

Copyright © Editora Manole Ltda., 2004, por meio de contrato com os autores.

Coordenação do projeto editorial:  
Eduardo Carlos Bianca Bittar  
Professor Doutor do Departamento de Filosofia e  
Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP

Capa e arte da capa: Hélio de Almeida

Editoração eletrônica e projeto gráfico:  
JOIN Bureau

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE  
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

01

O que é a filosofia do direito? / Alaôr Caffé Alves, Celso Lafer, Eros Roberto  
Grau, Fábio Konder Comparato, Goffredo da Silva Telles Junior, Tercio Sampaio  
Ferraz Junior. – Barueri, SP : Manole, 2004.

ISBN 85-204-2134-2

1. Direito – Filosofia. I. Alves, Alaôr Caffé. II. Lafer, Celso. III. Grau, Eros  
Roberto. IV. Comparato, Fábio Konder. V. Telles Junior, Goffredo da Silva. VI.  
Ferraz Junior, Tercio Sampaio.

03-2384

CDU 340.12

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida, por qualquer  
processo, sem a permissão expressa dos editores.

É proibida a reprodução por xerox.

1ª edição brasileira – 2004

Direitos adquiridos pela:

Editora Manole Ltda.

Avenida Ceci, 672 – Tamboré

06460-120 – Barueri – SP – Brasil

Fone: (0\_\_11) 4196-6000 – Fax: (0\_\_11) 4196-6021

www.manole.com.br

info@manole.com.br

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

Fábio Konder Comparato

Disciplina:  
Filosofia do Direito

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	VII
1 – O DIREITO COMO PARTE DA ÉTICA Fábio Konder Comparato .....	1
2 – DUAS PALAVRAS Goffredo da Silva Telles Junior .....	11
3 – O DIREITO POSTO, O DIREITO PRESSUPOSTO E A DOCTRINA EFETIVA DO DIREITO Eros Roberto Grau .....	33
4 – FILOSOFIA DO DIREITO E PRINCÍPIOS GERAIS: CONSIDERAÇÕES SOBRE A PERGUNTA “O QUE É A FILOSOFIA DO DIREITO?” Celso Lafer .....	51

## O DIREITO COMO PARTE DA ÉTICA

*Fábio Konder Comparato*

Bom dia a todos!

A pergunta inicialmente formulada é esta: **O que é a Filosofia do Direito?**

Eu vou formulá-la de forma diferente: **Por que a Filosofia do Direito no curso jurídico?** E minha resposta é dupla. Ela tem ligação com dois defeitos ou duas carências graves de todos os cursos jurídicos. Em primeiro lugar, a apresentação atomística do fenômeno jurídico. Em segundo lugar, a prevalência da técnica sobre a ética.

Quanto ao primeiro ponto, o que a Filosofia do Direito traz aos estudantes é uma visão panorâmica do fenômeno jurídico no contexto social. O que se procura ver não é apenas o Direito nacional, mas também o Direito internacional. O que se procura examinar não é um ramo do Direito separado dos outros, mas todos os ra-

mos do Direito em conjunto. Frequentemente, os alunos me dizem: “É interessante como pela primeira vez percebemos a ligação entre direito penal, direito civil, direito nacional e direito internacional”.

A verdade é que a visão filosófica nos permite visualizar a oposição permanente entre direito ideal e direito vigente. Por mais que se faça, não é possível esconder

*A visão filosófica nos permite visualizar a oposição permanente entre direito ideal e direito vigente.*

ou sufocar a necessidade de uma crítica permanente do direito positivo. Nós só avançamos na medida em que fazemos essa auto-análise e também uma análise da realidade externa que nos cerca.

Frequentemente, o que se vê nos cursos jurídicos é uma consideração meramente factual da realidade como se o Direito fosse algo ligado à própria natureza, um dado que não precisa ter explicação e que de qualquer maneira não precisa ser justificado.

Além disso, no âmbito dessa visão panorâmica do fenômeno jurídico, insere-se o reconhecimento de sua natureza histórica. Todas as vezes que nós nos debruçamos sobre um problema mais complicado, sentimos que há uma certa consideração relativa de valor naquela instituição que está sendo apresentada, e percebemos também que há uma evolução, que pode ser dar no bom ou

no mau sentido, mas de qualquer maneira há sempre uma resposta a problemas surgidos num determinado momento histórico.

De que maneira compreender o princípio de separação de poderes que surgiu como consideração puramente filosófica em Aristóteles? De que maneira ele voltou a surgir, fomentando o ardor revolucionário no século XVIII, sem a compreensão de uma evolução social que percorreu toda a Idade Média européia? É justamente esse caráter essencialmente histórico do Direito que é importante para a compreensão dos direitos humanos.

A vida social neste país desenvolveu-se, durante quatro séculos, fundada na escravidão, e isso sempre nos pareceu algo natural até o final do século XIX. É sabido que as grandes corporações eclesásticas, as grandes ordens religiosas eram proprietárias de fazendas e exploravam a mão-de-obra escrava, sem que isso suscitasse nenhum problema moral. Por que razão, num determinado momento, houve uma oposição crescente à exploração da mão-de-obra escrava? Por que razão durante milênios a mulher foi considerada inferior ao homem? Como se deu essa revolução extraordinária, talvez a mais importante de toda História, que foi a luta pela igualdade de gênero? Será possível considerar o conjunto dos direitos humanos como alguma coisa absolutamente ra-

cional, eterna e imutável? Ou devemos reconhecer que, a par da evolução biológica, há uma inegável evolução de ordem ética?

