



TRF2

**40 PONTOS FGV - DIREITO NOÇÕES DE
HUMANÍSTICA**



 (31) 98021-5992

 @juridico.dc

 dcpreparatorio@gmail.com


Jurídico DC



40 PONTOS FGV NOÇÕES DE HUMANÍSTICA

Caros alunos e alunas DC.

Organizamos este material em duas partes. A primeira reúne temas de maior densidade teórica e autores mais complexos, que exigem uma leitura atenta e concentrada. Para facilitar a compreensão, incluímos, em alguns tópicos, questões de concurso, especialmente da FGV e, pontualmente, da VUNESP, com o objetivo de demonstrar como esses conteúdos costumam ser cobrados em prova. O resultado é um material sólido, cuidadosamente estruturado, pensado para atender tanto à primeira quanto à segunda fase dos concursos da magistratura.

A segunda parte, igualmente relevante, aborda temas de menor densidade teórica, mas de elevada incidência nos concursos, funcionando como complemento essencial para a consolidação do estudo.

O material está bem completo, prático e objetivo. Esperamos que este material contribua de forma efetiva para a sua preparação.

Atenciosamente,
Equipe DC Jurídico

PONTO 1.

LÓGICA DO RAZOÁVEL ATENÇÃO ALUNO DC **TEMA DE MAIOR INCIDÊNCIA NA FGV**

1. Introdução: o que é a lógica do razoável

A lógica do razoável é um modo de pensar e decidir que **parte da vida concreta, do contexto e dos valores em jogo, para construir soluções juridicamente justificáveis e humanamente adequadas**. Em vez de tomar a decisão como mera conclusão silogística extraída de premissas legais abstratas, ela exige prudência, ponderação, imaginação prática e responsabilidade pelas consequências. Sua matriz remonta está em Aristóteles, passa pela tradição romana de Cícero e pela escolástica ibérica de Francisco Suárez, e ganha formulação contemporânea na obra de Luis Recaséns Siches, que a nomeia e a sistematiza como lógica do razoável. Ao lado disso, dialoga com a tópica de Theodor Viehweg e com a Nova Retórica de Perelman, correntes que recolocam a argumentação, a escolha de premissas e a persuasão racional no centro do raciocínio jurídico.

2. Por que superar o dedutivismo: limites do método lógico-formal

A **lógica formal é indispensável para a correção do discurso, para a coerência interna da decisão e para respeitar identidade e não contradição**. Contudo, no Direito, a verdade que importa não é de proposições necessárias, mas a validade prática de soluções para problemas humanos. **Normas não são verdadeiras ou falsas; são adequadas ou inadequadas, válidas ou inválidas para resolver determinado caso**. O silogismo tradicional não escolhe premissas, apenas conclui a partir delas, mas decidir exige precisamente escolher premissas relevantes, hierarquizar fatos, filtrar provas, qualificar princípios e projetar efeitos. **É nesse ponto**

que o puro dedutivismo fracassa: ele mascara o momento decisivo da valoração, fazendo parecer neutra uma escolha que é inevitavelmente prática e axiológica.

Exemplo simples. A placa na plataforma de trem diz “proibida a entrada de cães”. Um passageiro pretende ingressar com um urso e alega que a proibição não o alcança. A leitura literal-dedutiva sustentaria a permissão; a leitura razoável reconstrói a finalidade da norma (segurança, higiene, conforto coletivo) e inclui o urso no âmbito da proibição. **O resultado justo nasce do propósito da regra e do contexto, não de seu texto isolado.**

Exemplo complexo. O caso Sra. Whyte, em Nova York: testador deixa em testamento todas as ações de certa companhia para sua secretária, que desconhecia o legado. Sobrevém incapacidade do testador; a secretária, como curadora, vende as ações para salvar o patrimônio em meio à crise, com anuência familiar. Aberto o testamento, descobre-se o legado. A aplicação literal da lei sucessória (legado de coisa certa é nulo se a coisa desapareceu antes da morte) negaria qualquer direito. A lógica do razoável considera a boa-fé, a finalidade do testamento, a causalidade da venda e a preservação do patrimônio do próprio testador; ela aponta para uma solução que honre a última vontade, ainda que demande técnicas como sub-rogação do valor ou tutela de confiança. Quando o formalismo elimina essas razões práticas, a decisão pode ser logicamente impecável e, ainda assim, substancialmente injusta.

3. Recaséns Siches: a decisão como arte prática e a vida como ponto de partida

Siches parte de um axioma humanista: o Estado e o Direito são meios à vida humana, não fins em si mesmos. O **juiz decide no mundo das circunstâncias, não no vácuo.** Por isso, a atividade jurisdicional é, por natureza, criadora. Não se trata de inventar a norma, mas de vivificá-la no caso, repondo sua finalidade e seu alcance à luz de fatos singulares. Cada sentença revive o Direito e o renova, porque o reconcilia com a experiência presente.

No Brasil, esse horizonte dialoga com a expectativa formativa do CNJ: um magistrado técnico e conceitualmente sólido, sensível à dimensão humana do litígio, consciente do contexto social e político, capaz de refletir criticamente sobre o alcance e as consequências de suas decisões. Para esse perfil, a lógica do razoável não é ornamento teórico; é competência profissional central.

Ponderação, consequências e responsabilidade institucional

A lógica do razoável integra uma dimensão consequencial. Não se trata de utilitarismo cego nem de abandono da legalidade, mas de responsabilidade: decisões possuem efeitos econômicos, sociais e simbólicos que devem ser considerados de modo público e controlável. Isso reforça o dever de motivação qualitativa: não basta declarar “aplico a lei”; é preciso explicar por que esta leitura da lei, com estes fatos e estes princípios, produz o melhor resultado possível para os direitos em jogo e para a integridade do sistema. A decisão que ignora as consequências previsíveis abdica de prudência e falha com o seu papel pacificador.

A lógica do razoável recoloca o juiz no seu papel próprio: **artífice do justo no caso concreto.** Ela supera o reducionismo do puro silogismo ao exigir a explicitação das escolhas que toda decisão contém. Integra tradição filosófica e exigências contemporâneas, substitui a busca estéril pela “lei perfeita” pela responsabilidade de decidir bem, aqui e agora, com técnica, prudência e humanidade. Em última análise, ela afirma o óbvio que tantas vezes esquecemos: o Direito serve à vida. Quando a aplicação literal da norma se divorcia dessa finalidade, cabe ao julgador reconduzi-la ao razoável, porque é assim que o legal volta a ser justo.

TJ-CE Prova: FGV - 2025 - TJ-CE - Juiz Substituto

Em uma relação processual, instaurou-se um debate em relação ao sentido a ser atribuído a determinada norma na perspectiva da lógica do razoável. Foram apresentados três argumentos que, de acordo com o autor, decorreriam do uso desse método de interpretação: III. A sentença enuncia um juízo normativo, realizado a partir de pontos de vista valorativos.

PONTO 2.**H. L. A. Hart e a Estrutura do Sistema Jurídico: Regras Primárias e Secundárias**

H. L. A. Hart, em sua obra clássica *O Conceito de Direito* (1961), elaborou uma das teorias mais influentes do positivismo jurídico contemporâneo. **Seu objetivo foi explicar por que um sistema jurídico não pode ser entendido apenas como um conjunto de ordens respaldadas por sanções** (como sustentava Austin), mas sim como um **sistema complexo de regras** que se combinam entre si para permitir que o Direito exista, se modifique e seja aplicado de maneira institucionalizada.

Hart parte da análise da evolução das sociedades humanas. Para ele, toda sociedade, mesmo a mais simples, necessita de regras básicas para regular condutas, resolver conflitos e garantir padrões de comportamento. É nesse ponto que surge a primeira categoria fundamental: as **regras primárias**.

1. Regras Primárias

Regras primárias são aquelas que impõem **obrigações diretamente aos indivíduos**. Determinam comportamentos obrigatórios ou proibidos, como “não matar”, “não furtar” ou “cumprir a promessa”. Funcionam como comandos que disciplinam a vida social e permitem previsibilidade mínima.

Hart afirma que sistemas compostos apenas por regras primárias refletem sociedades que ele denomina “primitivas” – expressão utilizada pelo autor, não um juízo de valor. Nessas comunidades, embora haja controle social por meio de costumes e sanções difusas, surgem três grandes problemas:

Incerteza: não há clareza suficiente sobre quais regras existem ou qual é seu conteúdo exato.

Estabilidade limitada: as regras só mudam por meio de transformações lentas, espontâneas e informais do costume.

Ineficácia dos mecanismos difusos de pressão social: a resolução de conflitos depende de reações comunitárias espontâneas, sem órgãos especializados.

Para superar essas deficiências, é necessária a implementação de um conjunto de normas que não regulam diretamente condutas individuais, mas sim **como as próprias regras devem ser criadas, aplicadas e modificadas**. São as chamadas **regras secundárias**, características das sociedades juridicamente desenvolvidas.

2. Regras Secundárias

As regras secundárias conferem **poderes** e estruturam o funcionamento institucional do Direito. Elas formam o núcleo do que Hart chama de “**mundo jurídico**” propriamente dito. Dividem-se em três categorias:

a) Regra de Reconhecimento

É a mais importante das regras secundárias. Estabelece **os critérios pelos quais uma sociedade identifica quais normas são válidas**. Pode incluir elementos como: “é direito aquilo que foi aprovado pelo Parlamento”, “normas constitucionais prevalecem sobre leis ordinárias”, “decisões de determinados tribunais devem ser seguidas”, entre outros.

A regra de reconhecimento, para Hart, **não existe no plano normativo abstrato**, mas como um **fato social**: decorre de uma prática institucional conjunta de juízes e autoridades que reconhecem certas fontes como válidas. Ela confere **autoridade e unidade** ao sistema jurídico.

b) Regras de Alteração (ou Câmbio)

São normas que conferem **poderes legislativos**: determinam quem pode criar, modificar ou revogar regras primárias (e, às vezes, as próprias regras secundárias). Elas permitem que o sistema jurídico se adapte de forma rápida e deliberada, ao contrário dos costumes espontâneos das sociedades pré-jurídicas.

Exemplo: procedimentos legislativos previstos na Constituição.

c) Regras de Julgamento

Instituem **órgãos competentes** e estabelecem **procedimentos formais** para a aplicação das regras primárias, solucionando conflitos. Em outras palavras, atribuem poder jurisdicional a juízes e tribunais, definindo como decidir, quando decidir e com base em quais fontes.

Essas regras transformam a pressão social difusa em **processos institucionalizados**, garantindo imparcialidade, estabilidade e previsibilidade.

3. A transição do pré-jurídico ao jurídico

Com essas categorias, Hart explica que sociedades primitivas possuíam apenas **regras primárias**. O que marca a entrada no universo jurídico é precisamente a **introdução das regras secundárias**, pois elas permitem:

identificar as normas válidas (regra de reconhecimento);

modificar o Direito de forma organizada (regras de alteração);

aplicar o Direito com autoridade estatal (regras de julgamento).

Assim, a afirmação de que “sociedades primitivas possuem apenas regras secundárias” está incorreta: ocorre justamente o oposto. **A presença de regras secundárias é o marco das sociedades juridicamente desenvolvidas.**

4. Por que isso importa para seu concurso?

A FGV tenta aliar prática com a questão, ela pergunta ao candidato nas entrelinhas “Em que situação o juiz vai usar isso?” e o que você tem que saber na hora da prova são estas três razões.

a) **Fundamentos do Estado de Direito.** A teoria de Hart explica por que o sistema jurídico exige instituições, competência jurisdicional, hierarquia de normas e procedimentos claros. Isso aparece em qualquer prova de teoria do direito, hermenêutica, filosofia e questões constitucionais.

b) **Validade normativa.** O conceito de regra de reconhecimento é a base teórica para explicar a supremacia da Constituição, a hierarquia das fontes, o controle de constitucionalidade e a obrigatoriedade dos precedentes.

c) **Função jurisdicional.** As regras de julgamento fornecem o fundamento teórico do poder de julgar, da imparcialidade, da independência judicial e do devido processo legal, temas cobrados constantemente em provas orais e discursivas.

Ao entender Hart, o aluno compreende o sentido profundo de por que o juiz só decide conforme normas válidas, por que o processo é estruturado, e por que o sistema jurídico não é mero conjunto de comandos, mas um arranjo institucional complexo.

Regras primárias: impõem obrigações.

Regras secundárias: conferem poderes.

a) Reconhecimento: define critérios de validade.

b) Alteração: define quem pode mudar o Direito.

c) Julgamento: define quem aplica o Direito.

Mundo pré-jurídico: apenas regras primárias.

TJ-CE Prova: FGV - 2025 - TJ-CE - Juiz Substituto

Joana, Maria e Antônia realizaram um debate a respeito de alguns aspectos afetos ao conceito de Direito em H. L. A. Hart.

Joana sustentou que o Direito apresentaria um modelo complexo, sendo a união de regras primárias e secundárias, caracterizadas as últimas não pela imposição de obrigações, mas pela criação de Poderes. De acordo com Maria, o mundo pré-jurídico era caracterizado pela inclusão das regras secundárias no sistema. Por fim, Antônia defendeu que a validade das regras jurídicas é influenciada pela regra de reconhecimento.

Em relação às assertivas de Joana, Maria e Antônia, considerando os alicerces teóricos da doutrina de H. L. A. Hart, é correto afirmar que:

D apenas Joana e Antônia estão certas.

PONTO 3.

Análise Econômica do Direito (AED): fundamentos, racionalidade, previsibilidade e função decisória

A **Análise Econômica do Direito (AED)** — também chamada *Law and Economics* — é uma abordagem teórico-jurídica que utiliza instrumentos, conceitos e métodos da economia para compreender o funcionamento das normas jurídicas, prever comportamentos humanos e orientar decisões judiciais e legislativas.

Seu ponto de partida é simples: **os indivíduos tomam decisões ponderando custos e benefícios**. Essa lógica, para a escola econômica, não é uma escolha, mas uma característica estrutural da condição humana, em razão da **escassez de recursos**, da necessidade de **maximização de resultados** e da tendência natural de **minimizar perdas**.

1. A racionalidade econômica como fundamento da tomada de decisão

Para a AED, a ação humana — inclusive em contextos jurídicos — é guiada por um cálculo racional, ainda que imperfeito. Diferente da visão tradicional que presume comportamento moral, ético ou puramente jurídico, a AED assume que:

- I) as pessoas respondem a incentivos (positivos ou negativos);
- II) avaliam custos prováveis de uma conduta;
- III) calculam benefícios esperados;
- IV) escolhem a alternativa com maior utilidade percebida.

Essa lógica permite explicar **por que indivíduos seguem normas, por que violam, como reagem a sanções, e como adaptam seu comportamento diante de mudanças legislativas**.

Exemplo clássico: aumentar a multa de trânsito sem aumentar a probabilidade de fiscalização gera pouco efeito dissuasório, porque o custo esperado da violação continua baixo. Para a AED, a eficácia das normas depende mais da **probabilidade real de punição do que do tamanho abstrato da sanção**.

2. AED como filosofia jurídica e ferramenta metodológica

A AED não é apenas uma técnica de análise, mas uma **filosofia jurídica** que propõe compreender o Direito sob o prisma da eficiência. Assim, ao interpretar um caso, o jurista deve perguntar:

- qual decisão gera maior bem-estar social?
- qual solução minimiza custos globais?
- qual regra produz incentivos adequados para comportamentos futuros?
- há algum mecanismo jurídico que produz efeitos econômicos indesejáveis?

Isso permitiu desenvolver teorias como:

- **Teoria da Eficiência de Kaldor-Hicks** — **decisão eficiente é aquela que aumenta o bem-estar geral**, mesmo que alguns percam, desde que, em tese, seja possível compensá-los.
- **Teoria Coasiana dos Custos de Transação** — normas jurídicas devem reduzir custos de negociação entre particulares, aumentando a eficiência das interações.

• **Teoria do Custo Social de Pigou** – quando há externalidades negativas, o Direito pode corrigi-las via impostos, multas, regulação ou responsabilidade civil.

Essas ferramentas se tornaram essenciais para analisar contratos, responsabilidade civil, direito penal econômico, regulação estatal, concorrência, políticas públicas e decisões judiciais.

3. AED como instrumento de previsão de comportamentos

Ao observar padrões comportamentais, a AED consegue prever **como indivíduos reagirão diante de alterações legais**. Isso ocorre porque, em vez de presumir obediência automática, a AED presume que as pessoas:

- calculam vantagens;
- respondem aos incentivos criados pelo sistema jurídico;
- se adaptam estrategicamente às regras.

O Direito, portanto, **não apenas disciplina a conduta humana, mas altera estruturas de incentivos**.

Exemplos:

- leis trabalhistas rígidas podem desestimular contratações formais;
- aumento da probabilidade de condenação civil aumenta comportamentos preventivos das empresas;
- penas muito altas, mas de baixa efetividade, geram pouco efeito dissuasório;
- maior burocracia para abrir empresas tende a aumentar a informalidade.

Assim, **decisões judiciais têm efeitos para além do caso concreto e moldam comportamentos futuros de toda a sociedade**.

4. AED como ferramenta de tomada de decisão judicial

No plano jurisdicional, a AED oferece instrumentos para que o juiz compreenda:

- o impacto econômico de decisões;
- o comportamento provável das partes após a decisão;
- como diferentes interpretações podem gerar incentivos adequados ou desastrosos;
- a eficiência ou ineficiência de determinadas regras.

O **magistrado passa a ser visto como um agente que participa da alocação eficiente de recursos e da correção de externalidades**, e não apenas como aplicador automático da norma.

Exemplos de aplicação em decisões:

- definir indenização por danos materiais considerando incentivos para comportamentos futuros;
- modular efeitos de decisões em controle de constitucionalidade para evitar choques sistêmicos;

- determinar medidas protetivas ou coercitivas que maximizem resultados com o menor custo possível;
- analisar políticas públicas sob perspectiva de custo-benefício.

O **Direito Concorrencial**, o **Direito Regulatório**, o **Direito Ambiental**, o **Direito Civil (especialmente responsabilidade civil e contratos)** e o **Direito Penal Econômico** são as áreas onde a AED ganhou maior protagonismo.

5. Autores e evolução histórica

Para diferenciar na sua prova discursiva ALUNO(A) DC:

A AED consolidou-se nos Estados Unidos, principalmente **na Escola de Chicago**, com nomes como:

- **Ronald Coase** – custos de transação, Direito e economia da negociação.
- **Richard Posner** – maior expoente da AED aplicada ao Judiciário; juiz da Corte de Apelações do 7º Circuito; propôs que o Direito tem como função promover eficiência.
- **Gary Becker** – analisou o crime como decisão racional baseada em incentivos.
- **Guido Calabresi** – responsabilidade civil como mecanismo de alocação eficiente de riscos.

No Brasil, a partir dos anos 2000, a AED influenciou áreas como regulação, antitruste (CADE), governança pública, análise de impacto regulatório (AIR), contratos e políticas públicas.

6. Críticas à Análise Econômica do Direito

Nenhuma teoria sólida escapa a críticas. As principais objeções à AED são:

- a) **redução do comportamento humano a um cálculo utilitário**, ignorando elementos morais, psicológicos e sociais;
- b) **exagero da racionalidade**, pressupondo indivíduos que calculam custos e benefícios com perfeição – algo irreal;
- c) **risco de legitimar desigualdades**, quando decisões eficientes não coincidem com decisões justas;
- d) **centralidade excessiva da eficiência**, que não é – e não pode ser – o único valor jurídico;
- e) **risco de substituição da interpretação normativa por uma análise consequentialista ilimitada.**

Apesar disso, a AED é hoje indispensável para compreender o impacto das normas sobre comportamentos coletivos e decisões judiciais.

7. Síntese final para concursos

A Análise Econômica do Direito:

- usa conceitos da economia para entender o direito;
- presume racionalidade limitada e resposta a incentivos;

- explica e prevê comportamentos diante de normas;
- auxilia juízes na tomada de decisão eficiente;
- busca maximizar bem-estar social e minimizar custos;
- destaca externalidades, custos de transação e incentivos;
- influencia áreas como contratos, responsabilidade civil, regulação, concorrência e políticas públicas.

FGV - 2025 - TJ-TO - Juiz Substituto

Ao julgar uma demanda coletiva, que surgiu a partir do ajuizamento de ação civil pública em prol de determinado interesse transindividual benéfico a um grupo passível de ser individualizado, o magistrado competente se deparou com o argumento de que a sentença deveria ser sensível a um referencial de predição, que integra a análise econômica do direito. Ao refletir sobre o referido argumento, o magistrado observou corretamente que, em uma perspectiva econômica, a sentença deve

Alternativas

A promover a ponderação das consequências que advirão do acolhimento da pretensão formulada, considerando os diversos aspectos econômicos envolvidos;

PONTO 4.

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A **judicialização da política** é um fenômeno característico das democracias constitucionais contemporâneas, no qual temas originalmente destinados aos espaços políticos tradicionais (Legislativo e Executivo) passam a ser decididos pelo Poder Judiciário. Essa mudança de locus decisório faz com que conflitos morais, escolhas administrativas, políticas públicas, disputas institucionais e controvérsias de alta repercussão social sejam submetidos ao crivo dos tribunais — especialmente das Cortes Constitucionais.

A judicialização não é um “desvio de função”, mas **um fenômeno estrutural** decorrente do modelo constitucional adotado pelo país, do desenho institucional do sistema jurídico e do comportamento dos atores políticos e sociais.

1. Como a judicialização ocorre

A judicialização se manifesta quando:

Atores políticos, partidos, parlamentares, governadores, prefeitos ou mesmo o Ministério Público acionam o Judiciário para contestar atos de outros poderes.

Grupos sociais organizados recorrem às Cortes Constitucionais para assegurar direitos fundamentais.

Cidadãos individualmente buscam proteção jurídica contra omissões legislativas, excessos administrativos ou lesões a direitos.

Essas demandas, ao ingressarem no Judiciário, deslocam a tomada de decisão para juízes e ministros, que passam a arbitrar questões que, sob uma perspectiva clássica, deveriam ser definidas no processo político majoritário.

Esse fenômeno foi descrito por Luís Roberto Barroso como:

“a transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo”.

Assim, a judicialização não nasce da vontade do Judiciário, mas da iniciativa dos demais atores que **transferem a ele conflitos que já não conseguem resolver politicamente**.

2. Causas estruturantes da judicialização

A judicialização da política não decorre de ativismo, vontade pessoal de juízes ou expansão arbitrária do Judiciário. Ela resulta de um conjunto de fatores estruturais:

a) Constituição analítica e expansiva

A Constituição de 1988 é extremamente abrangente, detalhando políticas públicas, direitos sociais, normas programáticas e princípios abertos. Quanto mais extensa a Constituição, maior o número de temas sujeitos à interpretação constitucional.

b) Acesso amplo ao Judiciário

O sistema brasileiro prevê mecanismos amplos de controle de constitucionalidade, como ADI, ADC, ADO, ADPF e MS coletivo. Partidos políticos, entidades de classe e cidadãos possuem legitimidade ativa.

c) Crises políticas e omissões legislativas

Quando o Legislativo e o Executivo não conseguem dar respostas a problemas sociais — por paralisia institucional, impasses ou falta de consenso — grupos recorrem ao Judiciário.

d) Expansão dos direitos fundamentais

A sociedade contemporânea demanda proteção de novos direitos (saúde, moradia, educação, identidade de gênero, proteção do meio ambiente, bioética). Esses temas encontram guarida no texto constitucional, o que aumenta a busca pelo Judiciário.

3. Exemplos típicos de judicialização da política no Brasil

- políticas de saúde (fornecimento de medicamentos, obrigação de vagas em UTIs);
- políticas educacionais (expansão de vagas, transporte escolar);
- questões morais (união homoafetiva, interrupção de gravidez em casos específicos);
- conflitos federativos (competências entre União, estados e municípios);
- questões eleitorais (inelegibilidade, fidelidade partidária);
- omissões legislativas (adoção de medidas substitutivas pelo STF).

Essas decisões mostram como o Judiciário tornou-se ator central no processo político.

4. Implicações para a separação de poderes

A judicialização gera debates porque coloca o Judiciário no centro de decisões que impactam a sociedade como um todo. Isso levanta questões fundamentais:

a) Fortalecimento do controle constitucional

A judicialização pode proteger minorias, assegurar direitos fundamentais e corrigir excessos ou omissões dos outros poderes.

b) Risco de desequilíbrio institucional

Se o Judiciário decide temas essencialmente políticos, pode substituir a vontade do legislador democraticamente eleito.

c) A tensão entre legitimidade democrática e legitimidade constitucional

A legitimidade do Legislativo vem do voto.

A legitimidade do Judiciário vem da Constituição.

Quando essas legitimidades entram em choque, surgem debates sobre limites e competências.

5. Judicialização x Ativismo Judicial

É indispensável distinguir:

Judicialização

É fenômeno inevitável, estrutural, decorrente do funcionamento do sistema jurídico. O Judiciário é provocado e decide porque é obrigado a julgar.

Ativismo Judicial

É uma escolha interpretativa em que o Judiciário:

- amplia o alcance de normas;
- supre omissões legislativas sem fundamento direto;
- interfere mais do que o necessário na esfera dos poderes políticos.

Ou seja:

Judicialização é uma consequência do sistema.

Ativismo é um comportamento do juiz.

6. Impactos sobre a democracia

A judicialização pode ter efeitos positivos e negativos:

Efeitos positivos

- garante direitos fundamentais quando os poderes políticos falham;
- protege minorias que não conseguem influenciar o processo legislativo;

- promove accountability;
- limita arbitrariedades estatais.

Efeitos negativos

- desloca o debate político do espaço democrático para o espaço técnico;
- pode fragilizar a representatividade popular;
- cria dependência das decisões judiciais;
- gera politização do Judiciário e judicialização da política — fenômenos que se retroalimentam.

A grande pergunta contemporânea é: **como equilibrar proteção constitucional e legitimidade democrática?**

FGV - 2023 - TJ-PR - Juiz Substituto

Um fenômeno global do mundo contemporâneo que envolve o Poder Judiciário é aquilo que se convencionou chamar de “judicialização da política”.

Em termos básicos, a expressão “judicialização da política” deve ser entendida como:

Alternativas

C a expansão do protagonismo institucional e político dos tribunais em processos decisórios;

PONTO 5.

MICHEL FOUCAULT 1ª PARTE

O trabalho de Michel Foucault atravessa diversas áreas do conhecimento: filosofia, psicologia, história, sociologia e, naturalmente, o direito. Seu pensamento rompe com a busca tradicional de um conhecimento linear e contínuo. Para Foucault, **não existem “essências originárias”** capazes de explicar o surgimento das instituições ou dos saberes. Ele compara o trabalho intelectual ao do arqueólogo: alguém que escava camadas, identifica rupturas, transformações e emergências históricas, sem a pretensão de encontrar uma origem pura.

Foucault insiste que **nada pode ser explicado pela ideia de origem**, pois toda origem é uma construção posterior. O que existe, para fins de análise, é o **surgimento** dos fenômenos — acontecimentos contingentes que indicam caminhos possíveis para compreender como determinadas práticas e saberes se consolidaram ao longo do tempo.

Um exemplo clássico: o surgimento do hospital não revela a origem da medicina, mas oferece “achados arqueológicos” que permitem reconstruir a formação da prática hospitalar, suas mudanças, rupturas e novos modos de disciplinar corpos e produzir saber médico. Por isso, Foucault afirma que a sociologia — e, por extensão, as ciências humanas — são disciplinas arqueológicas, pois escavam práticas sociais para revelar suas condições históricas de possibilidade.

Arqueologia e genealogia: fundamentos filosóficos

Para compreender os métodos foucaultianos, é indispensável reconhecer sua adesão à abordagem filosófica inspirada em Nietzsche. Foucault cita Nietzsche intensamente e reconhece sua influência decisiva.

Na base do pensamento nietzschiano está a oposição entre **Apolo e Dionísio**, simbolizando modos distintos de compreender o mundo: ordem e medida, de um lado; força, potência e irrupção vital, de outro.

Em Nietzsche, não existe fundamento metafísico: a vida é luta, embate, conflito de forças. Foucault incorpora essa lógica: **todo saber nasce de relações de poder**, de disputas que moldam o que se torna verdadeiro, legítimo ou científico.

Assim, a história da medicina, da sexualidade, da criminologia, da educação e do próprio direito é, para Foucault, o resultado de **embates de poder**. A tarefa do analista social é observar essas disputas, suas estratégias e seus efeitos.

O tema central de toda sua obra é o **poder** — não como instituição, mas como relação, como prática, como força que atravessa corpos, saberes e instituições.

As duas fases principais do pensamento foucaultiano

O pensamento de Foucault passa por várias fases, mas duas se destacam:

Arqueologia do saber

Genealogia do poder

Na fase arqueológica, Foucault investiga o surgimento das práticas sociais e das ciências humanas. Em obras como *História da Loucura*, *O Nascimento da Clínica* e *As Palavras e as Coisas*, ele estuda **os modos de segregação, classificação e tipificação do louco**, mostrando como determinadas práticas transformaram a loucura em objeto médico.

A partir da década de 1970, porém, Foucault desloca seu foco para uma investigação mais profunda dos mecanismos de poder. **Em Vigiar e Punir e A Verdade e as Formas Jurídicas**, ele amplia o escopo de análise para compreender como os dispositivos de poder se espalham pela sociedade, moldando comportamentos, produzindo subjetividades e organizando formas de dominação.

Nesse momento, Foucault desenvolve conceitos fundamentais para a sociologia e para o direito, como o de **biopoder**.

Mascolo sintetiza:

“O poder alcança os corpos, os gestos, o controle das atitudes. Daí a noção de biopoder, domínio sobre a própria vida. O controle da sexualidade é uma manifestação evidente desse biopoder, internalizado pelos próprios sujeitos” (p. 162).

Dessa forma:

- **Arqueologia do poder** = investigação horizontal dos campos de produção do saber.
- **Genealogia do poder** = investigação vertical das práticas, mecanismos e efeitos do poder.

A genealogia é a fase mais penetrante da análise foucaultiana sobre sociedade e direito, pois investiga não apenas a formação histórica das práticas sociais, mas, sobretudo, os mecanismos concretos de poder que sustentam o discurso científico, jurídico e institucional.

A microfísica do poder: olhar para o concreto

Foucault rompe radicalmente com a tradição sociológica que analisa o poder a partir das grandes instituições (Estado, Exército, Judiciário). Para ele, o poder deve ser estudado **onde efetivamente se manifesta**: nas práticas concretas, nos gestos, nos procedimentos, nos micros conflitos cotidianos.

É a isso que chama de **microfísica do poder**.

Quando um jurista tradicional analisa o sistema carcerário, costuma olhar para:

- a LEP,
- a legitimidade do Estado para punir,
- a legalidade da execução penal.

Foucault propõe o “pulo do gato”: observar o que acontece dentro do presídio — o carcereiro, o policial, o delegado, o juiz, o agente penitenciário, o preso. É nesse plano microscópico que a realidade do sistema penal se revela. A lei é apenas fachada; a verdade está na prática.

Os cinco passos metodológicos da genealogia

1º **O poder deve ser analisado a partir de seus fenômenos extremos**, nas bordas do sistema, e não a partir do centro oficial. Por isso, sai-se do tribunal e vai-se ao carcereiro.

2º **Poder e direito não podem ser compreendidos por via dedutiva**. É a prática concreta que fundamenta qualquer teoria possível. O mundo jurídico formal frequentemente se distancia da realidade.

3º **O poder não se divide entre quem o tem e quem não o tem**. Ele circula em rede; todos exercem e sofrem poder simultaneamente.

4º **O poder não se analisa pela intenção, mas pela prática**. Importam os efeitos concretos: humilhar, controlar, normalizar, segregar.

5º **O poder não é ideológico**, não decorre de um grande projeto político global. O poder do carcereiro, por exemplo, é técnico, imediato, cotidiano, não “capitalista” ou “ditatorial” em essência.

Síntese

Para Foucault, o direito não reside principalmente nas leis, códigos ou instituições. Ele se manifesta:

- nas técnicas de vigilância;
- nas práticas disciplinares;
- nos modos de punir;
- nos saberes que legitimam exclusões;
- nos dispositivos que normalizam comportamentos.

O direito é resultado de uma **rede de práticas concretas**, que podem ou não coincidir com o que está formalmente previsto na norma.

