

FILOSOFIA DO DIREITO

A filosofia do Direito, segundo Miguel Reale, pode ser compreendida de duas maneiras:

- a) **ACEPÇÃO AMPLA** → Abrange todas as formas de indagação sobre o valor e a função das normas que governam a vida social no sentido do justo;
- b) **ACEPÇÃO ESTRITA** → Indica o estudo metódico dos pressupostos ou condições da experiência jurídica considerada em sua unidade sistemática.

1. Conceito de justiça (atenção: o “j” aqui é minúsculo! Só é maiúsculo na Justiça como Poder Judiciário).

1.1 Introdução

A justiça é a **grande aspiração da humanidade**, desde o surgimento das primeiras civilizações até os dias hodiernos.

Assim, **compreender a real dimensão do valor justiça é algo praticamente impossível** e, por isso, muitos autores consideram a justiça absoluta um ideal inatingível ou até irracional (Oliveira Silva; Natali Costa; Barbosa, 2010, p. 136).

Justamente por isso, alguns autores procuram **identificar a noção de justiça por meio de sua contraposição: a ideia da injustiça. A justiça seria concretizada pela análise da injustiça**, já que a ideia do injusto é **geral**, de toda a comunidade, enquanto a ideia do justo é **particular**.

1.1.2 Justiça x equidade

Os ideais de justiça e equidade mantêm uma relação bastante íntima. Conforme entendimento doutrinário, a equidade pode ser concebida como a **individualização da norma geral e abstrata, de modo a dar ao caso concreto a solução mais justa**.

Em Roma, sobretudo no período anterior às codificações iniciais, a equidade era considerada como a própria justiça (ou a “aplicação prudencial do direito”, como prefere **TÉRCIO FERRAZ JR.**).

1.2 Divergências sobre o conteúdo do conceito de Justiça

1.2.1 Noção de justiça na Grécia e em Roma

Grécia	Roma
Havia uma identificação entre justiça e igualdade . Os critérios para a ideia de justiça eram critérios estabelecidos para a tentativa de solução de desigualdades . Este pensamento foi formulado há muito tempo, no séc. IV a.C., pelos pitagóricos , que simbolizavam a justiça como um quadrado, que	Os romanos, ao contrário dos gregos, eram mais pragmáticos . Eles não se preocupavam em descobrir o que era o correto . Não havia grandes construções sobre o justo em geral, mas sim sobre a confirmação/fundamento do certo/justo. A justiça se confundia com o direito, fenômeno cultural de ordem sagrada , consistente no

possui lados iguais.	exercício de uma atividade ética, a prudência, virtude moral do equilíbrio e da ponderação dos atos de julgar (<i>jurisprudência</i>).
<p>a) PITÁGORAS → Foi o primeiro a considerar a importância da igualdade no conceito de justiça.</p> <p>b) ARISTÓTELES → Desenvolveu o pensamento de Pitágoras. Para ele, a justiça seria uma suprema virtude mediana, ou seja, um meio termo entre dois extremos. A justiça aqui se relacionada com a igualdade, que possui caráter relativo (tratar os iguais da mesma maneira). Fonte: <i>Ética e Nicômano</i>. Aristóteles também relaciona a justiça com uma noção embrionária de legalidade, no sentido de que no homem cumpridor da lei é justo, pois todos os atos conforme a lei seriam justos em certo sentido.</p> <p>PLATÃO → Para ele, a justiça consiste numa relação harmônica das três virtudes fundamentais da alma: a temperança, a coragem e a sabedoria.</p> <p>A justiça é a justa medida.</p> <p>Para alguns autores, PLATÃO teria desenvolvido uma noção ideal de justiça, inatingível. Outros entendem que sua filosofia não está separada do plano da aplicação prática.</p>	<p>ULPIANO → Justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu. O problema reside em saber “o que é seu”.</p>

1.2.2 Critérios de definição do conteúdo da justiça

1.2.2.1 Critérios formais: a) igualdade; b) proporcionalidade

Para **ARISTÓTELES**, a justiça seria sinônimo de igualdade. Contudo, o filósofo precisou justificar o sistema de sua época, em que havia escravos e pessoas sem qualquer patrimônio. Criou, assim, a noção de **proporcionalidade**. A ideia de igualdade seria apenas **formal**, no sentido de serem **todos iguais perante a lei**.

A essa igualdade formal foi acrescida a proporcionalidade, conforme discorreu, muitos séculos depois, **RUI BARBOSA**.

O critério da **proporcionalidade**, criado por **ARISTÓTELES**, **resolvia o grande problema da desigualdade material**, criando a ideia da igualdade **meramente formal**, respeitando-se as “**desigualdades naturais entre as pessoas**”.

O padrão aristotélico de justiça, segundo **ALF ROSS**, era o seguinte: “**a cada um segundo sua posição e condição**”. Isso justificava as distinções de classe social, com base na desigualdade natural.

