



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DANIEL DAMASCENO LEITÃO

VIRTUDES HUMANAS E DECISÃO JUDICIAL: A RELAÇÃO ENTRE
SENTENÇAS JUSTAS E HÁBITOS MORAIS

FORTALEZA

2023

DANIEL DAMASCENO LEITÃO

VIRTUDES HUMANAS E DECISÃO JUDICIAL: A RELAÇÃO ENTRE SENTENÇAS
JUSTAS E HÁBITOS MORAIS

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Orientador: Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho.

Coorientador: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral.

FORTALEZA

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Sistema de Bibliotecas
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- L548v Leitão, Daniel Damasceno.
 Virtudes humanas e decisão judicial : a relação entre sentenças justas e hábitos morais / Daniel Damasceno Leitão. – 2023.
 216 f. : il.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2023.
 Orientação: Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho.
 Coorientação: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral.
1. teoria da decisão judicial. 2. ética das virtudes. 3. formação da magistratura. 4. segurança jurídica. 5. pós-positivismo. I. Título.

CDD 340

DANIEL DAMASCENO LEITÃO

VIRTUDES HUMANAS E DECISÃO JUDICIAL: A RELAÇÃO ENTRE SENTENÇAS
JUSTAS E HÁBITOS MORAIS

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Aprovado em: 24 / 01 / 2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral (Coorientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. André Dias Fernandes
Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7

Prof. Dr. Luis Carlos Silva de Sousa
Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira – UNILAB-CE

*Omnia Ad Majorem Dei Gloriam
& Beatae Virginis Mariae Honorem.*

AGRADECIMENTOS

Diligentibus deum, omnia cooperantur in bonum. (Rm 8, 28)

O Senhor fez em mim maravilhas, Santo é o Seu nome. (Lc 1,49) Sem as luzes e graças atuais gratuitamente recebidas no decurso deste trabalho, ele não teria nenhuma valia.

À minha família e parentes, em especial aos meus pais, Alexandre e Fátima, pelos valores ensinados desde tenra idade, proporcionando as condições necessárias para que este estudo fosse possível. Sou eternamente grato a vocês, a quem devo tudo na terra!

À minha amada companhia de mestrado, Nahama Gomes, pelo incentivo psicológico e moral de sempre, em todos os meus projetos, bem como pela primorosa revisão da estrutura final do texto.

Ao grande amigo de faculdade para a vida, Rafael Cronje Mateus, cujas discussões sapienciais foram fundamentais para a minha jornada intelectual e o desenvolvimento dos temas aqui abordados.

Ao professor orientador, Glauco Barreira Magalhães Filho, pelo atencioso auxílio nesta jornada e pela sua coragem acadêmica.

Ao professor coorientador, Gustavo César Cabral Machado, pelas sugestivas correções historiográficas e pelo seu exemplo de humildade acadêmica.

Aos professores e amigos Luis Carlos da Silva Sousa e Antonio Jorge Pereira Júnior, pelas valiosas sugestões bibliográficas e referenciais metodológicos, que me ajudaram na compreensão, formatação e delimitação do presente estudo.

Ao professor André Dias Fernandes, por ter aceitado o convite de participar da banca e contribuir com a sua experiência judicial para a avaliação da minha pesquisa.

Agradeço, ainda, aos professores Frederico Bonaldo, André Gonçalves Fernandes e Marcus Boeira, pela gentileza e disponibilidade no esclarecimento de dúvidas e na formulação dos argumentos centrais desta dissertação, somada à incansável tarefa de reintrodução do pensamento clássico na academia jurídica brasileira.

E, aos colegas pesquisadores Rodrigo Couto Gondim Rocha, Fernando Demétrio de Sousa Pontes, Thiago Cordeiro Gondim de Paiva, dentre outros, um muito obrigado pela respeitosa e amigável divergência sobre seções específicas desta pesquisa.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

Duc in altum: corações ao alto!

“O homem, se aperfeiçoado pela virtude, é o melhor dos animais; mas, afastado da lei e da justiça, é o pior de todos eles.” (Aristóteles)

“O direito não deve ser procurado nos editos pretorianos, como se faz hoje, nem na Lei das Doze Tábuas, como nossos antepassados, senão no seio da pessoa e da filosofia.” (Cícero)

“Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.” (Ulpiano)

“A ideia dos direitos nada mais é que a ideia da virtude introduzida no mundo político.” (Alexis de Tocqueville)

“As leis não podem tornar os homens melhores. Apenas os homens podem; e só o podem quando optam livremente por fazer a coisa moralmente certa por causa do motivo certo.” (Robert P. George)

RESUMO

Ao longo da modernidade, o conceito de virtude foi sendo esquecido do discurso jurídico à medida que o positivismo se consolidava como sistema jurídico hegemônico no Ocidente. Esse esquecimento causou uma dificuldade em esclarecer como os juízes decidem. Com o advento do pós-positivismo, as teorias analíticas da argumentação jurídica e as de raiz hermenêutico-filosófica disputaram o domínio para instruir os juízes de como deveriam decidir, sem nenhum consenso teórico. Nas últimas décadas, uma alternativa teórica tem surgido a partir do resgate da tradição clássico-medieval, fundada na ética das virtudes humanas. O objetivo desta investigação é verificar se esta proposta é compatível com o paradigma atual, além de eficaz para solucionar as incongruências geradas pela superposição de tradições filosóficas no direito contemporâneo. Ao final, será proposta uma reinterpretação do Código de Ética da Magistratura Nacional à luz das virtudes morais. A pesquisa é qualitativa e predominantemente bibliográfica, utilizando-se do método diaporético, adequado ao estudo histórico de teorias postas em confrontação dialética, para tentar resolver suas aporias internas e extrair soluções mais depuradas do que as anteriores. O recorte temporal inicia-se na Idade Moderna, concentrando-se sobre as sucessivas explicações da decisão judicial elaboradas desde então. Conclui-se, com fundamento na tradição clássica, que a prudência e as demais virtudes éticas – temperança, fortaleza e justiça –, mais do que as virtudes intelectuais, são responsáveis pelo juízo de adequação entre os fatos e a norma que visa à concretização da justiça, constituindo-se em elemento central da decisão judicial, cuja incorporação normativa já se encontra nos estatutos da magistratura latino-americana, embora pendente de maior atenção doutrinária e desenvolvimento metodológico.

Palavras-chave: teoria da decisão judicial; ética das virtudes; formação da magistratura; segurança jurídica; pós-positivismo.

ABSTRACT

Throughout modernity, the concept of virtue was forgotten by legal discourse as positivism consolidated itself as a hegemonic legal system in the West. This forgetfulness caused a loss in clarifying how the judges decide. With the post-positivism, the analytical theories of legal argumentation and those of hermeneutic-philosophical root dispute the domain to instruct the judges on how they should decide, without any consensus. In recent decades, a theoretical alternative has emerged from the rescue of the classical-medieval tradition, founded on virtue ethics. The objective of this research is to verify whether this proposal is compatible with the current paradigm and effective in order to solve the incongruities generated by the superposition of philosophical traditions in law. In the end, it will be proposed to a reinterpretation of the Code of Conduct for Judges in the light of moral virtues. The research is qualitative and mostly bibliographic, using the diaphoretic method, suitable for the historical study of theories put into dialectical confrontation, to try to solve their internal aporias and extract more debugged solutions than the previous ones. The time frame begins in the Modern Age, focusing on the successive explanations of the adjudication elaborated since then. It is concluded, based on classical tradition, that prudence and other moral virtues – temperance, fortitude and justice –, more than intellectual virtues, are responsible for the judgment of adequacy between the facts and the norm aimed to do justice, constituting the central element of adjudication, whose normative incorporation is already found in the statutes of the Latin American judiciary, although pending greater doctrinal attention and methodological development.

Keywords: theory of adjudication; virtue ethics; judicial formation; legal certainty; post-positivism.

RESUMEN

A lo largo de la modernidad, el concepto de virtud fue olvidado por el discurso legal a medida que el positivismo se consolidó como un sistema legal hegemónico en Occidente. Este olvido causó una dificultad en aclarar cómo deciden los jueces. Con el postpositivismo, las teorías analíticas de la argumentación jurídica y las de raíz hermenéutico-filosófica disputan el dominio para instruir a los jueces sobre cómo deben decidir, sin ningún consenso teórico. En las últimas décadas, una alternativa teórica ha surgido del rescate de la tradición clásico-medieval, fundada en la ética de las virtudes humanas. El objetivo de esta investigación es verificar si esta propuesta es compatible con el paradigma actual y eficaz para el fin de resolver las incongruencias generadas por la superposición de tradiciones filosóficas en el derecho. Al final, se propondrá una reinterpretación del Código de Ética Judicial a la luz de las virtudes morales. La investigación es cualitativa y predominantemente bibliográfica, utilizando el método diaporético, adecuado para el estudio de teorías puestas en confrontación dialéctica, para tratar de resolver sus aporías internas y extraer más soluciones depuradas que las anteriores. El marco temporal comienza en la Edad Moderna, centrándose en las sucesivas explicaciones de la decisión judicial elaboradas desde entonces. Se concluye, basándose en la tradición clásica, que la prudencia y otras virtudes éticas – templanza, fortaleza y justicia –, más que las virtudes intelectuales, son responsables del juicio de adecuación entre los hechos y la norma dirigida a la realización de la justicia, constituyendo el elemento central de la decisión judicial, cuyo incorporación normativa ya se encuentra en los estatutos del poder judicial latinoamericano, aunque pendiente de una mayor atención doctrinal y desarrollo metodológico.

Palabras clave: teoría de la decisión judicial; ética de la virtud; formación de los jueces; seguridad jurídica; post-positivismo.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Quadro 1 – Classificação das virtudes quanto à sua natureza	136
Quadro 2 – Partes integrantes da prudência	144
Quadro 3 – Lista de virtudes e vícios no Código de Ética da Magistratura Nacional	187
Fluxograma 1 – Relação entre faculdades humanas e virtudes morais	138
Fluxograma 2 – Integração das virtudes morais e intelectuais pela prudência	171

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	O DECLÍNIO DA VIRTUDE NO PENSAMENTO JURÍDICO MODERNO	21
2.1	Tendências filosóficas da modernidade jurídica europeia	24
2.1.1	<i>O triunfo do método científico sobre o aristotelismo escolástico.....</i>	25
2.1.1.1	<i>A crítica empirista à tradição (pseudo)científica medieval.....</i>	26
2.1.1.2	<i>O racionalismo de René Descartes e a nova moral.....</i>	30
2.1.1.3	<i>Consequências da revolução científica para as ciências humanas.....</i>	34
2.1.2	<i>O voluntarismo de Thomas Hobbes e a desconstrução da ética clássica.....</i>	36
2.1.2.1	<i>Pressupostos (meta)éticos de uma nova ciência da política.....</i>	37
2.1.2.2	<i>O estado de natureza e a lei positiva</i>	42
2.1.2.3	<i>A interpretação judicial pela razão instrumental.....</i>	46
2.2	Jusracionalismo europeu: a autonomia do direito no império da vontade	51
2.2.1	<i>Três fases do modernismo jurídico: Grotius, Pufendorf e Thomasius</i>	52
2.2.2	<i>Diferenças entre o novo sistema jurídico e o casuísmo medieval-indiano.....</i>	60
2.3	Iluminismo legal e codificação: um novo paradigma do direito.....	69
2.3.1	<i>A Escola da Exegese francesa.....</i>	71
2.3.2	<i>A Escola Histórica e a Pandectista alemã</i>	77
2.4	A Teoria Pura do Direito como projeto de “ciência jurídica”	81
2.4.1	<i>Contexto histórico-cultural da segunda onda do juspositivismo</i>	81
2.4.2	<i>Balanco crítico do normativismo kelseniano</i>	85
3	TRÊS VERSÕES DO PÓS-POSITIVISMO: UM NOVO PARADIGMA?	90
3.1	Para além da interpretação jurídica	92
3.1.1	<i>Chaim Perelman, Theodor Viehweg e Stephen Toulmin: a herança aristotélica.....</i>	93
3.1.2	<i>Neil MacCormick, Robert Alexy e Aulis Aarnio: a tradição analítica</i>	95
3.1.3	<i>Balanco crítico das teorias da argumentação jurídica</i>	99
3.2	A “terceira via” de Ronald Dworkin: uma tentativa de conciliação	104
3.2.1	<i>O direito como integridade e o romance em cadeia.....</i>	105
3.2.2	<i>A questão moral, os princípios jurídicos e a discricionariedade judicial.....</i>	108
3.2.3	<i>Crítica à proposta intermediária de uma “hermenêutica analítica”</i>	111
3.3	Reviravolta linguística e teorias hermenêuticas do direito.....	113
3.4	Um giro “aretaico” na teoria da decisão judicial: a sabedoria na insegurança	121
4	A FORMAÇÃO MORAL E PROFISSIONAL DO BOM JUIZ.....	131
4.1	Breve introdução à teoria clássica das virtudes	132

4.2	Virtudes fundamentais do juiz perfeito (<i>iudex perfectus</i>).....	138
4.2.1	A prudência jurídica (<i>dikastiké phrónesis</i> ou <i>prudentia iuris</i>)	141
5.2.1.1	As partes integrantes da sabedoria judicial.....	143
5.2.1.2	O elemento central da decisão judicial.....	151
4.2.2	A justiça legal (<i>díkaiosýné</i> ou <i>iustitia</i>)	155
5.2.2.1	Confusões terminológicas em torno do conceito de justiça.....	156
5.2.2.2	Usos e abusos da equidade (<i>epieikeia</i> ou <i>aequitas</i>).....	162
4.3	Conexão ou interdependência das virtudes (<i>connexio virtutum</i>).....	167
4.3.1	A primazia da prudência na teoria dos atos humanos	168
4.3.2	As virtudes judiciais: por que uma jurisprudência da virtude hoje?	175
4.4	Releitura do Código de Ética da Magistratura Nacional (Res. 60/2008-CNJ).....	183
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	195
	REFERÊNCIAS.....	201

1 INTRODUÇÃO

A pergunta-problema desta pesquisa é: como os juízes *decidem*, ou melhor, por que há tanta divergência na interpretação das mesmas leis? Essa questão teve inúmeras respostas ao longo dos séculos, algumas mais bem elaboradas do que outras. O interesse em respondê-la foi retomado no último século após a derrocada do positivismo jurídico, que tinha uma resposta performativa um tanto quanto evasiva. Muitos, no entanto, pensando resolvê-la, criam uma outra pergunta: como os juízes *devem* decidir? Essas duas perguntas são centrais para a teoria da decisão judicial, operando em âmbitos distintos do saber.

A primeira se preocupa como a realidade *é*, com o que efetivamente acontece na prática. A segunda se concentra em como os fatos *deveriam ser*, projetando um arquétipo a ser seguido. Uma aponta para o mundo real, outra para o modelo ideal. Ambas têm suas funções e cumprem propósitos específicos. Sucede que muitas teorias não trabalham muito bem essa distinção, acabando por responder a uma pergunta quando estão respondendo a outra. Essa confusão entre ideias e realidade levou algumas delas a produzir consequências danosas quando aplicadas à prática, porquanto não haviam sido filtradas por nenhuma crítica apuradora.

Até poucas décadas, os teóricos do direito estavam engajados em negar o papel criativo dos juízes na decisão judicial. A interpretação correta ou literal do texto era a mais desejada, em uma redução empirista e lógico-semântica do direito. A posição da hermenêutica tradicional foi superada pela persistência das lacunas legais, manifestando a patente incerteza na descoberta gradativa do justo legal. Reconheceu-se que a jurisprudência intervém ativamente na criação do direito; porém, as justificativas para esse fenômeno são variadas: uns recorrem à delegação de poder dada pelo constituinte; outros afirmam que a jurisprudência é um costume; outros tantos remetem à própria textura aberta das normas jurídicas.

Nessa perspectiva, surgem as teorias analíticas, as filosofias hermenêuticas e as análises linguísticas para tentar solucionar as aporias que suscitam a problemática conciliação entre um momento de aplicação prática e um conhecimento supostamente teórico das leis. Esse paradigma (neo)positivista presume que a norma é o caso central da interpretação jurídica, devendo esta ser pautada por métodos a descobrir o seu “verdadeiro significado”. Com isso, a decisão judicial é designada como a soma de duas atividades separadas e bem definidas: a interpretação e a argumentação. A interpretação dos juristas seria um ato da razão teórica pura, cujo teor dos enunciados é descrito analiticamente; a argumentação dos órgãos judiciais seria um ato de vontade, cujo controle ou é impossível (ceticismo) ou é preciso (logicismo).

De um lado, uma corrente que conhece holisticamente o direito (jusracionalismo); de outro, um árbitro que escolhe politicamente a norma de decisão (jusvoluntarismo). Ambas continuam a ansiar por segurança jurídica, ecoando alguma ressonância da matriz positivista oitocentista no pensamento jurídico contemporâneo. Os juspositivistas transitaram entre esses dois extremos na descrição do processo interpretativo porque buscavam o sentido definitivo do conteúdo normativo. Diante da insuficiência das regras, foi introduzido o conceito de “discrecionalidade” para explicar a atuação judicial nos casos difíceis (*hard cases*): o espaço de liberdade no qual o julgador se move para resolver um conflito principiológico.

Este trabalho rompe com essa perspectiva dualista – interpretar e argumentar – ao acrescentar um marco anterior e fundamental para entender a tomada de decisão pelo intérprete: o momento da intencionalidade (*prohairesis* ou *intentio*). Esta é entendida como o movimento da vontade em direção a um fim, cuja ação do intelecto prático distingue-se do mero desejo irracional (*buolesis*), ato genuíno da afetividade. A vida moral começa por conduzir a intenção ao bem, fornecendo um padrão de retidão (*rectitudo*) informado pelas virtudes. Logo, a conduta reta – a retidão de intenção – leva o agente à solução mais justa ou razoável no caso concreto; e não a qualquer uma, ou a que mais lhe convém.

Longe dos ideais de certeza e segurança, não surpreende que estes fenômenos têm sido relegados a uma subcategorização dentro da teoria do direito, já que incapazes de resolver “cientificamente” o problema da concreção judicial. A metodologia moderna, ao representar a transmutação da racionalidade “incerta” para uma única racionalidade “certa” – é dizer, do campo da prudência para o âmbito da ciência –, tende a menosprezar abordagens metafísicas, a partir de uma lei natural. Essa deslocação intelectual não se dá sem maiores tormentos. “Razão” e “verdade”, por exemplo, já não significam a mesma coisa que no passado.

Isso demonstra a vitalidade de revisitar conceitos agora perdidos, nos termos em que foram concebidos pela cultura greco-romana: em especial, o de justiça (*dikaíosyné* ou *iustitia*) e de prudência (*phrónesis* ou *prudentia*). Redescobrir a mensagem proveniente da ordem jurídica pré-moderna, na qual se viveu um direito em que era atribuída à lei um peso menor do que à prática judicial cotidiana, pode ser frutuoso não para restaurar um modelo insuficiente às exigências atuais de segurança normativa, mas para propor uma reflexão sobre o que foi deixado para trás acriticamente e ainda pode ser útil.

Tal empresa exige tanto um esforço historiográfico por entender a crise do pós-positivismo atual, no marco de uma predominância da visão técnico-científica pelos juristas mais célebres do século XX, como para responder eventuais críticas à teoria clássica do direito, fundada nas noções de justiça, prudência e outras virtudes morais. Em verdade, a crise da

modernidade não pode ser entendida sem antes compreender o esquecimento da antiguidade perdida. Daí resulta a necessidade de investigar as raízes dos sistemas jurídicos modernos para se descortinar as causas dos problemas que nos parecem hoje insuscetíveis de resolução.

Explicitar as causas pelas quais a tradição clássico-medieval foi abandonada leva a perceber os conceitos que foram soterrados e substituídos inconscientemente nesse processo. A busca por um novo lugar para a ética judicial na interpretação jurídica não pode estar desligada de uma adequada compreensão da decadência do juspositivismo na atualidade. O cerne desta controvérsia está em resolver a tensão gerada pelo racionalismo ao opor razão e razoabilidade. Na busca por uma solução mais aprimorada, dirige-se à tradição central do Ocidente que, como toda fonte de pensamento vivo, teve um novo renascimento.

Fundada na filosofia prática aristotélica e desenvolvida por mais de dois milênios por filósofos políticos e morais, esse ressurgimento atual conta com duas linhas principais: os denominados (neo)tomistas ou jusnaturalistas clássicos, que recebem o realismo aristotélico por intermediação de Tomás de Aquino, como John Finnis, Michel Villey, Javier Hervada e Carlos I. Massini Correias; e a rica variedade de autores que remetem diretamente a Aristóteles, ainda que sob a influência de pensadores modernos, desde Leo Strauss, Hans-Georg Gadamer e Eric Voegelin a Alasdair MacIntyre, Pierre Aubenque e Henrique C. de Lima Vaz.

Na autoproclamada “crise da razão”, a contribuição do Estagirita ao debate atual sobre a racionalidade jurídica está na possibilidade de reconhecer diferentes manifestações de racionalidade. A tendência pós-moderna de atribuir não só à modernidade, mas a toda tradição clássica, a subordinação da razão prática à teoria ignora milênios de considerável autonomia entre elas, em que os limites da experiência humana não eram superestimados. As modalidades de raciocínio prático que podem ser desenvolvidas para solucionar o problema do decisionismo é um tópico crucial para realçar a multividência da argumentação judicial.

A hipótese central desta pesquisa é de que a interpretação judicial é uma prudência. Esta afirmação não é inédita no universo jurídico¹, mas ainda não havia sido suficientemente desenvolvida. Sendo radicalmente prática, voltada para a realidade e a ordem social – em vez de para conceitos puros e formas abstratas –, os métodos interpretativos tornam-se secundários e periféricos, dado que o elo primordial entre a lei e os fatos é o intelecto prático do intérprete.

¹ Sobre todos: RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. 2. ed. Ciudad de México: Porrúa, 1973, p. 290; MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. La interpretación jurídica como interpretación práctica. **Persona y derecho**: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos, Pamplona, n. 52, 2005, p. 441; ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 9. ed. Traducción de Mariana Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 133; GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 63.

Não que seja livre para interpretar como quiser, mas que é próprio da essência do direito algum grau de incerteza que será preenchida pela criatividade do julgador, haja vista a mutabilidade das condutas humanas no tempo e no espaço, as quais são imprevisíveis e variáveis.

Tal declaração não pode se furtar de uma pormenorizada análise de suas premissas, a fim de que não sejam confundidos os seus objetivos. Para tanto, é preciso elucidar a originária compreensão do direito e da prudência para filósofos como Aristóteles e Tomás de Aquino, em contraposição às teorias jurídicas modernas, cuja influência racionalista penetrou na atual argumentação jurídica. A necessidade e emergência do estudo detalhado destas fontes primárias reside justamente nas lacunas as quais a modernidade parece ter sido incapaz de preencher.

O juspositivismo foi responsável por criar uma ciência artificial do direito, incapaz de descrever como as decisões são tomadas e incrementadas. Propor uma nova metodologia interpretativa requer especificar quais atributos são necessários para os intérpretes jurídicos. Afinal, mudado o método, muda-se a própria forma de compreensão desse saber, introduzindo novos conceitos e hábitos. A ética² se apresenta, então, como pressuposto metodológico mais adequado para o exame das ciências sociais aplicadas, cujas tentativas recentes de resgate gozam de promissora ascensão.

Mas, afinal, de qual ética estamos falando? Ao lançar os holofotes sobre a ética judicial, esta investigação se aproxima da problemática discussão entre direito e moral, cujo embate filosófico de fundo é o da delimitação conceitual do direito. Entretanto, a perspectiva aqui adotada é outra, diferente da empregada na teoria tradicional: essa polêmica tensão não é a do conteúdo ético inserido nos textos legais, tomados por objeto fatos estáticos e exteriores ao “sujeito-observador” da controvérsia, e sim a da influência de componentes morais dos seus participantes na interpretação que eles mesmos fazem.

O seu significado focal não está na moralidade da lei positiva (institucionalismo deontológico), mas na do julgador (personalismo ético). É dizer, debruça-se sobre a moralidade do intérprete: as virtudes morais do indivíduo que interpreta o direito, em uma “ética de primeira pessoa”, e não de “terceira pessoa”, na acepção de Giuseppe Abbà³. As implicações extraídas daí são notórias: confirmada a hipótese inicial – de que aplicar o direito é um ato prudencial –,

² Nesta obra e na tradição clássica, ética e moral são sinônimos. A razão da equivalência é etimológica: “ética” procede do grego *ethike* (*ethos*), e “moral” provém do latim *moralis* (*mos*) – ambas designam a ação humana ordenada a um fim. Rejeitar a diferenciação moderna não significa negar que possa existir um fenômeno prático, ao mesmo tempo, objeto de especulação e de ação; mas que tal distinção não traz necessariamente alguma utilidade metodológica, tampouco é capaz de evitar ambiguidade linguística. Para um estudo filológico, cf. VAZ, Henrique C. de Lima. **Escritos de filosofia IV: introdução à ética filosófica** 1. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2012, p. 12-15.

³ ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Tradução de Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio, 2011, p. 315 e ss.

o perfil moral do intérprete torna-se tão ou mais relevante que qualquer método ou argumento para o conhecimento da justiça positiva e natural.

Não se discute quais regras o magistrado deve seguir, mas qual é o comportamento desejado para um juiz nutrir na sua vida pública e privada. Se a modernidade é marcada por uma profunda descrença quanto à objetividade dos juízos morais, construir alternativas às teorias-padrões da argumentação jurídica por meio da ética das virtudes não é uma tarefa fácil. Opositores a tal tentativa objetarão que uma teoria da decisão centrada nas virtudes morais seria subjetiva por demasia, gerando mais instabilidade do que segurança, ao não trazer critérios objetivos de verificação e correção do direito interpretado.

Essas questões serão enfrentadas ao final do último capítulo. Mas, diga-se, desde logo, que o objeto aqui estudado não tem a pretensão de ser absoluto e definitivo, e sim de contribuir para o debate ao remodelar o aspecto central da decisão judicial, o qual se supõe ter sido ignorado ou relevado pelos teóricos contemporâneos do direito. Busca, sobretudo, ser dialogal, evitando qualquer tipo de setorização do saber em uma única doutrina filosófica, ao privilegiar opiniões contrárias.

Este estudo tem caráter qualitativo, por utilizar fontes bibliográficas e legislativas. A revisão de literatura abarca os pensadores mais influentes na teoria do direito do século XVII em diante, desde que possuam relevância considerável para a teoria da decisão judicial. A sua metodologia não é meramente descritiva (*como algo acontece*), ao desvelar a real natureza da interpretação judicial, mas também prescritiva (*o que deve ser feito*), ao estabelecer propostas a serem implementadas pela teoria que se reputa mais completa.

Adota-se o método diaporético⁴, pela exposição das teorias dominantes na história do pensamento jurídico, mediante a exploração detalhada de suas aporias teóricas. Pressupõe-se que cada teoria, ao mesmo tempo em que aponta soluções, cria novos problemas que serão deixados para serem solucionados pelas gerações seguintes. Nesse processo dialético, nem sempre as melhores conclusões prevalecem, recomendando o retorno às teorias anteriores. Essa dialética helicoidal permite dar voltas em torno do mesmo problema a fim de identificar as lacunas nas ideias predominantes dentro do recorte selecionado, em direção a um saber mais apurado do que os antecedentes, os quais esbarraram em dificuldades próprias do seu tempo, sem conseguir seguir adiante.

Cada autor pensa desde um quadro teórico limitado. Essa limitação só pode ser superada por um horizonte ampliado pelo confronto dialético de tradições, que são combatidas

⁴ Cf. BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. 2. ed. Tradução Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 128-143.

e revisitadas à luz dos desdobramentos de suas hipóteses. Descobrendo quais perguntas são ou não são validamente respondidas por cada teoria, descartam-se as que contenham contradições insolúveis. Tal procedimento, no entanto, não consiste em partir de todas as opiniões sobre dada questão científica, mas apenas daquelas mais influentes no decurso dos séculos, para investigar quais das suas consequências conduzem à aporia.

Essa técnica é a mais adequada ao objeto estudado porque permite pensar os temas avaliados não sob uma única perspectiva, mas a partir de pontos de vista opostos, com o objetivo de corroborar ou falsear as suas premissas, entre seus erros e acertos. O método trata de descobrir, pelo movimento do pensamento em espiral, as normas fundamentais que definem a forma organizativa universal das sociedades através da história pensada. Esse instrumento de reflexão histórico-dialética viabiliza que a realidade aparente seja desvelada, superando-se a realidade concreta, compreendida em seus múltiplos e contraditórios aspectos.

A história do pensamento jurídico, que deriva da sucessão de doutrinas filosóficas antagônicas, dissimula um processo em que se enfrentam razão e vontade, teoria e prática, virtude e instituições, leis e homens, indivíduo e comunidade. A compreensão desses contrários em sua unidade, ou do que é positivo no negativo, traz à luz o que está implícito, mas não foi articulado em uma ideia, e repara alguma ausência, falta ou inadequação nela existente. Essa refutação progressiva não induz que a síntese encontrada será capaz de responder a todas as perguntas efetuadas; mas, sim, que, sem ela, estas permanecerão incompreensíveis.

Afinal, não se trata de apoiar uma cartilha para conquistar adeptos, mas de procurar uma explicação científica para os fatos da experiência judicial pela disputa de teorias rivais. Logo, é preciso antes descrever do que prescrever, porque somente após demonstrar como os juízes decidem é que se pode idealizar como eles deveriam decidir. Por isso, a pesquisa goza de caráter conclusivo ao expor como os juízes interpretam as leis e aconselhar como eles devem interpretá-las, dada a natureza dúplice e ambivalente da conclusão achada: ao mesmo tempo em que fazem parte da estrutura da realidade, são também metas a serem alcançadas pela ação humana.

Este trabalho está dividido em três partes: far-se-á, primeiro, uma análise histórico-descritiva do decaimento do conceito de virtude ao longo da consolidação do positivismo como sistema jurídico hegemônico no Ocidente. Depois, avaliaremos criticamente as propostas da teoria jurídica insurgente – período chamado de pós-positivismo –, desde as concepções da argumentação jurídica às hermenêutico-filosóficas do direito. Por fim, proporemos a ética das virtudes clássicas como solução para as incongruências geradas pela superposição de sistemas na atualidade, afirmando a natureza interpretativa prática do direito, erigida sob a prudência e

cuja finalidade é a justiça concreta ou material. Isto será confirmado pela sua compatibilidade e incorporação normativa nos estatutos da magistratura latino-americana.

O problema que vamos enfrentar à frente não é o da recuperação de um mundo desaparecido, mas o do redirecionamento da razão prática ao bem humano integral, a partir do referencial teórico da ética das virtudes clássicas. O fundamento da decisão judicial é invertido desde uma visão formal ou procedimental pós-compreensiva (endoprocessual) para uma concepção substantiva pré-compreensiva (exoprocessual), pautada no caráter do decisor. Sem ignorar a face objetiva da teoria da decisão (argumentação), esta perquirição se propõe a olhar para a sua faceta subjetiva (intencionalidade), em uma aproximação fenomenológica que procura superar a cisão entre sujeito e objeto operada nos primórdios da modernidade. Essa emboscada dualista, de apenas privilegiar um ou outro ângulo de observação, tem sido a causa de teorias voluntaristas e racionalistas.

De certo modo, esta inquirição corrobora e complementa as impressões e tentativas de conceituação de Luis Recaséns Siches sobre a lógica do razoável (*lógica de lo razonable*) e de John Finnis acerca da razoabilidade prática (*practical reasonableness*), ao vislumbrarem, na segunda quadra do século passado, que a razão prudencial era o método próprio do direito. Contudo, vamos além, ao adotarmos, a partir dos trabalhos seminais de Rafael Ruiz, Frederico Bonaldo, André Gonçalves Fernandes e Ricardo Dib Taxi, os pressupostos clássicos para não só descrever as propriedades da prudência, mas também estabelecer as outras virtudes necessárias para a boa prática judicial. Afinal: o problema do direito não é apenas uma questão de interpretação objetiva, mas, acima de tudo, de compreensão intersubjetiva.

2 O DECLÍNIO DA VIRTUDE NO PENSAMENTO JURÍDICO MODERNO

A história do esquecimento da virtude moral no pensamento jurídico ocidental se confunde com a própria história da busca por segurança na prática judicial moderna. À medida que este anseio crescia, o outro diminuía, em proporção inversa. Neste enredo, a mentalidade juspositivista surge como principal termômetro desse embate teórico, porque teve o intento declarado de domesticar a insegurança no direito. Para tanto, era preciso eliminar quaisquer elementos geradores de incerteza jurídica.

Logo, uma digressão histórica aos fundamentos do positivismo jurídico não é um interesse meramente arqueológico, mas fundamentalmente filosófico, posto que, sem ele, não será possível compreender e reformular as teorias da formação e da decisão atuais. Este esforço justifica-se por estar direcionado a comprovar e afastar a crença comum de que esse paradigma teria sido totalmente superado pelo pós-positivismo. Trata-se de uma das principais chaves de compreensão da cultura jurídica contemporânea, razão pela qual não convém esquecer a cronologia da ascensão e declínio dessa tradição intelectual, já que é impossível entender o pós-positivismo sem conhecer os alicerces sob os quais ele está fundado.

Avaliar o positivismo dentro da tradição na qual estamos inseridos não nos torna incapaz de julgá-lo “desde fora”. Antes, ajuda a enxergar em que medida somos influenciados e determinados por ele em nossa forma de pensar e perceber o direito. Na verdade, é mais provável que nosso imaginário esteja submetido a ele à proporção que o esquecemos e deixamos de discutir os seus pressupostos e fundamentos⁵ – como parece ser o caso de muitos rearranjos teóricos estudados no próximo capítulo, transformando em solução o que era objeto da crítica. O importante é pormos a nós mesmo em debate, questionando nossos métodos e princípios.

Poucas vezes se percebe que a maior parte histórica da ordem jurídica ocidental foi realizada sob uma concepção diferente da dominante na modernidade. Essa profunda mudança despertou nos juristas dos séculos XIX e XX certos ares de superioridade sobre qualquer teoria jurídica que não pertencesse à sua linhagem sistemática, cuja “ruptura” ocorreu dentro de um

⁵ TAXI, Ricardo Dib Araújo. **A perda da prudência no pensamento jurídico moderno**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 107. Muitos juristas parecem ter aversão em conhecer a origem filosófica de suas premissas teóricas: talvez por medo de reformá-las. Ignorar as filosofias das quais procedemos não é uma opção racional – afinal, concebemos o direito conforme enxergamos o mundo. Para entender o que o nosso esquema de representação do pensamento tem de específico e distinto com relação ao passado, temos que remontar às principais fontes de ascensão da modernidade, a fim de tomar consciência dos nossos próprios preconceitos e, assim, superá-los (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 582-584). Também é verdade que devemos cuidar para que nossos preconceitos pós-modernos não conduzam a uma crítica desleal aos filósofos modernos.

complicado processo evolutivo estimulado pelo racionalismo, materializado na codificação e reforçado por correntes legalistas e dogmáticas. Novos estudos históricos conseguiram reverter essa atitude no campo do direito, sendo responsáveis por abrir novas perspectivas na observação histórica dos fenômenos jurídicos⁶.

Várias investigações históricas limitavam-se a dizer o que os autores textualmente disseram, sem questionar e explicar por que o disseram. Procedendo assim, o pensamento permanece desvinculado dos problemas e circunstâncias concretas que o geraram. E, partindo de noções desconexas, é quase fatal cair no reducionismo. Na advertência de Tullio Ascarelli, “somente voltando à história do pensamento jurídico podemos entender os vários sistemas jurídicos nas suas relações e diferenças, e, assim, construir um critério de preliminar inteligência para a compreensão deles.”⁷

Para desvanecer a ideia presunçosa do jurista contemporâneo, quando proclama que o direito só se torna ciência com a adoção da dogmática jurídica no século XIX, tornando-se o único caminho racional para a sua elaboração intelectual, com evidente desprezo por todas as técnicas anteriormente cultivadas na história, convém recordar que o método científico de uma ciência é o conjunto de pontos de vista predominantes sobre ela. Esses pontos de vista oferecem um processo de mutação ao longo do tempo que merece ser abordado: porque, historicamente, o direito – como qualquer outra ciência – tem sido pensado de diferentes maneiras⁸.

Conhecer o nascimento da ciência moderna é compreender muitos dos conceitos que utilizamos hoje, os quais diferem substancialmente daqueles utilizados na antiguidade. O estudo da história do direito não serve, portanto, para voltarmos aos paradigmas anteriores, em uma atitude nitidamente retrógrada e antiprogressista; e, sim, para tirar proveito dos institutos que funcionaram durante séculos no percurso da civilização ocidental, por meio da avaliação

⁶ TAU ANZOÁTEGUI, Victor. **Casuismo y sistema**: indagacion historica sobre el espiritu del derecho indiano. Sevilla: Athenaica Ediciones Universitarias, 2021, p. 10.

⁷ ASCARELLI, Tullio. Antígona e Pórcia. Tradução de Maria Cristina de Cicco. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, p. 1-12, dez. 2016, p. 9, n. 10. Disponível em: <http://civilistica.com/antigona-e-porcia>. Acesso em: 21 jan. 2020. Os vários sistemas distinguem-se pela diversidade de suas conotações dogmáticas (quadros referencias teóricos), mediante as quais percebemos as suas teorias das fontes e da interpretação, permitindo-nos classificar os direitos positivos de acordo com a sua particular organização social, inseridos em seu contexto específico. Por conseqüência, cada ordem jurídica assume uma teoria da decisão judicial, prescrevendo o modo como os juízes deverão determinar o direito posto. É na projeção de sua similaridade histórica que se obscurecem os conceitos e as incompreensões são geradas: as variadas ordens normativas se espelham em categorias filosóficas distintas para construir os elementos peculiares do seu direito.

⁸ TAU ANZOÁTEGUI, *op. cit.*, p. 12-13. Esse jurista considera que a concepção casuísta foi superada, sem possibilidade de retorno, por uma nova que fez do direito um sistema conceitual-normativo integral, em cuja impecável construção científica, composta por marcos normativos gerais, repousa a força e a eficácia da ordem jurídica que rege a sociedade. Por outro lado, na necessidade de superar tal abordagem unilateral, não é aceitável que uma reação nos leve a romantizar as formas primitivas de direito, seduzidos pela simples apreciação teórica e empurrados pela crise que padece a sistemática moderna. Cairíamos no mesmo erro que queremos emendar.

do que ainda pode ser útil e aplicado à realidade jurídica atual e que tenha sido abandonado sem a devida cautela e necessidade.

Este capítulo não deve ser entendido só como um resumo da história do pensamento jurídico, mas como a reconstituição do caminho percorrido pelos pensadores modernos até a decadência do conceito de virtudes humanas, que foi responsável, no paradigma anterior, pelo papel decisivo da correta distribuição do justo. Por isso, o corte temporal e metodológico não é arbitrário, mas proposital. Se não se entende os problemas jurídicos que ensejaram a formulação dessas teorias, não se chega a soluções capazes de resolvê-los. Para tanto, a história do direito é uma excelente ferramenta para fazer conhecer não só o que os antepassados pensaram, mas, sobretudo, por que eles assim pensaram.

Descartes racionalizou a ciência ao lhe propor um método (seção 2.1.1), Hobbes restringiu o jurídico ao justo legal (seção 2.1.2). Posteriormente, isso afetou o direito por meio de Pufendorf, que sistematizou a ordem jurídica, e Thomasius, que separou os domínios da ética e do direito (seção 2.2). Todos foram indispensáveis para a elaboração de uma teoria positiva do direito (seção 2.3), com impactos profundos na doutrina das virtudes, a qual viabilizaria, mais tarde, uma ética puramente deontológica. Por fim, coube a Kelsen proclamar a autonomia definitiva da ciência do direito (seção 2.4).

A opção de abranger um longo período histórico tem suas vantagens, mas também suas deficiências. Todo aquele que queira descrever uma visão macroscópica da história legal deve estar ciente da influência de múltiplos atores históricos em cada espaço de tempo⁹, de modo que a escolha de apenas alguns pensadores representativos de cada época pode enganar ou até mesmo perverter as conclusões alcançadas. Nada obstante, esse olhar ampliado sobre a história do direito é necessário para iluminar pontos que ainda permanecem obscurecidos pela suposição de sua irrelevância e superação evolutiva.

Ao traçar esta síntese, procurou-se, sempre que possível, consultar e referenciar o documento primário, acompanhado de comentários da literatura especializada no assunto. Todavia, esse esforço simplificador é limitado na origem. As considerações aqui esboçadas não cuidam de como as instituições efetivamente funcionavam em cada período histórico, mas sim de como as diferentes teorias jurídicas influenciaram as gerações vindouras, pautando o debate ao longo do tempo.

⁹ HAFERKAMP, Hans-Peter. Positivism as a concept of legal historians. **Juridica International**, Tartu, v. XVII, p. 100-107, 2010.

Nos últimos séculos, as virtudes ocuparam um local coadjuvante no processo de decisão judicial. Compete preencher essa lacuna pelo estudo das causas que culminaram nesse esquecimento, para logo entender qual o seu reflexo na prática do direito.

2.1 Tendências filosóficas da modernidade jurídica europeia

Árdua é a tarefa de selecionar os pensadores que mais inspiraram as correntes jurídicas estudadas adiante. É evidente que não poderíamos tratar à miúdo das inúmeras linhas que surgiram com o advento da modernidade, abrangendo todos as escolas e autores. Tampouco conseguiríamos demonstrar a gênese de cada ramo filosófico, sob pena de regredir ao infinito em busca de escritores que tenham contribuído, de algum modo, para a criação de uma doutrina moderna¹⁰. O que nos cabe é escolher aqueles que, pela organização e abrangência dos seus escritos, exerceram maior influência no imaginário dos juristas atuais.

Dois deles foram tomados como chave de leitura para compreender o pensamento jurídico moderno. Não por causa da extrema relevância ou superioridade de suas teorias filosóficas – cujas interpretações, aliás, não são unânimes –, mas em função do impacto que desempenham até hoje no senso comum teórico dos juristas, os quais – de forma consciente ou inconsciente – aderem às suas principais premissas. São eles René Descartes e Thomas Hobbes.

A historiografia jurídica contemporânea tem apontado estes dois escritores como símbolos germinativos da mentalidade moderna. Chaïm Perelman e António Manuel Hespanha ressaltam o papel de Descartes na construção do imaginário jurídico moderno, notadamente sua influência na nova metodologia científica europeia. Leo Strauss sublinha as consequências da antropologia política de Hobbes, enquanto Norberto Bobbio e Michel Villey põem-no como precursor direto do juspositivismo oitocentista. Lima Vaz, por sua vez, assenta ambos no rol de fundadores da ética moderna, ainda que não tenham dedicado nenhuma obra específica ao tema.

Decerto que há uma infinidade de autores que antecederam estes pensadores, mas que não serão vistos a fundo dado o caráter limitado e elucidativo desta recapitulação histórica. Tal corte metodológico tem a sua razão-de-ser: aqueles dois filósofos foram responsáveis por construir os pressupostos sem os quais o pensamento jurídico contemporâneo seria impensável. A vantagem de estudar os filósofos que precederam aos jusracionalistas é esboçar o pano de

¹⁰ Desde Guilherme de Ockham a Martinho Lutero, cf. VILLEY, A formação do pensamento..., cit., p. 225 e ss. Investigar as raízes do positivismo no Renascimento e no Iluminismo não significa negar que ele possa encontrar embasamento teórico em períodos filosóficos remotos – como na Grécia Antiga (epicurismo) ou na Baixa Idade Média (nominalismo) –, mas tão somente ressaltar que aqueles expressam, pelo menos até onde majoritariamente se sabe, uma influência marcante e mais próxima na sua consolidação doutrinal.

fundo que sedimentou as teorias jurídicas modernas, vendo os principais desdobramentos desta nova epistemologia em gestação.

Há muitos livros contando os prodígios da modernidade. Porém, também é mister revelar o seu lado obscuro e reacionário. Cumpre-nos romper com essa deficiência atual, ao estudar as bases filosóficas que sustentam e estão por detrás do pensamento jurídico moderno – desde Bacon até Hobbes –, para concluir se esta é a única ou a melhor forma de pensar o direito na atualidade.

2.1.1 O triunfo do método científico sobre o aristotelismo escolástico

Na viragem do século XV para o XVI, Nicolau Copérnico descobriu que a Terra se move em torno do Sol, e não o contrário. Sua teoria heliocêntrica, que colocou o Sol no centro do sistema solar, contrariou a até então vigente teoria geocêntrica, que era defendido pelos partidários de Aristóteles e Ptolomeu, os quais acreditavam na inamovibilidade e infinitude do planeta terrestre. Depois dele, Galileu Galilei combateu, no início do século XVII, a ideia de que os objetos pesados caem mais rápido do que os mais leves, em proporção direta ao peso, ao descobrir que, no vácuo, dois corpos caem na mesma velocidade¹¹.

As verdades cosmológicas e físicas da antiguidade estavam abaladas. A tradição medieval é colocada em xeque. Essas novas descobertas resultarão em duas correntes metódicas – empirismo e racionalismo – a seguir estudadas, de forma sucinta e ilustrativa, por meio de seus pais fundadores. O objetivo deste breve retrospecto histórico é iniciar o leitor no contexto de debates que levaram à contestação dos saberes tradicionais e à subversão da teoria das virtudes. Gradualmente, com o passar do tempo, autor por autor vai adicionando novas teses ao paradigma moral emergente, de tal modo que, em poucos séculos, já restam poucas semelhanças com a tradição antecedente.

¹¹ Como, na época, não era possível recriar artificialmente o vácuo, essa descoberta se deu sem qualquer comprovação empírica, apenas mediante a confirmação racional da hipótese proposta (GROSSI, Paolo. **A history of European law**. Translated by Laurence Hooper. Chichester: Wiley-Blackwell, 2010, p. 52). Este breve relato biográfico ilustra como, para a modernidade ascendente, o conhecimento produzido na experiência concreta do indivíduo, vivida individualmente, é substancialmente inferior àquele apreendido pelos métodos de verificação objetivos, com cálculos matemáticos, sem qualquer percepção ou valoração subjetiva do sujeito observador (TAXI, *op. cit.*, p. 59). A biografia de Galileu feita por seu aluno Vincenzo Viviani afirma que ele havia jogado da Torre de Pisa bolas do mesmo material, mas de massas diferentes, para demonstrar que o tempo de descida independia do peso. Embora essa história tenha sido recontada em relatos populares, o próprio Galileu não relata tal experimento, sendo aceito pelos historiadores atuais que houve, no máximo, um teste mental e que, em fatos, não ocorreu (MARICONDA, Pablo Rubén. Notas. In: GALILEI, Galileu. **Diálogo sobre os dois máximos sistemas do mundo ptolomaico e copernicano**. 3. ed. Tradução de Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 679, n. 129).

2.1.1.1 A crítica empirista à tradição (pseudo)científica medieval

O humanismo renascentista deixou como legado um renovado interesse pelas ciências experimentais e artes plásticas, além de uma firme aversão às abstrações escolásticas, que pareciam não servir para serem usadas¹². Para chegar à verdadeira ciência capaz de dominar a natureza, era preciso seguir a procedimentos distintos dos teorizados por Aristóteles no seu conjunto de escritos sobre lógica, o qual foi acusado de estar mais entregue à meditação e ao engenho intelectual do que à técnica e à observação dos fatos.

Em referência irônica à obra aristotélica, Francis Bacon escreve um *Novo Órganon* (1620), que retrata a apoteose desse espírito, dividido em duas partes: uma destrutiva (*pars destruens*) e outra construtiva (*pars construens*). Ele começa por abalar as bases do pensamento científico tradicional, criticando a quantidade “de dados muito menor que o desejável”, com um “grande número de experimentos vulgares, não bem comprovados e nem diligentemente examinados e pensados”¹³.

A primeira parte dessa *Grande Instauração* (*Instauratio Magna*) é concluída mediante três refutações: “refutação da *razão humana natural* e deixada a si mesma, refutação das *demonstrações* e refutação das *teorias*, ou dos sistemas filosóficos e doutrinas aceitos.”¹⁴

¹² SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 128.

¹³ BACON, Francis. **Novum organum**: ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza. 3. ed. Tradução de José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 31-32. “Pois Aristóteles estabelecia antes as conclusões, não consultava devidamente a experiência para estabelecimento de suas resoluções e axiomas. E tendo, ao seu arbítrio, assim decidido, submetia a experiência como a uma escrava para conformá-la às suas opiniões. Eis por que está a merecer mais censuras que os seus seguidores modernos, os filósofos escolásticos, que abandonaram totalmente a experiência.” (Ibid., p. 33.) Desde Bacon, a única forma de racionalidade atribuída a Aristóteles pela cultura moderna foi a de tipo silogístico-dedutivo, estampadas nos *Analíticos*, os quais representam apenas uma fração do seu *Órganon*. O próprio Bacon, influenciado por leituras equivocados de seu tempo, julgou a lógica aristotélica estéril do ponto de vista da informação científica, construindo um *Novum Organum*, com a pretensão de ser superior ao anterior. Mesmo sabendo que o filósofo grego assumia a importância da indução ao lado da dedução, considerava a incompletude desse procedimento porque privado de regras claras, a justificar confrontação por experimentos rigorosos (BERTI, *op. cit.*, p. X-XI). O método indutivo formulado por ele ganha uma amplitude muito maior: parte-se de uma coleção limitada de fatos concretos, tais como se dão na experiência, ascendendo às formas gerais até descobrir o que é válido para ela e todos casos análogos; constituindo, assim, suas leis e causas. “Esses, na filosofia tradicional, são indevidamente tirados por meio de uma passagem precipitada e ilegítima a partir de poucos casos particulares ao universal. Mas essa é justamente a *falsa indução*, à qual, como veremos, Bacon opõe a *verdadeira indução*” (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **Filosofia**: idade moderna. v. 2. Tradução de José Bortolini. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2018, p. 260). No Estagirita, simplesmente se extraía uma generalidade da coleção de fenômenos ou coisas analisadas, pela simples enumeração de casos particulares a partir de poucos detalhes, transcorrendo sobre a escassa experiência muito rapidamente e subindo imediatamente aos princípios mais abstratos.

¹⁴ BACON, *op. cit.*, p. 75. “Bacon se volta contra a tradição filosófica do passado, e seu objetivo é substituir a ‘filosofia das palavras’ por uma ‘filosofia das obras’. Para Bacon, aquilo que conta é tomar consciência de que o saber tem *função* diferente da função que a tradição lhe atribuiu; e, conseqüentemente, não se trata de defender um

Inicia-se a segunda parte formulando um novo método de investigação que permitiria o correto conhecimento dos fenômenos da natureza, sem corromper a filosofia natural com a dialética. É o método indutivo, que, embora não fosse de todo desconhecido dos gregos, agora ganha novos contornos: deter-se nos experimentos e coletar mais fatos, em vez de subir rapidamente aos primeiros princípios após mencionar alguns poucos exemplos ilustrativos.