PODER É ALGO QUE SE TRANSMITE EM REDE. Foucault

“O direito, ao não se limitar à forma estatal, torna-se difícil de delimitar. Mas essa é justamente a proposta foucaultiana: compreender o direito como aquilo que se cria socialmente nas práticas cotidianas de poder, e não como uma ideia cristalina definida pelos marcos legais” (p. 167).

Assim, Foucault não é um teórico do direito positivo, nem um opositor do direito positivo. Seu objetivo é **compreender o que, socialmente, foi construído como direito**, dentro ou fora dos limites normativos

MODELO PANÓPTICO NA VISÃO DE FOUCAULT

Foucault chamou este modelo disciplinar de arquipélago carcerário, nome bonito para dizer que **transitamos entre uma prisão e outra**. Neste arquipélago estende-se uma complexa rede de comunicação: psicólogos, conselhos tutelares, policiais, professores, gerentes, pais: os carcerários modernos. Somos levados de uma instituição a outra. A partir do momento que nossos corpos já foram suficientemente docilizados na escola, estamos prontos para a universidade, ou para o trabalho, dependendo de cada caso específico. **A disciplina não é a instituição, é o modelo que o poder utiliza em seus processos de subjetivação.**

Nossa sociedade não é de espetáculos, mas de vigilâncias: sob a superfície das imagens, investem-se os corpos em profundidade; atrás da grande abstração de troca, processa-se o treinamento minucioso e concreto das forças úteis; os circuitos da comunicação são os suportes de uma acumulação e centralização do saber; o jogo de sinais define os pontos e apoios do poder; a totalidade do indivíduo não é amputada, reprimida, alterada por nossa ordem social, mas o indivíduo é cuidadosamente fabricado, segundo uma tática das forças e dos corpos”

– Foucault, Vigiar e Punir

Nossa sociedade nos dá a ilusão de um espetáculo porque estamos embaixo dos holofotes constantemente, mas aos olhos do poder ela é uma máquina de inquérito e confissão. “Mostrem-se! Você são livres! Contem tudo! Estamos interessados em você! Queremos saber mais!” ... **a visibilidade é uma armadilha:**

Somos bem menos gregos que pensamos. Não estamos nem nas arquibancadas nem no palco, mas na máquina panóptica, investidos por seus efeitos de poder que nós mesmos renovamos, pois somos suas engrenagens”

– Foucault, Vigiar e Punir

“Através de vários mecanismos surge o homem moderno. Os processos de subjetivação são vários: a família nuclear, a escola, o exército, o hospital e caso tudo falhe, as prisões. Foucault se debruçou sobre o modelo de funcionamento destas instituições e dentre suas conclusões percebeu que todas funcionavam através do modelo panóptico, **figura arquitetural idealizada por Jeremy Bentham.**

PONTO 6.

MICHEL FOUCAULT – PARTE 2

VIGIAR E PUNIR E A CRÍTICA FOUCAULTIANA AO DIREITO PENAL E À SOCIEDADE DISCIPLINAR

No livro **Vigiar e Punir**, Foucault aplica seu método arqueológico e genealógico para investigar os pressupostos históricos, os **modos de vida e os mecanismos de opressão que marcam a modernidade penal**. Não se trata de um pensamento puramente descritivo ou neutro: trata-se de um pensamento crítico e militante, que pretende intervir na maneira como vemos o mundo. Os conceitos que ele cria são ferramentas para percebermos violências sutis, muitas vezes imperceptíveis a um olhar não treinado, e que atravessam as relações de poder em todos os níveis.

Foucault busca revelar como as individualidades, as subjetividades de cada um, **são capturadas por formas de violência simbólica e disciplinar que vão muito além dos discursos políticos formais do Estado**, do grande capital ou dos partidos. Sua arqueologia dos saberes, dos poderes e das disciplinas volta-se justamente para esses gestos mínimos, rotinas, formulários, regulamentos, protocolos que, à primeira vista, parecem neutros, mas são lugares concretos de exercício do poder.

Não é um projeto de revolução clássica (comunista ou socialista). Foucault quer, antes, **desvelar o jogo entre dominantes e dominados**, para que o dominado possa fazer uma espécie de “terapia de si”: perceber as correntes invisíveis que o aprisionam e, minimamente, abrir espaços de liberdade.

Para estudantes e profissionais do direito, esse pensamento é decisivo. Ele nos afasta da ilusão – frequente entre juristas – de que basta aplicar corretamente códigos, estatutos, ritos processuais, formar bons magistrados, garantir defensorias, celebrar o contraditório, o direito penal do fato, o garantismo, para que a justiça se realize.

Foucault mostra que, se não há respeito efetivo pelo indivíduo concreto, pelo corpo presente diante do juiz, todo esse edifício ritualístico pode se converter em **mais um instrumento de opressão**.

É verdade que não há mais suplícios públicos nos moldes do Antigo Regime. A tortura oficial foi proibida e, quando subsiste, tende a ser oficiosa. **O discurso penal se pretende humano; surgem exames criminológicos, relatórios psicossociais, discursos terapêuticos, justiça de ressocialização**. Porém, o autor nos convida a perceber algo mais profundo:

- a seletividade penal;
- os ilegalismos;
- o jogo político na escolha dos tipos penais;
- a razão pela qual a população carcerária se compõe majoritariamente de pobres, negros, pardos, semi-analfabetos;
- a centralidade do direito penal na proteção de bens ligados ao patrimônio e à ordem social dominante.

O direito penal, tal como funciona, é seletivo. Ele atua com rigor sobre furtos, roubos, pequenos estelionatos, **enquanto ilegalismos ligados às classes dominantes – fraudes complexas, evasão de divisas, grandes sonegações** – são frequentemente deslocados para tribunais especiais, esferas administrativas e sanções predominantemente patrimoniais, quase nunca implicando privação efetiva de liberdade.

Foucault nos convida, portanto, a revisar nossas ilusões jurídicas e a repensar nosso papel profissional: ao aplicar o direito, ao receber o corpo (o corpus) levado à justiça, qual é, de fato, o nosso lugar nesse mecanismo? Estamos apenas aplicando a legalidade ou também reproduzindo jogos de poder e exclusão?

O autor não defende a violação do princípio da legalidade. Antes, propõe que denunciemos:

- as parcialidades na escolha dos tipos penais;
- a assimetria entre ilegalismos populares e ilegalismos das elites;
- a generalização normativa que poupa os donos do capital e agrava a situação dos pobres;
- a hipertrofia de penas privativas de liberdade para delitos menores;
- o abuso do etiquetamento de indivíduos como “irrecuperáveis” ou “não adaptáveis”.

Seu projeto intelectual é o de destruir evidências, desnaturalizar universalidades, denunciar inércias e coerções do presente, deslocando o conhecimento para que fiquemos mais atentos ao nosso próprio tempo.

Dentro dessa arqueologia do saber, **Vigiar e Punir** tem um objetivo específico: reconstruir uma história da punição que revele a “alma moderna”, isto é, a maneira como julgamos, punimos e construímos uma verdade supostamente científica e neutral no âmbito do sistema de justiça, mas carregada de efeitos disciplinares e opressores.

2. O método genealógico em Vigiar e Punir

Em Vigiar e Punir, Foucault utiliza o método da **genealogia**: uma forma específica de estudar a história para explicar a existência e a transformação de saberes e práticas, sempre localizando esses saberes dentro de relações de poder.

Conhecimento e poder são indissociáveis:

- o poder produz saberes;
- saberes legitimam poderes;
- ideais de progresso, reeducação, ressocialização, humanização das penas podem funcionar como **retóricas modernas** que **dissimulam estratégias de controle social**.

Para Foucault, essas ideias não são neutras nem simplesmente benéficas. São, muitas vezes, **armas estratégicas**, instrumentos pelos quais as classes dominantes controlam a sociedade, construindo uma verdadeira **sociedade disciplinar**.

A disciplina se manifesta:

- na escolarização padronizada;
- na rotina hospitalar;
- na organização das fábricas;
- na arquitetura prisional;

– na regimentação do tempo e do espaço.

O autor, assim, desvela o poder para além de seus aspectos aparentes, reconstruindo seus elementos internos, sempre na lógica de uma relação: não há dominador sem dominado.

3. O direito de punir: corpos dóceis e úteis

Foucault mostra que o direito de punir, ao longo dos últimos séculos, passou a produzir **corpos dóceis e úteis**:

– dóceis: corpos obedientes, disciplinados;

– úteis: corpos produtivos, integrados à lógica econômica (o operário, o trabalhador disciplinado, o soldado eficiente).

Nesse contexto, o conceito de verdade também é posto em questão. A “verdade” científica, jurídica, psiquiátrica ou criminológica não é vista como algo eterno, puro e incorruptível, mas como **resultado de jogos de força**, de lutas e estratégias de poder.

O direito, nessa perspectiva, faz parte de uma verdadeira **anatomia política**: um conjunto de técnicas minuciosas de controle do corpo, da conduta, do tempo e do espaço, normalizando comportamentos e produzindo sujeitos enquadrados em padrões de normalidade.

4. As regras de trabalho em Vigiar e Punir

No livro, Foucault explicita algumas regras metodológicas:

1ª REGRA: não analisar os mecanismos punitivos apenas por seus efeitos repressivos imediatos, mas inseri-los em toda sua complexidade social, incluindo o que é subliminar e não dito.

2ª REGRA: compreender que métodos punitivos não são simples decorrências da lei escrita, **mas produtos de lutas de poder**. O poder se exerce na relação e cria técnicas, das quais os métodos punitivos são parte central.

3ª REGRA: reconhecer que a história do direito penal e das ciências humanas compartilha uma mesma matriz: uma tecnologia de poder que utiliza o discurso científico (psicologia, psiquiatria, criminologia) e a suposta neutralidade jurídica (legalidade) para montar símbolos e práticas de dominação.

4ª REGRA: analisar criticamente a entrada do saber científico na cena penal. Nos últimos séculos, o direito penal se tornou “científico”, incorporando relatórios, diagnósticos, pareceres. **Esse saber, porém, muitas vezes encobre escolhas políticas que investem os corpos com relações de poder, sob a aparência de neutralidade técnica.**

Em síntese, Vigiar e Punir reconstrói a história das microrrelações de poder para tornar visível como o direito penal, mesmo proclamando o princípio da legalidade, funciona como instrumento de poder de classe, produzindo a figura do anormal, do delinquente, destinado à exclusão e à docilização.

5 Três modelos históricos de punição

Foucault identifica três grandes modelos ou momentos na história da punição:

I) Modelo do poder soberano e das penas físicas (suplício);

II) Reforma humanista e a centralidade da detenção;

III) Modelo disciplinar e a sanção normalizadora.

a) Modelo do poder soberano e o suplício

No Antigo Regime, o suplício marca o corpo do condenado. Quebram-se ossos, queimam-se corpos, amputam-se membros. O sofrimento físico é um espetáculo público, cuidadosamente encenado, para renovar a força do soberano.

Não se trata de violência arbitrária e desordenada, mas de um **código jurídico da dor**: a intensidade do tormento é calculada, o processo penal é secreto e escrito, a confissão, obtida sob tortura, é a “rainha das provas”.

Quem viola a lei atinge o próprio soberano, identificado com a norma. O condenado é um inimigo interno, contra o qual o rei mobiliza sua força. Cada suplício reafirma a soberania. A pena, portanto, serve para:

- sustentar o medo pelo exemplo
- sacralizar a figura do soberano;
- marcar o corpo do delinquente como memória viva do crime e do poder punitivo.

b) Reforma humanista e generalização das penas

A partir do século XVIII, com as Luzes e a Revolução Francesa, o suplício passa a ser denunciado como bárbaro e desumano. Inicia-se a era dos códigos penais, da matematização das penas, da proporcionalidade, das atenuantes e agravantes, da individualização da pena.

Há uma mudança de foco: sai-se do espetáculo sangrento do corpo e entra-se na lógica da detenção, da prisão, da administração dos corpos por meio de regulamentos minuciosos. A pena de prisão torna-se central.

O discurso reformador proclama a ideia de:

- corrigir;
- reeducar;
- curar;
- ressocializar.

O suplício é substituído pelo som das fechaduras das celas. Técnicos (psiquiatras, assistentes sociais, psicólogos, diretores de presídio) substituem o carrasco. A punição assume uma forma aparentemente mais branda, mas se torna mais constante, cotidiana, onipresente.

Contudo, **Foucault mostra que essa reforma humanista também produz efeitos seletivos**: são as camadas populares que mais sofrem a ampliação e a generalização das penas, especialmente no campo dos delitos patrimoniais e dos comportamentos considerados desviantes.

c) Modelo disciplinar e sanção normalizadora

No século XIX, esses modelos desembocam naquilo que Foucault chama de **sociedade disciplinar**. Surge a sanção normalizadora, exercida por meio de uma micropenalidade disseminada em escolas, quartéis, fábricas, hospitais, prisões.

A sanção normalizadora:

- corrige atrasos, faltas, indisciplinas;
- classifica comportamentos;
- hierarquiza indivíduos;
- recompensa e pune no plano micro.

O direito positivo já não é suficiente para descrever as relações de poder. É nas normalizações disciplinares, nos exames, laudos, avaliações, diagnósticos, que o poder se enraíza. Surge a **anatomia política do corpo**: o corpo é treinado, domesticado, aperfeiçoado para ser útil e obediente.

Instituições disciplinares – como escolas, exércitos, hospitais e prisões – espacializam e temporalizam a vida. O espaço é cuidadosamente organizado, o tempo é cronometrado, os exercícios são seriados, as capacidades individuais são medidas.

Para controlar tudo isso, emerge a **vigilância hierárquica**, culminando no modelo do **panóptico** de Jeremy Bentham, que se torna, em Foucault, metáfora privilegiada da sociedade disciplinar. VISTO NA PRIMEIRA PARTE

6. Ilegalismos e seletividade penal

Foucault diferencia **ilegalidade** de **ilegalismo**.

- Ilegalidade: simples infração à norma jurídica (em geral penal).
- Ilegalismo: política de classe que está por trás da seleção do que será crime, de quem será punido e de como a punição será aplicada.

Os **ilegalismos populares** – de bens, operário, possessório – enchem as prisões, que se tornam verdadeiras máquinas de produção e administração da delinquência. Enquanto isso, ilegalismos das classes dominantes (fraudes financeiras, evasão fiscal, ilícitos sofisticados) são frequentemente tratados em instâncias especiais, com sanções menos aflitivas.

Assim, a lei, embora formalmente geral, é aplicada de modo seletivo, atingindo com maior rigor as classes dominadas. A prisão aparece como elo entre ilegalidade e delinquência, reforçando o estigma sobre os mais pobres e legitimando o controle sobre eles.

Para Foucault, não existe uma “natureza criminoso” em certos indivíduos. Todos são, em tese, capazes de cometer crimes ou não cometê-los. O que define o crime e o criminoso numa sociedade disciplinar é um jogo de forças, uma decisão política, simbólica e seletiva.

Os diálogos sociais não são puros, racionais e transparentes, como imaginavam os gregos idealizados. Eles são atravessados por poderes subjacentes. A prisão, longe de ser um instrumento neutro de punição, é um mecanismo de produção de delinquentes, de classificação de anormais, de docilização de corpos.

O dominante também não é plenamente livre, pois depende do dominado e se encontra preso à lógica do sistema que o sustenta. Em certa medida, todos estamos aprisionados em dispositivos disciplinares que nos moldam, normalizam e controlam.

Foucault sugere, timidamente, algumas saídas: pequenas indisciplinas, gestos de resistência, atitudes que desestabilizem a ordem disciplinar. Não há uma grande receita libertadora, mas há a proposta de uma vigilância crítica sobre o poder e sobre nós mesmos, para que sejamos menos dogmáticos, menos proprietários de verdades absolutas e mais abertos a uma perspectiva emancipatória na prática jurídica.

PONTO 7.

PENSAMENTO DE CAIO PRADO JR. E RAIMUNDO FAORO

Capitalismo periférico, patrimonialismo e a “legalidade de Estado” no Brasil

Caro ALUNO (A) DC nossa proposta aqui é apresentar, de forma didática e crítica, como Caio Prado Jr. e Raimundo Faoro interpretaram a formação da sociedade brasileira, o papel do Estado e a estrutura do nosso capitalismo. Esses autores ajudam a entender por que, entre nós, o Direito tende a servir mais ao Estado e às elites do que à sociedade e à cidadania.

1 Capitalismo tardio, periférico e dependente

Segundo a leitura de Caio Prado Jr. e Raimundo Faoro, o Brasil se inseriu no capitalismo mundial de maneira **tardia, periférica e dependente**.

a) Capitalismo tardio

A lógica capitalista industrial só se firmou no Brasil, de forma mais consistente, no final do século XIX e início do século XX. Até então, predominavam:

- economia agrário-exportadora;
- base escravista;
- ausência de um mercado interno robusto;
- fraca industrialização.

Isso faz com que o Brasil não tenha passado por um ciclo “clássico” de constituição de uma burguesia nacional autônoma, industrial e urbana, como ocorreu em países centrais da Europa.

b) Capitalismo periférico

O Brasil entrou no sistema capitalista mundial na condição de **periferia**, isto é, como **fornecedor de matérias-primas e produtos primários** (açúcar, café, minérios), dependendo estruturalmente do centro capitalista (Europa, depois EUA) para:

- financiamento;
- tecnologia;
- investimentos;
- definição de preços internacionais.

c) Capitalismo dependente: Nos termos que Fernando Henrique Cardoso trabalharia como sociólogo, trata-se de um **capitalismo dependente**:

- o capital que financia a industrialização e a infraestrutura é majoritariamente externo;
- a economia nacional fica vulnerável à balança comercial, às oscilações de moeda, às crises internacionais;
- não se constrói um ciclo pleno de acumulação endógena de capital.

2 Capitalismo orientado e apropriação de classe do Estado

Em Caio Prado Jr. e Raimundo Faoro, acrescenta-se uma qualificação importante: o capitalismo brasileiro é **orientado**.

Isso significa que:

- as classes dominantes (oligarquia rural, alta burguesia urbana, grandes famílias empresariais) se apropriam do Estado;
- o Estado é utilizado para orientar, proteger e ampliar os interesses econômicos desses grupos;
- políticas públicas, crédito, incentivos fiscais, obras de infraestrutura e legislação são, em larga medida, desenhados para garantir a acumulação de capital dessa elite.

Não se trata apenas de “capitalismo de mercado”, mas de uma forma de **capitalismo de Estado**, em que o aparelho estatal funciona como extensão dos interesses privados dos grupos dominantes.

Um elemento central nessa estrutura é a **origem escravocrata** do trabalho no Brasil. A mão de obra escravizada não foi reconhecida como classe trabalhadora dotada de direitos, nem como “proletariado” nos moldes clássicos:

- o trabalho manual foi desvalorizado;
- ao contrário da ética protestante (em que o trabalho é vocação e dignidade), aqui o trabalho braçal é associado à subalternidade;

– a passagem do trabalho escravo ao trabalho “livre” não produziu um proletariado forte, organizado e dotado de altos níveis de proteção social.

3 Patrimonialismo português e o Estado sem povo

Raimundo Faoro, em “Os Donos do Poder”, fundamenta essa análise no conceito de **patrimonialismo português**:

- o Estado português, desde a colonização, foi um Estado arrecadador e extrativista, interessado sobretudo em tributar e explorar recursos (ouro, açúcar, madeira), não em construir cidadania;
- a Coroa confundia patrimônio público com patrimônio do rei, criando um **Estado patrimonialista**, em que cargos, honras e concessões eram distribuídos como favores, e não como funções técnicas;
- o direito público se tornou altamente detalhista, sofisticado, técnico, voltado à administração do Estado, enquanto o direito privado ficava relegado aos usos e costumes locais, aos “poderes privados” dos donatários e senhores de terras.

Resultado:

- formou-se um **Estado forte, mas sem povo**;
- há Estado, mas não há sociedade organizada como sujeito de direitos;
- o direito é, antes de tudo, direito do Estado sobre as pessoas, e não direito das pessoas em face do Estado.

Caio Prado Jr. acrescenta que, no Brasil colonial, praticamente não houve distinção clara entre Estado e certos direitos civis. A legalidade era, em sua essência, **legalidade estatal**, que regulava as relações entre a Coroa e seus agentes, mas deixava as relações privadas sob o controle dos grandes proprietários.

Ser subordinado ao Estado (e aos seus delegados locais) tornou-se um elemento estruturante da nossa cultura jurídica. Isso gerou verdadeira **institucionalização da subordinação**.

4 Capitalismo patrimonialista sem revolução burguesa

Florestan Fernandes ressalta que o Brasil viveu um **capitalismo patrimonialista sem revolução burguesa**:

- não houve um rompimento histórico radical com as elites escravocratas;
- a passagem ao capitalismo preservou o poder das antigas oligarquias, recicladas como burguesia agrário-industrial;
- a estrutura oligopólica da economia permaneceu intacta ou até se fortaleceu.

Exemplos contemporâneos ilustram essa lógica (use isso na prova):

- relações promíscuas entre BNDES e grandes empreiteiras ou conglomerados;
- perdões fiscais e renúncias tributárias em benefício de grandes grupos econômicos;

- subsídios e benefícios direcionados ao agronegócio de exportação;
- privatização dos lucros e socialização dos prejuízos (quando há crise, o Estado socorre; quando há lucro, este permanece com o grupo privado).

Trata-se de uma forma de “capitalismo de compadrio”, em que a pergunta “você sabe com quem está falando?” sintetiza a lógica de privilégios, redes pessoais e favores.

5 Legalidade de Estado e exclusão da sociedade

Nesse contexto, a legalidade no Brasil assume traços específicos:

- a legalidade se pretende **neutra e técnica**, independente da vontade política;
- porém, na prática, ela se constitui como **legalidade de Estado**, voltada a garantir o funcionamento da máquina estatal e a proteção dos interesses da alta burguesia ali articulada;
- a sociedade como um todo, especialmente os setores populares, permanece **fora da coordenação efetiva pelas leis**, vivendo nas margens, regulada por usos e costumes, informalidade, acordos de ocasião.

Há, portanto, uma assimetria:

- para o Estado e para os grandes grupos econômicos, o direito funciona como instrumento de planejamento, blindagem e investimento;
- para o povo, o direito aparece frequentemente como mecanismo de controle, repressão e subordinação (direito penal seletivo, burocracia excludente, dificuldade de acesso à justiça, insegurança fundiária, etc.).

A tese central de *Os Donos do Poder*, de Raymundo Faoro, é a de que o Brasil foi estruturado sob um **patrimonialismo de raiz portuguesa**, no qual o Estado é apropriado por um **estamento burocrático** — um corpo de servidores, magistrados, administradores e grupos ligados à Coroa — que se sobrepõe à sociedade, governa em causa própria e se distancia da nação.

Segundo Faoro:

- não houve, no Brasil, um Estado liberal-burguês;
- o Estado veio “pronto” de Portugal, já patrimonialista e centralizador;
- a elite estatal — **o estamento burocrático** — controla o aparelho estatal como patrimônio privado;
- a sociedade civil é frágil e pouco integrada ao processo decisório;
- Estado e sociedade nunca se fundiram em um projeto nacional comum.

Essa elite estatal captura o poder político e mantém sua reprodução ao longo dos séculos, **distanciando-se da nação**, que permanece subordinada.

Conclusão geral

Caio Prado Jr. e Raimundo Faoro ajudam a compreender que:

O capitalismo brasileiro é tardio, periférico, dependente e orientado pelos interesses de uma minoria que captura o Estado.

O patrimonialismo português legou-nos um Estado forte e centralizado, com direito público sofisticado, mas com frágil proteção de direitos privados e sociais.

Não houve uma revolução burguesa que democratizasse o acesso ao poder e ao direito; a estrutura oligárquica foi mantida e adaptada.

A legalidade no Brasil se consolidou, historicamente, como **legalidade de Estado**, mais voltada à conservação de privilégios do que à realização de um projeto republicano de cidadania e igualdade.

Prova: 2025 - TJ-RJ - Juiz Substituto

Aponta Raymundo Faoro, em sua obra seminal *Os donos do poder*, que:

De d. João I a Getúlio Vargas, numa viagem de seis séculos, uma estrutura político-social resistiu a todas as transformações fundamentais, aos desafios mais profundos, à travessia do oceano largo. O capitalismo politicamente orientado – o capitalismo político, ou o pré-capitalismo –, centro da aventura, da conquista e da colonização moldou a realidade estatal, sobrevivendo e incorporando na sobrevivência o capitalismo moderno, de índole industrial, racional na técnica e fundado na liberdade do indivíduo – liberdade de negociar, de contratar, de gerir a propriedade sob a garantia das instituições.

(Faoro, Raymundo. *Os donos do poder*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021)

Uma tese central das análises de Raymundo Faoro sobre a formação do estado brasileiro consiste em defender que

Alternativas

- A) os donos do poder lutaram, desde o Brasil colônia, contra a lógica patrimonialista europeia.
- B) a história sociopolítica brasileira revela a relação indissociável entre o Estado e a Nação.
- C) a herança neopositivista influenciou as instituições políticas brasileiras no período colonial.
- D) os estamentos burocráticos das instituições políticas brasileiras distanciaram-se da nação.
- E) o monetarismo herdado das instituições portuguesas organizou a formação do Estado brasileiro.

GABARITO D

PONTO 8.

JUSTIÇA COMUTATIVA, JUSTIÇA PREDITIVA, PRAGMATISMO JURIMÉTRICO E EQUIDADE

Justiça Comutativa

A justiça comutativa é um dos três tipos clássicos de justiça descritos por Aristóteles (as outras são a distributiva e a corretiva).

Ela se aplica **às relações horizontais**, isto é, às relações **entre particulares**, e seu objetivo é **restaurar o equilíbrio** quando uma das partes sofre perda indevida ou quando ocorre vantagem injustificada.

Características essenciais:

- busca a **igualdade aritmética**: o que um perde deve equivaler ao que o outro ganha;
- atua, por exemplo, em casos de responsabilidade civil, contratos e obrigações;
- é uma justiça corretiva: corrige um desequilíbrio concreto entre duas partes.

Por isso, não se adequa ao enunciado, que tratava de uma **dimensão qualitativa da decisão judicial**, e não de recomposição de perdas e ganhos entre particulares.

Justiça Preditiva

A justiça preditiva é um conceito contemporâneo, relacionado ao uso de **inteligência artificial, big data e algoritmos** para prever:

- resultados judiciais;
- probabilidades de êxito processual;
- tendências decisórias de tribunais.

É a chamada “**justiça do futuro**”, baseada no tratamento massivo de dados.

Não guarda relação com Aristóteles ou com o problema da justiça do caso concreto, razão pela qual também não se ajusta ao enunciado.

3 Pragmatismo Jurimétrico

O pragmatismo jurimétrico utiliza ferramentas **estatísticas e matemáticas** para analisar fenômenos jurídicos. Ele procura identificar padrões com base em números, dados empíricos e probabilidades.

Está ligado à ideia de que o direito deve ser compreendido não apenas como teoria, mas como prática mensurável.

Exemplos:

- cálculo de tempo médio de tramitação processual;
- análise de taxa de improcedência;
- estudo de padrões decisórios com base em dados comparativos.

Também não tem relação com a discussão filosófica da justiça e da equidade.

4 A Equidade

A **Equidade** (epieikeia, em Aristóteles) é a “última peça” para complementar a teoria aristotélica da justiça, pois representa o **corretivo da lei geral**.

Aristóteles afirma que:

- a lei é sempre geral, abstrata;
- porém, a vida real é complexa e cheia de singularidades;
- quando a aplicação rígida da lei gera injustiça, o juiz deve **flexibilizar** a regra para atender ao caso concreto.

Equidade, portanto, é:

- o **justo além da lei**, mas nunca contra a lei;
- a adequação da norma às circunstâncias específicas;
- a realização da justiça material, e não apenas da justiça formal.

Aristóteles explica a equidade usando a metáfora da **Régua de Lesbos**:

- era uma régua feita de chumbo, flexível, utilizada para acompanhar a forma irregular das pedras;
- assim também deve proceder o julgador: adaptar a “régua da lei” às peculiaridades do caso.

A equidade corrige a lei **não porque a lei seja má**, mas porque é **inevitavelmente geral**, enquanto os fatos da vida são particulares.

Etimologicamente, *aequitas* significa:

- igualdade;
- simetria;
- conformidade com o justo;
- imparcialidade.

É um conceito que busca a **justiça no caso concreto**, e não apenas a justiça abstrata prevista na lei.

Equidade no Direito Brasileiro

No sistema processual brasileiro, a equidade é reconhecida, mas **não é de uso livre**: O **art. 140 do CPC** determina:

“O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”

PONTO 9.

IMPERATIVOS CATEGÓRICOS DE KANT

O pensamento de Immanuel Kant desenvolveu-se em **três grandes fases**, que revelaram a progressiva evolução do seu pensamento.

Em **um primeiro momento**, Kant dedicou-se a **temas das ciências da natureza**, como física, astronomia e cosmologia, ainda sob forte influência do racionalismo moderno. Em uma **segunda fase**, **passou a tratar de questões propriamente filosóficas**, dialogando com problemas

clássicos da metafísica, do conhecimento e da razão, ainda sem romper definitivamente com os pressupostos tradicionais do pensamento moderno. **Apenas em sua terceira fase Kant formulou, de modo sistemático, o **crítica filosófica****, estabelecendo os fundamentos de seu método e inaugurando uma nova forma de pensar a filosofia.

Esse desenvolvimento intelectual ocorreu em um contexto histórico marcado pela ascensão da burguesia europeia, pela consolidação do liberalismo e pela crise das estruturas do Antigo Regime. É nesse cenário que Kant procurou oferecer uma fundamentação racional tanto para o conhecimento quanto para a moral, o direito e o Estado.

O ponto de inflexão decisivo em sua trajetória foi o impacto do pensamento de David Hume. O próprio Kant afirmou que Hume o **teria despertado de seu “sono dogmático”**. Ao demonstrar que não é possível obter conhecimento necessário e universal apenas a partir da experiência, especialmente no que se refere a noções como causalidade, Hume colocou em crise as pretensões do racionalismo clássico. **Para Hume, a experiência é a única fonte de conteúdos do conhecimento**, e tudo aquilo que ultrapassa a percepção sensível carece de fundamento seguro. Kant aceitou a crítica humiana ao racionalismo, mas recusou a conclusão cética do empirismo.

A questão do conhecimento tornou-se, então, o eixo central da filosofia kantiana. No contexto do século XVIII, a **filosofia encontrava-se dividida entre duas grandes correntes**. O **racionalismo** sustentava que o **conhecimento verdadeiro derivaria de ideias inatas ou princípios prévios à experiência**, mas enfrentava o problema de explicar sua ligação com a realidade concreta.

O **empirismo**, por sua vez, **reduzia o conhecimento à experiência sensível imediata**, mas não conseguia justificar a universalidade e a necessidade de certos juízos científicos e morais.

A proposta de Kant não se identificou com nenhuma dessas posições. **Ele formulou uma síntese original que deu origem ao idealismo alemão**. Kant reconheceu, com Hume, que todo conhecimento começa com a experiência, mas sustentou que ele não se reduz a ela. A experiência fornece o conteúdo, **mas a forma do conhecimento é dada pelo sujeito**. Conhecer não é apenas receber passivamente impressões do mundo, mas organizar essas impressões segundo estruturas racionais.

Kant rejeitou a ideia de que a percepção permita o acesso direto às coisas em si. Segundo ele, aquilo que conhecemos não são as coisas como elas são em si mesmas, mas os fenômenos, isto é, as coisas tal como se apresentam ao sujeito do conhecimento. Fenômeno, na acepção kantiana, designa o modo como o objeto aparece aos nossos sentidos e é organizado por nossas estruturas cognitivas. A coisa em si (noumeno) permanece incognoscível.

VAMOS EXPLICAR MELHOR:

Kant tentou resolver um problema que dividia a filosofia do seu tempo. De um lado, os racionalistas diziam que o conhecimento verdadeiro vinha de ideias prévias da razão. De outro, os empiristas afirmavam que tudo vinha da experiência sensível. Kant percebeu que **ambos estavam parcialmente certos e parcialmente errados**. Por isso, sua proposta não se identificou integralmente com nenhuma dessas posições.

Kant concordou com Hume em um ponto fundamental: **ninguém conhece nada sem experiência**. Se uma pessoa nunca viu cores, sons ou objetos, ela não terá conteúdos para pensar. Nesse sentido, todo conhecimento **começa** com a experiência. Mas Kant deu um passo além e afirmou que o conhecimento **não se esgota** na experiência.

