

## Reflexões sobre a filosofia política e a ética na prática e no estudo do Direito

*Luiz Felipe da Rocha Azevedo Panelli\**

**Resumo:** Trata-se de artigo científico em que se pretende analisar o papel desempenhado pela filosofia política e pela ética no ensino universitário dos cursos de Direito, bem como o seu papel na prática jurídica. O artigo pretende analisar o ensino e a prática jurídica de forma crítica, propondo uma reaproximação do Direito com a Filosofia e as demais ciências humanas.

**Palavras-Chave:** Direito; Ensino; Filosofia; Ética; Dogmática

Theory of Justice, Ethics and Moral Deontological: the basics of Kant contractualism

**Abstract:** The present essay intends to analyze the role played by the liberal arts, specifically Philosophy and Ethics in the practice and teachings of Law. The present essay intends to analyze such questions in a critical manner, suggesting a merge between law, philosophy, ethic and the other liberal arts.

**Keywords:** Law; University; Philosophy; Ethics; Dogmatic.

O presente artigo tem por objetivo traçar considerações sobre como a filosofia política e a ética influem na prática e no ensino do Direito, seja nos cursos de graduação ou nos cursos de pós-graduação. O objetivo é fazer uma abordagem crítica sobre o ensino da filosofia nos cursos do Direito e a sua aplicação. Não tenho a intenção de apontar problemas específicos e sugerir mudanças pontuais (alteração de grade de ensino, ou alteração em práticas forenses, por exemplo), mas sim fazer uma reflexão sobre o papel da filosofia política e da ética no direito e no ensino jurídico atual. Para tanto, pretendo, ao longo do artigo, traçar uma distinção clara entre Direito e Ciência do Direito, e correlacionar ambos com as Ciências Humanas e seus métodos em geral, contestando a classificação do Direito ora como “ciência humana”, ora como “ciência humana normativa” e outras classificações. Ao longo do artigo, pretendo fazer uma crítica à dogmática jurídica e à prática jurídica geral, profissional ou acadêmica.

\*\*\*\*\*

## **Direito e Filosofia**

É comum encontrarmos em manuais de introdução ao estudo do direito, um paralelo entre o direito e outras ciências humanas, em especial a filosofia<sup>1</sup>. Diz-se que a conexão entre direito e filo-

sofia é das mais estreitas, sendo que o direito é uma consequência natural da filosofia política e da ética<sup>2</sup>. Tal afirmação carrega certa ambiguidade; se de um lado podemos afirmar a existência de uma conexão íntima no desenvolvimento do direito e da filosofia, de outro podemos perceber uma distância – quase um abismo – entre as duas “ciências” (usemos, por ora, tal termo, na falta de um melhor).

Fácil perceber que o Direito e a Filosofia se apartam de outras ciências como a física e química, em que é possível ter uma demonstração empírica de um determinado processo, ou da matemática, em que a conjectura teórica pode ser comprovada por um meio muito seguro. Assim, é natural que, em um contexto universitário de divisão de conhecimento em campos, o Direito fique classificado como uma ciência “humana”, ao lado da filosofia e das ciências sociais. Daí a constatação dos manuais de introdução ao estudo do Direito, que afirmam com vigor a relação íntima entre direito e filosofia.

Porém, a mesma classificação que apartou o Direito da matemática, da química e da física, colocando-o no âmbito das ciências humanas, o apartou da filosofia e das ciências sociais, conferindo-lhe contornos próprios. Sabemos que toda classificação contém uma certa arbitrariedade, inclusive a classificação universitária de campos do conhecimento humano. Aceitemos, ao menos por enquanto, a classificação universitária tradicional como “correta” (ou ao menos deixemos de contestá-la, por conta de um corte metodo-

lógico para a análise da questão ora proposta) e tentemos resolver a seguinte questão: por que o direito foi apartado, no âmbito universitário, da filosofia e das ciências sociais?

Uma resposta simples que se coloca é que o direito seria uma ciência humana, porém “normativa”. Significa dizer que uma questão filosófica – por exemplo, uma afirmativa de Aristóteles<sup>3</sup> referente à ética, que repercute na filosofia de Aquino e de Kant<sup>4</sup> – pode ser discutida e rediscutida ao longo do tempo, pois a intenção da filosofia é justamente refletir sobre as grandes questões humanas e tentar dar respostas satisfatórias às dúvidas e dilemas que sempre acompanharam o homem. Assim, parece natural que o debate nunca termine, o que não quer dizer que não avance. Ninguém começa a estudar filosofia no Século XXI com as mesmas dúvidas de ciência política que atormentavam Platão ou dúvidas éticas que atormentavam Aristóteles, pois o estudante do Século XXI tem ao seu alcance os estudos de uma série de filósofos que avançaram, ao longo dos Séculos, em tais questões, e ofereceram respostas convincentes. Porém, as grandes questões filosóficas continuam e continuarão objeto de discussões através dos tempos, pois é justamente este o seu propósito. Mesmo em sistemas filosóficos que se dizem “analíticos” (estritamente lógicos, positivistas, seguindo a tradição da chamada “filosofia analítica”) na contraposição de sistemas filosóficos “continentais” (historiográficos, de tradição crítica...), as grandes questões são discutidas e rediscutidas.