Aperfeiçoando o critério, **RUI BARBOSA** desenvolveu a ideia de que **a desigualdade jurídica ou social é o reflexo da desigualdade natural**, pois nada é igual, assim como não são os seres humanos.

1.2.2.2 Critérios materiais: a) mérito; b) capacidade; c) necessidade

Por não serem os critérios formais muito convincentes, desenvolveram-se critérios materiais de justiça, com base no mérito, capacidade e necessidade das pessoas.

- a) **CRITÉRIO DO MÉRITO** → Materializa a ideia da proporcionalidade de **ARISTÓTELES**, afirmando que, ao se atribuir a cada um “o que é seu”, deve-se levar em conta o **valor e as qualidades de cada pessoa**, ou seja, seus méritos. Cada pessoa possui aquilo que lutou para conseguir. Por isso, se alguém invade o patrimônio do outro, o Direito tem que devolver essa propriedade a quem a conquistou por mérito.
- b) **CRITÉRIO DA CAPACIDADE** → Trata-se de um verdadeiro critério de distribuição da justiça. **Afasta-se o critério do mérito**, afirmando-se que **a justiça deve corresponder às obras realizadas, ao trabalho produzido por cada pessoa** (ou seja, ao que cada um contribui para a sociedade).

É o critério desenvolvido atualmente para a fixação do **salário do trabalhador**. **Karl MARX e ENGELS** entendem que este critério é válido, conjugado com o da necessidade. Assim, temos: *de cada um segundo sua capacidade e a cada um segundo suas necessidades*. Trata-se do princípio máximo do socialismo.

- c) **CRITÉRIO DA NECESSIDADE** → Cuida-se de um critério **eclético**, afirmando-se que **a cada um devem ser proporcionados os bens de acordo com as suas necessidades**. Surgem aí as noções de **função social da propriedade, do contrato, da empresa etc.**

A partir dessa ideia, desenvolveu-se o critério do **mínimo existencial**: o justo seria o reconhecimento e a concretização, a cada um, do mínimo material para uma existência digna.

ROUSSEAU já chamava a atenção, em seu *Contrato Social*, para o seguinte: *que nenhum cidadão seja tão rico ao ponto de poder comprar o outro, e que nenhum seja tão pobre que tenha de se ver obrigado a vender-se*.

1.2.3 Justiça no período medieval

Para **TOMÁS DE AQUINO e AGOSTINHO**, que se dedicou às obras aristotélicas, a justiça passa necessariamente pelos conceitos desenvolvidos por **ARISTÓTELES e ULPIANO** (igualdade + dar a cada um o que é seu).

A justiça, para o autor, **é uma virtude, que se encontra no plano da abstração**.

Ele trabalha com três espécies de justiça:

- a) Justiça **COMUTATIVA** → Regula as relações **entre particulares**, em pé de igualdade (o quinhão que se dá deve ser igual ao que se recebe).
- b) Justiça **DISTRIBUTIVA** → Regula relações entre **todo o social e os cidadãos**. **É a justiça quando o Estado participa de algum de seus polos, impondo encargos ou atribuindo vantagens**.
- c) Justiça **GERAL OU LEGAL** → Regula as relações **entre os particulares e o todo social**. **Os particulares contribuem para o bem comum de acordo com parâmetros fixados em lei**.

Justiça é dar a o outro o que lhe é devido, segundo uma igualdade.

1.2.4 Justiça para ALF ROSS (realismo nórdico) → Justiça = aplicação correta de uma norma.

Para ALF ROSS, **justiça é igualdade**. Contudo, **não há igualdade em sentido absoluto**, diante das diferenças reais existentes entre as pessoas: gêneros, idade, estado civil etc. **É importante, portanto, encontrar critérios ou padrões de avaliação da igualdade**.

Para o autor, **a ideia abstrata de justiça é uma expressão emocional, uma ideologia**. Os critérios abstratos são **fórmulas vazias**. Assim, os ideais de justiça e igualdade significam, simplesmente, **a correta aplicação de uma regra geral, num caso concreto**.

- Só existe critério geral de igualdade em normas concretas. A justiça serve apenas como um ideal a ser alcançado por um bom juiz, no caso concreto.
- Injusta é a decisão tomada contrariando o padrão dos demais juízes.

1.2.5 Justiça para Kelsen

Para ele, a justiça está ligada à noção de felicidade, que é algo variável, não apenas subjetivamente, mas também no tempo.

Kelsen não concebe a justiça como algo ideal e abstrato. Trata-se daquilo que é aceito pela sociedade, rejeitando o direito natural, já que a razão humana só consegue compreender valores relativos.

Não existe um critério de justiça válido universalmente, inexistindo também uma justiça absoluta. **Assim, o autor reconhece a justiça no direito positivo, das normas positivadas objetivas, que são um padrão para todos**.

1.2.6 Justiça para Immanuel Kant

Immanuel Kant é concebido como um dos maiores representantes da **Escola do Direito Racional**, um dos precursores do **jusnaturalismo moderno, de natureza racional**. **Ele relaciona a liberdade como o valor máximo de justiça**. Além disso, distingue a **moral do direito**, entendendo que a moral se ocupa com o motivo da ação, enquanto o direito se ocupa do plano externo às ações.