A experiência, para Kant, funciona como a matéria-prima do conhecimento. Ela fornece os dados brutos: cores, sons, formas, movimentos. No entanto, esses dados, sozinhos, não produzem conhecimento algum. Eles precisam ser organizados. **E quem faz essa organização não é o mundo, mas o próprio sujeito que conhece.**

Em outras palavras, **conhecer não é apenas receber informações**, como se a mente fosse uma folha em branco que copia a realidade. Conhecer é **dar forma racional** àquilo que é percebido. A mente humana possui estruturas que organizam aquilo que os sentidos captam. Essas estruturas funcionam como moldes ou filtros.

Um exemplo simples ajuda a entender. Imagine alguém olhando para uma rua movimentada. Os sentidos captam uma enorme quantidade de estímulos: carros, pessoas, sons, cores, movimentos. Se a mente apenas recebesse tudo isso de forma passiva, haveria apenas confusão. O que permite dizer “um carro passou”, “alguém atravessou a rua” ou “houve um acidente” é o fato de que a mente organiza esses dados segundo noções como espaço, tempo, causa e efeito. Essas noções não vêm da rua, mas do sujeito.

Por isso Kant afirmou que **a experiência fornece o conteúdo**, mas **a forma do conhecimento é dada pelo sujeito**.

Essa ideia levou Kant a rejeitar outra tese tradicional: a de que, ao perceber algo, conhecemos a coisa exatamente como ela é em si mesma. Para Kant, isso não é possível. O que conhecemos nunca é a coisa “em si”, mas a coisa **tal como ela aparece para nós**.

Aqui entra a distinção central entre fenômeno e coisa em si.

Fenômeno é aquilo que aparece aos nossos sentidos e é organizado pelas estruturas da nossa mente. Já a coisa em si (ou *noumeno*) é aquilo que existe independentemente de como a percebemos, mas que **não pode ser conhecido diretamente**.

Um exemplo clássico ajuda muito. Pense em um óculos com lentes coloridas. Tudo o que você vê passa pelas lentes. Você consegue ver objetos, formas e movimentos, mas nunca vê os objetos “sem lente”. Você vê sempre o objeto **do modo como ele aparece através das lentes**. As lentes não criam o objeto, mas determinam como ele aparece para você. **Para Kant, nossas estruturas cognitivas funcionam como essas lentes.**

Outro exemplo: quando dizemos que uma bola quebrou uma janela, automaticamente afirmamos que a bola foi a causa e a quebra foi o efeito. Essa relação causal não foi “vista” pelos olhos. Os olhos viram apenas um movimento e depois o vidro quebrado. A ideia de causa e efeito foi colocada pela mente. Logo, o que conhecemos não é a coisa em si, mas o fenômeno organizado pela razão.

Assim, quando Kant diz que a coisa em si é incognoscível, ele não está negando que ela exista. Ele está dizendo que **não temos acesso a ela sem as mediações da nossa própria mente**. Tudo o que conhecemos já passou pelas formas da sensibilidade e pelas categorias do entendimento.

Essa é a grande virada kantiana:

o conhecimento não gira mais em torno do objeto, mas do sujeito. Não é a mente que deve se ajustar às coisas; são as coisas que aparecem conforme as condições do sujeito que conhece. É por isso que Kant inaugura o idealismo alemão e transforma profundamente a filosofia moderna.

Isso significa que o conhecimento não depende apenas do objeto, mas sobretudo do sujeito que conhece. **Se os objetos se apresentassem aos sentidos sem que o sujeito possuísse estruturas capazes de organizá-los, não haveria conhecimento possível.** O fenômeno é, portanto, o resultado da relação entre a experiência sensível e as formas do entendimento. Mais importante do que o objeto visto é o sujeito que vê, pois é ele quem transforma o fenômeno em objeto de pensamento.

Essa perspectiva permitiu a Kant enfrentar uma questão central: **como é possível o conhecimento universal?** Por que, por exemplo, todos reconhecem uma torre como sendo uma torre? **O empirismo responderia que isso ocorre porque todos veem o mesmo objeto.** Contudo, se o conhecimento dependesse exclusivamente da experiência, não haveria garantia de uniformidade, pois as experiências são sempre particulares e contingentes. Para Kant, a explicação não está na coisa em si, mas nas estruturas comuns a todos os sujeitos racionais.

Daí decorre a **noção de estruturas a priori do conhecimento.** Essas estruturas não são inatas no sentido metafísico ou teológico, como se fossem essências infundidas no homem, mas também não são adquiridas pela experiência. **São condições universais e necessárias que tornam a experiência possível.** Kant distinguiu essas estruturas em dois grandes grupos.

As formas da sensibilidade, espaço e tempo, são as condições pelas quais os fenômenos podem ser percebidos. Todo objeto da experiência é necessariamente situado no espaço e no tempo. Já as categorias do entendimento são conceitos puros que permitem organizar intelectualmente o conteúdo sensível. Entre elas estão quantidade, qualidade, causalidade, necessidade, possibilidade, entre outras. Sem essas categorias, a experiência seria um fluxo caótico de impressões.

É nesse contexto que Kant formulou **a noção de juízos sintéticos a priori, considerados o núcleo de sua teoria do conhecimento.**

Os juízos sintéticos a posteriori são aqueles que dependem da experiência e acrescentam um predicado contingente ao objeto, como quando se afirma que uma parede é branca.

Já os juízos analíticos apenas explicitam aquilo que já está contido no conceito, não ampliando o conhecimento. Os juízos sintéticos a priori, por sua vez, são universais e necessários, mas não derivam da experiência. Um exemplo clássico é o princípio da causalidade: ao afirmar que todo efeito tem uma causa, não se trata de uma observação empírica isolada, mas de uma condição necessária para que qualquer experiência seja possível. **A causalidade é uma categoria que antecede a experiência e a torna inteligível.**

A filosofia prática de Kant desenvolveu-se a partir da crítica da razão prática e culminou na formulação de sua teoria moral, cujo núcleo é o conceito de dever e a ideia de boa vontade. **Para Kant, a moralidade não se mede pelos resultados da ação, mas pela intenção que a**

orienta. O dever consiste no cumprimento de uma regra, enquanto a moralidade reside no querer cumprir esse dever unicamente por respeito à lei moral. A boa vontade é aquela que age não por inclinações, interesses ou consequências, mas pelo simples fato de ser correto agir assim.

Para Kant, uma ação não é moralmente boa porque produziu um bom efeito, mas porque foi praticada **pela razão correta**. Se alguém age bem apenas porque espera um benefício, um elogio ou quer evitar uma punição, essa ação pode até ser correta do ponto de vista externo, mas **não é moral** no sentido kantiano. A moralidade não se mede pelas consequências, e sim pela **intenção que orientou a vontade**.

É nesse ponto que surge a distinção entre dever, moralidade e boa vontade. O dever consiste simplesmente em cumprir uma regra. Uma pessoa pode cumprir a lei por medo da punição, por interesse pessoal ou por conveniência. Já a moralidade exige algo a mais: exige que o sujeito **queira cumprir o dever apenas porque reconhece racionalmente que ele deve ser cumprido**. Quando alguém age assim, sua vontade é considerada uma boa vontade.

A boa vontade é, para Kant, o único bem verdadeiramente incondicional. Ela não age por inclinação, interesse, prazer ou expectativa de resultado. Ela age porque **é correto agir assim**. Por exemplo, imagine um comerciante que cobra preços justos. Se ele age honestamente apenas para manter a clientela e lucrar mais no futuro, sua ação é correta, mas não moral. Se ele cobra preços justos porque entende que enganar o cliente é errado, independentemente de prejuízo ou vantagem, então sua ação possui valor moral.

Para esclarecer como a razão orienta a ação, Kant distinguiu dois tipos de imperativos, isto é, de comandos da razão: os imperativos hipotéticos e os imperativos categóricos.

Os imperativos hipotéticos são condicionais. Eles dizem o que deve ser feito **se** o sujeito quiser alcançar determinado fim. Funcionam como regras técnicas ou pragmáticas. Por exemplo: “Se você quer passar no concurso, deve estudar”; “Se quer ser respeitado no trabalho, deve agir com educação”. Esses imperativos não são morais em si mesmos, pois dependem do desejo ou interesse do agente. Quem não quer o fim, não está obrigado ao meio.

Já o imperativo categórico é completamente diferente. Ele não depende de desejos, interesses ou objetivos particulares. Ele ordena a ação **de forma incondicionada**. O sujeito deve agir assim não para alcançar algo, mas porque a própria ação é racionalmente necessária. O imperativo categórico vale para todos, em todas as situações, justamente porque não se apoia em circunstâncias específicas.

Kant formulou o imperativo categórico de diversas maneiras, que expressam a mesma ideia fundamental. A mais conhecida afirma que se deve agir apenas segundo máximas que possam ser universalizadas. Em termos simples, isso significa perguntar: **“E se todos agissem da mesma forma?”** Se a regra da minha ação não puder valer para todos sem contradição, então ela não é moral.

Por exemplo, mentir para obter vantagem pode parecer útil em uma situação concreta. Mas, se todos mentissem sempre que fosse conveniente, a própria ideia de verdade perderia sentido,

tornando a mentira impossível como prática eficaz. Logo, mentir não pode ser universalizado e, portanto, não é moral.

Outra formulação essencial do imperativo categórico estabelece que se deve tratar a humanidade, tanto em si quanto nos outros, sempre como um fim e nunca apenas como um meio. Isso significa que ninguém pode ser usado apenas como instrumento para atingir objetivos pessoais. Explorar, enganar ou manipular pessoas, ainda que produza bons resultados, é moralmente inadmissível, pois viola a dignidade racional do ser humano.

Assim, o imperativo categórico funciona como o critério racional supremo da moralidade. Ele não diz o que é conveniente, útil ou vantajoso, mas o que é **correto em si mesmo**. Agir moralmente, para Kant, é submeter a própria vontade à razão, reconhecendo que certas ações devem ser praticadas não por interesse, mas por dever. É nessa submissão racional da vontade que se encontra o núcleo da moral kantiana.

Nesse contexto, **Kant distinguiu os imperativos hipotéticos dos imperativos categóricos. Os imperativos hipotéticos orientam a ação em função de um fim específico, sendo típicos da técnica e do pragmatismo.**

Já **o imperativo categórico** orienta a **ação de forma incondicionada, independentemente de fins externos**. Ele obriga sem restrições, sem exceções e sem condicionantes. Sua formulação clássica **estabelece que se deve agir apenas segundo máximas que possam ser universalizadas, tratar a humanidade sempre como fim e nunca apenas como meio, e agir como se a máxima da ação devesse tornar-se lei universal da razão.**

Essa concepção fundamentou a noção de dignidade da pessoa humana, segundo a qual **o indivíduo é um fim em si mesmo**. Kant não admitiu a flexibilização do imperativo categórico na vida prática, o que levou autores contemporâneos, como Mascaró, a apontarem certa fragilidade em sua moral, por desconsiderar as desigualdades concretas e as diferentes posições sociais dos sujeitos.

No campo jurídico, **Kant distinguiu o direito da moralidade, embora reconhecesse entre ambos uma forma comum. O direito não se ocupa da motivação interna do sujeito, mas do cumprimento externo da norma. Já a moral exige que o cumprimento decorra da vontade orientada pelo dever.** Apesar dessa distinção, direito e moral compartilham o mesmo fundamento último: a autonomia da vontade e o imperativo categórico. Ambos se inserem na doutrina dos costumes e derivam da unidade da razão prática.

Kant concebeu, assim, um direito da razão, capaz de servir como critério crítico em relação ao direito positivo quando este contrariar a racionalidade. Trata-se de um direito natural moderno, não fundado na natureza empírica, mas na razão. Essa concepção, contudo, é alvo de críticas por legitimar formalmente relações de liberdade e igualdade que encobrem desigualdades estruturais, especialmente no contexto do capitalismo.

No plano político, Kant elaborou um contratualismo peculiar. O contrato social não foi concebido como um fato histórico, mas como uma ideia reguladora da razão. Ele expressa a necessidade de uma organização jurídica que garanta a liberdade dos indivíduos em convivência. O estado de

natureza, igualmente, não é um dado empírico, mas uma hipótese racional que revela a impossibilidade da justiça sem o direito.

Para Kant, apenas uma forma republicana de Estado pode garantir efetivamente a liberdade. O arbítrio fundamenta sociedades anárquicas ou despóticas, enquanto o direito fundamenta sociedades republicanas. O Estado de direito, contudo, tem uma função limitada: assegurar a justiça e a liberdade, não o bem-estar material dos cidadãos. Em uma perspectiva liberal rigorosa, a felicidade é responsabilidade dos próprios indivíduos, e o Estado não deve intervir para corrigir desigualdades sociais.

Assim, o contrato social kantiano organiza a ideia de justiça como garantia formal da liberdade, mas não como instrumento de transformação social. Essa concepção encerra a coerência interna do sistema kantiano, ao mesmo tempo em que evidencia seus limites históricos e políticos.

PONTO 10.

A IDEIA DE JUSTIÇA EM PLATÃO, ARISTÓTELES E KANT

Já que tratamos de Kant no item anterior, vamos continuar agora com um comparativo. A justiça é um dos temas centrais da Filosofia e da Filosofia do Direito. Desde a Antiguidade, filósofos vêm tentando apreender o que seja o “justo” e em que consiste uma ordem justa. Platão, Aristóteles e Kant representam três momentos decisivos dessa reflexão, cada qual com um modo próprio de articular justiça, razão, moralidade e direito.

1 A IDEIA DE JUSTIÇA EM PLATÃO

Para Platão, a justiça não é apenas uma prática social, mas antes um **valor ideal**, ligado ao que ele chama de “mundo das ideias” ou “mundo dos atos perfeitos”. No plano mais profundo da realidade, existiriam formas perfeitas – como o Bem, a Verdade e a própria Justiça – das quais o mundo sensível seria uma cópia imperfeita.

Nesse contexto, a justiça é:

- uma **virtude da alma**;
- ligada à ideia de um **bem comum objetivo**;
- associada a valores tidos como **imutáveis** (verdade, bem, ordem);
- algo que se realiza quando cada parte da alma e da cidade desempenha o papel que lhe é próprio.

Na obra “República”, Platão identifica justiça com **harmonia**:

– na pólis, é justo quando cada classe (governantes, guerreiros, produtores) cumpre a função que lhe cabe, segundo sua natureza;

– na alma, é justo quando razão, vontade (ânimo) e desejos estão ordenados, com a razão governando.

Há, em Platão, uma forte tendência ao **direito natural**: pressupõe-se que o ser humano, pela razão, pode ter acesso ao Bem e à Justiça como realidades objetivas, válidas universalmente. A justiça, assim, não decorre apenas de convenções humanas, mas de uma ordem racional do ser.

Platão relaciona ainda justiça com **verdade e felicidade**:

- o Estado ideal funda-se na justiça;
- num Estado justo, os cidadãos seriam felizes;
- governantes-filósofos, por conhecerem o Bem, estariam mais aptos a conduzir a cidade de modo justo, ainda que isso envolva certa “paternidade” política e até coerção.

Platão, em seu livro a República ele explica a sociedade através de fenômenos sociais, e não do plano individual é por isso que ele diz que **“A régua pela qual se mede a sociedade é ela mesma.”**

Se a sociedade é justa, os homens nela presentes são justos, não há como ter uma sociedade injusta e homens justos ou ao contrário. O que diverge da doutrina moderna.

Platão pega a sociedade como um todo, veja a profundidade de seu pensamento: “ Se a sociedade (*polis*) é injusta, os seus também o são, - por ação, por omissão, por falta de entendimento de suas responsabilidades sociais”.

Há um vínculo sociedade-indivíduo, aquela molda este. Sua compreensão social é **molecular**, toma o indivíduo a partir da sociedade e não fora dela.

Os problemas dessa concepção aparecem claramente:

Ela se ancora em um modelo de cidade-Estado **fechada**, inspirada em pólis como Esparta e Creta, que não contempla a pluralidade cultural e moral típica do mundo contemporâneo.

Ao fundar a justiça em um **modelo ideal e fixo**, Platão abre pouco espaço para a historicidade e a diversidade das concepções de justo.

Ao vincular justiça, verdade e um suposto direito natural universal, sua teoria torna-se pouco adaptável às diferenças culturais e às mudanças sociais.

Apesar disso, a contribuição de Platão é decisiva:

- coloca a justiça como **virtude central** da vida política;
- relaciona justiça, bem comum, verdade e felicidade;
- inaugura a ideia de um **direito justo** que não se reduz a meras decisões de força.

2 A IDEIA DE JUSTIÇA EM ARISTÓTELES

Aristóteles, discípulo de Platão, rompe com a teoria do “mundo das ideias” e traz a justiça para o plano da **experiência concreta**, das relações sociais e do direito positivo. Em vez de um modelo ideal e estático, ele parte da observação da vida em comunidade e das formas de convivência entre os homens.

Para Aristóteles:

- o homem é um **animal político** (*zoon politikon*);
- a vida em sociedade exige regras de convivência;
- a justiça está diretamente ligada à **ordenação da vida social**.

Ele distingue dois grandes sentidos de justiça:

a) **Justiça geral**

É a justiça como **virtude global**, relacionada ao bem comum. Ser justo, aqui, significa cumprir as leis e agir em prol da comunidade. Corresponde, em termos atuais, ao compromisso com o **interesse público**.

b) **Justiça particular**

É a justiça diretamente ligada à repartição de bens, cargos, vantagens e à correção de desequilíbrios nas relações entre indivíduos. Divide-se em:

– **Justiça distributiva:**

Trata da repartição de honras, riquezas, encargos entre os membros da pólis, conforme o **mérito** ou algum critério de proporcionalidade. É uma justiça de “igualdade proporcional” (dar a cada um na medida de sua condição ou contribuição).

Hoje, inspira teorias de justiça social, políticas de cotas, critérios de merecimento ou necessidade.

– **Justiça corretiva (ou comutativa):**

Opera nas relações entre particulares, corrigindo injustiças nas trocas, nos contratos, nos danos sofridos. Visa uma **igualdade aritmética**, restabelecendo o equilíbrio quando alguém foi lesado. Abrange tanto relações privadas (trocas, responsabilidade civil) quanto a função dos juízes ao decidir conflitos (justiça “judiciária”).

Aristóteles também enfatiza dois elementos fundamentais:

- **Bilateralidade:** a justiça implica relação com o outro; o justo não pode ser pensado isoladamente.
- **Práxis:** justiça não é apenas ideia, mas **ação**; exige conduta concreta. O indivíduo justo não apenas sabe o que é justo, mas age de modo justo.

Com Aristóteles:

– a justiça deixa de ser um ideal estático e passa a ser um **critério prático de organização da vida social**;

– admite-se que o justo varia conforme tempo, lugar, costumes e leis (há elementos de direito natural e de direito positivo);

– abre-se espaço para pensar justiça como algo ligado à **proporcionalidade, igualdade, mérito, correção de danos e bem comum**.

Trata-se de um avanço em relação a Platão, pois a justiça passa a ser pensada em diálogo com a **realidade social, a lei positiva, a moral e os costumes**.

3 A IDEIA DE JUSTIÇA EM KANT

Kant representa um salto para a modernidade. Sua reflexão desloca o foco da estrutura da pólis para a **dignidade da pessoa humana**, para a **liberdade** e para a **racionalidade moral** de cada indivíduo.

A base da teoria kantiana é:

- o homem é um ser racional, dotado de **autonomia**;

- a moralidade não depende de consequências, mas do **dever**;
- o valor supremo é tratar cada pessoa **como fim em si mesma**, e nunca apenas como meio.

Kant distingue:

a) **Liberdade negativa**

É a independência em relação a imposições externas: ser livre é não ser coagido por forças estranhas à própria vontade.

b) **Liberdade positiva**

É a capacidade de **autolegislação racional**: agir não por impulso ou conveniência, mas conforme leis que a própria razão reconhece como válidas para todos. É a liberdade que se exerce conforme o “dever ser”.

A justiça, nesse contexto, é:

- um **dever absoluto** de respeitar a liberdade externa dos outros, compatibilizando a própria liberdade com a liberdade alheia;
- um princípio ligado ao que Kant chama de **imperativo categórico**:
 - “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”;
 - e “Age de tal maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim, e nunca somente como um meio”.

Dessa forma:

- a justiça não é extraída da experiência, mas deriva da **razão prática**, a priori;
- o justo não é o que agrada, mas o que pode ser universalizado como regra para todos;
- a justiça tem um núcleo **formal e universal**, baseado no respeito à dignidade e à autonomia de cada pessoa.

Kant também distingue:

- **Moral**: diz respeito à intenção interna (agir por dever);
- **Direito**: diz respeito à **coerção externa**, isto é, às normas que regulam a liberdade externa dos indivíduos e preveem sanção em caso de violação.

Assim:

- a moralidade exige que se cumpra o dever pelo dever;
- o direito garante, pela coerção legítima, que a liberdade de um não destrua a liberdade do outro;
- a justiça jurídica consiste em estabelecer regras gerais que tornem possível a coexistência de liberdades, sob um esquema de respeito recíproco.

SÍNTESE COMPARATIVA

Em termos muito sintéticos:

- **Platão**

Vê a justiça como **virtude ideal**, ligada ao Bem, à Verdade e a um direito natural objetivo. A justiça é harmonia entre as partes da alma e da cidade, mas sua teoria é marcada por idealismo, rigidez e pouca sensibilidade à diversidade cultural e histórica.

• Aristóteles

Traz a justiça para a experiência social, distinguindo justiça geral (bem comum) e particular (distributiva e corretiva). A justiça é um fenômeno **ético e jurídico**, ligado à proporcionalidade, à igualdade e à vida comunitária, variando com leis, costumes e contextos.

• Kant

Revoluciona a reflexão ao centrar-se na **dignidade da pessoa**, na liberdade e na razão. Justiça é tratar todos como fins em si mesmos, segundo princípios que possam ser universalizados. Diferencia moral (dever interno) e direito (coerção externa), mas ambos enraizados na mesma racionalidade prática.

Em conjunto, Platão, Aristóteles e Kant oferecem três camadas fundamentais para a Filosofia do Direito:

- o ideal de um justo que transcende o puro interesse;
- a necessidade de inserir a justiça na vida concreta, na lei e nas instituições;
- e a exigência de que toda ordem jurídica respeite a liberdade e a dignidade de cada pessoa.

PONTO 11.

LUHMANN(1927-1998) E A TEORIA DOS SISTEMAS

O pensamento de Niklas Luhmann é, à primeira vista, difícil de compreender porque rompe com praticamente todas as formas tradicionais de sociologia. Ele parte de premissas muito distintas das teorias clássicas, especialmente daquelas que explicavam a sociedade a partir do indivíduo, da ação social ou de relações causais diretas. A afirmação que mais causa estranhamento logo no início de sua teoria é a seguinte: **não há relação direta entre indivíduo e sociedade.** Essa frase não significa que indivíduos não vivam em sociedade, mas que a sociedade não funciona como simples soma ou projeção das consciências individuais.

Luhmann foi profundamente influenciado por diversas áreas do conhecimento. Na sociologia, dialogou com Talcott Parsons e sua teoria dos sistemas. Na biologia, apropriou-se decisivamente das ideias de Humberto Maturana, especialmente da noção de sistemas autopoieticos. Também recebeu influências da psicologia, da antropologia e da psicanálise. O que Luhmann fez foi transportar o modelo dos sistemas biológicos para a análise da sociedade e, posteriormente, do direito.

Para compreender Luhmann, é essencial entender primeiro a ideia de sistema em Maturana. Na biologia, um sistema vivo é um sistema **operacionalmente fechado**, mas **estruturalmente aberto**. Isso significa que ele possui uma organização própria, que não é determinada diretamente pelo ambiente, embora dependa de trocas com esse ambiente para sobreviver. Um ser humano, por exemplo, é um sistema fechado do ponto de vista de sua organização interna, mas realiza trocas constantes com o meio ambiente por meio da respiração, alimentação e adaptação. Quando esse sistema deixa de manter sua organização própria, ele deixa de existir, como ocorre na morte.

A partir dessa concepção, Luhmann abandona a ideia de causalidade linear. Para ele, o mundo não funciona como uma sequência ordenada de causas e efeitos previsíveis. O ponto de partida de sua teoria é a **complexidade**, entendida como a totalidade dos acontecimentos possíveis. Essa complexidade é tão ampla que nenhum observador é capaz de apreendê-la integralmente. Por isso, tanto os sistemas quanto a consciência humana só sobrevivem reduzindo essa complexidade por meio de seleções.

Nós somos um sistema **complexo** a minha existência não tem relação com outras existências, elas não existem porque eu existo, o meu sistema é fechado ele não modifica com os demais.

Nosso mundo seria o sistema mais complexos, porque nele esta a **totalidade** de acontecimentos.

O ponto de partida do pensamento de Luhmann é a **complexidade** que é a totalidade dos acontecimentos possíveis.

Para Maturana seguido por Luhmann o mundo biológico não segue uma sequência de causas preordenadas, ele vive de trocas com o meio ambiente. Todo sistema(homem, inseto) vive em trocas com outros sistemas, e **só sobrevive porque troca**.

Luhmann bebe na biologia de Maturana para explicar a sociedade, rejeitando a teoria causalista, aquela busca de Weber de buscar causas para as ações sociais é descartada por Luhmann ele **substitui a causalidade pela complexidade**.

Em vez de explicar a sociedade por causas, Luhmann explica a sociedade por **sistemas que se comunicam**. A sociedade moderna é composta por múltiplos sistemas sociais diferenciados, como o sistema econômico, o político, o jurídico, o religioso e o científico. Cada um desses sistemas opera segundo uma lógica própria e não pode ser controlado diretamente por indivíduos ou por outros sistemas. O indivíduo não altera o sistema; ele apenas se comunica com ele.

Um exemplo ajuda a compreender essa ideia. Um indivíduo pode desejar enriquecer, mas o sistema econômico funciona segundo suas próprias regras, como mercado, crédito, moeda e investimento. A vontade individual não modifica o sistema econômico. Da mesma forma, alguém pode desejar ser juiz, mas o sistema jurídico só permite esse ingresso por meio de regras próprias, como concursos públicos. Mesmo posições de poder extremo, como a de ministro do STF, dependem de outro sistema, o político, e não da vontade individual ou da competência técnica isoladamente.

É por isso que Luhmann afirma que a sociedade tem uma lógica distinta da vida dos indivíduos. A sociedade não é um conjunto de consciências, mas um **sistema de comunicações**. Os indivíduos pertencem ao ambiente da sociedade, não ao seu núcleo operacional. O que constitui a sociedade são comunicações que se reproduzem segundo critérios próprios.

Cada sistema social surge historicamente quando desenvolve uma lógica interna capaz de se autorregular. Luhmann mostra, por exemplo, que o direito não foi sempre um sistema autônomo. Em sociedades feudais ou escravistas, o direito estava dissolvido na moral, na religião ou na política. Apenas na modernidade o direito se diferenciou como um sistema específico, com linguagem, critérios e operações próprias.

Essa diferenciação implica que os sistemas são **autorreferenciais** e **autopoieticos**. **Autopoiese significa autocriação**. O sistema produz seus próprios elementos a partir de seus próprios elementos. No caso do direito, normas jurídicas só podem ser criadas, modificadas ou revogadas por meio de outras normas jurídicas. A moral, a economia ou a política podem

influenciar o direito, mas apenas de forma indireta. Elas não revogam leis nem anulam sentenças. O sistema jurídico decide juridicamente o que é válido ou inválido.

Por isso, o direito é um sistema fechado do ponto de vista operacional. Ele não se abre diretamente à sociedade. Ele se comunica com o ambiente por meio da legalidade. Quando essa legalidade é rompida de forma estrutural, como ocorre em revoluções, o sistema jurídico deixa de existir tal como era e um novo sistema se forma. Mesmo nessas rupturas, a mudança não decorre da vontade do jurista individual, mas de transformações sistêmicas mais amplas.

Os sistemas mantêm uma dependência com o meio exterior.

É impossível pensar o sistema fora desta eterna seletividade. Veja uma célula, ela é um sistema fechado, mas se observarmos mais de perto ela é porosa, permitindo a comunicação com o exterior e se olharmos em nível microscópico a célula faz trocas com o meio externo por meio da seletividade e não da causalidade. A própria membrana de uma célula se desfaz com o tempo, nem mesmo o limite é de fácil detecção. Ela seleciona o que é melhor para continuar viva.

É sobre isso que Luhmann discorre, **a seletividade do sistema para continuar vivo. Quais os problemas fundamentais do sistema?**

O sistema luta para existir (**existência**)

Ele lida com a escassez (**escassez**)

Ele lida com as disputas externas e internas (**dissenção**)

Daí decorre uma consequência central da teoria de Luhmann: **o jurista, enquanto indivíduo, não é relevante para a sociologia do direito.** O que importa não é o que o jurista pensa, mas como o sistema jurídico opera. O sistema cria suas próprias inovações, segundo sua lógica interna.

Voltando a célula, ela tem que se diferenciar do meio ambiente para existir, assim, ela seleciona alimento, temperatura para existir, mas isto não basta, porque os elementos que a compõe morrem, assim se mantiver estável ela morre, ela tem que fazer trocas com o meio ambiente, e esta necessidade de se alimentar traz o segundo problema que a escassez. O Terceiro problema é a disputa, por exemplo uma célula pode enfrentar um vírus.

Como o sistema resolve este problema?

O sistema convive com o meio ambiente em suas existência, escassez e dissenção, através da seletividade, em relação a toda complexidade ele tem que testar todas as possibilidades para obter a autoregulação, o sistema não tem nada de exterior que o regule, ele se autorregula.

A crítica que Luhmann faz aos outros sociólogos é que não tem como pensar o homem fora do seu meio ambiente, fora da sociedade, ele já esta dentro da sociedade.

A razão humana não pode se afastar do mundo, o homem já esta no mundo, o mundo é a totalidade das coisas possíveis, se ele já é esta totalidade os homens já estão dentro dele então o que o homem pode fazer como **observador é selecionar desta complexidade alguns aspectos para entender a sociedade.**

Os sistemas mantêm uma dependência com o meio exterior. O racionalismo sistêmico que Luhmann defende decorre da ideia que reduz a possibilidade de encontrar barreiras nítidas do que esta dentro e fora, então temos que selecionar alguns sistemas para entende-los. **Um sistema é um conjunto de possibilidades.**

Luhmann critica tanto o jusnaturalismo quanto o positivismo tradicional. O jusnaturalismo busca uma unidade axiológica fixa, como se houvesse valores universais preordenados. O positivismo, por sua vez, reduz o direito a um conjunto normativo rígido, ignorando sua complexidade. Para Luhmann, o direito moderno é essencialmente positivo, isto é, criado por decisões jurídicas contingentes, e é justamente essa positividade que garante sua capacidade de adaptação e sobrevivência.

Não existe uma cadeia causal única no mundo social. A subjetividade humana é incapaz de apreender toda a complexidade da realidade. O sentido, para Luhmann, não é algo dado, mas uma **seleção de possibilidades**. Toda observação é uma redução da complexidade. A razão não revela a verdade do mundo; ela seleciona recortes possíveis dentro dele.

Assim, a sociologia de Luhmann não busca explicar a totalidade da sociedade, mas compreender como funcionam sistemas específicos, autônomos e autorregulados. O núcleo de todos os problemas sociais, jurídicos e teóricos não está no indivíduo, nem na causalidade, mas na **complexidade**. É ela que obriga os sistemas a selecionar, diferenciar e se autoproduzir continuamente para permanecerem vivos.

PONTO 12.

HABERMAS

Habermas foi estudado no Brasil porque sua teoria teve grande impacto na filosofia do direito e no constitucionalismo contemporâneo. Muitos constitucionalistas e processualistas civis passaram a sustentar um paradigma procedimental inspirado nele, e esse paradigma passou a disputar espaço com outras correntes relevantes no debate brasileiro, como a hermenêutica filosófica (muito associada, entre nós, às críticas ao decisionismo) e vertentes funcionalistas ou pluralistas de base marxista. O ponto central desse embate não foi apenas “qual autor era melhor”, mas qual paradigma fornecia critérios mais convincentes para legitimar decisões em democracias complexas.

O eixo da filosofia do direito de Habermas foi apresentado de modo mais acabado em 1992, na obra **“Entre facticidade e validade”**. O título já revelava o problema: o direito, ao mesmo tempo, **existiu como fato social (foi obedecido, aplicado, produziu efeitos) e reivindicou validade normativa (pretendeu ser legítimo, correto, obrigatório)**. Se o direito fosse apenas fato, ele seria mera força social; se fosse apenas validade, ele viraria uma moral abstrata sem eficácia. Habermas trabalhou exatamente nessa tensão: o direito precisou ser eficaz no mundo real, mas não pôde ser reduzido ao “que aconteceu”, porque carregou uma pretensão de correção que exigiu justificativa.

