


CURSO
RDP



DPE/SC

RETA FINAL PÓS-EDITAL

Ponto 01
Filosofia



TÓPICOS DO PONTO 01 – FILOSOFIA DO DIREITO

PONTO 01 - ESCOLAS OU CORRENTES DO PENSAMENTO JURÍDICO

1. Escolas ou correntes do pensamento jurídico a partir da Modernidade. 1.1 Escola da Exegese. 1.2 Pandectismo. 1.3 Jurisprudência dos conceitos e jurisprudência dos interesses. 1.4 Escola histórica do Direito. 1.5 Positivismo jurídico. 1.6.1 Hans Kelsen e a teoria pura do direito. 1.7. Decisionismo jurídico de Carl Schmitt. 1.8 Culturalismo jurídico. 1.8.1 Teoria tridimensional do direito de Miguel Reale. 1.8.2 Teoria egológica do direito de Carlos Cossio. 1.9 Teorias da argumentação. 1.9.1 A tópica de Theodor Viehweg. 1.9.2 A retórica de Chaïm Perelman. 1.10 Realismo jurídico norte-americano e escandinavo. 1.11 O póspositivismo de Ronald Dworkin. 1.12 Teorias críticas do direito. 1.12.1 Marxismo e direito. 1.12.2 Crítica jurídica de perspectiva dialética. 1.12.3 Movimentos sociais e lutas por direitos contra injustiças históricas no Brasil. 1.12.4 Práxis jurídica, antirracismo e feminismo. 1.12.5 O papel da Defensoria Pública na descolonização do direito e da justiça.

Olá, pessoal. Tudo bem? Sejam todos bem-vindos ao nosso **Reta Final DPE/SC pós-edital**. Como vocês estão? Esse edital foi uma surpresa (boa), mas a data da prova foi marcada para dezembro, de modo que teremos pouco tempo para estudar o máximo de pontos possível.

Como sempre indicamos em nossos Retas Finais, devemos ter um estudo estratégico. Por exemplo, se você for olhar o edital deste concurso, vai perceber que ele é absurdamente extenso. Isso causa um espanto em um primeiro momento. No entanto, todos estão no mesmo barco, pois esse edital pegou todos de surpresa. Isso quer dizer que todos terão pouco tempo para estudar até a data da prova, o que implica dizer que devemos esquecer qualquer ideia de “querer esgotar o edital”. **Devemos adotar uma estratégia focada nos pontos mais decisivos para esse momento final, pois essa abordagem tem se mostrado muito eficaz em provas de Defensoria Pública com editais tão volumosos como este.**

Como se não bastasse um edital exageradamente grande, a banca inseriu pontos de Sociologia e Filosofia (*como de costume em SC*), além da indicação bibliográfica de 10 obras que não têm relação direta com os temas do edital. Obviamente, não faz sentido vocês tentarem ler essas obras neste momento, razão pela qual nossa estratégia é a seguinte: **estudaremos os pontos de Sociologia e Filosofia, e quanto às obras, traremos um miniresumo de cada uma (máximo 2 páginas), para que vocês conheçam o plano de fundo e o assunto tratado nelas.** Infelizmente, é humanamente impossível ler todas as 10 obras indicadas, e mesmo que isso fosse viável, seria um tiro no escuro, já que isso implicaria deixar de revisar outros temas de matérias que têm o dobro de questões (*ex: Sociologia + Filosofia têm 5 questões na prova, enquanto Processo Penal + Direito Penal têm 28 questões*).

Todo o nosso estudo nesse Reta Final DPE/SC será estratégico. Veremos materiais escritos, vadinhos e simulados. No entanto, reforço: não é possível ver tudo. Vamos trazer aqui o que você precisa saber para tentar acertar o máximo de questões nesta prova. A **FUNDATEC** não é uma banca tão conhecida em provas de Defensoria Pública, de modo que o estudo da lei seca e da jurisprudência deve ser mantido sempre em alta.



Feitas essas observações, preparem-se para o início de uma jornada incrível. Não será fácil. Pelo contrário, será difícil. Mas com a sua disposição e vontade de vencer, sem dúvidas a jornada ficará mais leve e cheia de empolgação. Juntos venceremos mais uma batalha. Bora lá?

1.2 ESCOLAS OU CORRENTES DO PENSAMENTO JURÍDICO A PARTIR DA MODERNIDADE ¹

O jusnaturalismo é a teoria que fundamenta, explica e defende a existência do **Direito Natural**. Certo... Mas aí vem a pergunta: o que é Direito Natural?

Direito Natural (*ius naturale*) é o direito regido por **princípios universais, absolutos e imutáveis**, definível antes do Estado ou de qualquer deliberação social a partir da própria natureza (que como veremos, pode ter uma concepção cosmológica, divina ou racional/antropológica). Atribui-se ao Direito Natural um conteúdo axiológico, no sentido de que seria algo valorativamente bom, relacionando-se portanto com o conceito de Justiça.

Nesse contexto, o jusnaturalismo diverge da concepção do **Positivismo Jurídico**, a qual relaciona o direito não com a ordem universal, imutável e absoluta dos direitos naturais, mas com aquilo que foi positivado, ou seja, estabelecido politicamente como tal. Reparem, o Positivismo Jurídico não vai afirmar que não existe um aspecto axiológico de Justiça, mas vai indicar que tais conceitos não interessam para caracterizar o Direito. Assim, o conceito de Justiça, para o Positivismo Jurídico, não se configura como critério de legitimidade do Direito, mas mero critério de avaliação do Direito (pode-se avaliar que um direito é justo ou injusto, mas será de qualquer modo o Direito posto e vigente).

Antes de começar a tratar de cada autor, cabe ainda destacar que o jusnaturalismo passou por **três fases**, e antecipar que uma dessas fases é o foco maior da prova. São elas:: o jusnaturalismo **antigo**, o jusnaturalismo **mediavel ou escolástico** e o jusnaturalismo **moderno, antropológico ou racional**.

O jusnaturalismo **antigo** relaciona o Direito Natural à ordem cosmológica, de caráter permanente, constante e imutável. Nesse sentido, relaciona-se a uma concepção cosmológica de natureza, presente no pensamento pré-socrático, enunciados, por exemplo, por Tales de Mileto, Heráclito e Pitágoras.

O **jusnaturalismo medieval, teológico ou escolástico**, por sua vez, relaciona o Direito Natural a ordem Divina, partindo de um conceito teológico de natureza. Defendia a existência de uma lei divina superior à vontade humana. São expoentes São Tomás de Aquino e Santo Agostinho. A natureza aqui seria Deus.

O **jusnaturalismo moderno, antropológico ou racional ou Escola Moderna do Direito Natural** (e a qual precisamos focar as atenções para a prova), rompe com o jusnaturalismo antigo e teológico, e direciona as atenções ao próprio ser humano, dando maior enfoque na razão humana e na sociabilidade.

De um lado, o jusnaturalismo moderno rompe com o medieval ao retirar das questões divinas o fundamento do Direito Natural, representando um movimento de laicização do Direito Natural. De outro lado, podemos observar que há uma **excessiva confiança no poder da razão e de uma “verdade universal e imutável”**.

¹ Para esse tema, foram utilizados como referências o livro de filosofia do direito de Paulo Nader, Filipe Augusto dos Santos, Alysson Leandro Mascaro, Silvio Venosa, Wayne Morrison, bem como artigos publicados sobre o tema.



O jusnaturalismo moderno confere ao **contrato social** a importância de possibilitar a **passagem do estado de natureza para o estado civil**, visando que a lei natural fosse observada e os direitos naturais e individuais fossem assegurados pelo Estado. Assim, trata-se de teoria do direito que dá as bases para a formação da sociedade civil e do Estado por meio do contrato social, possibilitando a **unificação do Poder no Estado**, poder este que na sociedade feudal era difuso. Portanto, jusnaturalismo e contratualismo estão intimamente relacionados.

Ressalta-se que o **estado de natureza** reflete ao estágio social desorganizado e sem garantia política dos direitos naturais. Seria na sociedade civil, formada pelo pacto social, que a harmonia e garantia dos direitos naturais poderia prosperar².

Vale destacar ainda que a ênfase na **razão** no campo do direito, através do jusnaturalismo racionalista, é um reflexo por mudanças que a sociedade como um todo passava, com a ascensão da racionalidade e do empirismo através da superação do paradigma religioso, que ditou também as bases da ciência moderna através da revolução científica, através de grandes nomes como Nicolau Copérnico, Johannes Kepler, Galileu Galilei e outros.

Se de um lado os filósofos do jusnaturalismo, Locke e Hugo Grócio, promoviam o discurso de Direito Natural imutável e absoluto, de outro, como representantes do liberalismo aristocrático e colonialista, defendiam a escravidão e a subjugação social de massas desfavorecidas da sociedade. Revela-nos, assim, que a defesa de ideais jusnaturalistas universais, que supostamente trariam os melhores e mais ponderados conceitos sobre o caráter humano, não consideravam a mesma humanidade para todos, o que configura uma criticada contradição, como podemos observar na obra de Domenico Losurdo. Tanto é que tais pensadores viam tais desigualdades e explorações como naturais, por meio de determinismos de inferioridade expostos através do conceito de “raça” ou mesmo de “classe”, prevalecendo mais o primeiro (e aqui mesmo os indivíduos ingleses pobres eram classificados como “raça” inferior, o que denota uma forte fixação nessa construção simbólica).

ESCOLA DA EXEGESE

A Escola da Exegese foi um movimento doutrinário surgido na França no início do século XIX, principalmente após a promulgação do Código Civil Francês de 1804 (Código Napoleônico). O contexto político e social da época, marcado pelo desejo de estabilidade após as convulsões da Revolução Francesa, influenciou a criação de um código de leis que pretendia ser claro, completo e definitivo. A Escola da Exegese surgiu como uma resposta a essa codificação, defendendo uma interpretação rígida e literal do texto legal.

Principais Características da Escola da Exegese

1. **Primazia do Texto Legal:** A Escola da Exegese advogava que o juiz deveria limitar-se à aplicação literal do texto da lei, sem buscar interpretações criativas ou extensivas. O Direito, segundo essa escola, já estava completo e suficientemente expresso nas leis codificadas, e o papel do intérprete era apenas revelar o sentido dessas normas.

² Aqui pedimos atenção: a garantia dos direitos naturais, ao invés de ocorrer no estado de natureza, como poderíamos ser levados a pensar pelos termos literais, na verdade é garantido com a sociedade civil, formada através do contrato social. No estado de natureza, embora já vigore a lei natural, não conta com o Estado para assegurar que os direitos naturais sejam efetivamente garantidos. Por isso que o contrato social vem para formar a sociedade civil e o Estado, visando garantir os direitos naturais.