O método proposto por Bacon era incompatível com a justificação pela finalidade, herdada da metafísica aristotélica: “a causa final está longe de fazer avançar as ciências, pois na verdade as corrompe; mas pode ser de interesse para as ações humanas.”¹⁵ Ao questionar as causas finais das ciências, típicas das disputas medievais, que nada acrescentam ou contribuem para o efetivo progresso da humanidade, transfere para a investigação da forma a rota pela qual o conhecimento *útil* será desvendado – aquele conhecimento *positivo*, nas palavras de Augusto Comte, séculos mais tarde¹⁶.

O filósofo inglês admite haver uma finalidade na natureza, cujo mundo é regido pela Providência. Porém, pretender conhecer os fins dos diversos fatos naturais e considerar esses pretensos fins como explicações científicas, tais quais Aristóteles e os escolásticos, é estéril. Descartada a consideração acerca das causas finais, restam à nova metafísica as causas eficientes e formais, quais sejam, as forças propulsoras e mecânicas das quais procedem os

filósofo contra outro ou vice-versa; trata-se justamente de rejeitar e pôr-se contra toda uma tradição” (REALE; ANTISERI, *op. cit.*, p. 258), composta por impostores. Inúmeros pensadores do século XVII revoltaram-se contra o apelo humanista à autoridade, preferindo fundar seus argumentos apenas na razão natural, sem a preocupação com a continuidade histórica de suas teses filosóficas, tendendo a eclipsar o modo como seus pensamentos foram gerados e dificultando o trabalho de uma genealogia da filosofia. Ao estabelecerem os conceitos fundamentais de suas filosofias naturais, os *moderni* engajaram-se em um amplo debate contra um aristotelismo heterodoxo e diversificado pelos vastos comentários disponíveis desde a primeira escolástica.

¹⁵ BACON, *op. cit.*, p. 94. A metafísica aristotélica distinguia quatro tipos de causa: a causa material (matéria/substrato), a causa formal (substância/essência), a causa eficiente (movimento) e a causa final (fim). As leis da ciência moderna são um exemplo de investigação que privilegia o *como* as coisas funcionam, (formal) em detrimento de *qual agente* (eficiente) ou *qual fim* das coisas (final). O novo conhecimento científico aspira a formulação de leis à luz de regularidades observadas, com vista a prever o comportamento futuro dos fenômenos, embora causal. É por essa via que esse conhecimento rompe com o saber do senso comum: enquanto a causa e a intenção convivem perfeitamente no conhecimento prático em que este se traduz; na ciência moderna, a determinação da forma obtém-se pela exclusão da intenção. É esse tipo de formalismo que vai permitir ao cientista intervir no real (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1995, p. 16). Cf. ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução de Giovanni Reale. São Paulo: Loyola, 2012, I, 3, 983b, p. 15. No direito, uma explicação com base nas quatro causas ainda pode ser encontrada em Jean Bodin, na sua obra pouco conhecida *Iuris universi distributio* (1578).

¹⁶ VILLEY, A formação do pensamento..., cit., p 592-594. Cf. ainda PADOA-SCHIOPPA, Antonio. **A history of law in Europe: from the early middle ages to the twentieth century**. Translated by Caterina Fitzgerald. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 615. Bacon é o primeiro a falar de uma *doctrina positiva* em seu *De Principiis atque Originibus* (1623). Essa obra teria influenciado Comte, que, em meados do século XIX, inaugura o positivismo moderno. Não à toa, o juspositivismo irá sepultar de vez a filosofia do direito, precisamente por considerar o seu objeto – a investigação da causa *final* das coisas (o fim) – irrelevante, pois está além da experiência cotidiana. Em pouco tempo, a arte do *justo* se transformará em ciência do *útil*.

fenômenos naturais. O ideal baconiano ainda não havia se apartado totalmente da tradição medieval¹⁷, mas cumpre a alguém fazê-lo na década seguinte.

A partir das publicações do *Diálogo sobre os Dois Máximos Sistemas do Mundo* (1632) e dos *Discursos e demonstrações matemáticas em torno de duas novas ciências* (1638), a relação entre natureza e matemática tornou-se particularmente diferente. Galileu desejava reduzir todas as proposições científicas naturais a termos tão claros e distintos quanto possível. A verdadeira realidade passa a ser o substrato matemático oculto das coisas, livre de quaisquer impressões subjetivas. Com a ampliação e o agravamento das consequências do afastamento da experiência vulgar, isto é, do contato direto e pessoal com o real, pela matematização da essência das coisas, restringe-se o real à realidade física, única inteligível e verdadeiramente universal¹⁸.

Rejeitando a tradição aristotélica que separava os métodos das ciências filosóficas, práticas e naturais¹⁹, o pensador de Pisa e outros do seu século (Kepler, Newton, Descartes,

¹⁷ ROVIGHI, Sofia Vanni. **História da filosofia moderna**: da revolução científica a Hegel. Tradução de Marcos Bagno, Silvana Cobucci Leite. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015, p. 21. Um dos motivos pelos quais a experiência não conduziu os antigos a definições e a axiomas rigorosos é que certos fenômenos lhes eram desconhecidos por falta de instrumentos. Outro motivo é que suas experiências eram pouco controladas, aduzindo inutilmente a testemunhos quando os fatos podiam ser experimentados. Um terceiro motivo é que lhes parecia fácil demais chegar à essência das coisas a partir da coleta de algumas qualidades sensíveis (Ibid., p. 53). Todavia, ao contrário do que pensava Bacon, a experiência não dispensa a teoria prévia, o pensamento dedutivo ou mesmo a especulação, mas força qualquer deles a não dispensarem, enquanto instância de confirmação última, a observação dos fatos (SANTOS, *op. cit.*, p. 13).

¹⁸ SCHERER, Daniel C. **A raiz antitomista da modernidade filosófica**. Formosa: Edições São Tomás, 2018, p. 183-185. No campo filosófico, Galileu é mais importante pela contribuição quanto ao método científico do que pelas revelações astrofísicas encontradas em sua obra. O primeiro princípio do método galileano é a observação dos fenômenos, tais como eles ocorrem, sem que o cientista se deixe perturbar por preconceitos extracientíficos, de natureza religiosa ou filosófica. Quando Galilei aperfeiçoou o telescópio – instrumento científico considerado irracional – e pôs-se a observar os astros, deixou de lado as ideias de perfeição dos corpos celestes, tal qual afirmara a astronomia aristotélica. O segundo princípio do seu método consiste na experimentação, segundo a qual nenhuma afirmação sobre fenômenos naturais que se pretenda científica pode prescindir da verificação de sua legitimidade através da produção do fenômeno em determinadas circunstâncias. O terceiro e último princípio da metodologia galileana estabelece que o correto conhecimento da natureza exige a descoberta da sua regularidade matemática. Formulando esses princípios, Galileu reestruturou todo o conhecimento científico da natureza e abalou os alicerces que fundamentavam a concepção medieval do mundo, ao demonstrar o engano do espírito lógico-dedutivo da filosofia natural aristotélica quando aplicado à explicação dos fenômenos físicos. Pôs, assim, de lado o finalismo aristotélico e escolástico, segundo o qual tudo aquilo que ocorre na natureza ocorre para cumprir desígnios superiores, mostrando que a natureza é fundamentalmente um conjunto de fenômenos mecânicos, tal como afirmara Demócrito na antiguidade (GALILEI, Galileu. **O ensaiador**. Tradução de Helda Barraco. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 96-97). *O ensaiador* (1623) está longe da importância dos *Discursos* (1638) pela enunciação geométrica e sistemática das leis do movimento. Contudo, seu valor filosófico e intelectual é inquestionável, porque é nela que Galileu elabora a distinção entre as qualidades primárias e secundárias, visando a eliminar as qualidades subjetivas e a reduzir a natureza a termos quantitativos passíveis de tratamento matemático. Opondo-se à abordagem qualitativa aristotélica, Galileu alinha-se ao atomismo grego, defendendo uma posição que concorda com Demócrito (MARICONDA, *op. cit.*, p. 58).

¹⁹ CORNELLI, Gabriele; COELHO, Maria Cecília de Miranda N. “Quem não é geômetra não entre!” Geometria, Filosofia e Platonismo. **Kriterion**: revista de filosofia, [S.l.], v. 48, n. 116, dez. 2007, p. 419. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0100-512X2007000200009>. Acesso em: 23 ago. 2021. Aristóteles via nos pitagóricos a crença de nutrir-se das matemáticas como se os seus princípios (*archai*) fossem de tudo, pensando “que os

Leibniz) tomaram a matemática como modelo de verdade para todas as experimentações científicas, pois o “livro da natureza” estava inscrito em caracteres geométricos. A matemática e suas leis – como as formas platônicas na era anterior – constituíram-se na linguagem perfeita da ciência insurgente²⁰, cujo esforço tinha por objetivo decodificar a “arquitetura matemática” do mundo.

As ideias matemáticas aplicadas aos fatos da experiência permitiriam ascender a um conhecimento mais profundo e rigoroso da natureza, construindo uma teoria científica dos próprios fatos. A física moderna permitiu formalizar números que decifravam os mistérios do universo, e foi esse desvelamento da realidade que encantou a humanidade. No entanto, a nova física não foi apenas a “matematização” das ciências: implicou o abandono das explicações finalísticas do saber. E se a natureza não podia ser explicada por seus fins, se ela não os tem, qualquer tentativa de explicação científica de sua finalidade seria criticável desde o início²¹.

Junto a essa mudança, também está a mutação das ideias sobre o homem, a ciência, o homem de ciência e o seu trabalho científico. Mudada a imagem do mundo, muda-se a imagem do homem. Altera-se também a imagem da ciência, cujo traço característico é, agora, o método. A matemática fornece à ciência moderna não só o instrumento privilegiado de análise, como também a lógica da investigação e o modelo de representação da própria estrutura da matéria. A revolução científica não consiste somente na adesão a teorias novas e diferentes sobre o universo: é, simultaneamente, uma revolução da própria ideia do saber²².

A nova ciência pesquisa discursos sobre o mundo natural enquanto mensurável por fórmulas matemáticas. Para Copérnico, Kepler e Galileu, a revolucionária teoria astronômica é a exata descrição da realidade, obtida mediante um método seguro. Juntamente à cosmologia

elementos dos números eram elementos de todas as coisas, e que a totalidade do céu era harmonia e número” (ARISTÓTELES, *Metafísica*, cit., I, 5, 985b, p. 27). É verdade que Platão tinha a geometria em alta conta, levando a subscrevê-la como disciplina elementar da sua Academia de Atenas. Acontece que o filósofo grego não pretendia identificar o método de todas as ciências, como os modernos fizeram depois, mas apenas fundar um ideal analógico ou aproximativo para toda investigação científica.

²⁰ BERMAN, Harold J. **Law and revolution**: the formation of the western legal tradition. Cambridge: Harvard University Press, 1983, p. 155. “A filosofia encontra-se escrita neste grande livro que continuamente se abre perante nossos olhos (isto é, o universo), que não se pode compreender antes de entender a língua e conhecer os caracteres com os quais está escrito. Ele está escrito em língua matemática, os caracteres são triângulos, circunferências e outras figuras geométricas, sem cujos meios é impossível entender humanamente as palavras; sem eles nós vagamos perdidos dentro de um obscuro labirinto.” (GALILEI, *op. cit.*, p. 119.) A metáfora do “grande livro” da natureza é uma oposição polêmica de Galileu aos seguidores de Aristóteles, os quais acreditavam, ou ao menos supunham, que a filosofia estava toda contida nos livros aristotélicos. Trata-se de uma imagem recorrente na obra de Galileu e nela está presente a referência crítica àqueles que sustentam que o estudo dos livros pode ser suficiente para aprender a filosofia (MARICONDA, *op. cit.*, p. 545, n. 3). “*Deus é matemático. E o trabalho de Kepler consistiu exatamente na caça das harmonias matemáticas e geométricas do mundo*, e ele acreditou ter encontrado muitas” (REALE; ANTISERI, *op. cit.*, p. 187, grifado no original).

²¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei**: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 41-42.

²² REALE; ANTISERI, *op. cit.*, p. 143-145; SANTOS, *op. cit.*, p. 14.

aristotélica, a revolução científica leva à rejeição das categorias, dos princípios e das pretensões essencialistas. O saber dos antigos é falso por pretender conhecer essências; a nova ciência pretende saber qualidades, funções e eventos dos entes. Não indaga mais o *que*, e sim o *como*²³.

Baseado nesses pressupostos, o conhecimento científico avança pela observação livre, descomprometida, sistemática e, tanto quanto possível, rigorosa dos fenômenos naturais. A nova ordem baconiano opõe à incerteza da razão entregue a si mesma a certeza da experiência ordenada. Galileu refuta as deduções biofísicas aristotélicas na medida em que são insuscetíveis de comprovação empírica²⁴. O fracasso da filosofia clássica foi deduzir todas as conclusões de princípios não-evidentes, ainda que a dedução tenha operado corretamente. Se as premissas são falsas ou obscuras, também o serão as conclusões que as acompanham²⁵.

Nesse cenário, era preciso estender as novas conclusões para além do ramo das ciências da natureza. Promove-se uma lenta revolução cultural na tradição que durava dois milênios, pela qual o lugar privilegiado do confronto dialético na instigação do conhecimento é suplantado pela descrição metódica da experimentação repetida. O problema não foi derrocar a filosofia natural aristotélica, que já havia caducado, mas em levar junto à decadência a sua filosofia moral. Dentro dessa efervescência ideológica, coube a alguém reformular os fundamentos da filosofia primeira e, em seguida, da própria ética.

2.1.1.2 O racionalismo de René Descartes e a nova moral

Esse novo paradigma gnosiológico resultou em um encobrimento ou desvalorização da experiência cotidiana com o mundo, cujo exercício se dava pela valoração íntima de cada indivíduo. Por trás desse questionamento acerca da validade da percepção imediata sobre as coisas está a convicção de que o mundo verdadeiro e compreensível se dá pela álgebra, jamais pelo mundo vivido²⁶. Já não é mais a experiência comum, e sim o pensamento matemático, o teste de verdade dos objetos. O homem não se expõe a experimentar diretamente a realidade, mas a defender-se dela com seus esquemas lógico-mentais. Pouco tempo depois, essa exigência

²³ REALE; ANTISERI, *op. cit.*, p. 144-146.

²⁴ SANTOS, *op. cit.*, p. 13-14.

²⁵ ROVIGHI, *op. cit.*, p. 68.

²⁶ TAXI, *op. cit.*, p. 63-64. Cf. DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 37-39.

é radicalizada dentro da filosofia para se tornar a primeira e fundamental premissa do método cartesiano²⁷.

A modernidade não só adotou um conceito empírico de ciência, que exige objeto e método bem definidos, passíveis de experimentação²⁸, mas também aceitou a dúvida metódica, para a qual toda proposição sobre a qual recai alguma incerteza é classificada de irracional. Em outras palavras, racional é somente aquilo do qual se possa extrair uma certeza, isto é, um objeto conhecido²⁹, cuja unidade teórica do sistema esteja assegurada. O propósito de René Descartes será construir uma explicação científica do universo a partir do qual será possível alcançar um conhecimento seguro, certo e universal³⁰.

Atento na busca por um saber mais rigoroso sobre a natureza, Descartes não se contenta em lançar os contornos de um novo saber, como Galileu, mas quer refundar o próprio saber sobre novas bases, diferentes das antepassadas. Para tanto, começa pelas raízes, pela filosofia primeira (metafísica), para que sejam aptas a sustentar o tronco da física mecanicista³¹ e da moral geométrica. Com a primazia do pensamento sobre a existência, do ideal sobre o real, o novo princípio primeiro da filosofia não pode ser outro senão o *cogito ergo sum* (“penso, logo existo”)³².

²⁷ SCHERER, *op. cit.*, p. 188. Essa cosmologia nascente representa uma defesa da construção racional metódica como a autêntica descoberta, funcionando sob o pressuposto de que o que pode ser concebido na razão pode ser executado na prática. *Práxis* deixa de ser o âmbito para o desvelamento das próprias condições da teoria e passa a ser entendida como o mero lugar de aplicação dela. Há uma fusão entre razão prática e teórica, que não podem mais estar cingidas no momento da produção do conhecimento. “Uma ciência baseada na experimentação exige por si só *as técnicas de prova*, as operações manuais e instrumentais que servem para controlar uma teoria, isto é, saber unido à tecnologia.” (REALE; ANTISERI, *op. cit.*, p. 150.)

²⁸ ECHAVARRÍA, Martín F. **De Aristóteles a Freud**: ensaio de filosofia da história da psicologia. Tradução de Adriel Teixeira. Rio de Janeiro: Edições C.I., 2019, p. 49. Não deixa de ser contraditório o fato de que o raciocínio correto dependa sua validade de uma análise experimental, por uma concessão do racionalismo ao empirismo. Essa incorporação do experimento viria mais tarde a ser rejeitada pelo positivismo lógico. Sobre o tema, cf. MACINTYRE, Alasdair C. **Depois da virtude**: um estudo em teoria moral. Tradução de Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001, p. 141-145.

²⁹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado de argumentação**: nova retórica. 2. ed. Tradução de Vergínia K. Pupí. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 01-06. A metodologia deve preceder o conhecimento do objeto, pois o método é a primeira condição para conhecer a verdade (ROVIGHI, *op. cit.*, p. 67). Esse pensamento tem duas consequências principais. Em primeiro lugar, conhecer significa *quantificar*. O rigor científico afere-se pelo rigor das medições. As qualidades intrínsecas do objeto são desqualificadas e passam a imperar, em seu lugar, as quantidades que eventualmente se possam traduzir. O que não é quantificável é cientificamente irrelevante. Em segundo lugar, conhecer significa *dividir* e *classificar*, para depois determinar relações sistemáticas entre o que se separou. O mundo natural é complicado e a mente humana não o pode compreender completamente, e o método científico se assenta na redução da complexidade. A segunda regra *do Método* (1637) consiste precisamente em dividir cada uma das dificuldades em tantas parcelas quanto possível para melhor as resolver (SANTOS, *op. cit.*, p. 15). Para as quatro regras, cf. DESCARTES, *op. cit.*, p. 23.

³⁰ SCHERER, *op. cit.*, p. 186.

³¹ ROVIGHI, *op. cit.*, p. 115.

³² SCHERER, *op. cit.*, p. 187-188. Cf. HUSSERL, Edmund. **A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental**: uma introdução à filosofia fenomenológica. Tradução de Diogo Falcão Ferrer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 59. No realismo clássico, o *ser* é a condição do *conhecer*; no idealismo moderno,

Segundo Descartes, a menor dúvida era, a princípio, um sinal da presença de um possível erro. Para se ocupar da verdade, era preciso “rejeitar como absolutamente falso tudo em que pudesse imaginar a menor dúvida, a fim de ver se depois disso não restaria em minha crença alguma coisa que fosse inteiramente indubitável.”³³ O conhecimento certo deixa de ser concebido progressivamente e, agora, passa a ser claro e seguro (*raisonnements clairs et assurés*), a partir da simples demonstração mental, sem qualquer elemento de falsidade. Não há mais espaço para equívocos, muito menos para a incerteza da opinião e da probabilidade³⁴.

Cria-se um conceito de racionalidade no qual todo sentimento deve ser banido para se alcançar um pensamento puro e livre de qualquer tipo de emoção³⁵. O filósofo francês ressaltou a dicotomia entre o conhecimento universal e imutável operado pelas ciências exatas e o conhecimento falso e limitado fundado na probabilidade, cuja correção da hipótese não está baseada num método seguro e eficaz. Por consequência, todo raciocínio que não possuísse validade universal era desvalorizado e considerado como mera opinião, cujas circunstâncias modificáveis eram incapazes de alcançar o nível da veracidade³⁶.

A partir de então, pode-se falar em um modelo global de racionalidade científica que, embora admita variedade interna, distingue duas formas de conhecimento não científico, isto é, potencialmente irracionais: o senso comum e as humanidades ou estudos humanísticos, dentre as quais se incluem os campos históricos, linguísticos, jurídicos e literários. Nega-se o caráter racional a toda forma de saber que não se pautem pelos seus postulados epistemológicos e suas regras metodológicas. É esta a sua característica fundamental que melhor simboliza a ruptura do novo paradigma científico com o precedente³⁷.

é o *conhecer* a condição do *ser*. Descartes vai das ideias às coisas e não das coisas para as ideias, preterindo a ordem do pensamento à própria existência da coisa. Essa guinada cartesiana parte da consciência individual do sujeito para libertar-se das opiniões recebidas de fora, emancipando-se, em um primeiro momento, da autoridade dos dogmas, e submetendo metodicamente todo o dado, todo o conhecimento, à dúvida. Tenta-se solucionar o problema gnosiológico através do raciocínio dubitativo, cujo objetivo é a certeza metódica. Deste princípio, resultaram as direções racionalista, idealista e crítica do pensamento moderno (DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. 5. ed. Tradução de António José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 81-82).

³³ DESCARTES, *op. cit.*, p. 37.

³⁴ PERELMAN, Chaïm. **The idea of justice and the problem of argument**. Translated by John Petrie. London: Routledge & Kegan Paul, 1963, p. 116-117. Verdade e certeza são coisas bastante diferentes. A primeira é a conformidade do entendimento com a coisa; a segunda é uma firme convicção de uma verdade real ou aparente. A certeza não é a verdade, mas precisa pelo menos da ilusão da verdade: podemos estar certos de uma coisa falsa; mas, não estaríamos se não acreditássemos que fosse verdadeira (BALMES, Jaime. **Filosofia fundamental**. t. II. Madrid: BAC, 1963, p. 10).

³⁵ RUIZ, Rafael. **Literatura e crise**: uma barca no meio do oceano. São Paulo: Cultor de Livros, 2015, p. 147. Claro e distinto, isto é, evidente, são apenas os objetos do puro intelecto, cuja experiência sensível não os torna incerto, pois não é turvado pela mancha flutuante dos sentidos (ROVIGHI, *op. cit.*, p. 70).

³⁶ TAXI, *op. cit.*, p. 78-79.

³⁷ SANTOS, *op. cit.*, p. 10-11. Consubstancia-se, com sucessiva ascensão, na teoria heliocêntrica dos planetas de Copérnico, nas leis de Kepler sobre as órbitas elípticas dos planetas, nas leis de Galileu sobre o movimento dos

O conhecimento verdadeiro passa a ser entendido como necessariamente racional e objetivo, devendo o saber da ordem ética ser buscado não mais no agir razoável, verossímil ou provável, mas no único conhecimento verdadeiramente científico. Este novo tipo de saber, longe das questões contingenciais aristotélicas, é expandido para também englobar todas as relações humanas³⁸. A sabedoria prática (*phrónesis*) é absorvida pela razão demonstrativa e integradora (*sagesse*), alicerçada em raciocínios exatos, derrubando as fronteiras entre o agir e o conhecer, num paradoxal regresso ao platonismo socrático.

Na ética clássica, a moral era algo que se aprendia fundamentalmente praticando atos bons. O ponto de partida era o *ethos* vivido na comunidade, cujas razões o saber prático explicita, ordena e comprova, estando disponível à liberalidade subjetiva. Com Descartes, dá-se uma reviravolta nessa abordagem. No seu método, não é preciso exercitar nem se corrigir para agir bem, bastar pensar corretamente (*conclusion assez certaine*). Isso introduziu um componente revolucionário na formatação da sociedade moderna: passou a ser perfeitamente crível idealizar um protótipo abstrato, qualificar sua conduta de boa e, depois, propor um plano de máximas comportamentais que, se seguidas à risca, concretizarão o modelo idealizado³⁹.

A razão instrumental, tendo alcançado a verdade do mundo e do homem, manifesta-se livremente na constituição de um *ethos* plenamente racionalizado. Tal é o ideal da moral científica que guiará, como arquétipo da perfeita correlação entre saber e agir, o roteiro da ética moderna até Kant, concebendo diversas variações na era pós-crítica⁴⁰. Aquele racionalismo cartesiano faz com que a metodologia das ciências humanas também fosse técnica e normativa, partindo não mais dos fatos, mas das ideias. É o monólogo intelectual posto em execução, contrário à disputa de ideias (dialética) típica dos medievais.

A compreensão clássica de que a ação correta depende de uma série de fatores que só podem ser auferidos ocasionalmente é rechaçada com base na promessa de uma ética futura

corpos, na grande síntese da ordem cósmica de Newton e, finalmente, na consciência filosófica que lhe conferem Bacon e Descartes. Sobre os métodos opostos seguidos por estes dois filósofos (respectivamente, indutivo e dedutivo), cf. DEL VECCHIO, Lições de filosofia do direito, cit., p. 81.

³⁸ TAXI, *op. cit.*, p. 75-76.

³⁹ RUIZ, Literatura e crise, cit., p. 50-51. A história da ética moderna tem início aqui, cujas direções fundamentais serão apontadas por Hobbes e pelo empirismo inglês. Diferentemente dos modernos, Aristóteles não prescreveu nenhum conjunto de aforismas para se viver uma boa vida; afinal: “tornamo-nos justos praticando atos justos, moderados agindo moderadamente, e corajosos agindo corajosamente.” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário de Gama Kury. São Paulo: Madamu, 2020, II, 1103b, p. 51-52.) Este esforço é obra do hábito, o que será analisado mais à frente.

⁴⁰ VAZ, *op. cit.*, p. 284. Kant tentará dominar os dois roteiros empirista e racionalista, unificando-os nas duas faces – crítica e metafísica – da sua moral. A ética kantiana representará, ao mesmo tempo, o termo da evolução da ética propriamente moderna e o começo da ética contemporânea (Ibid., p. 291). Esta última se inicia com os teóricos da linguagem, que irão criticar o uso instrumental e solitário da razão, em detrimento da sociabilidade comunicativa. Em Jürgen Habermas, isso só será corrigido pela progressiva descentração de nossa visão egocêntrica de mundo.

não apenas universal, mas matemática, na qual cada situação possível seria determinada previamente com exatidão⁴¹. Embora o filósofo francês não tenha logrado redigir a sua “moral definitiva”, legando-nos apenas uma *moral provisória*, será pela direção apontada pelo cartesianismo que a ética moderna caminhará⁴².

O que ocorreu em Descartes, influenciado pelo espírito moderno, foi uma limitação do conceito de racionalidade a uma manifestação específica do intelecto, excluindo dela outras formas de raciocínio baseadas no diálogo e na verossimilhança, as quais fogem à certeza apodítica. O seu erro foi justamente confiar que todo conhecimento humano, para ser válido, deveria ser guiado pelo método científico⁴³, dispensando elementos volitivos e emocionais. Logo os filósofos modernos irão intuir que não só as ciências naturais, mas também as sociais, precisam de uma virada metodológica para adquirirem autossuficiência.

2.1.1.3 Consequências da revolução científica para as ciências humanas

A modernidade admitiu como válido apenas o saber construído *more geometrico* (racionalismo) ou por indução (empirismo). O conhecimento baseado na experiência integral, que visava à totalidade e à harmonia do conjunto, deveria ser reconhecido como responsável pela falsidade científica, por sua falta de precisão. Ignorada a experiência vulgar dos sentidos e fiando-se no poder da razão sobre os fatos singulares, os novos homens (*homines novi*) poderiam vencer as paixões e alcançar o conhecimento pleno e acabado do universo⁴⁴.

Esse procedimento científico não deixa de ser um processo de rejeição da filosofia aristotélica e medieval então dominante. O que os separa não é tanto uma melhor observação dos fatos quanto uma nova visão do mundo e da vida: os protagonistas do novo paradigma travam uma luta contra todas as formas de dogmatismo e autoridade. Ao contrário da ciência aristotélica, a moderna desconfia sistematicamente das evidências da experiência imediata. Tais evidências, que estão na base do conhecimento vulgar, são consideradas ilusórias. Essa nova cosmovisão leva a uma distinção fundamental entre conhecimento científico e senso comum⁴⁵.

Embora seja uma aspiração louvável, as consequências dessa divisão podem ser desastrosas, se empreendidas sem o devido cuidado na transição. A partir da caducidade da cosmologia aristotélica (física, biologia, astronomia etc.), muitos se sentiram finalmente livres

⁴¹ TAXI, *op. cit.*, p. 96. Esse empreendimento foi levado à cabo, sobre todos, por Baruch Spinoza, na sua *Ética, demonstrada à maneira dos geômetras* (1677).

⁴² VAZ, *op. cit.*, p. 275-276. Cf. DESCARTES, *op. cit.*, p. 27-36.

⁴³ TAXI, *op. cit.*, p. 79.

⁴⁴ SCHERER, *op. cit.*, p. 192; VILLEY, *A formação do pensamento...*, cit., p. 588.

⁴⁵ SANTOS, *op. cit.*, p. 12.

para desfazer-se da incômoda herança da metafísica tradicional. Se é inegável que a maioria das explicações antigas acerca das ciências naturais se tornaram antiquadas ante as recentes descobertas científicas do século XVII, o transplante dessas conclusões para o plano social, invalidando grande parte do pensamento clássico-medieval, pode ter sido um equívoco do qual apenas há poucas décadas começamos a nos livrar.

Isso porque, desaparecida as discussões teleológicas, triunfa uma nova lógica de linguagem quantitativa, sem resquícios da antiga dialética, predominante no imaginário medieval e responsável pelo raciocínio sobre qualidades tais quais o justo e o razoável. O maior problema dessa visão extremamente objetiva do mundo é a forte tendência de invalidar todo o saber humano que esteja fora dos parâmetros das ciências técnicas, superando a dicotomia entre razões teórica e prática. Em pouco tempo, a regularidade das ciências naturais irá intrigar os que desejavam encontrar na jurisprudência e nas leis a mesma estabilidade. Não será preciso esperar muito até que aquele preconceito moderno seja também aplicado ao direito⁴⁶.

Este perderia sua dimensão prudencial de diálogo e interpretação, com aproximação da justiça e da verdade pelo uso da razão prática interpessoal. Despreza-se o alerta aristotélico de que os assuntos humanos não poderiam ser tratados com o mesmo rigor da matemática, cujo

⁴⁶ VILLEY, A formação do pensamento..., cit., p. 588-589. Vale notar que o pesquisador das atuais ciências sociais está tão preocupado em afirmar a “cientificidade” do seu trabalho, ao passo que esta preocupação não está presente no cotidiano dos cientistas naturais. Talvez porque o termo “ciência” esteja reservado, quase que exclusivamente, àquelas matérias que progridem de uma maneira evidente e inequívoca (KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 11. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, p. 204). Contra o mito do método “neutro” nas ciências naturais, cf. POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquerone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 17-18; e nas ciências sociais: FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 28-30. Os fenômenos – sejam naturais, sejam sociais – jamais se encontram em estado puro na natureza: estão sempre mesclados com outras realidades correlatas. A ação humana, por exemplo, pode ser estudada tanto do viés jurídico quanto psicológico, político, antropológico, ético, econômico ou anatômico. Daí conclui-se que a distinção entre as diferentes disciplinas científicas não pode ser feita a partir do seu objeto material, mas sim do seu enfoque teórico sobre o problema. Nesse arranjo, o estudo interdisciplinar se destaca por exigir mais do que uma simples contribuição ocasional de especialistas de outras áreas, que formam uma “colcha de retalhos” de proposições isoladas das ciências diferentes, sem um referencial teórico dentro do qual se integrem e façam sentido. Só pelo engajamento total destes em torno de pontos comum, durante todas as fases da pesquisa científica, cada ciência pode pretender explicar e compreender, integralmente, o estatuto de conhecimento que toma como seu, visto que o principal objetivo da interdisciplinaridade é reconstituir a unidade do objeto que a fragmentação dos métodos, na modernidade, inevitavelmente acarreta (MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 186-189). O método é a escolha por parte do cientista da própria direção da pesquisa e a determinação da sua finalidade. É dizer, é a ligação prévia e consequente do espírito ao que ele quer saber (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e racionalidade moderna**. São Paulo: Loyola, 1993, p. 121). Trata-se de um erro cartesiano supor que, primeiramente e através de um ato inicial de apreensão, podemos compreender o significado completo das premissas de um sistema dedutivo, para, somente então e apenas em seguida, proceder à pesquisa neutral daquilo dela decorrente. É apenas à medida que compreendemos o consequente dessas premissas que compreendemos as próprias premissas. Se e quando começamos pelas premissas, nossa compreensão inicial será sempre parcial e incompleta.

objeto é desprovido de matéria⁴⁷, pois os casos particulares são sempre dotados de nuances que os singularizam. Por isso, a palavra final da justiça não poderia estar na lei, mas na prudência jurídica do sábio, capaz de interpretá-la em consonância com as aspirações de justiça da tradição a que pertence⁴⁸.

Esta solução não poderá prevalecer na era dos métodos científicos, cuja posição mais comum era de que a virtude é secundária às leis ou regras. Não houve propriamente uma refutação em matéria moral, mas um efetivo abandono por extensão: o cultivo interior das virtudes é inadequado para o rigor do método. Contudo, este não foi o único motivo desta mudança de rota: a rejeição da teoria aristotélica deveu-se também às deficiências religiosas e morais percebidas na abordagem das virtudes. Apenas uma moralidade centrada na lei geral e universal serviria aos ímpetus modernos de segurança e certeza.

A deposição do caráter começará em breve nas ciências humanas, persistindo em uma sucessão de autores nos séculos seguintes. Racionalismo e empirismo, cada qual a seu modo, foram forças antagônicas e simbióticas ambas rivais do aristotelismo escolástico. O salto no escuro já havia sido dado, mas o seu pior inimigo ainda estava por vir: o voluntarismo, que se iniciara ainda na Idade Média, sob o nominalismo franciscano, e será responsável pela deturpação dos seus significados linguísticos.

2.1.2 O voluntarismo de Thomas Hobbes e a desconstrução da ética clássica

Thomas Hobbes foi, certamente, quem deu o passo decisivo na desconstrução da ética teleológica clássica ao adotar um modelo excessivamente físico, de feição mecanicista, na concepção do ser humano e na compreensão do seu agir. Essa asserção rejeita radicalmente o finalismo da ideia do Bem, eixo de sustentação do pensamento ético ocidental desde Platão, e explica as atividades humanas em termos de exclusiva satisfação das necessidades materiais individuais⁴⁹. Se Nicolau Maquiavel abriu a senda do pensamento político moderno, é Hobbes quem vai primeiro articular e desenvolver uma teoria da política moderna.

A separação da ética e da política – e, posteriormente, da ética e do direito – é um dos traços distintivos da modernidade, sendo *O Príncipe* de Maquiavel (1513), a primeira e

⁴⁷ ARISTÓTELES, *Metafísica*, cit., II, 3, 995a 15, p. 81. Esse conselho foi seguido por Hugo Grócio, mas contestado por Samuel Pufendorf e outros modernos.

⁴⁸ PINHEIRO, Victor Sales. A prudência do diálogo. **A crise da cultura e a ordem do amor**: ensaios filosóficos. São Paulo: É Realizações, 2021, p. 209. A equidade era como uma “ponderação da legalidade”, para fazer justiça à particularidade do caso único. Não é por acaso que os adjetivos racional e razoável derivam da mesma raiz morfológica “razão”; ambos se referindo a situações distintas, embora muitas vezes complementares.

⁴⁹ VAZ, *op. cit.*, p. 23.

mais influente defesa do “realismo político” a partir de um relativismo moral. Considerado o primeiro moderno, ele não só libertou a ação política do jugo da moral, como revelou a realidade nua e crua da disputa ilimitada pelo poder. Derrocou, com isso, o ideal de excelência moral – que, embora raro, guiava as consciências de uma sociedade civilizada –, naturalizando as condutas imorais ao impedir a análise integrada do comportamento humano⁵⁰.

2.1.2.1 Pressupostos (meta)éticos de uma nova ciência da política

Segundo Leo Strauss⁵¹, o mais inovador na nova ciência política hobbesiana é a concepção de um universo exclusivamente constituído por corpos atômicos em movimento, sem nenhuma finalidade. O fato de que o único conhecimento certo e disponível, segundo o autor do *De corpore politico* (1640), não estar voltado para qualquer fim além “das proporções e das propriedades das linhas e das figuras”⁵² agravou um preconceito já existente contra toda a tradição teleológica anterior. Inaugura-se uma visão físico-mecânica do homem, sem qualquer referência a uma noção de bondade extrínseca à matéria.

⁵⁰ PINHEIRO, A herança de Maquiavel, *op. cit.*, p. 181. Na contramão da tradição clássica, o trunfo de Maquiavel foi o “realismo” de descrever a política tal como ela é, ao invés de projetar como ela *deveria ser*, obscurecida por ideais “imaginários e inatingíveis”. Seguida pelo pensamento político moderno, de Hobbes a Marx, a inversão maquiavélica consiste em julgar os ideais pelos fatos, considerando um “idealismo” prejudicial quem avalie os fatos pelo ideal da virtude (Ibid., p. 182). Cf. também SKINNER, Quentin. Machiavelli on misunderstanding princely virtù. **From humanism to Hobbes: studies in rhetoric and politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 45-62.

⁵¹ STRAUSS, Leo. **Direito natural e história**. Tradução de Bruno Costa Simões. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 207. Note-se que Hobbes não formula tudo isso inconscientemente. De forma bastante eficaz, exprime a nova atmosfera espiritual e sanciona, junto a Bacon e Descartes, o fim de uma era filosófica e o início de outra, fechadas as portas ao pensamento antigo e medieval, sem possibilidade de retorno. Em especial, Hobbes observou o mérito de seu correspondente Galileu e a necessidade de fundar uma nova ciência do Estado tendo como base esse modelo mecanicista. A intenção de ser o *Galilei da filosofia*, ou melhor, da ciência política, é evidente em várias partes dos seus escritos (REALE; ANTISERI, *op. cit.*, p. 390). É, no mínimo, paradoxal que um filósofo que pretendia ser conhecido como físico tenha entrado para a história do pensamento como um dos mais revolucionários estudiosos da política, enquanto se esquece a ciência natural que fez. O inovador em sua obra foi trazer o método moderno para a consideração da política, pretendendo, com isso, torná-la uma ciência – dirá, mais tarde, que a “ciência política” não é mais antiga que seu livro *Do Cidadão*. Embora reconheça a diferença entre as verdades físicas, que não contradizem os apetites, e as políticas, que se chocam diretamente com as paixões, geometrizava a política procurando submetê-la a uma demonstração dedutiva a fim de fazê-la irrefutável. Nesse panorama, a ética aristotélica fundada sobre a prudência e a dialética não pode ser verdadeira ciência, já que não está constituída sob o método geométrico, que assegura a precisão das definições, nem o conhecimento das causas eficientes das leis naturais, quais sejam: as paixões que inflamam o comportamento humano. Seguindo o seu mestre da física, nutria um patente antiaristotelismo. Para aprofundar, cf. FRATESCHI, Yara. **A física da política: Hobbes contra Aristóteles**. Campinas: Editora da UNICAMP, 2008, p. 47 e ss.

⁵² HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berliner São Paulo: Martins Fontes, 2003, XLVI, p. 557. Assim como a física é uma aplicação da matemática ao dado das sensações, a ética e a política são uma aplicação das leis feitas pelos homens tendo como material os sentimentos e as paixões humanas. Com isso, as causas formais (leis), materiais (emoções) e eficientes (homens) das ciências práticas apontam para um fim realista bem diferente daquele observado na tradição precedente, qual seja, a conservação da paz.

Esta concepção de natureza manifesta-se na substituição de um modelo finalista para um atomista. Neste mundo que prescinde da dimensão sobrenatural e cujas explicações se concentram no nível puramente físico-temporal, a natureza do homem é agora encontrada não na sua finalidade última (Deus, salvação eterna, vida comunitária), mas pelas causas das suas ações (vontade, instinto, desejo). O direito da natureza deixa de ser exigido pela preparação da cidade divina, para que decorra da manifestação das tendências cegas naturais do homem ou da necessidade de as garantir. Ao prescindir da ideia de finalidade, de ordenação do homem a algo que o transcende, esse novo pensamento fica limitado, nas suas referências, ao indivíduo⁵³.

Os nominalismo e naturalismo ingleses encampados pela filosofia hobbessiana conduzem à proposição de teses radicalmente contrária às concepções teleológicas das éticas clássicas e, ainda – à parte do racionalismo cartesiano –, inauguram uma corrente radicalmente alternativa na história ocidental. A relativização das noções de bem e mal, referidas unicamente ao modo de pensar de cada indivíduo, promoveu uma profunda ruptura com a tradição platônica da unidade do saber ético apoiada na objetividade do conhecimento do Bem (*agathon*)⁵⁴, que, no Ocidente, se sagrou vencedora a duras penas após o combate dialético com os sofistas.

Ele atribui parte do fracasso da tradição antecedente a um erro fundamental: a filosofia política tradicional supunha que o homem é, por natureza, um animal político ou social (*zôion politikón*)⁵⁵. Ao rechaçar essa suposição, adere ao filósofo helenístico Epicuro, para quem o homem é, originariamente, ser associal. Contudo, o uso dessa concepção apolítica tem um propósito político: ao afastar-se do “idealismo” político platônico-aristotélico que procura

⁵³ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Lisboa: Almedina, 2002, p. 301. A semelhança com o projeto cartesiano é clara – ambos aceitam que não se pode ter uma experiência direta e confiável do mundo externo a partir dos sentidos ou da imaginação, pois tudo o que percebemos é a atividade interna do nosso intelecto –, mas a bifurcação de caminhos aparece já no plano metafísico: a metafísica da interioridade espiritualista do racionalista Descartes diverge da metafísica da exterioridade naturalista do empirista Hobbes (VAZ, *op. cit.*, p. 297-298). Este teve a audácia de estender as lições da física mecânica para o domínio da alma. Sobre a sua doutrina do carácter subjetivo da totalidade dos fenómenos extraída de Galileu, cf. HUSSERL, *op. cit.*, p. 43.

⁵⁴ VAZ, *op. cit.*, p. 305.

⁵⁵ Para compreender adequadamente a nova concepção política de Hobbes é oportuno recordar que ela constitui a virada mais radical da clássica posição aristotélica. O Estagirita sustentava que o homem é constituído de tal modo que, para realizar sua própria natureza, é feito para viver com os outros numa sociedade politicamente estruturada, desejando e evitando as mesmas coisas, dirigindo suas ações para fins comuns e se agregando naturalmente (REALE; ANTISERI, *op. cit.*, p. 399). Na Grécia antiga, ser racional era ser sociável. O homem racional precisava dos demais para enxergar a realidade como um todo, porque sozinho não conseguia ir além do próprio horizonte. A tese da sociabilidade humana atestava a conaturalidade da comunidade e a insuficiência da vida isolada: aquele que vive sem cidade (*pólis*) é um ser imperfeito (um animal inferior) ou está acima da humanidade (um semi-deus), comparável ao homem detestável descrito por Homero: “*Um ser sem lar, sem família e sem leis*” (ARISTÓTELES. **A política**. 3. ed. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006, I, 2, 1253a, p. 4). Para aprofundar, cf. FRATESCHI, *op. cit.*, p. 17-46.

o melhor estado de coisas, exclui tudo o que é referente à investigação do modelo perfeito e aceita a premissa de que o *bem* é fundamentalmente idêntico ao *agradável*⁵⁶.

Atenuada a referência a uma ordem social natural, estabelece-se uma nova ideia – com antigas raízes helenísticas – de que os vínculos e a disciplina sociais são fatos artificiais, correspondentes à criação da ordem política por um acordo de vontades. A vontade passa a ser a única fonte da disciplina política e civil, embora o voluntarismo radical seja temperado pela expectativa de que essa vontade seja guiada pela razão calculadora⁵⁷, cuja função já não é mais conhecer o bem e o mal extraído da natureza dos próprios objetos.

A tradição até então predominante havia definido a lei natural em vista do fim ou da perfeição do homem na condição de animal racional ou social. O que Hobbes fez – partindo do “realismo político” maquiavélico, contrário ao ensinamento ético tradicional – foi preservar a noção de direito natural, divorciando-o, porém, da ideia de perfeição humana. Apenas sob a condição de que essa lei possa ser deduzida do modo como os homens efetivamente vivem (da força determinante da ação humana) é que ela poderá ser eficaz e ter algum valor prático. Portanto, a base acabada da lei natural deve ser buscada não na finalidade “utópica” (ideal) do homem por meio da razão – o seu fim último e modelo de vida moral –, mas nas suas origens “reais”, na mais poderosa de todas as inclinações: a paixão⁵⁸.

⁵⁶ STRAUSS, *op. cit.*, p. 204. Cf. HOBBS, *Leviatã*, cit., XV, p. 136-137. De fato, em Sócrates, o bom é igual ao agradável; mas não em sentido físico-sensível, e sim espiritual-orgânico: porque nenhuma virtude não é triste, mas alegre. Cf. PLATÃO. *Protágoras*. **Protágoras - Górgias**. v. III. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Belém: EDUFPA, 1980, 355a-360a, p. 98-105. Vale lembrar que o símbolo filosófico de Galileu e Bacon seja Demócrito, e de Hobbes e Espinoza seja Epicuro, em repugnância à autoridade que Platão e Aristóteles gozavam na escolástica. Epicuro foi o principal discípulo do materialismo atomista e mecanicista de Demócrito, expandindo suas reflexões para a filosofia moral na Grécia antiga. Há, portanto, uma nítida guinada contra o idealismo socrático, restaurando e coroando outros filósofos gregos no lugar daqueles. Isso prova como a história da filosofia jamais pode ser vista como uma sucessão de avanços lógicos ou dialéticos, tais quais nas ciências da natureza, pois está recheada de avanços e retrocessos, descobertas e encobrimentos, ora pendendo mais para um lado do que para o outro.

⁵⁷ HESPANHA, *op. cit.*, p. 297. “Quando os homens que se julgam mais sábios do que todos os outros clamam e exigem a razão como juiz, apenas procuram que as coisas sejam determinadas, não pela razão de outros homens, mas pela sua própria (...). Pois com isso nada mais fazem do que tomar por reta razão cada uma das paixões que sucedem dominá-los, e isto nas suas próprias controvérsias, revelando a sua falta de reta razão pelo fato de reclamarem dela.” (HOBBS, *Leviatã*, cit., V, p. 40.) Partindo do desacordo entre os indivíduos racionais acerca daquilo que julgam correto fazer, a razão desempenha um papel instrumental nas deliberações em circunstâncias particulares, não podendo ser o árbitro capaz de estabelecer quais interesses egoísticos devem prevalecer em um conflito, uma vez que os raciocínios das partes litigantes estão a serviço de interesses inevitavelmente privados. Essa parcialidade é o resultado espontâneo das preferências individuais que constituem os pontos de vista pessoais (LISBOA, Wladimir Barreto. Razão, história e justificação da lei civil segundo Thomas Hobbes. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 57, dez. 2008, p. 116).

⁵⁸ STRAUSS, *op. cit.*, p. 217-218. A diferença fundamental entre essas duas tradições não é que a maioria dos homens seja escravo das paixões – já que o bem não se realiza no homem espontaneamente –, mas em que medida o apetite sensitivo pode ser domado pela razão. É dizer, quais são as condições necessárias para que o homem supere o seu “estado natural” e venha a alcançar a plenitude do próprio ser, dominando as próprias inclinações de maneira correta. Em Hobbes, não há nada como uma transformação ou autoaperfeiçoamento do caráter pelo bom hábito reiterado, pois essa não é uma função racional humana. Diversamente, para os clássicos, virtudes são hábitos

No pensamento hobbesiano, a virtude perde sua especificidade como hábito do bom agir (*eu prattein*) que constitui a excelência (*areté*) do virtuoso; identificando-se, pois, com o movimento involuntário (*paixão*) na medida em que se compõe às leis da natureza e, sobretudo, se predispõe à obediência desta lei e do pacto social⁵⁹. Nesse cenário, a virtude é inteiramente relativa aos costumes, que são as “qualidades dos homens que dizem respeito à vida comum em paz e unidade”. Para este fim, “não existe o *finis ultimus* (fim último) nem o *summum bonum* (bem supremo) de que se fala nos livros dos antigos filósofos morais.” Já que a felicidade é uma contínua marcha do desejo, da obtenção de um objeto para outro⁶⁰.

Se não há meta suprema, a “consequência imediata disso é a demissão do juízo moral da política, a impossibilidade de se aquilatar seu aperfeiçoamento ou decadência, e a resignação diante da situação histórica do tempo presente”⁶¹, que é impropriamente elevada à condição universal e irresoluta do homem. Aquela calorosa contestação da abordagem idealista tradicional reside no dado de que cada homem é profundamente diferente dos outros e deles separados como um átomo ou partícula de egoísmo. Rompe-se a tensão entre ética e política, abrindo caminho para o questionamento das próprias noções de bem e de mal.

operativos (eletivos) que aperfeiçoam a liberdade e capacitam à prática do bem; e não simples costumes, adquiridos automaticamente sem passar por um processo de escolha voluntária e racional. Logo, os raciocínios práticos partem da escolha do meio para alcançar um fim, e a bondade de uma ação se mede pela coerência dos meios adequados a esse fim. “Como diz o Filósofo, nós temos por natureza a aptidão para a virtude, embora ela se complete pelo costume ou por alguma outra causa. Por onde, é claro que as virtudes nos aperfeiçoam, fazendo-nos seguir, do modo devido, as inclinações naturais compreendidas no direito natural.” (AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Tradução de Alexandre Correia. Campinas: Ecclesiae, 2016, q. 108, a. 2, p. 655.)

⁵⁹ VAZ, *op. cit.*, p. 306. “Ora, a ciência da virtude e do vício é a filosofia moral, portanto a verdadeira doutrina das leis de natureza é a verdadeira filosofia moral. Mas os autores de filosofia moral, embora reconheçam as mesmas virtudes e vícios, não sabem ver em que consiste a sua excelência, não sabem ver que elas são louvadas como meios para uma vida pacífica, sociável e confortável, e fazem-nas consistir numa mediocridade das paixões.” (HOBBS, *Leviatã*, cit., XV, p. 137;) Isso porque os filósofos não encontraram até o momento nenhum remédio para o fato de uma boa ação poder ser chamada de virtude, ou uma má ação ser chamada de vício, pois “não foram capazes de notar que a bondade das ações consiste em elas se subordinarem à paz, e o mal em se relacionarem à discórdia”. Assim, erigiram uma filosofia moral completamente distinta da lei moral, sem consistência interna, pois queriam que a natureza das virtudes fosse uma “certa mediocridade entre dois extremos, os quais seriam os vícios – o que é, evidentemente, falso.” (Idem. **Do cidadão**. Tradução de Renato Janine Ribeiro. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, III, 32, p. 73.)

⁶⁰ HOBBS, *Leviatã*, cit., XI, p. 85. Este é o marco fundante da ética individualista moderna, cujo conceito de felicidade é inteiramente subjetivo, desligado de qualquer noção exterior ao sujeito: “O *sucesso contínuo* na obtenção daquelas coisas que de tempos em tempos os homens desejam, quer dizer, o prosperar constante, é aquilo a que os homens chamam felicidade; (...) como é ininteligível a expressão *visão beatífica*, usada pelos escolásticos.” (Ibid., VI, p. 57, grifado no original.) E se não há um fim último ou uma razão capaz de empregar o seu intelecto na consecução de fins, o conhecimento do bem será indeclinavelmente delegado para uma autoridade externa, que é o Estado, para evitar conflitos e guerras. Essa é a lógica por trás do reducionismo prático de Hobbes, no qual a obrigação vai ser a instância segura para “conhecer o bem” – e não o contrário.