Por isso, sua teoria discursiva não se confundiu com um formalismo kelseniano clássico, tampouco com teorias “substancialistas” que partiam de um conteúdo moral dado de antemão. **Habermas defendeu que, numa sociedade plural, a legitimidade não deveria depender de um conteúdo previamente imposto como verdadeiro, mas de um modo racional de formação das normas e decisões**. Daí a ideia de razão procedimental e de liberdade comunicativa: a norma teria sido legítima na medida em que tivesse resultado de procedimentos que possibilitaram participação, troca de argumentos e justificação pública. O conteúdo não teria sido “sagrado” a priori; ele teria sido construído a posteriori, ao final de um processo que assegurou condições para o melhor argumento prevalecer.

Um exemplo didático apareceu na prática administrativa: numa licitação complexa, um edital excessivamente fechado teria tentado antecipar tudo e, por isso, teria produzido soluções ruins ou injustas. Um edital com regras procedimentais bem desenhadas, mas com espaço para o contraditório técnico, para a audiência de interessados, para a avaliação de impactos e para o debate qualificado, teria permitido que a decisão final fosse construída com mais informação e maior controle público. Não se tratou de “vale tudo”; tratou-se de fazer o procedimento funcionar como filtro racional: mais participação, mais razões públicas, mais transparência, maior possibilidade de correção de erros. O ganho foi de legitimidade, porque a decisão final teria incorporado a pluralidade de perspectivas sem depender de um “clarividente” que dissesse previamente o que seria o melhor para todos.

Essa aposta no procedimento foi sustentada por uma crítica de fundo: em sociedades complexas, valores foram fluidos, identidades foram múltiplas e nenhuma autoridade (Executivo, técnico, partido revolucionário, juiz) teria conseguido, legitimamente, impor um conteúdo moral totalizante como se fosse definitivo. O que restou como base comum foi um modo de decidir que tivesse permitido a cada afetado participar, direta ou indiretamente, do processo de formação da vontade coletiva. Por isso Habermas apareceu como um autor relativamente otimista: ele supôs que a racionalidade comunicativa (argumentos em condições adequadas) poderia produzir consensos ou, ao menos, decisões justificáveis.

A origem desse caminho esteve ligada à Escola de Frankfurt. A crítica marxiana ao capitalismo e à alienação foi reconhecida como poderosa, mas as soluções políticas do marxismo histórico foram vistas, por essa tradição, como perigosas quando se converteram em projetos totalitários. Habermas tentou manter a crítica social sem cair no autoritarismo. Para isso, deslocou o centro do diagnóstico e da solução para a linguagem e para as condições do entendimento: seres humanos teriam sido seres de linguagem, capazes de criticar tradições e instituições, e a democracia teria sido viável quando procedimentos garantiram debate público racional, não quando alguém alegou possuir a verdade histórica.

Daí veio um ponto decisivo para o constitucionalismo: em sociedades altamente plurais, o direito constitucional passou a funcionar como o grande estabilizador da convivência, porque produziu uma identidade política mínima em torno de direitos fundamentais e procedimentos. A democracia, nesse quadro, não se sustentou por uma ética substantiva única, mas por regras do jogo que preservaram liberdade comunicativa: devido processo legal, audiências públicas, publicidade, participação, controle recíproco entre poderes, institucionalização de justificações. A legitimidade teria sido continuamente reconstruída por procedimentos, e não decretada por uma moral supostamente definitiva.

Habermas ainda descreveu uma linha evolutiva em quatro camadas, para mostrar quais condições sociais e institucionais teriam permitido esse modelo funcionar. Primeiro, ele falou do amadurecimento do indivíduo, com referências à psicologia do desenvolvimento moral, para sustentar que a democracia exigiu sujeitos capazes de sair do egocentrismo e também de superar lealdades cegas de grupo. O indivíduo pré-convencional teria agido por medo, punição ou interesse imediato; o convencional teria agido por lealdade a grupos e autoridade; o pós-convencional teria sido capaz de justificar normas por razões universalizáveis e aceitar regras impessoais. A democracia procedimental teria dependido desse terceiro patamar, porque ele teria permitido que a pessoa aceitasse decisões não por submissão, mas por reconhecer a força de uma justificação pública. Exemplo simples: alguém teria deixado de “não mentir” só por medo de punição (pré-convencional) e também teria deixado de “não mentir” só porque “meu grupo não gosta”

(convencional), para sustentar a regra porque ela poderia ter sido aceita por qualquer um em condições de igualdade (pós-convencional).

Segundo, ele descreveu tipos de sociedade, para dizer que sociedades arcaicas tenderam a explicar e regular a vida por mito e sacralidade; sociedades tradicionais avançadas tenderam a regular pela tradição e por hierarquias; e sociedades modernas tenderam a depender de regras impessoais, autonomias individuais e procedimentos. Esse ponto foi justamente onde surgiram críticas fortes no Brasil, porque a descrição pareceu pressupor condições materiais, educacionais e institucionais mais próximas do centro europeu do que de periferias marcadas por desigualdade, exclusão e baixa efetividade. A crítica apontou que procedimentos formais, sem inclusão real, poderiam produzir apenas uma aparência de legitimidade.

Terceiro, ele tratou da evolução do direito: do direito revelado ou sacral (em que validade foi associada ao divino), ao direito tradicional (misturado com moral, soberania e metafísica), até o direito moderno positivo, formal, geral e universal, no qual a validade passou a ser vinculada a procedimentos de produção normativa e a um sistema de direitos fundamentais. Aqui apareceu o ponto mais polêmico nas leituras brasileiras: quando o direito moderno foi pensado como procedimental e eticamente “neutro”, Habermas não negou valores, mas deslocou a fonte de legitimação para processos democráticos e para a Constituição como depósito institucional dos direitos. A moralidade pública, em larga medida, passou a ser canalizada e estabilizada pela linguagem do direito, sobretudo na forma de direitos fundamentais.

Quarto, ele falou da evolução do Estado: do Estado liberal de direito, ao Estado social, e daí ao Estado democrático de direito. O Estado democrático de direito teria sido o modelo em que autonomia privada (liberdades individuais) e autonomia pública (participação na formação da vontade política) foram articuladas. O direito teria funcionado como mediação entre “sistema” e “mundo da vida”: de um lado, burocracias, economia e instituições; de outro, cultura, comunicação cotidiana e formação de opiniões. O que garantiu legitimidade, nesse arranjo, foi a institucionalização de procedimentos de deliberação e de justificação, caso a caso, com razões públicas controláveis. A “boa decisão” não apareceu como fórmula pronta; ela apareceu como resultado de um processo que exigiu argumentação pública e que pôde ser criticado.

A partir desse núcleo, o texto original avançou para temas complementares que costumaram aparecer em provas e discussões dogmáticas, e que podiam ser organizados em continuidade com Habermas.

Quando se falou em ideologia, o conceito foi apresentado em duas camadas: como estudo sistemático de ideias (sentido mais neutro) e como instrumento de dominação que teria ocultado relações de poder (sentido crítico marxiano). Na prática jurídica, isso significou reconhecer que valores e interesses influenciaram a produção legislativa e a interpretação. Porém, justamente por isso, o juiz não deveria decidir “pela própria ideologia”; ele deveria justificar publicamente suas razões dentro dos limites do direito, sob controle institucional. Esse ponto conversou bem com Habermas: a exigência de razões públicas e a possibilidade de contestação funcionaram como antídotos contra arbitrariedades travestidas de neutralidade.

Na relação entre direito e política, o texto distinguiu um sentido clássico e um sentido moderno. No clássico, política foi entendida como atividade orientada ao bem público e inevitavelmente polêmica, porque conflitos de interesses e visões de mundo exigiram deliberação. No moderno, política passou a se institucionalizar com o Estado e a profissionalização do poder. Daí a visão tradicional, ainda presente em muitos manuais, segundo a qual o direito teria sido o “resultado” do

processo político: debates políticos produziram leis, e leis vincularam todos. Ao mesmo tempo, a aplicação do direito teria exigido outra lógica: enquanto a política pôde operar com negociações opacas e compromissos, a jurisdição deveria operar com fundamentação, publicidade e controle. O pós-positivismo e o constitucionalismo contemporâneo, porém, tornaram essa separação rígida menos persuasiva, e por isso surgiram as categorias de judicialização da política e ativismo judicial. Na leitura mais difundida no Brasil, a judicialização foi vista como um contexto decorrente de uma Constituição extensa e principiológica, que deslocou conflitos para o Judiciário; o ativismo foi tratado como postura do intérprete, mais dependente de escolhas judiciais. Em termos habermasianos, a pergunta decisiva não foi “se” o Judiciário participaria, mas “como” ele justificaria publicamente sua atuação e com quais limites procedimentais.

Em seu livro ainda retomou distinções básicas de teoria geral: direito e moral, direito objetivo e subjetivo, vigência e eficácia, lacunas e técnicas de integração, e a diferença entre princípios e regras, com Dworkin e Alexy. Esses tópicos puderam ser alinhados ao debate central: se a legitimidade dependeu de procedimento e justificação, então a aplicação de princípios, a ponderação e a fundamentação ganharam centralidade, porque decisões em direitos fundamentais exigiram razões controláveis, transparentes e contestáveis. Ao mesmo tempo, essa mesma abertura aumentou o risco de decisionismo, que foi justamente o ponto de tensão com correntes hermenêuticas críticas no Brasil.

Em síntese, a parte essencial do texto sobre Habermas sustentou que o direito moderno viveu entre facticidade e validade e precisou ser legitimado por procedimentos democráticos e por uma racionalidade comunicativa que permitiu participação, argumentos públicos e justificação. O que deu unidade ao conjunto foi a ideia de que, em sociedades plurais, a norma e a decisão só puderam reivindicar legitimidade quando passaram por um filtro procedimental capaz de absorver pluralidade, reduzir arbitrariedade e tornar o poder juridicamente justificável. Se esse modelo funcionou melhor em contextos com inclusão social e instituições maduras, essa foi precisamente a crítica que parte da literatura brasileira formulou: procedimento sem inclusão real e sem simetria comunicativa correu o risco de virar só forma, e não legitimidade substantiva.

PONTO 13.

DOCTRINA DA ARVORE VIVA

Parte da doutrina passou a sustentar que uma Constituição poderia sofrer alterações informais, por meio do que convencionaram batizar de poder constituintes difuso, fonte das chamadas mutações constitucionais. A informalidade reside no fato de que o texto constitucional é inteiramente conservado, mas o significado que dele se extrai passa a ser outro.

Daniel Sarmento: Se a norma constitucional não se confunde com o seu texto, abrangendo também o objeto da realidade sobre a qual esse incide, é evidente que nem toda mudança na Constituição supõe alteração textual. Mudanças significativas na sociedade, seja, no quadro fático, seja no universo dos valores compartilhados pelos cidadãos, podem também provocar câmbios constitucionais, sem que haja qualquer mudança formal no texto magno.

Aparentemente, a inspiração brasileira para o fenômeno da mutação constitucional adveio da Doutrina da Árvore Viva, tal como utilizada pela Corte Constitucional do Canadá (Invocada no caso *Edwards v. Attorney-General for Canadá* 1930) por força do qual a constituição não deve ser vista como um fóssil imutável. Ao contrário, trata-se de um organismo vivo que, tal como uma árvore,

crece e se expande para alcançar os novos valores sociais. Este é exatamente o pano de fundo doutrinário para sustentar as mutações constitucionais.

Cuida-se de um fenômeno muito perigoso e delicado, pois sua banalização pode traduzir um atalho para burlar as solenidades exigidas no art. 60 da CF/88. Mais do que isso, este é um ótimo álibi retórico para ignorar mandamentos constitucionais que despertam a antipatia moral do intérprete. Todo cuidado é pouco com as mutações constitucionais. A propósito, um Estado Democrático de Direito deve mesmo nortear-se por formalidades legais, o que se dirá formalidades constitucionais.

A mutação constitucional pode sacrificar a segurança jurídica no altar das visões particulares de mundo.

Mesmo para aqueles que acolhem a controversa premissa de que cada geração tem o direito de viver a Constituição a sua maneira, basta que se emende a Constituição para promover essa moderna violência.

Exatamente por todas essas objeções que a doutrina tem enfrentando os chamados **limites das mutações constitucionais**. Gilmar Mendes e Paulo Gonet: “ a nova interpretação há porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior, do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional.

PONTO 14.

CONSTITUCIONALISMO POPULAR

O chamado constitucionalismo popular foi uma reação teórica ao crescimento do protagonismo judicial nas últimas décadas, especialmente ao modo como Cortes constitucionais passaram a ocupar o centro das grandes decisões morais e políticas. A ideia, associada sobretudo a Mark Tushnet, Larry Kramer e Jeremy Waldron, foi recolocar o povo e suas instituições representativas no núcleo da interpretação constitucional. O ponto de partida é simples: em uma democracia, não é intuitivo que um pequeno grupo de juízes não eleitos possa ter, de modo permanente, a palavra final sobre o significado da Constituição, sobretudo em temas que dividem a sociedade e envolvem escolhas morais razoáveis.

Na versão mais dura, alguns desses autores sustentaram que o controle jurisdicional de constitucionalidade seria ilegítimo, por retirar do povo a capacidade de governar a si mesmo. Com o tempo, parte desse grupo abandonou posições maximalistas e passou a defender modelos mais moderados: em vez de eliminar o controle judicial, propuseram um controle “fraco” ou uma lógica de diálogos institucionais. O alvo não foi a existência de revisão judicial em qualquer hipótese, mas a ideia de supremacia judicial como monopólio interpretativo, isto é, a noção de que o Judiciário deveria sempre deter a última palavra definitiva.

A crítica central é democrática. Para esses autores, o Parlamento representativo é a forma mais próxima do ideal democrático possível em Estados complexos: ele traduz a vontade popular, ainda que de forma indireta; estrutura a competição política; funciona como aperfeiçoamento da democracia direta, porque transforma preferências dispersas em decisões coletivas sob regras públicas; e, ao decidir, tende a estimular compromisso e acomodação entre posições extremas, em vez de reforçar a polarização típica do “tudo ou nada”. Além disso, argumentam que a regra da maioria seria o princípio decisório que melhor respeita a igualdade política, pois cada voto vale o mesmo, e isso limita o poder ao exigir justificações e coalizões para vencer. Nessa chave, a

desconfiança contra o Parlamento frequentemente carregaria um viés antidemocrático, como se a deliberação popular fosse sempre irracional e precisasse ser “corrigida” por uma elite judicial.

Essa visão contrasta com a defesa tradicional da supremacia judicial. Quem sustenta a supremacia judicial costuma dizer que o Judiciário falharia menos do que o Legislativo, por estar mais protegido de paixões políticas imediatas, e que sua função contramajoritária seria essencial para proteger direitos fundamentais contra maiorias ocasionais. Nessa perspectiva, juízes teriam melhores condições de manter fidelidade à Constituição, enquanto o Legislativo, movido por interesses eleitorais, poderia sacrificar direitos em troca de popularidade.

O constitucionalismo popular não nega que haja riscos no Parlamento, mas responde com duas ideias. A primeira é que o erro é inevitável em qualquer instituição, e não se justifica concentrar o “direito de errar por último” no Judiciário. A segunda é que, em sociedades pluralistas, muitas controvérsias constitucionais não possuem uma única resposta moral objetiva e indiscutível; são desacordos razoáveis. Nesses casos, a solução democraticamente mais legítima tende a ser aquela produzida por instituições responsivas ao voto e ao debate público, em vez de fixada por um órgão não eleito.

É aqui que entra a relação com os diálogos institucionais. Um modelo dialógico parte da premissa de que a interpretação constitucional não pertence exclusivamente a um Poder. Legislativo, Executivo e Judiciário são intérpretes da Constituição, cada qual com capacidades e legitimidades distintas. O Judiciário não precisa abdicar do controle, mas precisa reconhecer que suas decisões devem conversar com o processo político, permitindo respostas, ajustes e reiteraões. Em vez de um sistema de “última palavra definitiva”, adota-se a lógica da “última palavra provisória”: uma decisão judicial resolve um caso e orienta o sistema naquele momento, mas permanece aberta à possibilidade de revisão diante de mudanças legislativas, novos argumentos públicos e transformações sociais relevantes, desde que respeitados parâmetros constitucionais.

Um exemplo simples ajuda. Suponha que o STF declare inconstitucional uma lei por entender que ela viola um direito fundamental. Em um modelo de supremacia judicial forte, o tema se encerraria ali, e o Legislativo ficaria praticamente bloqueado. Em um modelo dialógico, o Legislativo poderia reagir: alterar a lei, refinar o desenho normativo, criar salvaguardas, trazer novos dados empíricos, ou até propor emenda constitucional (quando cabível), e então o Judiciário reavaliaria o tema à luz desse novo cenário. A ideia não é “desobedecer” a Corte, mas construir uma interação institucional em que erros sejam corrigidos e soluções sejam aprimoradas.

No caso brasileiro, esse diálogo encontra fundamentos dogmáticos relevantes. Um deles é que os efeitos vinculantes do controle abstrato não se projetam do mesmo modo sobre o Legislativo, que pode editar novas leis e redesenhar políticas públicas mesmo após decisões do STF, desde que enfrente os fundamentos do julgamento e respeite a Constituição. Outro é o dever de fundamentação das decisões judiciais, que obriga o STF a responder aos novos argumentos trazidos pelo legislador quando este tenta superar um precedente. Isso impede que a Corte simplesmente repita sua conclusão antiga sem enfrentar o que mudou no quadro normativo e argumentativo.

Por isso se diz que é preferível um arranjo em que nenhuma instituição detenha o monopólio interpretativo. O Judiciário não é dispensável, porque protege direitos e fornece estabilidade; o Legislativo não é inferior, porque possui legitimidade democrática direta e capacidade de deliberação pública ampla; e o Executivo tem expertise e responsabilidade política na implementação. Em um sistema dialógico saudável, cada Poder sabe quando avançar e quando

reconhecer que o outro está melhor posicionado para decidir, e as decisões passam a ser encaradas como etapas de um processo contínuo de justificação, e não como comandos finais inquestionáveis.

A própria prática do STF, apesar de retóricas ocasionais de supremacia judicial, mostrou aberturas a revisões quando houve reação legislativa e novos fundamentos apresentados em atos normativos posteriores, o que é frequentemente apontado como sinal de diálogo institucional. Essa abertura é considerada virtuosa porque reduz a rigidez, distribui responsabilidade e cria mecanismos de correção recíproca, evitando que a interpretação constitucional se converta em poder concentrado e infenso ao debate público.

Por fim, convém notar que a ideia de diálogo não se limita ao interior do Estado. Há também o diálogo interjurisdicional, em que Cortes domésticas e Cortes internacionais se influenciam reciprocamente. Isso ocorre, por exemplo, quando tribunais nacionais interpretam direitos fundamentais à luz de tratados e decisões internacionais, ou quando tribunais internacionais consideram particularidades constitucionais internas. Trata-se de mais uma modalidade de diálogo institucional, agora em escala transnacional, com o mesmo objetivo: aumentar a racionalidade pública, reduzir unilateralismos e aprimorar a legitimidade das decisões.

PONTO 15.

DERROTABILIDADE

Por força da doutrina da **derrotabilidade das regras (*defeasibility*)**, uma norma pode alojar infinitas exceções implícitas e imprevisíveis que, em um dado caso concreto, justifiquem seja episodicamente afastada, a pretexto de se fazer justiça ou de assegurar os seus fins, permanecendo íntegro o texto que alberga o seu comando. **A derrotabilidade deve ser entendida como a capacidade da regra acomodar exceções.**

Se analisarmos as normas-regras, perceberemos que elas contêm, em geral, exceções. Essas exceções, contudo, não podem ser enumeradas de forma conclusiva, devido ao fato de que as circunstâncias que emergem dos casos futuros são desconhecidas. Portanto, regras jurídicas sempre têm a capacidade de acomodar exceções, ou seja, são derrotáveis.

É exatamente aqui que reside o **fundamento** da derrotabilidade das regras: a não ser por meio de dons premonitórios, é impossível ao legislador antever todas as hipóteses reais que justificariam fosse excepcionada a regra que pretende elaborar. E dessa incapacidade de antecipação normativa derivam exceções implícitas em número diretamente proporcional ao das múltiplas variáveis presentes nos diversos tipos de conduta que se pretende regular.

O idealizador dessa teoria foi **Hart**, que defendeu em seu ensaio “*The ascription of responsibility and rights*” (1948) que, ainda que a norma seja **existente, válida e eficaz, exceções circunstanciais poderão impedir a sua incidência em um dado caso concreto, como se** os enunciados normativos contivessem uma expressão imaginária “**a menos que**”.

A derrota ou superação de uma norma é pronunciada por um órgão judicante, isto é, Juiz ou Tribunal, devendo fazê-lo na fundamentação do julgado, e não no dispositivo. A derrota episódica não é acobertada pelo manto da coisa julgada.

A derrotabilidade das regras afigura-se como uma prejudicial de mérito, a ser enfrentada incidentalmente na fundamentação do julgado, não sendo atingida pelos efeitos da coisa julgada.

A derrotabilidade não se confunde com a antinomia entre regras. Trata-se unicamente de uma interrupção da incidência da norma. **Na derrotabilidade a norma continua existindo, é válida e eficaz, contudo, mesmo percorrendo adequadamente todos os degraus da escada ponteana, não triunfa no caso que normatizou.**

A cláusula “**a menos que**”, que implementa a derrotabilidade das regras, pode ser considerada como o avesso da cláusula “**não obstante**” (*not-wishstanding clause*), prevista na Carta de Direitos Canadenses. Isso porque a cláusula “**não obstante**” permite a aplicação de uma lei, mesmo contrária à Constituição, ao passo que a cláusula “**a menos que**” (derrotabilidade) viabiliza a não aplicação de uma lei, apesar de harmônica com a Carta Magna. São cláusulas antípodas.

Uma vez assentada a premissa de que o fenômeno da derrotabilidade traduz a não incidência de uma lei, pergunta-se: em sua aplicação deverá ser respeitada a solenidade da reserva de plenário, nos termos da súmula vinculante n. 10?

Súmula Vinculante 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Entende-se que não. Na derrotabilidade, sequer se cogita de qualquer vício que venha a inquinar a norma da mácula da invalidade, ou seja, a providência é sobremodo mais ousada que a anterior: afasta-se a incidência de uma regra, sem que se declare a sua inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal tem precedentes que afastam a necessidade de observância da Súmula Vinculante 10, quando não há um juízo explícito de inconstitucionalidade, mas apenas a ausência de aplicação da norma (Rcl 24284 e Rcl 6944). No mesmo sentido, Marcelo Novelino sustenta que a derrotabilidade das regras dispensa a solenidade da SV10.

PARTE 2

PONTO 1.

Pragmatismo, Consequencialismo e Utilitarismo no Direito: Fundamentos, Diferenças e Aplicações

1. Introdução

O pensamento jurídico contemporâneo é cada vez mais permeado por teorias éticas e filosóficas que influenciam a forma de interpretar e aplicar o Direito. Entre elas, destacam-se três correntes que, embora frequentemente associadas, possuem fundamentos distintos: **o pragmatismo jurídico, o consequencialismo jurídico e o utilitarismo.**

Todas partem da ideia de que o Direito não deve ser apenas um conjunto de normas abstratas, mas um instrumento voltado à realidade e aos **resultados sociais concretos**. No entanto, cada uma delas o faz sob perspectivas diferentes — o **pragmatismo** enfatiza a utilidade prática e a experiência; o **consequencialismo**, a análise dos efeitos das decisões; e o **utilitarismo**, o cálculo da felicidade e do bem-estar coletivo.

2. O Pragmatismo Jurídico: o Direito como Experiência e Utilidade

O **pragmatismo jurídico** surgiu nos Estados Unidos no fim do século XIX, com pensadores como **Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey**, e foi levado ao campo jurídico por **Oliver Wendell Holmes Jr.**, um dos juízes mais influentes da Suprema Corte norte-americana.

Para o pragmatismo, o Direito não é um sistema lógico e fechado de normas, mas **um instrumento social** que deve ser avaliado **pela sua eficácia prática**. Holmes afirmava: “**A vida do Direito não tem sido a lógica, mas a experiência.**” Essa frase resume o espírito pragmatista: a norma jurídica só tem sentido se produz efeitos positivos e concretos na vida das pessoas.

No campo jurídico brasileiro, o pragmatismo aparece em decisões judiciais que buscam equilibrar a rigidez normativa com a realidade concreta.

Exemplo: um juiz que, diante de uma comunidade carente ocupando área pública, reconhece a irregularidade da posse, mas suspende a reintegração até que o Poder Público ofereça moradia alternativa. Essa postura não nega o direito de propriedade, mas o **reinterpreta pragmaticamente**, para atender ao valor maior da dignidade humana. É o Direito servindo à vida, e não o contrário.

Dito em outros termos: a decisão adotada com base no **pragmatismo jurídico recebe as virtudes do sistema positivado, como a generalidade, a previsibilidade, a objetividade e a imparcialidade, mas também pondera sobre a aptidão do texto normativo para solucionar a controvérsia** e analisa o desempenho prático de decisões tomadas em casos anteriores, para, então, julgar se o prejuízo sistêmico resultante do eventual afastamento da norma é maior ou menor do que o resultante de sua aplicação.

Em síntese, o pragmatismo jurídico não exclui nenhum dos elementos tradicionalmente encontrados na atividade hermenêutica, mas inclui novas perspectivas, relacionadas à ponderação dos impactos e das consequências da decisão para além dos interesses em discussão no caso concreto, tendo em vista os objetivos de realização do ideal de justiça e de preservação da confiança no sistema jurídico enquanto órgão estabilizador das relações sociais.

Assim, se a teoria do pragmatismo jurídico de Richard Posner não reduz o processo hermenêutico, mas apenas acrescenta novos vetores na interpretação das fontes tradicionais de direito, parece adequado concluir que o seu acolhimento “tem como contrapartida o aumento da complexidade da decisão”

O pragmatismo jurídico, portanto, **rejeita formalismos excessivos** e sustenta que **a interpretação deve ser dinâmica, contextual e voltada a resultados sociais justos**. No Brasil, ele dialoga com o princípio constitucional da **efetividade dos direitos fundamentais** e com o ideal de **tutela judicial adequada e tempestiva**.

3. O Consequencialismo Jurídico:

O **consequencialismo jurídico** tem origem na filosofia moral, mas ganha força no Direito contemporâneo como critério de racionalidade prática. Ele se baseia na ideia de que **a validade de uma decisão jurídica deve levar em conta as suas consequências sociais, econômicas e institucionais**.

Não se trata apenas de aplicar a lei, mas de **avaliar o impacto da decisão sobre o sistema jurídico e a sociedade**. Essa perspectiva ganhou destaque com o movimento do **Law and Economics**, nos Estados Unidos, e hoje é amplamente reconhecida no Brasil — inclusive pelo Supremo Tribunal Federal.

Por consequencialismo entende-se a adaptação das decisões às suas consequências na realidade para as quais são destinadas, com flexibilização do entendimento tecnológico das normas, na busca de uma justiça transcendente. O neoconstitucionalismo trilha linha semelhante, ao admitir uma relativização do texto ser examinado pelo Judiciário com considerável margem para a busca da justiça dentro desse quadro largado da hermenêutica.

O **art. 20 da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)** consagrou expressamente a necessidade de ponderar as consequências das decisões administrativas e judiciais. Ele dispõe que:

“Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”

Esse dispositivo é uma tradução legislativa do consequencialismo.

Exemplo: ao analisar a constitucionalidade de uma lei que reduz tributos, o STF não pode se limitar à leitura gramatical do texto, mas deve ponderar se a decisão pode gerar **desequilíbrio orçamentário**, afetando políticas públicas essenciais, como saúde e educação.

O consequencialismo não significa utilitarismo puro — não busca “o maior bem para o maior número”, mas **decisões sustentáveis e responsáveis**, que evitem efeitos indesejáveis e respeitem a coerência institucional. Ele é, por assim dizer, **a consciência das consequências jurídicas**, evitando que a Justiça cause injustiças previsíveis.

4. O Utilitarismo: a moral do maior bem para o maior número

O **utilitarismo** é uma teoria ética desenvolvida por **Jeremy Bentham** e aperfeiçoada por **John Stuart Mill**, segundo a qual o critério de justiça de uma ação é **a maximização do bem-estar coletivo**.

Em termos simples, uma decisão é moralmente correta se produzir **o maior saldo de felicidade possível para o maior número de pessoas**.

No Direito, o utilitarismo inspirou a noção moderna de políticas públicas orientadas por **custo-benefício** e pela **eficiência administrativa**. O próprio movimento **Law and Economics** tem raízes utilitaristas, ao propor que a interpretação jurídica deve buscar **a maximização do bem-estar social** por meio de incentivos adequados.

Por exemplo, no Direito Penal, um utilitarista poderia justificar uma pena mais severa não como punição moral, mas como meio eficaz de **reduzir o número de crimes e aumentar a segurança coletiva**. Já no Direito Administrativo, decisões que priorizam investimentos em áreas de maior impacto social — como saneamento e educação — refletem uma lógica utilitarista de **distribuição racional dos recursos públicos**.

O **pragmatismo**, o **consequencialismo** e o **utilitarismo** têm pontos de interseção, mas atuam em planos distintos da razão prática.

O **pragmatismo** é **metodológico**: fornece um modo de pensar o Direito, centrado na experiência e na eficácia social da decisão. Ele pergunta “qual solução funciona?” e rejeita dogmas teóricos que se afastam da realidade.

O **consequencialismo** é **hermenêutico e institucional**: é o raciocínio que avalia os efeitos da decisão dentro do sistema jurídico e das estruturas sociais. Ele pergunta “quais serão os impactos desta decisão?”.

O **utilitarismo** é **axiológico e moral**: oferece um critério ético de justiça, baseado no resultado coletivo. Ele pergunta “o que trará o maior bem possível para a coletividade?”.

Assim, o juiz pragmático busca a utilidade prática; o juiz consequencialista, a responsabilidade pelos efeitos; e o juiz utilitarista, o bem-estar geral. No entanto, todos partem da mesma crítica ao formalismo jurídico: a de que o Direito, se desligado da vida real, torna-se instrumento de injustiça.

Contudo, o utilitarismo sofre críticas importantes: ao focar no resultado coletivo, ele pode **negligenciar os direitos individuais**. Por exemplo, uma política que restringe liberdades civis em nome da segurança pública pode aumentar o bem-estar médio, mas sacrificar minorias. Por isso, o constitucionalismo contemporâneo busca **compatibilizar o utilitarismo com o respeito aos direitos fundamentais**, formando o que a doutrina chama de **utilitarismo de regras**, isto é, a busca do bem comum dentro dos limites do Estado de Direito.

PONTO 2.

DIREITO COMO INTEGRIDADE

O questionamento de Direito Constitucional esta relacionado as considerações teóricas formuladas por Ronald Dworkin sobre o direito como integridade. A fundamentação basilar do questionamento é encontrada no livro Império do Direito, escrito por Ronald Dworkin, bem como no texto El concepto de integridade em Dworkin, escrito por Albert Casalmiglia.

A ideia de Dworkin em propor a tese do direito como integridade está imiscuída no contexto histórico vivenciado no século XX. **As grandes guerras mundiais** e a **defesa de correntes positivistas (inclusivistas e não inclusivistas)**, as quais fundavam-se na **estrita interpretação do texto legislativo sem a interferência de conceitos morais**, são pontos de grande relevância para compreender a sistemática de pensamento do autor através de uma perspectiva crítica.

Neste contexto, o pensamento de Ronald Dworkin é precursor, pois desde seus primeiros textos trouxe críticas ácidas ao positivismo jurídico, principalmente ao conceito de direito de H.L.A Hart.

Ao longo de sua vida acadêmica, Dworkin refinou suas respostas ao positivismo e tornou-as a base de uma concepção peculiar acerca do direito, que abrange sua relação com a filosofia política, moral, bem como com a teoria da interpretação.

O que se vê com o trabalho do autor, em suma, **é a mudança do eixo de legitimidade jurídica da lei e do legislador, fundamentos extraídos das correntes positivistas, para o intérprete.**

Neste tocante, ganha relevância o Poder Judiciário, instituição responsável por dizer o direito em sua interpretação ao caso concreto, sobretudo nos casos difíceis.

