deve buscar a vontade do legislador (*mens legislatoris*), o que faz com que seus efeitos coincidam com o sentido aparente que as suas expressões denotam (COELHO, 1981).

2. Interpretação restritiva

Recomenda-se que toda norma que restrinja os direitos e garantias fundamentais reconhecidos e estabelecidos constitucionalmente deva ser interpretada restritivamente. Também uma exceção deve sofrer uma interpretação restritiva (FERRAZ JR., 2001, p. 291).

Direito penal (princípio *nullum crimen sine lege*) deve ser interpretado de forma restritiva, não admitindo também analogia *in mala parte*.

Direito tributário não permite interpretação extensiva de seus preceitos, devendo ser interpretado restritivamente.

3. Interpretação extensiva

Amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra, demonstrando que a extensão do sentido está contida no espírito da lei, considerando que a norma diz menos do que queria dizer (FERRAZ JR., 2001, p. 290-292).

Direito civil, por razões históricas, funciona como norma supletiva no contexto do direito privado.

Direito trabalhista pode ser utilizado de forma supletiva às lacunas do direito administrativo no tocante ao funcionalismo público.

Interpretação conforme a Constituição

fonte:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_%20artigos%20leitura&artigo_id=1528.

Prevista no parágrafo único, do artigo 28, da Lei n.º 9.868/99, juntamente com outras formas de controle da constitucionalidade, referindo ainda que a interpretação realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública.

O Supremo ao dar interpretação compatível com a Constituição à norma afasta a possibilidade de qualquer outra interpretação que o dispositivo eventualmente comporte.

Na concepção moderna afasta-se a existência de uma única interpretação correta, configurando-se a interpretação conforme a Constituição como o estudo das normas constitucionais em si mesmas e perante o conjunto normativo e não no cotejo das normas inferiores, mas tal interpretação não se revela inadequada, eis que verifica se a norma infraconstitucional é compatível com a Carta Magna.

O indivíduo e a sociedade