2. **Autoridade da Lei:** Influenciada pelo positivismo legalista, a Escola da Exegese via a lei como a única fonte legítima do Direito. Essa abordagem excluía qualquer forma de direito consuetudinário ou de criação judicial, conferindo ao legislador o monopólio na criação das normas.
3. **Legislador como Figura Central:** Para os exegetas, o legislador era a expressão máxima da vontade do povo. As leis representavam a vontade do Estado e, por isso, eram vistas como perfeitas. Interpretar a lei significava buscar a intenção original do legislador e aplicá-la de forma fiel.
4. **Método Gramatical e Lógico:** A interpretação baseava-se principalmente na análise gramatical e literal do texto da lei. A linguagem utilizada no Código Civil era vista como clara, concisa e suficiente, de modo que o trabalho do jurista se concentrava na identificação e aplicação do seu significado sem modificar ou criar novos entendimentos.
5. **Rejeição de Critérios Extralegais:** A Escola da Exegese opunha-se a qualquer recurso a valores morais, princípios extralegais ou considerações de equidade para a interpretação das normas. Para eles, a segurança jurídica derivava da fidelidade ao texto legal.
6. **Fechamento do Sistema Jurídico:** O Código Civil Napoleônico era considerado um sistema completo e autossuficiente. Assim, acreditava-se que todos os problemas jurídicos poderiam ser resolvidos com base nas suas disposições, sem necessidade de recorrer a fontes externas.

Críticas à Escola da Exegese

1. **Rigidez Interpretativa:** Uma das principais críticas à Escola da Exegese é sua visão excessivamente rígida e formalista da interpretação. Ao restringir o papel do juiz a uma mera aplicação mecânica da lei, essa corrente ignora as nuances da realidade social e as mudanças nos valores da sociedade ao longo do tempo.
2. **Desconsideração da Realidade Social:** A exegese, ao se concentrar no texto legal, negligenciava os fatores sociais, econômicos e culturais que influenciam a vida em sociedade. A aplicação literal da lei nem sempre atendia às necessidades de justiça em casos concretos.
3. **Imutabilidade da Lei:** A escola pressupunha que o Código Civil de Napoleão era completo e suficiente para resolver todos os conflitos jurídicos. No entanto, à medida que surgiam novas questões e demandas sociais, essa visão se mostrou inadequada, uma vez que o Direito, na prática, é dinâmico e precisa se adaptar às transformações da sociedade.
4. **Redução do Papel do Juiz:** Ao limitar a função do juiz à aplicação estrita do texto legal, a Escola da Exegese impedia a evolução do Direito por meio da jurisprudência. Essa visão foi posteriormente superada por correntes que reconhecem o papel criativo e interpretativo dos juízes, como a jurisprudência dos interesses e o realismo jurídico.



Legado e Influência

A Escola da Exegese dominou o pensamento jurídico francês e europeu por boa parte do século XIX. Contudo, sua influência começou a declinar no final do século, quando os juristas perceberam as limitações de uma interpretação literal e rígida das leis, especialmente em face de novas demandas sociais e econômicas. Movimentos como o pandectismo alemão, a jurisprudência dos interesses e o positivismo jurídico forneceram novas abordagens para o Direito, que buscavam conciliar o texto legal com as transformações sociais.

1.3 PANDECTISMO

A **Escola dos Pandectistas** surgiu na Alemanha no século XIX e era formada por juristas ao **estudo das normas positivas, conceitos e doutrinas**, contribuindo para a edificação da moderna dogmática jurídica, especialmente na área do Direito Civil.

A escola leva esse nome porque seus adeptos estudavam principalmente a segunda parte do *Corpus Juris Civilis de Justiniano*: as **pandectas (também conhecido como digesto)**, normas de direito civil com respostas de juriconsultos romanos. Os pandectistas promoveram a reconstituição histórica do Direito Romano, criando um sistema dogmático de normas com o uso de suas instituições como modelo.

Para eles, o Direito era visto como a **sistematização de conceitos e um corpo de regras uniformes**. A lei seria a fonte verdadeira e autêntica do Direito. Portanto, possuía cunho primordialmente normativista. Abaixo trago algumas distinções entre a Escola de Exegese e o Pandectismo:

Origem e Contexto Histórico:

- **Escola da Exegese:** Surgiu na França, principalmente após a Revolução Francesa, em um contexto de consolidação do Código Napoleônico (Código Civil de 1804). Esta escola buscava estabilizar e unificar o sistema jurídico francês após anos de turbulência legal e política.
- **Pandectismo:** Originou-se na Alemanha, focando na sistematização do Direito Romano e sua aplicação prática e teórica ao Direito moderno. Esta escola desenvolveu-se em resposta à fragmentação jurídica da Alemanha antes da unificação.

Foco e Metodologia:

- **Escola da Exegese:** Caracteriza-se pela interpretação rigorosa e literal das leis, especialmente do Código Civil. Os exegetas acreditavam que o código era completo e auto-suficiente, e que o papel dos juristas era meramente descobrir e aplicar suas regras claramente expressas, sem recorrer a princípios externos.
- **Pandectismo:** Enfatizava a importância da doutrina e da sistematização jurídica, utilizando uma metodologia científica para compreender e organizar o Direito. Os pandectistas viam o direito como um sistema lógico e coerente que poderia ser analisado e estruturado como uma ciência.

Influências e Contribuições:

- **Escola da Exegese:** Influenciou principalmente o direito nos países de tradição civilista que adotaram ou foram influenciados pelo Código Napoleônico, como a Itália, Espanha e partes da América Latina.



- **Pandectismo:** Tinha uma visão mais global do direito e influenciou não apenas a Alemanha, mas também outros sistemas jurídicos no mundo, principalmente através do Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão), que refletiu suas teorias sistemáticas.

1.4 JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS E JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES³

Inicialmente, cabe fazermos um alerta: o termo jurisprudência aqui não tem o sentido que conhecemos, como sendo o conjunto de decisões dadas pelos tribunais a determinadas questões. Corresponde, diversamente, a ciência que se ocupa da validade e do sentido das normas do Direito Positivo, produzindo enunciados sobre o Direito vigente. Portanto, refere-se a concepção de “jurisprudência” dos juristas e filósofos do direito alemães do século XIX, quando as Escolas da Jurisprudência dos Conceitos e da Jurisprudência dos Interesses estiveram sob o foco.

A visão trazida pela **Jurisprudência dos Conceitos** é de buscar **sistematizar o Direito enquanto ciência lógica, formulando os conceitos jurídicos**. A Escola da Exegese (França) e a Escola dos Pandectistas (Alemanha) são exemplos dessa orientação no estudo do Direito.

Puchta (1798-1846) foi um dos nomes da Jurisprudência dos Conceitos⁴, entendendo o Direito de forma unitária e sistemática, tratando-se de um **sistema lógico-dedutivo**, no estilo de uma “pirâmide de conceitos”. Para Puchta, cada conceito superior autoriza certas afirmações. Por conseguinte, se um conceito inferior se subsumir ao superior, valeriam para ele todas as afirmações que se fizerem sobre o conceito superior.

Assim, haveria uma **relação lógica entre as proposições jurídicas**, capazes de criar epistemologicamente conhecimento jurídico e, portanto, Direito novo. A missão da ciência seria de descobrir estas conexões conceituais e desenvolver o que o autor denominou de **“genealogia dos conceitos”**.

Segundo Puchta, com essa concepção se obtém um ponto de partida seguro para construir dedutivamente todo o sistema e inferir novas proposições jurídicas. Assim, adotou uma **construção conceptual abstrata**, colocando no lugar de todos os outros métodos o processo lógico-dedutivo da Jurisprudência dos Conceitos.

Jhering (1818-1892), em sua primeira fase intelectual, também adotou a ótica da Jurisprudência dos Conceitos, elevando as ideias de Puchta. Percebe-se esse viés quando afirma que a ciência sistemática do Direito seria a “química jurídica”, que empreende uma “sublimação de conceitos”. No entanto, em uma segunda fase de sua obra, passa a criticar a Jurisprudência dos Conceitos, passando a defender uma Jurisprudência pragmática de raiz sociológica.

Para Karl Larenz, a tentativa de realizar uma Jurisprudência dos Conceitos falhou por pretender excluir a dimensão da realidade do Direito, a qual inevitavelmente incide por ter o Direito o caráter de ciência social. Assim, a lógica não seria o único elemento constitutivo do Direito, o qual é integrado também pelos costumes, práticas sociais, atividade teórica.

³ Referência para esse tópico foi retirada do livro “Metodologia da Ciência do Direito” (Karl Lorenz) e de artigos publicados sobre o tema.

⁴ Não obstante tivesse sido um discípulo de Savigny e integrante da Escola Histórica do Direito, acabou por defender uma Jurisprudência dos Conceitos, abandonando em certo grau as concepções de Savigny de compreender o Direito a partir do espírito do povo, e dando maior relevância às proposições jurídicas formais que seu mentor.



Wiacker também critica a visão da Jurisprudência dos Conceitos, afirmando que esta torna inevitável o alheamento da ciência jurídica em relação às realidades sociais, políticas e morais do direito.

A **Escola da Jurisprudência dos Interesses** se contrapõe ao formalismo e o dogma da completude do Direito defendido pela Escola da Jurisprudência dos Conceitos. Compreende que a lei serve para resolver conflitos de interesses e, ao analisá-la, **deve-se procurar identificar que interesses o legislador teve em conta e que critérios estabelece para resolver os conflitos entre eles**. Dessa forma, define a necessidade de um Juiz/intérprete mais ativo, menos preso ao conceitualismo lógico-formal e mais atento a realidade.

Philip Heck (1858-1943), expoente deste método de análise do Direito, afirmava que a interpretação judicial estava atrelada ao próprio conceito de valoração da vida e seus interesses. Assim, deveria ser aferido o **substrato histórico e social que motivou o Legislador a produzir o ato legislativo**. Para Heck, a **atividade do juiz não é meramente cognitiva, mas também criadora**, através da valoração pelos interesses estabelecidos no ordenamento jurídico proposto.

Karl Larenz também critica esta escola em virtude da falta de determinação quanto ao delineamento dos critérios para o estabelecimento dos interesses que nortearão o aplicador da norma.

1.5 ESCOLA HISTÓRICA DO DIREITO

A escola histórica do direito surge na Alemanha entre o final do século XVIII e o início do século XIX e é considerada a precursora do Positivismo Jurídico, ao realizar uma **crítica forte ao jusnaturalismo e a ideia de direito natural**.

Esta escola está inserida no movimento historicista, surgido na mesma época, e que se ramificava em vários campos, à exemplo da filosofia, da política e do meio jurídico. Este movimento se apresentou como **reação ao racionalismo, ao raciocínio puro e abstrato, que utilizava apenas o método dedutivo**, desprezando a observação dos fatos.

Tem como representantes Gustavo Hugo, Puchta e **Savigny**, sendo este último considerado o maior expoente. Savigny se destacou ao contestar a pretensão do jurisconsulto alemão Thibaut de fomentar a codificação das normas. Savigny afirmava que o código matava o direito, e que o **direito escrito provocaria a fossilização do direito**, considerando que a vida era dinâmica e o direito estático.

A **Escola Histórica do Direito comparava o Direito à linguagem**, afirmando que o processo de formação de ambos é semelhante. A linguagem é criada pelo povo, que forma o vocabulário pelo qual se manifesta o pensamento, e apenas depois é que surge a classe dos gramáticos para conferir o apuro técnico e estético da linguagem. O mesmo se daria com o Direito, que era **criado espontaneamente pelo povo, como resultado de vivências sociais**, ao passo que os técnicos do Direito teriam missão análoga à dos gramáticos, ou seja, a de formalizar o Direito, e não de criá-lo. Este entendimento foi desenvolvido por Gustavo Hugo.