Pode-se fazer dois questionamentos:

O que fora estabelecido pelo legislador (regras) pode ser revisto pelo aplicador do direito com base em características decorrentes do caso em concreto, tais como valores morais que exsurgem da própria comunidade?

Essa revisão pelo aplicador é condizente com a necessária segurança que deve reger as relações sociais, sob a ótica da equidade e da estabilidade de um Estado constituído?

Ronald Dworkin trabalha este ponto com um exemplo:

O caso Riggs x Palmer versou sobre a possibilidade de um herdeiro, ao qual havia assassinado o testador, receber o que lhe fora descrito no testamento. O jovem Elmer E. Palmer, com então 16 anos, figurava no testamento de seu avô, o Sr. Riggs, como o principal beneficiário da herança do mesmo, porém, o Sr. Riggs havia a pouco tempo iniciado relacionamento com uma mulher, o que muito preocupava Palmer, que imaginava que devido à influência da atual companheira, o velho Riggs poderia alterar seu testamento, retirando a figura de Palmer do mesmo. Desta forma, Palmer, no ano de 1882 assassinou o avô por envenenamento. A controvérsia criou-se, no que toca ao fato de Palmer ter direito ou não ao recebimento da herança deixada via testamento pelo seu avô.

Os juízes da alta corte de Nova York concordaram que Palmer deveria receber a herança vez que em total sincronia com o direito vigente. Embora contrário a aspectos morais, não havia lei que vedava o recebimento de heranças por herdeiro assassino do testador.

Inconformados, os demais herdeiros de Riggs impetraram recurso junto a Corte de Apelações de Nova York, que decidiu o caso na data de 08 de outubro de 1889, dando parecer favorável aos herdeiros de Riggs, excluindo assim, Palmer do recebimento da herança.

A decisão fundou-se em argumento distinto da previsão legislativa, tais como os princípios e valores morais daquela comunidade em vedar o recebimento de herança por aquele assassinou o testador.

Como solução para a problemática, o autor propõe um viés teórico do direito como integridade. **Essa integridade é entendida como virtude política, assim, exige que as autoridades públicas direcionem suas ações em razão de princípios que estruturam as relações sociais ao mesmo tempo em que responsabiliza cada indivíduo, enquanto parte de um todo. A teoria da integridade pressupõe dois aspectos distintos: um legislativo e outro jurisdicional**, residindo o primeiro na tarefa imposta ao parlamento de, com a produção legislativa, tornar o conjunto de leis do Estado moralmente coerentes, já o segundo aspecto impõe aos magistrados que, por oportunidade da atuação judicante, considerem como pilar hermenêutico a coerência moral que deve envolver o ordenamento jurídico (2007, p. 213).

A integridade, segundo o autor, é uma terceira virtude política, ao lado da justiça e do devido processo legal, a qual se refere ao compromisso de que o governo aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, a fim de estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade. Com tal matriz teórica se propõe uma possibilidade interpretativa e criadora do direito a ser feita, porém, com coerência principiológica e de acordo com a régua moral traçada pela comunidade regulada.

A integridade contribui para a eficiência do direito, uma vez que quando as pessoas são governadas por princípios há menos necessidade de regras explícitas, e o Direito pode expandir-se e contrair-se, organicamente, na medida em que se entenda o que eles exigem em novas circunstâncias. É o caso do exemplo que mencionamos acima, Riggs x Palmer, onde houve uma expansão do direito o fim de atender princípios morais reinantes numa sociedade organizada. Houve neste caso, sob a perspectiva do autor, uma interpretação do direito sob a ótica da integridade.

Para ser mais claro, citamos uma explicação de Dworkin (2007, p. 271):

“O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.”

O autor se mostra ferrenho crítico ao convencionalismo e ao realismo jurídico.

O direito como integridade pode ser bem compreendido com o exemplo do romance em cadeia. **Dworkin afirma que os juízes “são igualmente autores e críticos” da história institucional em que se encontra o direito, uma vez que são, simultaneamente, intérpretes e autores de determinada tradição jurídica**, resgatando e colocando em prática as normas do passado que por eles são (re)interpretadas.

Nesse sentido, ele estabelece uma comparação entre direito e literatura e apresenta o direito como literatura, criando um gênero artificial que podemos chamar de “romance em cadeia”. Neste projeto, um grupo de escritores produz um romance em série, sendo que cada romancista interpreta a totalidade dos capítulos que foram escritos individualmente pelos escritores que o precederam e, nesse sentido, cada um, a sua vez, deve extrair e dar ao texto que lhe foi entregue uma unidade significativa, de maneira que, ao final, seja criado o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes.

Dessa forma deve ser a aplicação do direito pelo intérprete. Numa intersecção pela teoria dos precedentes, de viés processual, o exemplo do romance em cadeia como explicação do direito como integridade busca conferir à liberdade do intérprete a necessária coerência para fomento da segurança jurídica, valor de grande relevância para cultivar a igualdade e a consolidação de um Estado de direito.

Para o fim de se fazer aplicar este paradigma (direito como integridade), Dworkin cria a figura do juiz Hércules, sendo ele o responsável por apresentar a complexa estrutura interpretativa que o direito como integridade exige. Trata-se de “um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade”. Hércules respeita a integridade do direito e, por isso, dirige seus julgamentos no sentido de respeitar as decisões do passado interpretando-as com o intuito de construir uma teoria política suficientemente abrangente que justifique a prática jurídica como um todo de acordo com a melhor luz dos princípios políticos.

As opiniões deste juiz sobre a adequação se irradiam a partir do caso que tem diante de si em uma série de círculos concêntricos e, nesse sentido, ele estabelece uma teoria do direito que inclua os precedentes, a legislação e a constituição, a partir de um sistema de princípios conexos entre si.

Hércules, porém, nega o modelo ortodoxo de intenção legislativa. Ele, sob o modelo de interpretação construtiva e do direito como integridade, busca, pois, justificar a legislação de acordo com a combinação de princípios e políticas que a integridade e a equidade exigem, em se tratando de uma lei votada democraticamente, uma vez que um juiz não pode aplicar determinado princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação no seguinte sentido: o princípio não deve estar em confronto com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras.

STJ.

PONTO 3.

DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS

Desacordos Morais Razoáveis são aquelas **matérias polêmicas, complexas, sobre questões emergentes ou persistentes**, para as quais **existe a possibilidade de admitir soluções antagônicas, diametralmente opostas, a partir de uma interpretação racional do próprio sistema jurídico**. São posições inteiramente divergentes, porém, constitucionalmente legítimas e aceitáveis, coexistindo no seio da sociedade.

De acordo com a definição do Min. Roberto Barroso, os desacordos morais razoáveis ocorrem quando *“pessoas esclarecidas e bem-intencionadas interpretam de maneira oposta o sentido da norma (anencefalia, pesquisas com células-tronco embrionárias).”*

Em nossas sociedades pluralistas, pessoas de boa-fé, bem informadas e bem-intencionadas discordam profundamente sobre quais direitos possuem, seu conteúdo e seu alcance. Discordam sobre questões centrais que refletem escolhas maiores que qualquer sociedade moderna precisa enfrentar e que são o ponto focal da discordância moral e política, como aquelas envolvendo o aborto, a eutanásia, a pena de morte, os direitos de suspeitos de crimes, as pesquisas científicas sobre células-tronco embrionárias, entre outras.

Seria possível invocar a existência de um desacordo moral razoável para negar direitos a alguém? Não, uma vez que nos desacordos razoáveis, não há uma resposta que possa se chamar de correta. Em verdade, o que ocorre nessas situações é uma tolerância quando a decisão é tomada pelos órgãos representativos, cientes de que, embora se tenha garantido o exercício do direito de participar da decisão que a todos importa, seja por movimentos de apoio ou simplesmente pelo voto, sua posição foi derrotada pela maioria e de que, eventualmente, pode ser modificada em outro cenário político.

O exemplo mais citado na doutrina é a união familiar homoafetiva. Conquanto se trate de uma posição minoritária, repugnada por setor específico da sociedade, NÃO se pode negar o exercício dos direitos fundamentais.

PONTO 4.

Backlash na jurisdição constitucional. Conceitue e exemplifique

A História revela um possível e provável nexu etiológico entre posicionamentos judiciais em questões controversas e uma enfiurecida revanche por parte de grupos cujos interesses foram atingidos pela decisão. É como se houvesse um **gatilho político invisível**, que é acionado sempre que os Tribunais se precipitam em desacordos moráveis, sensíveis, ainda não amadurecidos pela sociedade.

O fenômeno do backlash não passou despercebido por Richard Posner, que suscitou, por meio de perguntas semânticas, se não haveria um nexu de causalidade entre as decisões garantistas, da Corte de Warren e a superveniência de uma legislação penal mais severa.

A partir de todas essas evidências, é válido inferir que existe uma relação mecanicista entre as decisões judiciais sobre desacordos morais não amadurecidos pela sociedade e a revanche *backlash*. A questão que se põe, entretanto, é mais profunda: **o backlash é mesmo um efeito indesejado e, portanto, algo a ser evitado?**

ABORDAGEM JURISTOCÊNTRICA

CONSTITUCIONALISMO
DEMOCRÁTICO

De uma maneira geral, backlash é visto como uma ameaça à autoridade das Cortes e até mesmo à solidariedade social. Portanto, trata-se um fenômeno indesejável e contraproducente, que, como tal, deve ser respeitado Cass Sunstein

O significado de uma Constituição não é ditado unicamente por uma Corte Constitucional, porque o povo também e interprete desse documento político. É exatamente essa reação popular que pode induzir os juizes a interpretarem a Constituição de maneira diferente, fenômeno est que só presta obséquio à democracia.
Robert Prost

O Min. Luís Roberto Barroso os apresenta como **hard cases**, ou seja, aqueles despidos de solução pronta oferecida pelo ordenamento jurídico.

Recapitulando o conceito de **backlash como sendo a reação popular a determinada decisão, na maioria das vezes judicial, gerando verdadeira convulsão social e, muitas vezes, um retrocesso sobre o tema**. Importante frisar que parte da doutrina entende que as decisões judiciais são aquelas mais sujeitas ao backlash, diante da falta de legitimidade popular.

Importante que o candidato cite que o backlash não é exclusivo das decisões judiciais, embora mais frequente nesses casos.

Como exemplos, o candidato pode citar, entre outros:

- *Bowers v. Hardwick*: Nos EUA, em 1986, um cidadão americano flagrado tendo relações sexuais com outro homem, fato que deu ensejo a persecução penal pelo crime de sodomia.

Invocando o direito constitucional à privacidade, já que flagrado dentro de seu lar, o acusado postulou a invalidade da lei estadual que criminalizava as práticas homossexuais. A Suprema Corte se negou a fazê-lo, gerando reação da fração LGBT;

- *Dred Scott v. Sanford*: Nos EUA, em 1857, a Suprema Corte Norte-Americana negou a um escravo legitimidade ativa para postular sua própria liberdade, sendo considerada uma das causas remotas que deflagrou a Guerra Civil;

- Decisão do STF que considerou recepcionada a Lei de Anistia gerou backlash da sociedade, com ajuizamento de ações judiciais pelos partidos políticos e pelo STF;

- Decisão de Juiz de SP que afirmou não ter tido constrangimento da conduta do agente que ejaculou em uma jovem, no interior de um ônibus, gerando backlash com reclamações da sociedade e a edição, pelo Congresso Nacional, da Lei 13.718/18, que tipifica a “importunação sexual”.

STJ.

PONTO 5.

Já que falamos de HARD CASES.

Como julgar um HARD CASE?

Três grandes corrente debatem sobre o tema:

1ª Corrente: Discricionariamente, deve o Juiz empregar uma **interpretação razoável** (HART). Esta é a visão positivista, que fatalmente reconhece uma discricionariedade.

2ª Corrente: O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. (Dworking) Neste caso, os princípios cumprirão uma importante função. Não há discricionariedade.

3ª Corrente: Primeiro, projetam-se as consequências de cada interpretação alternativa. Será considerada correta a que gerar às melhores consequências. (Posner)

PONTO 6.

O Positivismo Jurídico Atual: Positivismo Exclusivista, Inclusivista e o Não Positivismo

O positivismo jurídico contemporâneo expandiu-se em várias vertentes, refletindo debates profundos sobre a relação entre Direito e moralidade. Essas vertentes incluem o **positivismo exclusivista**, o **positivismo inclusivista** e o **não positivismo**, cada uma com diferentes abordagens sobre a interpretação jurídica e o papel dos valores no Direito.

Positivismo EXCLUSIVO: Conhecido como **exclusive legal positivism**, nonincorporationism ou hard positivism (positivismo jurídico exclusivo; anti-incorporacionismo; positivismo radical ou inflexível).

O positivismo exclusivista, representado por autores como Joseph Raz, sustenta que **o Direito é completamente independente da moral**. Para Raz, o Direito deve ser identificado exclusivamente por suas fontes sociais, **sem necessidade de recorrer a princípios morais**. Ele defende o conceito de “**autoridade legítima**”, segundo o qual as normas jurídicas devem ser obedecidas porque emanam de autoridades instituídas, e não por estarem em conformidade com valores morais.

A moral não deve ser utilizada como critério de identificação do direito positivo porque não apresenta relevância para a constatação da validade jurídica ou para a interpretação das normas vigentes. A validade decorre da existência de fatos sociais capazes de atribuir validade (“autoridade”) e a interpretação – à qual os exclusivistas pouco se referem – é de competência dos órgãos estatais, sem que seja possível impor limitações externas, decorrentes de considerações morais.

Nesse contexto, **a moralidade não é considerada um destaque relevante para a identificação do Direito ou para a interpretação de normas jurídicas**. A validade jurídica decorre de **fatos sociais objetivos**, como a promulgação de uma lei por um órgão competente. Assim, a interpretação das normas deve limitar-se ao sistema jurídico em si, cabendo aos órgãos estatais aplicá-los sem recorrer a considerações morais externas.

Uma crítica frequentemente levantada contra o positivismo exclusivista **é sua aparente incapacidade de lidar com questões de injustiça flagrante**. Por exemplo, regimes autoritários, como o nazismo, poderiam ser considerados juridicamente válidos sob essa perspectiva, desde que suas normas fossem promulgadas pelas autoridades competentes. Essa visão é totalmente rejeitada por correntes que confirmam o papel da moralidade no Direito, como o não positivismo.

Positivismo INCLUSIVO: também conhecido como **incorporationism ou soft positivism** (termo traduzido para o português como: positivismo moderado). Essa abordagem é adotada por muitos autores contemporâneos, podendo citar os nomes de David Lyons, Jules Coleman e Wilfrid Waluchow. O próprio **Hart**, em texto postumamente publicado, considerou que sua visão sobre o direito corresponde “**àquilo que foi designado como ‘positivismo flexível’**”.

Esses autores distinguem entre o **direito visto como fato “duro” (hard fact) e o direito analisado como convenção social (social convention), segundo uma distinção feita por Coleman.** Os valores morais não são sempre decisivos para definir e aplicar o direito. Mas, em certas sociedades, **pode haver uma convenção social impondo levar em consideração a moral para determinar a validade e para interpretar normas jurídicas**. Acreditam na (possível) existência de sistemas jurídicos que adotam “critérios de juridicidade de cunho moral”: “O caráter jurídico de normas **pode depender algumas vezes de seus méritos (morais) substanciais e não somente de sua origem ou fonte social**”.

O positivismo inclusivista, **admite a incorporação de elementos morais no Direito**, desde que essa integração **seja autorizada pelo próprio sistema jurídico**. Hart é um dos principais defensores dessa visão, ao argumentar que a regra de reconhecimento pode incluir critérios morais

como parte do processo de validação das normas. Essa abordagem é mais flexível e permite que o Direito se adapte a contextos éticos e sociais dinâmicos.

Pode ocorrer que, em determinado território e momento, sejam reconhecidos como jurídicos regulamentos feitos “conforme a justiça”, “promovendo o bem-estar de todos”, “segundo valores morais da comunidade”, segundo a “moralidade política” ou, nas palavras de Hart, “conforme princípios morais e valores substantivos”. Em tais situações, uma norma jurídica só é válida se for submetida e aprovada em “exame moral”, dependendo sua validade e a forma de aplicação de qualidades morais, conforme decisão do aplicador.

Hart argumenta que a regra de reconhecimento pode incluir referências explícitas aos princípios morais, como "justiça", "bem comum" ou "valores comunitários". Dessa forma, o positivismo inclusivista permite que a moralidade desempenhe um papel no processo jurídico, sem abandonar o núcleo central do positivismo, que é a identificação do Direito por meio de critérios objetivos.

Por exemplo, em sistemas jurídicos democráticos, pode-se considerar que normas relativas à dignidade humana sejam inválidas, ainda que tenham origem em fontes formais. Essa abordagem é particularmente útil em contextos constitucionais, como no Brasil, onde princípios como o da **dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III, CF) exercem forte influência na interpretação e aplicação do Direito.

Críticos do positivismo inclusivista, como **Ronald Dworkin**, argumentam que essa corrente tenta conciliar o conciliável e o inconciliável. Para Dworkin, a validade jurídica não pode depender de critérios sociais e morais ao mesmo tempo, pois isso criaria inconsistências no sistema jurídico.

Não Positivismo

O positivismo não rejeita a separação entre Direito e moral, afirmando que a validade jurídica está intrinsecamente vinculada aos princípios morais. Para **Ronald Dworkin**, o **Direito é um "argumento moral"**, e a interpretação jurídica deve buscar a melhor justificativa possível para o ordenamento jurídico como um todo. Diferentemente do positivismo exclusivista e inclusivista, o não positivismo sustenta que os princípios têm um papel central na resolução de casos difíceis e na construção do Direito.

Dworkin critica o positivismo por não reconhecer o papel dos princípios como elementos normativos fundamentais. Ele argumenta que o Direito não é apenas um conjunto de regras, mas um sistema integrado por princípios que expressam valores morais. Por exemplo, nos casos como o julgamento da ADPF 54, em que o STF permitiu a interrupção da gravidez em casos de anencefalia, a decisão foi fundamentada em princípios constitucionais como dignidade humana e saúde, demonstrando como o positivismo não opera na prática.

Outra perspectiva relevante no **não positivismo** é a de **Lon Fuller**, que oferece uma abordagem única para conectar a legitimidade do sistema jurídico com a **moralidade interna do Direito**. Para Fuller, o Direito não é apenas um conjunto de regras impostas de maneira arbitrária, mas sim um sistema normativo que deve respeitar uma série de princípios essenciais que garantem sua funcionalidade e legitimidade. Esses princípios específicos o que ele denomina de **moralidade**

interna do Direito, diferenciando-se da moralidade externa, que se refere a valores substantivos como justiça e equidade.

Fuller identifica oito requisitos fundamentais que um sistema jurídico deve observar para ser considerado legítimo e funcional. Esses requisitos incluem **publicidade, coerência, congruência, clareza, generalidade, possibilidade de cumprimento, estabilidade e não retroatividade**. Esses critérios não são apenas técnicos, mas éticos, pois representam um compromisso do legislador e do aplicador do Direito em tratar os indivíduos como agentes racionais e dignos, capazes de compreender e seguir as normas que lhes são impostas.

Entre esses princípios, destaca-se o da **publicidade**, que exige que as normas sejam seguras e visíveis para todos. Para Fuller, um sistema jurídico que oculta suas regras ou as mantém em segredo deixa de ser legítimo, pois impede que os cidadãos ajustem seu comportamento às exigências legais. A **coerência**, por sua vez, exige que as normas sejam logicamente compatíveis entre si, evitando contradições que possam gerar insegurança jurídica. Já a **congruência** refere-se à correspondência entre as normas formuladas e a sua aplicação prática, garantindo que o que está previsto no texto normativo seja eficazmente cumprido pelas autoridades.

Fuller ilustra sua teoria com o célebre exemplo do "rei Rex", que fracassou em oito tentativas de governar porque violou sistematicamente os requisitos da moralidade interna do Direito. Esse exemplo demonstra que a ausência de conformidade com esses princípios resulta em sistemas jurídicos disfuncionais, incapazes de promover a ordem e a justiça.

A teoria de Fuller também é uma resposta às críticas dirigidas ao positivismo jurídico, especialmente ao positivismo exclusivista, que separa completamente o Direito da moral. Para Fuller, essa separação é insustentável, pois a própria estrutura do Direito está imbuída de valores éticos que garantem sua eficácia e legitimidade. Assim, a moralidade interna do Direito não é uma mera recomendação, mas uma condição indispensável para que o sistema jurídico seja respeitado e cumpra sua função na sociedade.

Embora a teoria de Fuller tenha recebido elogios por destacar a dimensão ética do Direito, também enfrentou críticas. Autores como HLA Hart argumentam que a moralidade interna proposta por Fuller é mais uma questão de eficiência do que a moralidade propriamente dita, pois os requisitos identificados por Fuller visam garantir a funcionalidade do sistema jurídico, e não necessariamente sua justiça substantiva.

Apesar dessas críticas, a contribuição de Fuller é significativa, especialmente em contextos autoritários ou em sistemas jurídicos disfuncionais. Sua teoria fornece uma base ética para criticar regimes que promulgam normas arbitrárias ou aplicar o Direito de forma incoerente e imprevisível, reforçando a ideia de que a legitimidade do Direito depende tanto de sua conformidade com princípios éticos quanto de sua origem em fontes formais.

Positivismo Ético: Extremista e Moderado

O **positivismo ético** apresenta uma abordagem distintiva sobre o valor do Direito, dividindo-se em duas correntes principais: **extremista** e **moderada**. Ambas registram um valor intrínseco no

Direito, mas variam quanto à natureza e especificamente a esse valor, o que reflete concepções diversas sobre a relação entre validade jurídica e justiça.

No **positivismo ético extremista**, o **Direito é considerado justo simplesmente por ser válido**. Essa visão atribuída ao Direito um **valor final**, que não depende de seu conteúdo ou de suas consequências. Em outras palavras, a justiça de uma norma é derivada exclusivamente de sua conformidade com os critérios formais de validade estabelecidos pelo sistema jurídico. Essa abordagem enfatiza a conformidade às normas jurídicas, independentemente de qualquer avaliação moral ou ética de seu conteúdo.

Autores que se alinham a essa visão destacam frequentemente a importância de um sistema jurídico coerente e uniforme, no qual a obediência às normas é vista como essencial para a preservação da ordem e da estabilidade social. Contudo, o positivismo ético extremista é frequentemente criticado pela sua potencial convivência com regimes autoritários ou normas manifestamente injustas, já que a sua lógica exclui qualquer avaliação crítica baseada em valores substantivos.

Por outro lado, o **positivismo ético moderado** oferece uma perspectiva mais equilibrada, atribuindo ao Direito um **valor instrumental**, ou seja, o **Direito é valioso não em si mesmo, mas como um meio para alcançar determinados objetivos**, como a manutenção da ordem, a promoção da paz social e da resolução de conflitos. Essa vertente regular que a validade jurídica é importante, mas também considera as questões práticas e sociais do Direito na sua avaliação.

O positivismo ético moderado permite uma reflexão mais crítica sobre o Direito, admitindo a possibilidade de que normas válidas possam ser contestadas com base na sua incapacidade de cumprir as suas funções sociais ou de atender aos valores éticos fundamentais. Por exemplo, normas que perpetuam desigualdades ou violam direitos humanos podem ser questionadas mesmo que tenham sido criadas de acordo com os procedimentos formais previstos.

A distinção entre essas duas correntes é essencial para compreender o papel do Direito na organização social. O **positivismo ético extremista**, ao priorizar a validade formal acima de tudo, pode exigir a obediência às normas, independentemente de seu impacto social ou moral. Isso pode levar a um sistema jurídico funcional, mas insensível às injustiças estruturais ou transparentes de direitos fundamentais. Por outro lado, o **positivismo ético moderado** oferece uma visão mais pragmática e flexível, permitindo que o Direito seja avaliado em termos de sua eficácia e de sua capacidade de promover a justiça e o bem-estar social.

Autores como **Herbert Hart** e **Joseph Raz** ilustram bem essas perspectivas. Raz, em sua teoria do positivismo exclusivista, aproxima-se do positivismo ético extremista ao enfatizar a separação entre Direito e moralidade. Já Hart, com sua visão mais inclusiva, admite que o Direito pode incorporar elementos morais, desde que isso seja autorizado pelas regras do próprio sistema jurídico, alinhando-se a uma perspectiva moderada.

Essa distinção também é relevante no debate prático sobre o papel do Direito em sociedades democráticas e autoritárias. Em regimes democráticos, o positivismo ético moderado pode ser visto como uma salvaguarda contra abusos de poder, permitindo uma crítica de normas que contradizem

valores éticos fundamentais. Já em regimes autoritários, o positivismo ético extremista pode ser usado para justificar a imposição de normas arbitrárias, desde que formalmente válidas.

Assim, enquanto o positivismo ético extremista privilegia a estabilidade e a uniformidade, o moderado equilibra essas qualidades com a possibilidade de adaptação e crítica, oferecendo um modelo mais adequado para lidar com as complexidades e os desafios das sociedades contemporâneas.

PONTO 7.

Procedimentalistas e Substancialistas

O debate entre **procedimentalistas** e **substancialistas** reflete visões distintas sobre o papel da Constituição e da jurisdição constitucional na concretização de valores democráticos. Embora ambos **concordem que a Constituição é um marco fundamental para a organização política e jurídica da sociedade, divergem quanto à extensão do papel do intérprete constitucional e ao alcance do controle judicial sobre decisões políticas.**

Os **procedimentalistas** defendem uma jurisdição constitucional mais **modesta e autocontida**, limitando o papel dos juízes ao de **fiscalizadores do processo político**, sem interferir no conteúdo substantivo das decisões democráticas. Segundo essa visão, o objetivo principal do controle judicial é garantir que os processos deliberativos ocorram de forma justa e inclusiva, respeitando as regras previamente estabelecidas pelo constituinte. Para os procedimentalistas, a jurisdição constitucional não deve criar direitos ou obrigações que não estejam claramente previstas no texto constitucional. Essa abordagem se alinha ao pensamento de autores como **John Hart Ely**, que argumenta que a função principal da jurisdição constitucional é **proteger os canais democráticos** e garantir a participação política, sem importância valores substantivos específicos.

Em contrapartida, os **substancialistas** assumem um papel mais **proeminente para a Constituição e para os tribunais**, afirmando que a Constituição deve consagrar **direitos fundamentais, princípios e fins públicos** que promovam os grandes valores de uma sociedade democrática, como justiça, igualdade e liberdade. Para os substancialistas, os juízes devem controlar não apenas os procedimentos, mas também os resultados das deliberações políticas que podem contrariar os princípios constitucionais. Ronald Dworkin, um dos principais expoentes do substancialismo, sustenta que o Direito é uma questão de **integridade**, e que os juízes devem interpretar a Constituição de forma para buscar a melhor justificativa moral para as normas e princípios que ela consagra. Essa abordagem implica uma função judicial mais ativa, na qual os tribunais podem invalidar políticas públicas que violem direitos fundamentais ou valores constitucionais, mesmo que essas políticas sejam resultados de processos democráticos.

A principal crítica ao **procedimentalismo** reside no fato de que a ênfase exclusiva nos processos deliberativos pode negligenciar direitos fundamentais, permitindo que a maioria das políticas aprovem medidas que comprometam valores democráticos essenciais. Por outro lado, o **substancialismo** é frequentemente acusado de **ativismo judicial**, com o risco de que os juízes extrapolem suas funções ao impor suas próprias visões de justiça e moralidade, subvertendo o princípio da soberania popular.

PONTO 8.**Interpretativismo e Não Interpretativismo**

O debate entre **interpretativistas** e **não interpretativistas** complementa a discussão entre procedimentalismo e substancialismo, concentrando-se nos métodos de interpretação da Constituição. Enquanto o **interpretativismo** busca limitar a interpretação à **letra da Constituição** e ao significado atribuído originalmente pelo constituinte, o **interpretativismo não** admite uma interpretação mais ampla, que considere princípios e valores substantivos para além do texto constitucional.

Os **interpretativistas** defendem que os juízes devem **limitar-se ao texto constitucional**, captando o sentido explícito ou, no máximo, implicitamente contido no documento. Essa visão está fortemente associada ao formalismo jurídico tradicional, no qual a função do juiz é meramente declarativa e não criativa. O interpretativismo é fundamentado na ideia de que a soberania popular se manifesta no texto constitucional, e qualquer ampliação desse sentido seria uma usurpação do poder legislativo. Essa abordagem é próxima do **originalismo** nos Estados Unidos, defendida por autores como **Antonin Scalia**, que enfatizam a importância de preservar a intenção original dos constituintes.

Em contrapartida, os **não interpretativistas** argumentam que a Constituição deve ser entendida como um documento **dinâmico e evolutivo**, cuja interpretação deve considerar **princípios de justiça, liberdade e igualdade**. Essa abordagem suporta a possibilidade de os juízes decidirem um papel criativo, utilizando valores substantivos para resolver questões que o texto constitucional, por sua abstração ou generalidade, não consegue abarcar. Autores como **Ronald Dworkin** e **Bruce Ackerman** sustentam que a interpretação constitucional deve acompanhar-se aos valores democráticos e à evolução da sociedade, admitindo o **ativismo judicial** como uma ferramenta legítima para corrigir injustiças ou lacunas legislativas.

Embora o interpretativismo ofereça maior **segurança jurídica** e previsibilidade, sua ameaça pode limitar a adaptação da Constituição às mudanças sociais e políticas. Por outro lado, o não interpretativismo é mais **flexível e progressista**, mas enfrenta críticas por questões centrais que comprometem a **estabilidade do ordenamento jurídico**, ao permitir interpretações subjetivas e inconsistentes.

PONTO 9.**Minimalismo judicial e as personas constitucionais**

Cass Sunstein desenvolveu uma abordagem conhecida como "**minimalismo judicial**", que se caracteriza por colocar limites e objetivos às decisões judiciais, adotando uma postura cautelosa e pragmática no exercício da jurisdição constitucional. Para Sunstein, o papel dos juízes deve ser o de decidir casos de maneira limitada, evitando criar **precedentes amplos ou radicais** que possam comprometer a estabilidade jurídica e política. Esta abordagem reflete uma preocupação com o **impacto das decisões judiciais no tecido social e na preservação do equilíbrio entre os Poderes**.

Sunstein argumenta que **decisões minimalistas são mais adequadas para promover a evolução gradual e consensual do sistema constitucional**. Ao optar por resoluções restritas

às controvérsias imediatas, os juízes permitem que o sistema democrático tenha tempo e espaço para absorver as mudanças jurídicas, garantindo que as políticas públicas sejam formuladas e inovações sejam trazidas pelas instituições democráticas, como o Legislativo e o Executivo. Segundo ele, essa postura respeita a **pluralidade da sociedade moderna**, confirmando que o **Judiciário não possui a mesma legitimidade democrática das instituições eleitas para impor mudanças amplas e substanciais.**

Um exemplo prático dessa abordagem pode ser observado em **Roe v. Wade** (1973), decisão amplamente debatida nos Estados Unidos. Enquanto alguns críticos defendem que o caso exemplifica um ativismo judicial que extrapola os limites do Judiciário, Sunstein poderia argumentar que um julgamento minimalista teria tratado apenas das especificidades do caso concreto, evitando estabelecer um precedente tão abrangente sobre o direito ao aborto..

Sunstein enfatiza que o **minimalismo judicial é particularmente importante em casos que envolvem mudanças sociais profundas**, onde as decisões judiciais podem desencadear divisões políticas ou culturais significativas. Ele acredita que uma **abordagem contida do Judiciário fortalece o processo democrático**, permitindo que o debate público amadureça e que as mudanças ocorram por meio de deliberações democráticas e não por imposições judiciais. Por exemplo, em temas como direitos LGBTQIA+ ou mudanças climáticas, Sunstein sugere que a atuação judicial deve ser calibrada para evitar decisões que possam alienar setores da sociedade ou minar a legitimidade do Judiciário.

Além disso, o minimalismo judicial tem como objetivo evitar os riscos do **“judicialismo expansivo”**, no qual o Judiciário assume um papel desproporcional no processo de governança, impondo sua visão sobre questões que deveriam ser resolvidas pelos representantes eleitos. Sunstein alerta que essa prática pode gerar **instabilidade jurídica**, ao criar precedentes amplos que se tornam difíceis de revogar ou ajustar conforme o contexto social evolui.