Já o Direito tem a pretensão de oferecer respostas definitivas em um determinado momento, para questões concretas. Isto porque o Direito tomou para si a missão de pacificar a sociedade, garantindo que somente o Estado use a força. Podemos dizer que o Direito tem uma obsessão com a lide: o conflito é uma anomalia, e deve ser resolvido. Os modos de resolução são os mais variados: processo judicial, processo legislativo, arbitragem, autotutela e formação técnica de advogados e outros profissionais que, aplicando a lei de forma preventiva, impedem o surgimento de conflitos (elaboração de contratos, por exemplo).

Diante disto, podemos afirmar que o Direito é zetético, enquanto a filosofia é dialética. Não se trata de dizer que o direito é uma ciência “dura” como as ciências exatas, ou que o debate no direito é marcado por dogmas. Não creio que exista campo mais avesso aos dogmas do que o debate jurídico. Porém, reafirmo, o direito abomina conflito, pois sua função essencial é garantir a paz social. Surge uma lide, e o direito é aplicado, na tentativa de dar uma solução definitiva. Alcançada a solução definitiva, ela se torna a resposta “oficial” do sistema, impedindo a rediscussão da questão no âmbito jurídico-positivo (a teoria do direito pode rediscutir a questão o quanto for necessário).

No campo jurídico-positivo, sabe-se como agir: de conformidade com a resposta oficial do sistema, seja ela dada pelo Poder Judiciário (se a lide tiver sido concretizada), ou pelo Poder Legislativo (se for abstrata). A questão da justiça enquanto ética será abor-

dada pelo direito, mas não no âmbito jurídico-positivo. Neste ponto, friso: mesmo em um sistema jurídico que tente superar o paradigma positivista normativo (refiro-me a Kelsen), adotando, por exemplo, uma teoria “semialternativa” (refiro-me aos chamados “pós-positivistas”<sup>5</sup>), permitindo que, na discussão judicial, a questão da ética política se sobressaia à lei, o direito dará uma resposta definitiva à lide. Talvez não seja a mesma resposta que ele daria em um sistema normativo puro, mas a resposta será dada. E ousar dizer, isto será assim inclusive se adotarmos uma teoria alternativa radical (refiro-me ao “direito alternativo”), pois, em todos os casos, abomina-se a lide. Busca-se a pacificação de uma dada situação, concreta ou abstrata (por meio judicial ou legislativo, respectivamente).

A filosofia não busca necessariamente a pacificação de uma determinada situação, ao menos não no âmbito acadêmico. Pode-se dizer que a Ética, enquanto disciplina da filosofia, busca ter uma aplicação concreta, influenciando o agir humano. Da mesma forma, pode-se dizer que a filosofia política tem como objetivo realizar mudanças reais no sistema político – e, de fato, boa parte da filosofia política intitulada “iluminista” deixou uma marca bem visível na organização política atual. Porém, ao menos no âmbito acadêmico *lato sensu*, isto é, na discussão teórica, não se objetiva chegar a uma conclusão “oficial”, tampouco há uma autoridade constituída e legitimada dentro de um sistema. Sequer há um sistema positivo, que exclua demais sistemas, legitimando-se como único sistema aceitá-

vel, tal e qual ocorre com o ordenamento jurídico.

Fiquemos com esta premissa: o que diferencia o direito da filosofia é a aversão que o direito tem em relação ao conflito. Disto resulta a necessidade de uma resposta “oficial” do sistema. No caso, o sistema é um ordenamento positivo necessariamente fechado (mesmo que permeável a alguns fatores extrajurídicos, dependendo da teoria que se adote – trata-se de um tema complexo, que não deve ser abordado aqui). A filosofia não é avessa ao conflito, tampouco forma um sistema positivo que inadmita outros sistemas paralelos, muito menos legitima uma autoridade constituída para dar uma resposta definitiva em relação à lide perante o sistema.

Não creio que a conclusão adrede retire do direito a característica de “ciência humana”. A classificação do direito como “ciência humana” é correta porque ele se diferencia das chamadas “ciências exatas” no sentido em que não se observa um objeto para deduzir algo – não se descobre, mas se cria. O direito não é “ciência dura”<sup>6</sup>.

A classificação do direito como “ciência humana normativa”, por sua vez, me parece mais complicada. Que o direito cria um sistema positivo do qual emanam enunciados normativos, não há dúvida. A norma será o resultado da aplicação do enunciado normativo à situação concreta. Creio, porém, que é pertinente investigarmos essa questão da “ciência humana normativa”, pois, se este critério for contestado a contento, poderemos reaproximar o direito e a filosofia (em especial a ética e a ciência política, que são discipli-

nas que, junto da lógica, sempre atraíram os estudiosos do direito) e examinar a correlação entre as duas “ciências humanas”, que hoje se encontra marginalizada por conta da dogmática, como tentarei demonstrar.

Antes de prosseguir, faço uma observação: um dos motivos que, creio, levaram a prática jurídica e o ensino do direito à crise em que ora se encontram foi a cisão quase que total entre Direito e Ciência do Direito; esta compreendida como o estudo “científico” (leia-se: acadêmico) do fenômeno jurídico, aquele compreendido como o ordenamento jurídico (conjunto de normas gerais – leis em sentido amplo – e normas concretas – decisões judiciais). A reaproximação do ensino jurídico com a filosofia política e a ética pode ser um modo de começar a sanar tal problema.