Outra concepção da Escola Histórica do Direito, esta defendida com maior ênfase por Savigny, é de que a **fonte ou origem do Direito está no espírito do povo (volksgeist)**. Assim, o Direito não seria fundamentado em ideias abstratas nem em conceitos de razão, consistindo na **expressão da consciência jurídica do povo**. Sendo criado espontaneamente pelo povo, a formação do Direito era lenta, gradual, imperceptível e inconsciente. Para



Savigny, os instrumentos de controle social (direito, moral, religião, arte, costumes, política) são objetivações do espírito coletivo.

Para **Puchta**, outro representante da Escola Histórica do Direito e discípulo de Savigny, o **costume seria a forma ideal de manifestação do Direito**, superior inclusive à lei. Isso porque o costume seria a expressão mais legítima da vontade do povo, e tinha a virtude de se amoldar mais à vida, atendendo prontamente às suas conformações.

Como crítica à Escola Histórica do Direito, autores como Del Vecchio entendem que tal escola teve o mérito de demonstrar a íntima relação entre Direito e condições particulares de cada povo, mas que teve o demérito de não se preocupar com os valores a serem realizados, identificando o dever ser com o real, com o que já existe.

1.6 POSITIVISMO JURÍDICO

A concepção jusnaturalista moderna racional surgiu no século XVII, principalmente a partir de Hugo Grócio, desenvolvendo-se no século XVIII com intensidade com John Locke. Representava um movimento decorrente da ascensão social burguesa e da estruturação do liberalismo, em confronto com o poder eclesiástico e religioso vigente na Idade Média. Nesse período, a classe burguesa se contrapôs ao poder instituído, o absolutismo, desenvolvendo a ideia de um direito natural racional (e laico) anterior a formação da estrutura estatal, de forma a confrontar discursiva e politicamente o Estado absolutista fincado em bases religiosas. Com base nisso enfraquecia-se no seio social a força política do Estado absolutista, criando as bases para a estruturação de um Estado liberal guiado por direitos naturais universais e imutáveis.

Ocorre que, a progressiva consolidação da visão liberal burguesa na sociedade permitiu que os então considerados “direitos naturais universais e imutáveis” fossem aos poucos sendo **positivados**, em movimentos de codificação, o que acabou conferindo as bases para o surgimento de um **novo paradigma: o Positivismo Jurídico**.

Nesse momento, o Estado absoluto já havia sido em boa parte superado no contexto político e social, e a estrutura estatal já havia sido alterada para adotar um paradigma liberal de limitação de seu poder pelas leis. Assim, em moldes semelhantes às ideias do jusnaturalismo, o Positivismo Jurídico também estabelecia papel de destaque à racionalidade, através de um sistema fechado, lógico, formado a partir da lógica liberal, sobretudo com o **movimento de codificação do direito**.

O tecnicismo se torna aqui uma característica central, e tudo o que ultrapassasse a teoria geral das técnicas do direito passou a ser abominado como não jurídico, passando a haver uma ojeriza em relação ao pensamento jurídico que dialogasse ou se relacionasse com a verdade social. Assim, o fenômeno jurídico, ao menos para os positivistas estritos, se limitaria apenas a **técnica jurídica**.

No entanto, a chegada a esse **ponto mais estrito do Positivismo** (cujo maior expoente é sem dúvidas Hans Kelsen) **não se deu de repente**, e uma fase inicial permitiu a transição do então paradigma jusnaturalista para o Positivismo Jurídico estrito. Essa fase inicial do Positivismo Jurídico é chamada de **juspositivismo eclético**, que buscou mesclar o campo da normatividade estatal a valorações sociais, à exemplo do que defendeu o movimento



do **culturalismo jurídico** (do qual se inclui a teoria tridimensional de Miguel Reale) e da **Escola Histórica do Direito** (cujo maior representante é Savigny)⁵.

Ademais, com as críticas e o inevitável desgaste do **juspositivismo estrito** em meados do século XX, quando sua pureza conceitual e técnica era vista como restritiva demais, uma terceira fase do Positivismo Jurídico procurou atenuar essa rigidez, reaproximando o Direito da Moral e dos valores éticos. A essa terceira fase se deu o nome de **juspositivismo ético**, representando uma espécie nova de ecletismo juspositivista, mas agora a partir de uma visão ética liberal, avançando para além da mera normatividade em favor do uso ético do direito positivo. São exemplos dessa corrente os pensadores Ronald Dworkin, John Rawls, Robert Alexy e Jurgen Habermas.

Passemos a tratar do **juspositivismo estrito de Hans Kelsen**, intensamente trabalhado em sua obra “Teoria Pura do Direito”. Ressaltamos, ainda, que o culturalismo jurídico, exemplo de juspositivismo eclético, será abordado mais a frente, e que a Escola Histórica do Direito já foi abordada acima. Por sua vez, o juspositivismo ético será tratado mais a frente a partir da visão de Ronald Dworkin.



Hans Kelsen e a teoria pura do direito

Hans Kelsen e sua obra “Teoria Pura do Direito” representam o Positivismo Jurídico estrito, vertente que defende uma **compreensão puramente normativa do Direito**.

Para Kelsen, a restrição do Direito ao campo técnico e lógico não quer dizer que não haja espaço para considerações no campo axiológico, mas apenas que a ciência do Direito não se ocupa dessas discussões, havendo um **encerramento de caráter científico do Direito aos limites normativos**, enquanto os aspectos de valor e de realidade seriam objeto de outras ciências.

A “Teoria Pura do Direito” kelseniana, obra publicada em 1934, busca construir um **conhecimento jurídico no dever ser**, em uma derivação técnico-lógica das normas jurídicas sem o seu cotejamento com o ser, a realidade e os valores sociais.

⁵ Cumpre observar que a Escola Histórica do Direito não teve a pretensão definida de consolidar uma visão liberal, mas procurou fazer uma acomodação do conflito entre a positivação do direito natural universal da burguesia com os reclames reacionários da nobreza e das classes privilegiadas do Antigo Regime absolutista, trazendo o direito como expressão do “espírito do povo” (volkgeist). De qualquer modo, acabou por fomentar o Positivismo Jurídico em uma visão eclética ao passar a conferir maior foco ao direito positivado, analisando-o sob o ponto de vista histórico e sociológico, e representando uma crítica e desconstrução da visão de direito natural universal e imutável prévio ao próprio Estado.



Um aspecto fundamental da Teoria Pura do Direito é de que esta se dirige especificamente a ciência pura e normativa do Direito. O direito como fenômeno bruto (a prolação de uma decisão específica, a edição de uma determinada lei, a realização de um ato administrativo específico, a realização concreta de um negócio jurídico) é distinto do direito enquanto ciência. A ciência do direito, ou seja, o entendimento científico que se obtém do direito bruto, restringe-se ao **conhecimento lógico-normativo**, apreendendo apenas em segundo grau o campo da realidade fática para traduzir os aspectos normativos relacionados.

Nesse contexto, vale novamente destacar: Kelsen não defende que o direito enquanto constituição e prática seja puro, reconhecendo que não o é, já que permeado por questões sociais, políticas e axiológicas. No entanto, a ciência do direito, referente a análise deste direito bruto, que deve ser entendida como pura. Portanto sua pretensão de pureza não é tão ampla como se costuma imaginar, e apenas defende que a ciência jurídica seja um campo exclusivamente lógico-normativo.

Outro ponto importante de sua teoria refere-se ao **método analítico**, que fragmenta a totalidade do fenômeno social que envolve o direito e escolhe especificamente a sua face lógico-normativa, traduzindo uma profunda objetividade, e ao mesmo tempo um profundo desgarramento das manifestações da totalidade social.

A construção teórica kelseniana caracteriza-se como uma filosofia neokantiana formal, objetiva, analítica, encerrada na compreensão lógico-normativa do Direito, daí se extraíndo a sua pureza científica. Corresponde a **formação de uma Teoria Geral do Direito**, que se separa da filosofia do direito enquanto especulação teórica ampla, larga e profunda.

Kelsen postula a compreensão de duas esferas de abordagem das normas jurídicas: a estática e a dinâmica.

A **abordagem estática das normas** seria representada pelo conhecimento objetivo das normas jurídicas em si mesmas, extraíndo-se consequências das normas apenas pelas inferências lógicas internas a elas mesmas. Nesse âmbito, Kelsen afirma que as normas jurídicas se assemelham às demais normas sociais, com a diferença de que as normas jurídicas têm um substrato estatal. De outro lado, se diferenciam na essência das normas da natureza, pois estas são regidas por relações de causalidade (através de uma relação necessária de causa e efeito), enquanto naquelas (as normas jurídicas), o vínculo entre uma hipótese e sua consequência não é de causalidade, tratando-se de uma **relação de imputação**.

Explica-se: no mundo jurídico, como decorrência de um fato, uma sanção surge como um **dever imputado**, sendo constituídas pelo primado do dever-ser. Enquanto a relação de imputação se constitui pelo **primado do dever-ser**, a relação de causalidade de constitui pelo primado do ser.

A **abordagem dinâmica das normas jurídicas**, por sua vez, relaciona-se com a tomada das normas em conjunto, dentro de um ordenamento jurídico, explicando a criação e perecimento das normas, ou seja, o **fenômeno da produção e extinção de normas**. O direito como fenômeno dinâmico se apresenta por meio de atos normativos que autorizam a concreção de outros atos normativos, em uma cadeia dinâmica.

No âmbito da abordagem dinâmica, a ciência do direito é pensada a partir de uma construção escalonada do ordenamento jurídico, estabelecendo-se uma **hierarquia entre as normas**, na qual as **normas superiores conferem validade às normas inferiores**. Desse modo, as normas não se encontrariam de forma esparsa e sem



logicidade, mas, pelo contrário, seriam estruturadas a partir de uma hierarquia, acarretando a coerência do sistema. Trata-se, como vocês já podem intuir, da famosa teoria kelseniana da **pirâmide normativa**.

Na base dessa hierarquia se encontram as normas individualizadas, à exemplo das sentenças ou portarias. Em escalões mais altos estariam normas de níveis hierárquicos mais determinantes, como as leis. No último escalão figurariam as normas constitucionais.

A estrutura do ordenamento jurídico se concretizaria por meio da validade das normas⁶. A norma só seria válida porque normas hierarquicamente superiores lhe dão essa qualidade.

A questão entra em um paradoxo quando se pergunta: quem dá validade às normas mais altas na hierarquia do ordenamento jurídico, as normas constitucionais? Kelsen, mesmo diante dessa pergunta tendente a fazer ruir toda a ciência pura por ele idealizada, não arreda o pé da visão da ciência do direito como ciência lógico-normativa pura, postulando a utilização de uma ferramenta teórica peculiar e quase mágica: a formulação de uma **“norma fundamental”**, também conhecida como **“norma hipotética fundamental”**.

Para Kelsen, a **“norma fundamental”** seria uma **norma pressuposta no plano lógico jurídico, e fundamento último de validade de todo o ordenamento jurídico**. Basicamente a **“norma fundamental”** diria ao jurista que determinado ordenamento é válido. Eu sei... parece uma formulação forçada, e na minha visão é forçado mesmo... rsrs Inclusive esse é um dos pontos mais criticados da obra de Kelsen, que para salvar a pureza científica de sua teoria, lança mão desse conceito de **“norma fundamental”** como pressuposto lógico-jurídico ou científico.