Seu sistema filosófico é conhecido como o **CRITICISMO** (ele é o filósofo das críticas), concebido como um **meio termo entre a temeridade dogmática e o desespero cético**.

Relativamente ao problema da **origem do conhecimento**, Kant é um autor que consegue **conciliar as correntes do RACIONALISMO e do EMPIRISMO**.

- Para o **racionalismo**, a razão é a fonte do conhecimento, que deve ser universalmente válido.
- Para o **empirismo**, todo saber provém da experiência.
- Para o **apriorismo de Kant**, é possível conciliar os dois lados.

Kant também concilia as correntes do **REALISMO e IDEALISMO**, inaugurando o **FENOMENALISMO**.

- Para o **realismo**, as coisas existem independentemente do sujeito cognoscente.
- Para o **idealismo**, nada há fora de nossa consciência.
- Para o **fenomenalismo**, o espírito humano é capaz de conhecer as coisas apenas em sua aparência, pois a coisa em si seria inacessível à inteligência humana.

1.2.7 Justiça para MARX

As teorias de **KARL MARX** têm dois grandes pressupostos:

- **DIALÉTICA DE HEGEL** → A evolução histórica da sociedade deriva de **contradições e lutas de classe**.
- **MATERIALISMO HISTÓRICO** → Afirma que o modo pelo qual a produção material de uma sociedade é realizada constitui o fator determinante da organização política e das representações intelectuais de uma época. Assim, a base material ou econômica constitui a "infraestrutura" da sociedade, influenciando a "superestrutura" (direito, política, religião etc.).

O Direito é concebido por Marx como **um instrumento de opressão empregado pela sociedade capitalista**.

Síntese:

- O direito é um instrumento de opressão;
- O direito é o produto de uma evolução da sociedade marcado pelas contradições e lutas de classe;
- O direito integra a **superestrutura**, sendo influenciado pelos modos de produção, a economia, que consiste na infraestrutura;
- Primado do real sobre o ideal, rejeitando-se um direito originário da razão ou de origem metafísica.
- O direito **não é resultado da vontade, mas sim resultado dos meios e relações de produção**.
- **Não existe direito natural**.

- **Crítica à Declaração dos Direitos do Homem, que se caracterizaria como egoísta e de espírito individualista.**
- **O direito exerce um papel ideológico, de manutenção da exploração realizada pela classe dominante sobre os trabalhadores, sendo condicionado pelo fator econômico.**
- **Crítica ao marxismo: monismo insustentável.** Não há razão para atrelar o direito unicamente aos meios de produção. A moral também tem a sua importância etc.

1.2.8 Justiça para John Rawls

Rawls desenvolve uma **teoria da justiça EQUITATIVA**, que **não se aplica às relações interindividuais**, aos fatos do cotidiano, mas sim às **instituições sociais mais importantes**.

Sua teoria é voltada para a **justiça DISTRIBUTIVA**, estudando os parâmetros a serem considerados na atribuição de direitos e deveres pelos organismos sociais. **Aqui, as desigualdades sociais são questionadas com sólido embasamento filosófico.**

Seu objetivo é **harmonizar duas alas do liberalismo político: a das liberdades individuais e a dedicada à redistribuição dos bens no meio social.**

O autor desenvolve uma crítica ao **intuicionismo e ao utilitarismo** (este, levado às últimas considerações, conduz a decisões moralmente inaceitáveis). Assim, contesta o critério subjetivo de aplicação do princípio da igualdade, defendido pelo utilitarismo na promoção do bem-estar social, pois tal orientação seria bastante onerosa para a sociedade.

RAWLS entende que **a satisfação dos membros da sociedade deveria ter por medida os bens primários, como:**

- **Liberdade de pensamento e consciência;**
- **Liberdade de movimento;**
- **Cargos públicos, posições de autoridade e respectivos poderes e prerrogativa;**
- **Renda e patrimônio como instrumentos destinados aos mais diversos fins;**
- **Ambiente social favorável ao autorespeito.**

A teoria de **RAWLS** é ainda **contratualista**, mas uma teoria contratualista **a-histórica** que se assenta em **condições ideais de um contrato hipotético**, diferentemente da teoria de **HOBBS**.

Diferentemente de **LOCKE**, a teoria de **RAWLS** não é um contratualismo voltado à forma de governo, mas sim aos **princípios primeiros de justiça para a estrutura básica**.

Por fim, para **RAWLS**, a igualdade de oportunidade será justa quando o sistema social for dotado de mecanismo que amplie as expectativas dos menos favorecidos.

1.2.6 Justiça para HABERMAS

JÜRGEN HABERMAS integra a chamada **Escola de Frankfurt**, composta por intelectuais marxistas que lançavam críticas sobre a influência iluminista no Ocidente.