### **Ciência Humana Normativa**

Diz-se, portanto, que o direito é uma “ciência humana normativa”, no sentido de que, ao contrário das demais ciências humanas, há uma preocupação em colocar a norma (leia-se: enunciado normativo) como centro do estudo. Nesse ponto, é curioso analisarmos a estruturação dos cursos de graduação em direito: em geral, o curso tem duração de cinco anos, sendo que, no primeiro ano, estuda-se a chamada “teoria geral” do direito. Dentro da teoria geral

(*lato sensu*), são ensinadas matérias como lógica, teoria do Estado, teoria geral do direito (*stricto sensu*), etc. nos anos seguintes, estuda-se a parte dogmática do direito, com uma forte ênfase na profissionalização. O aluno aprende a provocar o sistema normativo-positivo para que ele lhe forneça as respostas adequadas<sup>7</sup>. No último ano, há uma disciplina voltada à Ética, porém trata-se de uma ética profissional, no sentido de ser um conjunto normativo voltado ao exercício de uma determinada profissão dentro de parâmetros socialmente aceitáveis, o que não deixa de ser um estudo do direito positivo e da dogmática, já que a ética profissional, seja da advocacia, magistratura, Ministério Público, etc. está contida em enunciados normativos positivados.

Richard Posner formulou uma crítica às chamadas “profissões liberais”<sup>8</sup>, nas quais se inclui a Advocacia (que é a principal carreira jurídica), que deve ser lembrada: trata-se de um campo profissional restrito pelo Estado, onde só se atua quando há uma permissão estatal, o que significa dizer que há uma certa “mística” em torno do profissional habilitado, no sentido de que só ele pode exercer aquela determinada função. O mesmo ocorre na Medicina, Engenharia, Psicologia, etc.... e não ocorre em carreiras abertas (não regulamentadas), como as ciências sociais, a prática empresarial ou a prática artística, por exemplo<sup>9</sup>.

Creio que devemos nos deter sobre um ponto: a dogmática jurídica (a divisão do direito em disciplinas específicas, que estu-

dam um conjunto de enunciados normativos similares) é meramente didática. Os enunciados normativos não têm, de forma autônoma, nenhum sentido, se não estiverem dentro de um determinado contexto social. Todo texto depende de pretexto e contexto, inclusive os enunciados normativos.

Evidentemente, tais enunciados normativos mudam, às vezes em uma velocidade impressionante. Em que pese o fato de a técnica legislativa brasileira ser ruim (em função de práticas que só a ciência política pode explicar), o fato é que a mudança nos enunciados normativos é natural, pois reflete mudanças sociais normais e busca atender às demandas da coletividade. Como sói ocorrer, durante o processo legislativo, interesses antagônicos se confrontam, em geral com preponderância dos interesses defendidos pelo chamado “grande capital”, que, por meio de especulação financeira, impede o desenvolvimento normal da sociedade (inclusive de uma sociedade capitalista saudável, visto que a preponderância de grandes grupos econômicos privilegiados asfixia o empreendedorismo).

Daí logo se vê que a questão diz respeito à Ética e à Ciência Política. Se o Direito versa sobre a aplicação do enunciado normativo à questão concreta, formando a norma, é preciso que se atente que esta aplicação silogística não é impermeável às disputas políticas que precederam a formação positiva das normas. A disputa ideológica não fica restrita no âmbito do Poder Legislativo.

Para evitar uma má interpretação do que acabo de dizer, é

preciso que fique claro que Kelsen e os positivistas que o seguiram tinham total razão ao conceber uma teoria pura do direito, porém, ao contrário do que vulgarmente se pensa, jamais pretenderam ignorar as influências políticas naturais ao sistema<sup>10</sup>; o que tentaram formular foi um sistema normativo teórico em que, para o bem da segurança jurídica, o sistema posto fosse considerado como ideologicamente neutro, ao contrário do sistema externo, que é ideologicamente carregado. O sistema normativo ficaria alheio à sociedade hiper-complexa, sendo, portanto, previsível e seguro. Ademais, conforme explicado por Elival Ramos, se o centro produtor da norma se perverte, o sistema positivo puro não opera a contento, ficando descharacterizado, o que nos autoriza a refutar as críticas feitas a Kelsen com relação à possibilidade de formação de um sistema totalitário com o uso de sua teoria<sup>11</sup>. Pelo contrário, os países que se filiaram à tradição política liberal, que tem como paradigma um sistema normativo positivo puro, foram os que mais resistiram à onda totalitarista fascista e comunista que varreram o Século XX.

Sabendo que a disputa ideológica é inerente ao direito, cabe perguntar se a classificação do direito como ciência humana normativa ainda é válida. Tal classificação leva a crer que o Direito é uma ciência humana que tem como corte metodológico o estudo de normas, ou melhor, dos enunciados normativos que levam às normas. Porém, conforme já foi salientado, tais enunciados normativos mudam constantemente. Não é possível, então, que o objeto da ciência

do direito<sup>12</sup> seja algo em constante mutação, pois nenhuma ciência pode ser desenvolvida em meio à permanente instabilidade. A filosofia muda constantemente, porém há uma base sólida formada pelos chamados “clássicos”, que são compilações do pensamento de filósofos consagrados pelo tempo, bem como os estudos dedicados a tais pensamentos. Por mais que isso mude, há uma base em que o estudioso pode se apoiar. Por exemplo, se criticarmos Platão como um precursor do pensamento autoritário e contrário ao hedonismo, teremos os textos de Platão e de vários filósofos que o estudaram para embasar nossa crítica; os que rechaçam a crítica poderão estudar os mesmos textos e ter conclusões diferentes. Em todo o caso, os textos servem de base.

No caso do direito, se o enunciado normativo servir de base, não há a menor possibilidade de desenvolvimento científico, pois a mudança na legislação é constante. Ainda, a jurisprudência, que também pode ser vista como formadora de enunciados normativos (ela é norma quando resolve caso concreto, mas é enunciado normativo quando serve de parâmetro para a resolução de caso concreto) muda com frequência, ou se contradiz<sup>13</sup> (pois, ao contrário da legislação, emana de centros difusos, como os diversos Tribunais).