⁶¹ PINHEIRO, A herança de Maquiavel, *op. cit.*, p. 181. Não apenas a sociedade era produto de indivíduos e suas decisões, mas os próprios cidadãos eram concebidos como pessoas com capacidade de governar a si mesmos e determinar livremente o seu futuro. Guiados pela razão, eles não precisavam mais justificar suas atividades a autoridades exteriores, como a Igreja. Ao invés, cada indivíduo estava, em tese, autorizado a empregar seu próprio raciocínio para decidir o que era certo e errado (HERZOG, Tamar. **A short history of european law: the last two and a half millennia**. Cambridge: Harvard University Press, 2018, p. 163).

No contexto de guerras religiosas em que estava inserido, o desacordo em questões morais, políticas e teológicas era evidente. Pela simples observação dos fatos, concluía-se pela diversidade e divisão de opiniões entre os homens. Era preciso dar uma explicação causal para essa realidade. O filósofo inglês vai interpretar o conflito de crenças em termos de um estado de natureza antropológico, em que o interesse de cada indivíduo está em completa oposição aos interesses dos demais, pois cada um tece seus próprios juízos sobre tudo, inclusive os meios desejáveis para garantir a sua autopreservação.

Nesse estado natural, só é possível um tipo de sistema político que traga a paz para o povo. Com isso, “politizar” o homem não consiste mais em educá-lo moralmente conforme princípios racionais (*paideia*); mas, antes, significa introduzi-lo numa disputa de direitos para conservação dos próprios interesses pelo cumprimento do pacto. Há uma mudança no próprio conceito de política. Logo, perde-se aquela noção de que uns devem governar sobre outros em busca do melhor regime político possível, mas apenas para evitar guerras e contendas civis.

Daí surge, gradativamente, a ideia de que a ética é subjetiva, de que cada indivíduo pode syndicar a respeito da sua vida privada sem precisar justificá-la perante a sociedade a que pertence. Os assuntos públicos, relativos à vida social dos homens, são regulados pelas leis do Estado, que garantem a liberdade moral dos indivíduos para se autodeterminarem; já a vida privada é um castelo inviolável, desde que não cause nenhum prejuízo coletivo. As virtudes tornam-se “máximas” pessoais, e a ética se transforma numa questão de gosto e conformismo moral, pois a bondade das ações não está mais no fim alcançado, mas na avaliação subjetiva de cada um, considerada indiscutível⁶².

Nesse horizonte, não há mais espaço para o bem e o mal objetivos, isto é, valores absolutos. Dado que alguns homens desejam certas coisas que outros não, e alguns evitam determinadas coisas que outros não, decorre que bens e males são conceitos relativos. Logo, o bem é relativo à pessoa, ao lugar, ao tempo e às circunstâncias, como já sustentara o sofista

⁶² PINHEIRO, A codificação da moral e a sabedoria das virtudes, *op. cit.*, p. 220. “Pois o objetivo das leis (que são apenas regras autorizadas) não é coibir o povo de todas as ações voluntárias, mas sim dirigi-lo e mantê-lo num movimento tal que não se fira com os seus próprios desejos impetuosos, *com* a sua precipitação, ou indiscrição” (HOBBS, *Leviatã*, cit., XXX, p. 293). O problema central do pensamento político moderno não é tanto o da configuração da sociedade enquanto realização natural do homem, mas o da própria constituição da sociedade, como associação de subjetividades. Daí resulta que não se pode mais falar em comunidade sem referência ao poder, à soberania e à liberdade como sua condição de possibilidade. Aqui se manifesta com clareza a reviravolta de mentalidade com relação à tradição clássica: o tema fundamental não é mais a justiça da sociedade, e sim a liberdade individual, causa última da instauração do poder estatal e origem de toda a atividade política histórica (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e sociabilidade**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1996, p. 97-98).

Protágoras na antiguidade⁶³. Resolver o problema relacionado aos desacordos político-morais é o objetivo das obras *Do cidadão* (1642) e *Leviatã* (1651), analisadas adiante.

2.1.2.2 O estado de natureza e a lei positiva

No estado de natureza, o julgamento acerca do certo e do errado pertencia a cada indivíduo; logo, podia-se violar a liberdade do outro sem impedimentos. “As noções de certo e de errado, de justiça e injustiça, não podem aí ter lugar. Onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há injustiça.”⁶⁴ Nesse contexto, é necessário deixar esse estado natural para estabelecer um Estado civil cuja legislação universal distribua o devido a cada um, com um poder geral que assegure o direito de todos e um poder judicial que restabeleça a lei violada.

O pensador inglês vai conceber a lei como a espada autoritária pela qual o Estado porá freios aos desejos humanos. Como observa Sidney Silveira⁶⁵, a teoria política hobbesiana não pode ser compreendida se dissociada da sua antropologia, isto porque uma decorre da outra: para que haja um Leviatã, esse *deus mortal* ordenador dos impulsos egoístas humanos, antes é preciso reconhecer uma natureza humana depravada, incapaz de governar-se a si mesmo sem a clemência do Estado absoluto. Dada a natureza perversa dos homens, o *homo homini lupus* (“o homem é o lobo do homem”) está no fundamento mesmo do seu contratualismo social.

De fato, um dos principais poderes soberanos é o de estabelecer e declarar regras como critérios de medida geral, de tal modo que cada cidadão saiba o que é próprio (*meum*) e alheio (*tuum*), “justo e injusto, proveitoso e nocivo, bom ou mau, honesto e desonesto”. Essas normas são chamadas de leis civis ou da cidade, que “nada mais são do que as ordens de quem

⁶³ REALE; ANTISERI, *op. cit.*, p. 398. Daí a aproximação hobbesiana ao epicurismo não ser nada arbitrária, mas proposital: se as matérias atinentes ao espírito são fontes de dissensões, excluem-se da filosofia – pois esta cuida daquilo que é corpóreo e material, fonte de certeza racional: “as palavras ‘bom’, ‘mau’ e ‘desprezível’ são sempre usadas em relação à pessoa que as usa. Não há nada que o seja simples e absolutamente, nem há nenhuma regra comum do bem e do mal que possa ser extraída da natureza dos próprios objetos. Ela só pode ser tirada da pessoa de cada um (quando não há república) ou então (numa república) da pessoa que a representa; ou também de um árbitro ou juiz que pessoas discordantes possam instituir por consentimento, fazendo que a sua sentença seja aceita como regra.” (HOBBS, *Leviatã*, cit., VI, p. 48-49.) No fundo, a consequência prática desse raciocínio é tornar o homem a medida de todas as coisas (*homo mensura*). Tudo é bom ou mau conforme o sejam para ele, como se fosse intangível qualquer ideal de bem que transcendesse a sua pessoa. Essa redução da realidade à própria estatura – “até onde eu consigo ver” – enquadra o homem na medida da sua própria pequenez, transpondo o seu próprio critério individual para a escala universal. Cada ser humano vira a medida da verdade moral. Não seria errado afirmar que essa doutrina servirá de inspiração para as correntes contemporâneas do emotivismo, do irracionalismo e do não-cognitivismo ético. No século seguinte, a primeira linha vai ser desenvolvida por David Hume no seu *Tratado da natureza humana*. Sobre o filósofo escocês, cf. HUSSERL, *op. cit.*, p. 70-79.

⁶⁴ HOBBS, *Leviatã*, cit., XIII, p. 111.

⁶⁵ SILVEIRA, Sidney. A despótica quimera de Thomas Hobbes. **Cosmogonia da desordem**: exegese do declínio espiritual do ocidente. Rio de Janeiro: Edições C.I., 2018, p. 312-313.

tem a autoridade principal na cidade, dirigindo as ações futuras dos cidadãos.”⁶⁶ A lei régia não pode ser alvo da injustiça, tampouco da irracionalidade, porque fruto da autoridade soberana.

Com isso, Hobbes se insurge contra a tradição consuetudinária inglesa que o cerca: não é o costume, nem a jurisprudência, que farão as leis, mas o estatuto do soberano, o príncipe artificial. O direito reconhecido pelos súditos através do pacto social não pode ser riscado pelos precedentes, nem alterado pela doutrina dos jurisconsultos. As antigas fontes do direito romano só têm validade na medida mesma em que o imperador as aceitar⁶⁷. O estabelecimento da ordem social justa dependerá menos da formação moral dos indivíduos nela inseridos que do planejamento estratégico das instituições políticas⁶⁸.

A lei, em sentido jurídico, não procedia mais da natureza, mas da autoridade: “A lei é a ordem do legislador, e essa ordem é a manifestação de sua vontade: não há portanto lei, a menos que se manifeste a vontade do legislador, o que ele faz promulgando-a.”⁶⁹ Esta exaltação da lei minimizará o papel dos costumes e da jurisprudência (o “direito dos juízes”) como fontes do direito, já que fogem do selo da vontade soberana, identificando o direito exclusivamente com o direito estatal e, por conseguinte, este com o direito legislado⁷⁰.

⁶⁶ HOBBS, Do cidadão, cit., VI, 9, p. 106.

⁶⁷ VILLEY, A formação do pensamento..., cit., p. 748-749. A motivação do ataque hobbesiano à doutrina repousa no fato de que ele desejava tanto negar que o conteúdo da lei poderia ser descoberto através da consideração racional sobre a forma do direito natural quanto lutar contra a crença de que o *common law* consiste em uma perfeição artificial da razão como distinta das ilimitadas possibilidades da razão natural. Essa hostilidade foi reformulada por Jeremy Bentham no século XVIII, em um ataque geral à tradição do direito comum. Para este, as proposições putativas do direito contidas dentro dos tratados legais eram meras reflexões utópicas dos gostos morais e predileções de seus autores. As únicas proposições legais genuínas eram aquelas consagradas dentro dos estatutos ou na regra estabelecida por um tribunal para as partes em disputa antes dela (COYLE, Sean. Thomas Hobbes and the intellectual origins of legal positivism. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, London, v. 16, n. 2, jul. 2003, p. 262-263).

⁶⁸ STRAUSS, *op. cit.*, p. 232-235. É sugestivo que a principal tese do opúsculo inacabado *Nova Atlântida* (1627) de Bacon, patrono de Hobbes, seja que a harmonia e o bem-estar dos homens repousam no controle científico alcançado sobre a natureza, com a consequente facilitação da vida em geral. A Casa de Salomão, onde vivem e trabalham os sábios, orientaria a vida dos cidadãos na direção da felicidade e do progresso social. A preocupação dos habitantes estaria muito mais centralizada nos domínios da técnica e da ciência do que nos problemas socioeconômicos. Pois, mais importante do que governar os homens, seria dominar a natureza. Posteriormente, Kant reduzirá o problema político fundamental à simples boa organização estatal, da qual o homem “esclarecido” é realmente capaz de fazer. Isso porque a razão está apta a conquistar a natureza humana, compreendendo e manipulando os mecanismos das paixões como matéria da sociedade civil.

⁶⁹ HOBBS, Do cidadão, cit., XVI, 13, p. 225.

⁷⁰ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. v. 1. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p. 351, verbete “Direito”. A crítica hobbesiana ao modelo jurídico do *common law* emerge contra aqueles que, como Sir Edward Coke, propunham atribuir juridicidade a uma regra que representasse o costume imemorial (*immemorial custom*) de um povo. Hobbes ataca tal concepção de direito fundada na “existência de uma prática jurídica remota que constituiria uma espécie de “razão artificial”, isto é, uma sabedoria acumulada ao longo de gerações e à qual acederiam apenas aqueles estudiosos conhecedores da história de um povo. A lei até pode derivar de um costume, mas este, por si mesmo, não possui força vinculante. Para que um costume seja lei, é necessário que exista já uma autoridade capaz de produzir, por seus comandos, um preceito jurídico (LISBOA, *op. cit.*, p. 123).

Invertendo a doutrina aristotélico-tomista, o mestre de Malmesbury reduz o direito à imposição da vontade soberana a cada cidadão: “o que faz a lei não é aquela *juris prudentia*, ou sabedoria dos juízes subordinados, mas a razão deste nosso homem artificial, a república, e suas ordens.”⁷¹ A criação da ordem jurídica, por conseguinte, é reservada ao Estado, limitando as fontes do direito. A lei deixa de ser uma aventura intelectual dentro de uma ordem cósmica natural e passa a ser obra de uma autoridade civil constituída, na forma de uma regra expressa e escrita. Hobbes lança a semente positivista⁷², para o seu posterior florescimento.

O objetivo do direito não é mais buscar a justa medida que corresponde a cada um, na tese aristotélica de que o justo se situa nas coisas. É, agora, uma tarefa útil: contribuir para a extinção das desordens e das violências, a fim de promover a paz mundial, sufocar e pôr um fim a uma guerra antes que ela ecloda. A finalidade jurídica deixa de ser a justiça (objeto extrínseco), para servir aos interesses dos cidadãos individualmente considerados, mediante o respeito aos seus direitos subjetivos (objeto intrínseco)⁷³.

Com efeito, se a vontade assume precedência à sabedoria prática, não existe o justo por natureza, que é arbitrário, mas só o justo transformado em sujeição ao soberano, que foi eleito “juiz de todos” pelo pacto fundamental. Direito natural e justo por natureza não se identificam mais. Consequentemente, o centro da soberania não está mais na deliberação ou no raciocínio, mas no comando ou na vontade; e as leis não são justas em função da verdade ou da razoabilidade que possuam, mas por força da autoridade ou do contrato que as impõem⁷⁴.

Portanto, para que as palavras “justo” e “injusto” possam ter lugar, é necessária alguma espécie de poder coercitivo, capaz de obrigar igualmente os homens ao cumprimento dos seus pactos, mediante o terror de algum castigo que seja superior ao benefício que esperam tirar do rompimento do pacto⁷⁵.

⁷¹ HOBBS, *Leviatã*, cit., XXVI, p. 230. “Por boa lei não entendo uma lei justa, pois nenhuma lei pode ser injusta. A lei é feita pelo poder soberano e tudo o que é feito por tal poder é permitido e reconhecido como seu por todo o povo, e aquilo que qualquer homem assim tiver ninguém pode dizer que é injusto.” (Ibid., XXX, p. 293.)

⁷² VILLEY, *A formação do pensamento...*, cit., p. 725-727. O positivismo de Hobbes consiste na alegação de que os ditames da razão são mais claros na forma de disposições legais de direito civil, pois as avaliações individuais vão em direções diferentes e incompatíveis. As relações sociais harmoniosas só podem ser mantidas pelo acordo de considerar como expressão autoritária das leis da natureza os comandos expressos pelo soberano, independentemente das considerações privadas sobre a validade dessas interpretações. As leis da natureza e do direito civil são coextensivas no sentido de que as primeiras são asseguradas através da formulação positiva neste último; de outra forma, haveria apenas interpretações controversas e conflitantes. Portanto, a instituição da autoridade civil através do contrato social é uma continuação das leis da natureza, em vez de uma substituição delas (COYLE, *op. cit.*, p. 254). No mesmo sentido: GOMES JÚNIOR, Francisco Rocha; CABRAL, Gustavo Machado. *Justiça, lei natural e lei civil na obra “Leviatã” de Thomas Hobbes. Teoria Jurídica Contemporânea*, [S.l.], v. 7, p. 1-27, abr. 2022. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/49041>. Acesso em: 02 mai. 2022.

⁷³ VILLEY, *A formação do pensamento...*, cit., p. 657 e 720.

⁷⁴ STRAUSS, *op. cit.*, p. 225.

⁷⁵ HOBBS, *Leviatã*, cit., XV, p. 124. A suposição de que a subjetividade da bondade resulta em discórdia parece confundir variações de gosto, discordância no julgamento e conflito na ação, pois não distingue (1) a discordância nos julgamentos objetivos sobre quais coisas são boas da (2) discórdia sobre planos e ações conflitantes (IRWIN,

Nesse convencionalismo ético, não existe critério objetivo e absoluto para distinguir o justo do injusto; e, excluídos os estatutos positivos, é justo tudo o que alguém fizer segundo o próprio impulso ou interesse pessoal. O ato pelo qual os homens saem do estado de natureza consiste precisamente no acordo para atribuir a um único indivíduo – o soberano – o poder de estabelecer o que é justo e injusto, sendo justo o que o soberano determinar e injusto o que ele proibir. A obrigação moral de obedecer às leis deriva do fato de estarem fundadas no pacto estipulado pelos contratantes, sobre o qual se origina todo o direito, que, se descumprido, arruinará os meios para a paz dele advindo⁷⁶.

Logo, obedecer à lei não impacta na liberdade do cidadão, uma vez que a liberdade consiste exatamente na segurança da violência contra os outros; uma segurança que só a lei, com seus comandos gerais, abstratos e rígidos, pode oferecer⁷⁷. Em outras palavras, Hobbes concebe que o súdito, independentemente do que crê, deve obedecer fielmente às normas públicas, havendo uma separação entre a esfera do foro privado do indivíduo (interno) e a esfera do foro coletivo da sociedade (externo). Só esta última importa para o Estado, para que tenha força e poder para impedir a “guerra de todos contra todos” (*bellum omnium contra omnes*).

Da necessidade de obediência à lei civil independentemente da adesão interna, cria-se um solo fértil para a destruição do conceito de virtudes morais enquanto hábitos adquiridos individualmente sem qualquer interferência da coerção estatal, como também da dependência da ética pessoal do indivíduo para o desempenho de suas atribuições técnicas em sociedade. É

Terence. **The development of ethics**: a historical and critical study. v. 2 (From Suarez to Rousseau). Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 144).

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 228.

⁷⁷ GROSSI, A history of European law, cit., p. 68. “E não foi outra a razão pela qual a lei surgiu no mundo, senão para limitar a liberdade natural dos indivíduos, de maneira tal que eles sejam impedidos de causar dano uns aos outros, e em vez disso se ajudem e se unam contra um inimigo *comum*.” (HOBBS, *Leviatã*, cit., XXVI, p. 228.) Esta é uma mensagem que atinge sua expressão mais completa no trabalho de Jean-Jacques Rousseau: as pessoas são livres onde se submetem à lei, não onde obedecem a outra pessoa; obediência à lei é obediência à vontade pública; a lei torna um povo livre expressando a vontade do povo. Esse conjunto de crenças é bem moldado sobre a afirmação da identidade entre lei escrita, que representa a vontade do cargo investido com poder supremo, e vontade pública nacional (*volonté générale*) (GROSSI, A history of European law, cit., p. 69). Partindo de Hobbes e Locke, Rousseau toma a premissa de que, no estado de natureza, todos os homens são livres e iguais, sendo o seu desejo fundamental a autoconservação. Porém, o contrato social poria em risco esse desejo natural se não permitisse aos indivíduos que continuassem a ser o protagonista dos meios necessários à própria preservação, isto é, a permanecerem tão livres quanto antes. Para resolver esse conflito, a sociedade livre vai identificar a lei positiva à lei natural. O direito natural é, então, legitimado e assimilado pelo direito positivo, de modo que a vontade geral toma o lugar da lei natural. O resultado dessa tentativa é a substituição final da virtude pela liberdade política, ou a concepção segundo a qual não é a virtude que torna o homem livre, mas sim a liberdade que o torna virtuoso (STRAUSS, *op. cit.*, p. 341-347). Aqui desaparece o preceito fundamental da lei natural (*buscar o bem e evitar o mal*) para ser substituído pelo novo mandamento liberal republicano: “fazer o que a lei permite e não fazer o que ela proíbe” – independentemente da sua conformidade moral. Virtuoso é quem cumpre as leis da cidade, devido a sua presunção de representatividade política em face dos desacordos morais razoáveis da sociedade.

aqui onde a ética é aprisionada na esfera privada (liberdade positiva), desvinculando-se do direito, o qual é irradiado para a esfera pública (liberdade negativa).

Apregoa-se uma nova solução para o dilema entre direito e moral: agora, a coerção é o elemento distintivo das normas jurídicas. Desde então, a razão prática dirigida pela prudência não é mais apta para elaborar o conteúdo das leis e julgar os litígios, porque a razão é escrava das paixões hedonistas, devendo essa autoridade ser atribuída ao soberano, único capaz de conter as rebeliões entre os súditos e promover a paz social mediante a instituição da lei civil⁷⁸.

2.1.2.3 A interpretação judicial pela razão instrumental

Hobbes entende a razão como uma faculdade instrumental, cujo cálculo é capaz de antecipar resultados a partir de princípios determinados. A razão não revela essências, antes estabelece consequências de causa e efeito, vantagem e desvantagens. É o poder de raciocinar dos fins até os meios. Ser racional é, pois, a capacidade de estabelecer premissas para extrair conclusões necessárias. A razão hobbesiana não tem nenhum significado ontológico, mas metodológico, sendo apenas um método formal e não substancial⁷⁹.

Com isso, a função da prudência é reduzida a fazer “uma *suposição do futuro*, tirada da *experiência* dos tempos *passados*”⁸⁰, cujo resultado é a previsão das ações que hão de se suceder, de forma que se possa controlar seus efeitos. Portanto, o trabalho da “razão prática”, identificada à prudência, é produzir conhecimento associativo (dada ação > tal efeito) em vista da paz⁸¹, reduzindo a providência judicial ao antecedente normativo expresso nas leis civis. No ato de judicatura, “o juiz não faz mais do que examinar se o pleito de cada uma das partes é compatível com a equidade e a razão natural”⁸².

⁷⁸ TAXI, *op. cit.*, p. 110. “Sem a autoridade da república, a autoridade dos escritores não basta para transformar em leis as suas opiniões, por mais verdadeiras que sejam.” (HOBBS, *Leviatã*, cit., XXVI, p. 235.) Com isso, o estudo dos fins (*telos*) é coerentemente substituído pelo estudo do poder: afinal, o uso adequado dos meios depende da prudência, cuja característica marcante é a inexatidão científica; logo, inservível para a causa política. A descrição dos direitos universais do soberano ganha especial relevo, já que são passíveis de exata definição, completamente indiferente a circunstâncias imprevistas ou emergenciais (STRAUSS, *op. cit.*, p. 236-237).

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes and the natural law tradition**. Translated by Daniella Gobett. Chicago: The University of Chicago Press, 1993, p. 118-119.

⁸⁰ HOBBS, *Leviatã*, cit., III, p. 28, grifado no original. Sobre a ciência, cf. *Ibid.*, V, p. 42-46.

⁸¹ GARCÍA-SALMONES ROVIRA, Mónica. Razón práctica, lo mecánico y teoría legal en Hobbes: la legalización de lo político. **Revista Internacional de Pensamiento Político**, Sevilla, v. 5, mar. 2010, p. 264-265. No mundo ideológico do século XVII, havia um ambiente propício para esse tipo de concepção fisicalista da razão. Uma razão prática assim entendida é, em grande medida, incapaz de contribuir para o conhecimento ético da sociedade, em sentido clássico. Com base nessa noção, o significado de lei é, necessariamente, incorporado pela política. É o germe do método dedutivo aplicado à interpretação do direito.

⁸² HOBBS, *Leviatã*, cit., XXVI, p. 235-236.

Perde-se, assim, a característica de hábito ou disposição intelectual para a tomada da decisão adequada, esvaziando todo o componente metafísico ao limitar-se a uma mera investigação mecânica de fatos históricos, capazes de gerar expectativa quanto aos seus desdobramentos imediatos. Com o descrédito em relação à razão prudencial e ao indivíduo natural, o respeito quase sacral à legislação soberana se torna fundamento inquestionável do Estado, sob perigo de entrar em guerras civis intermináveis⁸³.

No capítulo dedicado às *virtudes vulgarmente chamadas intelectuais, e dos defeitos contrários a estas*, o autor, sem fazer referência à razão ou às virtudes práticas, descreve apenas vícios intelectuais como capazes de embotar o raciocínio ou o juízo⁸⁴. Logo, os vícios morais de origem sensitiva não parecem ser um empecilho para que as decisões sejam tomadas por um simples cálculo consequencial, sugerindo que as duas expressões da racionalidade – teórica e prática – estão completamente dissociadas.

A realização da justiça entre os homens não é mais uma questão de moralidade ou virtude, mas um dever de conformidade legal, considerado parte da ordem jurídica exterior, em que todo direito é assegurado por leis gerais garantidas pelo poder soberano. Já não consiste mais em atender a padrões de excelência, superiores à vontade individual, mas em permitir a autopreservação pela estabilidade das relações humanas. A justiça permanece na vontade, mas a sua sede é transferida para outrem – a vontade soberana. Resta apenas a sua faceta externa, cuja obrigação surge do acordo entre contratantes. Afinal, “a definição da *injustiça* não é outra senão o *não-cumprimento de um pacto*. E tudo o que não é injusto é justo”⁸⁵.

⁸³ TAXI, *op. cit.*, p. 91, 96 e 111. Na tradição jurídica ocidental, o primado das leis escritas sobre os julgamentos arbitrários dos juízes sempre encontrou ampla aceitação, sem que isso significasse uma tentativa de impedir que os julgadores interpretassem e avaliassem moralmente aquilo que estavam julgando. Muito pelo contrário, um dado complementava o outro. Por trás dessa compreensão semântica do direito e limitativa do papel interpretativo do juiz, é inegável que se encontra uma genuína preocupação com a igualdade de todos perante a lei como uma tentativa de evitar que o direito se torne arbitrário (Ibid., p. 114). Ao contrário do que pode parecer, Hobbes não rejeitou completamente a necessidade de fundamentação racional do conteúdo imanente das normas legais; porém, queria colocar severas restrições à atividade interpretativa, em vista do ambiente europeu de forte desacordo moral. A base da validade das interpretações não foi entendida nem em termos de valores internos à própria lei nem de padrões transcendentais da razão natural, mas sim da autoridade soberana (COYLE, *op. cit.*, p. 262). No passado, o arbítrio judicial fora fonte de injustiças, ao comportar favorecimento de grupos de pessoas em detrimento de outros. Todavia, a igualdade formal surge não apenas com o propósito de impedir novas injustiças, mas também de esvaziar a interpretação do julgador, mediante a aplicação fria e seca da lei, que não pode possuir variações dependentes dos contornos do caso.

⁸⁴ HOBBS, *Leviatã*, cit., VIII, p. 61-73. Para aprofundar neste tema, cf. FRATESCHI, *op. cit.*, p. 125-129.

⁸⁵ HOBBS, *Leviatã*, cit., XV, p. 124, grifado no original. “Se o único fato moral incondicional é o direito natural de cada um à sua própria preservação, e se todas as obrigações para com os outros surgem de um contrato, a justiça se torna idêntica ao hábito de cumprimento dos contratos.” (STRAUSS, *op. cit.*, p. 227.) Paradoxalmente, em *Do Cidadão* (III, 30, p. 71), Hobbes chama de justo quem cumpre as leis naturais. Isso porque o filósofo não explorou o conceito de justiça de forma consistente em suas obras, havendo variações de interpretação entre *Elements of Law Natural and Politic* (1640), *De Cive*, *Leviathan*, *De homine* (1658) e *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* (1666).

O conceito de justiça como virtude moral é substituído pela investigação acerca das causas das leis: “O juiz subordinado deve levar em conta a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que a sua sentença seja conforme a esta, e nesse caso a sentença é do soberano, caso contrário é dele mesmo, e é injusta.”⁸⁶ A sentença judicial possui autoridade por delegação para examinar as causas individuais, competindo ao juiz – e não aos comentadores da lei – “dizer aos homens o que é a lei, depois de ter escutado a controvérsia”⁸⁷.

Os magistrados devem se ocupar de observar as leis promulgadas e constituídas pelo príncipe, já que a matéria legal está dada pela autoridade e os fatos pelas testemunhas. Assim, “não há inconveniente [na letra da lei] que possa justificar uma sentença contrária à lei. Porque o juiz do certo e do errado não é juiz do que é conveniente ou inconveniente para a república.”⁸⁸ Porém, caso as palavras da lei não autorizem uma sentença razoável, o juiz pode supri-la com a lei da natureza, supondo que “a intenção do legislador é sempre a equidade”⁸⁹.

Logo depois, descreve as aptidões necessárias para um bom julgador, esboçando um breve tratado de ética judicial:

As coisas que fazem um bom juiz, ou um bom intérprete da lei, são, em primeiro lugar, *uma correta compreensão* daquela lei principal de natureza a que se chama equidade, a qual não depende da leitura das obras de outros homens, mas apenas da sanidade da própria razão e meditação natural de cada um, e portanto deve-se presumir existir em maior grau nos que têm maior oportunidade e maior inclinação para sobre ela meditare. Em segundo lugar, o *desprezo pelas riquezas desnecessárias e pelas preferências*. Em terceiro, *ser capaz, no julgamento, de se despir de todo o medo, raiva, ódio, amor e compaixão*. Em quarto e último lugar, *paciência para ouvir, atenção diligente ao ouvir e memória para reter, digerir e aplicar o que se ouviu*⁹⁰.

Podemos sintetizar em quatro aspectos centrais a teoria hobbesiana da interpretação legal. Em primeiro lugar, a exigência da mediação interpretativa pelos juízes, já que todas as leis precisam ser interpretadas: cabe aos agentes estatais – e não à doutrina – interpretá-las. Segundo, essa atividade interpretativa constitui uma função subordinada ou secundária,

⁸⁶ HOBBS, *Leviatã*, cit., XXVI, p. 230. Aqui, ainda não havia a pretensão onicompreensiva (racionalista) da Era dos Códigos – porque a razão, embora “calculadora”, se apresentava como provisória –, revelando tão somente a gênese do iluminismo legal. No mesmo sentido: BOBBIO, Thomas Hobbes..., cit., p. 132-133.

⁸⁷ HOBBS, *Leviatã*, cit., XXVI, p. 233. “Porque a natureza da lei não consiste na letra, mas na intenção ou significado, isto é, na autêntica interpretação da lei (ou seja, do que o legislador quis dizer), portanto a interpretação de todas as leis depende da autoridade soberana, e os intérpretes só podem ser aqueles que o soberano (única pessoa a quem o súdito deve obediência) venha a designar. Se assim não for, a astúcia do intérprete pode fazer que a lei adquira um sentido contrário ao que o soberano quis dizer, e desse modo o intérprete tornar-se-á legislador.” (Ibid., p. 234.) Em outras palavras, a interpretação judicial não é autêntica por ser uma sentença pessoal do juiz, mas por ser dada pela autoridade do soberano, mediante a qual ela se torna uma sentença do próprio soberano, que então se converte em lei para as partes em litígio (Ibid., p. 235). Sobre as lacunas legais, cf. BOBBIO, Thomas Hobbes..., cit., p. 135-136.

⁸⁸ HOBBS, *Leviatã*, cit., XXVI, p. 239-240.

⁸⁹ HOBBS, *Leviatã*, cit., XXVI, p. 238-239.

⁹⁰ HOBBS, *Leviatã*, cit., XXVI, p. 240, grifado no original.

dependente do poder soberano. Em terceiro lugar, a natureza submissa daquele poder exclui a faculdade de os juízes criarem leis ou precedentes: a sentença prolatada por um juiz não o obriga nem aos outros a repeti-las nos casos subsequentes. Finalmente, a disciplina técnica valoriza o elemento literal como pressuposto metódico determinante dos poderes judiciais⁹¹.

Essas postulações abrigam um curioso paradoxo, contradizendo o que havia sido dito antes. Se as virtudes morais não são obrigatórias, senão mediante ordenações do poder soberano, com punições estabelecidas na lei para quem as infringir⁹², haveria alguma classe especial de pessoas naturalmente vinculada a elas? E mais: como as qualidades pessoais do intérprete podem contribuir para a boa interpretação da lei e a sua aplicação aos casos?

Essa aparente contradição pode ser parcialmente explicada pelo espírito empírico do autor, que desconfiava do poder da razão em aplicar conceitos à realidade. Tal concessão ao casuísmo medieval decorre, na verdade, de uma descrença na capacidade dedutiva da mente humana para determinar os casos particulares a partir de abstrações. Por isso, Hobbes não pode ser acusado de incorporar o método dedutivo ao direito. Ainda assim, não se explica por que virtudes ditas “privadas” poderiam ajudar no julgamento da causa.

Na sua visão, a moralidade consiste simplesmente em conselhos de autopreservação que repousam na sua concepção de natureza egoísta. Ele rejeita a tradição aristotélica do direito natural, pois nega que a natureza humana seja o organismo racional que Aristóteles e Aquino supunham ser. Não reconhece desejos essencialmente racionais, nem razões decisivas que não sejam redutíveis a motivos dominantes. Assim, vincula os princípios morais à autopreservação, tomando este desejo por predominante e reduzindo todo o normativo a processos psicológicos⁹³.

Destarte, as virtudes consideradas austeras ou ascéticas (temperança, fortaleza etc.) perdem primazia, pois, uma vez ordenadas à disciplina do apetite interior, são irrelevantes para a manutenção social da paz. Agora, o vício se assemelha aos maus hábitos ou paixões contrários à vida pacífica, quando voltados ao mal dos outros, enquanto a virtude não merece ser cultivada por si mesma, mas apenas com vistas a atingir algum benefício social ou evitar um malefício coletivo⁹⁴, já que o bem privado é destoante da utilidade pública imediata.

⁹¹ HOMEM, António Pedro Barbas. **Judex perfectus**: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal. 1640-1820. Lisboa: Almedina, 2003, p. 275-276.

⁹² HOBBS, Leviatã, cit., XXVI, p. 228.

⁹³ IRWIN, *op. cit.*, p. 142. Contra o argumento de que essa doutrina esteja erigida sob a busca egoística da autopreservação, cf. VILLEY, A formação do pensamento..., cit., p. 732; RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (org). **Os clássicos da política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “o Federalista”. v. 1. 14. ed. São Paulo: Ática, 2010, p. 52-77.

⁹⁴ STRAUSS, *op. cit.*, p. 227-229. Veja-se o final do capítulo XIII do *De homine*.

Entretanto, Quentin Skinner⁹⁵ observa que Hobbes é, “em essência, um teórico das virtudes, cuja ciência civil centra-se na afirmação de que evitar os vícios e manter as virtudes sociais é indispensável para a preservação da paz.” O que ele faz é retomar o vocabulário das virtudes e reformulá-lo, em uma tentativa de eliminar as ambiguidades referentes à linguagem da virtude e do vício existentes na tradição que remonta a Aristóteles. Trata-se da criação de uma ciência “objetiva” da moral, contrária à apreciação medieval, ao enfatizar o valor da virtude cívica na estabilização da ordem social.

Há uma inegável desconstrução da doutrina clássica, que via nas virtudes morais formas de excelência humana ligadas aos apetites concupiscível e irascível, construindo um bom alicerce para o exercício dos hábitos intelectuais – relativos ao raciocínio – e a realização pessoal. Agora, elas são louvadas não em si mesmas, pelo seu valor intrínseco, mas pelas consequências sociais advindas de sua prática. Nesse longo processo de desnaturação das virtudes na ética ocidental, o filósofo britânico pode ser considerado a sua primeira grande ameaça, até o seu quase desaparecimento pelo positivismo científico vindouro.

A completa identificação do direito à lei positiva dar-se-á apenas alguns séculos mais tarde, mas o caminho já havia sido trilhado: o direito cessa de ser antecedente ao Estado; e a lei deixa de ser “valorada”, pois deve ser aceita como emanção do legislador supremo⁹⁶, a única vontade imparcial na nação. Paradoxalmente, a sua moderna teoria da lei é moderada por uma ética judicial tradicional. Se essa deferência final à tradição do *iudex perfectus* pode sugerir um apelo ao senso comum e ao período de profunda transição filosófica em que viveu, caberia a alguém, no século seguinte, levar o seu perfil de magistrado até as últimas consequências, visto que as premissas teóricas já estavam dadas.

Em Hobbes, é verdade, não havia uma ciência jurídica plenamente construída. O que há é uma ciência da política, apontando um caminho a ser seguido pelo direito rumo à sua autonomia⁹⁷. Daí são extraídos pelo menos quatro elementos decisivos para a mudança de mentalidade jurídica superveniente: 1) os objetos deixam de ter uma finalidade intrínseca; 2) o

⁹⁵ SKINNER, Quentin. **Razão e retórica na filosofia de Hobbes**. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Fundação Editora Unesp, 1999, p. 26. Apesar de retirar as virtudes do contexto aristotélico da perfeição da alma, restringindo-as à preservação da paz, Hobbes ainda mantém uma herança clássica, pois, para os gregos, as virtudes também tendem à manutenção da estabilidade social. Um dos seus objetivos foi o de estabelecer o significado exato dos termos a partir de seu método demonstrativo, minorando os efeitos que o abuso da redescritção retórica produziu (Ibid., p. 422). Enquanto persistisse essa fluidez semântica, o estado de guerra não poderia ser superado.

⁹⁶ PRODI, Paolo. **Uma história da justiça: do pluralismo dos foros ao dualismo moderno entre consciência e direito**. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 168-172. Ao fim desse percurso, o único direito verdadeiro, objeto da ciência jurídica, será a lei humana, reconhecida pelo monarca. Ainda que o apelo retórico ao direito natural permaneça, esses direitos nada mais são do que valores exógenos e estranhos ao poder soberano: seja o monarca absoluto de Hobbes, seja a soberania popular de Rousseau.

⁹⁷ TAXI, *op. cit.*, p. 111.

bem é relativo a cada indivíduo cognoscente; 3) as virtudes morais só possuem relevância à medida que tenham utilidade cívica; 4) o direito pode ser igualável à legislação positiva. Esses pressupostos darão fundamento a um novo paradigma do direito.

2.2 Jusracionalismo europeu: a autonomia do direito no império da vontade

Desbravados os caminhos para a construção de um novo conceito de ciência da natureza e de ética, o direito natural não poderia permanecer imune às conquistas do método. A existência de um único saber verdadeiro, marcado pela certeza e racionalidade, deveria ser expandido para todos os campos do conhecimento, sejam humanos ou naturais. Todavia, nem Descartes nem Hobbes haviam levado as consequências de suas descobertas para o âmbito estritamente jurídico: mas, competia a alguém fazê-lo.

Ao final do século XVII, acadêmicos e juristas começaram a aplicar essa nova epistemologia para as suas análises da sociedade. Como os humanos, a sociedade necessitava abandonar a sua veneração pela tradição e retornar à simplicidade da natureza, isto é, à razão pura. Apenas depois dos intelectuais entenderem o que a natureza determinava, seria possível traduzir essas descobertas dentro de um novo, perfeito e organizado sistema normativo que iria garantir felicidade e harmonia aos cidadãos⁹⁸.

Logo se propõe uma técnica, mais ou menos rigorosa, de encontrar racionalmente o justo. Como agora se acredita que o direito pode ser descoberto raciocinando corretamente, toda a preocupação dos juristas é fixar o caminho, o percurso que a razão terá que percorrer para encontrar a solução jurídica. Surge, assim, uma intensa atividade metodológica tendente a descobrir as regras exatas do pensamento jurídico⁹⁹. Tão rigoroso seria o estudo da lei ao ponto de fornecer as bases para a construção de um sistema jurídico extremamente sólido (*lex certa*).

⁹⁸ HERZOG, *op. cit.*, p. 162. Os juristas dessa época pensavam num momento em que seriam capazes de reduzir as complexidades de seu sujeito a uma série harmoniosa de figuras geométricas rigorosas. Pouco depois, falavam de um *mos geometricus* (“modo geométrico”), um tipo de regra precisamente oposta à sedimentação caótica das leis que caracterizava a ordem jurídica medieval. A lei deveria ser simplificada para seus contornos mais essenciais, como nos teoremas e postulados de um geômetra (GROSSI, *A history of European law*, cit., p. 61). Sentir-se impactado pelo método axiomático, geométrico ou matemático e propor colocá-lo em prática é explicável em um mundo ávido por transformações, onde as vozes da filosofia racionalista proclamavam sua adesão a essa novidade. Agora, fazer do material legal existente uma massa moldável para uma mudança tão profunda gerou inconsistências por causa de ansiedade em estabelecer novas diretrizes metodológicas e, ao mesmo tempo, pela impossibilidade de reduzir a pluralidade e a diversidade de matéria-prima a esses rígidos esquemas mentais (TAU ANZOÁTEGUI, *op. cit.*, p. 188). Ao final desse processo de decantação, iniciado pelos humanistas e renascentistas e finalizado pelos positivistas, a ordem normativa se tornará um sistema mais simples e menos complexo do que o medieval, a despeito da criação e desdobramento de inúmeras instituições jurídicas.

⁹⁹ HESPANHA, *op. cit.*, p. 221. Com a descoberta de livros perdidos no século XV, as características principais do método jurídico eram a procura e o exame da forma original do texto escrito (filológico) e a determinação do

A noção de sistema é o resultado de um desenvolvimento teórico do direito dentro do conjunto de fatores e estimativas sociais que favoreceram essa concretização. Isto ocorreu ao longo de três séculos, desde o humanismo renascentista até o iluminismo, em um movimento cultural europeu com notas comuns e outras peculiares a cada país, que terminou por levar à codificação do direito¹⁰⁰. Primeiro, veremos quais são os atores desse significativo processo de mudança intelectual, para depois estudar as principais diferenças dessa ruptura de paradigmas.

2.2.1 Três fases do modernismo jurídico: Grotius, Pufendorf e Thomasius

O humanismo renascentista dos séculos XV e XVI se assentou em uma renovação do conhecimento – e não ruptura –, a partir do qual o direito também despertou a atenção e foi o ponto de partida de um desenvolvimento teórico, baseado no repositório do saber clássico, mas aspirando a um avanço progressivo. Um dos objetivos iniciais, mesmo que desarticulado, foi a ideia de sistema, levantado apenas como uma aspiração, mas que se desenvolveria de mero esquema de ordem para a posterior configuração de um sistema de natureza dedutiva¹⁰¹.

Duas considerações se fazem prementes. Em primeiro lugar, o humanismo jurídico foi um momento de partida radical das antigas “certezas” da Idade Média tardia. Ele não é a página final de uma história antiga, mas a primeira página, ou uma das primeiras páginas, de uma nova era. Em segundo lugar, a sua influência não se restringe à cronologia histórico-

seu significado à luz das fontes gregas e latinas (histórico) (PADOA-SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 260). No *De dignitate et augmentis scientiarum* (1623), Bacon já assimilava a arte judicial aos silogismos e induções (V, IV).

¹⁰⁰ TAU ANZOÁTEGUI, *op. cit.*, p. 176-177. A orientação teórica da ciência do direito tende a ser sistemática, segundo um arquétipo racional que vê o direito constituído por regras, das quais procura deduzir outras. As primeiras exposições axiomáticas do direito dizem respeito ao direito natural, mas é com base nelas e nos seus princípios que, posteriormente, se afirma o caráter científico do direito positivo. Não se trata de simples coincidência a multiplicação, desde o renascimento humanista, da publicação de obras sobre a metodologia do ensino e da aprendizagem, com a exposição de uma nova didática do ensino jurídico e a redefinição do papel e do objeto da ciência do direito. Aos poucos, percebe-se que o problema da organização das fontes do direito não é apenas um problema político-legislativo, mas também institucional – quanto ao processo de seleção da magistratura – e pedagógico – quanto à educação e preparação jurídica dos futuros magistrados, que irão interpretar, aplicar e, eventualmente, criar as regras do direito vigente (HOMEM, *op. cit.*, p. 340-341).

¹⁰¹ TAU ANZOÁTEGUI, *op. cit.*, p. 177. “Sistema” tradicionalmente transmite a noção de juízo apodítico, do qual partindo de verdades irrefutáveis, necessárias e incondicionais, deduzem-se conclusões imediatamente deste ponto de início ou imediatamente de juízos cujo conhecimento deriva da primeira verdade apodítica. Essa acepção se encontra em Aristóteles, segundo quem o pensamento sistemático é contraposto ao dialético, cuja argumentação deriva da força do convencimento. Este último, também chamado de aporético, deliberativo, problemático ou argumentativo, conta apenas com um conhecimento fragmentário e persuasivo da realidade (RECASÉNS SICHES, *op. cit.*, p. 159-160). Sobre os usos do “sistema” de direito romano, cf. TAU ANZOÁTEGUI, *op. cit.*, p. 167-171; SKINNER, *As fundações do pensamento político moderno*, cit., p. 221-227; 403-413.

jurídica em que se manifesta, tendo um papel decisivo na formação do desenvolvimento intelectual dos séculos seguintes¹⁰².

No plano filosófico, retira da oposição entre a escolástica medieval – submissa ao valor das autoridades, embora atenta à realidade – e o neoplatonismo renascentista – crente no poder livre e ilimitado da razão, atraído pelas formas ideais puras – os seus traços principais: antitradicionalismo e racionalismo¹⁰³. No plano jurídico, funda o *mos gallicus* (França) em contraposição ao *mos italicus* (Itália), representando a passagem simbólica de uma cosmovisão baseada no prudente arbítrio do juiz para um sistema em que haveria, independentemente das qualidades pessoais do julgador, a garantia – ou melhor, a esperança – de que o direito seria interpretado corretamente apenas pela sua conformidade com a lei¹⁰⁴.

Desde o Renascimento, houve uma tendência para a formalização escrita do direito, emanando da vontade do rei, e para a sua generalização uniforme. É uma das características que delineiam o Estado moderno. Esse processo foi realizado sem abdicar do material legal romano, mas servindo-se dele de outro modo. Contudo, ele ainda era insuficiente para atender às novas demandas da época que, particularmente, ocorriam com a conquista e colonização do Novo Mundo¹⁰⁵. Uma reforma do ensino jurídico que atendessem antes ao texto da lei do que aos comentários da doutrina sobre ele era urgente para formar o espírito sintético e sistematizador dos juristas pela crítica ao pendor doutrinário e dialético das universidades¹⁰⁶.

¹⁰² GROSSI, A history of European law, cit., p. 55. O humanismo representa uma nova forma de olhar para a relação entre o tema e o mundo: é uma revolução antropológica. Como tal, não pode deixar de se inserir em todas as formas de exercício intelectual, afetando as escolhas mais profundas feitas em tais esforços. Esta foi a ferramenta mais produtiva para forjar novas ideias em todo o período moderno. Não é surpreendente, portanto, que o estudo da lei sinta os efeitos do humanismo (Ibid., p. 54-55). Para aprofundar, cf. SKINNER, As fundações do pensamento político moderno, cit., p. 108 e ss.

¹⁰³ HESPANHA, *op. cit.*, p. 255.

¹⁰⁴ RUIZ, Rafael. **Alienação e intolerância**: um diagnóstico sobre os tempos modernos. São Paulo: Cultor de Livros, 2018, p. 79; MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **Catholic and reformed traditions in international law**: a comparison between the suarezian and the grotian concept of ius gentium. Cham: Springer, 2017, p. 133. Em termos simples, a mensagem do humanismo jurídico pode ser reduzida a um ataque polêmico às deficiências metodológicas e consequente falta de rigor dos glosadores e comentadores medievais, bem como à maneira descompromissada com que manipularam a lei romana. Os juristas medievais ficaram felizes em analisar o *Corpus iuris* justiniano, sem se preocupar com o fato de que o texto representava o resultado final de um milênio de dogmática legal (GROSSI, A history of European law, cit., p. 55). Já os humanistas sentiram-se livres da autoridade dos intérpretes e comentadores tradicionais, que, se admirados, já não eram mais inquestionáveis (PADOA-SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 266). Cf. ainda SKINNER, As fundações do pensamento político moderno, cit., p. 126-127.

¹⁰⁵ TAU ANZOÁTEGUI, *op. cit.*, p. 180. Com os Descobrimentos, surgem inúmeras controvérsias jurídicas acerca do domínio das terras nativas, da possibilidade de escravidão dos indígenas etc. Esses problemas intelectuais iriam ocupar as penas dos teólogos morais no aconselhamento das coroas imperiais.

¹⁰⁶ HESPANHA, *op. cit.*, p. 257. A nova filosofia do papel da universidade e da formação universitária tem como objeto a formação do juiz: a função do ensino é instrumental do Estado e consiste em ministrar ao futuro juiz os saberes e as técnicas indispensáveis à aplicação da lei. Esta é, certamente, uma etapa decisiva na formação do Estado moderno, exatamente por demonstrar como os mecanismos pedagógicos se tornam um instrumento ideológico da máquina estatal. Tal só foi possível com uma ruptura epistemológica, que trouxe uma nova valoração

Para o homem novo (*novi homines*), a jurisprudência casuísta estava manchada por sua associação com a mentalidade medieval, particularmente pela ligação entre direito canônico e civil. O ensino clássico sofreu o mesmo destino de outros pilares da cultura medieval: não pareciam mais confiáveis a redação de longos manuais, o uso da retórica e o condicionamento imposto pelos institutos romanísticos, em vista das penetrantes descobertas matemáticas, astronômicas e filológicas. Depois disso, juristas e filósofos morais modernos se viram obrigados a seguir o exemplo metodológico dos cientistas naturais, que revelaram os segredos do cosmo na aurora dos tempos modernos¹⁰⁷.

Atingida essa fase de elaboração sistemática do direito, impunha-se uma remodelação dos instrumentos lógico-conceituais disponíveis para sua simplificação, pois as sutilezas da ciência jurídica dos comentadores, além de desnecessárias, tornavam-se opressivas e incômodas. A sofisticação da argumentação dos doutores – que tinha sido necessária para compatibilizar, sem destruir mutuamente, textos jurídicos contraditórios – fazia com que o direito se tivesse tornado uma selva de opiniões e de distinções especiosas, em que toda a certeza e eficácia se diluíam. Isto fez com que o discurso jurídico do século XVI tenha proposto o repúdio da intrincada dialética aristotélico-escolástica pela adoção de argumentos jurídicos mais próximos à linguagem comum¹⁰⁸.

dos conceitos de ciência e de método, e com uma ruptura pedagógica, que levou o direito nacional para o ensino universitário, produzindo toda uma nova literatura específica. A importância desta observação radica no critério identificado pelo absolutismo para a sua concepção de poder, cuja pretensão de elevar o direito nacional a objeto da ciência jurídica e de construir intencionalmente a ciência da legislação está em perfeita consonância com a formulação intelectual da hermenêutica jurídica como disciplina de interpretação da lei (HOMEM, *op. cit.*, p. 322).