Crítico do positivismo, Habermas ressalta a importância da hermenêutica de Gadamer, para quem o interprete do direito não é neutro, projetando a sua experiência pessoal na compreensão das coisas.

Com a chamada **Teoria da Ação Comunicativa (1984)**, Habermas propõe a substituição da razão prática pela razão comunicativa, **inaugurando sua teoria da verdade consensual**, com base em critérios e técnicas discursivas em um ambiente ideal, destacando-se:

- a) **A paridade entre os participantes do diálogo**
- b) **A inteligibilidade do discurso;**
- c) **O emprego correto e leal da linguagem;**
- d) **A estrutura da argumentação não deve ser hermética, voltada apenas para a comunidade de especialistas (sociedade aberta de intérpretes constitucionais).**

Assim, a verdade é o resultado de um **consenso dos participantes do discurso**.

Para Habermas, a ação comunicativa é uma forma de libertação ou de emancipação da sociedade. Assim, os cidadãos devem ser articular, desenvolvendo a cultura da linguagem e dominando as técnicas de argumentação.

Ele não adere ao **jusnaturalismo** e também **rejeita o juspositivismo**, pois **reconhece um princípio moral no processo de criação do Direito**, reconhecendo também a importância da moral na formação das leis.

1.3 Sentido lato de justiça como valor universal (absoluto)

Para os jusnaturalistas, a justiça tem caráter absoluto, consistindo num valor universal. Trata-se de uma justiça **SUBSTANCIAL**, **tomando por referencia a noção mais elevada de bem ou a ordem natural das coisas**.

1.4 Sentido estrito de justiça como valor jurídico-político (relativo)

Para os positivistas, a justiça tem caráter apenas relativo, sendo suficiente, no que concerne à sua relação com a igualdade, o seu caráter formal. Trata-se de uma justiça **CONVENCIONAL**, de natureza **histórica**, **tendo por fundamento critérios consagrados pela sociedade, em lei ou costumes**.

1.5 Aceções do vocábulo justiça (Paulo Nader).

Segundo o autor, a palavra justiça pode significar:

- a) **Valor a ser realizado nas relações interindividuais (justiça comutativa)** sob o comando da lei (bilateralidade);
- b) **Órgão público** responsável pela aplicação do Direito aos casos concretos.

2. Conceito de direito

2.1 Evolução histórica da sua noção (resumo do Cap. II de TÉRCIO FERRAZ JR.)

2.1.1 Sociedades primitivas

Uma visão do direito como simbolismo nos conduz fatalmente à idéia do direito como símbolo de **retidão e equilíbrio**. Isso é facilmente constatável através da palavra *diké*, que nomeava a deusa grega da Justiça, e à deusa romana *Iustitia*.

A palavra *diké*, ao passo que nomeia a deusa grega da Justiça, derivava de um vocábulo significando **limites às terras de um homem**.

Nas **sociedades primitivas**, esse poder está fundamentado no **princípio do parentesco, que organiza a comunidade em famílias**:

- i. Dentro da comunidade, todos são parentes. **O não-parente é uma figura esdrúxula;**
- ii. As alternativas de comportamento são pobres; resumem-se a **“ou isto ou aquilo” (visão maniqueísta: o ilícito como algo fora do direito, da comunidade);**
- iii. O direito é a **ordem querida por um deus (divindade)**, e não criada por um deus;
- iv. A forma maniqueísta de manifestação do direito é atenuada pela intervenção de sacerdotes/juízes esporádicos que regulavam a aplicação do direito;
- v. **O conhecimento do direito e a sua prática/aplicação não se distinguem.**

Com o desenvolvimento das sociedades, o princípio do parentesco, pela sua pobreza, é substituído, aparecendo, da mesma forma, o domínio político diferenciado da organização religiosa.

2.1.2 Jurisprudência romana: o Direito como DIRETIVO PARA A AÇÃO

Na **antiguidade clássica**, o direito (*jus*) era um **fenômeno cultural de ordem sagrada**, consistente no **exercício de uma atividade ética, a prudência, virtude moral do equilíbrio e da ponderação dos atos de julgar**.

Na Roma da época da República e do Principado, a legislação era restrita a matérias muito especiais. Assim, a jurisprudência correspondia a um **quadro regulativo geral**. Apenas no Império é que apareceu a possibilidade de uma teoria jurídica, com o surgimento de juízes profissionais.

A influência dos **jurisconsultos** manifestou-se então **sob a forma dos *responsa*, que, mais tarde, apareceriam em forma escrita** (em termos de informação sobre determinadas questões jurídicas levadas aos juristas por uma das partes). Os *responsa* são o início de uma teoria jurídica entre os romanos.

Pergunta-se: qual a influência grega na jurisprudência romana?

- i. A princípio ela é bastante **discutível**;
- ii. A palavra *jurisprudência* liga-se ao que, na filosofia grega, era chamado de ***fronesis* (discernimento)**. ***Fronesis* = discernimento, sabedoria, capacidade de julgar, virtude do homem prudente**. Essa capacidade era desenvolvida pela dialética.