Não me parece possível, assim, que o Direito tenha como objeto de estudo o enunciado normativo<sup>14</sup>. O enunciado normativo é parte do estudo do direito, mas não sua totalidade. Ainda, o enuncia-

do normativo é o modo de efetivação do direito e do cumprimento de sua missão social, que é a de evitar o conflito ou minorar-lhe as consequências. E se o Direito não é ciência humana normativa, é uma ciência humana pura, tal e qual a filosofia ou a sociologia, o que significa que há algo de errado na prática jurídica e no ensino do direito.

### **A questão da dogmática**

Dentro de tudo o que colocamos até aqui, podemos destacar que o curso de formação em Direito e a prática jurídica têm em comum a visão estática do Direito, entendendo-o como um apanhado de enunciados normativos que, se corretamente interpretados, permitirão ao aluno/profissional que opere o sistema normativo, de forma que esse lhe dê a resposta que se espera. Não é por acaso que usa-se o termo “operador do direito”.

Assim, temos: (I) uma má compreensão da dogmática jurídica, que é vista como estática; (II) uma má formação do aluno/profissional, que se vê capaz de operar um sistema jurídico quando recebe a certificação profissional, remontando à crítica de Posner e impedindo que exista uma compreensão sobre o papel do Direito; (III) uma visão equivocada, baseada em uma falsa dicotomia entre teoria geral do direito e filosofia do direito “versus” dogmática,

em que a teoria geral do direito e a filosofia do direito são vistas ora como pressuposto de acesso aos estudos da dogmática jurídica (seria este o motivo de serem ministradas no primeiro ano do curso?), ora como “complemento” à dogmática jurídica, uma espécie de apoio que o aluno/profissional-operador tem à disposição quando precisa enriquecer seus argumentos para conseguir a resposta almejada do sistema<sup>15</sup>; (IV) de forma mais preocupante, como uma complementação inócua, feita para dar uma suposta erudição a algo que se resume em uma técnica da dogmática. Lamentavelmente, é comum perceber tal crítica; coloca-se o trabalho desenvolvido na hermenêutica jurídica e na filosofia do direito como algo “secundário”, em oposição à dogmática, que permite uma atividade “produtiva”. Não é incomum que os que se dediquem à filosofia do direito ou à teoria geral do direito sejam alvo de certa chacota, por não dedicarem a uma tarefa “produtiva”, que possa ser quantificada em termos econômicos<sup>16</sup>.

Este quarto aspecto assinalado é o mais cruel de todos, e se acentua na medida em que há uma maior procura pelo curso de Direito, que passa a ser oferecido cada vez mais por diversas universidades (a maioria sem a menor estrutura humana necessárias à formação de um bom curso), com base na (falsa) promessa de um futuro promissor. A teoria geral do direito passa a ser vista como contraposta à atividade desenvolvida nos grandes escritórios de advocacia, ou ainda, como algo a ser evitado por quem almeja uma

carreira pública, pois constitui perda de tempo. Ainda, o direito não escapa à “hiper-especialização” profissional que é naturalmente avessa à filosofia e às ciências humanas em geral (pois estas sempre tendem a ver o contexto, não só o problema específico), de forma que o estudante/profissional se torna cada vez mais especializado e cada vez menos propenso ao estudo da teoria geral do direito.

O discurso da especialização é tão sedutor que consegue amesquinhar a própria dogmática jurídica, na medida em que os sucessivos manuais de determinadas disciplinas são cada vez mais simplificados e feitos para serem memorizados, o que em muito contribuiu para a derrocada final da teoria do direito, da hermenêutica e de qualquer esperança de realocar o direito ao lado da filosofia<sup>17</sup>.

Em um contexto de mercantilização do saber humano, de vulgarização das ciências como um todo e de “hiper-especialização” como forma de responder às demandas de uma sociedade hiper-complexa (sem que se entenda o que gera tais demandas), a dogmática jurídica, quando colocada em uma posição de antagonismo com a teoria geral do direito, inevitavelmente vence. Ao fazê-lo, se amesquinha ainda mais, tornando-se cada vez mais simplificada e contribuindo para afastar o direito da filosofia e das outras ciências humanas<sup>18</sup>.

## **Natureza do direito. O papel da ética e da filosofia política**

Consideremos, por um momento, a natureza do Direito. Como definir o Direito? Podemos defini-lo como “a arte de dar a cada um o que é seu”, como “prudência” (em oposição ao conceito de “ciência”, entendida no sentido de ciência empírica, tal como a química) ou como uma ciência (*lato sensu*) cujo objetivo é a análise e interpretação da norma – a hermenêutica. Estas são algumas das muitas definições que poderiam ser dadas para o Direito. Ainda, podemos distinguir “Direito” de “Ciência do Direito”, sendo o primeiro termo usado para designar o sistema normativo e a aplicação dos enunciados normativos e o segundo usado para designar o estudo doutrinário do sistema normativo, com todas as suas implicações de natureza ética e política que são estudados por meio da teoria geral do direito e da filosofia do direito.

Em qualquer dessas acepções, é perceptível a impossibilidade da análise do direito sem recorrer a princípios da ética e da teoria política. O enunciado normativo é uma criação humana, que ocorre – como todo ato humano - de acordo com uma ideologia; a criação e aplicação do direito são atos políticos e que têm suporte na ética, pois ao idealizar a aplicação de uma lei, imagina-se estar fazendo o bem.