Críticas à abordagem minimalista também existem. Alguns teóricos argumentam que, em certos casos, uma cautela excessiva pode levar à **omissão judicial**, deixando de garantir direitos fundamentais ou perpetuando injustiças sistêmicas. Em temas como segregação racial ou discriminação de gênero, as decisões mais contundentes do Judiciário foram essenciais para promover mudanças estruturais. No entanto, Sunstein defende que, mesmo nesses casos, a atuação judicial deve ser justificada pela ausência de ação democrática, funcionando como uma última linha de defesa, e não como um substituto para o processo político.

1) Minimalismo Judicial

O minimalismo judicial é uma teoria que propõe que os tribunais, especialmente a Suprema Corte, devem adotar uma abordagem cautelosa e restrita na tomada de decisões. Os pontos centrais do minimalismo judicial de Sunstein incluem:

Evitar Decisões Amplas e Abrangentes: Os juízes devem buscar resolver os casos da maneira mais limitada possível, evitando estabelecer precedentes amplos ou tomar posições abrangentes sobre temas complexos e polêmicos. Isso respeita a democracia, permitindo que questões controversas sejam resolvidas principalmente pelo legislativo e pela sociedade.

Decisões Incrementais: O minimalismo sugere que os tribunais avancem em pequenos passos, decidindo apenas o necessário para resolver o caso específico, em vez de criar grandes mudanças no ordenamento jurídico.

Justificativa Parcial: Os juízes não precisam oferecer justificativas abrangentes ou ideológicas para suas decisões. Isso permite que os tribunais se concentrem em soluções práticas para os casos, sem impor teorias jurídicas amplas.

Redução de Conflitos Sociais: Sunstein acredita que decisões amplas e radicais muitas vezes exacerbam divisões sociais. O minimalismo ajuda a evitar essa polarização.

Exemplo: No caso **Bush v. Gore** (2000), que decidiu a eleição presidencial nos EUA, a Corte usou uma abordagem minimalista ao afirmar que a decisão era limitada àquele caso específico, sem estabelecer precedentes amplos.

Vantagens do Minimalismo:

Promove estabilidade jurídica.

Dá espaço para o desenvolvimento gradual do Direito.

Respeita a democracia ao evitar decisões judiciais intrusivas.

Críticas ao Minimalismo:

Pode gerar incertezas ao evitar esclarecimentos amplos.

Não resolve problemas estruturais de maneira definitiva.

2) Personas Constitucionais

Cass Sunstein também desenvolveu a ideia de **personas constitucionais** como uma forma de caracterizar diferentes tipos de juízes ou abordagens à interpretação constitucional. Essas "personas" refletem como os juízes encaram seu papel no sistema democrático e judicial. Algumas das personas que Sunstein descreve incluem:

Minimalistas: Juízes que preferem decisões limitadas e cautelosas, alinhados com o minimalismo judicial. Eles evitam emitir grandes declarações de princípios constitucionais, preferindo soluções pontuais.

Fundamentalistas (ou Originalistas): Juízes que acreditam que a interpretação da Constituição deve ser baseada no significado original do texto no momento de sua adoção.

Perfeccionistas: Juízes que buscam usar a Constituição como uma ferramenta para alcançar ideais de justiça e equidade, mesmo que isso implique decisões amplas e progressistas.

Pragmatistas: Juízes que tomam decisões com base em suas consequências práticas, visando resultados úteis e eficientes.

Essas personas ajudam a compreender os diferentes estilos e métodos adotados pelos juízes, além de destacar como suas abordagens afetam o desenvolvimento do Direito e a interação entre Judiciário e sociedade.

PONTO 10.

Métodos de Interpretação Constitucional Segundo JJ Canotilho

José Joaquim Gomes Canotilho apresenta métodos que refletem a especificidade da interpretação constitucional, considerando tanto os métodos tradicionais quanto as abordagens contemporâneas que lidam com a complexidade das normas constitucionais. Esses métodos são fundamentais para garantir que a interpretação das normas constitucionais atenda às demandas práticas e preserve a essência do texto constitucional.

O **método jurídico**, também chamado de hermenêutico-clássico, parte do pressuposto de que a Constituição é uma lei e, portanto, deve ser interpretado pelos mesmos instrumentos aplicados às normas infraconstitucionais. São utilizados elementos como o literal (gramatical), que analisa a redação do texto; o histórico, que investiga o contexto em que a norma foi elaborada; o sistemático, que considera as relações da norma com outras disposições constitucionais; e o teleológico, que busca compreender a especificamente da norma. Esse método é um ponto de partida indispensável, mas, segundo Canotilho, não é suficiente para abordar as especificidades da Constituição, que exige um olhar mais amplo e contextualizado.

I. Método tópico-problemático

Foi idealizado por **Theodor Viehweg**, colocando ênfase no problema enfrentado. A **tópica é uma invenção**, uma técnica mental de **pensar o problema com o objetivo de solucioná-lo**, ela inverte a lógica tradicional a partir do problema concreto e não do texto normativo. Ele assume que as normas **constitucionais possuem caráter fragmentário e alta abstração, não sendo possível uma simples subsunção entre fato e norma.**

O fundamento teórico desse método reside na noção de que a Constituição, por sua natureza, não consegue prever e regular todas as situações possíveis. As normas constitucionais possuem um **caráter fragmentário e elevado grau de abstração**, muitas vezes expressando valores e princípios que exigem uma aplicação contextual para ganhar concretude. Por essa razão, o método tópico-problemático entende que o intérprete deve partir do problema específico e **encaixá-lo na moldura normativa constitucional**, buscando uma solução mais justa e adequada.

O método tópico-problemático parte das seguintes premissas:

- A primeira premissa estabelece que a **interpretação constitucional deve ter caráter prático, resolvendo o problema concreto.**
- A segunda premissa estabelece que **as normas constitucionais possuem um caráter fragmentário**, sem abranger todas as situações capazes de ocorrer, mas apenas aquelas com alto grau de abstração e generalidade.
- A terceira premissa **estabelece que não é possível fazer apenas a subsunção do fato à norma constitucional.** O ponto de partida deve ser o problema, e não a norma.

Diante dessas premissas, o método tópico-problemático se desenvolve. Para tanto, o intérprete deverá encaixar o problema que se quer resolver dentro da Constituição. A partir daí, o intérprete reputará como justa a resolução do problema extraído do texto constitucional.

A crítica que se faz ao método tópico-problemático é que há um **casuísmo sem limites**, em razão de que cada problema é diverso dos demais.

A prática desse método pode ser ilustrada em casos de judicialização da saúde, como garantia de medicamentos ou tratamentos de alto custo. Embora o **art. 196 da Constituição Federal** dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, sua aplicação a situações concretas exige um confronto com questões práticas como orçamento público, igualdade de acesso e urgência de tratamento. Nesse contexto, o método tópico-problemático leva a interpretar a partir do problema — a necessidade do paciente — e a buscar uma solução compatível com os valores constitucionais, mesmo que o texto normativo não forneça respostas diretas.

Características Principais

Primazia do problema sobre o texto : Ao invés de partir da norma, o intérprete analisa o problema concreto, adaptando a norma à realidade do caso.

Caráter prático: A interpretação é externa para a solução de questões reais, privilegiando o resultado mais adequado ao caso.

Flexibilidade interpretativa: Reconhece-se que a Constituição não é um código fechado, mas um sistema aberto de normas e princípios, permitindo maior adaptação às demandas sociais.

Críticas e Limitações

Embora o método tópico-problemático seja valorizado por sua **praticidade** e capacidade de adaptar a interpretação constitucional às necessidades concretas, ele enfrenta críticas diversas. Uma das principais é o **risco de casuísmo ilimitado**, já que cada problema pode levar a interpretações distintas e, potencialmente, conflitantes. Essa flexibilidade, embora útil em casos complexos, pode gerar insegurança jurídica, pois interpretações baseadas exclusivamente em problemas específicos podem desconsiderar a coerência e integridade do sistema jurídico.

Além disso, a ausência de um ponto de partida normativo pode enfraquecer a legitimidade da decisão, dando margem a acusações de ativismo judicial ou subjetivismo excessivo. **José Joaquim Gomes Canotilho** alerta para o perigo de soluções baseadas apenas no problema, sem ancoragem sólida no texto constitucional, afirmando que “a Constituição não pode ser reduzida a um mero instrumento para resolução de conflitos pontuais” (*CANOTILHO, JJ Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 2003*).

II. Método Hermenêutico-Concretizador

O **método hermenêutico-concretizador**, idealizado por **Konrad Hesse**, é uma abordagem sofisticada de interpretação constitucional que busca integrar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto normativo e a realidade concreta. Esse método parte do reconhecimento de que **o intérprete nunca é neutro**; ele possui uma **"pré-compreensão"** da norma, fruto de suas experiências, formação e percepção prévia sobre o texto. Contudo, essa subjetividade inicial é constantemente confrontada e ajustada à medida que o intérprete analisa o problema concreto.

O método hermenêutico concretizador diz que **o intérprete ao fazer a primeira leitura do texto constitucional extrai um conteúdo chamado de pré-compreensão da norma.** Quando o intérprete se defronta com o problema, ele deverá voltar à norma que ele havia pré-compreendido, ou seja, o intérprete faz a primeira leitura (pré-compreensão) e compara com a realidade existente. A partir do confronto da primeira leitura e da realidade existente, ele reformulará a sua própria compreensão, de forma que relerá o texto da maneira que a realidade se apresentou. Nessa releitura do texto, haverá repetições sucessivas do texto para a realidade até que se encontre uma solução harmoniosa do problema. Este método diferencia-se por adotar um movimento dinâmico entre a norma e o problema, conhecido como **círculo hermenêutico**. Esse movimento caracteriza-se por três etapas principais:

A Pré-Compreensão Inicial O intérprete, ao se comparar com o texto constitucional, realiza uma leitura preliminar, formando uma **pré-compreensão subjetiva**. Essa leitura inicial é inovadora e influenciada por fatores como o contexto histórico, as condições sociais e os valores pessoais do intérprete.

O Confronto com a Realidade Após a **leitura inicial, a norma é confrontada com o problema concreto que se pretende resolver.** Nesse momento, a pré-compreensão é testada e desafiada, exigindo do intérprete um esforço de adequação e ajuste.

A Reformulação da Compreensão O intérprete revisita o texto constitucional à luz do problema enfrentado, promovendo uma **releitura crítica**. Esse movimento de ida e volta entre o texto e a realidade ocorre repetidamente até que se alcance uma solução harmônica, que respeite tanto a norma quanto o contexto concreto.

Nesse quadro, os defensores da interpretação concretista, dentre os quais Konrad Hesse, pugnam que toda leitura inicial de um texto deve ser reformulada mediante uma comparação com a realidade, justamente para serem suprimidas interpretações equivocadas. Por isso, o método concretizador funda-se em uma constante mediação entre o problema e a norma, no qual a concretização é lapidada por meio de uma análise mais profunda, em que a norma prevalece sobre o problema.

Esse processo contínuo de mediação entre o texto e o problema é o que define o **círculo hermenêutico**, no qual cada nova leitura aprimora e lapida a interpretação inicial, permitindo que a solução seja moldada com base em uma compreensão mais rica e profunda da norma constitucional.

Elementos Básicos do Método

O método hermenêutico-concretizador é fundamentado em três pilares:

Pressupostos Subjetivos: Reconhecemos que o intérprete possui uma pré-compreensão da Constituição e exerce um papel ativo e criador na descoberta do sentido do texto. Essa pré-compreensão não é estática, sendo continuamente reformulada durante o processo interpretativo.

Pressupostos Objetivos: Referem-se ao contexto no qual a norma será aplicada. O intérprete atua como um mediador entre o texto constitucional e a realidade concreta, buscando compatibilizar ambos.

Relação entre Texto e Contexto: A interpretação é entendida como uma atividade dialógica, na qual o texto e o contexto interagem de forma dinâmica. O resultado final da interpretação é a construção da norma a partir do texto, ajustada às demandas do problema.

No campo constitucional, o método hermenêutico-concretizador é particularmente relevante devido às características das normas constitucionais, frequentemente marcadas por **abstração, generalidade e abertura semântica**. Muitas vezes, a tarefa de interpretar não é apenas "interpretar" o texto, mas "concretizar" suas disposições, conferindo-lhes aplicabilidade prática no caso concreto.

Por exemplo, o **princípio da dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III, da Constituição Federal) é uma norma que requer concretização para se traduzir em soluções práticas. Em situações como o direito à saúde ou à moradia, o intérprete deve partir de sua pré-compreensão inicial, confrontar o princípio com as situações concretas e, por fim, construir uma interpretação que atenda às demandas reais sem desrespeitar o texto constitucional.

A grande ideia que se pode concluir do **método hermenêutico concretizador é que ele dá prevalência ao texto constitucional**, o qual sempre começará esse movimento, a partir da pré-compreensão da norma.

Embora o **método admita a subjetividade** da interpretação e a relevância do contexto, ele garante a **prevalência do texto constitucional** como ponto de partida e parâmetro final do processo interpretativo. O movimento do círculo hermenêutico sempre se inicia e se encerra no texto, garantindo que as soluções práticas estejam ancoradas no ordenamento jurídico.

Konrad Hesse destaca que o método concretizador é essencial para garantir a **força normativa da Constituição**, pois conecta o texto às necessidades da realidade sem comprometê-lo com soluções subjetivas ou casuísticas.

Críticas e Limitações

Embora o método hermenêutico-concretizador seja amplamente aceito, ele também enfrentou críticas. Uma delas é uma dificuldade em equilibrar a **subjetividade do intérprete** com a objetividade necessária para garantir uniformidade e segurança jurídica. Em alguns casos, a influência da pré-compreensão da interpretação pode levar a soluções parciais ou invejáveis, especialmente quando valores pessoais se sobrepõem à norma constitucional.

Outro ponto crítico é a complexidade do círculo hermenêutico, que pode ser mal utilizada ou simplificada, resultando em interpretações superficiais que não alcançam a profundidade necessária para a concretização constitucional.

III. Método normativo-estruturante

O **método normativo-estruturante**, desenvolvido por **Friedrich Müller**, apresenta uma visão inovadora sobre a interpretação constitucional. **Ele rompe com a ideia de que o texto normativo e a norma jurídica são equivalentes, destacando que o texto é apenas um ponto de partida para a construção da norma**. Essa construção é o resultado de uma interação **entre o texto, os valores constitucionais e a realidade social**.

Segundo Müller, o texto normativo é insuficiente para resolver problemas concretos. Ele fornece apenas os contornos iniciais, enquanto a norma jurídica, efetivamente aplicada no caso concreto, resulta de um processo de concretização que considera não apenas o texto, mas também os fatores sociais, culturais e econômicos envolvidos. Assim, o método normativo-estruturante busca alinhar o texto constitucional à realidade, garantindo que a Constituição não seja apenas um documento formal, mas um instrumento eficaz de regulação social.

Elementos Centrais do Método

O método normativo-estruturante baseia-se em três metas fundamentais:

1. A Norma Jurídica como Resultado da Interpretação A norma jurídica não está contida no texto constitucional, mas é construída pelo intérprete com base em uma análise aprofundada. Essa construção ocorre por meio da interpretação que considera tanto o texto quanto os valores constitucionais e as explicações do caso concreto. Müller ressalta que a norma é uma visão geral entre o texto normativo e os elementos externos que o influenciam.

2. A Importância dos Fatores Extratextuais O método regular que o texto constitucional, por si só, não é suficiente para resolver problemas complexos. Fatores como a história, os valores da sociedade, as condições econômicas e as mudanças culturais desempenham papel crucial na interpretação. Assim, a norma construída deve refletir não apenas o texto, mas também o contexto em que será aplicado.

3. A Função Normativa do Intérprete O intérprete desempenha um papel ativo e criador, sendo responsável por transformar o texto constitucional em norma jurídica concreta. Esse processo exige uma análise rigorosa do texto e do seu contexto, para que a solução encontrada seja coerente com os princípios constitucionais e adequada à realidade social.

A Estrutura Normativa

No método normativo-estruturante, a Constituição é vista como um sistema de normas que interage e forma uma estrutura consistente. Para Müller, cada norma deve ser interpretada em harmonia com as demais, de forma a preservar a unidade do texto constitucional. Isso exige que o intérprete leve em consideração:

A Função Sistêmica da Norma: Uma norma deve ser entendida como parte de um todo integrado, contribuindo para a coerência do sistema constitucional.

A Hierarquia de Valores Constitucionais: Direitos fundamentais, princípios estruturantes e cláusulas pétreas devem orientar a construção normativa, prevalecendo sobre normas infraconstitucionais.

A Efetividade da Constituição: A interpretação deve garantir que a Constituição seja aplicada de maneira prática e eficaz, atendendo às demandas da sociedade.

Aplicação Prática do Método

A aplicação desse método é especialmente útil em situações em que o texto constitucional é lacônico ou ambigualmente redigido. Por exemplo, a interpretação do **art. 37, caput, da Constituição Federal**, que consagra os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade,

publicidade e eficiência na administração pública, exige a construção de normas que detalhem como esses princípios devem ser aplicados na prática administrativa.

Outro exemplo relevante é a interpretação do **art. 5º, inciso XXXV, da Constituição**, que assegura o acesso à justiça. Para concretizar esse direito, é necessário considerar fatores extratextuais, como as previsões econômicas do Judiciário, a capacidade técnica das partes e a celeridade processual. O método normativo-estruturante permite que o intérprete harmonize o texto com as necessidades reais, garantindo a aplicabilidade do direito fundamental.

Críticas ao Método

Embora amplamente aceito, o método normativo-estruturante também enfrenta críticas. Uma das principais é o **risco de subjetivismo**, já que o papel criador do intérprete pode levar a decisões baseadas em valores pessoais ou desvinculadas do texto constitucional. Além disso, o método exige **alta capacidade técnica e sensibilidade do intérprete**, o que pode dificultar sua aplicação uniforme.

IV Método Científico-Espiritual

O **método científico-espiritual**, desenvolvido por **Rudolf Smend**, destaca-se por sua abordagem diferenciada na interpretação constitucional, priorizando os valores fundamentais subjacentes ao texto constitucional e sua conexão com a realidade social e cultural. Para Smend, a Constituição não é apenas um conjunto de normas jurídicas, mas uma **expressão histórica, cultural e axiológica** da sociedade, devendo ser interpretada de forma para garantir a integração entre o Estado e a comunidade.

Essa perspectiva busca extrair da Constituição não apenas a literalidade do texto, mas também o seu **conteúdo axiológico último**, ou seja, os valores e ideais que ela pretende promover. O intérprete, nesse contexto, assume um papel essencial na articulação entre o texto constitucional e a realidade espiritual da comunidade, garantindo que a Constituição reflita os anseios e valores da sociedade que ela regula.

O método Científico-Espiritual utiliza leitura flexível e extensiva, na qual os valores comunitários e a realidade existencial do Estado se articulam com o fim integrador da Constituição.

O método científico-espiritual tem um cunho sociológico, não procurando exatamente extrair ou interpretar a norma constitucional pelo conteúdo textual, pois visa procurar precipuamente os valores que estão subjacentes ao texto constitucional.

Características Fundamentais

1. A Constituição como Expressão de Valores Comunitários O método científico-espiritual entende que a Constituição é mais do que um documento normativo; ela representa os valores fundamentais de uma sociedade, como justiça, igualdade, dignidade humana e solidariedade. Esses valores, embora muitas vezes implícitos no texto, devem ser identificados e integrados ao processo interpretativo.

2. O Papel da Realidade Social A interpretação não se limita ao texto escrito. O método exige que o intérprete considere uma **realidade social, cultural e histórica**, buscando entender como a Constituição pode contribuir para a coesão e integração da sociedade. Esse aspecto é

particularmente relevante nas sociedades pluralistas, onde a Constituição deve atuar como um instrumento de unidade.

3. Flexibilidade e Adaptação O método científico-espiritual adota uma abordagem flexível e adaptável, reconhecendo que os valores constitucionais podem evoluir com o tempo. Essa perspectiva permite que a interpretação constitucional acompanhe as transformações sociais e culturais, garantindo a atualidade e a efetividade da Constituição.

A Integração como Objetivo Central

Para Smend, o objetivo principal da Constituição é promover a **integração social**, garantindo que os diferentes setores da sociedade convivam de maneira harmônica sob um conjunto de valores comuns. A interpretação científico-espiritual, nesse sentido, busca fortalecer esse papel integrador, promovendo a unidade dentro da diversidade.

Um exemplo dessa aplicação pode ser encontrado na **interpretação do art. 1º, III, da Constituição Federal**, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro. Esse princípio não se restringe a uma definição normativa; ele incorpora valores culturais e sociais que impedem uma interpretação que reflita as demandas contemporâneas da sociedade, como o reconhecimento de direitos de minorias ou a proteção dos mais vulneráveis.

O método científico-espiritual é particularmente útil na interpretação de normas constitucionais abertas ou principiológicas, como os direitos fundamentais. Por exemplo, na análise do direito à igualdade (art. 5º, caput), o intérprete deve considerar os valores históricos e culturais associados à luta contra discriminações, buscando uma interpretação que promova a inclusão e a justiça social.

Outro exemplo relevante é a interpretação do **art. 226 da Constituição Federal**, que autoriza a família como base da sociedade. Sob uma perspectiva científico-espiritual, a família não deve ser vista apenas em seu conceito tradicional, mas também em sua evolução cultural, abrangendo novas formas de convivência, como uniões homoafetivas. O reconhecimento dessas mudanças reflete a integração dos valores constitucionais com a realidade social.

Críticas ao Método

Apesar de sua riqueza teórica, o método científico-espiritual enfrenta críticas. Uma das principais é o **risco de subjetivismo**, uma vez que a identificação dos valores constitucionais depende, em grande medida, das percepções individuais do intérprete. Essa subjetividade pode levar a interpretações inconsistentes ou descoladas do texto constitucional.

Além disso, a ênfase na realidade cultural e nos valores comunitários pode gerar conflitos em sociedades pluralistas, onde diferentes grupos possuem visões divergentes sobre quais valores devem prevalecer. Essa pluralidade pode dificultar a aplicação uniforme do método.

PONTO 11.

Zetética Jurídica: o pensar reflexivo e crítico do intérprete do Direito

A **Zetética Jurídica**, expressão consagrada por **Tércio Sampaio Ferraz Júnior**, representa a dimensão reflexiva e crítica do pensamento jurídico. Diferentemente da **Dogmática Jurídica**, que se ocupa em **aplicar o Direito posto**, a Zetética se preocupa em **interrogar o próprio**

Direito, questionando seus fundamentos, seus métodos, suas finalidades e, sobretudo, os limites éticos e sociais de sua aplicação.

Enquanto a Dogmática se pergunta “**como aplicar a norma?**”, a Zetética indaga “**por que esta norma?**”, “**a quem ela serve?**”, “**qual realidade ela produz?**”. É, portanto, a dimensão filosófica, ética e epistemológica do saber jurídico — a que **coloca em dúvida o que parece dado**, abrindo espaço para a transformação e o avanço do conhecimento jurídico.

1. A origem filosófica da Zetética

O termo “zetética” provém do grego *zētēō*, que significa “procurar”, “investigar”, “buscar compreender”. É a atitude do espírito que **não se satisfaz com respostas prontas**, mas que **interroga para conhecer**.

Na filosofia antiga, **Sócrates** foi o modelo desse pensamento zetético. Sua maiêutica — o “parto das ideias” — não consistia em ensinar verdades, mas em provocar o interlocutor a **descobrir por si mesmo as contradições do próprio pensamento**. O saber, dizia Sócrates, nasce da dúvida, não da certeza.

Esse espírito socrático renasce na Zetética Jurídica: o jurista zetético não aceita o Direito como um conjunto fechado de normas, mas o vê como um **processo contínuo de interrogação crítica sobre a justiça, a legitimidade e a eficácia social das leis**.

Ele compreende que o Direito não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de convivência humana, que precisa ser constantemente reinterpretado à luz da experiência e da razão.

2. Zetética e Dogmática: diálogo e tensão

Tércio Sampaio Ferraz Jr. diferencia as duas dimensões do saber jurídico — a **zetética** e a **dogmática** — como **complementares**.

A **Dogmática Jurídica** parte do **pressuposto da validade do Direito positivo**: é o campo da interpretação normativa, da aplicação técnica, da coerência lógica do sistema. A **Zetética Jurídica**, por sua vez, **não parte de certezas, mas de problemas**. É o **domínio do questionamento, da abertura epistemológica**, da reflexão crítica que alimenta o avanço do próprio sistema jurídico.

Sem dogmática, o Direito perde a estabilidade; sem zetética, ele perde a capacidade de evoluir. O bom jurista, portanto, é aquele que **atua dentro da dogmática com espírito zetético**, aplicando a norma com técnica, mas também com consciência crítica de seus limites e de suas repercussões sociais.

Por exemplo, o magistrado que analisa um despejo coletivo em área irregular não deve se limitar ao texto frio da lei civil, mas precisa **questionar o sentido constitucional da moradia**, o impacto humano da decisão e o papel do Estado na omissão que gerou o conflito. Isso é pensar de forma zetética: aplicar o Direito sem abdicar da reflexão moral e social.

3. A Zetética como exigência ética do juiz contemporâneo

A **Resolução nº 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça** — que rege o concurso para ingresso na magistratura — traduz de modo claro o perfil do juiz que se espera no século XXI: um **juiz ético**, dotado de **alta formação conceitual e técnica, capaz de compreender o contexto social e político** em que atua e, sobretudo, **apto a refletir criticamente sobre o alcance de suas decisões**.

Esse perfil vai muito além da aplicação mecânica da lei. Exige do juiz a **atitude zetética**: pensar, duvidar, contextualizar, dialogar com outras ciências, compreender as emoções humanas e perceber o impacto real de cada sentença.

Ser juiz não é apenas aplicar regras — é **interpretar vidas**.

A resolução do CNJ traduz um ideal de magistratura que une **autonomia intelectual e responsabilidade institucional**: um juiz altivo, mas não soberbo; independente, mas consciente de que integra um corpo colegiado e institucional.

O juiz zetético não é o juiz que se rebela contra o sistema, mas aquele que **se recusa a ser um mero repetidor de precedentes**, que compreende o porquê das decisões superiores e as aplica **com prudência e consciência crítica**.

Ele é, nas palavras de Tércio Sampaio, **um intérprete pensante**, não um executor automático de textos normativos.

4. Zetética e o compromisso humanístico do Direito

A Zetética Jurídica é também a ponte entre o Direito e as **ciências humanas**. Ela exige que o jurista olhe o Direito **em diálogo com a ética, a filosofia, a política, a sociologia e a economia**, porque compreende que o fenômeno jurídico é uma expressão cultural e histórica.

Um juiz verdadeiramente zetético entende que **decidir é também educar, comunicar e reconstruir a confiança social no sistema de justiça**.

A cada decisão, ele se pergunta:

“Estou promovendo justiça ou apenas formalizando o poder?”

“Minha decisão contribui para a paz social ou apenas reafirma desigualdades?”

“Minha interpretação está alinhada aos valores constitucionais de dignidade, liberdade e solidariedade?”

Essas perguntas revelam a essência da Zetética: **a ética da interrogação**. Ela convida o intérprete a um constante exercício de humildade intelectual — reconhecer que o Direito não é neutro, que toda decisão tem implicações humanas, e que a busca pela justiça exige abertura ao diálogo, à dúvida e ao aprendizado contínuo.

5. Conclusão: o jurista zetético e o papel reflexivo da magistratura

A **Zetética Jurídica** é, em última análise, o antídoto contra o dogmatismo estéril e o automatismo judicial.

Ela não nega o valor da técnica, mas a submete à razão ética. Forma o **juiz reflexivo, prudente e consciente**, que compreende que o exercício da jurisdição é também um ato de responsabilidade moral perante a sociedade.

O juiz zetético não é aquele que duvida de tudo, mas aquele que **duvida do suficiente para pensar melhor**.

Ele reconhece que a lei é um instrumento, e não uma verdade absoluta; que a justiça é uma construção coletiva; e que a função do magistrado é equilibrar, com sabedoria e sensibilidade, a força da norma com a fragilidade humana que ela pretende reger.

A Zetética Jurídica, portanto, é o **espírito filosófico do Direito vivo** — o que impede que a justiça se transforme em rotina e que o julgador se torne mero técnico da legalidade.

É ela que faz do juiz um verdadeiro **intelectual público**, capaz de unir o rigor técnico à consciência moral, a estabilidade da norma à inquietude da razão e a certeza do Direito à dúvida criadora da Justiça.

PONTO 12.

Aristóteles e o Pensamento Jurídico: Justiça, Proporcionalidade e a Lógica do Razoável

A filosofia de **Aristóteles** representa um marco no pensamento jurídico ocidental. Se Platão concebia a justiça como uma ideia ideal e transcendente, situada no plano do mundo das formas, Aristóteles a reconduz ao terreno da **experiência humana**, à vida concreta da *pólis*. Para ele, o Direito e a Justiça não são construções abstratas, mas realidades práticas que devem ser compreendidas à luz da natureza social do homem e das circunstâncias concretas de cada caso. É nesse sentido que se pode dizer que Aristóteles inaugurou a **racionalidade prática no Direito** — aquela que busca o justo não na norma, mas na prudência (*phronesis*) do julgador.

1. Justiça e igualdade: da formalidade à proporcionalidade

Para Aristóteles, a **justiça** é a **virtude suprema** da vida em comunidade, porque é aquela que orienta o homem na sua relação com o outro. No livro V da *Ética a Nicômaco*, ele afirma que “a justiça é uma disposição de caráter que leva a dar a cada um o que é seu”. Essa máxima, tão repetida ao longo dos séculos, guarda uma profundidade que vai além da mera distribuição de bens ou direitos: ela revela a busca por **equilíbrio e proporcionalidade nas relações humanas**.

No entanto, Aristóteles vivia em uma sociedade profundamente desigual, em que existiam cidadãos, estrangeiros, mulheres e escravos, cada qual com status jurídico distinto. Diante disso, ele precisou justificar, filosoficamente, um sistema social que não reconhecia a igualdade material entre todos.

Para tanto, elaborou a distinção entre **igualdade formal** e **igualdade proporcional**. A igualdade formal é aquela que considera todos iguais perante a lei, sem levar em conta as diferenças concretas. Já a igualdade proporcional busca **tratar os desiguais na medida de suas desigualdades**, ajustando a aplicação da justiça às condições reais das pessoas.

Desse modo, Aristóteles introduz a **proporcionalidade** como critério de justiça distributiva. A justiça não se resume a tratar todos de modo idêntico, mas a **tratar desigualmente os**

desiguais, na exata medida em que se desigualam — ideia que seria retomada, séculos depois, por **Rui Barbosa**, ao afirmar que “a regra da igualdade consiste em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam”.

Essa concepção aristotélica inspira até hoje o **princípio da isonomia substancial**, base da interpretação constitucional contemporânea, que impõe ao Estado o dever de promover políticas compensatórias, ações afirmativas e medidas redistributivas que realizem uma justiça material, não apenas formal.

2. A equidade como correção da lei

Outro conceito essencial na filosofia de Aristóteles é o de **equidade (epieikeia)**, entendida como a virtude que **corrige as imperfeições da lei escrita**.

O filósofo reconhecia que nenhuma norma é capaz de prever todas as particularidades da vida humana; a **lei é sempre geral, enquanto os fatos são sempre singulares**. Por isso, a função do juiz não é apenas aplicar a lei, mas também **corrigir o seu rigor excessivo quando este conduzir a injustiça**.

Em suas palavras, “a equidade é uma forma de justiça superior, porque corrige o erro da lei quando esta é deficiente por causa de sua generalidade”.

Esse pensamento antecipa o que hoje chamamos de **princípio da razoabilidade**: o dever de interpretar a norma de modo que ela não produza efeitos irracionais, desproporcionais ou desumanos.

Assim, o julgador aristotélico é um intérprete prudente (*phronimos*), guiado não pela literalidade, mas pelo sentido ético do justo.

Um exemplo simples ilustra esse conceito: imagine uma lei que proíbe veículos em parques públicos para preservar o silêncio e a natureza. Se um médico utiliza o carro para socorrer uma criança ferida dentro do parque, aplicar literalmente a norma seria injusto. A equidade permite que o juiz reconheça a exceção, corrigindo o rigor da lei em nome da justiça concreta.

Esse é o coração da filosofia jurídica aristotélica: a **prudência no uso da norma**, orientada pelo equilíbrio entre o justo legal e o justo real.