- iii. O pensamento prudencial desenvolvido nos *responsa* era parecido com as **técnicas dialéticas dos gregos**.

Voltando à questão do **comportamento desviante**, vale repisar que, neste momento, também eram criadas possibilidades para que este comportamento tivesse seu lugar, **permitindo-se ao acusado uma argumentação com os mesmos valores e regras**.

Esse procedimento conduziu à **especialização de juízos e tribunais como estruturas diferenciadas na polis**.

O direito alcançou um **nível de abstração maior, de modo que o pensamento prudencial agregou regras, princípios, figuras retóricas, meios de interpretação etc.** O direito não era visto sob a forma de luta, como uma guerra entre o bem e o mal, mas sim como uma **ordem reguladora** dotada de validade para todos, em nome da qual se discute e argumenta.

A dogmática é nascente.

Vale ressaltar que **o desenvolvimento de um pensamento prudencial como teoria do direito representou um distanciamento entre os fatos e a ordem normativa**.

- i. O direito passou a não se assentar concretamente nos eventos, mas em **normas**;
- ii. Logo, a **interpretação do direito, alvo máximo da dogmática em desenvolvimento, destacava-se do caso concreto (generalização)**;
- iii. A expressão “aplicação do direito” toma um **sentido autêntico**;
- iv. Os romanos, ao contrário dos gregos, não queriam descobrir o que era o correto. Não havia grandes construções sobre o justo em geral, mas sim sobre a confirmação/fundamento do certo/justo.

2.1.3 Dogmaticidade na Idade Média: o Direito como DOGMA.

Se, para os antigos, o ser humano distinguia-se dos outros animais por ser um animal político no sentido de um cidadão da *polis*, para a Idade Média, **o homem passa a ser visto como um animal social**.

A socialidade era vista como uma espécie de **gregariedade**, que se distinguia da gregariedade animal, em razão da **dignidade humana**.

Na idade média, **o direito não perdeu seu caráter sagrado**. Contudo, adquiriu uma dimensão de **sacralidade transcendente, pois de origem externa à vida humana da terra, diferente da dos romanos, que era imanente (caráter sagrado – mítico da fundação)**.

A **ciência do direito propriamente dita nasce em Bolonha no século XI**, com um caráter novo, mas **sem abandonar o pensamento prudencial dos romanos**, ela introduz uma nota diferencial: sua **dogmaticidade**.

O pensamento dogmático foi possível graças a **uma resenha crítica dos digestos de Justiniano, os quais foram transformados em textos escolares do ensino na universidade**:

- O **surgimento** do pensamento dogmático parece encontrar origens no *jus commune*;

- **Os digestos justinianos foram aceitos como base indiscutível do direito, tendo sido submetidos à técnica de análise dos glosadores;**

Neste momento, a **teoria jurídica tornou-se uma disciplina universitária, na qual o ensino era dominado por livros que gozavam de autoridade.**

Vale ressaltar que, neste período, **o pensamento prudencial não chegou a desaparecer. Apenas o seu caráter é que mudou: de casos problemáticos, viraram casos paradigmáticos.** No lugar de recursos prudenciais, como a equidade, o jurista ia além, procurando princípios e regras capaz de reconstituir o *corpus*. A prudência se fez dogmática.

Nos dogmas, **autoridade e razão mesclam-se.**

Desde a Idade Média, o pensamento jurídico se fez essencialmente **em torno do poder real.** Ao se colocar o rei como personagem central de todo o edifício jurídico, aparece, nesta época, um conceito chave: a noção de **soberania**.

A noção de **soberania** propicia uma forma de conceber o direito a partir de um princípio centralizador.

2.1.4 Teoria jurídica na era moderna: o Direito como ORDENAÇÃO RACIONAL

A **partir do Renascimento**, o direito irá **perder** progressivamente o seu caráter sagrado.

Com a **dessacralização do direito (secularização)**, ocorre, **concomitantemente a tecnização do saber jurídico.**

A era seguinte, chamada do **Direito Racional**, vai de 1600 a 1800, caracterizando-se pela **influência dos sistemas racionais na teoria jurídica.**

Cada vez mais, **a exegese jurídica vai se tornando mais artificial e mais livre, para evitar um rompimento das necessidades práticas com o *Corpus Juris*.**

Contudo, o pensamento europeu começa a **distanciar-se da cosmovisão medieval (*jus commune*)**, a teoria jurídica perde sua conexão metódica com suas bases. O desenvolvimento da soberania do Estado faz ruir as bases do *jus commune*, que se centralizava na análise dos digestos de Justiniano.

Abrem-se as portas para a entrada da ciência moderna na teoria jurídica.