A misticidade desse conceito é tanta que se nas fases iniciais do pensamento de Kelsen ele definia a norma hipotética fundamental como pressuposto científico, para que o cientista do direito passasse a aferir analiticamente todo o ordenamento, depois, em fases posteriores de seu percurso intelectual, muda de ideia e caracteriza a norma fundamental como uma ficção. Enfim, não nos aprofundaremos nas discussões do que essa mudança de posição significa, mas basicamente penso que Kelsen desiste de tentar conferir um fechamento lógico-formal puro para a norma fundamental, reconhecendo os limites de sua ciência pura do direito. Nesse sentido, denota que inevitavelmente seria necessário pensar em um elemento fictício, em um ato meramente pensado, para ser possível passar a estabelecer em uma teoria que sem essa ficção não se estruturaria.

“A norma fundamental de uma ordem jurídica positiva (...) não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado. Como tal, ela é uma pura ficção (...). Segundo Vaihinger, uma ficção é um recurso do pensamento, do qual se serve se não se pode alcançar o fim do pensamento com o material existente (...). a norma fundamental, no sentido da vahingeriana filosofia, não é hipótese - como eu mesmo, acidentalmente a qualifiquei - e sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada pela consciência ou, então, deve ser acompanhada, porque a ela não corresponde a realidade”.

Acreditamos que a teoria científica pura do direito, de caráter eminentemente lógico-normativo, seja a temática kelseniana mais relevante para os fins da prova, já que o ponto 1.6.1 traz **“Hans Kelsen e a teoria pura do direito”**. Não obstante, vale conhecer rapidamente as ideias de Kelsen sobre a hermenêutica jurídica, para evitar qualquer surpresa.

⁶ Validade normativa é a qualidade da norma que revela sua adequação formal e material ao ordenamento.



Quando Kelsen trata da hermenêutica das normas jurídicas em outras obras, ao contrário do objetivismo extremo com que trata sua teoria pura do direito, o autor traz uma abordagem relativista, apontando para uma relativa indeterminação da interpretação do direito. Isso porque entende que a interpretação jurídica seria empreendida através do preenchimento de uma possibilidade dentro de uma moldura oferecida pelas normas. Dessa forma, Kelsen renuncia o extremo logicismo ao tratar de sua teoria hermenêutica.

Nessa temática, Kelsen não se pergunta sobre a correção ou verdade da interpretação, dando maior importância ao vínculo hierárquico do intérprete competente. Assim, uma interpretação autêntica seria meramente aquela que se encontra dentro da moldura oferecida pelas normas e que é produzida pela autoridade competente. Qualquer outra interpretação da norma que não fosse a da autoridade competente seria uma interpretação não autêntica, caracterizada como apenas doutrinária, por mais conveniente e razoável que seja, não tendo o condão de vincular os casos a que se refira.

Assim, embora a moldura hermenêutica seja tida por Kelsen como uma decorrência formal das normas, o seu preenchimento, a concreção da interpretação normativa, seria um ato não formal, não lógico, essencialmente político, bastando que estivesse dentro das possibilidades da moldura normativa e que fosse realizada por uma autoridade competente.

Vale também saber a crítica que se faz a teoria kelseniana, que se dirige basicamente ao esvaziamento da realidade e ausência de contextualização com as contradições sociais que o direito se vê envolvido, como é estudado de forma plena pelas teorias críticas do direito, que veremos mais a frente.

1.7 DECISIONISMO JURÍDICO DE CARL SCHMITT



As ideias mais originais e características de Carl Schmitt (1888-1985) foram expostas logo no início de suas construções jusfilosóficas, com as obras *A ditadura* (1921) e *Teologia Política* (1922), ocasiões em que formula os conceitos de decisionismo jurídico e de exceção. O edital aponta justamente para essas concepções teóricas, exigindo conhecimentos sobre o decisionismo jurídico do autor alemão.

Inicialmente, vale contextualizar que Carl Schmitt, logo após a queda da República de Weimar, associou-se ao nazismo, e suas teorias, apesar de não serem a causa do totalitarismo nazista, foram utilizadas para legitimar este regime⁷, conforme afirmou Olivier Breaud, eminente jurista francês.

⁷ Como curiosidade, vale destacar que apesar do amparo teórico para a prática totalitária nazista pela suspensão da ordem jurídica, através do art. 48 da Constituição de Weimar, em certo momento Schmitt foi alijado do centro político-jurídico do regime. Ao final da guerra foi preso e levado ao Tribunal de Nuremberg, escapando da acusação de crime de guerra.



Carl Schmitt não se vincula ao paradigma do juspositivismo estrito. Ao contrário, postula o fenômeno jurídico de modo intimamente ligado às manifestações de poder do soberano. O direito, na sua visão, não seria compreendido como se fosse uma decorrência lógica de competências previamente estabelecidas, ou como uma cadeia de produção de normas jurídicas através de uma lógica piramidal (como formulou Hans Kelsen).

Apesar de reconhecer que a cadeia lógico-formal de normas e de competências formalmente conferidas exista, Schmitt entende que o **fenômeno jurídico se revela muito mais na decisão sobre o estado de exceção, ou seja, na decisão que determina a suspensão da ordem jurídica, pois nessa circunstância desnuda-se e revela-se o poder** e, portanto, o **real eixo de gravidade que sustenta as próprias normas**.

Essa ideia é nitidamente traduzida em um trecho inicial de sua obra *Teologia Política*: **“soberano é quem decide sobre o estado de exceção”**. Nesse diapasão, Schmitt denota que o cumpridor da regra não revela a verdade do direito, demonstrando apenas seu caráter burocrático. O fenômeno jurídico é mais fortemente caracterizado pela decisão do soberano sobre o estado de exceção. Vale conferir a seguinte passagem de Schmitt, em sua obra “Teologia Política”:

A exceção é mais interessante que o caso normal. O que é normal nada prova, a exceção comprova tudo; ela não somente confirma a regra, mas esta vive da exceção. Na exceção, a força da vida real transpõe a crosta mecânica fixada na repetição. (...) Ela esclarece tudo de forma muito mais clara que o geral em si. Com o tempo, fica-se farto do eterno discurso sobre o geral: há exceções. Não se podendo explicá-las, também não se pode explicar o geral. Comumente, não se nota a dificuldade por não se pensar no geral com paixão, porém com uma superficialidade cômoda. A exceção, ao contrário, pensa o geral com paixão enérgica.

A importância central dada a decisão do soberano como elemento definidor do sistema jurídico coloca o **soberano como o guardião da constituição**. A decisão do soberano, na ótica do decisionismo jurídico, orientaria e caracterizaria não apenas o Estado e a vida social, mas o próprio direito. Esta é uma **concepção diametralmente oposta ao juspositivismo estrito**, sobretudo nas ideias de Hans Kelsen expostas em sua Teoria Pura do Direito, para quem o guardião da constituição (e conseqüentemente do sistema jurídico) deveria ser um tribunal constitucional alheio ao poder executivo e ao governante, de forma que servisse de instância necessária de equilíbrio entre o jurídico e o político nas democracias.

O termo “decisionismo jurídico”, utilizado para caracterizar a doutrina schmittiana, remete justamente a essa “decisão” do soberano como fenômeno mais característico do direito, pois revelador do real eixo de gravidade que sustenta as normas jurídicas.

1.10 CULTURALISMO JURÍDICO



Teoria tridimensional de Miguel Reale

Tratar do tema no Brasil é mergulhar nos estudos da faculdade de Direito do Recife e em **Tobias Barreto**. Repudiando o entendimento da corrente racionalista, este compreendia e afirmava o **Direito como um produto cultural**. Em sua crítica ao Direito Natural, sustentava que a universalidade “é simplesmente uma frase” e que “o Direito não é filho do céu, é simplesmente fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade”.

Nesse sentido, segundo Gonzalez *at alli* tem-se que “a primeira característica do culturalismo jurídico de Tobias, é compreender o Direito como um fenômeno social, fruto da própria sociedade e criação humana que se desenvolve historicamente com a sociedade e a civilização humana. Não há, portanto, em Tobias, espaço para um Direito Natural. (...) Por sua vez, a norma jurídica é compreendida por Tobias, em seu culturalismo jurídico, não como fruto da vontade ideal do legislador ou decorrente apenas de uma força política e tampouco advém de uma ordem cósmica ou divina, mas tem sua gênese no processo cultural produzido por toda sociedade. À norma jurídica antecedem os hábitos e costumes sociais, intermediados pelas relações humanas, num processo civilizatório e histórico.”

Miguel Reale, por sua vez, também compreendia o **Direito enquanto produto cultural**, embora em tons diversos de Tobias Barreto. Para Reale, o direito é posto na sociedade enquanto norma, mas o **fenômeno jurídico vai além para compreender o fato social e o valor**. Segundo Reale, o fenômeno jurídico tem por base um fato ao qual é atribuído um valor. Não obstante, **tais elementos não são estanques**, consistindo uma relação de coexistência dentro de uma realidade concreta, em uma relação de implicações recíprocas. Sua teoria é chamada de **Teoria Tridimensional Específica**, pois já havia quem tratasse do tema. Todavia, Radbruch e outros entendiam o fenômeno sob a já citada ótica estanque, além de não visualizar o fenômeno na realidade.

Ademais, na teoria de Reale, os valores não são compreendidos de modo eterno ou de modo divino. Os valores são construídos e modificados pela sociedade de acordo com as condições de tempo. Sobre o tema, Mascaro leciona que a Tridimensionalidade de Reale “desemboca numa particular visão a respeito da origem das normas jurídicas, o que Reale denomina por **normogênese jurídica**”. Logo, as normas não são pensadas como resultado da vontade do legislador já que envolvem um processo fenomênico, histórico e social. A normogênese se faz a partir dessas relações.

Logo, podemos concluir que o Direito, para Reale, é fenômeno cultural e a Tridimensionalidade seria sua expressão maior.



TEORIA EGOLÓGICA DO DIREITO DE CARLOS CÓSSIO

A **Teoria Egológica do Direito**, desenvolvida pelo jurista e filósofo argentino **Carlos Cossio**, é uma abordagem inovadora dentro da filosofia do direito, que propõe uma compreensão ontológica da norma jurídica a partir de uma visão fenomenológica e existencialista, influenciada por autores como Edmund Husserl e Martin Heidegger.

Essa teoria é chamada de "egológica" porque coloca o "eu" (ou ego) e a ação humana no centro da concepção jurídica. A partir desse ponto de vista, o Direito não pode ser entendido apenas como um conjunto de normas abstratas e estáticas, mas como um fenômeno dinâmico que emerge da conduta humana em um contexto social. Vamos aprofundar os principais aspectos dessa teoria:

1. O Ser e o Dever-ser na Teoria Egológica

Uma das inovações de Cossio é sua crítica à tradicional separação entre o "ser" e o "dever-ser" no campo jurídico, conceito geralmente associado ao positivismo jurídico de Hans Kelsen. Para Cossio, essa divisão é insatisfatória, pois ignora a relação indissociável entre a norma jurídica e a conduta humana. Segundo ele, o Direito não deve ser visto apenas como um sistema de normas (dever-ser), mas como uma realidade concreta e vivida que se manifesta por meio das ações dos indivíduos (ser).

Nesse sentido, a norma jurídica existe como algo que regula a conduta humana concreta. O direito, para Cossio, é uma ciência que estuda a conduta humana em relação a outras condutas dentro de um contexto social, tendo em vista as normas estabelecidas.