¹⁰⁷ GROSSI, A history of European law, cit., p. 53. As conquistas das ciências da natureza forneceram um império metodológico para os juristas, que agora afirmam fazer descobertas seguras como aqueles. Do mesmo modo como alguém descobre uma lei física universal, que rege a forma como as coisas naturalmente se comportam, os juristas buscam estabelecer regras universais de conduta definidas pela natureza humana, visível para quem pensar “corretamente”. A ênfase na clareza deixa patente que esse contexto cultural sofreu uma completa mudança desde a Idade Média: o que era visto como um presente de Deus, está aqui isolado do seu ambiente cultural, pois as evidências naturais permitem o sujeito caminhar, com firmeza, em direção às certezas da razão humana (Ibid., p. 60-61). Os métodos das novas ciências da natureza estendem-se à ética social, transformando também o homem, como ser social, em objeto de observação e de conhecimento liberto de pressupostos; procurando, assim, as leis naturais da sociedade. O homem aparece, não mais como uma obra divina, eterna e desenhada à imagem e semelhança do próprio Deus, mas como um ser natural. A humanidade, não mais como participante de um plano divino de salvação (na primeira versão) ou como participante do mundo histórico (na última), mas como elemento de um mundo apreensível através de leis naturais. A pretensão moderna de conhecimento das leis naturais é agora estendida à natureza da sociedade, ou seja, ao direito e ao Estado: também para estes devem ser formuladas leis com a imutabilidade das deduções matemáticas. E, tal como a conexão lógica das leis naturais produz o sistema do mundo físico, que atinge o seu auge nos *Philosophia naturalis principia mathematica* (1687) de Newton, também as leis naturais do mundo social produzem um sistema fechado da sociedade, um “direito natural” baseado numa nova antropologia. Eis a origem remota deste novo reflexo do direito ocidental a que chamamos juracionalismo (WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 288).

¹⁰⁸ HESPAÑA, *op. cit.*, p. 253-254. Não havia caminhos planos e lineares nessa marcha, mas tortuosos, dado que os ensaios jurídicos costumam operar sobre uma prática esquiva e não em modelos prontos. Nesse ponto, a

Além disso, houve o restabelecimento do papel central das virtudes na vida política. Cresce a literatura sobre as qualidades exigidas para o bom governo de uma liderança política. Contudo, esse percurso durou pouco, até sofrer uma virada. Os escritos sobre o homem virtuoso ou viril (*vir virtutis*) foram varridos, quase por completo, pelo menos na Europa mais ao norte, até o fim do século XVII. O herói da Renascença começou a parecer cômico e antinatural para a geração vindoura, que, diante do horror das guerras, afirmava a universalidade do egoísmo. Uma vez dissipado esse ideal, não demorou para que o edifício inteiro da virtude, honra e glória entrasse em colapso e começasse a desmoronar¹⁰⁹.

Era preciso um caminho mais seguro para tornar clara as obrigações dos súditos perante os monarcas. Abre-se, então, a época do racionalismo jurídico, em que se acredita nos princípios gerais do direito como produtos da razão, que, ao elaborá-los, revela uma ordem universal de justiça. As regras jurídicas são deduzidas da própria natureza humana, que é a sua razão, a essência do homem. Esse período pode ser recortado em três fases sucessivas, representadas pelos seguintes pensadores: 1ª) Hugo de Groot, no início do século XVII; 2ª) Samuel Pufendorf, no final do século XVII; 3ª) Christian Thomasius, no início do século XVIII.

Não é coincidência que todos eles sejam de origem protestante. A crítica ao modelo jurídico vigente tem raízes numa crítica ao papel da Igreja Católica nas relações entre indivíduos e Estado, entre foro interno e externo. Desde a Reforma, houve a crescente preocupação com a abertura e o fechamento da ordem normativa, a partir da separação entre fé e razão, teologia e filosofia, lei natural e lei positiva, Igreja e Estado. Em cada fase, houve um agravamento da transição disruptiva com os escolásticos, iniciando-se por uma tentativa de adaptação aos novos tempos para terminar com uma quase total inversão de paradigmas.

O surgimento do jusnaturalismo moderno é usualmente associado à doutrina de Hugo Grócio, na sua obra clássica *De iure belli ac pacis* (1625), considerada também precursora do direito internacional. Ao difundir a ideia de um direito natural reconhecido como válido por todos os povos, porque fundado na razão, desvincula-o da pressuposição de uma divindade¹¹⁰, isto é, da lei eterna. O impacto desta “hipótese impiíssima” está na sua mediação entre a tradição teológica medieval e o jusracionalismo emergente, cuja doutrina tornada famosa foi precursora

estrutura sistemática encontrou a resistência do próprio jurista em extremar seu projeto em busca de uma perfeição metódica, cujo valor era relativo dentro de uma jurisprudência penetrada pelo sentimento casuísta (TAU ANZOÁTEGUI, *op. cit.*, p. 177-178).

¹⁰⁹ SKINNER, As fundações do pensamento político moderno, cit., p. 122 e 254.

¹¹⁰ BOBBIO; MATTEUCCI e PASQUINO, *op. cit.*, p. 657, verbete “Jusnaturalismo”. Paolo Prodi e Paolo Grossi veem nele a realização do projeto racionalista no direito; já Franz Wieacker, no que é seguido por este trabalho, atribui tal proeza aos iluministas alemães. Para aprofundar, cf. MACEDO, *op. cit.*, p. 127 e ss.

da nova cultura laica, anticlerical e revolucionária. Ao contrário dos escolásticos católicos, ele pôde ser adotado pelo iluminismo deísta e tornar-se influente no pensamento profano¹¹¹.

Contudo, Grócio não planejava uma renovação sistemática da ciência jurídica positiva. Esse projeto metodológico só encontrou plena expressão na obra de Pufendorf, com a coincidência entre ordem natural e jurídica, a partir de uma demonstração das leis morais ao modo das físico-matemáticas, postulando normas de comando e proibição como fundamento de todo o julgamento das ações humanas¹¹². Foi ele quem, no conjunto, tornou úteis as descobertas naturalísticas para a teoria do direito. E a sua aplicação só foi possível através de dois filósofos pertencentes ao século XVII: Hobbes e Espinosa¹¹³.

¹¹¹ WIEACKER, *op. cit.*, p. 338. Alerta-se que as conclusões axiomáticas de Grócio antecedem em cerca de uma década os escritos de Descartes e Hobbes: o “espírito da época” já estava gestado, à espera de autores para sistematizar e publicar as ideais latentes no novo pensamento da Idade Moderna. Talvez tenha sido o primeiro pensador a ver, no direito, uma ordem legal uniforme e coerente criada pela razão humana, à semelhança da ordem natural criada pelo Legislador Supremo, que é Deus.

¹¹² PRODI, *op. cit.*, p. 446. Em sua juventude, Pufendorf foi iniciado no cartesianismo, sendo convencido que o direito e as ciências humanas em geral poderiam ser modelados de acordo com uma estrutura conceitual que não era menos rigorosa, embora diferente em sua articulação conceitual, do que o que a física estava desenvolvendo para o mundo natural (PADOA-SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 351). Ele queria reconstruir a tradição anterior sem que a existência de distintos regimes positivos deslegitimasse a esperança em um direito natural universal. Nesse ponto, Aristóteles é acusado de erro explícito, ao dar início a uma tradição que nega certeza às questões morais, em contraposição às questões matemáticas (LOPES, As palavras e a lei, *cit.*, p. 55). Daí surge a distinção entre ciências físicas e morais, por meio da qual são constituídos entes morais, formados no mundo da liberdade e da vontade, em contraposição aos entes físicos, dominados pela causalidade e necessidade da natureza. Enquanto o atuar físico é determinado pelas causas e efeitos, o atuar moral obedece à determinação da liberdade, vinculada moralmente a normas morais (HERVADA, Javier. **Historia de la ciencia del derecho natural**. 3. ed. Pamplona: Eunsa, 1996, p. 282-283). Esse contraste entre propriedades morais e puramente naturais é uma divisão que influenciou fortemente a metaética moderna: implica em negar a visão aristotélica de que propriedades normativas, e especialmente morais, são partes da natureza em si. Essa reivindicação antiaristotélica é resumida na alegação de que os valores não fazem parte do mundo (IRWIN, The development of ethics, *cit.*, p. 288). O desenvolvimento desse sistema geral por meio da dedução racional em cadeia e da observação empírica só pode ser explicado a partir da influência do mecanicismo de Galileu e do racionalismo de Descartes. A influência deste método possibilitou o programa de uma *politica architectonica* em que cada parte componente é reconduzido a um axioma formulado matematicamente. Através desta combinação de dedução e observação, Pufendorf ensaiou o primeiro sistema de uma teoria geral do direito. O seu sistema sobreviveu até hoje nos grandes códigos da Europa continental, na medida em que se baseiam na sistematização da ciência do direito comum pelo jusracionalismo. No particular, a “parte geral” de muitos dos novos códigos seria dificilmente pensável sem o seu trabalho prévio. Enquanto Grócio comprovava os seus princípios gerais a partir da literatura eclesiástica e humanística, reportando-se ainda a uma autoridade vinculativa desta tradição (*testimonia* ou *exempla*), ele a compreende apenas como material de observação, recorrendo às provas diretas da vida contemporânea, mesmo dos povos estrangeiros. Em certa medida, o seu processo de investigação é o correspondente coetâneo dos sistemas da *Ethica* de Espinosa e da *Mathematica* de Newton (WIEACKER, *op. cit.*, p. 348-350). Mais à frente, Thomasius irá criticar o estilo de Grotius e Pufendorf que ainda citavam doutrinas antigas para provar seus argumentos. Era preciso estar mais atento ao que se diz do que a quem o diz, pois o argumento de autoridade deve ceder às “evidências” da natureza humana (LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 185). Não deixa de ser emblemático que a maior referência dos escolásticos se torne alvo de zoação na modernidade. Cf. ROVIGHI, *op. cit.*, p. 442-443.

¹¹³ WIEACKER, *op. cit.*, p. 340. Se o positivismo político de Hobbes encontrou oposição apaixonada por todo lado e não teve influência na própria Inglaterra – em razão do seu carácter profundamente contrário à visão jurídica comum na Europa e à tradição idealística do direito natural desde Locke –, as concepções de que partiu no domínio da declaração da vontade e da vinculação contratual influenciaram de forma duradoura o jusracionalismo alemão, sobretudo por intermédio de Pufendorf (*Ibid.*, p. 344). Sobre a existência do pecado em Espinosa, cf. PRODI, *op. cit.*, p. 458-459.

Seguindo a linhagem iniciada pelo racionalismo grociano, o jurista alemão procura equilibrar dois extremos no exame da “verdadeira” natureza humana: as teorias aparentemente inconciliáveis de Aristóteles e de Hobbes. O homem é egoísta e sociável ao mesmo tempo; ambos os instintos só se harmonizam por coação, cabendo ao direito proceder a tal conciliação: viabilizar a autoridade sobre todos (política) e distribuir o poder de uns sobre outros (direito público) e sobre as coisas (direito privado)¹¹⁴.

Escapando à concepção clássica de lei como regra da razão ordenada ao bem comum – *lex est rationis ordinatio ad bonum commune* –, ainda aceita por Grócio, Pufendorf¹¹⁵ define-a, no seu *De iure naturae et gentium* (1672), como um mandamento pelo qual o superior obriga outrem a conformar seus atos a suas próprias prescrições, na linha anteriormente aberta por Suárez. A lei deixa de ser um comando da razão e passa a ser uma prescrição da vontade – embora sejam necessárias razões para obedecer, a fim de distinguir o direito da força bruta e do medo¹¹⁶. A sua filosofia moral já indica o extermínio da virtude como pontapé inicial da ética: a bondade e a maldade de uma ação não estão mais na sua finalidade, e sim no que uma norma prescreve¹¹⁷.

Essa distinção será radicalizada por Cristiano Tomásio, no seu *Fundamenta iuris naturae et gentium* (1705), e pelos herdeiros da escola alemã. Caberá a ele dar o último golpe rumo ao positivismo, aproveitando-se da diferenciação hobbesiana entre obrigação interna (*in*

¹¹⁴ LOPES, O direito na história, cit., p. 180-181. A doutrina pufendorfiana nega o justo natural, alegando que o certo é apenas porque imposto pelo comando divino, e concorda com Hobbes em rejeitar a crença de Grotius na sociedade natural como base de uma comunidade. Para mostrar que a única exigência moral legítima em sociedade é a de preservar a paz, discorda de Aristóteles, estoicos, escolásticos e Grotius. De acordo com estes, os fatos sobre a própria natureza humana, e não simplesmente sobre a competição, agressão e autopreservação, tornam a vida política adequada para os seres humanos (IRWIN, *The development of ethics*, cit., p. 284).

¹¹⁵ PUFENDORF, Samuel. *On the law of nature and of nations. The political writings of Samuel Pufendorf*. Translated by Michael J. Seidler. New York: Oxford University Press, 1994, I, 6, §4, p. 120.

¹¹⁶ *Ibid.*, I, 6, §12-13, p. 125-127. O voluntarismo é transparente em sua abordagem, e é confirmado em parte pelos laços com os princípios teológicos de Lutero que professava e, em parte, pela influência do pensamento político de Hobbes, de quem recebe a ideia de que a essência do direito consiste na autoridade de um superior que se une a um inferior, os seus súditos (PADOA-SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 351-352). Ele vai além de Suárez para afirmar que não existe justo por natureza sem um comando impositivo (IRWIN, *The development of ethics*, cit., p. 285). Para uma crítica coetânea desse argumento, cf. LEIBNIZ Gottfried Wilhelm. *Algunas observaciones sobre las ideas fundamentales de Samuel Puffendorf. Escritos de filosofía jurídica y política*. Traducción de José M.^a Atencia Páez. Madrid: Editora Nacional, 1984, p. 174-176.

¹¹⁷ “The formal principle of goodness and badness consists in a bearing or determinative relation to a directive norm which we call a law. (...) For an intentional action is said to be good insofar as it proceeds from and is undertaken in accordance with what a norm prescribes, so that it agrees exactly with the norm. It is called evil or, in a word, a sin insofar as it is undertaken against what the norm prescribes or is discrepant with it.” (PUFENDORF, *Elements of universal jurisprudence*, *op. cit.*, I, 16, §1, p. 65-66.) Para demonstrar que a lei natural não é suficiente para a bondade moral, Pufendorf postula que as ações podem ser naturalmente boas, mesmo que não sejam voluntárias. Esta observação, no entanto, não sustenta a sua tese legislativa. Nada disso implica que as ações só podem ser moralmente boas se um legislador as prescrever ou formos obrigados a agir pela legislação. Se o bem humano é o bem de um agente racional, as ações que promovem esse bem devem ser voluntárias, pois só o agente consciente pode ser responsabilizado por seus atos (IRWIN, *The development of ethics*, cit., p. 290).

foro interno) e obrigação externa (*in foro externo*)¹¹⁸, na qual esta corresponde à exterioridade, ao direito, à imposição e à soberania, enquanto a outra remete para a interioridade, a ética, o conselho e a virtude. Como resultado, a legalidade é separada da moralidade.

Partindo do princípio estoico da identificação do supremo bem com a paz¹¹⁹, divide a tríplice fonte desta na honestidade (*honestum*), no decoro (*decorum*) e na justiça (*justum*). *Honestum* relaciona-se à paz interior dos homens, cujos atos são obrigatórios apenas internamente; *decorum* às ações direcionadas a ajudar o próximo e a ganhar a afeição dos demais, obrigando externamente, mas não por imposição; e *justum* às ações que evitam perturbar a paz ou a restituam quando quebrada, as quais podem ser obrigadas pela força¹²⁰. Por consequência, a honestidade propicia o equilíbrio do espírito, o decoro promove ações nobres que facilitam a paz exterior, e a justiça desestimula a perturbação da paz comum¹²¹.

Desse trinômio, exsurtem três ciências, respectivamente: Ética, Política e Direito¹²²; da qual a Política seria uma mediadora entre as esferas pública (Direito) e privada (Ética). A lei humana, enquanto comando dirigido a todos (*imperium*), difere da lei natural, que tem natureza de conselho (*consilium*)¹²³, cujo conhecimento inato é confiado à tarefa de mero “conselheiro” da ética. Ao situá-la exclusivamente na consciência do sujeito, tendente à paz interna, o direito regularia apenas as relações com os outros, estabelecendo que os deveres morais residiriam na intenção, no foro interno do agente, enquanto os deveres jurídicos estariam na exterioridade da ação, no foro externo¹²⁴.

Influenciado por seus predecessores, Tomásio define o primeiro princípio prático e objeto da jurisprudência em geral como: “obedeça quem tem o poder de governar você”¹²⁵. Aí se cristaliza o conceito de lei enquanto comando de um legislador obrigando coisas; afinal, se não houvesse nenhuma obrigação de obedecer quem determina, não haveria lei alguma¹²⁶. Ele

¹¹⁸ HOBBS, Leviatã, cit., XV, p. 136.

¹¹⁹ THOMASIIUS, Christian. **Institutes of divine jurisprudence with selections from foundations of the law of nature and nations**. Translated by Thomas Ahnert. Indianapolis: Liberty Fund, 2011, I, 4, §11, p. 130. Aqui, diverge do fundamento da autopreservação em Hobbes, ao aproximar o bem à vida tranquila (*tranquillitas animi*), com os outros e consigo mesmo, imputando este pensamento aos filósofos antigos. Cf. *ibid.*, I, 4, §19, p. 131.

¹²⁰ *Idem*. **Fundamenta iure naturae et gentium**. 4. ed. Halle: typis & sumtibus viduae Christophori Salfeldi, 1718, I, 4, §87, p. 141; CABRAL, Gustavo César Machado. *Thomasius e o Direito Natural*. **Sequência**, Florianópolis, n. 72, abr. 2016, p. 153.

¹²¹ THOMASIIUS, *Fundamenta iure naturae et gentium*, cit., I, 6, §35, p. 175; CABRAL, *op. cit.*, p. 156.

¹²² DEL VECCHIO, *Lições de filosofia do direito*, cit., p. 108-109.

¹²³ THOMASIIUS, *Fundamenta iure naturae et gentium*, cit., I, 5, §34, p. 152; CABRAL, *op. cit.*, p. 154.

¹²⁴ DEL VECCHIO, *Lições de filosofia do direito*, cit., p. 109; PRODI, *op. cit.*, p. 421 e 448. É o prenúncio da confusão entre lei natural e direito natural: a primeira contemplava os princípios primeiros da razão prática, que são essencialmente morais; o segundo dizia respeito à particularidade dos fatos contingentes e mutáveis, atrelados ao desenvolvimento da ordem jurídica de cada povo. Agora, ambos são morais, porque só obrigam em consciência.

¹²⁵ THOMASIIUS, *Institutes of divine jurisprudence*, cit., I, 3, §34, p. 118.

¹²⁶ THOMASIIUS, *Institutes of divine jurisprudence*, cit., I, 3, §36, p. 118.

afirma que uma pessoa que age com base na consciência e nas regras do decoro e da honestidade é virtuosa, mas não justa. Somente quem age com base em obrigações exteriores é justo¹²⁷, porque a justiça não seria relativa a si mesmo, mas ao dever de cada um para com os outros.

A máxima da justiça – análoga à regra de ouro que visa à empatia – será: “não faças aos outros aquilo que não queres que te façam” – *quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris*¹²⁸; cujo mandamento supremo é não perturbar nem impedir os outros de usufruírem dos seus direitos¹²⁹. O filósofo tedesco condensa o direito em uma fórmula de não fazer, cujo propósito é unicamente não ofender os direitos alheios, convertendo os ditames clássicos a uma feição liberal-individualista¹³⁰. Aqui finaliza o processo de distanciamento da tradição romana¹³¹, que também via no *viver honestamente* e no *dar a cada um o seu* (Dig. I.I.10.1) a forma positiva da justiça para com o próximo.

É inegável que a tríplice divisão tomasiana introduziu conceitos linguísticos muito mais claros do que anteriormente para distinguir direito e moral. No entanto, a obrigação básica à moralidade é reduzida à mera vontade do agente, dessacralizando o significado de obediência à lei natural enquanto autoperfectibilização humana, já que isto seria uma meta individual e não social. Por consequência, moral e direito são cada vez mais vistos como fenômenos histórico-culturais, ou seja, convencionais, e logo o conteúdo legal passa a ser entendido como derivado de fontes temporais – atos humanos voluntários¹³².

O que Hobbes havia apenas intuído, Tomásio o declara expressamente e de forma sistemática. Agora, atuar retamente está mais relacionado ao cumprimento de regras exteriores do que ao autodomínio e ao bom uso da liberdade. Feito isso, já não há mais lugar privilegiado para as virtudes profissionais: uma moral normativa e deontológica está sendo gestada. Essa inversão paradigmática irá pautar a discussão jurídica e moral daqui em diante, com reflexos sobre a formação e a decisão judiciais.

¹²⁷ THOMASIIUS, Fundamenta iure naturae et gentium, cit., I, V, §25, p. 150.

¹²⁸ THOMASIIUS, Fundamenta iure naturae et gentium, cit., I, 6, §42, p. 177.

¹²⁹ THOMASIIUS, Fundamenta iure naturae et gentium, cit., I, 6, §62, p. 181.

¹³⁰ Um século e meio depois, John Stuart Mill articula esse princípio dentro do argumento político de que “o único propósito para o qual o poder pode ser corretamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar dano aos outros.” (MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução de Maria Aparecida Sargiolato. Campinas: Vide Editorial, 2018, p. 23.)

¹³¹ Por exemplo, Marco Túlio Cícero entendia como dois ditames da justiça que ninguém devia “prejudicar a outro, a não ser quando provocado por um ato injusto; depois, utilizar as coisas comuns em prol das coisas comuns e as coisas privadas em benefício próprio.” (CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. Tradução de Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999, I, VII, 20, p. 13.) Esse duplo aspecto – negativo e positivo – exigia uma atitude proativa e comunitária, desejosa de ser útil ao bem comum da república.

¹³² HAAKONSSON, Knud. German natural law. In: GOLDIE, Mark; WOKLER, Robert (ed.). **The cambridge history of eighteenth-century political thought**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 266-267. O pensamento de Thomasius representa um momento significativo de transição entre as teorias do direito natural e a próxima fase do iluminismo legal que florescerá no final do século XVIII (PADOA-SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 357).

2.2.2 Diferenças entre o novo sistema jurídico e o casuísmo medieval-indiano

Antes dessa impositação moderna, o que conferia especificidade ao direito era a sua derivação da justiça e, assim, o seu enquadramento na ordem moral geral. A ordem jurídica só era justa na medida em que fosse razoável e racional¹³³. Essa deferência à razoabilidade prática estava assentada em uma longa tradição de probabilismo moral, que via nos casos de consciência dos manuais de confessores a expressão natural da organização social. Certezas nas minúcias morais – preceitos secundários da lei natural – raramente existiam, decorrendo daí o constante embate de opiniões (*disputatio*).

A visão de que o direito é uma disciplina científica e rigorosa não encontra suas raízes nem no pensamento da maioria dos juristas romanos – que desconfiavam das formulações genéricas –, nem na escolástica medieval. Lá imperava a ideia de que o direito é uma arte, dirigida por regras apenas prováveis, que auxiliam a encontrar o justo concreto¹³⁴. Por tabela, não havia qualquer preocupação em uma dogmática dos textos legais, os quais não continham solução prévia alguma.

A mente casuísta visava a resolver o caso trabalhando, particularmente, em torno das circunstâncias concretas. Não hesitava em se afastar das leis quando elas não se encaixavam no caso específico. Reconhecia-se que o ideal de governar com poucas leis gerais era difícil de se alcançar e que era impossível elaborar uma regra para comuns que cobrisse todos os eventos futuros. Aliás, leis abrangentes demais podiam até dificultar a melhor resolução da lide. Essa convicção se consolidou no aforismo “não há regra sem exceção”, que teve repercussão popular e longa sobrevivência no discurso comum, marcando a ideia de falibilidade da norma¹³⁵.

É que, na escolástica, a descoberta da ordem natural das coisas não provinha de uma especulação pura e abstrata, ou do acesso direto às ideias divinas. Começava por pressupor um trabalho de observação dos fatos, dos resultados restritos e imperfeitos da nossa experiência. Esta observação era orientada e complementada pela elaboração intelectual, já que a mente não se compunha apenas das faculdades do raciocínio (intelecto), mas também de potências morais

¹³³ LOPES, O direito na história, cit., p. 182.

¹³⁴ HESPANHA, *op. cit.*, p. 318-319. A ideologia exegética vai propor que o direito está contido no texto: basta empregar as técnicas interpretativas corretas para extrair o seu verdadeiro sentido. Já a mentalidade casuísta vê o texto apenas como um instrumento, o ponto de onde parte o intérprete para alcançar uma decisão justa. No primeiro caso, o sistema jurídico é hermético e autossuficiente, porque as respostas estão contidas nele; no segundo, a ordem jurídica está aberta para o influxo de outras ciências, que iluminam os usos das práticas sociais.

¹³⁵ TAU ANZOÁTEGUI, *op. cit.*, p. 319-323. Cf. também *Ibid.*, p. 451 e 503.

(virtudes). Daí ser impossível estabelecer uma ciência do direito natural que culminasse na formulação de um código de regras permanentes, com princípios de justiça invariáveis¹³⁶.

Ademais, desrespeitar o direito natural não produzia consequências apenas jurídicas ou morais, mas sobretudo teológico-espirituais. Os operadores do direito, via de regra, estavam sujeitos à jurisdição eclesiástica quanto às matérias de foro íntimo, relativas aos pecados. A forte adesão à fé católica criava um ambiente intelectual propício à investigação da consciência do indivíduo. “A proibição de os advogados peticionarem causas injustas reitera a importância da justiça como critério estrutural do sistema processual.”¹³⁷ Não havia vício que não pudesse ser julgado, tampouco permanecesse indiferente ao restante da sociedade.

Dentro dessa tradição, o processo de agir moralmente era esquematizado em três etapas sucessivas: primeiro, o conhecimento do bem pela reflexão filosófica; segundo, a prática do bem pelo assentimento da vontade; terceiro, o desejo do bem pela ordenação da afetividade. *Conhecer, querer e sentir* eram os três verbos nucleares da ação moral bem realizada, porque, “para que a escolha seja boa, tanto a razão deve ser verdadeira quanto o desejo deve ser correto”¹³⁸. Por isso, não basta ao direito constranger a vontade, também é preciso apresentar boas razões para agir assim e se adequar interiormente a esse comportamento, de modo que as virtudes habitem no coração humano.

Tomás de Aquino¹³⁹, ao objetar que a lei depende da vontade, ensina que a razão tira o seu poder motor da vontade, pois é por *querermos* o fim que a razão *ordena* os meios. Mas, para a vontade do que é ordenado vir a constituir lei, é necessário que seja regulada pela razão, porque a vontade só age com razões, movida pelo intelecto. Logo, não é a lei por si só que obriga a vontade, mas a lei que é racional. Com isso, a lei irracional não obriga, já que não vincula a vontade. Em outras palavras, o elemento essencial da lei não era o comando, mas sim a racionalidade, que é causa daquele.

Aquino, Suárez e Grócio encontram a base para o direito e a moral no bem comum, determinado pela natureza dos seres humanos como animais racionais e sociais. Este aspecto da natureza humana propicia a formação de comunidades nas quais os indivíduos se consideram como objetos de preocupação para o seu próprio bem, e não como meios para satisfazer fins egoísticos. Nisso, persegue-se o *honestum* e o vantajoso como parte do bem individual e

¹³⁶ HESPANHA, *op. cit.*, p. 290.

¹³⁷ HOMEM, *op. cit.*, p. 139.

¹³⁸ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, cit., VI, 1139a, p. 150.

¹³⁹ AQUINO, *Suma teológica*, cit., Ia IIae, q. 90, a. 1, ad. 3, p. 546. Aí reside o fundamento para a desobediência da lei injusta, que, por ser irracional, não pode ter caráter obrigatório aos cidadãos. Cf. *Ibid.*, IIa IIae, q. 60, a. 5, ad. 1, p. 392.

coletivo, independentemente de comandos positivos. Contra essa visão naturalista, Pufendorf concorda com Hobbes ao afirmar que o bem natural está confinado ao prazer e à vantagem¹⁴⁰, sendo não apenas conveniente como necessário impor a justiça pela legislação.

A ideia escolástica de que cabe às leis conduzir os cidadãos à virtude começa a ser substituída pela nova teleologia legal, de matriz pufendorfiana: a valorização do componente extrínseco do direito – regra de ação – leva a uma concepção que vê o fim das leis na função de controlar a liberdade humana para evitar o conflito social. A ruptura, neste caso, reside naquilo que está implícito: a aglutinação entre lei e moral¹⁴¹. O dever jurídico é um freio à liberdade individual, e as normas – obra tipicamente humana – são limite e condição à convivência pacífica das liberdades¹⁴².

Aqui a matriz voluntarista da nova ordem jurídica começa a resplandecer: a razão natural é a que concilia as liberdades contrastantes, restringindo-as; o direito é uma limitação de liberdades, imposta por autoridade; a autopreservação é o primeiro bem de cada indivíduo, que se entende por referência ao egoísmo natural dos homens; a sociabilidade humana é mais instrumental – aumentar o bem-estar, a segurança, a utilidade etc. – do que uma necessidade para o desenvolvimento humano propriamente dito. Nela, encontram-se duas características do

¹⁴⁰ IRWIN, The development of ethics, cit., p. 295. Esta corrente teórica não era a única existente à época. Na tradição alemã, havia uma linhagem inaugurada por Gottfried W. Leibniz e desenvolvida por Christian Wolff que atacava os argumentos hobbesianos, pois fundada na noção de que o direito e a política eram essencialmente interessados na perfeição da natureza humana como parte do sistema geral do mundo. Em contraste, para o legado pufendorf-tomasiano, essas ciências estavam preocupadas em conter e pacificar uma natureza humana inerentemente passional e ingovernável. Neste último ponto de vista, o objetivo político por natureza era a manutenção da paz e da ordem (HAAKONSEN, *op. cit.*, p. 260). A noção central na filosofia prática de Wolff, tão próxima de Aquino quanto de Leibniz, não é a sociabilidade, mas a perfeição da humanidade e de sua condição. Este é o *summum bonum*, e persegui-lo é o nosso dever, o comando mais básico da lei natural. Uma obrigação natural surge porque a vontade é irresistivelmente atraída pelo bem, cuja lei natural aponta o caminho para a perfeição por meio das ações humanas que prescreve e proíbe. Essa perfeição é uma realização gradual das nossas habilidades naturais de tal forma que elas estão em harmonia umas com as outras, tanto individual quanto coletivamente, progredindo na felicidade guiado pelo ideal transhumano e divino de beatitude (Ibid., p. 269-270). De todo modo, a diferença de fins não alterava a semelhança de métodos: ambas as correntes estavam engajadas na geometrização e certeza do direito.

¹⁴¹ HOMEM, *op. cit.*, p. 223. Os modernos colocaram o problema da liberdade no centro do direito porque o relacionam à convivência pacífica submetida a uma autoridade, cuja justificativa do governo civil deriva do poder de garantir a segurança e a paz social, promovendo a contenção religiosa e a laicização do Estado pela prevenção da violência. A paz civil – e não a perfeição moral – torna-se a principal meta da lei natural, mudando radicalmente a compreensão da política, da ética e das instituições sociais nas comunidades da época. O problema é que a paz é estática: ou se está em paz ou em guerra. Já a autorrealização do ser é dinâmica, pressupondo um contínuo esforço biográfico de aperfeiçoamento do próprio eu em direção ao bem. E, quando a paz se torna o objetivo supremo do direito, isso pode significar que injustiças serão aceitas para evitar ou amenizar conflitos sociais, bem como vícios morais serão admitidos desde que não perturbem a ordem social. Esse liberalismo moral, aparentemente inofensivo e benéfico, pode ser a causa da infelicidade dos cidadãos, que não procuram nem conhecem meios de alcançar o seu florescimento. Tal assertiva não conduz a defender uma “moral única” nos Estados, mas em pôr em debate a plenitude do ser humano, sob pena de se cair no indiferentismo entre as diferentes correntes éticas da atualidade. As escolhas individuais de cada um, muitas vezes, têm consequências públicas para a sociedade civil.

¹⁴² LOPES, O direito na história, cit., p. 182. Esse é o fundamento para Thomasius classificar a bondade das ações humanas com base na sua utilidade para a paz interna – vida tranquila – ou externa – ordem social.

direito que triunfará no século XIX: o voluntarismo – a lei como expressão da vontade do legislador ou soberano – e o individualismo – o indivíduo como *prius* da sociedade, em que o todo equivale à soma das partes¹⁴³.

Esse voluntarismo antropológico funciona como um corte epistemológico entre as esferas racionais e irracionais das condutas humanas, que estão sujeitas ao livre arbítrio e ao poder da vontade. O voluntarismo nos fundamentos metafísicos e nas motivações psicológicas do sujeito, leva a um racionalismo deontológico nas conclusões, como forma de controlar a arbitrariedade do universo. Logo, é preciso separar a parte das ações humanas que podem ser conhecidas cientificamente, da parte que está entregue aos ímpetus das paixões desordenadas, insuscetível de estudo racional. A ciência social adquire o seu estatuto científico ao ser demonstrada por axiomas, e não por prescrever o melhor modo de vida humana.

Nesse panorama, a cientificidade do direito estava posta em xeque: ou ele seria um conhecimento certo e verdadeiro (*episteme*), logo racional; ou estaria fadado ao campo da irracionalidade, relegado à arbitrariedade das paixões e das opiniões (*doxa*). Longe desse dilema representar o triunfo da razão no direito, ele vai retirar do cosmos a sua finalidade intrínseca, constituindo em um objeto muito distante daquele anterior ao início da modernidade. A nova ciência jurídica pretende se converter em uma ciência como as naturais; o modelo geométrico seria utilizado em numerosas investidas dos jusracionalistas e jusnaturalistas modernos¹⁴⁴.

A ciência do direito precisa se consolidar como *ciência das leis*, para que seu objeto seja estável e científico. O estudo da justiça é por demasiado relativo, variável de acordo com cada estado. É o texto escrito que garante a estabilidade necessária à cientificidade do direito. Assim são assentadas as bases para que os juristas pudessem sonhar com a regularidade e a estabilidade do método jurídico, cujo textualismo inato seria a condição de possibilidade para deduzirem demonstrações axiomáticas a partir dos textos legais, agora indiferentes aos hábitos morais do intérprete, que não possuem qualquer rigor dogmático.

Se Hobbes se utilizou da passionalidade humana para dissolver o direito natural na legalidade positiva, a individualidade da experiência religiosa (pietismo) leva Tomásio a excluir a ética do domínio do direito, desconstruindo a metafísica do jusnaturalismo anterior¹⁴⁵, que

¹⁴³ LOPES, O direito na história, cit., p. 181-182. Cf. PUFENDORF, Samuel. **On the duty of man and citizen according to natural law**. Translated by Michael Silverthorne. New York: Cambridge University Press, 1991, I, 2, 1, p. 27.

¹⁴⁴ LOPES, As palavras e a lei, cit., p. 42. Tal modo de conhecer realça a finalidade extrínseca das coisas, as quais são metodologicamente privadas das suas dimensões ontológicas ou axiológicas, em oposição a um conhecimento que faz interiormente feliz aquele que o possui de forma virtuosa.

¹⁴⁵ WIEACKER, *op. cit.*, p. 358. Uma das principais causas dessa divisão reside na separação entre direito e religião, a partir da cisão entre os poderes administrativos e de jurisdição e os poderes sacramentais, estes últimos

integrava essas ciências tal qual a fé e a razão. Devido à fragmentação da moralidade caudadas pela diversidade de seitas religiosas, não caberia mais ao súdito julgar se deve obediência a uma lei que considera injusta. A norma legal sempre obriga exteriormente, sob risco de se tornar ineficaz pelas escusas de consciência. Direito e moral são, agora, esferas intocáveis.

O direito identifica-se com a lei, procede do conjunto de regras racionais deduzidas de princípios gerais. Essa concepção idealista da natureza servirá de transição para o nascimento da escola de direito natural moderno, em presságio à abordagem que Kant fará da moralidade: regras extraídas da razão que devem comandar os fatos, isto é, independentes dos eventos particulares, instaladas acima deles, aplicáveis a todos os lugares e em quaisquer circunstâncias, pois imutáveis e universalmente válidas. Isso representa o exato oposto da tradição clássico-medieval, que via a regra jurídica sendo tirada dos casos singulares; e não deduzida, ao inverso, da lei¹⁴⁶: *Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat* – “O direito não é tirado da norma, mas a norma se faz em consonância com o direito” (Dig. L.XVII.1).

Desde a virada do século XVII, cresciam ideias orientadas para a sistematização da ordem legal. Os nomes de Simón Abril, Lope de Deza e Gerónimo de Zevallos representavam uma corrente hispânica precoce e vigorosa que, com nuances, defendeu reduzir as opiniões a certas e claras regras legislativas, com o intento de vetar a obra interpretativa. Décadas depois, ideias semelhantes foram repetidas em países europeus, valendo mencionar o italiano Ludovico Antonio Muratori, dentro os mais lidos no campo jurídico em meados do século XVIII, o qual sugeria aos soberanos cortar a fonte das controvérsias pelas raízes, ordenando que as novas leis e estatutos fossem inviolavelmente observados nos tribunais¹⁴⁷.

Para Leibniz¹⁴⁸, “quem conhece o universal pode classificar com facilidade um número ilimitado de casos particulares sem que se lhe escape absolutamente nenhum”. Essa sentença sintetiza perfeitamente a principal diferença entre o paradigma clássico-medieval e o moderno: a noção de quem conhece o geral conhece o particular, supondo-se que o concreto

reservados à Igreja. Desse modo, a moralidade pública é a única que interessa ser regulada ou controlada pelo direito, ou melhor, pelo Estado, para conservar uma república cristã longe das guerras religiosas. Para aprofundar, cf. HUNTER, Ian. **Rival enlightenments: civil and metaphysical philosophy in early modern Germany**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

¹⁴⁶ VILLEY, A formação do pensamento..., cit., p. 651, 659 e 660.

¹⁴⁷ TAU ANZOÁTEGUI, *op. cit.*, p. 368. A associação da ideia sistemática com o agrupamento normativo baseia-se na crença de que, dadas certas condições, os órgãos legislativos podem se tornar expoentes totalizantes da experiência jurídica. Se a compilação de leis na ordem casuística era uma necessidade quando se atingia certo grau de acumulação, sob a ideia sistemática, a codificação era o ponto de partida inevitável da construção racional, uma vez que o ordenamento jurídico era concebido como um sistema fechado que apontava para a criação do direito através de uma única fonte: a lei (Ibid., p. 402). Cf. LEIBNIZ, Prefacio del nuevo código, *op. cit.*, p. 157-163.

¹⁴⁸ LEIBNIZ, La interpretación, el fundamento, la aplicación y sistematización de las leyes, *op. cit.*, p. 151, tradução livre.

pode ser inferido do abstrato mediante um esforço cognitivo de dedução. É o exato oposto do que se ensinava anteriormente sobre a incomensurabilidade do contingente. Essa ideia irá permear o ensino jurídico dos séculos seguintes, ainda hoje, de que, para ser um bom jurista, basta conhecer o máximo de leis em seus mínimos detalhes. Feito isso, não haveria situação concreta que não pudesse ser resolvida por meio de um raciocínio associativo.

A declaração do direito não é mais precedida da cuidadosa observação e ponderação de cada caso, mas uma simples extração das regras de viver que a razão demonstra a cada um. Tampouco a tarefa jurisprudencial é limitada em seus resultados, pois nem a lei natural está sujeita à contingência dos tempos e lugares, nem a razão humana tem dificuldades em conhecê-la. É a partir desses ingredientes – evidência, generalidade, universalidade, racionalidade e positividade – que se vai constituindo a doutrina moderna do direito natural, cujas raízes embrionárias encontram-se na filosofia moral estoica¹⁴⁹. A lei positiva se torna um mandado do legislador, que incorpora e consolida as regras morais ditadas pela razão.

Em uma carta dirigida a Thomasius, Pufendorf revela que a filosofia moral deve ser tratada não “segundo a virtude, mas segundo o dever” – *secundum virtutes sed secundum officia*¹⁵⁰. Nos termos dessa acepção, o procedimento de cada um torna-se legítimo desde que seja conforme ao estabelecido em lei, com vistas a evitar o conflito entre arbítrios. O livre agir de cada pessoa passa a ser considerado “direito” (subjeto), desde que enquadrado no preceito legal (objeto). Trata-se de afirmar a natureza coercitiva do direito, na perspectiva da garantia a ser assegurada aos homens para uma convivência pacífica na vida social; mas, deixando de

¹⁴⁹ HESPANHA, *op. cit.*, p. 295-296. Houve uma tentativa de construção sistemática do direito inspirada no idealismo platônico e na lendária obra *De iure civili in artem redigendo* de Cícero, na qual ele teria exposto o direito romano sob forma sistemática. Os juristas europeus, que tinham começado a ler o *Corpus Iuris Civile*, e os filósofos, que há muito conviviam com os textos estoicos, encontraram em Cícero a melhor tradição jusnaturalista para responder às aspirações modernas, ansiosas de certeza – e, por estar bastante explícita nos textos justinianeus, veio a triunfar sobre a tradição aristotélico-tomista nos alvares da modernidade. Há muito tinham em projeto a redução do direito a poucos princípios necessários e imutáveis, encontrando nas concepções estoicas sobre uma ordem geométrico-matemática do cosmos, um bom apoio teórico para considerá-los verdadeiros axiomas da ciência jurídica, a partir dos quais se pudessem extrair, pelos métodos da demonstração lógica, próprios das ciências naturais, as restantes regras da convivência humana. E, na falta de axiomas naturais, seriam as próprias normas jurídicas positivas que os substituiriam (*Ibid.*, p. 319-320). Cf. também, HOMEM, *op. cit.*, p. 408-409.

¹⁵⁰ GIGAS, Emil (ed.). **Briefe Samuel Pufendorfs an Christian Thomasius (1687-1693)**. Berlin: Oldenbourg Wissenschaftsverlag, 1897, p. 23. Trata-se da prevalência do dever normativo sobre a virtude pessoal, dado que Tomásio era contrário ao intelectualismo medieval, proclamando a vontade como a principal força motora da mente humana (*Fundamenta iure naturae et gentium*, cit., I, 1, §117, p. 58). Esse voluntarismo é mitigado por um empirismo do qual os escolásticos não eram partidários, fundado na experiência e no senso comum para afirmar que três paixões – luxúria, avareza e ambição – governam todas as ações humanas. O intelecto nada pode fazer contra elas, porque são elas que o dirigem em vista do seu próprio bem (§§130-132, p. 61-62), seguindo a trilha aberta por Hobbes. Ao negar a primazia da razão sobre os afetos, requer um sistema de moralidade capaz de mostrar como o homem pode colocar a doutrina do verdadeiro bem em prática, ao ser governado em direção segura ao agir correto (§§95-99, p. 53-54).

lado aquilo que é precisamente essencial ao direito: a justiça¹⁵¹, entendida em sentido material. O porquê dessa visão estar equivocada só ficará mais claro no último capítulo.

O rompimento com a prudência antiga é claro. Enquanto ela estava voltada para a formação do caráter, em sentido interno, a sistemática moderna terá um sentido técnico, preocupando-se com objetivos externos ao sujeito individualmente considerado. A nova teoria jusnaturalista fornece, pelo conhecimento do “estado de natureza” humana, as implicações institucionais a partir das quais é possível uma expectativa controlável das reações humanas para a instauração de uma convivência ordenada, em que a reconstrução racional do direito é uma espécie de física geral da socialização¹⁵².

Com o triunfo desta linha doutrinal, a moralidade é, progressivamente, afastada da esfera pública, local onde não é mais bem quista, porque incapaz de transcender para além de aspectos da vida privada. Coerentemente, o Estado de Direito incipiente distancia as virtudes da arena jurídica, porque as considera geradoras de incertezas e dissensões. A simbiose entre direito e moral é abolida, com base na desconfiança da solução dos problemas político-sociais por meio do uso da prudência. A razão teórica “vence a batalha” contra a razão prática, e as virtudes do intelecto são dissociadas das virtudes morais.

Dessa cisão entre público e privado, rompe-se a intrínseca carga humana e moral que o próprio direito implicava para os antigos. Não havia como separar, naquela época, a moral do direito, nem como esperar de um juiz que não fosse virtuoso ditar sentenças justas apenas aplicando as leis em abstrato para os casos concretos. A ruptura da unidade do ser moral, tão cara à era pré-moderna, é o resultado da tentativa de transformar o direito em uma *episteme* ao

¹⁵¹ SOUSA, José Pedro Galvão de. **Direito natural, direito positivo e estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 87. Foi Thomasius quem primeiro imputou a força ao direito, diferentemente da moralidade, que seria incoercível, devido à consciência ser inviolável. Dados esses elementos, quase todas as notas distintivas entre direito e moral, na modernidade, estavam dadas por ele, a partir das quais Kant foi mero herdeiro (DEL VECCHIO, Lições de filosofia do direito, cit., p. 110 e 369). Para o filósofo de Königsberg, a diferenciação entre direito e moral baseava-se nas duas diferentes naturezas da obrigação: o dever moral era vinculante em si mesmo, na medida em que derivava de uma ideia da razão que gerava o impulso de cumprir; enquanto o imperativo decorrente da lei tinha elementos de constrição na sua natureza intersubjetiva e no inseparável poder de coerção (PADOA-SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 421). Tal é o que se depreende da célebre definição kantiana, ponto de partida do positivismo jurídico na sua feição moderna: “O direito, portanto, é a soma de condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade” (KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 76). Cf. também HAAKONSSSEN, *op. cit.*, p. 285. Isto influenciará profundamente Kelsen, conforme veremos adiante.

¹⁵² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 71. No entanto, o relacionamento entre a teoria e a práxis acaba por fracassar à medida que o direito reconstruído racionalmente não reproduz a experiência concreta do direito vivido na sociedade, criando uma distância entre a teoria jurídica e a prática judicial.

modo das ciências teóricas, trazendo consequências deletérias para a sua compreensão prática e plantando solo fértil para o florescimento do positivismo moderno¹⁵³.

Pela separação sistemática entre foros interno e externo, decorre que, para um juiz obter sucesso no cargo, não é mais necessário adquirir uma formação nas virtudes humanas, mas tão somente dominar a técnica jurídica de aplicação do direito, porque o seu conteúdo é exterior ao agente e está determinado pela regra. Estão plantadas as bases para a moderna divisão entre moralidade e interpretação, entre virtude e aplicação, entre tribunal da consciência e tribunal da razão, fazendo com que os positivistas viessem a assumir uma visão estritamente técnica do intérprete, que não é influenciado pela gestão de sua conduta moral ao interpretar as leis. Estes âmbitos seriam intangíveis, dado que a razão prática se restringiria ao domínio da interioridade, e o direito não mais.

Não é de se estranhar que essa tipologia ecoa até os dias atuais no senso comum do jurista, haja vista a significativa escassez de estudos sobre a influência direta – e não indireta ou meramente reflexa – da ética na capacidade decisória dos magistrados. Pouco se questiona acerca da aptidão prática de um julgador que contenha hábitos nitidamente viciosos, tais quais luxúria, embriaguez, ganância ou vaidade. Todas essas desordens interiores não são mais vistas como obstáculo para que o técnico (*iurisperiti*) encontre a solução correta, já que os imperativos da legalidade estariam fora dessa esfera estritamente privada, em uma bifurcação formal.

Todavia, essas conclusões não estavam explicitadas nos autores estudados, os quais mantiveram a prudência na aplicação do direito¹⁵⁴, embora com um novo significado. Suas

¹⁵³ RUIZ, Rafael. **O sal da consciência**: probabilismo e justiça no mundo ibérico. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio, 2014, p. 105. O positivismo jurídico recebeu duas heranças paradoxais e contraditórias: de um lado, a formação axiomática do jusracionalismo moderno, transmitida junto à ideia de legislação e código; de outro, a concepção voluntarista de lei, histórica e positiva. Abandona-se a referência ao sistema prudencial que vigorara na escolástica medieval para ater-se ao método dedutivo do século XVIII e afastar-se da ciência empírica, exceto para constatar quais as leis promulgadas e em vigor, em uma verificação documental (LOPES, O direito na história, cit., p. 205-206). Isso resultou em uma justaposição metodológica: de um lado, a presença de um critério racionalista levou o direito a estabelecer regras gerais extraídas das próprias leis reais; por outro lado, recorreu-se à jurisprudência casuística, quando os casos não haviam sido decididos pelo legislador (TAU ANZOÁTEGUI, *op. cit.*, p. 575).

¹⁵⁴ Cf. THOMASIIUS, Institutes of divine jurisprudence, cit., I, 2, §§159-161, p. 85-86. E por que seria um “erro” dividir essas ciências? O ponto chave não está em distinguir, mas em separá-las. Desde os gregos, política, ética e direito eram pouco distintas, pois a interrelação entre elas era mais ressaltada do que as suas diferenças. Contudo, a existência de conexão não quer dizer ausência de distinção. Ninguém pensava que elas se confundiam ou eram a mesma coisa. Pelo contrário, acreditavam que cada âmbito do conhecimento estava relacionado aos demais, sobretudo quando da mesma grande área, em uma visão holística. Imaginar que campos do saber humano estavam em polos opostos por serem autônomos era não só ilógico como prejudicial. Longe de significar que elas eram pouco desenvolvidas, revela que havia uma cuidadosa preocupação em integrar o conhecimento na realidade, sem que os artifícios da inteligência retirassem o objeto de seu contexto para classificá-lo em uma categoria isolada. Se tal concepção hoje parece retrógrada e antiquada, ela tinha sua razão de ser: os antepassados não se ocuparam de tornar independente cada ciência prática porque pressentiam o risco de causar a separação delas na realidade, quando a distinção é apenas mental. Foi o que aconteceu na modernidade política: a setorização científica cingiu

divisões conceituais serviram de pressupostos epistemológicos para as gerações seguintes, as quais continuaram o afastamento teórico da tradição jurídica central do Ocidente. Nenhum chegou a afirmar que as virtudes são inúteis ou dispensáveis: elas apenas perderam a ênfase corrente no vocabulário dos juristas modernos. Mais do que uma superação, houve uma guinada legal que retirou a preocupação doutrinária em sistematizar o conteúdo dessas excelências morais dentro do direito. Essa omissão terá fortes consequências no futuro.

O problema nunca esteve na distinção formal entre ética e direito, mas sim na sua separação material, na qual cada uma se converte em incomensurável para a execução da outra. Gradualmente, a estrutura própria das virtudes humanas é invertida e descartada, deixando de se referir a excelências morais ou hábitos perfectivos com relevância pública, para se transformar em uma autarquia da vida privada. Dessa manifestação típica do fenômeno da autonomia do direito, não tardará até que se conceba um juiz que, independentemente de sua moralidade pessoal, seja capaz de bem interpretar os diplomas normativos.

Em suma, as principais inversões do pensamento jurídico moderno comparado ao clássico-medieval foram: i) a ordem jurídica aberta substituí pelo sistema normativo fechado; ii) o monopólio do poder normativo estatal exclui a pluralidade das fontes (comentadores, costumes etc.); iii) a lei como comando da vontade, e não da razão; iv) a criação do direito só cabe aos órgãos legislativos; v) a interpretação jurídica se restringe ao texto legal; vi) a aplicação judicial é um ato de inteligência, não de virtuosidade; vii) o método do direito não é mais a dialética ou a retórica, mas sim a lógica e a dedução; viii) o ensino jurídico deslocado dos casos legais e das opiniões dos doutores para os múltiplos significados do texto normativo.