É possível que um profissional do direito se resigne – até mesmo com satisfação – à posição de mero operário, renunciando

ao estudo da filosofia do direito e da teoria geral e escolhendo, de maneira consciente, ignorar as severas implicações que o direito tem com a ética e coma filosofia política, implicações estas tão severas que os conceitos se confundem e um filósofo moral não consegue distinguir com exatidão a atividade política da atividade do Direito. Nesse caso, nosso hipotético operário do direito estaria satisfeito com a habilidade de realizar um determinado diálogo com o ente estatal, desde que este lhe desse respostas favoráveis, que vão de acordo com suas pretensões<sup>19</sup>. Litigar é exatamente isto: provocar o Estado de modo que este responda afirmativamente<sup>20</sup>.

É possível, entretanto, alegar que há uma teoria pura do direito, tal e qual idealizada por Kelsen, que tem como pretensão isolar o direito dos demais sistemas éticos, colocando o ordenamento jurídico a salvo de flutuações políticas e permitindo uma maior segurança jurídica e previsibilidade. O pensamento positivista, que comporta muitas variações, deve ser levado em consideração. A pretensão de fazer um ordenamento jurídico alheio às flutuações da política partidária são louváveis, e em muito contribuíram para o desenvolvimento do Direito. Ainda, devemos dizer de antemão que são falsas as afirmações de que o positivismo kelseniano permitiu a ascensão e consolidação por meios legais do regime totalitário nacional-socialista<sup>21</sup>. A ascensão deste regime odioso e sua consolidação por vias legais se deram em um contexto em que o centro político de cujas normas emanavam estava totalmente viciado, o

que, evidentemente, impede um desenvolvimento político normal, viciando as normas subsequentemente produzidas. Ainda, notemos que a alternativa ao positivismo não está clara: varia entre um direito “alternativo”, que pode facilmente descambar em um autoritarismo populista, ou em uma versão renovada de um suposto jusnaturalismo, incapaz de emprestar segurança a uma sociedade classificado como “hiper-complexa”<sup>22</sup>.

Porém, não é necessário adentrarmos a questão do positivismo jurídico – muito menos atacá-lo – para sustentar o caráter uníssono do direito, da ética e da filosofia política. Basta lembrarmos que os positivistas nunca disseram que a política deveria ser alheia ao direito<sup>23</sup>. As considerações de natureza política (aqui podemos usar o termo como política partidária *stricto sensu*) são consideradas pela teoria pura do direito, porém elas são consideradas no plano da produção normativa. Uma vez ocorrida a inovação no ordenamento jurídico – a criação da norma – fica desautorizada uma interpretação que afaste, por inconveniência, a aplicação do enunciado normativo. O Estado-juiz fica como que atado à norma. Evidentemente, a interpretação é um ato político, porém há interpretações possíveis e interpretações que extravasam o sentido da norma, tornando seu conteúdo vazio. É esse tipo de interpretação, que utiliza elementos da ética (melhor dizer, de uma ética própria), contrariando o sistema, que o positivismo normativo abomina. Quando o enunciado normativo determina que “se A é, então X deve ser”, não há interpretação

de acordo com o sistema que possa resultar em “se A é, então não-X deve ser”. Para mudar o comando normativo, seria necessário recorrer ao legislador, valendo-se – aí sim – de uma discussão político partidária. Porém, enquanto a norma for válida, existirão interpretações possíveis, cujos resultados sejam até mesmo conflitantes, mas nenhuma delas pode esvaziar o comando normativo ou atentar contra o sistema. Daí dizer que o sistema é hermeticamente fechado.

Parece, então, que o direito realmente é indissociável da ética e da filosofia política. Pode-se pensar, inclusive, que a ética e a filosofia política não apenas têm um papel predominante no Direito, mas são o Direito, propriamente dito. O estudo específico de um grupo de enunciados normativos e os efeitos da sua aplicação prática – a dogmática jurídica – são consequências de um sistema ético, criado pela filosofia política, que pretende pacificar uma sociedade, evitando conflitos. Tal sistema leva o nome de Direito<sup>24</sup>.

Se tomarmos a premissa do parágrafo anterior como verdadeira, teremos que admitir que não faz sentido pensar o direito apenas no campo dogmático, pois não parece inteligente considerar a consequência sem considerar a causa. A dogmática é consequência natural da causa chamado “direito”, que nada mais é do que um sistema ético pautado em uma determinada filosofia política. No caso específico das democracias ocidentais, o sistema ético pode ser considerado como individualista, porém com reconhecimento de valores comunitários que determinam a proteção de determinados

bens (direitos difusos), pautado em uma filosofia política de matriz liberal (antiautoritária), com forte propensão a barrar o abuso de poder (constitucionalista) e garantir a oportunidade de diferentes grupos ideológicos se revezem no poder (republicanismo), desde que respeitem o sistema e o rodízio de poder sirva para legitimá-lo, não para destruí-lo (daí a intolerância com grupos radicais, de tendências totalitárias). A soma destes valores é o direito tal e qual conhecemos, a dogmática é a consequência lógica da sua existência, pois ela permite sua aplicação social.

\*\*\*\*\*

Necessário, portanto, repensar tanto o ensino quanto a prática do Direito. Creio que o primeiro passo é reposicionar a dogmática jurídica, que seria deslocada de principal para auxiliar. Isto traria consequências drásticas tanto para o ensino do direito quanto para a prática das profissões jurídicas.