2. O Direito como Ciência da Conduta

A Teoria Egológica propõe que o Direito é uma **ciência da conduta humana**, ou seja, o objeto de estudo do Direito não são as normas isoladas em si mesmas, mas as ações humanas vistas através dessas normas. Isso significa que o Direito é uma ciência prática e social, centrada na conduta humana em relação a uma ordem normativa.

Para Cossio, a conduta humana é o núcleo do fenômeno jurídico. A norma jurídica tem por objetivo regular o comportamento humano em sociedade, mas ela só adquire significado ao ser interpretada e aplicada a uma conduta específica. Dessa forma, o Direito só pode ser compreendido a partir do comportamento dos indivíduos, e não apenas por meio de uma análise abstrata das normas legais.

3. A Fenomenologia Jurídica

Cossio aplica a fenomenologia (particularmente a de Husserl) à sua teoria do Direito. Na fenomenologia, a realidade é compreendida a partir da experiência subjetiva dos indivíduos. De maneira semelhante, a Teoria Egológica do Direito defende que a norma jurídica só adquire sentido quando é aplicada à vida concreta, à conduta dos sujeitos.



A fenomenologia busca compreender os fenômenos tal como se apresentam na experiência humana. Cóssio transporta essa ideia para o campo jurídico, argumentando que o Direito não pode ser compreendido fora da experiência concreta dos sujeitos que o vivenciam e aplicam as normas.

4. O Sujeito e a Conduta

O "eu" (ego) ou sujeito é o ponto de partida para a compreensão do fenômeno jurídico, segundo Cóssio. A conduta humana é um processo que envolve o sujeito como agente que age dentro de um contexto normativo. O Direito, assim, é um conjunto de normas que regulam a interação entre os indivíduos, mas essas normas só adquirem significado a partir da conduta daqueles que as vivenciam.

Para Cóssio, a conduta humana é sempre intencional, ou seja, é dirigida a um fim, e a norma jurídica orienta essa conduta em uma determinada direção. O Direito, então, é o estudo da conduta do "eu" em sociedade, na medida em que essa conduta se relaciona com outras condutas humanas.

5. A Norma Jurídica na Teoria Ecológica

A norma jurídica, na visão ecológica, não é um fim em si mesma, como no positivismo jurídico. Em vez disso, ela é um instrumento para a regulação da conduta. A norma não tem existência independente da realidade humana: ela é sempre vinculada a uma situação concreta e à ação de sujeitos reais.

Essa visão se opõe à ideia de que o Direito seja um sistema fechado e abstrato de normas (como na Teoria Pura do Direito de Kelsen). Para Cóssio, o Direito é uma ciência aberta, em constante interação com a realidade social e com a vida dos indivíduos.

6. Direito e Moral

Embora a Teoria Ecológica não negue a distinção entre Direito e moral, ela reconhece que ambos estão interligados, especialmente no campo da conduta humana. O Direito regula a conduta externa dos indivíduos em sociedade, mas essa conduta tem uma dimensão subjetiva, relacionada às intenções e aos valores morais dos indivíduos. Assim, o Direito e a moral se encontram na ação humana, ainda que tenham esferas distintas.

7. Críticas à Teoria Ecológica

Algumas críticas à Teoria Ecológica do Direito surgem a partir de sua ênfase na subjetividade e na experiência individual, o que, para alguns, pode prejudicar a objetividade necessária ao Direito. A aplicação de uma visão fenomenológica no campo jurídico também pode ser vista como algo que torna difícil a definição clara de conceitos e limites normativos, o que comprometeria a segurança jurídica. No entanto, essa teoria oferece uma abordagem mais dinâmica e contextual do Direito, considerando a complexidade das interações humanas e da aplicação das normas jurídicas.



1.11 TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO⁸

As ciências naturais e exatas buscam a construção de consensos por meio da demonstração objetiva de fatos concretos.

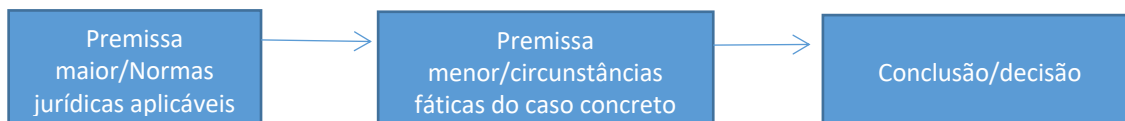
O **Direito**, por outro lado, não dispõe de fatos concretos objetivamente demonstráveis, mas sim, de **juízos e opiniões divergentes**, portanto a **construção de consensos depende da argumentação**, destinada à persuasão e ao convencimento ou à fundamentação de decisões por meio da lógica jurídica, a qual conjuga a lógica formal (relação abstrata das normas dentro do ordenamento jurídico) com elementos externos (fáticos, axiológicos, históricos, etc ...).

Desta feita, a **teoria da argumentação trata da JUSTIFICAÇÃO RACIONAL DO DISCURSO JURÍDICO**.

Não há uma teoria unificada da argumentação, mas sim, várias vertentes que se concentram em aspectos específicos do discurso racional:

A) **Silogismo**: essa vertente dá ênfase à consistência lógica do discurso jurídico, assim as soluções para os casos concretos deverão ser harmônicas entre si e com o conjunto do ordenamento jurídico.

Com o intuito de alcançar a supracitada coerência, o jurista utiliza um raciocínio lógico-dedutivo, chamado de silogismo, composto de três conceitos concatenados:



Por óbvio, a definição das normas jurídicas aplicáveis, a definição das circunstâncias fáticas e a subsunção dos fatos ao Direito também exigem um esforço hermenêutico muito mais complexo, porém isto não afasta a estrutura lógica dos conceitos de premissa maior, premissa menor e conclusão no processo de argumentação/decisão.

B) **Tópica na Antiguidade**: essa vertente dá ênfase à eleição da premissa maior que será aplicada ao caso concreto. Assim, para a tópica de Aristóteles e a tópica de Cícero a premissa maior deverá ser extraída de um *topoi/loci* (lugar em grego e em latim) comum. Em outras palavras, o argumento deverá procurar seu fundamento inicial em uma premissa extraída das opiniões geralmente aceitas pela totalidade das pessoas, pela maioria, ou então por interlocutores qualificados.

Por exemplo, podemos utilizar um lugar comum amplamente aceito como “ninguém deve lesionar a ninguém” para argumentar que aquele que viola este dever será obrigado a indenizar o lesionado.

Cumprе ressaltar que esta tópica da antiguidade foi desenvolvida para qualquer espécie de argumentação, não apenas a jurídica.

⁸ Tirado em grande parte de Paulo Nader (Filosofia do Direito. 27 ed. Rio de Janeiro. Forense 2020. Capítulo 21.



1.11.1 A tópic de Theodor Viehweg

Theodor Viehweg é o primeiro expoente da nova retórica, a qual é conceituada como o estudo das técnicas discursivas que orientam o expositor em seu propósito de alcançar a adesão do auditório às suas teses.

Viehweg **critica o silogismo puramente lógico-hipotético** e propõe uma vertente da **teoria da argumentação que parte dos lugares comuns (topoi)**, concebidos na linguagem jurídica como princípios gerais de Direito, para a resolução de casos concretos que não se amoldam perfeitamente à norma positivada.

Cumprе ressaltar que Viehweg não rechaça completamente o direito positivo ou o silogismo jurídico, mas entende que a **lógica puramente formal deverá ser complementada por elementos zetéticos** (questionamentos externos ao estudo dogmático-analítico do Direito Positivo) que irão permitir a resolução de casos difíceis na prática judiciária.



1.11.2 A retórica de Chaïm Perelman

A retórica de Perelman **rechaça o pensamento puramente lógico-dedutivo** para solução dos problemas jurídicos, afirmando que, por se tratar de um objeto de natureza complexa, **o Direito demanda o uso da técnica da argumentação racional**.

A teoria da argumentação, segundo Perelman, consiste no estudo das técnicas discursivas, capazes de induzirem, ou reforçarem a adesão dos destinatário às teses que lhe são submetidas. Os argumentos podem ser mais fortes ou mais fracos e mais relevantes ou menos relevantes para distintos auditórios (tribunais, sociedade, universidade, etc...). Assim, o expositor deverá ajustar seus argumentos ao auditório que ele pretende convencer. A instância final de argumentação seria o auditório universal da razão filosófica, o qual é aberto a qualquer argumento razoável, portanto está em constante transformação.⁹

A teoria de Perelman foi importante por ampliar o escopo da **retórica**, a qual passou a abranger todas as modalidades discursivas destinadas à obtenção da concordância do auditório, bem como, por agrupar os topoi (lugares comuns ou princípios gerais) em **cinco tipos básicos de justiça**, quais sejam:

- A) “os casos semelhantes devem ser tratados semelhantemente” (associado com a igualdade);
- B) “a cada um segundo suas obras” (associado com o mérito);
- C) “a cada um segundo suas necessidades” (associado com a justiça social);
- D) “a cada um segundo sua posição” (associado com a hierarquia social);
- E) “a cada um segundo o que a lei lhe atribui” (associado com o direito positivo).

⁹ LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo. Companhia das Letras. 1988. página 63.



1.12 REALISMO JURÍDICO NORTE AMERICANO E ESCANDINAVO¹⁰

O **realismo jurídico nos EUA** e nos países escandinavos é caracterizado pela **adoção do método empírico**, em detrimento aos comandos de caráter ideológico ou normativo. O realismo pode ser associado à **fenomenologia jurídica**, pois dá enfoque central à aplicação concreta do direito e seus efeitos sociais.¹¹

Assim, segundo esta corrente de pensamento, a essência do Direito não seria um conjunto de normas jurídicas abstratas (ordenamento jurídico), mas sim, um conjunto de normas concretas aplicadas pelos **tribunais**, uma vez que somente estas afetam a realidade de maneira perceptível aos sentidos. Por corolário lógico, a prática judicial ganha primazia sobre a teoria.

Segundo os autores mais radicais do realismo jurídico norte americano, o conceito de Direito se confundiria com o conceito de decisões judiciais. Outrossim, o **juiz deveria considerar prioritariamente as necessidades sociais e culturais atuais e os impactos de sua decisão na sociedade sob todos os aspectos (econômico, político, etc..)**, sendo que o ordenamento jurídico serviria apenas como fundamento *a posteriori* da decisão, cuja finalidade seria afastar o efeito psicológico de insegurança jurídica gerado pela discricionariedade judicial.

Por sua vez, a **escola escandinava do realismo jurídico** focou na relação empiricamente perceptível entre as decisões judiciais e o ordenamento jurídico.

Segundo **Karl Olivecrona**, o fenômeno jurídico seria um fato social composto pelo conjunto de normas que disciplinam o exercício da força. Nas sociedades em que o Estado detém o monopólio da força, esta função seria concretamente exercida pelos tribunais, os quais utilizam como fundamento e como instrumento o Direito vigente (tido como obrigatório).

No mesmo sentido, **Alf Ross** aponta que o Direito vigente pode ser conceituado como o conjunto de normas dotadas de efetividade, uma vez que são obedecidas e julgadas obrigatórias. Outrossim, são os tribunais que interpretam as normas e determinam a ação social correspondente. Consequentemente, os verdadeiros destinatários do Direito seriam os tribunais, pois são quem aplicam as normas na solução dos casos concretos, garantindo a sua efetividade e, portanto, a sua vigência.