3. Racionalidade prática e crítica ao idealismo platônico

Aristóteles rompeu com o **idealismo ético de Platão**, que via o mundo das ideias como o verdadeiro espaço da justiça.

Para Aristóteles, a ética e o direito pertencem à esfera da **práxis** — isto é, da ação humana concreta. O justo não está num plano metafísico, mas **nas relações reais entre pessoas e nas decisões prudentes tomadas à luz das circunstâncias**.

Daí surge o conceito de **racionalidade prática**, um tipo de razão que não busca verdades absolutas, mas **soluções equilibradas para os dilemas humanos**. Essa racionalidade é a base da atividade jurídica: o juiz, o promotor, o legislador e o advogado operam constantemente entre o dever-ser da norma e o ser da realidade.

Por isso, Aristóteles é considerado o verdadeiro pai da **filosofia do Direito concreto**, que se opõe tanto ao positivismo rígido quanto ao moralismo abstrato.

4. A lógica formal e a lógica do razoável

Aristóteles também foi o fundador da **lógica** como ciência. Em suas obras *Organon* e *Tópicos*, ele desenvolveu duas formas de raciocínio: a **lógica formal** e a **lógica dialética**.

A **lógica formal** (ou apofântica) é a lógica da verdade necessária. Nela, o raciocínio segue a estrutura do **silogismo dedutivo**:

“Todo homem é mortal; Sócrates é homem; logo, Sócrates é mortal.”
Trata-se da lógica da **subsunção**, que opera sobre proposições universais e conclui com necessidade. Essa lógica é fundamental para o Direito positivo: é a base da aplicação mecânica da lei ao fato, típica da dogmática jurídica.

Porém, Aristóteles percebeu que nem todas as questões da vida humana se resolvem por dedução formal. Há campos em que não existem verdades absolutas, mas apenas **argumentos plausíveis**, baseados em valores, experiências e juízos morais.

É nesse terreno que surge a **lógica dialética**, ou **lógica do razoável**, também chamada de lógica deôntica ou lógica da argumentação.

Aqui, o raciocínio é persuasivo, não demonstrativo. Ele se fundamenta em **tópicos argumentativos** – valores, precedentes, máximas de experiência – que buscam **convencer racionalmente o interlocutor**.

Quando um juiz fundamenta sua decisão não apenas na letra da lei, mas em princípios constitucionais, valores sociais e direitos humanos, ele está aplicando essa **lógica do razoável**, herdada diretamente de Aristóteles. É a passagem da lógica da certeza para a lógica da prudência – a transição da rigidez da norma para a flexibilidade da justiça.

5. A atualidade do pensamento aristotélico

A filosofia de Aristóteles permanece atual porque **revela o caráter ético e prudencial do Direito**.

Suas ideias de **proporcionalidade, equidade, racionalidade prática e lógica do razoável** estruturam boa parte dos fundamentos do Direito contemporâneo, especialmente no âmbito constitucional.

Quando o Supremo Tribunal Federal aplica o **princípio da proporcionalidade** para equilibrar direitos fundamentais em conflito, está, ainda que implicitamente, utilizando a matriz aristotélica.

Quando um magistrado se vale da **razoabilidade** para afastar uma interpretação literal e alcançar a justiça concreta, está exercendo o mesmo papel que Aristóteles atribuía ao homem prudente (*phronimos*).

A lição que Aristóteles legou ao Direito é simples e profunda:

a justiça não é a aplicação cega da lei, mas o equilíbrio prudente entre a norma e a vida.

Decidir é um ato moral, porque exige discernimento entre o justo e o injusto, o útil e o honesto, o necessário e o possível.

PONTO 13.

Alf Ross e o Conceito de Direito Vigente: o sistema jurídico como jogo de significados sociais

O jurista dinamarquês **Alf Ross**, representante destacado do **realismo escandinavo**, propôs uma das concepções mais instigantes e inovadoras sobre o que significa “Direito vigente”. Para ele, compreender o Direito não é uma questão de buscar uma essência metafísica ou uma verdade universal sobre o que é o “justo”, mas sim de compreender **um sistema social de normas em funcionamento** — um conjunto coerente de significados que orienta e explica o comportamento humano dentro de determinada comunidade.

A analogia que Ross traça entre o **direito vigente** e as **regras do xadrez** é o núcleo dessa concepção. Sua intenção é mostrar que o Direito, assim como um jogo, constitui um **sistema fechado de regras dotado de coerência interna**, cuja validade não depende de ideias abstratas ou valores transcendentais, mas da **prática social efetiva** que lhe confere sentido.

1. O ponto de partida: as regras do xadrez como sistema autônomo

Para Alf Ross, não faz sentido definir as **regras do xadrez** por meio da comparação com as regras de outros jogos, como o tênis ou o futebol. Cada jogo é um **sistema individual de normas**, que forma um **todo coerente e significativo**.

As regras do xadrez só podem ser compreendidas **a partir de si mesmas**, e não por contraste com outros jogos. É perfeitamente possível identificar as normas do xadrez na prática — como “o rei move-se uma casa em qualquer direção” ou “o peão promove-se ao atingir a oitava fileira” —, mas é inútil tentar formular uma definição universal de “regra de jogo” que abranja, ao mesmo tempo, o xadrez, o futebol e o tênis.

Ross demonstra que **o sentido das normas do xadrez** deriva da **atividade social que elas organizam**. As regras não existem no vazio: ganham realidade no momento em que as pessoas jogam, movimentam peças e reconhecem, coletivamente, a validade dessas jogadas dentro do universo do jogo.

O sistema do xadrez, portanto, possui uma **coerência interna de significado**, e é essa coerência que torna suas normas inteligíveis.

2. A analogia com o Direito: o ordenamento jurídico como um sistema individual de normas

De modo análogo, explica Ross, o **Direito** também deve ser compreendido como **um sistema individual e nacional de normas**, dotado de coerência própria — como o “direito dinamarquês”, o “direito brasileiro” ou o “direito francês”.

Cada ordenamento jurídico forma um **universo normativo autônomo**, composto por normas que se interligam e que só podem ser compreendidas dentro da prática social que as sustenta.

Assim como não faz sentido definir o xadrez por comparação com o tênis, tampouco faz sentido tentar definir o “direito” comparando-o com outras normas sociais, como as normas morais, religiosas ou costumeiras. O “direito vigente” não é um conceito universal e abstrato, mas um **sistema social específico**, reconhecido e efetivado por uma comunidade.

Quando dizemos “direito brasileiro vigente”, estamos nos referindo a um **conjunto determinado de normas**, que orientam o comportamento dos cidadãos, guiam a atuação dos juízes, administradores e legisladores, e que são dotadas de um **sentido compartilhado**: o de organizar a convivência social por meio da coerção institucionalizada.

3. O erro da filosofia do direito tradicional

Ross critica a tradição filosófica que buscou **definir o Direito de modo universal**, procurando distingui-lo de outras ordens normativas. Para ele, essa tentativa é metodologicamente equivocada, porque parte da ideia de que existe uma **essência do jurídico**, uma “natureza” metafísica do Direito que o filósofo deve descobrir.

Essa postura, segundo Ross, é fruto de **pressupostos emocionais e metafísicos**: a crença de que o Direito precisa de um fundamento absoluto para ser legítimo, e que apenas a filosofia pode determinar quais ordens normativas têm o “título honorífico” de Direito. Mas, para o realismo escandinavo, esse caminho é ilusório. O Direito não deriva de ideias a priori, nem de valores transcendentais, mas da **realidade empírica** de uma prática social: ele é o que **as instituições reconhecem e aplicam**.

Assim como as regras do xadrez existem porque os jogadores as seguem e reconhecem, o Direito existe porque **os juízes decidem com base nele, os cidadãos o obedecem e as autoridades o aplicam**. Ele é, antes de tudo, **um fato social normativamente estruturado**.

4. O conteúdo do ordenamento jurídico: a coerência interna de significado

Ao abandonar a busca por uma definição metafísica de Direito, Ross propõe concentrar-se no **conteúdo do ordenamento jurídico**, isto é, na forma como as normas interagem para formar um sistema coerente.

No xadrez, todas as regras se relacionam com uma mesma atividade: os movimentos das peças no tabuleiro. Essa inter-relação cria um universo de sentido fechado, no qual cada norma adquire significado pela função que exerce no jogo.

O mesmo ocorre com o Direito. As normas jurídicas constituem **um esquema interpretativo** para compreender o comportamento humano dentro de determinada comunidade.

Elas funcionam como **padrões de interpretação e previsão de condutas**, permitindo que se entenda, por exemplo, que “assinar um contrato”, “pagar um tributo” ou “cometer um crime” não são apenas fatos sociais, mas **atos juridicamente significativos**.

Desse modo, o **Direito vigente** é o **sistema de normas em uso efetivo** — um conjunto de regras que serve para **interpretar e dar sentido aos comportamentos sociais**.

Ele não se confunde com a moral nem com ideais de justiça: é um instrumento que organiza e dá previsibilidade às ações humanas.

Por isso, Ross afirma que o Direito “vigora” quando **as condutas reais da sociedade podem ser compreendidas e previstas à luz desse sistema normativo.**

O “vigente” é o que está **em prática, reconhecido e aplicado** — não apenas o que está escrito em leis, mas aquilo que tem efetividade social.

5. A superação da definição essencialista e o papel da ciência do Direito

Ao final de sua argumentação, Alf Ross sustenta que **a função da ciência do Direito** não é definir o que o Direito “é” em essência, mas **descrever e explicar como ele funciona** dentro de determinado contexto histórico e institucional.

O jurista, para Ross, deve agir como um cientista social: seu papel não é especular sobre a “natureza do justo”, mas **expor o sistema normativo vigente de uma comunidade concreta.**

O “direito dinamarquês”, o “direito brasileiro” ou qualquer outro não são abstrações, mas **fatos normativos**, que podem ser estudados, descritos e compreendidos empiricamente. Essa postura rompe com o normativismo de Hans Kelsen, que separava ser e dever-ser, e aproxima o Direito de uma **ciência social empírica**, preocupada com o modo como as normas se manifestam na prática institucional.

Em suma, **“direito vigente” é aquele que efetivamente orienta, explica e prediz as ações humanas dentro de um contexto institucional específico**, do mesmo modo que as regras do xadrez orientam e explicam o comportamento dos jogadores durante a partida.

6. Exemplo

Para tornar a ideia mais palpável, imagine que o Parlamento brasileiro aprove uma lei tributária que nunca é aplicada, porque a Receita Federal não a regulamenta, os contribuintes a ignoram e os tribunais a desconsideram.

Embora “vigente” formalmente, ela **não faz parte do direito vigente** no sentido de Alf Ross, porque não integra o sistema de significados efetivos que guiam as condutas e decisões no âmbito jurídico brasileiro.

O direito vigente, portanto, **não é o que está no papel, mas o que está em ação.** Assim como a regra de promoção do peão só tem sentido quando o jogo é jogado, a norma jurídica só tem vigência real quando é **reconhecida, aplicada e dotada de função prática** no comportamento social.

Conclusão

A contribuição de Alf Ross é profunda e atual: ela desloca o foco do Direito da abstração filosófica para a realidade social.

O “direito vigente” não é uma ideia metafísica, mas **um sistema vivo de significados compartilhados**, sustentado pela prática institucional e pela conduta dos indivíduos. Assim como no xadrez, onde as regras ganham sentido apenas no ato de jogar, o Direito só se torna

real quando é vivido — aplicado, cumprido e compreendido como instrumento de organização da vida em sociedade.

O jurista, portanto, deve ser menos um metafísico e mais um intérprete da realidade: alguém capaz de compreender o Direito não como um ideal distante, mas como **um fenômeno humano em movimento**, dotado de coerência, finalidade e eficácia prática.

PONTO 14.

No que consiste o fenômeno da “erosão da consciência constitucional”, de Karl Lowenstein?

A erosão da consciência constitucional ocorre quando há uma desvalorização funcional da constituição escrita, ou seja, a omissão dos poderes públicos desvaloriza a função da Constituição. Trata-se de um enfraquecimento da função das normas constitucionais, ocorrendo quando a lei fundamental de um país sofre abalos em sua força normativa e na sua capacidade de transformação social.

Tal efeito pode decorrer de:

afastamentos casuísticos da norma constitucional pelo julgador;

repetidas emendas constitucionais que venham a desnaturar a essência da Constituição e sua natureza rígida;

perpetuação de omissões pelo legislador infraconstitucional, ao não regulamentar e dar operabilidade a normas constitucionais de eficácia limitada veiculadoras de direitos e garantias fundamentais.

O mandado de injunção é remédio apto a combater esse fenômeno da erosão da consciência constitucional, em uma de suas causas, pois destina-se a viabilizar o exercício dos direitos e garantias fundamentais consagrados pelo poder constituinte originário, mas inaplicáveis, por serem “letra morta”, em razão da ausência de regulamentação por parte do legislador.

O termo foi utilizado pelo Ministro do STF Celso de Mello no julgamento da ADI 1.484/DF, assim como no RTJ 162/877-879, pelo mesmo Ministro, e na STA (Suspensão de Tutela Antecipada) nº 175.

PONTO 15.

O panoptismo: quando a visibilidade se torna método de poder

Foucault descreve a modernidade disciplinar como um **arquipélago carcerário**: não uma prisão única, mas uma constelação de instituições que compartilham técnicas de docilização e utilidade dos corpos — escola, quartel, hospital, fábrica, asilos e, no limite, a prisão. O que as une não é o prédio, e sim um **modelo**: a disciplina como tecnologia que observa, mede, compara, pune, capacita e produz. Nessa ordem, a sociedade se apresenta como espetáculo de transparência, mas opera como **máquina de inquérito e confissão**: “mostre-se, conte tudo, deixe-se mensurar”. A máxima foucaultiana — **“a visibilidade é uma armadilha”** — condensa essa inversão: não é o segredo que sustenta o poder, e sim a exposição permanente e unilateral dos vigiados.

A figura arquitetônica e o princípio funcional

O **Panóptico** de Bentham é menos um prédio do que um **diagrama de poder**. Seu princípio: **dissociar ver/ser-visto**. Da torre central, o observador enxerga todas as celas; os ocupantes, isolados, nunca sabem se são observados. O efeito não exige vigilância contínua; basta a **possibilidade constante** de ser visto para induzir **auto-regulação**. A arquitetura faz a técnica: luz plena, visadas nítidas, separações finas, registros diários. A **multidão** — fluxo, contágio, alianças — é convertida em **multiplicidade controlável**: indivíduos serializados, comparáveis, classificados.

Três engrenagens da disciplina: olhar, sanção, exame

Foucault isola três mecanismos que atravessam o arquipélago:

Olhar hierárquico: uma economia de postos e vistas que garante observação assimétrica e contínua (inspetores, mestres, médicos, capatazes, avaliadores).

Sanções normalizadoras: micropenas e microprêmios que instauram um **padrão** e fazem da distância ao padrão um déficit a corrigir (atrasos, notas, advertências, bônus).

Exame: cruzamento de olhar e norma que produz **saber individualizante**. O exame registra, arquiva e compara; dele emerge um sujeito documentado, um “dossiê” que passa a falar por ele. O exame não só mede: **produz** o que mede, fazendo do indivíduo um **caso**.

Subjetivação: do corpo útil ao sujeito fabricado

O indivíduo moderno não é amputado por proibições, mas **fabricado** por exercícios, cronometrias, tabelas, relatórios, metas. A disciplina não nega a liberdade; **formata** sua gramática: há escolhas, mas entre alternativas parametrizadas. A docilidade não é passividade: é **capacidade útil** capturada por dispositivos de vigilância, avaliação e recompensa. Assim se sutura a dupla face do panoptismo: **corpos dóceis e forças úteis**.

Direito e panoptismo: onde a arquitetura encontra a norma

O panoptismo não é “ilegal”; ele se **juridiciza**. Regras escolares, regulamentos internos, protocolos médicos, metas laborais, códigos disciplinares: tudo isso opera dentro de uma **legalidade de baixa visibilidade**, infrajurídica, que molda condutas cotidianas antes que o Direito “maior” apareça. Três tensões interessam ao jurista:

Proporcionalidade e finalidade: técnicas de controle precisam ser adequadas, necessárias e proporcionais ao fim declarado (segurança, qualidade, saúde). O excesso transforma tutela em adestramento.

Devido processo dos dados: onde há exame, há **arquivo**; onde há arquivo, há assimetria informacional. A proteção de dados pessoais, a transparência de critérios e o controle de acesso deixam de ser luxos para se tornarem garantias de cidadania.

Normalização x igualdade: toda norma normaliza. O risco é converter o “médio” em “correto”, estigmatizando desvios que, constitucionalmente, são **diferenças legítimas** (corpos, culturas, tempos de aprendizagem, crenças).

Do panóptico de pedra ao panóptico digital

O diagrama excede muros: **cartões de ponto inteligentes, câmeras, plataformas de produtividade, scoring de crédito, reconhecimento de padrões, métricas de**

desempenho, tudo isso reencena o “ver sem ser visto” em escala distribuída. Não há mais torre única: há **muitas torres pequenas**, conectadas por plataformas que cruzam exames em séries infinitas. A promessa de eficiência convive com três perigos:

Opacidade algorítmica: critérios invisíveis geram decisões que ninguém sabe explicar.

Efeito de congelamento: o passado arquivado aprisiona futuros possíveis (rótulos persistem).

Autocensura difusa: sabendo-se observado, o sujeito reduz comportamentos legítimos por medo de avaliação.

Para o Direito, o desafio é **repoliticizar** esses ambientes: quem observa quem? com qual fundamento? com que salvaguardas? com qual direito de contestação? Sem isso, a visibilidade deixa de ser controle democrático para se tornar **heteronomia silenciosa**.

O que o panoptismo não é (e por que isso importa)

Não se trata de uma teoria da “maldade estatal”, nem de negar ganhos reais de segurança, saúde, qualidade e eficiência. O panóptico é uma **tecnologia neutra de poder** que pode **proteger** e **oprimir**, conforme desenho institucional, controles e contrapesos. Reconhecer seu funcionamento é pré-condição para **domesticá-lo juridicamente**.

Critérios práticos para domesticar o panoptismo

Finalidade explícita e limitada: cada técnica de vigilância deve ter objeto definido e vedação a usos laterais.

Minimização: colher o mínimo necessário; apagar o desnecessário; revisar prazos de guarda.

Transparência e auditabilidade: regras do exame publicizadas; possibilidade de auditoria interna e externa.

Contraditório informacional: direito de acesso, correção e explicação de perfis e decisões automatizadas.

Governança e accountability: quem decide, responde; quem vigia, é vigiado. Sem cadeia de responsabilidade, todo controle vira **poder sem rosto**.

Atenção à diferença: normalizar sem esmagar; ajustar sem padronizar; proteger vulneráveis de vieses e rótulos.

Epílogo: visibilidade justa

O panoptismo revela que **ver** é governar. A tarefa do jurista não é abolir o olhar, mas **civilizá-lo**: dar-lhe fundamento, limite, finalidade e caminho de retorno. Uma sociedade livre não é a que nada observa; é a que **torna observáveis os observadores, explica seus critérios e abre vias de contestação**. Só assim a luz deixa de ser armadilha e volta a ser **espaço público**.

PONTO 16. DERROTABILIDADE (ou *defeseability*)

Por força da doutrina da **derrotabilidade das regras (*defeasibility*)**, uma norma pode alojar infinitas exceções implícitas e imprevisíveis que, em um dado caso concreto, justifiquem seja episodicamente afastada, a pretexto de se fazer justiça ou de assegurar os seus fins, permanecendo

Íntegro o texto que alberga o seu comando. **A derrotabilidade deve ser entendida como a capacidade da regra acomodar exceções.**

Se analisarmos as normas-regras, perceberemos que elas contêm, em geral, exceções. Essas exceções, contudo, não podem ser enumeradas de forma conclusiva, devido ao fato de que as circunstâncias que emergem dos casos futuros são desconhecidas. Portanto, regras jurídicas sempre têm a capacidade de acomodar exceções, ou seja, são derrotáveis.

É exatamente aqui que reside o **fundamento** da derrotabilidade das regras: a não ser por meio de dons premonitórios, é impossível ao legislador antever todas as hipóteses reais que justificariam fosse excepcionada a regra que pretende elaborar. E dessa incapacidade de antecipação normativa derivam exceções implícitas em número diretamente proporcional ao das múltiplas variáveis presentes nos diversos tipos de conduta que se pretende regular.

O idealizador dessa teoria foi **Hart**, que defendeu em seu ensaio “*The ascription of responsibility and rights*” (1948) que, ainda que a norma seja **existente, válida e eficaz, exceções circunstanciais poderão impedir a sua incidência em um dado caso concreto, como se** os enunciados normativos contivessem uma expressão imaginária “**a menos que**”.

A derrota ou superação de uma norma é pronunciada por um órgão judicante, isto é, Juiz ou Tribunal, devendo fazê-lo na fundamentação do julgado, e não no dispositivo. A derrota episódica não é acobertada pelo manto da coisa julgada.

A derrotabilidade das regras afigura-se como uma prejudicial de mérito, a ser enfrentada incidentalmente na fundamentação do julgado, não sendo atingida pelos efeitos da coisa julgada.

A derrotabilidade não se confunde com a antinomia entre regras. Trata-se unicamente de uma interrupção da incidência da norma. **Na derrotabilidade a norma continua existindo, é válida e eficaz, contudo, mesmo percorrendo adequadamente todos os degraus da escada ponteano, não triunfa no caso que normatizou.**

A cláusula “**a menos que**”, que implementa a derrotabilidade das regras, pode ser considerada como o avesso da cláusula “**não obstante**” (*not-wishstanding clause*), prevista na Carta de Direitos Canadenses. Isso porque a cláusula “**não obstante**” permite a aplicação de uma lei, mesmo contrária à Constituição, ao passo que a cláusula “**a menos que**” (derrotabilidade) viabiliza a não aplicação de uma lei, apesar de harmônica com a Carta Magna. São cláusulas antípodas.

Uma vez assentada a premissa de que o fenômeno da derrotabilidade traduz a não incidência de uma lei, pergunta-se: em sua aplicação deverá ser respeitada a solenidade da reserva de plenário, nos termos da súmula vinculante n. 10?

Súmula Vinculante 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Entende-se que não. Na derrotabilidade, sequer se cogita de qualquer vício que venha a inquinar a norma da mácula da invalidade, ou seja, a providência é sobremodo

mais ousada que a anterior: afasta-se a incidência de uma regra, sem que se declare a sua inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal tem precedentes que afastam a necessidade de observância da Súmula Vinculante 10, quando não há um juízo explícito de inconstitucionalidade, mas apenas a ausência de aplicação da norma (Rcl 24284 e Rcl 6944). No mesmo sentido, Marcelo Novelino sustenta que a derrotabilidade das regras dispensa a solenidade da SV10.

PONTO 17.

(In)capacidades institucionais do intérprete

Infelizmente, os membros do Poder Judiciário não costumam deter um conhecimento além daquele necessário para desenvolver o seu trabalho de maneira ordinária. Ocorre que, por vezes, o Poder Judiciário é instado a se manifestar sobre temas que demandam um conhecimento extremamente técnico sobre determinada área do conhecimento (saúde, educação, ciência, engenharia, etc.).

É no bojo destes casos que surge o problema das capacidades institucionais do intérprete, já que, na maioria das vezes, os juízes não possuem a *expertise* necessária para enfrentar as questões propostas. No caso envolvendo a constitucionalidade da “pílula do câncer”, **o Ministro Luiz Fux invocou a falta de capacidade institucional do Supremo Tribunal Federal para decidir acerca do feito, sob o argumento de que os ministros não possuíam o conhecimento técnico necessário para formular uma solução adequada ao caso.** O mesmo ocorre quando os membros do Poder Judiciário atuam em casos que envolvem políticas públicas ou, ainda, a proibição ou liberação de avanços da tecnologia.

É bem verdade que a realização de audiências públicas e a presença dos *amici curiae* atenuam o problema da falta de *expertise* dos membros do Poder Judiciário para decidir sobre esses feitos. No entanto, vigora no Brasil o princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário. Assim, mesmo em casos em que o Poder Judiciário não detém a capacidade institucional necessária para decidir sobre o feito, ele é obrigado a se manifestar, o que por vezes acaba ocasionando um problema ainda maior.

Sobre o ponto em estudo, é a lição de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto: “Por outro lado, os juízes brasileiros, de um modo geral, estão bem aparelhados para o enfrentamento de questões jurídicas, mas quase nada sabem sobre outros campos do saber. A formação nas faculdades jurídicas brasileiras nada tem de interdisciplinar e o processo de recrutamento dos magistrados de carreira tem aferido apenas o conhecimento do direito positivo. Ocorre que cada vez mais o Judiciário é chamado para solucionar questões extremamente complexas, que demandam o domínio de outros ramos do conhecimento humano. [...] A adoção pelo Judiciário de uma orientação mais ativista ou mais autocontida deve depender, dentre outros fatores, da avaliação das suas capacidades institucionais. Isso, no entanto, nem sempre é observado pelos magistrados. Veja-se, por exemplo, o voto proferido pelo Ministro Carlos Alberto Direito no julgamento sobre a constitucionalidade das pesquisas de células-tronco embrionárias, em que um dos argumentos usados pelo Ministro para invalidar a autorização concedida pelo legislador para a realização das referidas pesquisas envolveu tomada de posição altamente controversa sobre questão de natureza eminentemente científica. A maior parte da comunidade científica considera que as pesquisas importam necessariamente na eliminação do pré-embrião, mas o Ministro

sustentou posição diversa, defendendo, a partir daí, a inconstitucionalidade das pesquisas que resultassem nessa eliminação. No mesmo julgamento, e de forma mais sensata e autocontida, a Ministra Ellen Gracie evitou penetrar nessa discussão, consignando: ‘a Casa não foi chamada a decidir sobre a correção ou superioridade da Ciência’. A ação, ao final, foi julgada integralmente improcedente” (SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp 435-437).

PONTO 18.

A retomada da argumentação: Theodor Viehweg e Chaïm Perelman

Após o longo domínio do **positivismo jurídico** e de sua lógica dedutiva, o século XX testemunhou uma virada metodológica que devolveu à argumentação o papel central na produção do Direito. Nessa virada, **Theodor Viehweg** e **Chaïm Perelman** foram decisivos: ambos buscaram restaurar, com linguagens distintas, a **tradição aristotélica da razão prática**, afirmando que o Direito é, antes de tudo, um **saber prudencial e argumentativo**, e não uma ciência exata ou um sistema de verdades apodíticas.

1. Theodor Viehweg e a redescoberta da tópica jurídica

Theodor Viehweg (1907–1988), em sua obra clássica *Topik und Jurisprudenz* (1953), resgatou o método **tópico-dialético** dos gregos, especialmente de Aristóteles e Cícero. Para ele, a lógica formal e o método dedutivo da modernidade empobreceram o Direito, porque **reduziram a decisão jurídica a uma operação mecânica**, como se o juiz fosse mero aplicador da norma, sem criatividade, prudência ou sensibilidade.

Viehweg propõe um **retorno à tópica**, isto é, ao raciocínio que parte de **problemas concretos** e busca soluções **razoáveis e persuasivas**, e não necessariamente únicas ou verdadeiras. Em vez de partir da lei para o fato (como faz o silogismo jurídico tradicional), a tópica parte do **caso prático** e o reconstrói dialogicamente, **explorando “lugares comuns” (topoi)** — pontos de partida aceitos pelos interlocutores que permitem edificar argumentos convincentes.

No pensamento de Viehweg, a **decisão jurídica é sempre uma arte de argumentar**. Não há fórmulas prontas, tampouco verdades universais. Há **tensões, dúvidas e alternativas**, e o papel do jurista é encontrar, por meio da argumentação, **a solução mais adequada à situação** e mais capaz de persuadir pela razoabilidade de seus fundamentos.

Assim, o Direito, para Viehweg, é essencialmente **prático**, não teórico; **dialético**, não dedutivo; **retórico**, não matemático. É um discurso prudente que se constrói no diálogo e no convencimento, não uma verdade imposta por coerção lógica.

2. O pragmatismo jurídico de Tércio Sampaio Ferraz Jr.

No Brasil, o principal discípulo e intérprete de Viehweg é **Tércio Sampaio Ferraz Jr.**, professor da USP, que desenvolve o conceito do **Direito como técnica pragmática de poder e comunicação**.

Para Tércio, o Direito não é ciência pura, mas um **instrumento retórico de decisão e gestão de conflitos sociais**.

Ele afirma que a tarefa do jurista é **construir discursos eficazes**, capazes de resolver controvérsias e garantir previsibilidade na convivência.

Tércio adota uma visão profundamente **comunicacional** do Direito: ele é uma linguagem institucionalizada que produz autoridade, estabiliza expectativas e direciona comportamentos. Dessa forma, o jurista — especialmente o magistrado — deve dominar a arte da **argumentação estratégica**, combinando racionalidade técnica e sensibilidade humana para **gerar consenso racional**.

3. Chaïm Perelman e a Nova Retórica

Enquanto Viehweg recupera a tópica, **Chaïm Perelman** (1912–1984), filósofo belga, desenvolve a **Nova Retórica**, apresentada em sua obra monumental *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica* (1958), escrita com Lucie Olbrechts-Tyteca.

Para Perelman, o positivismo reduziu o Direito a uma técnica fria, afastando-o da justiça e da razão prática. Ele propõe uma **racionalidade argumentativa** que não busca verdades absolutas, mas **razões plausíveis, aceitáveis por um auditório racional**.

A base de sua teoria é a **retórica aristotélica**, segundo a qual o discurso jurídico tem natureza **persuasiva**: ele deve convencer pela força das razões, não pela autoridade da lei ou do raciocínio formal.

O juiz, ao decidir, fala a um “auditório universal”, composto pela comunidade dos homens razoáveis, e sua decisão deve ser **justificável** perante esse público ideal.

Em Perelman, a lógica da argumentação é **plural, dinâmica e contextual**. Ela aceita que diferentes valores possam ser relevantes num mesmo caso (dignidade, igualdade, liberdade, segurança, etc.), e que o papel do jurista é **ponderá-los com prudência**, e não hierarquizá-los a priori.

Trata-se, portanto, de uma lógica de **valores**, e não de **fatos**; de **aceitação**, e não de **demonstração**; de **verossimilhança**, e não de **verdade**.

4. A convergência entre Viehweg e Perelman: o Direito como arte de convencer

Embora partam de contextos distintos — o alemão e o belga —, ambos os autores convergem em um ponto decisivo: o Direito não é uma ciência exata, mas uma **arte prudencial de argumentar e justificar decisões**.

O justo não se descobre por silogismos, mas **se constrói dialogicamente**, em confronto com o caso concreto e com as razões de todas as partes.

Viehweg foca na **estrutura do raciocínio jurídico** (a tópica como método de construção de argumentos).

Perelman foca na **legitimação do discurso jurídico** (a persuasão perante um auditório racional).

Juntos, ambos deslocam o eixo da racionalidade jurídica: do plano da coerência lógica para o plano da **convincente razoabilidade**.

5. A aplicação prática: o juiz como artesão do justo

Essa virada tem consequências práticas profundas para o magistrado contemporâneo. O juiz não é um autômato que aplica leis, mas um **artesão do justo**, que constrói, pela argumentação, uma ponte entre a norma abstrata e a singularidade do caso.

Por exemplo, ao fixar alimentos, não existe fórmula matemática que determine o valor ideal. O julgador pondera, argumentativamente, **as condições concretas das partes** — necessidade do alimentado e capacidade do alimentante — e busca a **solução mais equitativa possível**, capaz de ser compreendida e aceita pelos envolvidos.

Nesse contexto, a **decisão justa é sempre uma decisão razoável e argumentada**, não apenas correta do ponto de vista lógico-formal. O juiz deve tornar pública sua racionalidade interna: demonstrar **por que sua leitura é prudente, proporcional e coerente** com o conjunto de valores do sistema jurídico.

6. Conclusão:

Viehweg e Perelman reintroduzem no Direito a **prudência** como virtude intelectual e ética. Ambos rompem com o mito da neutralidade judicial e da completude da lei. Eles lembram que o Direito é um saber **situado, humano e contingente**, que se constrói no espaço do diálogo e do convencimento racional.

A lição é atual e essencial:

– **Não há justiça sem argumentação.**

– **Não há decisão legítima sem diálogo.**

– **Não há racionalidade jurídica sem prudência.**

O Direito, nessa perspectiva, é uma **arte prática da razão pública** — um esforço constante de encontrar, a cada caso, **o argumento mais razoável, justo e humano.**

PONTO 19.