Quanto ao ensino, tal mudança faria com que o curso de direito desse especial ênfase à filosofia política e moral, tornando-se um curso de ciências humanas e perdendo o seu caráter profissionalizante. O curso deixaria de ser um curso técnico e se tornaria um curso superior propriamente dito, pois seria estimulada uma análise crítica do fenômeno jurídico. O ordenamento jurídico deixaria de ser visto como algo pré-existente e seria encarado pelo estudante como

uma criação humana, falha e contestável. Os valores ideológicos do ordenamento a que me referi seriam debatidos sob a luz da filosofia política e da ética. Eventualmente, o debate poderia abranger inclusive elementos morais de fora do ordenamento, permitindo uma visão mais abrangente. A leitura estimulada não seria apenas a doutrina técnica (que está cada vez mais simplificada e superficial), mas a doutrina aliada aos clássicos do pensamento humano, permitindo uma visão completa do fenômeno jurídico.

No que tange à prática, perderíamos – em boa hora – o “operador do direito”, que é um profissional dotado de certa mística por ter uma certificação estatal que o permite exercer uma profissão, nos dizeres de Posner, e ganharíamos um livre-pensador, isto é, um sujeito que teve acesso à alta cultura, capaz de entender os conceitos da filosofia e exercer qualquer profissão de maneira crítica. Combateríamos o fenômeno do “hiper-especialista”, que é tão caro à superestrutura alienante, pois permite uma fácil manipulação; afinal, como Platão nos ensinou através da alegoria da caverna, quem não vê o todo não consegue entender as forças que o manipulam.

O direito deixaria de ser algo técnico para se tornar algo humano, o que reorientaria a produção e aplicação da norma para fins que fossem socialmente úteis e beneficiassem a todos, de acordo com um sistema ético eficaz.

---

## Notas

\* Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2010). Atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Constitucional, Teoria dos Princípios.

1 Miguel Reale traça tal paralelo ao analisar a filosofia do direito. REALE, Migue. (2005), Lições preliminares de Direito. 5ª edição, São Paulo, editora Saraiva. Págs.13-16.

2 Creio que Tércio Sampaio Ferraz Jr. explica a ligação do Direito com a filosofia política e com a ética quando afirma que, em sua origem, o Direito era designação semântica para “dar a cada um o que é seu”, sendo que com a consolidação do poder político, tal concepção vai sendo paulatinamente alterada. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. (2003) Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação, 4ª edição, São Paulo, editoras Atlas, págs. 53-55

3 Marilena Chaui afirma que Aristóteles criou a filosofia prática tal e qual conhecemos, através do estudo da ética. A ética difere de outros ramos da filosofia antiga, pois estas, ao contrário da ética, não criam seu objeto, apenas os contemplam. CHAUI, Marilena, (2002) Introdução à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles, 2ª edição, São Paulo, editora Companhia das Letras, pag. 440.

4 Miguel Reale afirma que, em que pesem as consequências das ciências positivas (creio que se refere ao Direito) no comportamento humano, é à ética que incumbe a tarefa de valorar a ação humana. Reale coloca Kant como o mais importante filósofo da teoria da ética. REALE, Migue. (2007) Introdução à Filosofia, 4ª edição, São Paulo, editora Saraiva, págs. 28-29

5 Como exemplo, podemos citar o “neoconstitucionalismo”, que é umbilicalmente ligado ao “pós-positivismo”. Um de seus autores, Max Moller, deixa claro que o neoconstitucionalismo, em que pese pretender “contaminar” todos os ramos da dogmática jurídica, é um movimento que não rejeita o constitucionalismo contemporâneo; pelo contrário, é uma consequência do atual estágio de desenvolvimento do constitucionalismo. Moller também afirma que o neoconstitucionalismo tampouco prega uma volta ao jusnaturalismo que o inspira. MOLLER, Max, (2011) Teoria Geral do Neoconstitucionalismo, Porto Alegre, Livraria do Advogado, págs. 282-285

6 Eros Grau afirma que o Direito não é ciência, mas prudência. Tal afirmação se dá pois o direito não tem o caráter empírico das ciências exatas. GRAU, Eros. (2011), O direito posto e o direito pressuposto, 8ª edição, São Paulo, editora Malheiros, págs. 37-43

7 Streck faz uma severa crítica ao ensino de direito que, segundo ele, opera com base em um discurso em que a lei é entendido como algo “exterior”. O ordenamento ju-

rídico é um dado, está posto. Voltarei ao tema no final deste artigo. STRECK, Lenio Luiz (2011), *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 10ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, págs. 95-98

8 POSNER, Richard, (2012) *A problemática da teoria moral e jurídica*, 1ª edição, São Paulo, editora Martins Fontes, págs. 292-315

9 A crítica de Posner é no sentido de que a “mistica” conferida por esta “reserva profissional” (não se confunde com “reserva de mercado”) cria uma situação estanque, em que não é possível discutir uma determinada matéria sem esbarrar em um obstáculo artificial, que é o controle estatal sobre a profissão. Esse controle dá uma suposta “autoridade” (quase no sentido de argumento de autoridade) ao profissional, que fica sendo o único habilitado a tratar de tais questões, mesmo quando elas interessam à coletividade (o que ocorre com frequência no âmbito do direito).