Para Alf Ross a função da interpretação jurídica seria procurar prever as decisões judiciais, utilizando tanto os precedentes judiciais quanto as tendências judiciais.



1.13 O PÓS-POSITIVISMO DE RONALD DWORKIN.¹²

Ronald Dworkin é adepto do **liberalismo individualista igualitário**, ou seja, para o jusfilósofo americano os direitos individuais, corolários do respeito e da consideração devidos igualmente a todos os indivíduos, são essenciais ao Direito. Por isso, Dworkin **critica o pragmatismo utilitarista**, pois permite ao juízes sacrificarem os direitos individuais em prol de um fim coletivo eleito segundo a visão de mundo de cada magistrado. Igualmente, Dworkin **critica o positivismo jurídico**, pois este concebe o Direito apenas como um conjunto de regras,

¹⁰ NADER PAULO. Op cit. Capítulo 16.

¹¹ LAFER, Celso. Op cit. Páginas 55 a 61.

¹² NADER PAULO. Op cit. Capítulo 16.



desconsiderando as diretrizes e os princípios. As diretrizes seriam as metas sociais almejadas em determinado momento por determinada coletividade. Por sua vez, os princípios serviriam de substrato axiológico para as normas, orientando tanto os legisladores quanto os juízes.

Segundo o positivismo de Hart, na ausência de uma norma jurídica válida aplicável ao caso concreto, o juiz possuiria discricionariedade para integrar o ordenamento jurídico por meio de uma norma concebida por ele *a posteriori*.

Isso é inaceitável para Dworkin, pois viola a separação dos poderes (uma vez que o Judiciário seria fonte de normas) e a segurança jurídica (tendo em vista que a norma seria criada *a posteriori*). Assim, Dworkin propõe que, nas hipóteses em que não há no ordenamento jurídico uma regra aplicável ao caso concreto (*hard cases*), o juiz deverá **utilizar os princípios para encontrar a resposta correta**.

Desta feita, segundo o jusfilósofo, no Direito todos os casos concretos possuem apenas uma resposta correta previamente existente, mesmo que esta não esteja expressa na legislação, mas sim, implícita nos princípios.

No caso de conflito entre a literalidade do texto normativo e o princípio, este último prevalece, pois os princípios servem de substrato axiológico para o legislador que escreveu o texto e o juiz que o interpreta.

Ao contrário dos jusnaturalistas, Dworkin **não acredita que exista uma hierarquia entre os princípios ou que eles sejam imutáveis**, pois o jurista deverá sopesá-los em cada caso concreto, portanto é possível que os mesmos princípios conduzam a conclusões diferentes em casos diversos.

1.14 TEORIAS CRÍTICAS DO DIREITO

A crise dos modelos normativos tecno-formais de tradição iluminista criou condições para questionamentos e tentativas de transpor o reducionismo normativista e o formalismo dogmático. Há clara crise de produção e aplicação da Justiça e da legitimidade do Direito dominante, gerando um amplo movimento entre os anos de 1970 e 1990.

ORIENTAÇÃO CRÍTICA NOS ESTADOS UNIDOS

Marcado por um ecletismo que vai desde o realismo jurídico ao marxismo frankfurtiano (a mais forte influência), o estruturalismo francês e análise interdisciplinar, “trata-se de um movimento que mediante investigação histórica, filosófica e sociológica, tenta desmitificar a teoria jurídica liberal norte-americana, revelando até que ponto se efetiva seu grau de envolvimento com as relações de poder e com as ideologias dominantes, senão ainda apontando a falácia da neutralidade e a cumplicidade de classe dos juízes na prática judicial” (Pág. 62).

Seu surgimento remonta a Universidade de Wisconsin em 1977, derivando do forte influxo dos movimentos civis dos anos 1960, os movimentos feministas e a Guerra do Vietnã. Sua perspectiva histórica-ideológica transpõe a herança do realismo jurídico liberal, chegando na crítica social da doutrina e da prática jurídica positivista. Marx foi o mais forte influenciador, embora depois tenha sido repudiado em suas correntes positivas e deterministas, concentrando-se sobre o estudo de uma superestrutura relativamente autônoma: direito como ideologia, legitimação e força hegemônica.



“Considerando-se tais pressupostos, verifica-se que a *critical legal studies* tem por finalidade, de um lado, denunciar as tensões e as contradições entre ‘os ideais normativos e a estrutura social’ e, de outro, questionar interdisciplinarmente ‘as formas abaixo das quais o Direito exerce seu papel institucional nos processos de integração e estabilização dos fenômenos de poder na sociedade’”. (Pág. 64). Deste modo, parte-se de um pressuposto por meio do qual a neutralidade e objetividade do discurso jurídico é um meio de reprodução de interesses, sendo, portanto, a crítica uma forma de superar este estado de coisas e caminhar para uma prática voltada à emancipação social e não meramente à produção de um novo saber.

CORRENTES CRÍTICAS NA EUROPA

Associação Crítica do Direito: França

Trata-se do movimento de investigação crítica com forte influência na América Latina e na Europa, “que propõe uma teoria jurídica oposta ao individualismo formalista e ao positivismo normativista, aproximando-se da ciência política e priorizando o materialismo histórico como referencial metodológico”. (Pág. 67)

Suas posições epistemológicas são divididas em dois períodos. No primeiro momento, busca-se a construção de uma Teoria Geral do Direito, apoiando-se no materialismo histórico-dialético. Aqui conclui-se pela produção do Estado e do Direito originam-se nas contradições sociais, de modo que a aplicação neutra do Direito é reproduzir a dominação existente, sem evidenciar os reais fundamentos e as verdadeiras funções do Estado e do Direito.

Na sequência, tenta-se sistematizar uma pesquisa concreta sobre os meios de organização e regulamentação da prática jurídica (a tecnologia dos modos de ação normativa) dentro de uma sociedade burguesa. Privilegiam as análises sobre “as relações que os sujeitos mantêm com as normas e as instituições” (Pág. 70). Na prática, abandonou-se o projeto de construção de uma teoria geral.

Uso Alternativo do Direito: Itália e Espanha

Trata-se de movimento teórico-prático nascido na Itália no final dos anos 60 e começo dos anos 70. “O objetivo dessa importante tendência político-jurídica foi propor, diante da dominação e da conservação do Direito burguês capitalista, a utilização do ordenamento jurídico vigente e de suas instituições na direção de uma prática judicial emancipadora, voltada aos setores sociais ou às classes menos favorecidas”. (Pág. 72)

Não se buscava romper com a legalidade estabelecida, mas uma tentativa de aplicação da diferente da dogmática dominante, explorando as contradições do sistema em uma direção emancipadora, com claro referencial neomarxista.

O pensamento dessa Escola considerava a relevância de dois aspectos: a) a estreita relação entre a função política do Direito enquanto instrumento de dominação e as determinações socioeconômicas do modo de produção capitalista; b) o Poder Judiciário, que assegura o *status quo* estabelecido, agindo não só como aparelho ideológico do Estado, mas também como instrumento de repressão e controle institucionalizado.

Ferrajoli, um dos expoentes dessa escola, apontava que um dos mitos da tradição liberal-individualista é justamente um entendimento acerca da neutralidade do Judiciário, Poder este que efetivamente se traduz em um



órgão de natureza política que reflete a dinâmica de poder do Estado. Um dos pontos a corrigir, nesse aspecto, é alargar o processo hermenêutico nas instâncias menores, ocupadas por Juízes mais jovens e mais sensíveis aos apelos populares em contraponto ao reducionismo homologador das decisões dos Tribunais.

O movimento, por fim, acaba evoluindo para o chamado *garantismo*, sendo relevantes dos trabalhos de Ferrajoli e Alessandro Baratta.

Pensamento Jurídico Crítico: Alemanha

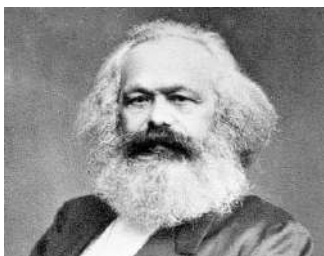
A referida escola tinha posturas antipositivistas, de teor transformador e que tentava reordenar a racionalidade dentro da tradição universalista do iluminismo. O pensamento alemão traz ainda algumas propostas de epistemologia jurídica: teoria do direito enquanto reflexão transcendental e como crítica do direito.

A reflexão transcendental (Dietrich Böhrer) tem o sentido de articulação entre a teoria e a prática, construindo a Teoria do Direito enquanto *modus* de agir comunicativo e da reflexão situacional. Vale dizer, “tem, primeiramente, a função histórico-científica de recuperar, na relação sujeito-objeto, a força da intersubjetividade. Um segundo intento da teoria do Direito é buscar, para a ciência jurídica, ‘uma adequada autocompreensão no senso da reflexão, uma autocompreensão inserida na esfera transformadora das relações sociais’”. (Pág. 77)

Quanto à segunda proposta epistemológica, Wolf Paul “pondera que toda e qualquer teoria não deve ater-se à descrição formalista de seu objeto, mas à compreensão de uma totalidade social através da crítica que conduza à sua transformação. Desse modo, o Direito só pode ser devidamente percebido enquanto fenômeno que tem suas raízes na realidade histórico-social e é capaz, enquanto conhecimento crítico, de se revelar fator de permanente modificação”. (Pág. 78) Logo, a teoria apresentada por Paul tem por objetivos o conhecimento sistemático do direito na perspectiva histórica para transformá-lo e também transformar a sua dogmática.

A crítica, do exposto, não se resume a análise das contradições, direcionando-se a orientar uma nova práxis emancipadora, desmascarando o direito da dominação. Deste modo, “parece claro na proposta epistemológica de Wolf Paul (seguindo o modelo habermasiano) o esboço de uma ontologia jurídica, desmistificadora da estrutura da ciência jurídica dogmática e edificadora de uma ‘deontologia racional’, destinada a constituir o processo material de emancipação da sociedade”. (Pág. 79)

MARXISMO E DIREITO



Marxismo e direito: ponto expresso no da DPE/SC

Marx foi, sem dúvidas, um dos maiores pensadores da humanidade. Em sua obra, conforme explica Paulo Nader, “expõe e analisa a estrutura econômica da sociedade capitalista, seu funcionamento e consequências no plano social, político, ético, religioso, jurídico, apontando o seu teor de injustiça e a fórmula para a erradicação desta.” O contexto histórico da sua obra é marcada pela Revolução Industrial e pelo surgimento da classe trabalhadora. Logo, para a melhor compreensão do tema, precisamos tratar de **conceitos fundamentais da filosofia marxista: o materialismo histórico, a dialética, a práxis, a ideologia, a alienação e a estrutura e superestrutura da sociedade.**



OBS: Também há indicação de uma obra de Marx na bibliografia indicada na DPE/SC: Os Despossuídos: debates sobre a lei referente ao furto de madeira. Veremos sobre ela no miniresumo.

Crítico ao chamado idealismo alemão, ao individualismo Kantiano e a santificação do Estado de Hegel, Marx defendia a **prevalência do real sobre o ideal**, desenvolvendo o **materialismo histórico**. Segundo Paulo Nader, o materialismo histórico “consiste no entendimento de que a estrutura da sociedade é composta pelo fator econômico, pelo conjunto das relações de produção”. Vale dizer, sua concepção parte da realidade social concreta que se traduz na base econômico-produtiva da sociedade. Ainda segundo Nader, “Hegel havia declarado que a consciência do homem determinava o seu modo de ser; Para Marx, o fenômeno seria inverso: o ser social do homem é quem definia a sua consciência.”