É evidente que algumas dessas mudanças foram benéficas para a teoria e prática judiciais¹⁵⁵; mas, outras nem tanto. Para além das causas políticas, o caótico e emaranhado conjunto casuísta motivou tentativas de reorganização normativa dentro de uma formulação sistemática, abandonando as recompilações legislativas, privilégios e exceções. Trata-se de uma

o homem em dois, um público e um privado. Na teoria, supõe-se que ele pode se comportar exteriormente de um modo e interiormente de outro, desde que cumpra as regras de convivência social. É evidente que essa mentalidade surge em um ambiente marcado por uma profunda diversidade religiosa e fragmentação do pensamento, em que a falta de coerção estatal poderia ensejar uma guerra civil. No entanto, se esse raciocínio pode ser útil e servir para resolver dilemas entre fé e razão, trazê-lo para questões jurídicas e éticas é extremamente problemático, porque as fronteiras teórico-formais não anulam a unidade material entre elas na sua manifestação fenomênica no real.

¹⁵⁵ A alteração no elenco das fontes jurídicas só pode ser entendida pelo momento de profunda reflexão sobre as instituições às quais se reconhece o poder de criar o direito e sobre a força vinculativa do direito criado por essas mesmas instituições. O recurso aos precedentes dos tribunais não havia resolvido o problema das lacunas e controvérsias na opinião comum da doutrina, que era incapaz de exprimir os anseios de certeza e justiça indispensáveis ao progresso dogmático do direito (HOMEM, *op. cit.*, p. 206). Também o costume de acumular leis sucessivamente, sem que fossem nominalmente revogadas (TAU ANZOÁTEGUI, *op. cit.*, p. 354-357). O instituto da revogação expressa é um avanço organizacional para a ordem normativa, em vez da derrogação tácita, que dava causa a incertezas e confusões desnecessárias.

aspiração legítima, condizente com a função ordenadora da inteligência humana. No entanto, quando essa meta se transforma em uma luta desenfreada por certezas e previsões – não mais por segurança jurídica –, aí o objetivo inicial já foi deturpado, e os seus resultados poderão ser mais nefastos do que vantajosos.

O final do jusracionalismo moderno, que pautou o debate na virada para o século XVIII, marca a transição para o terceiro ataque às virtudes: o iluminismo legal. Do humanismo ao iluminismo, passando pelo jusracionalismo, essas três fases foram determinantes para o afastamento da tradição clássica e a abertura de um novo paradigma do direito, muito distante daquele outrora praticado. O último passo rumo ao exegetismo já havia sido dado quase um século antes.

2.3 Iluminismo legal e codificação: um novo paradigma do direito

Reduzida a complexidade da ordem cósmica a cálculos matemáticos, a ciência natural se converte no modelo de racionalidade hegemônica que, pouco a pouco, transbordou para o estudo da sociedade. Tal como foi possível descobrir as leis da natureza, seria igualmente possível descobrir as leis da sociedade. Este espírito inovador é ampliado e aprofundado com o fermento intelectual – “as luzes” – que daí resulta, criando as condições para a emergência das ciências sociais no século XIX. A consciência filosófica da ciência moderna, que tivera no racionalismo cartesiano e no empirismo baconiano as suas primeiras formulações, veio a modelar-se pelo iluminismo e, posteriormente, a condensar-se no positivismo oitocentista¹⁵⁶.

A visão iluminista da história reconstrói o ideal moderno iniciado no Renascimento, como uma epopeia da razão ilustrada para se libertar do jugo da religião, tomando a si mesma a responsabilidade pela própria existência, longe de qualquer regra coativa exterior. Trata-se de um projeto de emancipação do homem em relação a toda forma de opressão à liberdade por uma autoridade heterônoma. O papel desempenhado pela razão será efetivado pela “ciência”, a qual compete reconstruir, a partir do zero, todo o conjunto do saber humano com independência da tradição (pseudo)científica anterior – em especial, a aristotélica e medieval¹⁵⁷.

¹⁵⁶ SANTOS, *op. cit.*, p. 18. Para o autor, Bacon, Giambattista Vico e Montesquieu são os grandes precursores. Bacon afirma a plasticidade da natureza humana e, portanto, a sua perfectibilidade, dadas as condições sociais, jurídicas e políticas adequadas, as quais podem ser determinadas com rigor. Vico sugere a existência de leis que governam deterministicamente a evolução das sociedades, tornando possível prever os resultados das ações coletivas. Montesquieu esboça uma sociologia do direito, ao estabelecer a relação entre as leis do sistema jurídico, feitas pelo homem, e as leis inescapáveis da natureza.

¹⁵⁷ ECHAVARRÍA, *op. cit.*, p. 42-43.

O otimismo do pensamento filosófico moderno é representado pela profunda confiança depositada no poder do conhecimento racional. Enquanto o discurso barroco assentava-se numa antropologia decaída, o discurso jurídico do iluminismo parte de uma convicção nas possibilidades da razão humana. A racionalidade moderna é concebida em um sentido instrumental, de que a razão contribui para a formação de uma jurisprudência técnica, a qual assume o pensamento jurídico como conceituador e sistemático, quanto ao método, e dogmático, quanto ao objeto¹⁵⁸.

Entre 1650 e 1800, o velho conceito de direito como ordem racional estabelecida por Deus ou inerente ao homem é desintegrado e abandonado pelas monarquias absolutas. Está pavimentado o caminho para a elaboração de uma teoria sistêmica do direito, cujo complexo autorreferencial é capaz de se auto-organizar por meio de suas próprias operações: sejam as leis (legalismo), sejam as normas (normativismo), sejam as decisões judiciais (decisionismo). Um modelo autopoietico cuja hierarquia das fontes jamais fora visto antes, inaugurando um novo paradigma do direito, com escassas semelhanças quando comparado à teoria anterior.

O iluminismo absolutista trouxe consigo uma nova ideia sobre a função do jurista. A redução da complexidade do problema metodológico da ciência do direito pela simplificação das operações de descoberta da decisão judicial é apresentada como corolário inevitável das seguintes tarefas intelectuais: identificação da norma legal aplicável, interpretação da lei e aplicação aos fatos. As manifestações deste programa antiprudencial são fruto da crença na possibilidade de eliminação da subjetividade no discurso jurídico. A razão teórica assume metodologicamente a construção científica e racional dos enunciados dogmáticos de modo objetivo e universal, de forma a excluir a subjetividade doutrinária¹⁵⁹.

¹⁵⁸ HOMEM, *op. cit.*, p. 393. O jusracionalismo promoveu uma teoria um tanto quanto paradoxal. A insistência na razão e a aproximação do direito aos saberes matemáticos e lógicos levaria, em tese, a valorizar uma justiça objetiva e não arbitrária, correspondente ao caráter não voluntário das ciências formais, em proposições nas quais a vontade não tem qualquer império. Esse método racional atingiria a essência da sociedade e do homem, erigindo a verdadeira ordem que preside as relações humanas. No entanto, muitos autores fundaram a natureza antropológica e social nos conceitos de liberdade e autodeterminação, com traços de voluntarismo axiológico, desembocando em um modelo voluntarista de ordem cultural, cujo racionalismo metodológico não tem poder sobre a vontade (HESPANHA, *op. cit.*, p. 311-312). Ao mesmo tempo em que se reforça o poder da razão, empodera-se a força da vontade, alimentando movimentos contraditórios.

¹⁵⁹ HOMEM, *op. cit.*, p. 379-381. Concorre, neste caminho, o projeto axiológico e normativo dos teóricos da monarquia pura em separar a criação de direito – reservada ao príncipe – da interpretação e aplicação da lei – confiada ao jurista. A pretensão de reconstrução racional da ciência do direito e a construção teórica do conceito de Estado é dirigida pelos governos absolutistas segundo um plano de atuação sistemático, fundado na valorização do direito nacional (*ius proprium*) como objeto de estudo universitário, que procura se emancipar do direito comum (*ius commune*) e fundar a sua própria legislação interna, independente da herança escolástica. Sobre o tema, cf. CABRAL, Gustavo César. **Ius commune**: uma introdução à história do direito comum do Medievo à Idade Moderna. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. A valorização da língua nacional corresponde a um desiderato dos programas reformistas do iluminismo setecentista europeu, cujo significado prático é a libertação do latim pela

As causas materiais dessa mudança paradigmática podem ser designadas por alguns fatores: 1) positividade da lei natural; 2) secularização da lei humana; 3) valorização da legislação nacional; 4) concentração do poder político; 5) anticlericalismo; 6) pluralismo religioso; 7) separação entre foro interno (moral) e externo (direito); 8) economia de capital. Paradoxalmente, esta será a era das monarquias absolutas e dos Estados nacionais. Adiante, cumpre descrever como esse processo ocorreu, em especial pelo estudo de duas escolas iluministas do direito: a de Exegese na França e a Pandectista na Alemanha.

2.3.1 A Escola da Exegese francesa

Na França, a pretensão racionalista – ausência de limites e impossibilidades para a razão humana – foi consubstanciada na *Encyclopédie* (1751), dirigida pelos *philosophes* iluministas Diderot e D'Alembert, que apresentava como principal objetivo organizar um inventário completo do saber humano, cujo subtítulo, não menos ousado, era *Dictionnaire Raisonné des Sciences, des Arts et des Métiers*¹⁶⁰. O “Século das Luzes” francês vulgarizou e derogou a concepção clássica do direito, retomando o conteúdo das sínteses científicas do século XVII, inspirado nas novas doutrinas de Descartes, Hobbes e Locke¹⁶¹.

Na esfera jurídica, a Ilustração foi uma ruptura com o direito comum e a expansão da mentalidade jusnaturalista moderna. Como superação do paradigma anterior, aumentou a crítica ao corpo do direito romano que ainda servia de guia de estudos para as escolas jurídicas, cuja manutenção deturpava o objeto racional do direito¹⁶². Foi se formando, no final do século

criação de instrumentos interpretativos das leis nacionais sem recursos às leis romanas. O desconhecimento da língua latina e a falta de estudo da língua pátria foi um dano ao ensino jurídico corrigido pela teoria da interpretação destacando o elemento gramatical como o primeiro mecanismo para entender a propriedade do uso das palavras, gerando autonomia científica ao direito nacional frente o direito romano (HOMEM, *op. cit.*, p. 405).

¹⁶⁰ HIMMELFARB, Gertrude. **Os caminhos para a modernidade**: os iluminismos britânico, francês e americano. Tradução de Gabriel Ferreira da Silva. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 191-192. A fronteira entre os diferentes tipos de literatura jurídica – relatórios, comentários, coleções de leis, doutrina – desapareceu para dar origem a um novo tipo de literatura jurídica: os dicionários. Essa nova terminologia, típica de todos os campos do conhecimento no século do iluminismo, expressa não apenas uma abordagem enciclopédica da ciência, mas também uma particular concepção de interpretação. O objetivo desses dicionários era extrair princípios gerais de diferentes textos jurídicos por meio de um processo de raciocínio e aplicação, em vez de apresentar um catálogo de estudos de caso e espécies jurídicas insistindo na diversidade de respostas jurídicas para cada questão (DAUCHY, Serge. Legal interpretation and the use of legal literature in 18th century law reports of the “Parlement” de Flandre. In: YASUTOMO, Morigiwa; STOLLEIS, Michael; HALPÉRIN, Jean-Louis (ed.). **Interpretation of law in the age of enlightenment**: from the rule of the king to the rule of law. Dordrecht: Springer, 2011, p. 55).

¹⁶¹ VILLEY, A formação do pensamento..., cit., p. 584. Sobre a filosofia de John Locke, que não será vista aqui, cf. HUSSERL, *op. cit.*, p. 51 e 68; STRAUSS, *op. cit.*, p. 244 e ss.

¹⁶² LOPES, As palavras e a lei, cit., p. 60. Jusracionalismo e iluminismo dos séculos XVII e XVIII não são, por natureza, idênticos. Aquele foi a nova versão de uma filosofia social continuamente presente na tradição ocidental; este, apesar da sua fundamentação filosófica, foi uma ruptura moral, ou, em última análise, religiosa. Mas ambos

XVIII e início do XIX, um grupo crescente de juristas com ideias próprias do iluminismo, cuja nítida tendência era por uma aplicação direta e sem ambiguidades, livre de interpretações, glosas ou comentários que pudessem relativizar ou alterar as leis. Elas deveriam falar por si mesmas, tão simples e clara que não haveria dúvida pelo mais rude dos aldeões¹⁶³.

A Ilustração pôs termo a essa questão ao enquadrar a decisão judicial como um ato de conhecimento (razão teórica), por meio do qual o magistrado deduzia as respostas legais para o caso individual, independentemente do seu juízo acerca da razoabilidade ou justiça delas. Assim, o juiz nada mais seria do que “a boca que pronuncia as palavras da lei” (*la bouche qui prononce les paroles de la loi*), na famosa expressão de Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu¹⁶⁴, pois encarregado tão somente de pronunciar os comandos estabelecidos pelo legislador, a quem competia determinar previamente o espírito das leis.

Após a Revolução Francesa, a lei adquire um lugar sagrado no sistema jurídico. Por ser expressão da vontade geral e da soberania nacional, pois fruto da deliberação popular, todos os agentes públicos, administrativos ou judiciais, eram, como comissários do povo, seus fiéis executores, que verificavam se ocorreu o pressuposto fático previsto nela e, então, se limitavam

os movimentos estão intimamente ligados: tanto quanto à sua origem, vez que o sistema do novo jusracionalismo só se tornou possível através dos pensadores do primeiro iluminismo, como Galileu e Descartes, quer quanto à sua ação, já que justificou racionalisticamente as suas exigências humanitárias (WIEACKER, *op. cit.*, p. 353-354).

¹⁶³ RUIZ, Alienação e intolerância, cit., p. 90. Tratados dos séculos anteriores já apontavam a preocupação em acabar com a pluralidade de opiniões, determinando, por meio da lei, qual opinião, mais conforme à razão, seria definitiva. Pedro de Simón Abril, no fim do século XVI, tinha uma proposta de “clarificar” o emaranhado jurídico que, até então, se apoiava nos comentários dos glosadores, estabelecendo um novo corpo de leis que fosse o único critério de decisão sobre controvérsias jurídicas. Ele estabelecia uma nítida oposição entre os legisladores e os glosadores: enquanto os primeiros queriam que o povo conhecesse as leis para que fossem cumpridas, aqueles pretendiam que os súditos não as entendessem, para que fossem consultados sobre o seu entendimento acerca delas. Longe de idealizar a codificação, o humanista castelhano objetivava organizar melhor o corpo jurídico, excluindo e substituindo as diferentes interpretações dos juristas pela clareza e brevidade da legislação (Id., O sal da consciência, cit., p. 79-80). Embora seu projeto não tenha vingado, pois ainda não era a hora de abandonar o entendimento de que o direito era uma arte cujo centro estava no confronto dialético entre as múltiplas opiniões dos juristas, é emblemático que a sua obra tenha ganhado nova edição no “Século das Luzes”. Cf. também HERZOG, *op. cit.*, p. 188-189; TAU ANZOÁTEGUI, *op. cit.*, p. 376 e 380.

¹⁶⁴ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 3. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 169. Essa ideia não é inédita na história do direito, pois a simbologia do juiz como a boca que declara as palavras mudas da lei já existia desde os romanos. O que houve foi uma apropriação semântica, por conveniência política, para os fins da Revolução, fazendo com que essa afirmação adquirisse um significado mecânico na geração seguinte (HOMEM, *op. cit.*, p. 464-465). A diferença está no sentido emblemático atribuída a ela em cada contexto. Isso porque, para os revolucionários franceses, os juízes não eram representantes eleitos do povo, mas aristocratas vinculados ao Rei e à Igreja, sendo inconcebível a delegação do poder de interpretação das leis aos magistrados, pelo risco de o espírito do legislador, verdadeiro representante da vontade geral, ser deturpado. Por isso, a figura do magistrado, suspeita na visão revolucionária, remete a meros burocratas subservientes ao poder do soberano, posto que a organização do Judiciário era hierárquica, permitindo o seu controle pela cúpula de confiança do chefe do Executivo (ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 38), o qual nomeava discricionariamente os juízes togados. Dentro dessa conjuntura política e influenciado pelo modelo inglês, o autor de *l'esprit des lois* (1748) exaltou o poder de legislar e desconfiou do poder de julgar, relegando aos juízes um papel subsidiário na composição do Estado, cuja função deveria ser exercida por cidadãos do povo, e não profissionais, para formar um tribunal que só dure o tempo necessário para o cumprimento de sua missão institucional; pois, sendo a magistratura temível, esse poder deveria ser nulo e invisível.

a aplicar a consequência jurídica anteriormente determinada. A lei não era só o ponto de articulação das liberdades recíprocas dos cidadãos, mas também o instrumento através do qual prevalecia o único poder legítimo em uma sociedade de homens livres e iguais¹⁶⁵.

Ela passa a ser vista como uma expressão superior da razão, cuja ciência do direito – ou melhor, dogmática jurídica – é o domínio asséptico da segurança e da justiça. O Estado é a única fonte do poder; o sistema jurídico é autossuficiente; eventuais lacunas são resolvidas internamente. Separada da filosofia do direito, a teoria jurídica volta o seu conhecimento apenas para a lei positiva. Estas são algumas das principais características da nova ordem insurgente: a) completude do ordenamento jurídico; b) racionalidade da lei; c) método científico; d) uso da lógica; e e) neutralidade do intérprete¹⁶⁶.

A mudança substancial da modernidade jurídica foi a grande ênfase na produção legislativa do direito, preterindo a atividade judicial de interpretar juridicamente os fatos. Essa racionalização destinou-se a estabilizar as relações sociais pela anterioridade e universalidade das prescrições legais, permitindo a afirmação do princípio formal da legalidade como garantia máxima da segurança jurídica¹⁶⁷. O fundamento de validade das normas passou a ser o fato de terem emanado do legislador positivo¹⁶⁸ e serem escritas de forma geral, impessoal e abstrata. Fora delas, reinavam o arbítrio e a insegurança.

Nessa cultura jurídica, estreitam-se os laços entre racionalismo, voluntarismo e positivismo: a segurança decorre das condições estabelecidas coercitivamente pela norma legal, e esta resulta de uma determinação da vontade do legislador independentemente de sua subordinação a um critério natural de justiça, ao qual não se faz referência¹⁶⁹. Se ela era infalível e continha respostas corretas, a única tarefa a ser feita era estudá-la e reproduzi-la nos processos, sem nada acrescentar de novo ao Estado de Direito Legal. As palavras positivadas perdem o seu caráter instrumental para se transformarem no fundamento da ordem normativa.

¹⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos**: la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Real Academia Española, 1994, p. 145-147. Paradoxalmente, uma linguagem mais abstrata foi adotada nos documentos constitucionais; cf. HERZOG, *op. cit.*, p. 200-201.

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, jul./set., 2001, p. 13.

¹⁶⁷ PINHEIRO, A prudência do diálogo, *op. cit.*, p. 209. Note-se que a lei, para os clássicos, também possuía uma qualidade universal e coercitiva, sendo que este aspecto era tão somente secundário, cedendo em face do objetivo primário: a moralização da comunidade. Essa simbiose entre direito, ética e política era não só espontânea, como desejável, porque não se concebia que cada uma dessas ciências pudesse chegar ao seu fim autonomamente, sem a contribuição uma das outras. Eis um dos traços distintivos e diferenciadores da modernidade, ao não ver uma correlação necessária entre os campos do saber prático.

¹⁶⁸ ORREGO SANCHEZ, Cristóbal. **Analítica del derecho justo**: la crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural. México: UNAM, 2005, p. 85.

¹⁶⁹ SOUSA, *loc. cit.* Codificação e legalismo serão os ingredientes formal e material para dar coesão interna a esse sistema jurídico emergente.

Entendia-se e ensinava-se que a compreensão dos textos legislativos identificava o trabalho do jurista. Se o direito estava contido na lei – ou melhor, nos códigos –, era desejável que o juiz se convertesse em um especialista dessa ciência específica¹⁷⁰. Napoleão temia que os intérpretes se tornassem os responsáveis pelo “assassinato” do seu *code civil*¹⁷¹ (1804), o qual foi aclamado como imortal e universal após a sua promulgação¹⁷². Não é de se espantar que Robespierre, poucos anos atrás, tenha promovido a supressão da palavra “jurisprudência” do dicionário, sob o argumento de que poderia remeter ao esforço jurisdicional das nações antigas e medievais, onde havia a consciência indubitável de que os juízes criavam direito¹⁷³.

Daí o surgimento da Escola de Exegese¹⁷⁴, que contribuiu para consolidar um legalismo completamente avesso a qualquer extrapolação das fronteiras do poder jurisdicional, cujo objetivo era descobrir e reafirmar o espírito da lei pretendido pelo legislador, a partir de métodos interpretativos que assegurassem o fiel cumprimento do seu mandato¹⁷⁵. Nenhuma

¹⁷⁰ VIGO, Rodolfo Luis. De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución: realidad, teorías y valoración. **Dikaion**: revista de fundamentación jurídica, Chía, a. 26, v. 21, n. 1, jun. 2012, p. 193-194.

¹⁷¹ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. 3. ed. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 392. A exegese francesa chegou a negar a possibilidade de integração do direito, porque o Código não contemplava essa hipótese, como também porque um caso não previsto na lei deveria ser considerado despido de juridicidade, merecendo o desprezo dos intérpretes (VIGO, De la interpretación de la ley..., cit., p. 199). Daí surge a regra da inafastabilidade jurisdicional (proibição do *non liquet*) no art. 4º, que pune o juiz que se recusar a julgar sob o pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei; e o art. 5º, que proíbe o magistrado de pronunciar disposições regulatórias gerais nos casos que lhe forem submetidos. Esse modelo político europeu, inclusive, ameaça penalmente o julgador que se afastar do “sentido” original da lei, haja vista a tipificação deste comportamento como crime de prevaricação – que ainda persiste, por exemplo, na Espanha e na Argentina.

¹⁷² RECASÉNS SICHES, *op. cit.*, p. 153. Sobre suas origens históricas, cf. FACCHINI NETO, Eugênio. Code Civil francês: gênese e difusão de um modelo. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 50, n. 198, p. 57-86, abr./jun. 2013. Com uma disposição legal aprovada ao mesmo tempo do Código, foi declarado que, no momento que entrasse em vigor, portarias, costumes, leis romanas, procedimentos judiciais soberanos e todas as outras fontes de lei deixariam de ser eficazes sobre todas as questões tratadas no novo diploma. O imenso legado acumulado ao longo dos séculos, incluindo o *ius commune*, foi apagado da lista de fontes em uma única canetada (PADOA-SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 477). Vale conferir o discurso do autor do quarto projeto de código civil, que adota uma postura moderada ante o ímpeto iluminista: PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier projet de code civil**. Bordeaux: Éditions Confluences, 2004, p. 16-17.

¹⁷³ VIGO, De la interpretación de la ley..., cit., p. 200. Os iluministas submeteram o direito consuetudinário a uma crítica demolidora, considerando-o uma pesada e danosa herança da Idade Média, como contrário às exigências do homem racional e da sociedade civilizada inspirada nos avanços alcançados pela razão. Esse acúmulo de normas irracionais ínsito a toda tradição deveria ser substituído por um direito constituído por um conjunto sistemático de normas jurídicas deduzidas pela razão e consagradas na lei, para construir uma nova sociedade remodelada e renovada (*régénération*), por meio da obra racionalizante da legislação. O movimento pela codificação representa, assim, o desenvolvimento extremo do jusracionalismo. Cf. HERZOG, *op. cit.*, p. 209.

¹⁷⁴ A Escola de Exegese, que ainda exerce notável influência na *forma mentis* de muitos juristas contemporâneos, tem como principais representantes: Demolombe, Troplong, Laurent e Marcadé. Suas teses fundamentais foram consignadas em dois grandes tratados: *Cours de Droit Civil Français* (1838-44), de Aubry et Rau; e *Traité théorique et pratique de droit civil* (1903), de Baudry-Lacantinerie e seus colaboradores (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 415). O método exegético encontra sua raiz histórica nos teóricos protestantes que defendiam uma leitura literal das Escrituras como a única capaz de manter a fidelidade aos ensinamentos bíblicos. Na ânsia de criticar a “dogmática” católica, a exegese recusava qualquer tipo de apelo metafórico ou criativo, recorrendo a uma leitura extremamente objetiva do texto sagrado (TAXI, *op. cit.*, p. 114).

¹⁷⁵ VIGO, Rodolfo Luis. Ética judicial e interpretação jurídica. **Doxa**: cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n. 29, 2006, p. 274.

forma de controle judicial de constitucionalidade das leis era admitida, posto que caberia ao Parlamento realizá-lo preventivamente. E mesmo as decisões hodiernas dos magistrados poderiam ser invalidadas pela *Cour de Cassation*, órgão político-administrativo responsável de evitar qualquer intromissão judiciária nas competências do Poder Legislativo¹⁷⁶.

Nessa concepção, o método legal permitiria a imparcialidade da sentença, que se fundaria na letra da lei, e não no sentimento do juiz. Isto é, a objetividade política da sentença dependeria da impessoalidade científica do juiz, que subsume o fato particular à lei universal e geral que o prevê mediante um raciocínio silogístico. A afirmação científica do direito consistia no estudo das leis formalmente válidas¹⁷⁷, rompendo com a tradição medieval que o articulava junto às disciplinas do *trivium*: gramática, retórica e dialética¹⁷⁸. O momento de criação do direito se encerrava no processo legislativo, ao que se seguia a tarefa do doutrinador e do juiz, circunscrita a um saber teórico, de destrinçar, sem preferências axiológicas, o conteúdo legal.

¹⁷⁶ MAGALHÃES FILHO, Glaucio Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 18. A reforma de 1790 instituiu o Tribunal de Cassação incumbido de garantir uniformidade na interpretação da lei em todo o território nacional, exercendo uma tarefa nomofilática, visando aumentar a certeza do direito e não o exame do mérito nos casos disputados. Foi criado uma única corte suprema competente para todo o país, que tinha a função geral anteriormente exercida pelo Conselho do Rei (*Conseil du roi*), a qual, no decorrer do tempo, constituiu a principal fonte na interpretação e integração do código napoleônico. Para conter os juízes “criadores de lei”, usurpadores do trabalho da *Assemblée nationale constituante*, foi instituído o *référé législatif*, um procedimento *ex novo* pedindo aos juízes que recorressem ao legislador para a correta interpretação legal nos casos em que não ficou evidente a partir do próprio texto ou houve repetido contraste entre as decisões ordinárias e o Tribunal de Cassação na mesma questão jurídica. Nessas circunstâncias, os juízes eram obrigados a suspender o processo e requerer a intervenção do Legislativo. A hostilidade contra os tribunais do *ancien régime* era tanta que forçou a Assembleia Constituinte a aceitar o princípio dos juízes serem eleitos, o que iniciou em 1792. Mas, apenas sete anos depois, no início do Era Napoleônica, essa reforma foi revogada e o procedimento anterior foi restabelecido. Ademais, a instituição do tribunal do júri foi considerada pela Assembleia Nacional como o principal remédio para conter os defeitos do sistema criminal, com base na ideia de que o julgamento feito pelos cidadãos seria mais justo e menos arbitrário do que o realizado por juízes togados (PADOA-SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 453-454).

¹⁷⁷ PINHEIRO, A prudência do diálogo, *op. cit.*, p. 209. O conceito de universidade e o ensino universitário ao final do século XVIII não correspondem mais à ideia de universalidade dos saberes, integradora de todos os conhecimentos adquiridos em um modelo harmonioso e coerente, sob o papel unificador da teologia e da filosofia na cúpula da inteligência humana. Com o triunfo das ideias iluministas e a recepção de uma ciência secularizada, o conhecimento jurídico perde a sua unidade epistemológica, encontrando-se na autoridade política, nos fatos sociais ou no suporte linguístico, a depender da corrente. Não se reconhece ao jurista o papel de consciência crítica do direito, do seu fundamento e da sua validade, da sua justiça ou injustiça: este é reservado aos legisladores e filósofos morais. A separação entre direito e crítica do direito constitui a base sólida para a formação ideológica dos juristas dentro de uma concepção absolutista de Estado, em que a lei é o remédio para o abuso dos intérpretes e a interpretação é a solução para a lacuna das leis (HOMEM, *op. cit.*, p. 387-389). Certamente, Hobbes subscreveria a essas considerações; cf. LISBOA, *op. cit.*, p. 121-122.

¹⁷⁸ HOMEM, *op. cit.*, p. 341. Sobre o tema, cf. MacLEAN, Ian. **Interpretation and meaning in the Renaissance: the case of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 67-82. A recolocação do método expositivo do direito no âmbito da lógica, com a sua exclusão do campo da retórica, assegura o formalismo metodológico do sistema. Esta precisão dogmática sustenta a tentativa de exacerbar o fator legislativo e colocar a lei como objeto da ciência do direito, de tal como que a lei possa ser pensada independentemente dos fatos sociais. A atitude intelectual sistemática de encarar os desafios metódicos como problemas lógicos, e não mais retóricos, denuncia o crescente formalismo de todo o discurso científico, cuja alteração corresponde a uma preocupação de fundamentação científica do método, disciplinada pela hermenêutica, elevada à arte da compreensão (Ibid., p. 407-408). O Estado Legal, coerentemente, desprezou do mundo jurídico a retórica: se a lei estava dada pelo Legislativo, não cabia ao Judiciário questioná-la, mas submeter-se ao legislador, devido à sua legitimidade democrática.

A neutralização política da jurisprudência pela separação de poderes é uma das chaves para o aparecimento de uma nova forma de saber jurídico: a ciência dogmática do direito do século XIX. Ela significará a canalização da produção do direito no Legislativo e o lugar privilegiado ocupado pela lei como a principal fonte do direito. Essa concepção conduzirá à possibilidade de o direito mudar toda vez que a legislação mudasse, institucionalizando a mutabilidade de todo o direito positivado. Esse fenômeno desencadeará a tese de que só existe um direito, o positivo, cuja corrente vai ser nomeada de “positivismo jurídico”¹⁷⁹.

A predominância do direito estatutário sobre outras fontes jurídicas alterou a estrutura, se não dos métodos, da interpretação jurídica. Embora os revolucionários franceses tenham criado uma ideologia política apta a justificar a operação mecânica dos magistrados de associar fatos e normas mediante a subsunção, sem qualquer interferência subjetiva, não se pode afirmar que isso ocorria exatamente na prática. Os juízes ainda se viam em constantes dilemas sobre a aplicação da lei civil¹⁸⁰, a qual é incapaz de abarcar toda a complexa e dinâmica realidade social. Nenhuma codificação conseguiria impedir que se recorressem a princípios gerais do direito, costumes, analogias e equidade diante de lacunas legais.

Isso prova que nem sempre a teoria jurídica reflete a prática judicial daquele tempo. Às vezes, a realidade forense é muito mais flexível do que aparenta a história do pensamento jurídico. De todo modo, essa reconstrução histórica das ideias políticas foi importante para realçar o imaginário que foi sendo gestado, ainda que inconscientemente e sem ser levado às últimas consequências, sobre os métodos e fins do direito. O resultado é que, com isso, houve uma mudança de rota na investigação sobre a decisão judicial.

Um dos motivos pelos quais é difícil afirmar como os juízes daquela época realmente decidiam é porque, até então, não havia a obrigatoriedade de serem publicadas as razões do julgamento, vale dizer, as decisões judiciais não precisavam ser motivadas. Dada a desnecessidade de fundamentação, a ordem jurídica se tornava essencialmente incerta, jurisprudencialmente insegura. Somente no século XIX, com a instauração do novo regime,

¹⁷⁹ FERRAZ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 73-74. Na visão “iluminista, concebe-se o Estado com funções bem delimitadas e estanques, desempenhadas pelos três Poderes. Ao juiz compete julgar e, para a garantia dos direitos, conta-se com a neutralidade da Justiça, que será alcançada ao se isolar o magistrado da comunidade, do Legislativo e do Executivo. Assim, forma-se a ideia de um Judiciário neutro, como se fosse um produtor de saber científico e, como tal, livre de influências de interesses” (PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 92). Para Kant, os poderes “são como as três proposições num silogismo prático: a premissa maior, que contém a *lei* daquela vontade; a premissa menor, que contém o *comando* para se conduzir de acordo com a lei, ou seja, o princípio de subordinação à lei, e a conclusão, que contém o veredito (sentença), o que é formulado como direito no caso em pauta.” (KANT, *op. cit.*, p. 155-156.)

¹⁸⁰ HALPÉRIN, Jean-Louis. Legal interpretation in France under the reign of Louis XVI: a review of the *Gazette des tribunaux*. In: YASUTOMO, Morigiwa; STOLLEIS, Michael; HALPÉRIN, Jean-Louis (ed.). **Interpretation of law in the age of enlightenment: from the rule of the king to the rule of law**. Dordrecht: Springer, 2011, p. 43.

houve essa imposição aos magistrados, para assegurar que eles não deturpariam o sentido das leis criadas pelos outros poderes¹⁸¹.

Sem dúvidas, a extinção da fundamentação por foro íntimo, com a publicação das razões judiciais, é uma grande conquista para a efetivação da justiça, ao reforçar o exercício do contraditório e da ampla defesa. Todavia, o que preocupa é a mentalidade subjacente a essa assunção: o juiz deve ser o fiel repetidor de enunciados legais criados pelos poderes políticos, sob pena de subverter o seu significado. Esse problema será enfrentado no último capítulo, quando o conceito de equidade for esclarecido. O importante a ser ressaltado é que, dentro desse modelo sistemático e racional, o arquétipo de juiz ideal é o “boca da lei”.

Foi esse espírito de reduzir todo o direito ao texto legal, sem muita reflexão sobre as causas do seu próprio saber, que influenciou a Europa continental, em grande medida, até a metade do século XX, quando foram instituídos os tribunais constitucionais europeus. Acontece que essa ideologia deixou a sua marca negativa: do século XIX em diante, a discussão sobre os hábitos morais dos intérpretes praticamente desaparece do cenário jurídico, ignorando o fato de que a norma jurídica não é algo dado, mas construído para atender a condições sociais dinâmicas e específicas, que não podem ser imobilizadas por qualquer legislação que seja.

2.3.2 A Escola Histórica e a Pandectista alemã

Desde o Renascimento, ocorreu um processo de dessacralização do direito, que passou a ser visto como uma reconstrução racional das regras de convivência social. Essa razão sistemática foi, pouco a pouco, assimilada ao fenômeno do Estado moderno, aparecendo o direito como um regulador capaz de operar, apesar das divergências nacionais e religiosas, em todas as circunstâncias. A crise dessa racionalidade, no entanto, irá conduzir a um impasse que se observará, no início do século XIX, pelo aparecimento de formulações românticas sobre o direito, visto como um fenômeno histórico, sujeito às contingências da cultura de cada povo¹⁸².

A crença segundo a qual as leis em si mesmas consideradas constituem um tipo especial de conhecimento científico ganhava força na virada do século. Essa nova visão abre espaço para uma concepção de direito como ciência autônoma das demais disciplinas científicas

¹⁸¹ Até a consolidação do positivismo como teoria jurídica dominante no século XIX, não havia a exigência de fundamentação das decisões judiciais. Pelo contrário, certos reinos consideravam fátuos ou néscios a atitude de juízes motivarem as suas sentenças. A consciência do juiz era considerada “um mundo fechado”, ao qual ninguém tinha acesso. Com efeito, foi somente após o triunfo do pensamento iluminista que a obrigação de fundamentação das decisões passou a ser um imperativo judicial, como pressuposto processual de verificação do cumprimento das leis pelos juízes na aplicação do direito ao caso concreto (RUIZ, O sal da consciência, cit., p. 110-111).

¹⁸² FERRAZ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 72.

e, principalmente, da teologia e da filosofia. Todavia, a pretensão de construção científica do direito não é o resultado do positivismo oitocentista, mas da reflexão iluminista acerca dos métodos e dos objetos das ciências em geral. A delimitação metodológica da ciência do direito explica porque a atuação judicial se descaracterizou como prudência e *interpretativo* a fim de formular um sistema de regulamentação assente na autonomia do legislador positivo¹⁸³.

Na Alemanha, diferentemente da França, a história do juspositivismo foi um pouco diferente. A codificação foi considerada uma tarefa típica do jurista, mais do que do legislador, ao reconstruir o material do direito romano em um ordenamento jurídico unitário e sistemático. A doutrina alemã, que deu origem à pandectista na primeira metade do século, fundou a ciência do direito positivo em dois postulados básicos: a concepção do direito como realidade socialmente dada ou posta e como unidade sistemática de normas gerais. Esse direito científico atingiu seu clímax na segunda metade do século, dando lugar à denominada Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*)¹⁸⁴.

A concepção formalista de ciência jurídica baseia-se na perspectiva do positivismo científico, o qual deduzia as normas jurídicas e a sua aplicação exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários científicos, sem conceder a valores ou objetivos extrajurídicos a possibilidade de confirmar ou infirmar as soluções jurídicas: afinal, considerações de carácter ético, político ou econômico não eram assuntos de juristas. A fundamentação desta convicção foi extraída por Carl von Savigny e seus coetâneos da teoria jurídica kantiana, segundo a qual a ordem jurídica não constitui uma ordem ética, mas apenas a possibilita; tendo, portanto, existências independentes¹⁸⁵.

Esse processo lógico-dedutivo preparou o terreno para o formalismo jurídico que viria a prevalecer durante mais de um século no Ocidente, alienando o direito da esfera política e moral. O juspositivismo deu prevalência aos conceitos jurídicos abstratos e às deduções silogísticas que se possam extrair deles, com prejuízo da realidade social que se encontra por

¹⁸³ HOMEM, *op. cit.*, p. 393 e 401.

¹⁸⁴ BOBBIO, O positivismo jurídico, cit., p. 121-122. “Foi Puchta quem, com inequívoca determinação, conclamou a ciência jurídica do seu tempo a tomar o caminho de um sistema lógico no estilo de uma «pirâmide de conceitos», decidindo assim a sua evolução no sentido de uma «Jurisprudência dos conceitos formal».” (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 8. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019, p. 23.) Leibniz já havia intuído, antes dele, a ideia de que as definições, e não os fatos, devem ser o objeto da jurisprudência (LEIBNIZ, *op. cit.*, p. 149). Sobre os pandectas, cf. PADOA-SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 585-588.

¹⁸⁵ WIEACKER, *op. cit.*, p. 492. Para os autores oitocentistas, a filosofia kantiana representa a ruptura com o aristotelismo, sobretudo na teoria do conhecimento e na ética. Imputava-se dois vícios principais a Aristóteles: o probabilismo epistemológico e o probabilismo em matéria moral. O primeiro impedia a consagração do conceito de ciência e a separação metódica entre as ciências humanas e as do espírito; o segundo impedia a formulação de proposições universais sobre direitos e obrigações. Foi a filosofia iluminista de final do século XVIII que forneceu aos juristas os instrumentos lógico-linguísticos que propiciaram a construção das regras do direito liberal, segundo juízos de generalidade e de abstração (HOMEM, *op. cit.*, p. 438, n. 1919).

trás de tais formas: os conflitos de interesses que o direito regula¹⁸⁶. A aspiração por controlar a subjetividade através do método atingiu seu ápice no projeto empreendido pelo Código Civil alemão de 1900 (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), criando o mito da coerência e plenitude do ordenamento, que não teria antinomias nem lacunas senão aparentes¹⁸⁷.

O caminho que deverá seguir o intérprete para cumprir com sua função de desvelar o sentido da norma foi assinalado por Savigny pelos quatro métodos interpretativos da Escola Histórica: gramatical, lógico, sistemático e histórico. Com o objeto da interpretação apontando para a reconstrução do pensamento expresso na lei, compete ao juiz colocar esse sentido legal como premissa maior, subsumir o caso e, finalmente, aplicar as consequências jurídicas. Uma tarefa facilitada pela precisão conceitual, coerência normativa e consistência lógica do sistema jurídico¹⁸⁸.

A característica geral do pensamento conceitual abstrato é o fato de os conceitos extraídos do direito apenas permitirem apreender a superfície exterior do fenômeno; o cerne, isto é, o conteúdo significativo do instituto jurídico “vem a ser quase completamente eliminado. Visto do plano lógico-formal, o sistema está certo; visto do plano material, falta-lhe justamente o essencial, a «substância» espiritual.”¹⁸⁹ Esse positivismo legal racionalista é moderado pela

¹⁸⁶ BOBBIO, O positivismo jurídico, cit., p. 221. Essa promessa de um formalismo lógico, carente de qualquer realismo prático, se desvanecerá sob o voluntarismo kelseniano. Na pirâmide escalonada, a jurisprudência apontará normas individuais ou particulares; mas a teoria nada pode fazer frente a decisão irracional (política) do juiz. Da jurisprudência provedora e garantidora de segurança jurídica, passa-se à imprevisão do decisionismo judicial, a declarar como ficção a pretensão de previsibilidade jurídica (VIGO, El iusnaturalismo clásico..., cit., p. 115-116).

¹⁸⁷ WIEACKER, op. cit., p. 544. Em contraste com o código napoleônico, o BGB é caracterizado por uma linguagem técnica e precisa, escrita para juristas mais do que para cidadãos sem formação jurídica. Apesar de algumas exceções, os conteúdos são principalmente retirados do “direito romano contemporâneo”, cuja tradição germânica foi fundado no *ius commune* tardio (*Usus modernus Pandectarum*), então reformulado por Savigny e os pandectistas alemães (PADOA-SCHIOPPA, op. cit., p. 556), como Bernhard Windscheid. Usando o direito romano mais do que pura lógica, os juristas poderiam sistematizar e organizar o direito germânico sem ser desleal a ele. Para os pandectas, o direito romano não era um sistema legal estrangeiro, mas um repositório de métodos e instrumentos que permitiria aos modernos descrever o direito existente com precisão e consistência, para construir uma ordem jurídica racional que se adequasse às demandas do século XIX (HERZOG, op. cit., p. 213).

¹⁸⁸ VIGO, Rodolfo Luis. El iusnaturalismo clásico frente a las teorías de la interpretación y de la argumentación jurídica. *Ars Iuris*, Ciudad de México, n. 37, 2007, p. 115; LARENZ, op. cit., p. 10-12. Perceba-se como a teleologia era condenável para essa visão, já que, a pretexto de aperfeiçoar o “espírito da lei” (*mens legis*), o intérprete poderia se desvirtuar de executar a “vontade legislativa” (*mens legislatoris*). Também as interpretações restritiva e extensiva são recusadas, pois nada se acrescenta à lei; com exceção da analogia, que não cria, mas descobre a regra especial onde a lei deixou apenas um comando superior. O método teleológico só veio a ser desenvolvido por Rudolf von Ihering, na sua posterior viragem a uma Jurisprudência “pragmática”.

¹⁸⁹ LARENZ, op. cit., p. 35 e 39. Respondendo à sugestão de um acadêmico de que a Alemanha deveria adotar um código civil similar ao francês, Savigny argumentou que o direito não é pura construção da razão, mas produto da tradição. Ele expressa a história, língua, cultura e consciência nacional (*Volksgeist*) da sociedade, progredindo como o resultado silencioso de forças operantes, não pela arbitrária vontade do legislador. A tarefa do jurista, e não do legislador, seria compilar a história jurídica nacional dentro de um código (HERZOG, op. cit., p. 212). Há uma ambiguidade nesse pensamento que envolve elementos claramente modernos – ideia de sistema – com ingredientes de reação ao processo de afirmação da modernidade – tradição e vivências históricas –, operando uma transição entre jusnaturalismo e juspositivismo.

crença na vontade racional do legislador histórico, cuja expressão de poder foi cristalizada pela “sabedoria dos séculos” que reconheceu a lei antecipadamente como direito.

Completada a revolução burguesa e promulgados os códigos, o direito natural viu-se domesticado e ensinado dogmaticamente, exaurindo a sua função no momento que celebrava o seu triunfo. O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizavam o apogeu do jusnaturalismo, ao mesmo tempo em que representavam a sua superação histórica. Transposto o direito racional para o *code civil* napoleônico, não se via nem se admitia outro direito senão este. Após mais de dois milênios de desenvolvimento e consolidação, os direitos naturais são empurrados para a margem da história pela onisciência positivista do século XIX, já que não traziam o rastro da revolução, mas a conservação da metafísica e da anticientificidade. Sem negar a lei natural, os exegetas a consideraram supérflua¹⁹⁰.

Historicismo e racionalismo são os componentes dominantes da ciência do direito no século XIX. Isto significa que, embora se considerasse todo direto como produto da evolução histórica e, portanto, como positivo, havia nele próprio uma ordem racional que, por isso mesmo, seria suscetível de ser compreendida e sistematizada conceitualmente¹⁹¹. A ideia da existência de setores puros do conhecimento, que constitui um dos princípios do racionalismo iluminista, vai ser depois endossada por Kelsen e seus seguidores. Construído e consolidado esse ambiente ideológico no continente europeu, o cenário estava montado para que o projeto de uma ciência jurídica positivista florescesse no século seguinte.

¹⁹⁰ BOBBIO; MATTEUCCI e PASQUINO, *op. cit.*, p. 659, verbete “Jusnaturalismo”; BARROSO, Fundamentos teóricos e filosóficos..., cit., p. 20. A história legal do “Século das Luzes” pode ser vista como a continuação, a realização e, ainda, a subversão dos esforços jusnaturalistas. Como a doutrina que a precedeu, o Iluminismo legal foi uma corrente de pensamento e ações em escala continental. Pode-se falar em uma continuação da doutrina da lei natural, com certas características acentuadas e maior impulsividade, mas cujas alterações fizeram com que os advogados do Iluminismo alcançassem soluções que se opunham diametralmente às premissas do direito natural clássico (GROSSI, A history of European law, cit., p. 64). Opondo-se, mas desenvolvendo a doutrina dos revolucionários franceses, Bentham irá criticar os “direitos universais do homem”, porque seria impossível provar histórica ou sociologicamente a existência deles e, ainda que fosse possível, remanesce a pergunta quanto à natureza dessa obrigação. A constatação da fragilidade do direito natural vai fazer com que o autor formule sua teoria baseada no princípio da utilidade (utilitarismo), o qual poderia ser comprovado pela experiência das ações, finalizando, com John Austin, a passagem teórica do mundo das ficções (*como o direito deveria ser*) para o mundo dos fatos (*como o direito é*). Sobre o tema, cf. HART, Herbert. Positivism and the separation of law and morals. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 71, n. 4, fev. 1958, p. 597 e ss.

¹⁹¹ LARENZ, *op. cit.*, p. 39-40. Entretanto, note-se que os países da Península Ibérica e as suas colônias na América Latina não são herdeiras imediatas dos movimentos iluministas surgidos na Europa Central. A visão escolástica foi preservada em solo latino-americano pelo menos até os movimentos de independência nacional, quando as ideias positivistas francesas e alemãs ganharam maior força e intensidade, sendo disseminadas no continente ultramarino e irradiadas para toda a tradição romanística do *civil law*. Sobre o tema, cf. GARRIGA, Carlos; SLEMIAN, Andréa. “Em trajes brasileiros”: justiça e constituição na América ibérica (c. 1750-1850). **Revista de História**, São Paulo, n. 169, p. 181-221, jul./dez. 2013.

2.4 A Teoria Pura do Direito como projeto de “ciência jurídica”

Na primeira metade do século XX, Hans Kelsen exerceu um atrativo irresistível aos juristas de sua geração, por causa das características constitutivas de sua teoria, em especial o ideal de pureza metódica e a robusta arquitetura da construção doutrinal. O ambiente intelectual da época achava cumprida as suas exigências científicas na doutrina kelseniana: a introdução do método científico apresentava um fascínio maior do que o estudo do conteúdo da ciência propriamente dita. Era a ressonância daquela atitude crítica iniciada por Descartes e levada às últimas consequências por Kant, para quem apontar uma impureza metodológica era denunciar um caminho errado do qual era preciso evitar¹⁹².

Contudo, há diferenças relevantes. Se a modernidade iniciou-se com a pretensão de conhecer todas as verdades por meio do método científico, com o criticismo kantiano, essa presunção foi limitada ao mundo das ideias, e não ao dos fatos. A revolução copernicana de Kant levou a teoria do direito para outro rumo, diferente do jusracionalismo, que gerou a primeira onda do positivismo. A compreensão dessa guinada crítica só pode ser explicada pela influência do neokantismo alemão nas ciências formais, que tendia a enfatizar a lógica e a abstração em vez da experimentação. Vejamos o período intelectual em que a Teoria Pura do Direito submerge, para compreender as assunções filosóficas do seu autor.

2.4.1 Contexto histórico-cultural da segunda onda do juspositivismo

Entre as muitas escolas neokantianas da época, havia a distinção entre ciências de fatos e de valores. Os termos escolhidos revelavam que a origem do problema estava no antigo predomínio das ciências naturais sobre as sociais como modelo de ciência em geral. Contra esse desprestígio natural, os teólogos, historiadores e juristas incipientes precisavam deixar claro que seus campos de estudo também eram, afinal, científicos¹⁹³. Para isso, era preciso superar a metafísica tradicional, estabelecendo a separação metodológica entre fato e valor.

¹⁹² LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Kelsen hoy. *Anuario de filosofía del derecho*, Madrid, n. 16, 1971-1972, p. 79-80. É certo que todo pensador é produto de seu tempo, pois todo pensamento intelectual também é herdeiro do ambiente que o cerca, de modo que nenhuma construção teórica surge abruptamente. Não foi coincidência ter florescido a teoria pura do direito entre as duas guerras mundiais, pois ganhava notoriedade a sociologia do conhecimento, disciplina segundo a qual a condicionalidade social dos saberes é inseparável da dimensão ideológica deles. Essa afirmação não encontrava eco em uma sociedade política e socialmente segura como a do século XIX, cuja realidade se prolongou até a eclosão da Primeira Grande Guerra.

¹⁹³ VOEGELIN, Eric. *Reflexões autobiográficas*. Tradução de Maria Inês de Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2007, p. 46. Foi assim que inventaram os “valores”, para traduzir em linguagem científica as forças culturais cuja existência estava acima de qualquer suspeita.

Nesse esquema redutivo, a Escola de Viena manejou um conceito unívoco de saber, indicando não mais que dois caminhos para obter proposições “com sentido”: a) as tautológicas ou analíticas, que são verdadeiras exclusivamente por sua forma, sem nada dizer a respeito da realidade, como a matemática e a lógica; b) as empíricas ou experimentais, que possuem validade somente enquanto reflexo dos feitos verificáveis pela observação, como a química e a física. Se o saber jurídico pretendia constituir-se como racional, devia ou transitar pelo caminho das reconstruções formais ou propor hipóteses submetidas à verificação. A criação jurídica, enquanto compromissada a valores, estava confinada ao reino das ideologias: do subjetivo, das emoções e, por conseguinte, do irracional¹⁹⁴.

Kelsen, como Max Weber, defende a noção de uma ciência livre de valores, que aproveita e expõe o que é real, sem avaliar o que encontra. Sua concepção geral científica e sua delimitação da ciência jurídica são responsáveis pela ideia de que toda ciência deve constituir um todo metodologicamente unitário e, em sua fraseologia neokantiana, de que o seu objeto é antes determinado por seu método, seu modo de observar e apreender¹⁹⁵. “Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito?” Já não importa saber como deve ser feito o direito, pois isso é questão da política judicial. Propõe-se a “garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”¹⁹⁶.