10 Kelsen afirma, em sua *Teoria Pura*, que a validade de uma norma se dá indiferentemente de sua concordância com a moral. Tal afirmação, porém, foi feita em um contexto em que se afirmava que não se tinha um critério moral absoluto, pois não havia um conteúdo moral a priori. Toda moral seria relativa, e a concordância necessária da norma com a moral era relativa à forma, não ao conteúdo. Kelsen afirma que isto não significa que não exista senso moral ou senso de justiça. KELSEN, Hans, (2006), *Teoria Pura do Direito*, 7ª edição, São Paulo, editora Martins Fontes, págs.71-76.

11 Elival Ramos refuta a ideia de vinculação do positivismo com nacional-socialismo, pois o império da lei garantido pelo positivismo só se dá em um quadro de normalidade institucional e constitucionalismo de feições liberais, jamais em regime totalitário. RAMOS, Elival da Silva. (2010), *Ativismo Judicial*, 1ª edição, São Paulo, editora Saraiva, Págs. 43-44

12 Ignoremos, por motivo de corte metodológico, a crítica de Eros Grau à concepção de Direito como ciência

13 Resta a pergunta: como estudar direito dentro de tal contexto? A última saída seria o direito comparado, porém as características ínsitas a cada povo tornam necessária a formação de sistemas jurídicos bastante diferenciados, de forma que o direito comparado só pode ser usado no âmbito do estudo científico-doutrinário ou na complementação de lacuna (elemento estabilizador do sistema normativo ou meta-norma de fechamento). Não é uma saída das mais convidativas, pois o estudo do direito comparado pode acabar sendo redundante; um conhecimento comparativo fechado em si mesmo, sem a menor aplicação prática.

14 André Luiz Lopes dos Santos denuncia o atual ensino do direito como sendo formado em torno de uma base discursiva que se pretende neutra e, ao mesmo tempo, pretende ser técnica, isso é, inacessível aos não iniciados. Esta denúncia feita por Lopes dos Santos, se verdadeira (creio que é verdadeira), só se dá porque o ensino e prática do direito se voltaram ao estudo (superficial) dos enunciados normativos, que é justamente o que se pretende evitar com a proposta de uma guinada para a filosofia e

demais ciências humanas. SANTOS, André Luiz Lopes dos. (2002), *Ensino Jurídico: uma abordagem político-educacional*, Campinas, editora Edicamp, págs. 59-66

15 Este problema parece não ser tão novo. Bittar e Almeida ensinam que, no início do Século XX, as dificuldades para estudar filosofia do direito no Brasil eram grandes, pois havia falta de livros, publicações e, sobretudo, tradição. Porém, os mesmos professores também explicam que, a despeito de todas essas dificuldades- que supostamente não se encontravam no estudo da dogmática – havia uma vontade em iniciar estudos sérios de filosofia do direito. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, ALMEIDA, Guilherme Assis de. (2011), *Curso de filosofia do direito*, 9ª edição, São Paulo, editora Atlas, págs. 50-53.

16 Denunciando o problema, Katya Kozicky afirma que a pesquisa do direito sempre esteve ligada ao binômio dogmática-zetética, sendo que qualquer crítica à dogmática era uma crítica interna, oriunda de dentro do sistema. A identidade do objeto criticado está pré-constituída. A autora não concluiu explicitamente que esse é o resultado de um déficit de ensino de ciências humanas, mas creio que é uma conclusão plausível que, no mínimo, deveria ser investigada. KOZICKY, Katya. (2006), *Afinal, o que significa uma 'teoria do direito'*, in *O ensino jurídico em debate*, organizado por Daniel Torres de Cerqueira e Roberto Fragale Filho, Campinas, Editora Millennium, págs. 18-20

17 Assim, o curso de graduação em direito (que nos primórdios servia quase que como um curso de graduação em ciências humanas) é cada vez mais um curso técnico-profissionalizante, em que o que se busca é o cumprimento de um requisito para que seja conseguida a almejada profissionalização (chancela estatal, como diria Posner), quando não um preparatório para a busca de uma carreira estatal. É interessante notarmos que, no início dos cursos jurídicos, havia uma disciplina dedicada à diplomacia, bem como disciplina de economia, com estudo dos clássicos do liberalismo econômico. LOPES, José Reinaldo de Lima. (2008), *O direito na história*, 3ª edição, São Paulo, editora Atlas, págs. 315-317

18 Creio que é preciso deixar claro que a dogmática, em um contexto normal, exerce um papel importante. É através do domínio da dogmática que o direito se torna relevante socialmente, operando, no campo concreto e abstrato (processual e legislativo, respectivamente), as mudanças sociais necessárias. Porém, o que ora se critica é a posição de antagonismo a que foi alçada a dogmática em relação à teoria geral do direito, o que traz consequências péssimas para as ciências humanas, para o direito, para o desenvolvimento acadêmico e para a própria dogmática.

19 Tercio Sampaio Ferraz faz alusão a Hegel para descrever a alegoria de um escravo que labuta continuamente, sendo que a labuta não é libertação; a libertação ocorre com o esgotamento das forças físicas e traz a angústia da aproximação da morte, ao invés da alegria proporcionada pelo ócio. A labuta seria o trabalho humano que corresponde permanentemente a uma atividade, sem que disto resulte um produto. É um

trabalho que escraviza; vive-se para trabalhar e não se trabalha para viver. Me parece que situação análoga é a do nosso hipotético operário do direito que, conscientemente, ignora as forças sociais e envereda pelo caminho da “hiper-especialização”. FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. (1995), *Liberdade e Irracionalidade*, in *Direito, Cidadania e Justiça – ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas*, coordenado por Beatriz de Giorgi, Celso Fernandes Campilongo e Flávia Piovesan, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, págs. 209-217.