Se o problema antigo era o de uma adequação à ordem natural, o moderno será, antes, como **dominar tecnicamente a natureza ameaçadora.**

- **Desenvolvimento de um pensamento capaz de certa neutralidade, como exigem as questões técnicas, conduzindo a uma racionalização e formalização do direito.**
- **Essa formalização liga o pensamento jurídico ao pensamento sistemático.**
- **O conceito de sistema é a maior contribuição do *jusnaturalismo* moderno ao direito privado europeu.**

O direito conquista uma **dignidade metodológica especial.**

A teoria do direito, na era moderna, **não rompe com o caráter dogmático, que se aperfeiçoa e sistematiza, repousando sua validade na generalidade racional.**

Teoria jurídica → Construído sistemático da razão. Duas são as mais importantes contribuições aqui:

- Método sistemático;
- Sentido crítico-avaliativo do direito.

Estava configurado, pois, um dos caminhos para uma ciência no estilo moderno, isto é, como um procedimento empírico-analítico (ainda não no mesmo rigor de Descartes).

Antiguidade clássica	Idade Média	Renascimento
O direito concebido como fenômeno de ordem sagrada , imanente à tradição romana, conhecido mediante um saber de natureza ética, a prudência.	O direito continua a ter um caráter sagrado , no entanto, essa sacralidade vira transcendental, com o cristianismo + traços dogmáticos	Dessacralização do direito, que passa a ser visto como uma reconstrução, pela razão, das regras da convivência . Razão sistemática + Estado moderno.
DIREITO = Aplicação prudencial	DIREITO = Dogma	Direito = Ordenação racional
O <i>jusnaturalismo</i> moderno substitui o fundamento ético e bíblico pela noção naturalista de “estado de natureza”. Isso elimina o pensamento prudencial antigo, estabelecendo o pensamento sistemático como uma espécie de técnica racional da convivência.		

2.1.5 Positização do Direito a partir do séc. XIX: o direito como NORMA POSTA

Os teóricos do direito racional/natural **não estavam presos a nenhuma fonte positiva do direito**, embora não se esquecesse da temporalidade da ação humana.

Com o passar do tempo, o **direito passou a se tornar cada vez mais escrito**. Além disso, o fenômeno da recepção do direito romano gerou o **surgimento da hierarquia de fontes** (leis, costumes, direito romano).

Com o aparecimento do Estado absolutista, houve uma **concentração do poder de legislar**.

Desenvolve-se bem aqui a teoria clássica de separação de poderes, o que gera uma separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência da política na administração.

- **A separação entre direito e política decorre também da separação de poderes →** Influência da aristocracia judicial francesa.
- Essa **neutralização política do Judiciário** influencia o aparecimento da **ciência do século XIX**.

A concepção da lei como principal fonte do direito chamará a atenção para a possibilidade de o direito mudar sempre que mudar a legislação. Em todos os tempos, exceto agora, o direito era concebido como algo estável.

Há um sentido **filosófico** e um **sociológico** da positivação:

- Sentido **filosófico** → Positivação significa o ato de positivar, isto é, de estabelecer um direito por força de um **ato de vontade (eleição do que vai ser positivado – regras e expectativas de comportamento, filtro das valorações)**;
- Sentido **sociológico** → Crescente importância da lei votada pelos parlamentos como fonte de direito. **Necessidade de segurança**, inclusive econômica.

A **afirmação da historicidade do direito** foi uma resposta à perplexidade gerada pela positivação → Afinal, se o direito muda, isso não invalida a qualidade científica de seu conhecimento, pois ele muda historicamente.

Aquilo que a razão representou para o jusnaturalismo passou a ser substituído pelo fenômeno histórico.

A tarefa do jurista se torna tipicamente dogmática, aproximando-se cada vez mais à teorização e sistematização da experiência jurídica, resumindo-se ao estudo da lei positiva. **Esse desenvolvimento forma a Ciência Dogmática de Direito.**

Concepção da ciência dogmática do direito:

- Sistema fechado, acabado → Ausência de lacunas (toda e qualquer lacuna é aparente);
- Sistema como um **método, instrumento metódico do pensamento dogmático do direito** → Risco de distanciamento progressivo da realidade.

2.1.6 Ciência dogmática do Direito na atualidade: Direito como INSTRUMENTO DECISÓRIO

A ciência do direito encara seu objeto como um conjunto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente. O jurista, então, preocupa-se com o direito que ele postula ser um todo coerente, orientado para uma ordem finalista que resguarda a todos.

2.2 Conceito de direito

Definir o conceito de Direito é **uma das questões mais complexas do conhecimento humano.**

Conforme ressalta Miguel Reale, o Direito é um fenômeno multidimensional, manifestando-se em **três dimensões básicas: a) fato; b) valor e c) norma.**

2.2.1 Teoria clássica	2.2.2 Teoria crítica	2.2.2 Conceito misto
o Direito é a limitação do arbítrio individual, em prol da sociedade. Partindo-se da máxima <i>ubi societas ibi ius</i> , o direito é um conjunto de	Para os pensadores atuais, embora o Direito tenha natureza normativa , possui também uma função transformadora, promovendo	O direito é um conjunto de princípios e regras que visam não apenas a regulação da vida em sociedade, mas também a emancipação do ser humano , por

normas de conduta social, impostas coercitivamente pelo Estado, para a realização da segurança, segundo critérios de justiça (Paulo Nader).	a EMANCIPAÇÃO DO SER HUMANO .	meio da realização de valores da liberdade e da igualdade para a construção de uma ordem socialmente justa.
Para a noção clássica, a finalidade do direito é a SEGURANÇA JURÍDICA .	Filia-se a essa corrente a chamada jurisprudência dos valores , que reconhece no direito a função de instrumento de concretização de condições mínimas de igualdade .	