Essas duas ideias – a libertação do valor e a unidade sistêmica da ciência – são a fonte do postulado da pureza metódica proclamada por Kelsen: a teoria jurídica deve ser uma teoria geral do direito positivo, empregando métodos de apreensão especificamente jurídicos e excluindo todas as miscigenações com outras ciências (psicologia, sociologia, política ou ética). A Teoria Pura ignora, embora não negue, essa conexão interdisciplinar, prevenindo

¹⁹⁴ VIGO, Rodolfo Luis. Los principios jurídicos y su impacto en la teoría actual. **Persona y derecho**: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos, Pamplona, n. 44, 2001, p. 81. Influenciado por Augusto Comte, o neopositivismo lógico sustentou que toda metafísica é inútil e estéril (Bacon), que o único método válido é o empírico (Galileu), que a certeza provém do rigor científico (Descartes) e que somente é possível conhecer os fenômenos (Kant). Enfim, a razão prática não tem nenhuma utilidade racional. Ver, por exemplo: CARNAP, Rudolf. La superación de la metafísica por medio del análisis lógico del lenguaje. In: AYER, A. J. **El positivismo lógico**. Madrid: F.C.E., 1965, p. 66 e ss.

¹⁹⁵ WEINBERGER, OTA. Introduction: Hans Kelsen as philosopher. In: KELSEN, Hans. **Essays in legal and moral philosophy**. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1973, p. X-XI. Cf. também VOEGELIN, Reflexões autobiográficas, cit., p. 32.

¹⁹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1.

enfaticamente contra qualquer sincretismo metodológico¹⁹⁷. Não quer ser a expressão de uma ideologia política, nem se converter em instrumento de qualquer força – muito menos moral –, mas permanecer axiologicamente neutra, constituída por um método claro e definido. Para tanto, repugna os juízos valorativos, pois fundamentalmente “anticientíficos”.

Ao constatar que a ciência do direito é uma *ciência das normas*, e não *dos fatos*, Kelsen vai afirmar que o sistema de normas a qual se está referindo é a da classe de normas *jurídicas*, possuindo tratamento diferenciado. A pureza rechaça a falta de rigor científico ao ater-se à natureza do objeto – e, tendo este caráter normativo, o método terá também de ser formal e normativo. Há a exigência de ajuste do objeto ao método: não é este que se adapta àquele, mas o objeto que se ajusta ao método. Isto é, não é o direito que postula o normativismo formalista, mas é este que invalida qualquer tentativa de entender o direito de outro modo¹⁹⁸.

Pelo receio de que a autonomia da ciência do direito fosse perdida por outras ciências sociais, como a psicologia ou a sociologia, Kelsen reivindica para a ciência jurídica, à semelhança da lógica e da matemática, um objeto puramente ideal¹⁹⁹, restringindo-o a categorias racionais abstratas. O elemento central da ciência, portanto, é o método, não o seu objeto, de modo que o cientista se dedica à construção de uma teoria formal e não substancial, correspondendo à formulação do problema dentro de um todo ordenado.

Ele assevera que “a realidade para a qual está voltada a ciência do Direito não é a realidade da natureza, que constitui o objeto de uma ciência natural.” Esta realidade específica é afeta à sociologia, que lida com condutas causais e se manifesta na conduta efetiva dos indivíduos sujeitos à ordem social. “A realidade jurídica, a existência específica do Direito, manifesta-se num fenômeno designado geralmente como positividade do Direito.” Assim: “O

¹⁹⁷ WEINBERGER, *op. cit.*, p. XI. “Dado que sua primeira e mais impressiva preocupação era excluir da ciência do Direito a questão de um «sentido» ou de um «valor» com validade objectiva, o positivismo já foi precisamente classificado como uma orientação espiritual «sobretudo negadora», como um «negativismo». Todavia, não deve esquecer-se o *ethos* científico que determinou, frequentemente, a atitude do positivista: do positivista que considera as «ideias eternas» ou os «valores absolutos» como inatingíveis racionalmente e, por isso, receia fazer afirmações ou pressuposições «indemonstradas». Esta humildade científica do positivista não exclui que ele tenha para si valores ou exigências éticas; só que os remete para o mundo das crenças pessoais e das convicções morais sobre os quais, do seu ponto de vista, não é possível um enunciado científico.” (LARENZ, *op. cit.*, p. 46.)

¹⁹⁸ LEGAZ Y LACAMBRA, *op. cit.*, p. 79-81. Frente à dogmática que estuda conteúdos do direito posto, a teoria kelseniana é formalista, porque opera com formas puras do direito. Porém, em uma perspectiva mais ampla, essa teoria não é formalista por prescindir de conteúdos materiais, senão porque todo o direito constitui forma a respeito de outro objeto; e, então, o objeto da ciência jurídica não são as formas sem conteúdo, mas o direito inteiro em sua empiricidade, visto de um ângulo estrutural, de modo que os conteúdos jurídicos não são esquecidos, senão apreendidos em sua organização lógica, conforme modelos abstratos que destacam suas notas essenciais e possibilidades de regulação do seu movimento interno (Ibid., p. 90-91). Uma aproximação desse modelo já se encontrava em Leibniz (Meditacion sobre la nocion comum de justicia, *op. cit.*, p. 86).

¹⁹⁹ LARENZ, *op. cit.*, p. 48.

objeto específico de uma ciência jurídica é o Direito positivo ou real, em contraposição a um Direito ideal, o objetivo da política.”²⁰⁰

A neutralidade valorativa de Kelsen é levada às últimas consequências no estudo da justiça. Ele insistia numa clara distinção entre direito empírico e justiça transcendental, excluindo esta de seus interesses específicos, pois via o direito “não como a manifestação de uma autoridade supra-humana, mas como uma técnica social específica baseada na experiência humana;” recusando-se a ser uma metafísica do direito. Por isso, a teoria pura procura o seu fundamento de validade não em princípios metajurídicos, “mas numa hipótese jurídica – isto é, uma norma fundamental – a ser estabelecida por meio de uma análise lógica do pensamento jurídico efetivo.”²⁰¹

Tal norma hipotética não deve se preocupar em estabelecer uma “ordem justa, mas uma ordem significativa.”²⁰² É dizer, essa norma não tem como finalidade proteger direitos individuais contra o arbítrio estatal, mas apenas promover as matérias jurídicas apresentadas como direito positivo, que sejam compreensíveis em seu significado, para que se prestem a uma interpretação racional. Assim, a ordem jurídica se torna substancialmente neutra, sem qualquer aspecto valorativo. “Nesse sentido, todo conteúdo jurídico material, se for Direito positivo, deve ser tomado como ‘reto’ e ‘justo’.”²⁰³

Procurando obter seus resultados exclusivamente a partir de uma análise do direito positivo, somente será possível estabelecer uma ciência específica com a pureza do seu método separando a teoria do direito de toda sociologia jurídica e filosofia da justiça²⁰⁴. Para Kelsen, toda ideologia política tem sua raiz na vontade, não na razão; na parte emocional da consciência, não na cognição. Ela se origina de certos interesses – outros que não a verdade –, sem nenhuma possibilidade de escolha racional entre valores opostos: “É precisamente por seu caráter antiideológico que a teoria pura do Direito prova ser uma verdadeira ciência do Direito.”²⁰⁵

²⁰⁰ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XXVIII-XXIX. Este direito “ideal” se apresenta como a justiça ou o direito natural, e, nessa relação, surge o direito positivo, cuja existência é independente da sua conformidade com aquele.

²⁰¹ KELSEN, Teoria geral do direito e do estado, p. XXIX-XXX.

²⁰² KELSEN, Teoria geral do direito e do estado, p. 574.

²⁰³ KELSEN, Teoria geral do direito e do estado, cit., p. 562.

²⁰⁴ KELSEN, Teoria geral do direito e do estado, p. XXX.

²⁰⁵ KELSEN, Teoria geral do direito e do estado, cit., p. XXXII. Contraditoriamente, Kelsen assume a ideologia jurídica do Estado liberal burguês, e são os valores dessa ideologia que dão um sentido axiologicamente plausível a sua construção científica. Afirmar a identidade entre Estado e Direito, sustentando que todo Estado é Estado de Direito, apenas é conveniente para nutrir uma objetividade científica, mas perde força de convicção ao resignar-se com o fato de que regimes totalitários também representam um Estado de Direito (LEGAZ Y LACAMBRA, *op. cit.*, p. 88-89).

Kelsen despreza o conceito de filosofia axiológico-normativa, como é a filosofia do direito, ao negar a existência de atos jurídicos com valores humanos absolutos²⁰⁶. Para ele, os valores humanos não podem ser objeto de uma ciência jurídica: “Uma ciência que precisa descrever o seu objeto tal como efetivamente ele é, e não prescrever como ele deveria ser do ponto de vista de julgamentos de valor específicos.”²⁰⁷ Este último seria problema da política, atinente à arte do governo, uma atividade voltada para valores; não objeto da ciência, voltada para a realidade.

Ele nunca pretendeu fazer filosofia do direito, cuja missão primária é estudar os fins e o seu conceito, pois não queria fazer outra coisa que ciência jurídica. Mas, para fazer “ciência” era preciso adotar uma teoria científica, uma noção do que é ciência – logo, foi escolhida a dominante entre os cientistas neokantianos da época. Como esta concepção se relaciona com certos pressupostos filosóficos, a metodologia científica foi paulatinamente se desprendendo deles e radicalizando suas posições em um sentido antimetafísico e cientificista, cedendo espaço ao (neo)positivismo lógico. E como não estava preocupado com problemas filosóficos senão científicos, o sentido fundamental da obra jurídica de Kelsen correspondeu ao ideal lógico-positivista de ciência²⁰⁸.

2.4.2 Balanço crítico do normativismo kelseniano

Consciente da crise do exegetismo, Kelsen elabora uma concepção do direito que, ao mesmo tempo, supera algumas deficiências do legalismo, suaviza o formalismo lógico – mediante a combinação de atos cognoscitivos do ordenamento com atos volitivos de criação da norma jurídica – e conserva a orientação não axiológica da ciência do direito. Tudo que vá além do estudo do direito positivo e, por obséquio, da pureza metódica é ideológico e pertence ao reino da irracionalidade, como o ideal da justiça²⁰⁹.

Não nega a existência de critérios de justiça que poderiam servir para julgar e criticar o direito, mas simplesmente sustenta que esses critérios são relativos, nunca absolutos, e que dependem dos sentimentos subjetivos de cada um. Por isso, uma ciência do direito precisa extirpar essas referências valorativas para fundar-se num relativismo ético, que exclui toda

²⁰⁶ QUINTAS, Avelino Manuel. Posibilidades y límites de la lógica jurídica. *Anuario de filosofía del derecho*, Madrid, n. 12, 1966, p. 100.

²⁰⁷ KELSEN, Teoria geral do direito e do estado, cit., p. XXVIII.

²⁰⁸ LEGAZ Y LACAMBRA, *op. cit.*, p. 82-83.

²⁰⁹ ORREGO SANCHEZ, *op. cit.*, p. 89.

imposição de valor moral como se fosse absoluto²¹⁰, legitimando inclusive regimes totalitários. A existência de não uma, mas várias “morais” seria a prova cabal de que a única característica que permanece uniforme em todos os sistemas morais – tais quais os jurídicos – é a sua forma normativa, é dizer, o seu formato de norma. Logo, a *forma* da moral deve ser estudada segundo os padrões éticos vigentes, enquanto o direito segundo os parâmetros jurídicos atuais²¹¹.

O cientista tem que tratar o sistema normativo vigente como se fosse direito válido, obrigatório e exigível. Mas, não necessita considerá-lo como expressão da justiça, obrigando em consciência a submeter-se a seus preceitos: pois, o preceito se cumpre na estrutura disjuntiva da aplicação da sanção. Embora não acrescente nada às teorias tradicionais acerca da obediência ao direito, o primordial na teoria kelseniana é que seu positivismo não contém nenhum elemento que sirva para rechaçar a obrigação de obedecer inclusive a leis injustas²¹². Ser um Estado de Direito (*rule of law*) confunde-se simplesmente com possuir um ordenamento jurídico, o que equivale a atribuir igual validade normativa tanto ao fascismo quanto à democracia.

Defende que as normas positivas são válidas ou devem ser obedecidas, não porque derivam da natureza, de Deus ou da razão, mediante um valor absolutamente supremo, como as leis naturais, mas simplesmente porque foram criadas com base em uma pressuposição da norma hipotética fundamental²¹³. Desta maneira, concebe-se todo o direito como uma ordem lógico-normativa, a qual se apoia em uma norma suprema que só tem um significado hipotético-formal e cujas normas não têm conteúdo axiológico algum, isto é, não se referem a nenhuma ação humana que seja axiologicamente verificável²¹⁴.

²¹⁰ ORREGO SANCHEZ, *op. cit.*, p. 88-89. “Sob estes pressupostos, a afirmação de que o Direito é, por sua essência, moral, não significa que ele tenha um determinado conteúdo, mas que ele é norma e uma norma social que estabelece, com o caráter de devida (como devendo-ser), uma determinada conduta humana. Então, neste sentido relativo, todo o Direito tem caráter moral, todo o Direito constitui um valor moral (relativo).” (Kelsen, Teoria pura do direito, cit., p. 46.) O Direito não se confunde com a Ciência do Direito, esta, sim, dotada de pureza.

²¹¹ STERCK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 465. “A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfreie*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito.” (KELSEN, Teoria pura do direito, cit., p. 48.)

²¹² LEGAZ Y LACAMBRA, *op. cit.*, p. 88. O normativismo kelseniano igualou o Direito à mera norma jurídica produzida pelo Estado. Tudo que não fosse fruto estatal poderia até ser norma (moral, religiosa etc.), mas jamais jurídica. Qualquer conceito de ordem jurídica sempre remeterá a um ordenamento estatal, tornando impensável uma ordem jurídica pré-estatal ou suprallegal; é dizer, natural.

²¹³ KELSEN, Teoria geral do direito e do estado, cit., p. 562. “Uma norma pertence a um ordenamento que se apóia numa tal norma fundamental porque é criada pela forma determinada através dessa norma fundamental - e não porque tem um determinado conteúdo.” (Idem, Teoria pura do direito, cit., p. 138.)

²¹⁴ QUINTAS, *op. cit.*, p. 99. “Decerto que Kelsen se insurge contra a opinião que vê na ‘teoria pura do Direito’ uma simples lógica jurídica. (...) Mas a verdade é que Kelsen só vê na ciência jurídica, que erige em ‘teoria pura

É injusto que grande parte da crítica contemporânea tenha se dirigido a um modelo mais radical do que o proposto pelo autor²¹⁵, ao acusá-lo com nome de “legalista” e “teórico do nazismo”. A sua preocupação nunca foi garantir certeza e previsibilidade às decisões judiciais, muito menos satisfazer direitos humanos substanciais, mas fundar uma autêntica ciência do direito, na qual não haveria espaço para a “anticientificidade” do intelecto prático. Ela foi a encarnação do cientificismo jurídico gestado ao longo da modernidade.

Um de seus objetivos era reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas alemães, a fim de contrapor-lo ao crescente desfalecimento do rigor científico propagado pela Jurisprudência dos Interesses e Escola do Direito Livre, as quais favoreciam o aparecimento de argumentos extrajurídicos na interpretação do direito. Isso foi feito a partir da constatação de que o problema interpretativo é muito mais semântico do que sintático, superando o exegetismo sem jamais pretender destruir a tradição legal positivista. Porém, em um ponto específico, Kelsen se rende aos seus adversários: a interpretação é eivada de subjetivismo proveniente de uma razão solipsista – e esse desvio é impossível de ser corrigido²¹⁶.

Ainda que normativista, não reduziu a aplicação do direito à reprodução do sentido fixado pelo Legislativo (legalismo); pelo contrário, reconhecia a função legislativa e criativa do Judiciário²¹⁷. Concentrou-se na construção de um sistema lógico-dedutivo quanto ao seu objeto, com um método bem estabelecido, depurado de toda intromissão “anticientífica”. Desprezou o conteúdo das decisões judiciais porque separadas das normas puras e, portanto, de qualquer componente de juridicidade. Logo, jamais se preocupou em descrever ou propor como os juízes

do Direito’, uma doutrina dos conceitos formais básicos desse Direito, cujo conteúdo não pode senão derivar-se da *função lógica* que eles desempenham dentro do sistema livremente flutuante de tal teoria jurídica. Sem dúvida que a ‘teoria pura do Direito’ não é apenas uma lógica, no sentido de uma teoria do pensamento; mas é a ciência do que em toda e qualquer ciência jurídica – independentemente dos conteúdos que lhe advenham da ‘experiência’ – pode ter-se como ‘necessário’ do ponto de vista do pensamento.” (LARENZ, *op. cit.*, p. 97-98.)

²¹⁵ LEGAZ Y LACAMBRA, *op. cit.*, p. 89. Sobre o tema, cf. VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e nazismo**: formação, refutação e superação da lenda do positivismo. São Paulo: Contracorrente, 2021. O irônico é que mesmo após a tragédia humanitária que esse tipo de pensamento desencadeou, o mestre austríaco continuou sustentando, contra tudo e contra todos – sempre acusando os seus adversários de não compreenderem a magnitude da sua teoria –, que, após a libertação da tirania política e do poder ideológico do momento, “a geração mais jovem será conquistada pelo ideal de uma ciência do Direito independente; porque o fruto de uma tal ciência nunca pode ser perdido.” (KELSEN, *Teoria geral do direito e do estado*, cit., p. XXXIII).

²¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes): dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, jan./jun. 2010, p. 19.

²¹⁷ KELSEN, *Teoria geral do direito e do estado*, cit., p. 389; *Teoria pura do direito*, cit., p. 387. É significativo notar o papel dubio desempenhado pela teoria pura na mudança de paradigmas, ora funcionando como continuadora do Estado de Direito Legal, ora como legitimadora do Estado de Direito Constitucional. Embora defenda um sistema escalonado de normas jurídicas avesso a qualquer matriz principiológica, Kelsen nega a função meramente reprodutora de sentidos pelo intérprete do direito, afirmando o caráter criativo daquele que interpreta as leis e contrapondo-se, assim, à tradição exegética formada desde os auspícios da Revolução Francesa (VIGO, *De la interpretación de la ley...*, cit., p. 211).

atuam, já que isto não seria *ciência do direito*, mas sim “política judicial”, cujo ato de decidir (ação) está na esfera de vontade do sujeito, independente do mundo normativo (ideia).

No fundo, Kelsen estava convencido de que não era possível fazer ciência sobre a aplicação judicial do direito, já que fundada em uma razão prática casuísta. Não seria função do observador científico neutro preencher os espaços de interpretação da norma no momento de concretização, mas reduzir a inevitável pluralidade de significados legislativos por meio de deduções lógicas, de modo a fornecer um estatuto de racionalidade para o sistema normativo. Com isso, cinge-se a ciência do direito pura, cujo *ato de conhecimento* do pesquisador descreve os enunciados jurídicos produzidos pelos órgãos estatais, do direito “real” ou judicial, cujo *ato de vontade* do aplicador emana de sua valoração subjetiva sobre os fatos em discussão.

No ato interpretativo, esse irracionalismo sustenta que, não há conhecimento nem razões, mas puro ato de vontade – sem prejuízo da relação científica existente entre a moldura da norma superior para criar a norma inferior. A norma individual criada judicialmente fica restringida dentro da hierarquia piramidal e condenada à base desta. O intérprete autêntico está fadado a escolhas não cognitivas, em que só há soluções volitivas. Assim como o voluntarismo legalista apelava a uma justificação dogmática da autoridade gerada pela lei, sem possibilidade de crítica racional, o voluntarismo kelseniano deriva das decisões fundadas na autoridade do juiz uma conclusão irracional. Daí o seu desinteresse em investigar como os juízes chegam à solução que pretendem ser a melhor resposta²¹⁸, porque a realidade é imperfeita, solo infértil para a abstração das ideias puras.

Perfilhado o seu verdadeiro objetivo e intenção, a teoria pura foi uma tentativa de erigir uma ciência do direito autônoma, independente da sociologia ou filosofia do direito²¹⁹; cuja ordem hierarquicamente organizada destoava do pluralismo vigente nas fontes medievais e coloniais. Contudo, esse acerto não significa que a sua teoria do direito seja a única científica possível, posto que nem a desvinculação moral do direito nem o formalismo das normas foram capazes de assegurar-lhe a tão sonhada pureza metodológica. Uma ciência com forma, mas sem conteúdo, distante da realidade social e jurisprudencial, é, na prática, pouco útil.

A pretensão de conhecer um direito que está separado de sua finalidade prática de discernir o justo do injusto nas relações sociais, sob o pretexto de objetividade científica, levou

²¹⁸ VIGO, De la interpretación de la ley..., cit., p. 211.

²¹⁹ LEGAZ Y LACAMBRA, *op. cit.*, p. 84. O seu objetivo definitivamente não era construir sistemas jurídicos filosóficos ou sociológicos, mas uma teoria “pura” de elementos externos tão somente. Não foi bem compreendido quando, ainda hoje, se reproduz que, para ele, o juiz deve fazer uma interpretação “pura” da lei. A sua pureza não está na aplicação da lei, mas, sim, na descrição da ciência normativa do Direito, ou seja, das normas em estado de-
ôntico, purificadas de toda sorte de impurezas interpretativas. Sem essa garantia de cientificidade, o conhecimento objetivo das proposições normativas seria anticientífico, irracional, fruto de um ato de política jurídica.

a tantas teorias “objetivas” quanto concepções voluntaristas sobre o conceito de direito ou sobre os fatos que conviriam ser descritos com “independência” de valoração. Por outro lado, a atividade do foro, uma atividade de adjudicação de coisas e ações a pessoas, continuava inexplicada. A ciência pura que pretendia dar uma explicação da realidade comum a todos os juristas sem recorrer a apelações de ordem moral termina por apresentar um direito “tal como é” precisamente que ninguém reconhece como a experiência forense diária²²⁰.

Kelsen representa uma tentativa frustrada de reconciliar o elo perdido entre razão e vontade – ao mesmo tempo em que traz certezas para a ciência do direito, cai no voluntarismo decisional, atrelado ao seu relativismo axiológico. O seu último esforço por manter a segurança normativa ficou limitada à ordem abstrata das leis, sem prometer garantias quanto à aplicação do direito pelos tribunais. Até tem razão em afirmar que a decisão judicial é um ato de vontade, contrapondo-se à tradição racionalista. Mas, o problema é que não é qualquer vontade, arbitrária ou irracional: é a vontade iluminada pela inteligência e purificada dos vícios pelas virtudes.

²²⁰ ORREGO SANCHEZ, *op. cit.*, p. 152-153. Essa contradição reside no fato de que o direito (impuro) não pode ser descrito pelo método científico, pois está no mundo dos fenômenos; mas, sim, a teoria do direito (pura), que está no plano das ideais. Assim, há um paradoxo em querer descrever “o que é e como é o Direito” através de uma epistemologia que, em vez de descobrir o que é (o Direito), prescreve o que ele deve ser (a Teoria do Direito). Por influência neokantiana, Kelsen cria uma ciência mais idealista do que realista, porque fundada em como *deveria ser* uma ciência jurídica, e não em como ela realmente é.

3 TRÊS VERSÕES DO PÓS-POSITIVISMO: UM NOVO PARADIGMA?

O fim da Segunda Guerra Mundial é simbolicamente citado como o momento de inflexão para o abandono do juspositivismo. A irrupção dos direitos fundamentais no cenário jurídico – não mais como meras declarações políticas, senão como autênticos mandamentos de reclamações constitucionais perante os tribunais – exsurge como marco teórico desse novo constitucionalismo. A primazia da legislação sob as fontes do direito é substituída pela eficácia da Constituição, e a interpretação e aplicação jurídicas são inspiradas por uma nova teoria da justiça, fazendo surgir o *neoconstitucionalismo*.

O marco filosófico desse paradigma em construção é o chamado *pós-positivismo*. Segundo Luís Roberto Barroso²²¹, dentro do conjunto de ideias abrangidas por ele, incluem-se: I) atribuição de normatividade aos princípios e sua distinção relativamente a valores e regras; II) reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; III) formação de uma nova hermenêutica constitucional, fundada na supremacia da constituição; IV) desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada na dignidade humana; e V) reaproximação entre direito e filosofia.

Ao oferecer uma visão mais real do modo como os juízes julgam, essa teoria proporcionou um ponto de partida para afrontar as bases da certeza e segurança do direito após a tragédia das duas guerras. Sucede, porém, que o movimento pós-positivista não é único nem homogêneo, ora direcionado a reagir contra o positivismo dominante até a primeira metade do século XX, ora a desenvolver os seus desdobramentos. Pelo menos três agrupamentos emergem desse fenômeno, quais sejam: 1) *antipositivista*, cujos principais expoentes são Ronald Dworkin e Robert Alexy; 2) *neopositivista*, fundamentalmente com Luigi Ferrajoli, Jeremy Waldron e Joseph Raz; e 3) *jusnaturalista clássica*, especialmente com Villey, Finnis e Hervada.

Essas doutrinas partem de concepções jusfilosóficas diferentes para chegarem a soluções igualmente distintas acerca do processo de construção das proposições necessárias à tomada de uma decisão judicial. Certamente, os antipositivistas possuem mais adeptos no Brasil; podendo, ainda, serem subdivididos em cinco linhas contemporâneas: a) as teorias da argumentação jurídica, surgidas como mecanismos de controle racional das decisões judiciais; b) a confiante na cognoscibilidade da atividade judicial, defendida por Dworkin; c) a visão hermenêutico-filosófica do direito, em cujo horizonte do julgador define a compreensão dos fatos; d) a teoria estruturante do direito, concebida por Friedrich Müller; e e) o movimento da

²²¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, abr., 2005, cit., p. 5.

*Critical Legal Studies*²²², que desvincula a decisão ao conteúdo das leis em função de fatores extrajurídicos (ideológicos, políticos, culturais etc.) atuantes sobre o intérprete.

Cada uma dessas correntes possui o seu próprio quadro referencial teórico, dentro do qual estão inseridos os significados básicos para a conceituação de sua teoria jurídica. Logo, a depender da tradição adotada, os signos linguísticos terão diferentes contextualizações e, por consequências, distintos significados. O conceito de razão prática, por exemplo, será manejado de forma diferente em cada uma delas, a depender da sua linhagem filosófica: aristotélica, kantiana, habermasiana ou heideggeriana – só para citar as principais.

Se toda pesquisa sobre a decisão judicial pressupõe um conceito de racionalidade intrínseco ao ato de decidir, qualquer tentativa de mesclar esses quadros terá sua validade rapidamente contestada, devido à dificuldade de conciliação conceitual entre enquadramentos teóricos não poucas vezes opostos. A ausência de esclarecimentos quanto aos conceitos é uma atitude muito mais prejudicial do que simplificativa. Por isso, o cuidado com as palavras, que devem ser entendidas dentro de cada contexto teórico – advertência necessária, sobretudo após a fragmentação da linguagem causada pela filosofia moderna.

Este capítulo é dedicado ao estudo das propostas contemporâneas mais notórias. Trabalharemos, em primeiro lugar, com as diferentes teorias da argumentação jurídica, com especial enfoque na teoria alexyana (seção 3.1), para depois descrever e avaliar a construção principiológica do direito como integridade (seção 3.2). Em seguida, apontaremos as principais insuficiências destas elaborações teóricas à luz de uma crítica hermenêutica do direito, sem esquecer a própria deficiência desta escola em resolver os problemas levantados (seção 3.3). Criticaremos todas as três soluções expostas para entendermos o porquê de elas serem incapazes de contribuir efetivamente para uma nova teoria do direito (seção 3.4). O seu objetivo não é

²²² Esta doutrina não será estudada pela pouca influência no Brasil e no restante do mundo, por estar mais associada ao realismo jurídico norte-americano. Segundo Barroso, uma teoria crítica do direito abriga um conjunto de ideias que questionam o saber tradicional na maioria de suas premissas: cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade e completude. Funda-se na constatação de que o direito não lida com fenômenos isolados, que se ordenam independentemente da atuação do sujeito – seja o legislador, o juiz, o jurista ou o cidadão. Este engajamento entre sujeito e objeto compromete a pretensão científica do direito, notadamente no seu ideal de um conhecimento puro que não seja contaminado por opiniões, preferências, interesses e preconceitos. A teoria crítica enfatiza o caráter ideológico do Direito, equiparando-o à Política, a uma arte de legitimação do discurso, e preconiza a atuação concreta, a militância do operador jurídico, à vista da concepção de que o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação. Uma das suas teses fundamentais é a admissão de que o direito não está integralmente contido na lei, tendo condição de existir independentemente da benesse estatal, da positivação ou do reconhecimento expresso pela estrutura de poder. Resiste, também, à ideia de completude, de autossuficiência e de pureza, condenando a cisão do discurso jurídico que afasta dele os outros conhecimentos teóricos. O estudo do sistema normativo (dogmática jurídica) não pode instalar-se fora da realidade (sociologia do direito) e das bases que devem inspirá-lo e possibilitar a sua própria crítica (filosofia do direito) (BARROSO, Fundamentos..., cit., p. 14-15).

tanto refutar as doutrinas concorrentes quanto abrir passagem para um quadro referencial mais adequado à prática judicial, fundado nas virtudes, a ser aprofundado nos próximos capítulos.

3.1 Para além da interpretação jurídica

Na metade do século passado, com a passagem da investigação filosófica sujeito-objeto para a sujeito-sujeito, a interpretação deixou de ser entendida como uma reprodutora de sentidos psicologicamente expressos no texto pelo autor (Friedrich Schleiermacher e Wilhelm Dilthey), para adquirir verdadeiro caráter produtivo, no qual o intérprete forma inexoravelmente parte do sentido da compreensão textual, dando-lhe nova significação. A partir daí, a tarefa de interpretar passa a ser percebida como uma atribuição de sentido, logo: um ato criativo.

A simples e ingênua teoria da interpretação jurídica, com aqueles 4 ou 5 cânones propostos por Savigny, converte-se na complexa teoria da argumentação judicial. Já não é relevante o critério, e sim os argumentos com que a razão justifica seus fundamentos – sejam os 13 princípios de Perelman, as 28 regras de Alexy ou as 9 exigências metodológicas de Finnis. Neste panorama, somente resta manter esperança em um conhecimento prático capaz de dar razões àquele que decide e de convencer a consciência daqueles a quem se destina²²³.

Ao sujeito que corresponde decidir, há um campo de ação em que ele tem de eleger entre várias opções, não sendo a solução eleita provada por argumentos demonstrativos cuja verdade provenha de um resultado necessário. Pelo contrário, a ação prática de escolher encerra necessariamente uma valoração, um juízo de valor que – como tal – é controvertido, pelo que sua correção vai depender da utilização de argumentos que permitam considerar se dita eleição parece correta ou ao menos defensável²²⁴.

Essa nova conjuntura permite a superação da velha dicotomia interpretativa entre ato de conhecimento e ato de vontade, admitindo-se falar em ato de razão prática. É que, ao postular uma teoria da argumentação jurídica, se supõe confiar inevitavelmente na razão à hora do jurista defender com argumentos e justificativas a resposta encontrada, contra-argumentando as pretensões da outra parte a fim de convencer o juiz da legitimidade de suas razões²²⁵. As teorias que serão estudadas a seguir confiam na resposta escolhida pelo intérprete com fundamento na razão prática, ainda que por diferentes motivos.

²²³ VIGO, El iusnaturalismo clásico..., cit., p. 116.

²²⁴ RAMÍREZ, Federico Arcos. La seguridad jurídica en la aplicación judicial del derecho: de la previsibilidad a la argumentación. *Anuario de filosofía del derecho*, Madrid, n. 19, 2002, p. 210.

²²⁵ VIGO, De la interpretación de la ley..., cit., p. 216.

3.1.1 Chaïm Perelman, Theodor Viehweg e Stephen Toulmin: a herança aristotélica

Quando se volta a falar de argumentação no direito na segunda metade do século XX, por autores pioneiros como Chaïm Perelman e Theodor Viehweg, remete-se ao aval da retórica de Aristóteles ou da tópica de Cícero, respectivamente. Tal visão reflete uma estrutura de disputas e perguntas que, sabendo não haver repostas evidentes ou inquestionáveis, procede ao recurso da dialética; é dizer, recorre às razões que se apoiam em premissas verossímeis enquanto respaldadas por todos ou em algum grupo²²⁶.

Dos argumentos oferecidos em apoio às decisões, não podemos dizer que sejam verdadeiros ou falsos, senão que geram ou não adesão entre os integrantes do auditório, pois são mais ou menos aceitáveis intersubjetivamente em virtude da sua razoabilidade²²⁷. A função da argumentação, ao oferecer razões em favor de uma decisão, é lograr adesão, e isto é algo que se encontra no tipo de auditório que se pretende persuadir ou convencer. Tal qual Aristóteles buscara salvar a retórica dos sofistas, construindo um ideal filosófico fundado na argumentação razoável, Perelman²²⁸ pretendeu revalorizar a retórica enquanto estudo racional imprescindível à ciência jurídica.

Apesar das críticas que lhe foram dirigidas quanto à historiografia romanista e à filosofia do direito, a obra renovadora de Viehweg pôs em destaque a relevância de encarar a metodologia jurídica como pensamento tópico, prudencial, problemático e casuísta. Com o triunfo das ideias do racionalismo iluminista, essa orientação retórica havia sido historicamente superada, ao se preferir um imaginário jurídico orientado mais à compreensão hermenêutica dos textos legais do que ao discurso argumentativo travado na disputa processual²²⁹.

²²⁶ VIGO, De la interpretación de la ley..., cit., p. 217.

²²⁷ RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 211. Propriamente, uma norma jurídica não é verdadeira ou falsa, mas justa ou injusta, adequada ou inadequada, razoável ou irrazoável. O direito só entra no campo da veracidade quando se referir a questões tipicamente morais, as quais estão sujeitas aos critérios da verdade prática. Para aprofundar, cf. MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. **La prudencia jurídica**: introducción a la gnoseología del derecho. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 55-58.

²²⁸ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. 2. ed. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 143.

²²⁹ HOMEM, *op. cit.*, p. 353-354. Na tópica de Viehweg, a argumentação visa resolver problemas argumentativos por meio deles mesmos, baseando-se em algo que tem força persuasiva reconhecida no meio social: este algo é o *topos* (“lugar-comum”). Os “catálogos de *topoi*”, presentes em toda cultura, são aquelas noções adequadas à obtenção do consenso a respeito da solução de determinado problema e, no caso do direito, a respeito da decisão de determinado conflito juridicamente relevante, os “problemas jurídicos” práticos, que estão em constante metamorfose. Tais noções aparecem também na vida diária, sem qualquer pretensão científica (ADEODATO, João Mauricio Leitão. **Ética & retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 152-153). Cf. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

Já Toulmin alertara que não há como elucidar os modos pelos quais os raciocínios morais são resolvidos se continuarmos a assumir que eles devem ser formais e matemáticos ou, então, não serão racionais. O raciocínio demonstrativo que leva ao conhecimento teórico (*episteme*) – exemplificado pelos gregos clássicos por teoremas e provas geométricas – tem validade e necessidade diferentes do raciocínio envolvido na prática moral, cujos argumentos não são abstratos nem dedutivos, mas uma questão de sabedoria prática (*phrónesis*)²³⁰.

De fato, as teorias de Viehweg, Perelman e Toulmin coincidem ao pôr em evidência os limites da lógica formal dedutiva na justificação das decisões judiciais e na necessidade de superar o horizonte relativista desenhado pelo positivismo ideológico. Não obstante, as propostas que oferecem resultam em alguma medida insuficientes e pouco desenvolvidas²³¹, ao estarem fundadas em uma espécie de “lógica informal” ou do razoável. Perelman, por exemplo, questiona o método de pensar e estruturar o direito sob o prisma das ciências teóricas, dando ênfase ao modo próprio de fundamentação jurídica pela retórica²³². Ao terem aberto um novo campo de investigação, seu papel tem sido mais de precursoras das atuais teorias da argumentação jurídica do que propriamente de fundadoras de uma corrente hegemônica.

Com o intento de rechaçar a visão da retórica como persuasão a qualquer preço, ele pretende substituir o convencimento por um interesse mais elevado que tem aquelas pessoas as quais se dirigem a um auditório universal: a convicção racional. Esta não se baseia na qualidade das inferências argumentativas, nem em sua correspondência com à verdade; pelo contrário, funda-se na capacidade pessoal do orador de imaginar todas as pessoas racionais, segundo sua própria noção de racionalidade, em uma nítida semelhança à teoria comunicativa de Jürgen Habermas. A *Nova Retórica* nada mais é do que uma proposta que reencaixa o ponto de vista dialético no direito, cujo substrato filosófico caracteriza as novas teorias do discurso²³³.

Entretanto, o giro retórico teve resultados paradoxais, pois conduziu ao surgimento de teorias argumentativas que negavam a racionalidade dos elementos persuasivos presentes nas argumentações dos juristas. O carácter racional do direito e do discurso jurídico residiriam na ausência de expedientes estratégicos. Com base nisso, jusfilósofos orientados ao estudo da

²³⁰ JONSEN; TOULMIN, *op. cit.*, p. 326-327. Não é que a argumentação moral seja baseada apenas em preferências pessoais ou questões subjetivas de gosto sobre as quais as pessoas são livres para ter suas próprias opiniões idiossincráticas. Menos ainda que os argumentos práticos sobre a relevância substantiva das considerações morais para casos particulares sejam menos razoáveis ou racionais do que as demonstrações rigorosas dentro das teorias. São dois tipos diferentes de conhecimento.

²³¹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 117-118.

²³² MASSINI CORREAS, La prudencia jurídica, *cit.*, p. 57. A tentativa perelmaniana de separar racionalidade da razoabilidade pode identificar, mais à frente, os conceitos aristotélicos de razão teórica e prática, respectivamente.

²³³ SÁNCHEZ, Tasia Aránguez. ¿Es necesario un giro aretaico de la teoría de la argumentación jurídica? **Doxa**: cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n. 40, 2017, p. 349.

comunicação jurídica, como Alexy, MacCormick e Aarnio, tenderam a diminuir a importância da retórica e da persuasão na caracterização do direito²³⁴, inaugurando uma nova fase para a argumentação jurídica.

3.1.2 Neil MacCormick, Robert Alexy e Aulis Aarnio: a tradição analítica

Nesse cenário, surgiram várias teorias para substituir a velha discussão acerca dos métodos de interpretação jurídica, constituindo-se no problema central da teoria e filosofia do direito contemporâneo. As teorias de Alexy e MacCormick destacam-se por sua grande difusão e coincidem ao reivindicar a necessidade de incorporar à racionalidade jurídica certas regras e procedimentos característicos do discurso moral, que permitam guiar a fundamentação e justificação das decisões judiciais. Embora fundadas em tradições filosóficas e jurídicas muito distintas – a primeira em Kant, Habermas e a ciência alemã; a segunda em Hume, Hart e o *commom law* escocês –, bem como partindo de premissas antagônicas, ambos chegam a formular concepções semelhantes²³⁵.

A partir de uma teoria institucional do direito, MacCormick reconcilia o caráter argumentativo do direito como um dos componentes do Estado de Direito. Se este for tomado como um ideal isolado, corre-se o risco de não o compreender adequadamente, acentuando seus aspectos mais estáticos, focados na segurança jurídica e na segurança das expectativas jurídicas. Realça seu aspecto dinâmico, centrado no contexto probatório processual, cuja linguagem mais prática deve permitir que tudo seja discutível sempre que defesa e acusação desejarem examinar um argumento jurídico razoável. “A certeza do direito é, portanto, uma certeza derrotável.”²³⁶

Já Alexy assinala os distintos referenciais que devem ser seguidos para que o resultado não se baseie em convicções subjetivas do decisor: os consensos fáticos existentes, as valorações extraídas do material jurídico vigente e o recurso aos princípios suprapositivos. A seu juízo, nenhum destes procedimentos resulta satisfatório para a fundamentação das decisões jurídicas, pois os consensos fáticos são raros nas sociedades modernas; o conjunto do ordenamento abriga sempre valorações divergentes igualmente válidas e aplicáveis a cada caso concreto; a apelação à evidência é um procedimento duvidoso etc. É preciso, portanto, buscar outros caminhos; e é aqui onde surge a possibilidade de aproveitar os resultados das modernas

²³⁴ PARINI, Pedro. La retórica de Aristóteles para los juristas de hoy: el entimema y el paradigma como bases del raciocinio jurídico en la modernidade. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 20, n. 121, jun./set. 2018, p. 321-322.

²³⁵ ATIENZA, As razões do direito, cit., p. 118.

²³⁶ MacCORMICK, Neil. Retórica y Estado de Derecho. *Isegoría*, Madrid, n. 21, 1999, p. 21.

discussões éticas da filosofia da linguagem, sobretudo da ética discursiva de Habermas, da qual a teoria alexyana vem a ser uma sistematização e reinterpretação²³⁷.

Segundo Alexy²³⁸, a teoria do discurso é uma teoria procedimental, cuja concepção de racionalidade é a procedimental universalista de matiz kantiana. Um discurso prático é racional se satisfizer as condições de argumentação prático-racional. Estas condições podem ser resumidas em um sistema de regras do discurso. A razão prática pode ser definida como a faculdade que permite chegar a juízos práticos de acordo com este mesmo sistema.

De acordo com ele, um enunciado normativo é correto ou verdadeiro – em sentido liberal – somente quando for resultado de um procedimento, qual seja, o do discurso racional. O nexo entre correção e procedimentos é característica de todas as teorias processuais. O discurso racional prático é um procedimento para provar e fundamentar enunciados normativos e valorativos por meio de razões e contrarrazões com a finalidade de trazer a lume o melhor argumento. À vista disso, a racionalidade do discurso se define pela observância do conjunto de regras²³⁹, do qual a argumentação jurídica é um caso especial do discurso prático geral.

Nessa acepção, a matriz discursiva do direito é o diálogo racional. Ao afirmar algo, os juristas estão invocando *pretensões de correção*, as quais serão submetidas ao procedimento dialético regulado pelas regras da razão prática. Para o Alexy, o intérprete não só tem um limite moral para reconhecer o direito, como deve buscar as melhores soluções segundo as possibilidades fáticas e jurídicas dos casos concretos, à luz dos princípios (mandados de

²³⁷ RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 212. Habermas procura fugir do jusnaturalismo clássico ampliando o nível de abstração por meio da procedimentalização de uma “ética do discurso”, na qual os indivíduos não mais têm de participar de uma mesma perspectiva moral geral, já que o consenso universal é obtido, passo a passo, pela participação dos sujeitos em um procedimento argumentativo racional. Esse discurso segue regras previamente válidas, tais como a sinceridade dos participantes, a coerência dos seus argumentos, a franquia à participação, a liberdade de constrangimentos etc. Assim, a universalidade da razão iluminista é transferida para o procedimento comunicativo (ADEODATO, *Ética & retórica*, cit., p. 139-140). Aqui não há propriamente uma superação da filosofia da consciência, mas a substituição do problema para uma metalinguagem, uma comunicação de “segundo nível” na qual o sujeito solipsista está livre das influências do seu modo-de-ser no mundo.

²³⁸ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Traducción de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 136-137. Encontramos em Kant uma racionalidade que pretende ser transcendental, formal, desprovida de conteúdo material e baseada na universalidade da razão incorpórea, sem contexto nem biografia. Essa racionalidade quase divina decide com ajuda de um imperativo categórico que toma forma nas regras dedutivas do discurso racional. Esta ideia, aplicada ao direito, conduzirá a uma pessoa julgadora que se autoproclama “imparcial” e que acredita deixar de lado suas emoções (SÁNCHEZ, *¿Es necesario un giro aretaico de la teoría de la argumentación jurídica?*, p. 343-344).

²³⁹ ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. 3. ed. Ciudad de México: Fontamara, 2006, p. 39, 40 e 73. Sustenta-se que uma argumentação que exclui ou suprime pessoas ou argumentos – exceto por razões pragmáticas que têm de ser justificadas – não é racional, pois as justificações obtidas neste contexto são defeituosas.

otimização) presentes no ordenamento²⁴⁰. “Uma norma só é correta se pode ser o resultado de um procedimento definido através das regras do discurso”²⁴¹.

A pretensão de correção no discurso jurídico não diz respeito à exigência racional do ponto de vista material ou conteudístico das asserções jurídicas tomadas como premissas. O questionamento sobre a lei ser ou não legítima corresponde às finalidades objetivadas pelos membros da sociedade através de suas instituições políticas. A meta perquirida limita-se à análise da racionalidade da argumentação jurídica na medida em que é determinada pela lei, mediante o procedimento controlador das regras discursivas da prática racional. De todo modo, Alexy²⁴² reconhece que a decisão judicial fundada em uma lei irracional ou injusta é defeituosa, pois juridicamente imperfeita, embora válida.

Em síntese, os postulados da racionalidade prático-procedimental são: 1) um sumo grau de claridade linguístico-conceitual; 2) um sumo grau de informação empírica; 3) um sumo grau de universalidade do argumento; 4) um sumo grau de “despreconceitização”. Logo, justificar uma decisão é seguir as regras e formas deste procedimento²⁴³, evidenciando que os discursos procedimentais propõem critérios para a universalização de enunciados normativos dentro de um modelo de ciência que propugna racionalidade aos argumentos práticos a partir de métodos deontológicos. Com isso,

as regras do discurso prático racional não prescrevem de quais premissas deve partir os participantes do discurso. O ponto de partida do discurso é formado pelas convicções normativas, interesses e interpretações de necessidades dadas (isto é existentes faticamente), assim como pelas informações empíricas dos participantes. As regras do discurso indicam como se pode chegar a enunciados normativos fundamentados com base nesse ponto de partida, mas sem determinar completamente cada passo para isso²⁴⁴.

Em outras palavras, o discurso prático obedece a regras procedimentais em busca da correção dos argumentos. Assim, apenas é correto o que é discursivamente racional, havendo uma identidade entre racionalidade e correção no discurso jurídico, o qual traz condições especiais limitantes – tais quais as leis, a dogmática e os precedentes. Essa é, sem dúvidas, a

²⁴⁰ VIGO, De la interpretación de la ley..., cit., p. 210-211.

²⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 289.

²⁴² ALEXY, Teoria da argumentação jurídica, cit., posfácio, p. 313.

²⁴³ ALEXY, El concepto y la validez del derecho, cit., p. 176. Isto não significa que a racionalidade jurídica cumpra todas as regras do discurso racional, nem que chegará a correções definitivas ou absolutas, já que é um caso especial do discurso prático geral. O autor é cético quanto à possibilidade de uma teoria moral substantiva, em que cada questão possa ser extraída respostas intersubjetivamente conclusivas, preferindo as formulações procedimentais às de cunho materiais (ALEXY, Derecho y razón práctica, cit., p. 22).

²⁴⁴ ALEXY, Teoria da argumentação jurídica, cit., p. 47.

teoria mais ousada, cujo modelo discursivo legal consiste em uma reação à “debilidade” das concepções até então vigentes.

Em uma proposta mais modesta, Aulis Aarnio²⁴⁵ intenta conciliar a nova retórica de Perelman, a filosofia linguística do último Wittgenstein e a racionalidade comunicativa de Habermas. Para não pôr em perigo a estabilidade do sistema, afirma que uma decisão jurídica não pode ser tomada ou explicada deixando a lei totalmente de lado e aduzindo somente a razoabilidade, a equidade ou outros fins considerados muito valiosos. A decisão jurídica cria sempre um equilíbrio entre a letra da lei e os fatores sociais que influem no assunto, tratando-se de saber como aplicar a lei de forma tal que conte com a aceitação geral.

Em Aarnio, a *legitimidade* apresenta um significado superior à correção decisional alexyana, quando incorpora o elemento da *aceitabilidade* racional como critério regulativo de controle público da decisão judicial. Essa aceitabilidade é alcançada quando a justificação tem êxito em convencer o destinatário – que aceita os princípios da racionalidade – da certeza jurídica da interpretação oferecida. Eliminando a arbitrariedade argumentativa, a decisão estaria de acordo tanto com o direito positivo quanto com as normas sociais não jurídicas²⁴⁶. O razoável nada mais é do que a consideração racional dos assuntos valorativos em uma comunidade jurídica, para além do aspecto meramente formal ou procedimental.

Para quem – como Alexy e Aarnio – propõe uma teoria da argumentação jurídica habermasiana, um enunciado normativo (por exemplo, o conteúdo de uma sentença judicial) é correto e, portanto, está justificado se se adapta a um procedimento regido por certas regras; embora a pretensão de correção que se expressa no discurso jurídico é uma pretensão limitada, pois se efetua no marco das exigências de sujeição à lei, à dogmática e aos precedentes²⁴⁷. Seguindo a filosofia analítica da linguagem, constrói-se um arrojado esquema de correção normativa com base em regras pragmático-universais que regem os atos de fala, subestimando o papel da interioridade do comunicador na veracidade do enunciado.

²⁴⁵ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Lima: Palestra Editores, 2016, p. 39.

²⁴⁶ AARNIO, *op. cit.*, p. 48-49 e 339-341.

²⁴⁷ RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 213. *Correção*, nesse contexto, significa a distinção entre os argumentos corretos/válidos e os incorretos/inválidos. “O conceito da ‘correção normativa’ se reduz à assertibilidade racional em condições ideais; falta-lhe a conotação ontológica da referência a objetos dos quais afirmamos fatos. (...) O sentido de correção normativa carece de conotações ontológicas, pois os juízos morais se regulam por um mundo social que embora não seja livremente escolhido é, contudo, idealmente projetado e, sem a intervenção dos próprios sujeitos da ação moral, não pode se tornar real.” (HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 53-54.)

3.1.3 Balanço crítico das teorias da argumentação jurídica

No quadro filosófico da modernidade, era inconcebível afirmar a primazia da intersubjetividade sobre a atividade cognoscente do indivíduo, já que havia uma separação entre os dois mundos, sem o qual fosse cabível uma reconciliação. Somente com a passagem para o paradigma da linguagem é que a resolução dos problemas de compreensão dos significados comunicativos se dirige à contextualização dos signos linguísticos (pragmática) mais do que à sua descrição assertiva (sintático-semântica), a partir da constatação de que a pretensão de universalidade dos enunciados normativos transcende a esfera individual do falante. É dizer, a potencial aceitação universal do raciocínio, contra possíveis objeções, ocorre dentro de um contexto de comunicação humana, e não isoladamente por meio da observação dos objetos.

Tanto Perelman quanto Aarnio e Alexy ofereceram teorias para resolver o problema da arbitrariedade judicial baseadas em um consenso final submetido a regras mais ou menos exigentes que permitam calibrar o grau de racionalidade das decisões judiciais, distanciando-se dos ditames do juspositivismo. Enquanto Perelman sustenta a impossibilidade sistêmica e confia mais no juiz que elabora sua decisão atendendo aos valores de maior aceitação social, Alexy propõe um sistema integrado por procedimentos e normas, no qual a correção formal prevalece sobre a material, ainda que admita uma decisão formalmente correta ser expulsa do ordenamento caso contenha uma injustiça extrema. Por sua vez, Aarnio trata de eliminar a maior arbitrariedade possível nas decisões jurídicas através do consenso de um auditório que deve seguir as regras do jogo²⁴⁸.