Mas não é só. Ligado umbilicalmente ao materialismo histórico, Marx cunhou um entendimento sobre a **dialética**. Cabe aqui citar a lição de Engels sobre a dialética: “No simples fato de tratar-se de uma relação já vai implícito que há dois lados que se relacionam entre si. Cada um desses dois lados é estudado separadamente, de onde logo se depreende a sua relação recíproca e a sua interação. Encontramos contradições que exigem uma solução. (...) E se estudarmos o caráter dessa solução, veremos que esta se verifica criando uma nova relação, cujos dois lados contrapostos precisaremos desenvolver em seguida e, assim, sucessivamente.” No entanto, a dialética está contida no contínuo conflito das contradições da sociedade, em sede concreta. Novamente, Marx diverge de Hegel, pois, segundo Mascaro, “enquanto para Hegel a dialética era o processo histórico de contradição na consciência, de plano ideal, para Marx, a dialética será o processo histórico da contradição da realidade, das próprias relações produtivas e práticas do homem”.

Do exposto é possível extrair outro elemento importante na concepção de Marx: **a práxis**. Percebam que Marx concentra sua filosofia no homem concreto e sua atividade de produção, mas não em um patamar meramente contemplativo, já que voltado a transformação da sociedade. Na origem que remete ao mundo grego, havia a *theoria* - reflexão teórica -, a *poiésis* - a produção material bruta; e a *práxis*. Esta seria conforme Leandro Konder citado por Mascaro “a ação que, para se aprofundar de maneira mais consequente, precisa da reflexão, do autoquestionamento, da teoria; é a teoria que remete à ação, que enfrenta o desafio de verificar seus acertos e desacertos, cotejando-os com a prática”. No entanto, indo além, para Marx, não há que se falar em compreensão do homem enquanto ser individual, mas em sentido social. Deste modo, haveria a *práxis* como elemento de transformação social.

Ainda com relação a conceitos fundamentais para entender o pensamento Marxista, cabe tecer considerações sobre a **ideologia e a alienação**. Como visto, o pensamento de Marx é centrado na forma de produção material em cada tempo histórico. Nesse ponto, a exploração dos detentores dos meios de produção fazem com que a produção dos trabalhadores não se convertam em seu próprio benefício. Afastado de suas possibilidades plenas, estaria o homem alienado. Nesse contexto, temos a carga valorativa presente na reflexão da cultura e das ideias de uma sociedade, consistindo na sua ideologia. Para Marx, existe uma base material de uma sociedade que é a sua estrutura. Esta é representada pelo conjunto de relações de produção. De tal estrutura é erguida uma superestrutura ideológica, não percebida enquanto tal, que passa a manipular os interesses da classe trabalhadora, alienando-os: Estado, religião, política e o Direito.

Podemos concluir que a filosofia de Marx está centrada uma relação concreta de análise das relações de produção e toda uma série de situações dela decorrentes. Nesse sentido, para Marx há um diagnóstico de uma organização social injusta relacionada a exploração da classe trabalhadora. A função do Direito, nesse contexto, é



meramente ideológica que, levantando um véu de neutralidade e isonomia, acaba atuando na manutenção das desigualdades e injustiças presentes, legitimando um Estado que atua em benefício da classe dominante. O Direito então vai sempre se adaptando a necessidade produtiva de uma sociedade.¹³

1.16 MOVIMENTOS SOCIAIS E LUTAS POR DIREITOS CONTRA INJUSTIÇAS HISTÓRICAS NO BRASIL.

Na obra “Racismo Estrutura”, em capítulo denominado “Direito e Antirracismo” o autor destaca as experiências de resistência dos movimentos sociais diante do racismo, sublinhando que, além da luta política, com disputas institucionais e combates armados, travou-se também uma luta intelectual e jurídica contra o racismo, com matrizes variadas e influências diversas, inspirando práticas de contestação e resistência.

O autor cita a experiência de Luiz Gama para ilustrar o modo como pessoas negras, mesmo no contexto mais adverso, souberam se apropriar do direito para, cientes de que este é uma ferramenta de dominação, usá-la a seu favor e a favor de todo o povo negro, produzindo uma verdadeira luta “antissistêmica”¹⁴.

Outro exemplo, ainda no período colonial, é o caso de Esperança Garcia, “mulher escravizada que no Brasil do século XVIII endereçou carta às autoridades pedindo que fizessem cessar o sofrimento que o senhor lhe impingia”¹⁵, fazendo uso estratégico do direito. Na contemporaneidade, o autor cita o movimento iniciado nos EUA entre os anos de 1970 e 1980, conhecido como **Critical Race Theory (Teoria da Crítica Racial ou Teoria Crítica da Raça)**, em que um conjunto de juristas não brancos (Derrick Bell, Richard Delgado, Kimberle Crenshaw, Mari Matsuda, Patricia Williams, entre outros) passa a discutir as relações entre racismo, direito e poder, enfatizando os seguintes pontos: “crítica ao liberalismo e à ideia de neutralidade racial; crítica à predominância teórica do eurocentrismo, inclusive nas práticas pedagógicas; a narrativa de casos jurídicos de forma a destacar a experiência racial (storytelling); crítica ao existencialismo filosófico; o uso da interseccionalidade na análise jurídica - considerações sobre questões de raça, gênero, sexualidade e classe; estudos sobre a formação do privilégio social branco - braquitude ou branquidade”¹⁶.

Mulher negra (1984) (Capítulo do livro de Lélia Gonzalez, por um feminismo afro latino-americano)

Situação da população negra

A autora abre este ensaio discutindo a **divisão racial do espaço no país**, apontando que uma segregação racial pode ser observada na distribuição de brancos e negros de acordo com a região, já que 64% da população branca encontrava-se concentrada nas regiões mais ricas do país, enquanto que 69% da população negra situava-se nas regiões mais empobrecidas. Com isso, além do processo de dependência neocolonial que situaria o Brasil em relação ao capitalismo internacional, haveria um processo de **colonialismo interno, em que uma região promoveria seu enriquecimento em detrimento das outras.**

¹³ Lembremos o pensamento de Casara: O Estado capitalista exigiu sua sobrevivência de diferentes modos ao longo do tempo: Estado liberal em contraposição ao absolutista para proporcionar a livre circulação de mercadorias e o surgimento dos direitos individuais; O Estado liberal foi substituído pelo Social para frear ímpetos revolucionários; Este, substituído pelo Estado Fascista quando necessária a força para manter a ordem; Este, substituído pelo Estado Democrático de Direito e este substituído pelo Estado Pós-Democrático quando as liberdades fundamentais se tornam obstáculos ao poder econômico: A negatividade do Estado forte, totalitário, torna-se uma positividade útil ao capitalismo.

¹⁴ P. 148.

¹⁵ P. 149.

¹⁶ P. 151.



Essa divisão racial do espaço estaria conectada com o que se convencionou chamar de “milagre brasileiro” (fase de crescimento econômico ocorrida entre 1968-1973), e denotaria a neutralização de seus aspectos positivos por outros dois fenômenos negativos, também provocados pelo “milagre”: **a deteriorização de vida dos extratos urbanos de baixa renda**, já que a urbanização e a concentração das oportunidades de trabalho nas capitais forçaram a migração de pessoas do campo (majoritariamente negras) para as cidades, onde não encontraram condições adequadas de moradia e saneamento básico, e cujo incremento populacional só fez piorar ainda mais as condições; e a **concentração de renda**, que se ampliou muito durante o período do milagre econômico, empobrecendo ainda mais as famílias pobres e negras¹⁷.

Por conta disso, a urbanização verificada no período consubstanciou uma **modernização do tipo conservadora excludente**, com a formação de uma massa marginal¹⁸ majoritariamente negra. **Nesse sentido, o racismo (articulação ideológica e conjunto de práticas) reforça sua dimensão estrutural, na medida em que promove a divisão racial do trabalho e do espaço.**

Situação da mulher negra

Estudando os efeitos do “milagre econômico” e da urbanização do país em relação à situação das mulheres, verificou-se que, quando tratadas de maneira homogênea, sem o recorte de raça, a percepção que se tem é de que a realidade feminina teria avançado. Assim, de 1969 para 1975, o número de mulheres nas universidades passou de 100.000 para 500.000, saindo da proporção 1:2 em relação aos homens para se estabelecer na proporção 1:1. No mesmo sentido, verifica-se uma grande migração das mulheres das atividades menos qualificadas para as indústrias e os serviços modernos. Esse avanço educacional e profissional das mulheres certamente vai influenciar o desenvolvimento dos debates feministas no país.

Por outro lado, quando se observam os mesmos dados a partir de um recorte racial, constata-se que as mulheres negras não estão inseridas em nenhuma das conquistas apontadas: não ingressaram massivamente na universidade e permanecem com dificuldades para a ascensão social a partir do trabalho, mesmo quando conseguem obter qualificação. Na época, 83% das trabalhadoras negras permaneciam ligadas às ocupações manuais, enquanto que, entre as trabalhadoras brancas, essa taxa era de 61,5%. Além disso, os dados da Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios - Pnad de 1976 registraram que, na comparação da renda de famílias brancas e negras, as famílias negras precisavam manter um maior número de integrantes ocupados para conseguir atingir a mesma renda das famílias brancas, o que sugeria que, neste grupo, os jovens precisavam conciliar trabalho e estudo, prejudicando seu desenvolvimento¹⁹.

Diante desse quadro de desigualdade, a autora destaca que o tratamento da categoria “mulher”, de maneira universal, estaria encobrindo os verdadeiros agravos que recaíram sobre a mulher negra no período pós-1964, isto é, no contexto da modernização conservadora excludente. E, ao silenciar sobre esses fatos, o movimento feminista de então, formado amplamente por mulheres brancas e de classe média e alta, demonstrava sua dependência cultural e sua contradição interna.

¹⁷ Confira-se o resumo do ensaio “A juventude negra e a questão do desemprego”.

¹⁸ Confira-se o resumo do ensaio “Cultura, etnicidade e trabalho: efeitos linguísticos e políticos da exploração da mulher”.

¹⁹ Confira-se o resumo do ensaio “A juventude negra e a questão do desemprego”.



A participação da mulher negra

Se o crescimento e a urbanização trouxeram consigo a concentração de renda, por outro lado, foi nesse mesmo período que as forças populares se organizaram em movimentos sociais, reivindicando direitos coletivamente. No caso da população negra, a sua organização se distribuirá principalmente entre as associações de moradores das favelas e bairros periféricos e o movimento negro, cuja entidade de maior alcance, na época, foi o **Movimento Negro Unificado - MNU**, criado em 1978.

Enquanto as populações negras de baixa renda estavam mais presentes nas associações de moradores e se articulavam na demanda por serviços públicos, notadamente moradia, saneamento básico e transporte, o movimento negro era composto mais fortemente por pessoas negras de classe média, cujas reflexões eram provocadas pela discriminação racial que sofriam por circularem em espaços majoritariamente brancos, onde eram alvo de rejeição²⁰.

É no contexto do movimento negro que, a partir do compartilhamento de suas experiências, começam a se formar os primeiros grupos de discussão especificamente voltados para a questão da mulher negra, na intersecção racismo/sexismo.