Jurisprudência dos conceitos	Jurisprudência dos interesses	Jurisprudência dos valores
Seus principais representantes foram Ihering, Savigny e Puchta.	Principal representante: Philipp Heck.	Robert Alexy e Ronald Dworkin.
Foi a primeira sub-corrente do positivismo jurídico .	Segunda sub-corrente do positivismo jurídico.	Pós-positivismo .
A norma escrita deve refletir conceitos, quando de sua interpretação.	A norma escrita deve refletir interesses, quando de sua interpretação.	Muda a teoria da norma, a teoria da interpretação etc.
Características: o formalismo , com a busca do direito na lei escrita ; a sistematização; a busca de justificação da norma específica com base na mais geral.	Caracteriza o direito como de fonte dogmática .	Princípio = norma , aplicado pelo critério da ponderação.
Exegético .	Mudança: interpreta-se a norma, basicamente, tendo em vista as finalidades às quais esta se destina (INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA) .	Valorização dos direitos fundamentais e amplitude hermenêutica .

2.3 Direito e moral (Kant)

Direito	Moral
O direito é um conjunto de regras coercíveis .	A moral é um conjunto de princípios éticos que não possui coercibilidade (ou, para alguns, ela é

	difusa).
O direito se preocupa com aspectos exteriores das pessoas, de forma bilateral (relação entre pessoas) . É o que se chamada alteridade.	A moral age no foro íntimo da pessoa, de forma unilateral . Assim escreveu IMANUEL KANT .
Síntese: coercibilidade, exterioridade, bilateralidade/alteridade.	Síntese: incoercibilidade, interioridade e unilateralidade.

2.3.1 Teoria do mínimo ético de JELLINEK

Para Jellinek, o Direito deve ser considerado como **uma espécie dentro do gênero moral, pois o Direito deve ter um “mínimo de moralidade”**. Assim, a moral absorve o direito, uma relação de **círculos concêntricos** (o direito está contido na moral).

Essa teoria é o contrário da teoria de Kant, que separa brutalmente a moral do Direito.

2.3.2 Teoria dos círculos secantes - CLAUDE DU PASQUIER

Recorrendo à geometria, essa teoria entende que o direito e a moral não se relacionam como círculos concêntricos, mas sim secantes. Ou seja: o círculo maior corresponde à moral; o menor, ao direito. Contudo, **nem todos os fatos alcançados pela moral são regulados pelo direito e vice-versa**. Cada um possui um domínio exclusivo e uma faixa comum.

2.3.3 Reaproximação entre direito e moral

Ocorreu sobretudo com o pós-positivismo, considerados os males trazidos pela adoção do juspositivismo ao extremo. Período pós-guerra.

A noção mais clara dessa reconstrução da moral aparece na **afirmação da ideia de direitos humanos e na valorização da dignidade da pessoa humana**.

- **Legislador** → Recorre a elementos morais, ao selecionar os bens que merecem proteção jurídica;
- **Juiz** → Dado o caráter abstrato das normas, recorre à moral para a resolução dos casos concretos.

2.3.4 Direito, justiça e moral

Segundo Paulo Nader, **não pode haver o justo divorciado da moral, nem ações morais que não sejam substancialmente justas**. A moral contribui na elaboração das normas jurídicas, influenciando o seu conteúdo valorativo. Tanto o legislador quanto o juiz se valem das normas morais.

2.4 Equidade

Sentido histórico	Sentido técnico
Equidade, em origem, significa igualdade . Está relacionada à igualdade grega é à aplicação prudencial do direito no mundo romano .	Na acepção técnica , equidade consiste na prática de justiça resultante da liberdade conferida ao julgador, por lei, para adotar a fórmula mais adequada ao caso concreto. Não pode porém o juiz decidir contra a lei . Essa relativa liberdade é a equidade, rejeitada pela corrente positivista.
Confundia-se com a própria noção de justiça.	É a justiça do caso concreto, método de integração do direito, em situações permitidas.
	O julgamento por equidade é especialíssimo e se limita às hipóteses relacionadas no ordenamento . Ex.: questões relacionadas à guarda de menores, jurisdição voluntária etc.
	Ao aplicar a equidade, o juiz deve se apoiar em princípios, assentados no Direito ou na Moral, e não em caprichos ou meras preferencias .