Se Alexy foca sua análise no procedimento de asserção jurídica, em uma visão mais formal da racionalidade, tanto Perelman quanto Aarnio aderem à ideia do razoável mediante a superação do formalismo típico da lógica modal. O segundo discute a questão da razoabilidade como forma de preferência pela escolha da decisão socialmente aceitável, afastando o direito das ciências exatas e aproximando-o do bom senso. O terceiro, partindo de uma aceitabilidade racional, substitui a racionalidade jurídico-instrumental (Alexy) pela comunicativa (Habermas), concluindo que o razoável significa a aceitação geral da comunidade em relação à criação e aplicação do direito mediante regras do discurso racional²⁴⁹.

A partir de concepções mais amplas de argumentação racional, as diferentes teorias do discurso contemporâneas diferem exatamente na concepção de racionalidade. Preservam,

²⁴⁸ SERNA, *op. cit.*, p. 64 e ss.

²⁴⁹ FERES, Marcos Vinício Chein; ALVES, Marco Antônio Sousa. Racionalidade ou razoabilidade? Uma questão posta para a dogmática. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 39, fev. 2001, p. 311.

entretanto, algumas características em comum: a compreensão da argumentação como atividade social que envolve opiniões dirigidas a um público ou auditório. A definição de racionalidade é o ponto central para qualquer teoria da argumentação jurídica²⁵⁰, cujo núcleo essencial é a busca do jurista por uma base autorizada para justificar a decisão previamente adotada no caso, e não em procurar na norma a solução para o problema real diante do intérprete, que não se tem de antemão. Pois, a norma se escolhe em função da fundamentação, e esta se justifica mediante a invocação da norma²⁵¹.

Basicamente, essas três vertentes podem ter enfoque: a) *retórico*, pela aceitação da decisão no auditório, refletindo sua própria forma de pensar e de se expressar (Perelman e Viehweg); b) *lógico*, pela fixação de critérios para indicar a coerência e racionalidade da argumentação, a fim de alcançar validade procedimental (Alexy e Toulmin); ou c) *dialógico*, pelo diálogo racional entre o juiz e as partes, de modo a resultar em uma decisão aceita pelo consenso (MacCormick e Aarnio)²⁵². Estes últimos distinguem-se claramente dos autores que tomam como referência a retórica, já que, em regra, os argumentos somente são “aceitáveis” para os interlocutores, sugerindo uma aptidão para o acordo mais do que para a sua justiça²⁵³.

A linha teórica da tópica jurídica é criticada por sua excessiva “abertura” em relação ao texto normativo, considerado apenas expressão de um *topos* dentre outros e recusando o primado da conexão com o texto ao tornar a orientação por meio de problemas bastante livres, sem estabelecer um procedimento seguro para a decisão. Também não procede a abordagem da teoria do discurso, pois, apesar de combater o positivismo normativista, mantém o intento de deduzir a decisão a partir de regras argumentativas²⁵⁴.

É verdade que as chamadas “teorias-padrão” da argumentação se encontram além da precisão meramente analítica dos argumentos, perspectiva esta da lógica formal tradicional,

²⁵⁰ FERES; ALVES, *op. cit.*, p. 286-287.

²⁵¹ SERNA, *op. cit.*, p. 118. No juspositivismo, a interpretação deve levar à uma conclusão conforme à lei, o que não exclui, de antemão, repostas irrazoáveis ou injustas. Dentro da moldura da norma, há espaço para tantas decisões quanto sejam cabíveis no campo semântico da norma. Já para algumas teorias da argumentação jurídica, tampouco importa se a decisão vai ser justa ou razoável, desde que obedecidos os critérios argumentativos previamente estabelecidos em abstrato. “Não há possibilidade de crítica moral ao direito positivo, porque não há moral para além da constituição: o direito legitima moralmente a si próprio.” (BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 25.)

²⁵² BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Teorias da argumentação: justificação da decisão judicial. In: CARVALHO, Paulo de Barros (org.). **30 anos da constituição federal e o sistema tributário brasileiro**. São Paulo: Noeses, 2018, v. 1, p. 110-112.

²⁵³ LARENZ, *op. cit.*, p. 214. Sem dúvida, a aproximação da retórica e da semiótica é crucial para o desenvolvimento da filosofia e a busca da sabedoria. Não obstante, afirmar que todos os problemas filosóficos se resumem a problemas de linguagem pode levar a uma visão restrita da própria filosofia. Sabemos que as palavras importam; também estamos conscientes do papel fundamental que os atos de fala desempenham na produção do conhecimento e na constituição da realidade. Porém, reduzir toda a experiência e os processos intelectuais a um produto dos discursos é uma tese, no mínimo, questionável (PARINI, *op. cit.*, p. 322-323).

²⁵⁴ ADEODATO, Ética & retórica, cit., p. 239-240. Müller denomina essa atitude de “platonismo regulativo”.

adentrando numa análise mais substancial das razões jurídicas²⁵⁵, construídas a partir da teoria pragmática de Habermas. Contudo, embora tenham superado a ideologia da subsunção, não reagiram satisfatoriamente aos postulados da filosofia da consciência, por aderirem à proposta de controle da aplicação normativa mediante cânones metodológicos desenvolvidos no âmbito intrassistêmico da ordem jurídica.

Conforme Streck²⁵⁶, as teorias da argumentação, embora se situem em oposição ao normativismo, não superam o esquema representacional sujeito-objeto, já que continua em busca de regras prévias (procedimentos) que possam conformar, de forma dedutiva, as decisões judiciais. E nisto não diferem da metodologia positivista – como Alexy, de quem é possível perceber fortes traços subjetivistas. Nele, não há evidência de que a ponderação de princípios tenha superado o solipsismo que caracteriza o sujeito da filosofia subjetiva. Logo, destituída de uma adequada compreensão hermenêutica, qualquer forma de vinculação do intérprete ao texto, por mais paradoxal que pareça, reforçará o positivismo com a continuidade do caos decisionista.

Essa perspectiva, excessivamente metódica, esquece a função da intersubjetividade na construção dos conceitos normativos, os quais serão compreendidos e reinterpretados, a todo tempo, em diferentes contextos históricos pelos participantes do discurso, enquanto sedes de argumentos: faz com que o ponto de vista adotado seja o externo, cujas razões estão fora da individualidade do intérprete, e não o interno, de quem participa do discurso. Alexy²⁵⁷ percebeu esse problema dentro do juspositivismo no que diz respeito à figura do juiz, mas parece ter sido incapaz de extrair todas as consequências daí decorrentes, porque permaneceu preso ao dualismo do sujeito-observador, próprio desse mesmo positivismo.

Ao reivindicar uma posição intermediária kantiana frente à postura cética de Kelsen a Ross (voluntarismo) e à concepção aristotélica da razão prática (realismo), na medida em que inclui a ideia de correção junto à de universalidade, Alexy não apela às categorias da prudência nem da retórica, dado que sua moral procedimental confia em um código definido pela “razão

²⁵⁵ ATIENZA, As razões do direito, cit., p. 40. Elas têm em comum a premissa de incorporarem ao direito fórmulas típicas da lógica modal e estarem centradas na justificação interna (endoprocessual) da decisão. A ponderação, por exemplo, é vista como um mecanismo infalível para a consecução de respostas corretas; quando, na verdade, apenas descreve o modo de solução do conflito entre princípios, diverso da antinomia entre regras, sem contribuir para a resolução casuística do fenômeno interpretativo.

²⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, jan./jun. 2008, p. 141, 142 e 151. “Alexy ainda está preocupado com o problema da fundamentação (*fundamentum inconcussum*), não tendo deslocado o problema para um fundamento existencial (sem fundo), como fez Heidegger, nem tendo radicalizado a partir da existência de um grau zero na discussão sobre o dissenso, como fez Habermas. Alexy propõe, no fundo, uma teoria procedimentalista que pressupõe um substancialismo preso ao modelo da filosofia da consciência.” (Id., Verdade e consenso, cit., p. 246.) Daí porque o discurso prático geral não transporia os limites do pensamento pós-polarização. Se essa crítica é válida para Alexy, talvez não seja totalmente para Aarnio e MacCormick.

²⁵⁷ ALEXY, El concepto y la validez del derecho, cit., p. 41 e ss.

prática”, cujo seguimento permitirá obter respostas ideais. A chave dessa ética discursiva-pragmática é considerar universalizáveis os interesses dos destinatários das exigências morais com o objetivo de chegar a consensos racionais, nos quais os sujeitos dessa moral confiam na razão e se desinteressam pelo esforço orientado a persuadir a conclusão encontrada²⁵⁸.

Embora traga mecanismos de redução do arbítrio nas decisões judiciais, Alexy não garante a sua completa erradicação. Ao propor um plexo de 28 regras – um código da razão prática – para a correção relativa das sentenças, cujo fundamento de eficácia é a sua própria intuição pessoal, há uma imediata suspeita quanto à sua capacidade de aplicação prática. Se esse procedimento nos permite ir descartando as decisões que seriam incorretas, não nos assegura chegar às corretas²⁵⁹: “Essas regras não determinam, de maneira nenhuma, o resultado da argumentação em todos os casos, mas excluem da classe dos enunciados normativos possíveis alguns (como discursivamente impossíveis)”²⁶⁰.

Não surpreende que defenda a distinção entre o *contexto de descoberta* e o *contexto de justificação*, o qual conduz à opinião comum de que o primeiro é insuscetível de uma análise do tipo lógica, pois gira em torno de circunstâncias sociais, de causas psicológicas e de motivos ideológicos que levaram o juiz a emitir sua resolução. Já o segundo contexto, regido pelo método científico, excluiria as *razões explicativas* que impulsionaram a elaboração daquele juízo, exigindo apenas as *razões justificadoras* da decisão apontada como correta ou aceitável – o dever de fundamentação²⁶¹. A tentativa de maior precisão na conceituação é louvável; resta, contudo, saber até que ponto estamos diante de uma empreitada frustrada desde o princípio.

²⁵⁸ VIGO, Rodolfo Luis. Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias. In: CARBONELL, Miguel; FIX-FIERRO, Héctor; PÉREZ, Luis Raúl González; VALADÉS, Diego (coord.). **Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria**: estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional. t. IV. v. 2. Ciudad de México: UNAM, 2015, p. 880; Id., Los principios jurídicos..., cit., p. 82. Inspirada em Kant e desenvolvida por K. O. Apel e J. Habermas, a ética discursiva prolonga o projeto iluminista da modernidade e confirma os rasgos universais, transcendentais e formais da linguagem. O campo escolhido para essa peculiar racionalidade prática é a razão dialógica consensual e comunicativa, cuja inclusão de todos os interessados e aceitação de todos os argumentos são a expressão da reflexão pública. Só assim, a razão estará habilitada para a legitimar a correção de normas e juízos de valor no discurso prático argumentativo (Idem. Balance de la teoría discursiva de Robert Alexy. **Doxa**: cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n. 26, 2003, p. 206-207). A ética do discurso não oferece nenhuma orientação de conteúdo – norma ética nenhuma é, *a priori*, boa –, confiando que o procedimento corretivo resultará em um acordo racional pelos sujeitos livres participantes do debate consensual. Assim, o discurso prático não legitima a gestação de juízos éticos, apenas prova a validade das afirmações discursivamente apresentadas, sem qualquer pretensão de veracidade. Sobre o tema, cf. OLIVEIRA, Ética e racionalidade moderna, cit., p. 20-67.

²⁵⁹ SERNA, Pedro. **Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos**: de la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas. México: Porrúa, 2006, p. 78-94 e 99-103.

²⁶⁰ ALEXY, Teoria da argumentação jurídica, cit., p. 47.

²⁶¹ ATIENZA, As razões do direito, cit., p. 20. “A justificação ou fundamentação da interpretação escolhida por argumentos deve ser distinguida do processo real de obtenção do resultado. No primeiro caso, trata-se do processo da justificação (*process of justification*), no segundo, do processo da descoberta (*process of discovery*). A justificação é uma atividade argumentativa, a descoberta uma psíquica. Sem dúvida, existem entre ambas as

Em maior ou menor grau, as teorias da argumentação contribuem para eliminar os sentimentos pessoais e as intuições subjetivas dos decisores, racionalizando a valoração que é, muitas vezes, exigida no labor jurisdicional²⁶². Mas, confiam excessivamente na racionalidade de caráter procedimental ou formal, depositando a validade de qualquer assertiva prática na legitimação pelo próprio processo argumentativo, independentemente de sua substância ou conteúdo material – salvo nos casos de *injustiça extrema*, segundo a fórmula de Radbruch aceita por Alexy²⁶³ na sua tese de vinculação débil ou fraca entre direito e moral.

Essas teorias contemporâneas parecem se render à hegemonia teórica positivista, em contraposição àqueles que ensaiam uma crítica estruturante ao modelo vigente. Certo pós-positivismo tem concentrado autores na construção de sistemas lógicos-rationais para a correta fundamentação das decisões judiciais, como se, de certo modo, os usos dos argumentos e a tomada de escolhas fossem processos cognitivos livres de qualquer emoção, dissociados do imaginário do jurista; como se os pré-conceitos desenvolvidos na consciência do magistrado durante sua experiência histórica não condicionassem previamente a resposta escolhida para cada questão jurídica.

A historicidade do sujeito não precisa ser vista como algo negativo, ao qual o agente necessita se desvincular para decidir bem²⁶⁴. O contato com múltiplas realidades é benéfico para estimular a empatia do julgador, ajudando-o a ter uma vivência mais real e profunda de

atividades conexões estreitas. No primeiro plano da teoria da interpretação jurídica, contudo, está o procedimento argumentativo. Somente ele é acessível intersubjetivamente e, por conseguinte, revisável objetivamente. Somente no seu quadro é possível um uso público da razão. Se com interpretações é promovida uma pretensão de correção e se o cumprimento dessa pretensão deve ser revisável publicamente, então vale a proposição: interpretação é argumentação. A isso corresponde que em sistemas jurídicos modernos regularmente existe um dever de fundamentação judicial e na ciência do direito são solucionados problemas pela consideração de argumentos pró e contra.” (ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 65-66.)

²⁶² RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 213.

²⁶³ ALEXY, El concepto y la validez del derecho, cit., p. 45 e ss. A estratégia de Alexy é utilizar, do positivismo, a concepção de que o direito justo é resultado de procedimentos, não estando aprioristicamente fixado. Mas, aproxima-se da fonte jusnaturalista ao defender que as regras desses procedimentos não são construídas pelo próprio direito positivo, de modo autorreferente, mas têm “validade” (justiça) intrínseca, impondo-se de fora para dentro. O fundamento delas, que não é positivo, é a sua racionalidade interna – e aqui Alexy tem razão em se afirmar “não positivista”. Assim, ele tenta unificar as duas tradições: a tradição jusnaturalista, segundo a qual há normas válidas por si mesma, e o esteio positivista, de acordo com o qual tais normas não têm conteúdo material específico, mas são frutos procedimentais (ADEODATO, Ética & retórica, cit., p. 365), sem abrir mão da discricionariedade que reforça o velho positivismo normativista (STRECK, Verdade e consenso, cit., p. 510). Em definitivo, este autor não é propriamente um antipositivista, como costuma se autointitular, embora represente tal vertente do pós-positivismo ao incorporar elementos morais ou de correção material do direito vigente.

²⁶⁴ Talvez seja esse o motivo pelo qual vários juízes não se preocupam com o destino das pessoas e dos grupos envolvidos no processo, assim como pelas consequências que suas sentenças terão na vida dos litigantes. Parecem pouco frequente as vivências de alteridade (abertura para o outro) em tais julgadores, fato que se reflete na atividade jurisdicional. Só mediante a integração desses predicados à consciência, será possível que o outro seja contextualizado e tratado em sua especificidade, propiciando ao juiz realizar, com maior plenitude, a justiça no caso concreto (PRADO, *op. cit.*, p. 92).

fenômenos que normalmente estão fora da sua zona de atuação. As experiências moldam o intérprete ao ponto de o recurso à alteridade ser uma técnica persuasiva rotineiramente empregada para sensibilizar e convencer os demais julgadores do órgão colegiado. E, quando qualificadas por uma meditação purgativa, elas são um ótimo material para distinguir o que há de verdadeiro e de falso nas contingências da vida, longe de qualquer carga traumática.

Portanto, enquanto o pós-positivismo não tiver superado este esquema objetual, não pode crer ter superado ou inovado substancialmente com relação ao seu antecessor. Segue o caminho inverso, ao primeiro descrever os critérios de verificação da racionalidade, para somente então estudar como funciona a razão prática na decisão. Ou, pior: minimiza o campo de incerteza inerente à vida humana, ao confiar em procedimentos racionalizantes que levarão à escolha da opção correta – mais racional – dentre várias possíveis. Ambas são formas erradas de encarar o problema, ao priorizarem as ideias sobre os fatos.

Para um sistema jurídico que clame por coerência e uniformidade, essa proposta é demasiado insuficiente. Procedimentos formais podem nos ajudar nesse processo, mas não nos encaminha ao conteúdo material ou substantivo rogado pela justiça. Essencialmente, não vislumbram a ruptura com os ideais subjacentes ao projeto de uma ciência jurídica, mas se insere no esforço corretivo das proposições ineficazes do positivismo oitocentista. Uma deficiência comum a essas teorias é a ausência da razão prudencial, que obriga finalmente a recorrer ao consenso mais ou menos amplo para legitimar a correção racional das proposições formuladas durante o processo argumentativo.

Isso não quer dizer que formulações analíticas sejam irrelevantes ou desnecessárias, mas tão somente que elas são secundárias e acidentais, subordinadas a algo que lhe é prévio e mais crucial no resultado da decisão judicial. Detenhamo-nos agora nas teorias de cariz hermenêutico, superadoras da mera argumentação jurídica, para, depois, vermos quais críticas são comuns a todas elas, em direção a um paradigma que leve em consideração a história do intérprete, sua vida interior e extraprocessual.

3.2 A “terceira via” de Ronald Dworkin: uma tentativa de conciliação

O Código de Processo Civil de 2015 consagrou o ideal de coerência e integridade no ordenamento jurídico brasileiro ao regulamentar o sistema de precedentes judiciais, cuja influência encontra nítida ressonância no pensamento de Ronald Dworkin. Este autor simboliza uma ruptura paradigmática com o juspositivismo ao reinserir a moral no direito pela superação

do modelo de regras hartiano – e, também, kelseniano – a partir da perspectiva crítica dos princípios jurídicos, oferecendo uma alternativa teórica ou “terceira via”.

Com o reconhecimento da força normativa dos princípios, trouxe-se, para a teoria do direito, a necessidade de adaptar a hermenêutica jurídica à baixa densidade normativa desses comandos principiológicos. A consequência dessa nova conjuntura é que o intérprete, diante da inevitável “ponderação de valores”, possui uma significativa liberdade criativa²⁶⁵, ao contrário do que postulava o juspositivismo oitocentista. No entanto, essa estrutura bipolar, ao mesmo tempo em que reclama eficácia normativa, não disciplina, de forma satisfatória, os mecanismos argumentativos hábeis para a sua concretização.

Se os métodos possuem os seus limites, como fazer para controlar o subjetivismo na interpretação das leis? A introdução dos princípios jurídicos não foi suficiente para esse propósito diretivo. Essa é a resposta que tentaremos responder a partir de agora.

3.2.1 O direito como integridade e o romance em cadeia

A sua teoria interpretativa foi erigida em contraponto ao que convencionou chamar de *teorias semânticas do direito*²⁶⁶ – desde as escolas do direito natural até o positivismo e o empirismo jurídico. Todas estas posturas cometeram, segundo ele, o erro de definir a prática jurídica apenas ao nível semântico da linguagem. Tanto a justificação de valores morais objetivos quanto a reconstrução do conceito de direito não poderiam ser pautadas por “fatos brutos” ou naturais, nem depender de elementos semânticos, metafísicos ou convencionais, na medida em que a compreensão de tais elementos exigiria uma atitude descritiva com pretensão de neutralidade, inviável no campo do direito. A esse argumento linguístico, atribui o nome de agulhão semântico (*semantic sting*), exaltando a dimensão avaliativa e construtiva que o intérprete exerce na realização do fenômeno prático²⁶⁷, posto que as divergências entre juristas não são meramente gramaticais, mas também metodológicas e filosóficas.

²⁶⁵ CAMPOS; ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 779.

²⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 38 e ss. Note-se que “realismo jurídico” foi traduzido por empirismo jurídico, porque este nada tem a ver com o *realismo jurídico clássico*, cujo nome deriva da consideração do direito como algo justo exterior – *ipsa res iusta*, segundo a célebre definição do Aquinate. *Ius est res*: o direito é uma “coisa” externa ou algo reduzido a ele como uma obra (*opus*) ou ato (*acto*) enquanto unido ao objeto e desprendido do sujeito. Esse realismo aristotélico-tomista está entre o objetivismo racionalista – de que podemos conhecer tudo inteiramente – e o subjetivismo solipsista – do qual não conhecemos nada fora da nossa consciência –, diferindo da filosofia moderna da qual o empirismo é parte. Sobre o tema, cf. FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do direito**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 193-196.

²⁶⁷ FERREIRA NETO, *op. cit.*, p. 243. O positivismo jurídico fracassa justamente porque não consegue explicar a existência de desacordos teóricos entre as práticas judiciais, partindo sempre de um consenso irrealizável.

Para Dworkin, parcela significativa dos equívocos no debate jurídico contemporâneo deriva de confusões conceituais, em que uma errada compreensão da gramática conceitual – “jogos de linguagem” (Wittgenstein) – conduz a resultados consideravelmente distintos pelos operadores do direito. O pensador norte-americano demonstra isso apontando três níveis conceituais, para além do semântico: i) *estágio teórico-jurídico*, de formulação da melhor concepção do direito; ii) *estágio doutrinal*, do estabelecimento das condições de verdade das proposições jurídicas; iii) *estágio da decisão judicial*, da relação entre a veracidade dos enunciados normativos e a dimensão institucional do direito para a obediência das normas jurídicas²⁶⁸. Os seus críticos e oponentes parecem não ter se dado conta destas diferentes dimensões linguísticas, desvinculada de uma concepção absoluta de mundo.

Embora nem Hart nem Kelsen tenham dito que os juízes estão livres para interpretar como bem entenderem nos casos de penumbra ou zona cinzenta do direito, não há em seus escritos qualquer tentativa de elaboração de parâmetros que possam pautar a discussão a respeito de como se deve resolver a tensão existente entre a moldura da norma e a textura aberta do direito²⁶⁹. É aqui que surge a necessidade de deliberar sobre os limites e pressupostos da interpretação judicial das leis.

A fim de superar essa dificuldade, o teórico americano distingue a interpretação criativa da conversacional e da científica. A interpretação criativa das obras de arte e das práticas sociais é construtiva, porque se preocupa essencialmente com o propósito e não com a causa. Esses propósitos não são de algum autor – a intenção original do criador –, mas do intérprete. Ou seja, a interpretação construtiva impõe um propósito a um objeto ou prática a fim de torná-lo o melhor exemplo possível dentro da forma ou do gênero ao qual pertença. Daí não se segue que um intérprete possa imaginar qualquer coisa, pois há uma interação entre propósito e objeto. “Segundo esse ponto de vista, um participante que interpreta uma prática social propõe um valor a essa prática ao descrever algum mecanismo de interesses, objetivos ou princípios ao qual, se supõe, que ela atende, expressa ou exemplifica”²⁷⁰, atribuindo o máximo de valor possível a essa prática.

Compreendido o direito como uma construção interpretativa, funda-se a narrativa em processo de desenvolvimento no valor da tradição a partir dos precedentes judiciais

²⁶⁸ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 261 e ss.

²⁶⁹ TAXI, *op. cit.*, p. 132 e 145. Hart entendia que esse dilema era a exceção e não a regra do direito; já Kelsen desconfiava que essa indeterminação fosse resolvida por algum método jurídico, visto que a escolha da melhor interpretação seria sempre um ato volitivo, de natureza política.

²⁷⁰ DWORKIN, O império do direito, cit., p. 63-64.

construídos na práxis jurídica, encampados no dever de coerência do direito, tal qual um “romance em cadeia” (*chain novel*), e não no uso dos argumentos – à maneira de uma teoria lógica ou da razoabilidade prática. Cada protagonista precisa escrever um capítulo novo, mas sem esquecer que sua contribuição não é um volume separado, pois é parte de um livro que já vem sendo escrito. “Cada um [o julgador] deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração”, criando “em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível”²⁷¹.

Com isso, a concepção de uma resposta correta, seguindo a ideia do romance mais coerente possível, é um esforço do magistrado no sentido de mostrar a resposta como harmônica em relação ao ordenamento jurídico, como se, em última análise, tudo fosse criação de uma só pessoa: atinge-se, assim, a chamada “coerência de princípio”. Essa integridade se apresenta, ao mesmo tempo, como descritiva e prescritiva, pois propõe uma forma de enxergar a prática jurídica e aconselha os juízes a darem harmonia a suas decisões²⁷².

Daí que as proposições jurídicas são verdadeiras ou falsas, segundo o direito como integridade, “se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.”²⁷³ É esta exposição construtiva que permitirá à prática jurídica alcançar a melhor interpretação criativa possível (*the best it can be*), em sua melhor luz, a partir do momento em que a sociedade civil aceitar um princípio do direito como seu.

A integridade só é possível porque a interpretação holística não é uma proposta abstrata, mas uma prática jurídica norte-americana, de modo que os juristas efetivamente pensam de maneira construtiva, por meio de conhecimentos principiológicos em comum que

²⁷¹ DWORKIN, O império do direito, cit., p. 276.

²⁷² TAXI, *op. cit.*, p. 158. Em proposta similar, Bianor Arruda argumenta que o objeto da interpretação jurídica é, por excelência, o texto da norma jurídica. Mas, também, a narrativa das partes sobre os fatos sucedidos – seja nas petições, seja nas audiências. Levando em conta os aspectos linguístico e prático-jurídico, a deliberação judicial atribuirá sentidos aos enunciados fáticos e legais que compõem a demanda, negando o seu caráter subsuntivo, descritivo ou dedutivo. A decisão judicial é, portanto, comunicação, cuja missão é construir o sentido da linguagem por meio da fundamentação, sob a premissa de que a realidade é constituída e conhecida mediante a linguagem (condição de possibilidade) e a verdade só pode ser aferida no interior do sistema de referência – que, no caso, é o direito. Nestes termos, a resposta correta e justa representaria um compromisso dos juízes e tribunais com a coerência, uniformidade e estabilidade das decisões a partir de um sistema de referência compartilhado na comunidade politicamente organizada e vivida, que será o critério de correção da veracidade das conclusões judiciais (BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?** São Paulo: Noeses, 2018). Essa é a posição do construtivismo lógico-semântico, escola iniciada por Lourival Vilanova e desenvolvida por Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Paulo de Barros Carvalho.

²⁷³ DWORKIN, O império do direito, cit., p. 272. “A integridade da concepção de justiça de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito. A integridade de sua concepção de devido processo legal adjetivo insiste em que sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se consideram alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito” (Ibid., p. 203), pois “uma interpretação é mais satisfatória se mostrar um menor dano à integridade que sua rival.” (Ibid., p. 296.)

embasam suas decisões específicas. Assim, a interpretação já é, desde o início, limitada pela noção holística de que se está inserido em um processo unitário de aplicação do direito²⁷⁴, do qual os juízes personificam a comunidade moral unitária e responsável.

3.2.2 A questão moral, os princípios jurídicos e a discricionariedade judicial

Nessa doutrina pós-positivista, a moral pode ser entendida no sentido de moralidade pública e institucional, como ponto de partida judicial na busca pelos princípios existentes no sistema jurídico, desde que em respeito ao objetivo supremo da segurança jurídica e da limitação da discricionariedade dos juízes. Nesse sentido, os princípios jurídicos são mais do que meras dimensões axiológicas de caráter normativo, sendo verdadeiras manifestações do conceito de integridade do direito à nível jurisprudencial, como diretivas jurídicas que são, o que significa que os tribunais devem levar esses direitos a sério.

Em seu juízo, uma compreensão adequada do direito seria a que contemplasse um conjunto de regras formalmente estabelecidas, válidas por seu teste de origem ou *pedigree*, bem como um conjunto de princípios que integrariam a melhor teoria do direito estabelecido, válidos *proprio vigore*, isto é, por seu próprio conteúdo, resultando irrelevante que sejam ratificados ou não por alguma autoridade legislativa constituída²⁷⁵. Aqui há um nítido distanciamento do juspositivismo, ao incluir normas não escritas no sistema legal.

Todavia, percebe-se, nestes últimos, não só uma forma de conexão interpretativa entre direito e moral, senão uma fonte de certeza que havia sido ignorada pelos positivistas. O núcleo dessa “certeza” pós-positivista está na rejeição da existência de espaços abertos ou indeterminados na lei, ao considerá-los lesivos às expectativas legítimas dos cidadãos. Assim, considera que as teses da discricionariedade judicial alçada por Kelsen, Hart e Raz, embora sejam formas interessantes de explicar o direito, são frutos de uma imagem errônea subscrita

²⁷⁴ TAXI, *op. cit.*, p. 157 e 160. Nos debates judiciais, os juízes efetivamente escolhem uma interpretação dentre várias, justificando-a como a mais correta, muito embora considerem que a interpretação rival perdedora possui seus méritos. Não raras vezes, superam o paradigma jurisprudencial anterior pelos argumentos outrora vencidos (*overruling*), sem que tenha havido nenhuma mudança fática ou argumentativa relevante. Assim, do ponto de vista hermenêutico, a ideia de que uma tradição holística, interpretada sob o fio condutor da integridade, possa levar sempre a uma resposta melhor do que a outra, e não apenas a duas diferentes, não deixa de ser bastante ingênua.

²⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Tradução de Nelson Boeira Faedrich. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 64. “O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. (...) A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, (...) para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.” (Id., *O império do direito*, cit., p. 492.) Esse caráter de integridade e coerência jurídica é um dos elementos diferenciadores do principialismo dworkiniano de outros posteriores, como os auspiciados por Alexy ou Zagrebelsky.

por esses autores, ao conceber o sistema normativo composto exclusivamente por regras (*rules*) que não designam a verdadeira função interpretativa (político-moral) do juiz. O positivismo, afinal, assume esse modelo porque teria uma perspectiva externa ao direito²⁷⁶.

Dworkin²⁷⁷, pelo contrário, propõe uma aproximação que assuma o ponto de vista interno do participante, preocupado com o fato de os juristas, ao discutirem e debaterem direitos e obrigações legais, invocarem não apenas estes padrões jurídicos. A adoção dessa perspectiva conduz à existência de uma outra espécie de normas, as quais eliminariam a indeterminação legal: aquelas genericamente designadas de “princípios” (*principles*), que são descobertos pelos juízes investigando o direito estabelecido ao decidir os “casos difíceis” (*hard cases*), garantido a fidelidade à lei por um conjunto moral que norteia a comunidade e é por ela compartilhado.

Paradoxalmente, a defesa dessa concepção antipositivista restringe intensamente a atividade judicial, já que os juízes, limitados a descobrir e declarar o que creem estar dado com anterioridade a sua decisão, nunca determinam o direito que *deve ser*. Certamente, Dworkin não nega que os julgadores desfrutem de uma certa liberdade para determinar o conteúdo da premissa maior do silogismo judicial nos casos difíceis. Porém, trata-se de um poder débil ou fraco, que, embora o intérprete tenha espaço para interpretar os princípios, isso não significa que esteja desvinculado destes parâmetros morais²⁷⁸.

Aqui acontece a perfeita reconciliação teórica entre positivismo jurídico e pós-positivismo. Todo o percurso crítico e toda a abertura interpretativa são desde o início presas

²⁷⁶ RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 199-200. Cf. também FINNIS, Lei natural e direitos naturais, cit., p. 17-30. Dentro da tradição consuetudinária americana, o problema da discricionariedade é colocado desde um elemento constitutivo da prática jurídica e não como um desvio do exercício do ofício judicial. A discricionariedade em sentido fraco não trata simplesmente de uma opção do juiz que não quer respeitar o direito posto, mas uma escolha política inevitável dentre as diferentes decisões possíveis (TAXI, *op. cit.*, p. 120). Para Ovídio Baptista da Silva, o ato jurisdicional, sendo o direito uma ciência cultural, é necessariamente discricionário (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 28). Critique-se, desde já, o uso da expressão “discricionariedade judicial” na tradição romanística, quando goza de outro significado no direito administrativo (*conveniência e oportunidade*). É que a aparente liberdade do juiz em decidir de um modo ou de outro não se deve a um poder de opção, mas sim de um dever de trilhar uma linha argumentativa que conduza à melhor solução possível para o caso. É diferente do administrador que escolhe entre construir um hospital ou uma creche, pois se manifesta em um mesmo caminho a ser percorrido, sendo mais ou menos insuficiente à medida que esteja devidamente fundamentado e respaldo nos limites fáticos concretos. Enfim, trata-se de uma equivocada compreensão do papel do juiz na solução do caso, que será melhor explicada adiante. No mesmo sentido, cf. STRECK, Verdade e consenso, cit., p. 50-52.

²⁷⁷ DWORKIN, Levando os direitos a sério, cit., p. 73. É aqui onde reside a crítica ao exemplo do críquete dado por Hart, porque este jogo é uma prática social que não envolve a existência de uma intencionalidade (*point*) valorativa pelos jogadores, diferentemente do direito, que exige a interpretação de valores pelos participantes, assemelhando-se mais à crítica literária (estética). Perceba-se que essa “intenção” difere da que exporemos adiante.

²⁷⁸ RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 199. No Brasil, ele foi recebido como tendo simplesmente defendido a inserção de padrões morais, que já foram constitucionalizados ou reconhecidos pela doutrina ou tribunais no momento do julgamento do caso, quando o objetivo fundamental de sua teoria é vencer a discricionariedade judicial em sentido forte. Na mesma medida em que serviu para questionar os pressupostos positivistas, veio a prescrição de fechamento interpretativo junto à inevitável abertura principiológica. Ou seja: embora seja importante julgar com base em princípios, deve-se evitar a todo custo o risco da liberdade judicial (TAXI, *op. cit.*, p. 169-170).

pelo fantasma do arbítrio judicial. A visão de que os julgamentos possam ser morais através dos “princípios gerais da comunidade política” e, ao mesmo tempo, não incluam margem de escolha subjetiva desses juízos de valor pela única resposta correta (*one right answer*) é algo que nem os exegetas ousaram conceber. Pode-se dizer que Dworkin comunga da crítica hermenêutica à interpretação enquanto epistemologia apreensível por um método, mas não desce tão fundo a ponto de assumir os pressupostos aristotélicos-gadamerianos, notadamente com relação à prudência, que está situada numa razão prática substantiva. A moral, embora já tenha sido dada pela comunidade política, é construída pelo intérprete. Portanto, um juiz sem qualidades morais não é, em definitivo, um empecilho para que julgue moralmente bem²⁷⁹.

Ora, a discricionariedade que conduz à integração exige um compartilhamento de critérios teórico-jurídicos entre os cidadãos impraticável. Se “a atitude interpretativa não pode sobreviver a menos que membros da mesma comunidade interpretativa compartilhem, ao menos de maneira aproximada, as mesmas hipóteses a propósito disso”²⁸⁰, o caráter construtivo do projeto dworkiniano perde força. A sua doutrina se aproxima cada vez mais do relativismo positivista que outrora visou combater, ainda que aponte para a sociedade como critério, em vez do sujeito. A tradição jurídica não pode encontrar, junto a um esforço cognitivo estéril do julgador, sempre as melhores respostas para os casos, partindo de um institucionalismo ético, em que a virtude está nas instituições e não nas pessoas.

²⁷⁹ TAXI, *op. cit.*, p. 161, 162 e 170. Discordamos deste autor ao acusá-lo de reforçar o positivismo por propor o “fechamento” da interpretação pelos princípios. Trata-se de uma incompreensão dos seus objetivos e pressupostos: “O direito como integridade é sensível ao diferente valor marginal da certeza e da previsibilidade em diferentes circunstâncias. Quando a certeza é especialmente importante, como nos instrumentos negociáveis, o fato de determinada regra ter sido reconhecida e aplicada a casos anteriores constituirá um forte argumento para o lugar que ocupa na melhor interpretação dessa parte do direito. Quando a certeza for relativamente desimportante, seu poder no argumento interpretativo será correspondentemente mais fraco” (DWORKIN, O império do direito, cit., p. 439-440). Pois, “Alexy perpetua um paradigma da subjetividade, enquanto Dworkin desenvolve sua perspectiva teórica assentado na intersubjetividade. Em tempos pós-positivistas, a discricionariedade (ainda) é um problema, pois esta se manteve em todas as versões do juspositivismo, seja no legislador racional, exegetismo francês, ou no juiz, realismo jurídico. Assim, inexistente proposta de ruptura se o que se propõe é meramente uma racionalização do juízo discricional, assumindo sua inevitabilidade pela interpretação instrumental. Deste modo, Dworkin afasta-se de Alexy por entender esta problemática essencialmente constitutiva de toda interpretação e procurar transcendê-la por meio da tradição da comunidade política.” (STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 4, n. 7, 2013, p. 364. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350>. Acesso em: 25 jul. 2020.)

²⁸⁰ DWORKIN, O império do direito, cit., p. 83. Como os padrões morais já estão previamente presentes no ordenamento jurídico, a discussão sobre em que medida a aplicação de princípios com carga valorativa implica na ressignificação da norma perante o contexto fático desaparece. Há uma espécie de “positivação” da moral, que é remetida a um critério intersubjetivo preexistente, seja na doutrina, na jurisprudência ou na legislação (TAXI, *op. cit.*, p. 164-165). Senão vejamos: “A integridade se mantém dentro das comunidades políticas e não entre elas, de tal modo que qualquer opinião que tenhamos sobre o alcance das exigências de coerência contém suposições sobre o tamanho e a natureza dessas comunidades.” (DWORKIN, O império do direito, cit., p. 225.) Há aqui uma oscilação pendular entre relativismo e construtivismo moral.

3.2.3 Crítica à proposta intermediária de uma “hermenêutica analítica”

O ideal de integridade é a busca por coerência na formulação e aplicação de proposições jurídicas, cujo conjunto de princípios morais está implicitamente em vigor na comunidade. Todavia, o que é coerente em um contexto social pode ser incoerente em outro, de modo a projetar uma coerência interna entre os compromissos e valores assumidos por uma sociedade específica. Em última análise, a “objetividade” dworkiniana nada mais é do que uma instância argumentativo-interpretativa de um jogo linguístico (*language game*), construído e compartilhado pelos integrantes de uma mesma realidade social, revelando-se em um critério apenas contingencial e restrito aplicado dentro das cortes de justiça²⁸¹, com vistas à igualdade política.

Essa elaboração teórica é excelente para os países desenvolvidos, que já alcançaram níveis desejáveis de progresso social e econômico; mas, é difícil acreditar que tenha alguma utilidade em nações ditatoriais, nas quais os cidadãos são oprimidos pelos agentes do poder. É um direito de estabilidade, e não de crises. Isso comprova que a teoria de Dworkin exalta um caso periférico do direito, qual seja, o anglo-saxônico, cuja abrangência e significado são secundários e matizados em uma realidade específica, sem descrever as características comuns e necessárias a todas as ordens legais. Trata-se de um projeto limitado nas suas próprias intenções, de duvidosa tradução jurídica para os países do eixo Sul.

Como bem observa Ricardo Dib Taxi²⁸², há uma evidente contradição no discurso pós-positivista que denuncia a tradição positivista no tocante à interpretação das normas jurídicas, ao mesmo tempo em que compactua com a ideia de uma decisão judicial racional e controlável, na qual o elemento discricionário é domesticado até ser completamente eliminado. O pós-positivismo clama por abertura em relação às fontes do direito, muito embora combata com todo o vigor a “discricionariedade”, como se fosse o principal inimigo a ser eliminado.

²⁸¹ FERREIRA NETO, *op. cit.*, p. 255; 276-277. “[A] integridade é a chave para a melhor interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas distintas e, particularmente, do modo como nossos juízes decidem os casos difíceis nos tribunais. Sustentarei que o direito como integridade oferece uma interpretação melhor da prática jurídica do que as outras duas concepções que consideramos.” (DWORKIN, *O império do direito*, cit., p. 260-261.) Porém, se ela é melhor do que as outras duas, não quer dizer ainda que, por isso, seja a melhor possível.

²⁸² TAXI, *op. cit.*, p. 172. Convém abandonar a imprópria denominação “discricionariedade judicial”, que não designa corretamente a atividade prático-prudencial do intérprete. Norma nenhuma abre margem discricionária para o julgador, pois seria confundir a razão que elege o meio mais adequado para alcançar um fim com a vontade que escolhe qualquer opção dentre várias. Toda norma almeja atingir um fim pelo melhor caminho, ainda que em níveis escalonados, cabendo ao juiz fazer a eleição dos meios mais razoáveis.

O problema filosófico dessa proposta se situa primordialmente no campo pragmático da linguagem²⁸³, na relação do uso linguístico e dos atos de fala que a integram, deixando em segundo plano – ou ignorando totalmente – as questões relativas à moral do intérprete, já que remetem a níveis “extralinguísticos” da realidade. Como ficará mais claro adiante, essa corrente atenua o papel da personalidade do intérprete na decisão, colocando demasiada ênfase no consenso linguístico-pragmático. O indivíduo pessoal do magistrado não é relevante justamente porque inacessível, cuja ontologia dos objetos reais não conhecemos, senão os seus aspectos simbólicos externalizados em forma de linguagem.

Por isso, é incorreto visualizar nesse projeto um protótipo de juízes virtuosos como modelo ideal de magistrado²⁸⁴. De modo algum pode-se afirmar que Dworkin tinha em mente as excelências clássicas na sua criação metafórica do juiz Hércules, pois sua herança analítica e hermenêutica está muito distante da tradição escolástica de uma ética filosófica das virtudes morais, que preza pela ordenação dos meios a fins racional e ontologicamente bons, em vez de uma emanção intuitiva do conjunto de princípios atuais da comunidade política (*intuicionismo ou construtivismo moral*)²⁸⁵ – os quais, afinal, podem estar corrompidos pelo espírito do tempo (*Zeitgeist*); sendo, portanto, inviável qualquer tentativa de assimilação.

²⁸³ No mesmo sentido, cf. MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. Derecho natural y ciencia jurídica. **Sapientia**, Buenos Aires, v. 62, n. 221-222, 2007, p. 195. Dentro do estudo da semiótica, costuma-se dividir a apreciação da linguagem em três níveis: i) a *sintaxe* (conexão textual dos signos linguísticos entre si); ii) a *semântica* (conexão expositiva dos signos com seus objetos); e iii) a *pragmática* (conexão comunicativa em que os signos são utilizados).

²⁸⁴ Em sentido contrário, cf. AMAYA NAVARRO, María Amalia. **Virtudes judiciales y argumentación**: una aproximación a la ética jurídica. Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009, p. 34-35; SOLUM, Lawrence B. Virtue jurisprudence: a virtue-centred theory of judging. **Metaphilosophy**, Oxford, v. 34, n. 1-2, jan. 2003, p. 182-183. Sobre o seu liberalismo moral, cf. NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**: un ensayo de fundamentación. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 156 e ss.

²⁸⁵ “O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas. (...) O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda.” (DWORKIN, O império do direito, cit., p. 272-273.) A proposta interpretativista (*interpretativism*) apresenta uma versão de cognitividade fraca e diluída quanto ao conteúdo das proposições jurídicas produzidas pelos falantes dentro de uma realidade social, à medida que nega a possibilidade de fatos morais substantivos – caracterizados como independentes da vontade humana e pré-convencionais –, em prol de uma “objetividade jurídica” criada por um processo interpretativo-argumentativo contingente e circunstancial que visa reunir a leitura mais e coerente e integrada das regras formadoras de um sistema jurídico com os princípios morais em vigor na comunidade (FERREIRA NETO, *op. cit.*, p. 238-239). Para ele, é falso que existam fatos morais na “estrutura do universo” (*fabric of the universe*), que podem ser conhecidos e explicados adequadamente a ponto de sustentar proposições

Nem a coerência, nem a integridade, nem a igualdade podem ser o caso central do direito, já que tocam apenas algumas das exigências que esta ciência deve almejar. Embora sejam valores indispensáveis, são insuficientes para constituir uma ordem jurídica justa. Falta uma base substancial em que se apoiar, sem a qual a doutrina dworkiniana não passa de mero romantismo. Sua postura linguístico-pragmática impede a articulação de um conceito de bem comum e razoabilidade prática, que favoreça o florescimento humano de todos os membros da comunidade, em direção a um fim extrinsecamente bom e universal. É preciso ir além: em busca de algo mais, que dê unidade e sentido externo a ele. Caso contrário, cada sociedade ficará refém do seu próprio arbítrio argumentativo.

3.3 Reviravolta linguística e teorias hermenêuticas do direito

A partir da segunda metade do século XX, a reviravolta linguística-pragmática, iniciada por Ludwig Wittgenstein e Martin Heidegger e desenvolvida por Hans-Georg Gadamer, lançou luzes sobre as incoerências da filosofia moderna em flertar com um racionalismo científico, avesso a todo saber produzido no âmbito da experiência humana. Esse ceticismo quanto aos limites de capacidade do conhecimento pode ser extremamente útil para repensar o modelo pós-positivista vigente nos tempos atuais.

Houve uma redescoberta dos diferentes tipos de racionalidade praticados por Aristóteles. O primeiro foi Perelman, que, insatisfeito do formalismo lógico por ele antes cultivado, entreviu na retórica aristotélica a estrutura do discurso não-formalizável (ético, político e jurídico). Dois anos depois, Gadamer indicou a *phrónesis* articulada pelo Estagirita como o modelo epistemológico mais elevado da hermenêutica. Desde então, houve uma série inumerável de reabilitações de Aristóteles, quase todas voltadas para a sua metodologia, isto é, as diversas formas de racionalidade por ele teorizadas²⁸⁶.

Uma das principais contribuições intelectuais de Gadamer foi a recuperação do sentido originário da filosofia platônica, pautada no diálogo e na prudência. Principalmente nas humanidades, a atividade intelectual e científica depende do reconhecimento de que o sujeito não está isolado diante de uma realidade fixa, a-histórica e transparente, mas em contato com

verdadeiras. Os valores morais seriam objetivos porque podem ser demonstrados como verdadeiros por meio da argumentação adequada (*fit*), não porque correspondam ao mundo natural. “Hércules não está tentando atingir aquilo que acredita ser o melhor resultado substantivo, mas sim encontrar a melhor explicação possível para um evento legislativo do passado.” (DWORKIN, O império do direito, cit., p. 404-405.) Assim, o conceito de verdade está atrelado não a qualquer argumento – como no convencionalismo –, mas ao melhor argumento possível. No entanto, como encontrá-lo na ausência de critérios ou padrões substantivos é uma tarefa ainda em aberto.

²⁸⁶ BERTI, *op. cit.*, p. XIV.

outros homens, numa comunidade que constitui o significado mesmo das coisas, em cuja tradição linguística é determinada. Assim, a hermenêutica filosófica altera a prática e o modo de ensino das ciências relativas às relações humanas – como o direito; hoje, em processo de revisão dos próprios fundamentos²⁸⁷.

O ponto de partida hermenêutico não é a existência do objeto a ser interpretado, mas o sujeito que interpreta e o contexto histórico-cultural em que ele está inserido, junto ao restante da sociedade. Eles não se confundem, mas são inseparáveis na hora de compreender o texto jurídico: interpretar é também autocompreender-se, influenciado pela linguagem e pela tradição cultural compartilhada pelos demais integrantes da sociedade em que vive. No entanto, essa autocompreensão do sujeito não é simplesmente histórica, pois depende também, em grande medida, do *modo-de-ser* individual, do seu *ser ontológico*²⁸⁸.

De acordo com essa filosofia, não podemos nos desvencilhar, por um simples ato de vontade, da tradição de pensamento e linguagem que nos cerca, constituindo-se uma lente de interpretação do mundo. Antes de afirmarmos a nossa liberdade intelectual, já estamos condicionados por uma pré-compreensão que direciona o sentido da realidade pelas palavras que usamos para interpretá-la. Podemos, é verdade, dilatar o horizonte da nossa tradição, se entendermos as suas potencialidades; sem esquecer que, ao longo da história, há transformações conceituais relevantes que alteram o significado institucional das palavras²⁸⁹.

A formulação teórica do juraracionalismo levou à dissociação entre as funções de criação, interpretação e aplicação do direito, restringindo as duas últimas ao papel do jurista e a primeira ao legislador. Dessa separação metodológica, a hermenêutica jurídica surge como disciplina do debate sobre a natureza, os métodos e os limites da interpretação das leis, sob o crivo do dogma da separação de poderes. O direito é concebido como forma, delimitando-se o espaço do pensamento jurídico como uma atividade de mediação entre o texto e o intérprete²⁹⁰.

²⁸⁷ PINHEIRO, A prudência do diálogo, *op. cit.*, p. 208. A cultura jurídica universitária criada no Brasil em torno de concursos públicos deu quase que exclusividade ao estudo do saber científico do direito, relegando os conhecimentos filosóficos, antropológicos, sociológicos e prudenciais para o campo pessoal – se assim o aluno desejar. Para o ensino jurídico, as conclusões apresentadas exigem repensar todo o modelo francês de grade curricular aplicado no País, pois marcadamente legislativo e com prioridade no aspecto legal sobre o jurisprudencial. Em outra perspectiva, no modelo americano, as diretrizes do ensino são muito mais voltadas para os precedentes judiciais do que para o direito legislado, valorizando sobremaneira o estudo dos casos concretos.

²⁸⁸ SERNA, *op. cit.*, p. 132. Daí cabe, dentre outras coisas, discutir sobre o que é verdadeiramente ontológico no homem (lei natural) frente ao tradicionalmente cultural (direito natural); ou melhor, descobrir o legado cultural de valores ontológicos do ser humano.

²⁸⁹ PINHEIRO, A prudência do diálogo, *op. cit.*, p. 208. O pré-conceito, no processo judicial, configura uma “pré-decisão jurídica”, anterior à sentença definitiva, reduzindo as chances de uma das partes na disputa processual (GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 360).

²⁹⁰ HOMEM, *op. cit.*, p. 419-420; 438.

Conforme a hermenêutica tradicional, os atos de conhecimento, interpretação e aplicação ocorrem em etapas progressivas e separadas (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*): primeiro se conhece, depois se interpreta, e então se aplica o direito. Assim, seria possível reproduzir inequivocamente o sentido contido na mensagem legislativa a partir do uso meticuloso da razão. Por outro lado, para a hermenêutica filosófica, estes processos coincidem simultaneamente, pois o sentido é antecipado pela pré-compreensão, de modo que o método e a argumentação sempre chegam depois da compreensão. Em outras palavras, antes de argumentar, já se compreendeu²⁹¹.