De acordo com a autora, embora o machismo também estivesse presente no movimento negro, as mulheres negras tiveram mais facilidade para trazer para o seu interior suas pautas enquanto mulheres, do que para levar para o interior do movimento feminista (majoritariamente branco) as suas questões raciais. Isso porque mulheres e homens negros, apesar do sexismo e de suas contradições, dividiam a experiência histórica comum de serem negros no Brasil com um passado escravocrata, fato que, somado ao respeito que as mulheres negras conquistaram na própria dinâmica de fundação do **MNU**, permitiu que ali se articulassem para debater e atuar a respeito do cruzamento de raça e gênero que lhes atingia.

Essa mesma abertura não foi encontrada pelas mulheres negras para fazerem, de maneira semelhante, a sua incidência no movimento feminista branco (que a autora designa como ocidental). Nesse sentido, Lélia destaca que as participações dos coletivos de mulheres negras nos congressos feministas brancos foram marcadas por atritos, inclusive com a acusação de que as negras seriam agressivas ou “não feministas” por pautarem a questão racial. Outro ponto de tensão era a denúncia da exploração das empregadas domésticas por parte das patroas, o que confrontava as feministas brancas com o fato de que sua liberação havia sido conquistada em cima da exploração de mulheres negras. No mesmo sentido, as denúncias de violência policial contra os homens negros eram diminuídas sob a alegação de que seria mais relevante discutir a violência de estado contra os homens que lutavam contra a ditadura. Por fim, havia ainda o desconforto verificado pela tentativa de manipulação das chamadas “mulheres de base” como massa de manobra para a aprovação de propostas dentro dos grupos.

Um dos momentos mais chocantes teria ocorrido quando da discussão para definir quem representaria o movimento de mulheres no comício das “Diretas Já”, em que uma militante feminista branca rejeitou a indicação de uma mulher negra e favelada, declarando que “mulher de bica d’água não pode representar as mulheres”²¹. Todo esse contexto conflituoso e a falta de autocrítica do movimento feminista brasileiro se constituiu como um obstáculo para o desenvolvimento de pautas conjuntas com as mulheres negras.

²⁰ Sobre a dinâmica do racismo especificamente quanto a este grupo, sugiro a obra “Tornar-se negro”, de Neuza Santos.

²¹ P. 105.



Por outro lado, a conjunção de forças entre o movimento negro e as associações de moradores de favelas e bairros periféricos produziu o efeito oposto. Unidos para participar da campanha eleitoral de 1982, esses movimentos viram nascer a colaboração entre Lélia Gonzalez, pelo MNU, e Benedita da Silva e Jurema Batista, pela associação de moradores de favelas, numa troca de saberes que centrou o discurso no enfrentamento à violência policial contra a população negra e apontou para novas possibilidades de **articulação entre mulheres negras**. No ano seguinte, em 1983, surgem grupos como o Nzinga e o Grupo de Mulheres do Rio de Janeiro, que passam a se posicionar publicamente, fazendo incidências em eventos e organizando seus próprios encontros e congressos, colocando em foco as questões da mulher negra e trabalhando na intersecção entre racismo e sexismo.

PRÁXIS JURÍDICA, ANTIRRACISMO E FEMINISMO / O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA DECOLONIZAÇÃO DO DIREITO E DA JUSTIÇA

A **Defensoria Pública** exerce um papel fundamental no processo de **decolonização do Direito e da Justiça**, especialmente no contexto brasileiro, onde as desigualdades raciais, de gênero e de classe têm raízes profundas no colonialismo. A decolonização busca reconfigurar o sistema jurídico, rompendo com estruturas históricas de dominação e promovendo uma justiça inclusiva e emancipadora, que atenda às demandas de grupos historicamente marginalizados, como a população negra, mulheres, indígenas e outros sujeitos subalternizados. Neste processo, as reflexões de **Angela Davis**, **Silvio Almeida** e **Lélia Gonzalez** oferecem uma base teórica sólida para compreender as formas como o racismo estrutural, a opressão de gênero e a desigualdade de classe se entrelaçam no sistema jurídico, e como a Defensoria Pública pode atuar para superá-las.

A **decolonização** do Direito — ou decolonialidade — significa o conjunto de práticas, conceitos, pesquisas e estudos que tentam diminuir, e até reverter, os efeitos da colonização nas sociedades em que este processo histórico ocorreu. No Brasil, o Direito foi estruturado para legitimar e perpetuar sistemas de opressão racial, econômica e social, em grande parte herdados do período colonial e das políticas pós-abolição. Esse legado ainda se manifesta em práticas jurídicas e institucionais que marginalizam determinados grupos.

DISTINÇÃO: A descolonização é diferente: um movimento de substituição das autoridades políticas europeias por autoridades políticas dos territórios outrora colonizados. Já a decolonialidade (decolonização) se refere a um outro processo de luta contra o racismo como uma **herança do processo de colonização**.

A **Defensoria Pública**, enquanto instituição voltada à promoção de direitos humanos e à defesa de populações vulneráveis, está em posição estratégica para enfrentar essa herança colonial. A atuação decolonizadora da Defensoria implica adotar uma postura crítica e transformadora frente ao Direito, ampliando o acesso à justiça e reconfigurando o papel do Direito como um instrumento de emancipação social.

Segundo **Silvio Almeida**, em *Racismo Estrutural*, o racismo não é um fenômeno isolado, mas um componente essencial das estruturas políticas, econômicas e jurídicas. No contexto do sistema de justiça brasileiro, o racismo se revela em diversos níveis, como na seletividade penal, na falta de acesso a direitos e na vulnerabilização de grupos negros e periféricos.

A **Defensoria Pública** tem o papel de combater essas práticas racistas, promovendo uma justiça mais equitativa e acessível. Ao atuar na defesa de indivíduos em situação de vulnerabilidade, sobretudo a população negra, a Defensoria pode contribuir para dismantlar o racismo estrutural presente no sistema jurídico,



assegurando que essas pessoas tenham seus direitos garantidos, enfrentando as desigualdades e desafiando as práticas discriminatórias.

Angela Davis, em sua obra *Mulheres, Raça e Classe*, destaca a importância de entender as lutas por justiça a partir de uma perspectiva interseccional, ou seja, levando em conta como as opressões de gênero, raça e classe se entrelaçam. No contexto brasileiro, a população mais afetada pela violência institucional e pela exclusão social é composta, em grande parte, por mulheres negras e pobres.

Nesse sentido, a **Defensoria Pública** deve adotar uma abordagem que considere essas múltiplas formas de opressão, atuando para garantir que as demandas das mulheres negras, que sofrem com a sobreposição dessas desigualdades, sejam atendidas de maneira adequada. A interseccionalidade é crucial para uma atuação mais efetiva e inclusiva, pois permite que a Defensoria compreenda e enfrente as diferentes camadas de injustiça que afetam esses grupos.

A filósofa e ativista **Lélia Gonzalez** foi uma das intelectuais brasileiras pioneiras em discutir a relação entre raça, gênero e colonialismo. Para Lélia, o colonialismo não só dominou corpos e territórios, mas também epistemologias, impondo um saber eurocêntrico que marginaliza as experiências e culturas afro-brasileiras e indígenas. Sua crítica ao "racismo à brasileira", que naturaliza a discriminação sob uma suposta harmonia racial, é essencial para entender como o Direito também reproduz essas dinâmicas de opressão. A decolonização do Direito, portanto, deve incluir a incorporação de perspectivas críticas que valorizem os saberes e as experiências dos grupos historicamente marginalizados.

É importante destacar o papel da **Defensoria Pública** na promoção de uma *práxis* jurídica antirracista e feminista, como defendem **Angela Davis** e **Lélia Gonzalez**. Isso significa não apenas reconhecer as desigualdades raciais e de gênero no sistema jurídico, mas adotar práticas ativas para combatê-las. A Defensoria pode, por exemplo, atuar em casos de violência policial contra a população negra, na defesa dos direitos das mulheres em situação de vulnerabilidade e na proteção das comunidades tradicionais. Esse compromisso com uma *práxis* jurídica crítica e transformadora é essencial para a construção de um sistema de justiça verdadeiramente inclusivo e descolonizado, que reconheça as diversas formas de opressão e trabalhe ativamente para eliminá-las.

A **Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina**, por meio do **Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos e Cidadania (NUCIDH)**, desempenha um papel essencial no fortalecimento da proteção e promoção dos **Direitos Humanos**, especialmente na defesa dos grupos sociais vulneráveis. O NUCIDH atua de maneira estratégica, voltada à prevenção e resolução de conflitos, com foco nas populações historicamente marginalizadas e nos desafios relacionados ao enfrentamento da discriminação, violência institucional e opressão racial.

A criação do NUCIDH representa um avanço significativo no processo de democratização e inclusão da sociedade catarinense, alinhando-se aos princípios da igualdade e da justiça social. O núcleo busca efetivar os direitos fundamentais e as liberdades civis, promovendo a dignidade da pessoa humana por meio de um enfoque voltado para a **redução das desigualdades sociais** e a **prevalência dos Direitos Humanos**.

Entre os principais objetivos do NUCIDH estão:

1. **Proteção dos Direitos Humanos:** Atuação preventiva e extrajudicial, com foco na proteção dos direitos fundamentais de minorias e grupos vulneráveis, como a população em situação de rua, comunidades tradicionais e outras minorias que requerem proteção especial do Estado.
2. **Combate à Intolerância e Discriminação:** O NUCIDH dedica-se ao combate à intolerância racial e a todas as formas de discriminação, além de atuar contra a violência institucional e a tortura, assegurando que todos os indivíduos tenham o direito de não serem discriminados, bem como o direito ao pleno gozo de sua liberdade e cidadania.
3. **Representação e Participação:** A atuação do núcleo também envolve a promoção do direito de representação e participação das minorias nas decisões que afetam suas vidas, reforçando o papel da Defensoria Pública como defensora dos direitos coletivos e individuais homogêneos.
4. **Atuação Internacional:** O NUCIDH tem a responsabilidade de acionar o Sistema Internacional de Direitos Humanos, quando necessário, para garantir que os direitos humanos sejam efetivamente promovidos e defendidos no âmbito estadual e internacional.
5. **Educação em Direitos Humanos:** Além da defesa jurídica, o núcleo promove a **educação em direitos**, conscientizando a população sobre seus direitos fundamentais e incentivando a participação cidadã em temas de relevância social.

Por exemplo, o NUCIDH editou uma cartilha super interessante sobre discriminação racial: https://defensoria.sc.def.br/uploads/cartilhas/anexos/CartilhaDiaInternacionaldaLutapelaEliminacaodaDiscriminacaoRacial_62abb08acb226.pdf



Ao atuar de maneira estratégica e coletiva, o NUCIDH reforça o compromisso da **Defensoria Pública de Santa Catarina** com a construção de uma sociedade mais justa, solidária e democrática. O núcleo busca não apenas garantir o acesso à justiça, mas também transformar as estruturas que perpetuam a exclusão, promovendo a inclusão e o respeito à dignidade de todos os cidadãos.



Com isso, o NUCIDH fortalece o papel da **Defensoria Pública** na **decolonização da justiça**, reafirmando seu compromisso com a defesa dos direitos humanos, com enfoque na proteção dos grupos mais vulneráveis e na promoção de uma sociedade mais igualitária.