2.5 As correntes do pensamento jurídico

Jusnaturalismo	Juspositivismo
Surge em três fases: <ul style="list-style-type: none"> a) Direito grego e romano; b) Na Idade Média (dogmático); c) Na Modernidade. 	Seus precedentes são: <ul style="list-style-type: none"> • A codificação de Justiniano; • O pensamento de Thomas Hobbes e o surgimento do Estado nacional.
Jusnaturalismo grego e romano: Possui natureza cosmológica, de origem PRÉ-SOCRÁTICA . Para Heráclito de Éfeso , as leis humanas derivam de uma lei única, universal e eterna, acessível ao conhecimento pela razão . É representada pela tragédia de Antígona , em Sófocles. Para os gregos, o Direito decorre da reta razão, de natureza METAFÍSICA . A jurisprudência romana desenvolve-se a partir das ideias dos gregos, concebendo o direito natureza como a própria natureza baseada na razão e princípios universais. Direito = justiça .	Pressuposto: <ul style="list-style-type: none"> • Dogma da onipotência do legislador; • Crítica ao direito natural; • Movimento pela codificação e segurança; • Redução do direito à norma posta; • O direito como um ordenamento (sistema) fechado e completo. • Negação da existência de lacunas. • A lei é justa. • Inaugura a ciência dogmática do direito.

<p>Na idade média:</p> <p>Surge aqui a concepção teológica do direito, que deriva de uma lei universal e inata, mas de NATUREZA TRANSCENDENTAL E DOGMÁTICA, SOB A INFLUÊNCIA DO DIREITO CANÔNICO.</p> <p>As normas são reveladas por Deus.</p>	<p>Momento histórico do seu auge:</p> <p>Código Civil de Napoleão e a Escola da Exegese. A era das codificações e o fetichismo da lei, após as vitórias das revoluções burguesas, inspiradas no jusnaturalismo.</p> <p>Serve para conservar, de maneira segura, as conquistas das revoluções burguesas.</p> <p>Na França, repele a aristocracia judicial.</p>
<p>Na idade moderna:</p> <p>A partir do Renascimento, os ideais do jusnaturalismo clássico são retomados, com a valorização do ser humano, que tem direitos naturais e essenciais.</p> <p>Influência: Hugo Grotius.</p>	<p>Entende que o juiz é apenas um aplicador da lei, não havendo necessidade de que o julgador busque a justiça, que não passa de um ideal.</p> <p>Se a lei é justa ou injusta, isso não é um problema a ser resolvido pelo juiz.</p>
<p>Síntese: reconhece a existência de um direito natural: a) distinto do direito positivo, com origem na natureza, e atemporal; b) é constituído por valores, princípios e normas universais e imutáveis, válidas em todo lugar e momento; c) é o direito autêntico, tendo superioridade sobre o direito positivo; d) deriva da natureza humana.</p>	<p>A interpretação deve ser literal ou lógico-dedutiva, não sendo reconhecido um papel criador do juiz.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Objeto do direito: lei escrita; • Finalidade: manutenção da ordem econômica e social; • Método interpretativo: literal.
<p>Crítica: para Kelsen e Bobbio, o direito natural não existe, pois não tem eficácia, não garante a paz nem a segurança e se vale de conceitos opostos. A ideia de “natural” pode servir a propósitos antagônicos.</p>	
<p>Herança:</p> <ul style="list-style-type: none"> • A ideia de <u>sistema</u>; • A ideia de <u>direitos individuais e fundamentais</u>; • A permanência de <u>aspectos éticos no direito</u>; • A doutrina dos direitos humanos. 	<p>Obs.: Kelsen admite a função criadora do juiz, que exerce um ato de vontade, numa interpretação que não é certa ou errada. Porém isso não é objeto da ciência dogmática do direito.</p>

2.5.1 Outras correntes

Historicismo (Savigny)	Realismo	Culturalismo
------------------------	----------	--------------

Objetivo: combater a Escola da Exegese.	Surge nos EUA (Frank) e na Escandinávia (Alf Ross).	O culturalismo tem origem na fenomenologia e tenta romper com a visão cartesiana .
Valoriza os usos e costumes, as tradições .	Adota um método empírico de investigação científica .	É impossível separar o pensamento racional e o emocional, o sujeito e o objeto.
O objeto do Direito é o fato social . O direito surge como a tradição de um povo .	Valoriza a realidade concreta e rejeita a presença de comandos ideológicos . Rejeita a noção de justiça universal .	O direito é um objeto cultural . Expressões: egologismo e tridimensionalismo
O objeto do direito: fato social Método: histórico Finalidade: CONSOLIDAÇÃO DE USOS E COSTUMES	Valorizam-se as PRÁTICAS JUDICIAIS , com um papel secundário às disposições legais. Única fonte do direito: a experiência .	O tridimensionalismo é uma vertente do culturalismo , concebendo o direito como fato, valor e norma . O direito é um FENÔMENO PLURAL (PLURALISMO JURÍDICO) .
Crítica: valorização extremada dos usos e costumes.	Filia-se a uma macrocorrente positivista, por negarem a ideia de justiça . Espécie de positivismo centrado nos fatos .	Busca uma compreensão do direito em toda a sua integralidade . Crítica: só considera o valor da norma .