20 Notemos: O fato de que há operários do direito que optam por verem o direito apenas como um diálogo estatal não tira a ligação umbilical do direito com a ética e com a filosofia política, mesmo que tais operários sejam a maioria do grupo de bacharéis. Da mesma forma, nada impede – pelo contrário – que pessoas de fora do círculo dos bacharéis em direito analisem o fenômeno jurídico, utilizando para tanto elementos da ética e da filosofia política; filósofos já o fizeram, com sucesso.

21 Vide nota de rodapé nº 10

22 Criticando teorias alternativas do direito, Luiz Sérgio Fernandes de Souza afirma que é ingenuidade pensar que, atualmente, uma teoria inspirada no jusnaturalismo poderia ser a base de um sistema jurídico, pois o jusnaturalismo parece simpático e envolvente, mas também é arbitrário e perigoso. SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. (1995), *Que direito alternativo?* in *Direito, Cidadania e Justiça – ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas*, coordenado por Beatriz de Giorgi, Celso Fernandes Campilongo e Flávia Piovesan, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, págs. 197-209

23 Kelsen repete a lição de Teoria Pura a respeito da necessidade de isentar uma norma de verificação quanto à moral do seu conteúdo quando afirma que o jusnaturalismo se equivoca porque coloca o valor como imanente à realidade empírica. Kelsen afirma que quem julga encontrar, descobrir ou reconhecer normas nos fatos está se enganando, e só quando o ser e o dever-ser são confrontados de acordo com o esquema fato/norma é que há possibilidade de julgar algo como conforme às normas. Porém, Kelsen também afirma que uma teoria positivista não afirma que não haja qualquer justiça; o problema é que os positivistas entendem que há muitas concepções de justiça, algumas delas antagônicas, o que impede que se estruture um sistema normativo com base nelas de forma confiável. KELSEN, Hans. (2009), *A Justiça e o Direito Natural*. Tradutor: João Baptista Machado. Coimbra, editora Almedina, págs. 100-103

24 Aqui é preciso notar que os chamados “positivistas” admitiam o direito como sistema, mas, na maioria das vezes, rejeitavam que ele tivesse um conteúdo ético de per se, conforme anteriormente explicado. Hart identifica o direito como um conjunto de regras primárias e secundárias. Trata-se de um positivismo, mesmo que um pouco diferente do positivismo de Kelsen. Entretanto, Wayne Morrison nota que Hart reconhecia um “conteúdo mínimo de direito natural”, com cinco “truísmos” inegáveis: a) vulnerabilidade humana b) Igualdade aproximada c) recursos limitados d)

altruísmo limitado e) entendimento limitado e a força de vontade. Morrison nota que no sistema de Hart, a ausência de moral não invalida o ordenamento, o que faz com que seja possível classificá-lo como positivista, sendo que os pontos de “conteúdo mínimo de direito natural” têm uma função defensiva, e não estruturante. Morrison não aprofunda a questão da “função defensiva”, infelizmente. MORRISON, Wayne. (2012) *Filosofia do Direito: dos gregos ao pré-moderno*, 2ª edição, São Paulo, editora Martins Fontes, págs. 447-450

---

## Referências Bibliográficas

- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, ALMEIDA, Guilherme Assis de, Curso de filosofia do direito, 9ª edição, São Paulo, editora Atlas, 2011
- CHAUÍ, Marilena, Introdução à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles, 2ª edição, São Paulo, editora Companhia das Letras, 2002
- GRAU, Eros, O direito posto e o direito pressuposto, 8ª edição, São Paulo, editora Malheiros, 2011
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Liberdade e Irracionalidade, in *Direito, Cidadania e Justiça – ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas*, coordenado por Beatriz de Giorgi, Celso Fernandes Campilongo e Flávia Piovesan, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 1995
- Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação, 4ª edição, São Paulo, editoras Atlas, 2003
- KELSEN, Hans, A Justiça e o Direito Natural. Coimbra, editora Almedina, 2009
- Teoria Pura do Direito, 7ª edição, São Paulo, editora Martins Fontes, 2006
- KOZICKY, Katya, Afinal, o que significa uma ‘teoria do direito’, in *O ensino jurídico em debate*, organizado por Daniel Torres de Cerqueira e Roberto Fragale Filho, Campinas, Editora Millennium, 2006
- LOPES, José Reinaldo de Lima, O direito na história, 3ª edição, São Paulo, editora Atlas, 2008
- MOLLER, Max, Teoria Geral do Neoconstitucionalismo, 1ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011
- MORRISON, Wayne, Filosofia do Direito: dos gregos ao pré-moderno, 2ª edição, São Paulo, editora Martins Fontes, 2012
- POSNER, Richard, A problemática da teoria moral e jurídica, 1ª edição, São Paulo, editora Martins Fontes, 2012
- RAMOS, Elival da Silva, Ativismo Judicial, 1ª edição, São Paulo, editora Saraiva, 2010

REALE, Miguel, Lições preliminares de Direito. 5ª edição, São Paulo, editora Saraiva, 2005

\_\_\_\_\_, Introdução à Filosofia, 4ª edição, São Paulo, editora Saraiva, 2007

SANTOS, André Luiz Lopes dos, Ensino Jurídico: uma abordagem político-educacional, Campinas, editora Edicamp, 2002

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de, Que direito alternativo? in Direito, Cidadania e Justiça – ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas, coordenado por Beatriz de Giorgi, Celso Fernandes Campilongo e Flávia Piovesan, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 1995

STRECK, Lenio Luiz, Hermenêutica jurídica e(m) crise, 10ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011