VIOLÊNCIA SIMBÓLICA

Pierre Bourdieu é reconhecido como um dos pensadores que mais se destacaram em sua época, o que se deve a proposta de reflexões acerca do mundo e de conceitos e características imbuídas na sociedade. A isso se deve, em grande parte, a ressonância das suas percepções nos estudos sociológicos da atualidade.

Sugere **Bourdieu** que em toda sociedade há uma luta constante entre classes sociais para ocupar o lugar de poder e, deste modo, para garanti-lo, **os detentores desse poder procurariam mostrar os interesses particulares como se fossem o interesse de toda comunidade, utilizando-se assim de uma violência simbólica - um poder que se encontra oculto, dissimulado, que visaria garantir a dominação.** Esses interesses particulares tomados como coletivos corresponderiam ao embasamento de formulação de ideologias.

O poder simbólico, como propõe Pierre Bourdieu, é “o poder invisível o qual pode ser exercido com cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”

(BOURDIEU, 1989, p. 8). O autor reconhece que os sistemas simbólicos - como arte, religião e língua - só podem exercer um poder estruturante porque são estruturados. Essa estrutura a qual ele se refere diz respeito à símbolos capazes de efetivar maior integração social e de contribuir para a formação de um consenso sobre a realidade, facilitando assim a reprodução da ordem social. (BOURDIEU, 1989, p. 10)

Essa reprodução da ordem por influência das produções simbólicas configura a **existência de ideologias, que são, para o autor, formações capazes de apresentar interesses particulares como se fossem universais** e que deste modo influem sobre a função política do sistema simbólico: **“de instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem para assegurar a dominação de uma classe sobre outra (violência simbólica) (...) contribuindo, segundo Weber, para a ‘domesticação dos dominados’”** (BOURDIEU, 1989, p. 11)

Em relação às ideologias o autor sugere que se evite etnologismos, ou seja, que se evite tratar a ideologia como mito, silenciando assim tudo que se relaciona ao seu campo de produção, pois as ideologias “devem sua estrutura e suas funções mais específicas as condições sociais da sua produção e da sua circulação”. (BOURDIEU, 1989, p. 13)

Deste modo, o que observa Bourdieu é que o efeito ideológico existente nos discursos dominantes “consiste precisamente na imposição de sistemas de classificação políticos sob a aparência legítima de taxinomias filosóficas, religiosas, jurídicas, etc.” (BOURDIEU, 1989, p. 14)

Assim, o poder simbólico se mostra como “poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão de mundo, e deste modo, a ação sobre o mundo” (BOURDIEU, 1989, p. 14). **O que significa que o poder simbólico não reside em algum sistema simbólico e sim na relação entre aqueles “que exercem o poder e os que lhe estão sujeitos”**. (BOURDIEU, 1989, p. 14)

Como explica:

O que faz o poder das palavras e das palavras da ordem, poder de manter a ordem ou de a subverter é a crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia, crença cuja produção não é da competência das palavras.

O poder simbólico, poder subordinado, é uma forma transformada, quer dizer, irreconhecível, transfigurada e legitimada, das outras formas de poder. (BOURDIEU, 1989, p. 15-)

2. As reflexões de Bourdieu sobre o campo jurídico

Pierre Bourdieu fomenta que se mostra necessário formular uma ciência do direito distinta do que normalmente se considera “ciência jurídica”. Em sua concepção, o estudo que se restringe a essa dita “ciência jurídica” envolve, em geral, excessivos formalismos e propõe uma instrumentalidade do direito, a utilização do direito como “utensílio ao serviço dos dominantes”. (BOURDIEU, 1989, p. 209) O que o jurista Hans Kelsen faz, propõe o autor, é tentar construir um aparato teórico capaz

de distanciar todo direito da realidade social, como se o direito fosse capaz de se fundamentar em si mesmo.

O que o autor sugere é que os marxistas não consideravam a estrutura dos sistemas simbólicos como fator primordial para a compreensão do direito. Com essa idéia de abstenção por parte dos marxistas de fatores importantes, Bourdieu comenta: “a preocupação de situar o direito no lugar mais profundo das forças históricas impede, mais uma vez, que se apreenda na sua especificidade o universo social específico em que ele se produz e se exerce”. (BOURDIEU, 1989, p. 211)

Deste fato, acrescenta o autor, pode-se verificar que uma visão que considera apenas os aspectos interiores ou os aspectos exteriores ao direito é pouco plausível. Para ele, deve-se reconhecer:

A existência de um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior da qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência de violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física. (BOURDIEU, 1989, p. 211)

PONTO 20.

APOSTA DC:

A Legitimidade da Violência e o Poder do Direito: de Weber a Habermas

A reflexão sobre a **legitimidade da violência** acompanha a história do Estado moderno e constitui uma das questões centrais da filosofia do direito e da teoria política. Desde Max Weber, reconhece-se que o Estado se define pelo **monopólio legítimo da violência física** dentro de um território determinado. Essa violência não é compreendida como simples agressão, mas como **força institucionalizada e reconhecida socialmente como legítima**, ou seja, como poder jurídico e político exercido segundo normas aceitas.

José Renato Gaziero Cella, ao interpretar a evolução desse conceito, propõe uma leitura integrada de três grandes pensadores — **Weber, Kelsen e Habermas** — cada um deles representando um momento distinto na busca de um fundamento para a legitimidade do poder.

1. Max Weber e os três tipos de dominação legítima

Para **Max Weber**, a legitimidade é o elemento que distingue a mera coerção da dominação propriamente dita. O poder, para ser estável e duradouro, precisa ser **acreditado como legítimo** pelos que a ele se submetem.

Weber identifica **três tipos puros de dominação legítima**, cada um baseado em uma forma específica de crença social:

Dominação tradicional – funda-se na crença nos costumes e na autoridade herdada. O poder é legítimo porque “sempre foi assim”. É o caso do patriarca, do monarca hereditário ou do chefe tribal.

Dominação carismática – decorre da crença em qualidades extraordinárias do líder, de seu magnetismo pessoal, coragem ou santidade. O carisma é instável, pois depende da fé dos liderados.

Dominação racional-legal – típica das sociedades modernas, baseia-se na crença na legalidade das normas e na competência dos que exercem o poder conforme tais regras. O poder é legítimo porque é **legal**, e é legal porque decorre de um **procedimento formal e racional**.

É neste último tipo que Weber enxerga a matriz do **Estado moderno de direito**, sustentado por uma **burocracia racional**, pela impessoalidade dos procedimentos e pela previsibilidade das normas.

Assim, a legitimidade, no mundo contemporâneo, **coincide com a legalidade**: é legítimo o poder exercido dentro dos parâmetros normativos de um sistema jurídico formalmente estruturado.

2. Hans Kelsen: o positivismo e a identificação entre legalidade e legitimidade

A teoria de Weber influenciou diretamente **Hans Kelsen**, que a radicaliza no plano jurídico. Em sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen leva a ideia de dominação racional ao extremo: o direito é um **sistema normativo fechado e hierarquizado**, em que cada norma retira sua validade de outra superior, até chegar à **norma fundamental (Grundnorm)**, que é pressuposta como fundamento último de validade.

Para Kelsen, **legalidade é legitimidade**. Uma norma é legítima porque é válida, e é válida porque foi produzida segundo o procedimento previsto pela norma superior. Assim, o critério de legitimidade não é moral, nem político, mas **puramente formal**.

O sistema é autossuficiente: se um novo poder se estabelece e consegue impor eficácia às suas normas, ele se torna **legítimo pela efetividade**, pois a norma fundamental se altera conforme a nova ordem de fato. A legitimidade, portanto, migra com o poder vitorioso.

O positivismo kelseniano oferece estabilidade e neutralidade ao direito, mas ao custo de **suprimir o debate moral e democrático**. Regimes autoritários, desde que obedecessem ao ritual formal de criação das normas, poderiam ser considerados legítimos – uma consequência que abriria caminho para críticas profundas, especialmente após as tragédias políticas do século XX.

3. Jürgen Habermas: a legitimidade como consenso racional e moral

É nesse ponto que **Jürgen Habermas** realiza uma inflexão decisiva. Para ele, o modelo de legitimidade racional-legal de Weber e o formalismo normativo de Kelsen são insuficientes, porque **confundem validade jurídica com mera validade procedimental**. Habermas propõe deslocar o fundamento da legitimidade da esfera da obediência formal para a esfera da **racionalidade comunicativa**, isto é, para o **consenso obtido pelo discurso entre sujeitos livres e iguais**.

Habermas rompe com a visão sujeito–objeto e introduz o paradigma **intersubjetivo**: o direito é legítimo não porque é imposto, mas porque pode ser **racionalmente aceito por todos os atingidos** em um processo discursivo inclusivo.

O direito é, portanto, um **sistema aberto**, permeável à moral e à política, que só se legitima quando resulta de **deliberação democrática**, orientada pela justiça, pela imparcialidade e pelo reconhecimento recíproco dos cidadãos.

Assim, a legitimidade depende de três eixos simultâneos:

Legalidade – a norma deve seguir o devido procedimento jurídico;

Discursividade – deve poder ser defendida e aceita racionalmente num debate público;

Democracia – deve resultar da participação dos governados no processo de produção do direito.

Uma ordem que careça desses elementos pode ser **efetiva e até legal**, mas não será legítima.

Habermas dá um exemplo paradigmático: o **regime nazista**. Ele possuía leis formalmente válidas e grande adesão popular – portanto, legítimo para Weber e Kelsen –, mas falhava moralmente e democraticamente, pois **violava direitos humanos universais e suprimiu o discurso público**. Assim, para Habermas, faltava-lhe a **legitimidade racional e moral**, condição de validade verdadeira do direito.

4. A leitura de Gaziero Cella: entre o poder e a razão comunicativa

José Renato Gaziero Cella, ao interpretar Habermas, resume a ideia central de legitimidade contemporânea:

“Para que uma ordem seja efetivamente legítima, ela precisa elaborar suas leis, administrar sua aplicação e prever formas de controle – tudo isso por vias argumentativas que caracterizem os discursos teóricos, éticos e práticos.”

Ou seja, o direito legítimo é aquele que **integra racionalidade, moral e política**, permitindo constante revisão crítica por meio do discurso público. A **violência estatal** só é legítima se estiver **submetida a esse triplo crivo**. Sem ele, converte-se em **dominação sem justificativa moral**, mera força travestida de autoridade.

5. A legitimidade da violência no Estado Democrático de Direito

Em última análise, a questão da **legitimidade da violência** é a questão da **legitimidade do poder punitivo e coercitivo do Estado**.

Para Weber, a violência é legítima porque é legal e institucionalizada; para Kelsen, porque é válida conforme a norma superior; para Habermas, somente é legítima quando **resulta de um processo discursivo e democrático que garante direitos fundamentais e inclui todos os afetados na decisão**.

No **Estado Democrático de Direito**, portanto, a coerção estatal é legítima apenas quando **orientada pela razão pública** – isto é, pela combinação entre o **direito positivo**, a **deliberação democrática** e o **consenso moral racional**. Quando o poder se torna instrumento de exclusão, quando cala minorias ou impõe normas sem diálogo, o Estado volta à condição de **violência sem legitimidade** – força que domina, mas não convence.

6. Conclusão:

A história da legitimidade mostra uma transição:

De Weber, herda-se a racionalidade formal do poder e a centralidade da legalidade;

De Kelsen, a coerência sistêmica do ordenamento;

De Habermas, a dimensão ética e comunicativa que humaniza o direito.

Assim, a legitimidade da violência não é mais entendida como simples monopólio estatal da força, mas como **autoridade racional e moralmente justificada**.

O poder legítimo não é o que se impõe — é o que **convence**; não é o que cala — é o que **dialoga**; não é o que apenas ordena — é o que **se justifica diante da razão pública**.

PONTO 21

Herbert Lionel Hart e a teoria das regras primárias e secundárias

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907–1992) foi um dos mais influentes filósofos do Direito do século XX e expoente máximo do **positivismo jurídico anglo-saxão**. Professor da Universidade de Oxford e autor da obra monumental *The Concept of Law (O Conceito de Direito, 1961)*, Hart renovou profundamente o positivismo, superando o formalismo rígido de **John Austin** e o normativismo abstrato de **Hans Kelsen**, ao propor uma **teoria institucional e social do direito**.

Seu objetivo não era abandonar o positivismo, mas **reformulá-lo a partir de uma visão mais realista e empírica do funcionamento das normas jurídicas**, sem recorrer à moral como critério de validade. Com isso, Hart propôs a **tese da separabilidade entre direito e moral**, segundo a qual o Direito pode existir e ser válido **mesmo que moralmente injusto**, desde que produzido conforme os critérios reconhecidos pela comunidade jurídica.

1. A estrutura do sistema jurídico: regras sobre regras

Hart descreve o Direito como um **sistema complexo de regras**, cuja característica fundamental é unir dois tipos distintos de normas: as **regras primárias** e as **regras secundárias**. Essa distinção representa um dos grandes avanços teóricos do século XX, pois permite compreender o Direito não como mero conjunto de mandamentos coercitivos, mas como um **sistema autorreferente e autorregulável**, capaz de criar, modificar e aplicar suas próprias normas.

a) Regras primárias

As **regras primárias** são aquelas que **impõem deveres** aos indivíduos — dizem o que deve ou não deve ser feito.

Elas se dirigem diretamente à conduta, estabelecendo obrigações, proibições e permissões. São típicas de sociedades primitivas, em que o controle social se dá pela repetição de costumes e pela pressão social difusa.

Por exemplo: “não matarás”, “não furtarás”, “pague seus impostos”, “compareça ao júri”. São regras que definem comportamentos obrigatórios, mas, isoladamente, apresentam **três defeitos estruturais**, segundo Hart:

Incerteza: não há clareza sobre quais normas realmente pertencem ao sistema e são válidas.

Caráter estático: as normas não podem ser modificadas facilmente, o que impede a adaptação social.

Ineficiência: a sanção depende da pressão social espontânea, sem um órgão central responsável por aplicar o direito.

Esses defeitos tornariam um sistema composto apenas por regras primárias **rudimentar e instável**.

b) Regras secundárias

As **regras secundárias** surgem como a solução para os limites das regras primárias. São normas que **conferem poderes** – não para impor condutas, mas para **criar, alterar e aplicar regras primárias**.

Elas organizam o sistema jurídico e transformam um conjunto disperso de costumes em um **ordenamento institucionalizado**.

Hart identifica **três tipos principais de regras secundárias**, cada uma correspondendo a um aspecto da vida jurídica moderna:

Regra de reconhecimento – estabelece **quais normas são válidas** dentro do sistema jurídico.

É o critério último de validade, o “coração” do ordenamento.

Por exemplo: “é direito aquilo que foi aprovado pelo Parlamento e sancionado pelo chefe do Executivo”.

A regra de reconhecimento é um **fato social**, resultado de um consenso entre os operadores do direito sobre o que deve ser aceito como norma legítima.

Regras de alteração (ou de mudança) – conferem **poderes para criar, modificar ou revogar normas jurídicas**.

São a base dos processos legislativos e administrativos.

Garantem a **dinamicidade** do sistema, permitindo que o direito se adapte às transformações sociais.

Regras de julgamento (ou de adjudicação) – determinam **quem tem autoridade para aplicar as normas e como deve fazê-lo**.

Fundamentam a existência do Poder Judiciário e dos mecanismos formais de resolução de conflitos.

Permitem transformar divergências em decisões definitivas, estabilizando a ordem jurídica.

Com a união das regras primárias e secundárias, Hart descreve o Direito como um **sistema normativo maduro**, dotado de **certeza, mutabilidade e eficiência** – características essenciais das sociedades jurídicas modernas.

2. A regra de reconhecimento: o fundamento social da validade

A **regra de reconhecimento** é o elemento central da teoria hartiana. Diferente de Kelsen, que via a validade como uma questão puramente normativa (a “Grundnorm”), Hart entende que o fundamento último do Direito é um **fato social**, e não uma norma hipotética.



Ou seja, uma norma é válida **porque é reconhecida como tal** pelos operadores jurídicos — juízes, legisladores, advogados, servidores e cidadãos.

A validade jurídica, portanto, nasce do **consenso institucional** sobre os critérios de aceitação. Esses critérios podem incluir:

– a promulgação por órgão competente;

– o cumprimento de procedimento legislativo;

– a conformidade com a Constituição.

Dessa forma, o Direito é tanto **um sistema de normas** quanto **uma prática social**, sustentada por uma atitude de reconhecimento comum entre aqueles que o aplicam e respeitam.

3. Separação entre direito e moral

Hart retoma o positivismo em sua forma mais sofisticada: **a moral e o direito são campos distintos**, embora possam dialogar.

O que distingue o Direito não é seu conteúdo moral, mas **a maneira como é criado e identificado** dentro da estrutura social.

Assim, uma norma pode ser moralmente injusta e, ainda assim, válida — desde que derivada da **regra de reconhecimento aceita** pela comunidade jurídica.

Contudo, Hart reconhece que o Direito **não é moralmente neutro**: as sociedades democráticas incorporam valores éticos em seus critérios de validade. Por isso, a regra de reconhecimento pode evoluir, passando a exigir conformidade com princípios constitucionais e direitos humanos — o que revela o caráter **dinâmico e histórico da legitimidade jurídica**.

4. O legado teórico de Hart

A teoria de Hart marca uma transição decisiva entre o positivismo clássico e o pós-positivismo contemporâneo.

Ao admitir que o Direito depende de um **fato social compartilhado** (a aceitação das regras de reconhecimento), Hart abriu caminho para teorias mais complexas da normatividade, como a de **Ronald Dworkin**, que o criticará por reduzir a validade à convenção e não à moral política.

Mesmo assim, Hart permanece como o grande arquiteto do modelo institucional do positivismo. Seu sistema permite compreender o Direito como **ordem normativa, prática social e estrutura de poder regulada** — tudo isso sem apelar a fundamentos metafísicos ou morais transcendentes.

5. Síntese final

Para Hart, o Direito é um **sistema social de normas**, cuja estabilidade depende da interação entre **regras que impõem obrigações (primárias)** e **regras que conferem poderes (secundárias)**.

Entre estas, destaca-se a **regra de reconhecimento**, que fornece o critério de validade e confere unidade ao sistema.

A genialidade de Hart está em ter mostrado que o Direito não é um código fechado nem um mandamento de um soberano, mas um **fenômeno social normativamente estruturado**, sustentado por práticas de aceitação coletiva.

Assim, a **autoridade do Direito** nasce menos da coerção e mais da **confiança compartilhada** de que suas regras são legítimas — o que faz do positivismo hartiano um ponto de inflexão entre a norma e a experiência, entre a lei e a vida.

PONTO 22.

JURIS EM TESES 264 STJ

1) A **intenção de ofender a honra subjetiva** da vítima por meio de ofensas relacionadas à sua cor de pele **configura dolo específico necessário** para o crime de injúria racial.

2) A **embriaguez voluntária e os ânimos exaltados do agente não são circunstâncias suficientes para afastar o dolo específico** do crime de injúria racial.

3) O crime de injúria racial, espécie do gênero racismo, é imprescritível.

4) **O acordo de não persecução penal é inaplicável aos crimes raciais.**

5) Não incide prescrição da pretensão punitiva à pena daquele que pratica, induz ou incita a discriminação ou o preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

6) **O conceito de racismo reverso não é aceito**, pois o racismo é um fenômeno estrutural que historicamente afeta grupos minoritários, **e não se aplica a grupos majoritários em posições de poder.**

7) Compete à **Justiça Federal processar e julgar ações penais sobre crimes de preconceito** ou discriminação racial praticados por **meio de postagens em redes sociais ou mídias digitais**, desde que o **objetivo da conduta seja ofender uma coletividade** e as mensagens tenham real potencial de propagação transnacional.

8) Compete à **Justiça estadual** processar e julgar ações penais sobre crimes de preconceito ou discriminação racial cometidos por intermédio de postagens em redes sociais nas hipóteses em que a ofensa **seja dirigida a determinada pessoa** ou, ainda, se a postagem não tiver potencial de divulgação e acesso em outros países.

9) O critério de orientação para a confirmação do **direito à concorrência especial há de fundar-se no fenótipo e não meramente no genótipo**, na ancestralidade do candidato.

10) É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.

11) O processo de heteroidentificação deve ser balizado por critérios objetivos, devidamente explicitados, a fim de que, em eventual impugnação, seja garantido o exercício da ampla defesa e do contraditório.

PONTO 23.**SEMIÓTICA E DIREITO**

A semiótica, enquanto ciência geral dos signos e da significação, permite compreender o **Direito** não apenas como um conjunto de normas, mas como um **sistema simbólico de comunicação social**. O Direito expressa-se, interpreta-se e aplica-se por meio da **linguagem**, e é precisamente nessa mediação simbólica que reside sua estrutura mais profunda. Assim, estudar a semiótica jurídica é investigar como o Direito cria sentido, legitima condutas e organiza o mundo social a partir de signos.

A palavra, o gesto, o texto normativo, o rito processual — todos são **signos jurídicos**, portadores de significados e valores que organizam o comportamento humano. A lei escrita, por exemplo, é apenas uma das formas de manifestação do signo jurídico. A norma não existe fora da linguagem: ela é linguagem. Quando o legislador diz “é proibido”, “é permitido” ou “é obrigatório”, ele produz uma significação que estrutura a ação social. Daí o motivo pelo qual **Maria Helena Diniz** afirma que as normas jurídicas são “fenômenos necessários à estrutura ôntica do homem”, pois traduzem a necessidade humana de coexistir de modo organizado. O Direito, portanto, é uma **linguagem reguladora**, indispensável à manutenção da vida em sociedade.

Ao mesmo tempo, como ensina **Cândido Rangel Dinamarco**, a linguagem é expressão da cultura e mede o grau de civilização de um povo. No campo jurídico, isso significa que o Direito não apenas descreve a realidade, mas também a **produz**. Cada sistema jurídico constrói o mundo que interpreta, delimitando o que pode ou não ser dito, o que é considerado justo ou injusto, lícito ou ilícito. Por isso, compreender o Direito exige compreender o **mundo linguístico** no qual ele se insere.

O problema é que a linguagem jurídica é, por natureza, **ambígua e limitada**. As palavras jurídicas carregam sentidos múltiplos, dependentes do contexto histórico, cultural e político. O ex-ministro **Eros Roberto Grau** chama atenção para essa questão ao afirmar que “as palavras são potencialmente ambíguas e imprecisas”, pois o significado de um termo jurídico só pode ser apreendido dentro do “jogo de linguagem” em que ele se insere. Um exemplo simples é o termo “dignidade”: embora seja um princípio jurídico fundamental, seu conteúdo varia conforme o contexto de aplicação, o tempo histórico e os valores sociais predominantes.

A **semiótica jurídica**, nesse sentido, busca compreender o Direito como um sistema de signos que adquirem sentido apenas em relação uns aos outros e aos sujeitos que os utilizam. Inspirada em autores como **Charles Sanders Peirce** e **Ferdinand de Saussure**, essa abordagem propõe que cada norma jurídica é um signo composto por três elementos: o **significante** (a palavra ou forma linguística), o **significado** (a ideia ou conceito que ela evoca) e o **referente** (a realidade social à qual se aplica). Assim, a norma “é proibido furto” não é apenas uma frase, mas uma construção simbólica que remete a uma conduta humana e a uma valoração ética e social.

O intérprete do Direito, nesse cenário, é um **decodificador de signos**, que precisa compreender não só o texto da norma, mas também o contexto simbólico que lhe confere sentido. O juiz, o promotor, o advogado — todos são intérpretes semióticos, porque traduzem o universo jurídico em linguagem humana e concreta. Essa atividade interpretativa é essencialmente hermenêutica e, ao mesmo tempo, criadora: ao interpretar, o jurista **reconstrói o sentido do Direito** e o reinsere na realidade social.

Francesco Carnelutti, com notável sensibilidade humanística, dizia que “o Direito tem necessidade da lei para guiar os homens; mas a lei o estorva para julgá-los”. Essa observação revela o conflito entre a **linguagem da norma** (fixa e abstrata) e a **linguagem da vida** (dinâmica e plural). O Direito tenta traduzir a realidade, mas jamais o faz de modo perfeito, porque o mundo humano é sempre maior do que o texto que o descreve. Assim, o papel do intérprete é o de reconstruir o significado da norma à luz da experiência concreta — tarefa profundamente semiótica.

Em síntese, o estudo da semiótica jurídica revela que **o Direito é, antes de tudo, um fenômeno comunicativo**. Ele vive da linguagem e na linguagem; regula comportamentos por meio de signos; e adquire legitimidade porque é compreendido, aceito e reproduzido pelos membros da sociedade. Compreender a linguagem do Direito é compreender o próprio modo como o poder se manifesta, como as normas adquirem sentido e como a justiça se torna possível no interior da comunicação humana.

PONTO 24.

JURISPRUDÊNCIA EM TESES 261 POVOS ORIGINÁRIOS II

1) A tradução da **denúncia para a língua indígena é desnecessária** quando não há comprovação de hipossuficiência linguística dos acusados.

2) A **presença de intérprete** durante a citação de indígena é suficiente para assegurar o direito de defesa e o devido processo legal.

Art. 5º da Resolução n. 287/2019 do CNJ; art. 3º, IV, da Resolução n. 454/2022 do CNJ e art. 12 da Convenção n. 169 da OIT.

3) É **dispensável a realização do exame pericial antropológico ou sociológico**, quando, **por outros elementos, constata-se que o indígena está integrado à sociedade civil e tem conhecimento dos costumes a ela inerentes.**

J4) A **Justiça estadual é competente para processar e julgar adoção de criança ou adolescente indígena**, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, pois, na adoção, discute-se direito privado, de modo que nem a presença da Fundação Nacional dos Povos Indígenas - FUNAI, nem o fato de o menor ser indígena são suficientes para atrair a competência federal.

5) Nos procedimentos de colocação de criança ou adolescente indígena em família substituta, a **intervenção da FUNAI, perante a equipe multiprofissional ou interdisciplinar, é obrigatória**, em razão do caráter de ordem pública e do respeito à identidade social e cultural, aos costumes, às tradições e às instituições indígenas, bem como para verificar o adequado acolhimento do menor e a proteção de seus interesses.

6) Os entes estaduais são partes legítimas para figurar no polo passivo de ação que busca garantir o fornecimento regular de água potável e saneamento básico às populações indígenas.

7) **O atendimento de saúde - integral, gratuito, incondicional, oportuno e de qualidade - aos indígenas caracteriza-se como dever de Estado da mais alta prioridade**, seja porque imposto, de forma expressa e inequívoca, pela lei (dever legal), seja porque procura impedir a repetição de trágico e esquecido capítulo da nossa história (dever moral),

em que as doenças (ao lado da escravidão e do extermínio físico, em luta de conquista por território) **contribuíram decisivamente para o quase extermínio da população indígena brasileira.**

8) Na prestação dos serviços de saúde, **a discriminação entre povos indígenas aldeados e o que habitam fora da reserva é ilegal e ilegítima**, pois **a condição de indígena não depende do local onde se vive.**

9) O estudo **técnico antropológico e o levantamento da área demarcada são etapas imprescindíveis** no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, regulado pelo Decreto n. 1.775/1996.

10) A comunidade indígena cuja posse fundiária é questionada em ação de nulidade de demarcação de terras tem o direito subjetivo de ser ouvida no processo, na qualidade de litisconsorte passivo necessário.

11) Crimes que **ultrapassam a esfera de direito individual de indígena** e ameaçam a garantia das terras, das tradições e do modo de viver da comunidade étnica **são processados e julgados pela Justiça Federal**, ainda que sejam cometidos fora de território indígena efetivamente demarcado.

12) No discurso de ódio contra povos indígenas, o alto grau de reprovabilidade que ultrapassa interesses individuais, a intenção de inibir a prática ofensiva e de reparar indiretamente a coletividade lesada são circunstâncias que, somadas, tornam cabível a majoração do valor da compensação por dano moral coletivo.

13) Compete à **Justiça Federal** julgar causa estabelecida entre particulares que tem por objeto reintegração de posse de imóvel em área tradicionalmente ocupada por **comunidade quilombola.**

PONTO 25.

O **utilitarismo** é uma das mais influentes correntes éticas e filosóficas do pensamento moderno, sobretudo no campo da filosofia moral e política. Desenvolvido inicialmente por **Jeremy Bentham** e posteriormente aprimorado por **John Stuart Mill**, o utilitarismo parte de um princípio fundamental: a busca pela **máxima felicidade possível** e a **redução do sofrimento** para o maior número de pessoas. Trata-se, em essência, de uma ética **teleológica** — voltada para os fins — e **consequencialista**, pois o valor moral de uma ação não está em sua intenção ou em seu cumprimento formal de regras, mas em suas **consequências práticas**.

Bentham formulou o chamado “**princípio da utilidade**”, segundo o qual a ação justa é aquela que tende a aumentar a felicidade e diminuir a dor dos indivíduos afetados. Para ele, todo ser humano é naturalmente governado por dois “senhores”: o **prazer** e a **dor**. O comportamento humano e as instituições sociais deveriam, portanto, ser avaliados segundo sua capacidade de produzir prazer e evitar dor. O Direito e as leis, nesse sentido, só seriam legítimos se contribuíssem para o **bem-estar coletivo** — um conceito que Bentham denominava de “*greatest happiness principle*” (princípio da maior felicidade).

A aplicação prática desse princípio levou Bentham a propor uma espécie de “**cálculo utilitarista**”, um método de mensuração dos efeitos das ações com base em critérios objetivos, tais como:

a) **Intensidade** – quão forte é o prazer ou a dor gerados;

b) **Duração** – quanto tempo perdura o efeito da ação;

c) **Certeza** – o grau de probabilidade de que o resultado esperado ocorra;

d) **Proximidade** – se o efeito é imediato ou distante no tempo;

e) **Extensão** – quantas pessoas são afetadas pela ação;

f) **Fecundidade e pureza** – se o prazer gerado leva a novos prazeres ou dores futuras.

A partir desses critérios, Bentham acreditava ser possível **quantificar moralmente** as ações humanas e, assim, orientar tanto as decisões individuais quanto as políticas públicas. O Estado, dentro dessa lógica, seria justo na medida em que **maximizasse a felicidade geral**, ainda que, em certos casos, implicasse o sacrifício de interesses particulares.

John Stuart Mill, discípulo e aperfeiçoador de Bentham, introduziu uma distinção relevante ao propor que nem todos os prazeres têm o mesmo valor. Para ele, existem **prazeres superiores e inferiores** — os primeiros, ligados ao intelecto, à cultura e à moralidade; os segundos, às sensações corporais e imediatas. Com isso, Mill buscou refinar o utilitarismo, afastando-o da crítica de que se tratava de uma ética puramente hedonista, reduzida à busca egoísta do prazer. Em sua obra “*Utilitarianism*” (1861), Mill enfatiza que a verdadeira felicidade humana é aquela que concilia o prazer individual com o **sentido de responsabilidade social**.

Não obstante seu inegável valor histórico e prático, o utilitarismo enfrenta críticas profundas, especialmente no campo da filosofia do direito e da ética política. A principal delas reside em sua **potencial indiferença às minorias**. Ao priorizar a maximização da felicidade da maioria, corre-se o risco de justificar **injustiças pontuais** ou **violação de direitos fundamentais**, desde que essas violações produzam um saldo global positivo de bem-estar. Tal raciocínio poderia legitimar, por exemplo, políticas que sacrifiquem grupos vulneráveis em nome de um suposto interesse coletivo.

Por isso, autores como **John Rawls** criticam o utilitarismo por submeter a justiça a um cálculo de felicidade, esquecendo que certos direitos e liberdades básicas são **invioláveis**, ainda que sua restrição possa gerar um aumento no bem-estar médio da sociedade. Rawls contrapõe ao utilitarismo sua teoria da justiça como equidade, segundo a qual a justiça deve proteger a liberdade e a dignidade de cada pessoa, e não apenas maximizar resultados sociais agregados.

Em suma, o **utilitarismo** representa uma das tentativas mais coerentes de **racionalizar a moral e o direito**, submetendo-os à análise empírica das consequências das ações. Ele introduziu uma perspectiva pragmática e mensurável à ética, influenciando o pensamento jurídico, político e econômico moderno. Contudo, sua limitação ética — ao reduzir o justo ao útil e o moral ao produtivo — convida a uma reflexão constante sobre o equilíbrio entre o bem coletivo e a **inviolabilidade da pessoa humana**, valor central de qualquer concepção de justiça verdadeiramente democrática.