É aí que eu entro na segunda grande deficiência dos cursos jurídicos, que é a visão excessivamente técnica,

*O Direito, quando reduzido a uma simples técnica, fica desbussolado.*

ou exclusivamente técnica do Direito. Nesses cinco anos de curso aqui na Faculdade, vocês ouvirão muito pouco sobre ética. É claro que o Direito é uma técnica, uma das mais delicadas, das mais complexas que o homem já criou. É evidente que não se pode tráfegar no campo do Direito sem uma boa competência técnica, mas a técnica é mero instrumento; ela é neutra quanto aos valores, ela pode servir à vida, como pode servir à morte. É impossível tentar reduzir o Direito a uma mera técnica, pois dessa forma ele fica completamente desbussolado. Quando penso nos meus tempos de estudante, lembro-me como os professores procuravam sempre fugir desse debate ético, tal como os juízes, que, ao julgarem contra a sua consciência, refugiam-se no fato de que são meros servidores da lei. O juiz diz que não é legislador e, portanto, decide injustamente e tem consciência dessa injustiça.

Nessa consideração do Direito como parte integrante da ética, o que o curso de Filosofia pode trazer de importante é a análise das fontes do Direito. O Direito tem sua fonte exclusivamente no poder, ou ele tem apoio necessariamente na consciência social, na consciência coletiva? Essas duas fontes podem produzir Direitos contraditórios? Nesse caso, qual delas deve prevalecer? Ainda aí, o estudo dos direitos humanos é importante, porque ele nos traz uma resposta a essas questões. Todos esses problemas que eu citei — a escravidão, a inferioridade da mulher, a exploração do trabalho humano, mesmo fora da escravidão o aviltamento da pessoa humana no Direito Penal antigo e moderno — tudo isso representou, na evolução histórica, um choque, uma contraposição entre aquilo que ~~estava~~ estava na consciência social e aquilo que era imposto pelo poder.

Ainda dentro desse campo de considerações, o curso de Filosofia do Direito nos obriga a refletir sobre a relação constante entre Moral e Direito, tão simplesmente resolvida pelo positivismo jurídico. É inegável a influência incessante da Moral sobre o Direito. Em um determinado trecho do Evangelho segundo Lucas, conta-se a parábola do bom samaritano. Muito conhecida, eu não vou repeti-la. Eu gostaria apenas de frisar o fato de que, nessa parábola, o que se apresenta é uma oposição entre duas etnias, entre duas culturas, entre duas religiões, e

uma oposição radical na época do começo da chamada Era Cristã. A rivalidade entre judeus e samaritanos era muito mais virulenta do que a oposição atual entre árabes e judeus na Palestina, e o que se apresentou foi isto — a necessidade de se prestar socorro. Muitos e muitos séculos depois, em todos os códigos penais, foi inscrita a figura da omissão de socorro. Agora é um delito. No Código Penal brasileiro, ela está no art. 135. Naquela época, a atitude do samaritano era uma manifestação de amor heróico, uma atitude considerada absolutamente utópica, irrealista, senão revolucionária. Hoje é um delito. Está nos códigos penais.

É justamente aí que se põe o grande problema que é freqüentemente omitido nos cursos jurídicos: a contraposição entre justiça e realismo. Todos nós, que somos vitimados por essa decadência própria da idade, tendemos, como adultos e como professores, mais para o lado do realismo, com o sacrifício da justiça. Freqüentemente, nós sentimos entre os alunos uma reação quase que de desprezo; outras vezes, um certo cinismo latente, como se toda essa conversa sobre justiça fosse algo meramente literário, sem nenhuma aplicação na vida prática, onde o que importa é ganhar dinheiro. Esse envelhecimento precoce da juventude precisa ser combatido a ferro e fogo.

Com base nessas idéias, eu procurei dividir o curso em duas partes. A primeira é a antropologia filosófica aplicada ao Direito. Impressionante como até hoje, que eu saiba, ainda não foi instituído na universidade o curso de antropologia filosófica; e que eu saiba nunca, numa Faculdade de Direito, esse assunto foi inscrito no programa. E, no entanto, pretende-se que o Direito seja uma ciência humana. Uma ciência humana sem o estudo em profundidade do ser humano? A todo momento, na vida profissional, nós lidamos com a extrema complexidade do ser humano. De que maneira podemos tratar um crime passional sem compreender a força dos sentimentos, das paixões? Spinoza, em vários trechos de sua obra, criticou a idéia comum de que as paixões e os sentimentos são vícios. Ora, se as paixões e os sentimentos são considerados vícios, o homem é um ser vicioso por natureza. Mas não seria exatamente o contrário? As paixões e os sentimentos fazem parte da própria natureza, são normais, e é o desconhecimento dessa normalidade que torna impossível muitas vezes a solução de problemas humanos.

A segunda parte é a teoria fundamental dos direitos humanos. O professor Celso Lafer mos-

*A partir de que momento há uma situação em que percebemos que as exigências de ordem moral já se tornaram exigências jurídicas?*

trou, na sua tese de concurso, como essa consideração dos direitos humanos é fundamental para a compreensão do Direito e dos rumos da civilização atual. E é nessa teoria fundamental dos direitos humanos que se põe o problema do fundamento do Direito. Qual é o modelo, qual é o critério que pode ser apresentado para fundar a validade do Direito, a vigência do Direito? A partir de que momento há uma situação em que percebemos que as exigências de ordem moral já se tornaram exigências jurídicas?

É exatamente nesse ponto que quero terminar, dizendo que o verdadeiro curso de Direito não é uma sim-

*O verdadeiro curso de Direito não é uma simples preparação ao exercício profissional. É uma preparação para a vida.*

ples preparação ao exercício profissional. É uma preparação para a vida. Nós podemos ser reprovados na faculdade, mas jamais podemos nos resignar a sermos reprovados na vida.

## 2

SUMÁRIO

### DUAS PALAVRAS

*Goffredo da Silva Telles Junior*