É que o sentido da aplicação já está, de antemão, em toda forma de compreensão: “A aplicação não é o emprego posterior de algo universal, compreendido primeiro em si mesmo, e depois aplicado a um caso concreto. É, antes, a verdadeira compreensão do próprio universal que todo texto representa para nós.”²⁹² Portanto, só aplicamos o que interpretamos; e só interpretamos se compreendemos. Esta compreensão nunca é vazia ou neutra, porque só se compreende a partir de algum conhecimento prévio para pré-compreender. É dizer, o saber latente na pré-compreensão é a condição de possibilidade para a própria compreensão.

Os cânones hermenêuticos tradicionais trabalham a norma como elemento externo ao sujeito, que precisa ser compreendido e aplicado, em regra, por um processo de subsunção, o qual, uma vez estruturado, é capaz de garantir a certeza e a segurança do resultado. Se é errado falar em um sentido unívoco das normas jurídicas, trabalhava-se na perspectiva de uma interpretação mais correta, que caberia ao intérprete definir. Partindo dessa lógica, todo aquele que seguisse as técnicas interpretativas indicadas pela dogmática chegaria ao mesmo resultado. Com a reviravolta filosófica operada pela redescoberta da linguagem, o processo interpretativo torna-se consideravelmente mais complexo e dinâmico²⁹³.

Em face disso, a existência do método científico não garante, por si só, a certeza das conclusões pela ausência de influências subjetivas nas premissas. A crítica gadameriana ao pensamento anterior ao giro hermenêutico consiste justamente em, primeiro, afirmar a inexistência de um método único e seguro que garanta a veracidade do conhecimento humano

²⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 239 e 242. Algumas correntes do neopositivismo lógico chegam ao extremo de afirmar que só há justiça se houver correspondência entre incidência e aplicação, mediante a exata concretização do fato previsto na hipótese normativa. Cf. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Princípio não é norma (12ª parte). **Contraditor**, 26 jul. 2022. Disponível em: <https://www.contraditor.com/principio-nao-e-norma-12a-parte>. Acesso em: 21 set. 2022.

²⁹² GADAMER, Verdade e método, cit., p. 446-447.

²⁹³ CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da constituição. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2015, p. 779.

– em contraposição à filosofia cartesiana – e, segundo, a historicidade da compreensão como corolário da hermenêutica e do modo de ser do *Dasein* (ser-aí-no-mundo) heideggeriano²⁹⁴.

Se aos textos é dado um novo significado pela interpretação, então os intérpretes jurídicos não poderiam extrair a “vontade do legislador” (*mens legislatoris*) deles, mas apenas reverberar a vontade do intérprete, de modo que todo ato interpretativo implicaria na atribuição de sentido aos enunciados linguísticos constantes na lei. Com isso, texto e norma não podiam mais ser entendidos como uma única e mesma coisa (Müller), porém como duas fases distintas e progressivas de um mesmo processo compreensivo.

Em tese, o juiz parte de alguma norma ou princípio de direito para aplicar à causa e daí chegar à decisão. Acontece que o processo de julgar raramente começa com uma premissa da qual se extrai uma conclusão. Ordinariamente, o magistrado trabalha em sentido contrário: forma uma decisão de modo mais ou menos vago e, só depois, tenta encontrar a premissa maior com a qual fundamentá-la. A motivação vital do julgador parece ser muito mais um impulso pessoal baseado na sua intuição particular do que é certo ou errado no caso, constituindo os fatores individuais como bastante relevantes no resultado dos julgamentos²⁹⁵.

Nesses termos, a antecipação do conteúdo da sentença pelo intérprete só pode ser eficazmente combatida, primeiro, pelo reconhecimento de que os seus pré-conceitos podem guiar a argumentação jurídica do início ao fim e, segundo, pelo fomento de virtudes que forcem a autorreflexão na mente do julgador, como um imperativo de suspeitar da incapacidade de si mesmo. Daí a importância da prudência na conformação da consciência do intérprete à solução mais provável ou razoável, guiando, desde o início, o processo interpretativo rumo à resposta mais adequada para o caso concreto.

Como bem nota Gadamer²⁹⁶, a compreensão da norma jurídica não se mede segundo um padrão que se encontra na literalidade da lei nem na real intenção do legislador, mas unicamente na compreensão da situação concreta pelo receptor da ordem normativa.

²⁹⁴ DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 212.

²⁹⁵ ADEODATO, Ética & retórica, cit., p. 346-347. Realmente, os juízes suspeitam da solução correta por meio de uma intuição, gerada na mente de modo direito, e não a partir de uma inferência silogística, formada por um raciocínio lógico. Só depois de formular uma resposta é que o juiz articula uma justificativa decisória. É aquele impulso vital que motiva o seu sentido intuitivo a distinguir o justo do injusto no caso particular. Agora, um bom juiz não se deixa levar apenas pela intuição da solução apresentada imediatamente, mas põe em marcha um processo de crítica da própria decisão (RECASÉNS SICHES, *op. cit.*, p. 242-243).

²⁹⁶ GADAMER, Verdade e método, cit., p. 438. “O juiz, por exemplo, tem a tarefa prática de decretar a sentença, e nisso podem entrar em jogo muitas considerações político-jurídicas, que não faria o historiador jurídico diante da mesma lei. Mas será que isso faz com que seu *entendimento* da lei seja diferente? A decisão do juiz, que ‘intervém praticamente na vida’, pretende ser uma aplicação justa e não arbitrária das leis; deve pautar-se, portanto, em uma interpretação ‘correta’ e isso implica necessariamente que a compreensão faça a mediação entre a história e a atualidade.” (Ibid., p. 19.)

Obedecer ou executar normas sem realizar o seu sentido é, muitas vezes, uma brincadeira de mau gosto. A exigência hermenêutica é, pois, compreender o que está dito no texto a partir de um desempenho produtivo dos fatos.

Assim resume Victor Sales Pinheiro²⁹⁷:

Ao reconhecer na interpretação jurídica uma atividade hermenêutica exemplar, em que a relação entre lei universal e caso particular é interdependente e dialógica, Gadamer recupera a dimensão prudencial do Direito, tal como reconhecia Aristóteles. Assim, não é só o caso concreto que é interpretado pela lei abstrata, mas esta é redimensionada por aquele, num dinamismo que exige a prudência do julgador, capaz de enfrentar o desafio da contingência e imprevisibilidade das coisas humanas.

No *Verdade e Método*, a prudência tem a função fenomenológico de desvelar o elemento histórico e prático que permeia toda a compreensão²⁹⁸. Gadamer parte de Kant para ir além de Kant, na medida em que pretende precisamente mostrar que a constituição do sentido não é obra de uma subjetividade isolada e separada da história, mas só é explicável a partir de nossa pertença à tradição. O subjetivismo kantiano é confrontado, assim, pelo historicismo, para se transformar em *intersubjetivismo*²⁹⁹.

Ainda reféns daquele solipsismo, a maioria dos teóricos do direito, como Marcelo Neves³⁰⁰, vai argumentar que o controlável social e juridicamente é apenas o comunicado, isto é, a decisão judicial, já que o que se passa na mente do intérprete ainda não foi externalizado racionalmente para os destinatários por meio do discurso. E, se a subjetividade é incontrolável, todos os mecanismos de interpretação devem estar assentados em critérios exteriores ao sujeito, cuidando do que está sujeito à sindicância. Sucede, porém, que, se o juiz primeiro decide para só depois buscar os argumentos aptos a respaldar a decisão já tomada, por meio de uma “fachada de justificação”, na expressão de Alf Ross³⁰¹, o direito é transformado em um teatro de mentiras, no qual impera somente a manipulação discursiva.

Percebe-se, assim, que a problemática do discurso jurídico não é um problema de *fundamentação*, mas de *interpretação*, é dizer, da consciência do julgador antes de se deparar com a alteridade do texto posto, podendo embasar variadas posições, a depender da sofisticação

²⁹⁷ PINHEIRO, A prudência do diálogo, *op. cit.*, p. 210.

²⁹⁸ TAXI, *op. cit.*, p. 58. Como observa sagazmente Streck, a obra de Gadamer poderia muito bem ser intitulada *Verdade contra o Método*.

²⁹⁹ CAMPOS; ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 777.

³⁰⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 180.

³⁰¹ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000, p. 182.

dos dilemas morais ou interesses em jogo. Neste ponto, vale reprisar a crítica de Müller³⁰² no sentido de que, enquanto a metodologia do direito for pautada por métodos de interpretação, a práxis jurídica estará sendo compreendida de maneira equivocada.

Face à inexistência de um “método fundamental” (*Grundmethode*) ou “meta-critério” que sirva como fundamento último de todo processo hermenêutico, o uso dos métodos se torna arbitrário, propiciando interpretações *ad hoc* ou “discrecionárias”. Tal impossibilidade constitui o *calcanhar de Aquiles* da hermenêutica jurídica exegetico-positivista. Neste ponto, reside o forte vínculo entre a hermenêutica metodológica e o positivismo jurídico, que assim se coloca refratário a um novo paradigma. Tantos métodos e procedimentos postos à disposição do intérprete leva-o a sentir-se desonerado de maiores responsabilidades na atribuição de sentido, colocando no fetichismo da lei e no legislador a causa das anomalias jurídicas³⁰³.

O reconhecimento de que a interpretação é uma dimensão constitutiva do direito não implica, contudo, transformar o ato interpretativo num ato de vontade discrecionária, tampouco filiação a qualquer espécie de relativismo. Em seu papel de ciência histórica, o direito precisa ser enfrentado sob uma perspectiva hermenêutica, condicionado pela objetividade e materialidade da norma positivada. Há, portanto, na gênese do fenômeno jurídico uma relação entre estabilidade e contingência. Longe de cair numa renovação do fetiche legalista, essa perspectiva remete à necessidade de se resgatar os discursos sobre a legitimidade da norma³⁰⁴.

Sem descurar o sentido e a importância dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, como notas da vontade democrática, a hermenêutica filosófica torna-se indispensável para o direito contemporâneo, como interpretação moral e política de um mundo complexo em transformação³⁰⁵, na medida em que as leis não são – nem nunca foram – dotadas de existência própria e autônoma. Não se trata de desprezar o método, como se não tivesse qualquer utilidade,

³⁰² MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 61. Ele pretende superar as posições tradicionais: do positivismo normativista, na linha de Kelsen, para quem o texto normativo fixa os limites (a “moldura”) da decisão e o jurista atua criativamente nas lacunas em que falha a concepção silogística, mantendo porém a visão dogmática segundo a qual a norma é previamente dada; e do decisionismo, na linha de Carl Schmitt, para quem a decisão não guarda relação real com os textos da norma, no que concerne aos problemas de validade e sentido desses mesmos textos, nem quanto ao problema de justificação da decisão. Para a metódica estruturante, o sujeito do processo de concretização nunca é a norma, mas sim o jurista diante do caso. Note-se a distância em relação à antiga discussão sobre se o juiz “cria” ou apenas “aplica” o direito, de que se falará adiante. O que o legislador faz, sobretudo o legislador constituinte, mesmo originário, é produzir o texto legal ou constitucional, não a norma propriamente dita, nem sequer a moldura dentro da qual se situam as interpretações devidas. Para a teoria estruturante de Friedrich Müller, a generalidade é uma característica apenas do texto e a norma jurídica só aparece na decisão concreta. A tarefa de todo legislador, assim, é produzir textos genéricos prévios e válidos, não a regra jurídica propriamente dita, nem sequer sua moldura (ADEODATO, Ética & retórica, cit., p. 239 e ss.).

³⁰³ STRECK, Hermenêutica e possibilidades críticas do direito..., cit., p. 140-141.

³⁰⁴ CAMPOS; ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 790.

³⁰⁵ PINHEIRO, A prudência do diálogo, *op. cit.*, p. 210.

pois a nova hermenêutica não promulga a sua extinção; antes, coloca-os no seu devido lugar, como ótima ferramenta de verificação da higidez do raciocínio desenvolvido pelo investigador, sem que isso implique a inequívoca veracidade de sua conclusão.

A norma, por si mesma, já é o resultado de um processo hermenêutico realizado pelos legisladores, que confrontaram valores sociais e princípios éticos para dar forma a um texto que nos diga algo sobre ele. Logo, a norma positiva não é e nem poderia ser o único objeto – real e distinto do sujeito – da compreensão, posto que o processo interpretativo não começa nem tampouco termina com ela³⁰⁶. O direito não está preso ao passado legislativo, já que toda compreensão normativa é atual, dentro de um contexto histórico-cultural: a aplicação do direito jamais pode ser resumida a mera decorrência lógica da interpretação de textos legais.

A principal contribuição da hermenêutica filosófica para o direito foi perceber que o discurso não surge como resultado imediato da interpretação, mas já está latente na pré-compreensão do intérprete, para só depois aparecer na consciência pela representação dos enunciados linguísticos. A transparência do decurso desse processo comunicativo permite aos demais interlocutores julgar a correção do resultado encontrado, a partir da fundamentação invocada. Por consequência, rejeita a impossível pureza metodológica do positivismo jurídico e aceita a valoração sincera e honesta que pode fazer o intérprete em um contexto histórico, frente às diversas possibilidades jurídicas que a norma desencadeia.

No entanto, surge o problema de como traçar as coordenadas para levar o sujeito a pensar corretamente em um mundo complexo e volátil, em especial no campo do direito, que não se esgota na estruturação lógica de validade da norma jurídica. Se o método foi o momento supremo do subjetivismo, por prometer a correção das proposições científicas, apostar em um novo elemento externo não parece ser a solução. É preciso resgatar a interioridade do homem, sem que a ausência de parâmetros conduza à descrença quanto a uma resposta razoável. Afirmar o mundo prático não pode significar que o direito deve se voltar apenas à realidade material.

A ciência moderna construiu-se contra o senso comum, que considerou superficial, ilusório e falso. Esse saber vulgar e prático, com que orientamos as nossas ações cotidianas e damos sentido à nossa vida, é reabilitado pela ciência pós-moderna, por reconhecer nesta forma de conhecimento algumas virtualidades para enriquecer a nossa relação com o mundo. É certo

³⁰⁶ SERNA, *op. cit.*, p. 132-133. Se as normas e leis mudam com frequência, isto se deve, em grande parte, a escolha dos políticos influenciados pelo impacto das ideologias do momento. E como boa parte da classe política que ocupa as casas legislativas e os palácios do governo compõe uma espécie de marinheiros de cabotagem – sem uma linha diretora de atuação parlamentar no seio social –, resta ao jurista o papel de capitão de navegação em alto-mar: uma tarefa e um desafio de refletir criticamente a totalidade do direito, cujo principal instrumento ainda é a lei, elaborada justamente por aqueles que a desconhecem à miúdo (FERNANDES, André Gonçalves. **O olhar da coruja e o equilíbrio da balança**: o lugar da filosofia no direito. São Paulo, Quartier Latin, 2019, p. 21).

que o senso comum tende a ser um conhecimento mistificado pela prepotência, mas, apesar disso e do seu viés conservador, tem uma dimensão utópica e libertadora que pode ser ampliada através do diálogo com o conhecimento científico³⁰⁷.

Na filosofia jurídica dominante nos últimos séculos, as virtudes não tiveram o espaço devido em uma teoria da decisão judicial. Nenhuma das correntes estudadas até aqui reconheceu o seu papel central na interpretação do direito por força da influência juspositivista ainda presente, representando rearranjos e projetos de continuidade do imaginário racionalista. Com isso, obscureceu-se uma parcela considerável da realidade, sem a qual dificilmente haverá uma correta compreensão da manifestação prática do direito na jurisprudência.

É que a modernidade, ao consagrar pressupostos antagônicos e abstratos, fundou a normatividade jurídica em premissas racionais gerais, em vez de na experiência ordinária e no senso comum. Extirpou, dessa forma, a prudência do âmbito jurídico, suprimindo o exercício cognitivo responsável pelo esforço racional da inteligência na direção dos valores que emprestam base às comunidades políticas no direito pré-moderno e deixando em seu lugar um vazio abissal. Objetivamente, o direito moderno recebeu a jurisprudência como fonte do direito, mas não efetuou a mesma recepção da dimensão cognitiva da antiga jurisprudência: a atividade própria dos *prudentes*³⁰⁸, em sua dupla acepção (tratadistas e magistrados).

Reconhecer um inescapável grau de incerteza no direito não quer dizer compactuar com inseguranças desnecessárias e injustificadas, mas em assumir que uma ciência cujo objeto sejam os atos humanos não pode ansiar por absoluta previsibilidade normativa e causalidade positiva. Fazer hermenêutica não é apenas desconfiar dos próprios pré-juízos, mas assumi-los e pô-los em discussão. Ao negá-los, cai-se no autoengano de pensar tê-los eliminado, crendo ter purificado os dados coletados, enquanto encobre as suas ideologias inconfessadas. Antes, é melhor que elas apareçam e sejam sinceramente expostas pelos cientistas sociais, do que permaneçam veladas sob falsos argumentos de neutralidade científica.

³⁰⁷ SANTOS, *op. cit.*, p. 55-56. O conhecimento vulgar pode ser verdadeiro, mas não é sempre e necessariamente verdadeiro, pois não há nenhuma certeza a seu respeito; já o científico é verdadeiro com necessidade, porque almeja certeza (MASSINI CORREAS, *La prudencia jurídica*, cit., p. 104).

³⁰⁸ WEYL, Paulo Sérgio. Prudência: a condição da ciência (e da crítica!) do direito. Prefácio. In: TAXI, Ricardo Dib Araújo. **A perda da prudência no pensamento jurídico moderno**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. XII. O juspositivismo concebeu a atividade jurisprudencial como voltada não para *produzir*, mas para *reproduzir* o direito, isto é, para explicitar com meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas com antecedência pelo legislador. Assim, a tarefa da jurisprudência não era de *criação*, mas de *interpretação* do direito (BOBBIO, *O positivismo jurídico*, cit., p. 212). Ao contrário desse significado moderno, que se refere às decisões uniformes dos tribunais, a palavra jurisprudência, no direito romano e no medievo, designava o trabalho interpretativo dos juriconsultos ou prudentes, que eram encarregados não só de preencher as lacunas deixadas pelas leis, mas também de adaptar continuamente os textos legais às mudanças sucessivas do direito vivo. Essa tarefa de acomodação do texto ao caso concreto constituía a *interpretatio*.

A supremacia da verdade prática sobre o método – dada a insuficiência deste – não conduz ao mero casuismo jurisprudencial, em que cada lide é estudada e analisada única e exclusivamente nos seus próprios fundamentos. A racionalidade não dispensa algum grau de estruturação lógica e científica, para diferenciá-la da pura intuição, fundada na experiência individual. Sem um guia interno para a consciência, não há como superar os desacordos ético-jurídicos da sociedade atual que surgem das diferenças ideológicas.

Mas, que guia seria esse? Quem pode dá-lo? Sem uma ontologia, é impossível afirmá-lo. A hermenêutica filosófica se apresentou como um excelente ponto de partida, mas não de chegada. Com efeito, o estudo dos clássicos reaparece não com um caráter meramente histórico, mas como uma chave de compreensão da cultura jurídica ocidental, em toda a sua evolução teórica. O resgate dessa metodologia não implica o desprezo do método moderno, mas a perda da sua primazia.

O esquecimento das virtudes não foi fruto de uma ignorância deliberada; antes, revela uma debilidade, ao impedir compreender muito da tradição jurídica ocidental pela transformação do conceito de exercício *juris prudencial* em um trabalho predominantemente técnico-burocrático, cuja atividade era reservada, noutros tempos, aos prudentes. Como afirma Boaventura Santos, “o direito, que reduziu a complexidade da vida jurídica à *secura* da dogmática, redescobre o mundo filosófico e sociológico em busca da prudência perdida.”³⁰⁹

Demonstrar-se-á que o único caminho para ultrapassar a ingênua cientificidade da filosofia iluminista é o correto retorno à simplicidade da vida; mas, em uma revelação que se eleve, progressivamente, acima dela, para abrir portas a uma nova dimensão³¹⁰. Esta dimensão emancipatória será abordada na seção subsequente, a partir do conceito de razoabilidade prática aristotélica, diferente daqueles até então apresentados. É olhando para a história do direito pré-moderno que os desenlaces da hermenêutica filosófica serão potencializados.

3.4 Um giro “aretaico” na teoria da decisão judicial: a sabedoria na insegurança

No século XX, conhecemos diversos “giros” (em alemão, *Kehre*) do pensamento ocidental. Ouvimos falar do giro linguístico (*linguistic turn*), especialmente desde Wittgenstein, do giro hermenêutico (*hermeneutic turn*) a partir das filosofias de Heidegger e Gadamer, também do giro retórico (*rhetorical turn*) representado pela *Nova Retórica* de Perelman. Todos

³⁰⁹ SANTOS, *op. cit.*, p. 46.

³¹⁰ HUSSERL, *op. cit.*, p. 47.

esses giros tiveram um papel importante no estabelecimento de novos paradigmas teóricos e metodológicos nas ciências sociais. Na ciência jurídica, os impactos foram grandes, sobretudo na relação com os dois primeiros giros: linguístico e hermenêutico³¹¹.

Nas últimas décadas, as tentativas dos teóricos jurídicos em lidar com o vácuo existente entre o universal e o particular nas ciências práticas – que é, precisamente, o papel da *phrónesis* – geraram teorias que empurram a prudência para a periferia da tomada de decisões legais. Nenhuma dessas teorias nega que a sabedoria moral possa ser útil; inclusive, algumas delas tentam explicar em termos metodológicos em que consiste a razão prática. No entanto, não é muito claro porque qualquer uma delas realmente se envolve com a sabedoria prática e, muitas vezes, sob o rótulo de uma simples intuição, perspicácia ou adivinhação, de origem misteriosa e valor duvidoso³¹².

Após a virada para o terceiro milênio, Lawrence B. Solum cunhou a expressão “jurisprudência da virtude” (*virtue jurisprudence*), com a pretensão de forjar uma teoria do direito sob o enfoque da ética das virtudes, tal qual legada por Aristóteles e restaurada por Elizabeth Anscombe ao final da década de 1950. Essa viragem aretaica no campo ético é desenvolvida até hoje por filósofos morais como Alasdair MacIntyre, Josef Pieper e Michel J. Sandel. Seguindo essa trilha, autores como Javier Saldaña, Amalia Amaya, Rodolfo Luis Vigo, Cláudio Michelin, Frederico Bonaldo, André Gonçalves Fernandes, Rafael Ruiz, dentre outros, têm desenvolvido a temática da ética das virtudes judiciais desde uma perspectiva aristotélica, destacando a sua relação com as teorias da argumentação jurídica.

Essa nova tendência retórica também está sendo continuada desde uma perspectiva aristotélica, embora adotando outros paradigmas. É o chamado giro aretaico (*areté*: do grego, virtude³¹³), enquanto intento filosófico-sistemático de incorporar a temática das virtudes de forma substantiva ao direito. Ainda que seja considerado recente, o seu objetivo prático e teoricamente desregrado não o é. Este não se concentra na correção das ações (deontologismo),

³¹¹ PARINI, *op. cit.*, p. 321.

³¹² MICHELON, Claudio. Practical wisdom in legal decision-making. In: AMAYA, Amalia; HOCK LAI, Ho (ed.). **Law, virtue and justice**. Portland: Hart Publishing, 2013, p. 45-46.

³¹³ Para o mundo helênico, *areté* designa, primeiramente, a excelência das qualidades físicas que concorrem para a perfeição de um ser, segundo sua natureza específica. No campo moral, a *areté* grega exprime a plena realização do agir humano, segundo o predicado que lhe é próprio, daquilo que é e só a ele convém. Se a perfeição é o bem no indivíduo enquanto sujeito ético, a perfeita manifestação do seu *logos*, esse bem lhe advém do exercício da *areté* pela conformidade com o bem objetivo da sociedade, que lhe é externo e causa da sua validade. Daí ser imprópria a tradução por “virtude”, porque não reflete esse bem subjetivo (*areté*) que exsurge como manifestação individual do bem em si mesmo (VAZ, *op. cit.*, p. 88-89). Vale atentar, também, para o risco de se falar em um conceito “grego” de virtudes. Primeiro, porque não havia propriamente uma Grécia, mas cidades-Estados (*pólis*) das quais a Atenas era a principal; segundo, porque havia diferentes opiniões entre os atenienses, desde os sofistas até os poetas, sobre o que era uma virtude (MACINTYRE, *op. cit.*, p. 231). Terceiro, porque a definição consagrada por dois dos principais filósofos gregos não representa necessariamente o conceito geral vigente na época.

nem na maximização de objetivos valiosos (consequencialismo), senão nas motivações corretas do agente, nas suas emoções e desejos apropriados para levar uma vida boa e virtuosa, alcançando a plenitude humana (*eudaimonia*)³¹⁴.

As atuais teorias discursivas do direito estiveram centradas em analisar os distintos argumentos que se podem ditar em favor ou contra determinada sentença, mas sem prestar muita atenção em quais são os traços fundamentais do carácter humano que permitem levar a cabo bons fundamentos judiciais. Nessa perspectiva, a ética das virtudes surge como um complemento primordial às teorias analíticas da argumentação³¹⁵. Ao aproximarem-se do movimento de reabilitação da razão prática, superando as visões formalistas típicas da analítica, ou as cépticas e voluntaristas, essas teorias puderam ir ao encontro de autores como Aristóteles e Aquino, que, desde muitos séculos, insistem no trabalho argumentativo dos jurisperitos.

Uma parte particularmente importante e difícil do estudo do direito é descrever adequadamente a situação da tomada de decisão. Estudar o raciocínio jurídico focando no momento da eleição é iniciar a análise dela no meio do caminho. Antes que qualquer decisão seja tomada sobre qual norma deve ser aplicada e como um caso deve ser resolvido, é necessário realizar um processo complexo de deliberação. Corrigir o processo de tomada de decisões legais depende, em larga escala, de enxergar corretamente os fatos³¹⁶, porque afetarão não só as partes, mas também a ordem social enquanto receptáculo do sentido legal.

³¹⁴ LARIGUET, Guillermo. Una introducción general al giro aretaico en la filosofía del derecho contemporánea y su vínculo con los dilemas morales. In: LARIGUET, Guillermo; VEGA, René González de la (coords.). **Problemas de la filosofía del derecho: nuevas perspectivas**. Bogotá: Editorial Temis, 2013, p. 198-199. *Eudaimonia* é um termo grego que significa o ser (*eu*) habitado por um bom gênio (*daemon*). Em geral, é traduzido por “felicidade”, “bem-estar” ou “autossatisfação”. Porém, outras traduções têm sido propostas para expressar esse estado de posse do bem objetivamente melhor para o agente, capaz de realizar o bom viver (*eu zen*) e o bom agir (*eu prattein*) em si, dada a denotação excessivamente individualista e sentimental que aquelas palavras adquiriram nos tempos modernos, sobretudo após a filosofia subjetivista kantiana (VAZ, *op. cit.*, p. 118-119). Destarte, optou-se por uma tradução mais fiel ao sentido original da expressão, como plenitude do ser ou florescimento moral.

³¹⁵ AMAYA NAVARRO, Virtudes judiciales y argumentación, cit., p. 33. Sobre a função das virtudes em uma teoria da argumentação, a autora responde que elas cumprem um papel auxiliar: as virtudes judiciais ajudam ao que as possuem alcançar decisões adequadamente justificadas. Nesse sentido, a virtude judicial não é apenas um componente da fundamentação jurídica, mas uma ferramenta intelectual ao serviço dos juizes para que ditem sentenças bem fundamentadas. Além disso, essas virtudes apresentam também um papel epistêmico, ao determinarem quais decisões estão devidamente justificadas. É dizer, além de ajudar o julgador a encontrar decisões bem fundadas, contribuiu para que o juiz possa detectar qual escolha é a mais adequada para uma situação concreta. Assim, diante de um caso difícil, um modo de proceder é se perguntar o que faria um juiz virtuoso no seu lugar (Ibid., p. 34-35). Isso não significa que o que faz com que as decisões estejam justificadas é o fato de que são decisões que um juiz virtuoso poderia tomar, mas que um juiz comum pode chegar a determinar se uma decisão está corretamente justificada perguntando-se qual decisão tomaria um juiz virtuoso em circunstâncias similares.

³¹⁶ AMAYA NAVARRO, Virtudes y filosofía del derecho. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; SPECTOR, Ezequiel (coords.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. v. 3. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2015, p. 1780.

A razão do jurista não apenas elucida fatos, como também se compromete com a vigência do direito. Para cumprir essa tarefa nitidamente axiológica, dispõe-se ao diálogo racional regulado pelos argumentos e contra-argumentos livremente apresentados, em favor de ponderar e justificar a solução prática mais adequada. Isso não implica negar a possibilidade de adotar uma perspectiva descritiva ou fenomênica a respeito do direito, senão sublinhar que, para obter um conhecimento exaustivo, integral e coerente, é imprescindível conhecer a visão do intérprete interessado na obrigatoriedade, valor e consequências deônticas do direito vigente, integrados pelos princípios de suas condutas³¹⁷.

O estudo do conhecimento jurídico não pode ser divorciado, com sucesso, do estudo dos traços de caráter e habilidades necessárias para realizar a tomada de decisões legais. Do ponto de vista da ética judicial, a questão do que faz um juiz bom não é apenas uma ferramenta auxiliar, mas uma parte substantiva da teoria da argumentação jurídica³¹⁸. Diante disso, infere-se que o objeto central da prática judicial não são as leis, nem as constituições, tampouco a opinião comum dos juristas (dogmática), mas sim a formação ético-profissional do julgador, a qual determinará sobremaneira a interpretação alcançada pelo juízo do magistrado, mais do que qualquer método ou léxico normativo. Cabe ao pesquisador encontrar objetividade em algo tão subjetivo e privado quanto a consciência do intérprete.

O conhecimento correto do direito positivo e o raciocínio subjetivo ideológico se realizam unitariamente na consciência singular do intérprete, sendo indissociáveis na decisão jurisdicional, de modo a ser difícil encontrar um juiz sem ideologia em um contexto cultural ideologizado. Porém, não é uma meta inalcançável³¹⁹. Efetivamente, o caráter retórico-argumentativo do direito conduz a uma reflexão sobre a sua natureza artística e prudencial, mediante a escolha dos meios adequados para a eleição do fim desejado. O reconhecimento da subjetividade do intérprete frente ao texto não significa a morte da objetividade.

Deveras, o modelo intersubjetivo tem se apresentado menos como uma solução factível para o problema do decisionismo do que uma alternativa à pretensão de legitimação monológica de um juiz como sujeito ideal capaz de decidir corretamente o caso a partir de uma posição privilegiada de observação³²⁰. A ideia de que o direito vai sendo constantemente criado

³¹⁷ VIGO, Los principios jurídicos..., cit., p. 83.

³¹⁸ AMAYA NAVARRO, Virtudes y filosofía del derecho, cit., p. 1784.

³¹⁹ ORREGO SANCHEZ, *op. cit.*, p. 66. O problema fundamental da epistemologia contemporânea não é mais saber, aos moldes kantianos, se conhecemos ou não o *noumenon* (noumeno), mas se é possível conhecer as realidades sociais hipercomplexas da atualidade, fundadas no multiculturalismo de extensão global. É dizer, se o indivíduo, enquanto ser histórico, é capaz de avaliar e descrever o complexo das relações humanas, de maneira objetiva e contundente, sem se deixar levar pelos aspectos culturais, sociais, políticos e ideológicos, bem como pessoais ou do grupo a qual pertença.

³²⁰ NEVES, *op. cit.*, p. 179-180.

pelos tribunais se torna, tanto na perspectiva interpretativa quanto nas teorias argumentativas, uma espécie de criação sem criatividade, discricionariedade sem liberdade, argumentação sem diversidade, quase um tecnicismo de análise de possibilidades já dadas e sujeitas à escolha racional³²¹.

Se optarmos pela linha do idealismo gnosiológico kantiano, segundo o qual não conhecemos as coisas como elas são, senão construímos as formas *a priori* na imanência do sujeito que as fornece, o risco é apartarmos o conhecimento da realidade ao pensá-la – mais do que conhecê-la – contrafaticamente. Esse risco é visível quando Alexy, para teorizar o direito, escolhe a via de atos de fala com pretensão de correção, cujos diálogos resolveriam as debilidades e deficiências deles mesmos. Também pode ser visto na ausência de realismo e excesso de ficção na proposta do juiz semideus com poderes hercúleos de Dworkin³²².

Por essa razão, mesmo Hart ao defender a importância da discricionariedade, ou Dworkin ao defender uma interpretação holística e constranger as decisões discricionárias, ou ainda Kelsen ao defini-la como um ato de vontade, jamais se dedicaram a escrever sobre quais elementos pessoais são necessários para que alguém decida bem. Daí a necessidade da transição do ato judicial entendido como argumentativo-pragmático, de raiz discursiva-habermasiana, para uma decisão retórico-prudencial, de cariz ética-aristotélica, cuja base não está assentada em um consenso universal, mas sim nas virtudes humanas objetivamente compartilhadas.

Apoiar o centro da decisão jurídica nas virtudes, disposições subjetivas ligadas aos hábitos particulares do intérprete, pode soar estranho aos ouvidos do leitor moderno. O jurista contemporâneo tende a achar esse conceito desprovido de qualquer finalidade prática, senão para legitimar algum tipo de arbitrariedade ou decisionismo judicial, inacessível ao vulgo³²³. É que a ruptura gerada no pensamento moderno, tanto em relação à separação entre moral privada e pública, como à cientificidade e pureza do direito positivo, fez com que o âmbito de estudo próprio da interpretação fossem os métodos e as técnicas interpretativos, jamais os elementos intencionais. Este campo de investigação estaria fora de cogitação, ao entrar em um âmbito essencialmente “incontrolável”: a consciência do intérprete.

Nem a figura problemática do juiz Hércules, nem as 28 regras procedimentais de Alexy, tampouco os 5 princípios hermenêuticos fundamentais e as 6 hipóteses em que o juiz

³²¹ TAXI, *op. cit.*, p. 173. E é mais uma vez Streck que se vangloria de ter tirado o adjetivo “livre” da expressão *convencimento motivado* (art. 349, Código de Processo Civil), como se essa singela supressão legal fosse ter algum efeito prático na valoração da prova judicial (STRECK, Lenio Luiz. *Contra claro texto do CPC, STJ reafirma o livre convencimento*. **Consultor Jurídico**, 26 de set. de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-26/senso-incomum-claro-texto-cpc-stj-reafirma-livre-convencimento>. Acesso em: 23. jul. 2020).

³²² VIGO, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo*, cit., p. 872.

³²³ TAXI, *op. cit.*, p. 176-177.

pode ignorar a lei segundo Streck³²⁴, são suficientes para resolver o problema do decisionismo judicial, sendo incapazes de assegurar a razoabilidade das decisões jurídicas dada a forte confiança nos métodos, suscetíveis de manipulação retórica, em vez de nos partícipes do discurso, destinatários e intérpretes da comunicação. E, assim, são sucessivamente criados modelos, teorias e conceitos teóricos com intrincada utilidade prática, vez que apartados da realidade judicial.

Não surpreende que, na ética judicial atual, as principais linhas vigentes sejam o formalismo kantiano e o consequencialismo utilitarista, as quais pautaram, nos últimos séculos, toda a normatividade relativa ao agir ético do juiz no exercício da sua profissão forense. Tais sistemas contemplam de fora o sujeito que atua concretamente, ao desconfiar, por distintas razões, que o papel da ética é conduzir ao bem último da vida humana (*beatitudo*³²⁵), mas tão somente definir qual a ação correta desde o ponto de vista do observador externo, em sua fria análise. Ao abraçar a objetividade, esquece-se da “subjetividade” do agente no operar ético, determinando, como efeito, quais devem ser as normas para valorar a correção das ações, sem considerar a estrutura intencional da ação, nem mesmo o valor intrínseco a ela, em uma postura estritamente material ou mecânica³²⁶.

As três alternativas estudadas nas seções anteriores pressupõem que, se o agente conhece as regras ou princípios de conduta, ele saberá como agir em todas as circunstâncias. Pelo contrário, a ética das virtudes assume que os agentes morais são falíveis e aprimoram a sua capacidade decisória à medida em que se expõem a situações de dilemas valorativos. Logo,

³²⁴ STRECK, Jurisdição constitucional, cit., p. 322-348. São eles: (I) preservação da autonomia do direito, (II) controle hermenêutico da interpretação constitucional, (III) efetivo respeito à integridade e à coerência do direito, (IV) dever fundamental de justificar as decisões e (V) direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada; e elas: (a) quando a lei for inconstitucional, (b) quando for aplicável um dos critérios de resolução de antinomia, (c) quando houver interpretação conforme a Constituição, (d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto, (e) quando declarar a inconstitucionalidade com redução de texto e (f) quando deixar de aplicar regra em função de princípio. Nesse sentido, Streck é muito mais positivista do que Dworkin, quando vincula o critério de validade do direito a um texto escrito (Constituição), enquanto este não. Partindo dessa visão positivista, não pode acreditar ter superado este paradigma, quando muda apenas o enfoque *filosófico e metodológico*, mas ainda professa – paradoxalmente – que o direito provém unicamente de textos escritos, um dos traços distintivos desta tradição, conforme descrito no final da próxima seção. Assim, não desconstrói as todas características que distinguem a modernidade jurídica.

³²⁵ Segundo Aquino, a felicidade (*beatitudo*) é o bem supremo entre os bens humanos, que é, por conseguinte, a operação conforme a virtude (AQUINO, Comentários à ética..., cit., I, 4, 1, p. 49). O ente que não se encaminha para a realização do seu bem, isto é, para o seu fim, não completa o seu ser – e o esquecimento do *ser* só pode levar à infelicidade, em todos os sentidos. Aquele que não atualizou as suas potências não terá cumprido sua missão terrestre. No caso do homem, não se pôr em marcha rumo a realização do seu ser comunitário, contemplativo e comunicativo, ou seja, rumo a sua própria perfeição, é deixar-se consumir pela fragmentação depreciatória dos acasos da vida, que não raro levam a caminhos tortuosos. Isso termina no obscurecimento da verdade, que se dá por relativa.

³²⁶ FERNANDES, André Gonçalves. **O bom juiz: teoria da ética judicial das virtudes**. São Paulo: Dialética, 2020, p. 26.

rejeita uma visão estática e puramente intelectual da decisão judicial, porque incorpora outros elementos relevantes para a deliberação além da racionalidade, como os afetos e a vontade.

Nesse espectro, uma ética aretáica considera as virtudes – no lugar das regras (deontologismo) ou consequências das ações (consequencialismo) – como o ponto central da teoria moral. À diferença dessas correntes, que partem da doutrina moral kantiana e consideram os deveres impostos pelas normas morais como básicos para a avaliação moral da conduta, ela se centra no agente, não no ato; no caráter, não na conduta. Aquelas são teorias morais que tratam de responder à pergunta “o que deve ser feito?”, enquanto a ética das virtudes está orientada a resolver “que tipo de pessoa deve ser?”³²⁷.

Enquanto a ética moderna, de Kant a Rawls, está preocupada com “que regra devo seguir”, a moralidade aristotélica, ao contrário, está centrada no conhecimento prático que determina se uma regra é ou não aplicável ao caso. Daí a pergunta central ser: “Qual saber torna o ator moral capaz de aplicar regras ou agir na ausência delas?” Aquela concepção normativista está ligada ao conceito de direito como um conjunto de regras. Já a visão clássica, fundada na prudência, se relaciona a uma concepção jurídica na qual a regra não goza de uma função central na aplicação do direito. É esta última concepção que está na base da jurisprudência romana, pois nega a identificação do direito com a norma³²⁸.

Uma emancipação dessa “ética de terceira pessoa” (institucionalismo deontológico) deve estar centrada não na (in)correção do ato isoladamente considerado, mas sobre o sujeito que atua em vista de um fim. Tais modelos éticos não só são incapazes de oferecer um perfil de julgador, como também criam aporias teóricas de difícil solução. É a “ética de primeira pessoa” (personalismo ético) que amplia consideravelmente o espaço para a atuação da pessoa moral segundo os fundamentos da virtude, entendida como apetite racional pelo Bem³²⁹.

³²⁷ AMAYA NAVARRO, *Virtudes judiciales y argumentación*, cit., p. 19. Isso não induz, porém, uma negação “das éticas”. O universal nos diz o que devemos eliminar para vencer o caso do puro arbítrio subjetivista. Não é só efetivar possibilidades já previamente definidas, mas forjar a configuração adequada para a realização do que é objetivo em uma situação histórica específica. Essa ação na história demanda a criatividade de um espírito livre; constituindo, assim, a confluência das duas raízes do agir moral: o universal que se faz efetivo nas particularidades históricas – a Ética que se realiza nas “éticas”. Tanto a universalidade (a Ética) quanto a historicidade (as éticas) são dimensões essenciais da ação moral de tal forma que uma decisão concreta humana pressupõe um duplo saber: o saber da ordem universal e o saber da situação histórica, que é o lugar onde as normas devem se tornar realidade. A ordem universal estabelece, de antemão, o que não pode faltar em nossas ações, o horizonte normativo no qual a atuação se situa. No entanto, essa ordem não pode determinar completamente o que deve ser feito nas diversas situações históricas (OLIVEIRA, *Ética, direito e democracia*, cit., p. 141-143). A contingencialidade prática impõe um grau de incerteza ética indeclinável, na qual qualquer tentativa de sistematização será infrutífera.

³²⁸ BARZOTTO, *Filosofia do direito*, cit., p. 167. Para uma tentativa de (re)conciliação entre as tradições teleológica e deontológica, cf. RICOEUR, Paul. *Da moral à ética e às éticas. O justo: justiça e verdade e outros estudos*. v. 2. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 49-62; FRANÇA, Gustavo. Kant e Aristóteles como paradigmas da ética normativa: uma separação intransponível? *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 33, p. 113-138, 2020.

³²⁹ FERNANDES, *O bom juiz*, cit., p. 15 e 136.

Tal ética estuda o juiz desde a perspectiva do Bem, ou seja, de sua perfeição ou excelência (perspectiva material), como também daqueles que se beneficiam ou se padecem da presença dessa (in)completude na historicidade do cotidiano forense (perspectiva formal), com o intuito de lhe indicar exigências para gerar as condições rumo à plenitude judicial, afastando-o tanto do mal absoluto quanto da mediocridade³³⁰. Ao integrar esses dois polos, os clássicos tinham muito temor dos juízes que conheciam muito o direito positivo, mas careciam de retidão moral, já que a prudência requer uma certa disposição ou atitude ética³³¹.

Implica, portanto, uma mudança diretiva na análise epistêmica do direito: a epistemologia da virtude explica as propriedades da razão em termos de virtudes intelectuais do agente, no lugar de fazê-lo, ao reverso, pelo que é externo – como é habitual nas teorias da argumentação. Segundo essa vertente, a filosofia jurídica tem que se ocupar de questões tais quais o desenvolvimento da vida moral do agente, o carácter da vida interior e a natureza das emoções, das motivações e dos desejos do sujeito³³², para funcionarem como um filtro de todos os interesses e valores que o intérprete compreende na norma e projeta no fato jurídico, despertando-o para eventuais vícios cognitivos³³³ e eliminando inconvenientes que possam ocorrer no processo deliberativo.

O caso não pode ser compreendido sem a norma jurídica, tampouco esta pode ser orientada sem aquele. A ignorância de cada um destes elementos interpretativos produz uma ordem incompleta. Levar exclusivamente os casos em consideração daria lugar a um casuísmo puro e simples, como o empirismo norte-americano, incompatível com a existência de regras gerais válidas; tomar unicamente o ordenamento jurídico como ciência teórica, desvirtuaria a finalidade do direito por uma pretensa descrição sistemática das normas³³⁴.

³³⁰ FERNANDES, O bom juiz, cit., p. 118.

³³¹ VIGO, El iusnaturalismo clásico..., cit., p. 114.

³³² AMAYA, Amalia. Virtudes y filosofía del derecho, cit., p. 1760-1762. A epistemologia do saber ético se organiza entre a objetividade do *ethos* e a subjetividade da *práxis*, tendo como mediação o saber conservado e transmitido pela comunidade, ou seja, o conhecimento que circula entre os indivíduos mediante as relações intersubjetivas. Esse saber está voltado não apenas para o conhecimento objetivo do *bem*, como também para a *reflexão* no interior do agente sobre a responsabilidade de agir corretamente (VAZ, *op. cit.*, p. 47-48).

³³³ Heurística é um curto-circuito mental que alivia a carga cognitiva de tomar uma decisão. Vieses como o efeito halo/auréola (impressão positiva), efeito horn (impressão negativa), efeito Dunning-Kruger (curva de ignorância), efeito ancoragem (primariedade da informação), heurística de disponibilidade (volume da informação), viés de confirmação (tendência de autoconfirmação), dentre outros, tendem a ser percebidos mais facilmente por uma mente virtuosa, já que são nítidas manifestações de imprudência. Isso não minimiza a contribuição da psicologia cognitiva na descrição destes fenômenos e correção de suas deficiências, apesar de revelar que sua função é muito mais secundária (eliminar os vícios do raciocínio) do que primordial (guiar à alternativa correta) no processo de tomada de decisão. É dizer, sem a virtude (o principal), o viés (o secundário) não possui tanta eficácia.

³³⁴ ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 132-133. Por três séculos, das décadas de 1660 a 1960, a preocupação central da filosofia moral foi teórica universalizante. A atenção dos filósofos morais foi desviada das riquezas que existem nos arquivos da casuística tradicional, como fonte de material para reflexões sobre o raciocínio moral substantivo (JONSEN; TOULMIN, *op. cit.*, p. 302). Só agora os historiadores do direito estão reconhecendo a luz que o estudo dos “casos de consciência” pode lançar sobre questões de percepção e julgamento moral.

Daí que um bom juiz jamais pode ser definindo em termos unicamente normativos, no conformar-se ao cumprimento de prescrições morais deontológicas, numa espécie de “catálogo de deveres”. A ética judicial não se satisfaz com o máximo adimplemento do dever exigido externamente pelo cargo, mas sim com o convencimento interno de se realizar o bem objetivamente nas circunstâncias concretas³³⁵. Fazer a coisa certa não é simplesmente acatar os deveres ou padrões da conduta certa. Se não estiver acompanhada da intenção correta, inspirada em um ato sincero, mais do que na obediência estratégica a uma regra, a interação não poderá ser chamada de comprovadamente deliberativa. O espírito da deliberação argumentativa clama por mais que a mera conformidade com a letra da lei³³⁶ ou de um manual de ética profissional.

Se as teorias hermenêuticas e da argumentação jurídica tentam responder “como o juiz deve decidir as controvérsias apresentadas?”, uma teoria do julgamento centrada nas virtudes procura prescrever quais qualidades morais um juiz precisa ter para decidir com um mínimo de razoabilidade³³⁷. Não há codificação como a que rege os princípios morais ao modo kantiano, cuja sistematização abstrata permite deduzir consequências lógicas para uma hipótese de incidência. As virtudes não atuam desta maneira, já antecipada por uma composição dedutiva, pois são juízos contextuais mais bem preocupados em estabelecer os contornos particulares de cada fato individual³³⁸.

A revalorização do senso comum trouxe o debate sobre os vícios e as virtudes para o campo científico, na medida em que esses conceitos, embora não sejam biologicamente quantificáveis, são racionalmente inteligíveis e empiricamente observáveis. Os hábitos morais não são propriedades físico-químicas, mas, por serem dotados de objetividade epistêmica, podem ser reconhecidos em si e nos outros. Ainda não surgiu nenhum teste capaz de medir o grau de virtuosidade dos indivíduos; no entanto, a existência dessas qualidades pode ser atestada nos comportamentos humanos.

E os métodos não bastam? Ora, examinar a argumentação jurídica através das lentes fornecidas pelas virtudes judiciais permite-nos ver, sobretudo, que: i) o raciocínio jurídico consiste, em essência, de deliberar sobre as características particulares do caso concreto; ii) a percepção é central para o raciocínio jurídico; iii) as emoções desempenham um papel fundamental na deliberação jurídica; iv) a descrição e a redescricao de um caso é uma das partes mais importantes e difíceis do raciocínio jurídico; v) o raciocínio jurídico requer raciocínio

³³⁵ FERNANDES, O bom juiz, cit., p. 126.

³³⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. New York: Oxford University Press, 2014, p. 124.

³³⁷ SOLUM, *op. cit.*, p. 182.

³³⁸ LARIGUET, *op. cit.*, p. 200.

sobre fins e valores e, mais especificamente, especificar os valores indeterminados que podem entrar em conflito³³⁹.

O maior obstáculo à ascensão das virtudes – em particular, da sabedoria prática – com o papel central na tomada de decisões é o medo da subjetividade dos agentes públicos na interpretação legal. O primeiro passo contra esse receio é opor-se à concepção simplificadora da divisão entre sujeito-objeto reinante na modernidade, pois obscurece o julgamento prático. Feito isso, substitui-se este quadro frágil por uma alternativa menos simplificada³⁴⁰, a partir dos aportes da viragem ontológico-linguística sobre a razão prática, sem descuidar de suas limitações e diferenças frente ao paradigma clássico-medieval, que serão explicitados adiante.

³³⁹ AMAYA NAVARRO, *Virtudes y filosofía del derecho*, cit., p. 1773.

³⁴⁰ MICHELON, *op. cit.*, p. 31. Uma análise extremamente realista (ontológica) não significa, de modo algum, que a teoria deve se subordinar à práxis, mas tão somente que aquela não pode estar completamente dissociada desta – como fez o positivismo. Pois, uma doutrina totalmente apartada da realidade (antirrealista) não tem utilidade prática nenhuma, já que os atores – juízes, advogados e promotores, no caso do direito – não veem nela qualquer aplicabilidade no seu dia-a-dia forense.

4 A FORMAÇÃO MORAL E PROFISSIONAL DO BOM JUIZ

Em janeiro de 2016, o Fórum Econômico Mundial apresentou o relatório *The Future of Jobs* (“O Futuro dos Empregos”), em que descreve as dez principais habilidades requeridas pelos profissionais a partir da década seguinte para o sucesso no trabalho³⁴¹. Em termos contemporâneos, não haveria dificuldade em traduzir essas capacidades na linguagem das virtudes. Deveras, a conceituação de virtude tem ocupado lugar de destaque nas abordagens contemporâneas sobre o raciocínio moral e a razoabilidade jurídica, em função da sua facilidade no modo de explicar e compreender o funcionamento das ciências práticas.

Acontece que *virtú* se tornou tão desagradável através dos tempos que, hoje, mal se pode conter o risco de confusão ao falar dela. A palavra perdeu a sua significação até mesmo para os virtuosos, “perdurando apenas para o grupo daqueles que, com esta palavra-conceito, fazem um cálculo aproximado, rápido e reduzido”³⁴². Deixou-se de lado a valiosa disposição interna dirigida ao bem, para se converter numa ação externa sem significado performativo. É suficiente, para a nossa Era do Trabalho, falar em “habilidade”, “técnica” ou “exigência”.

De fato, o conceito de Ética foi ressignificado, degradando o caráter de atualização pessoal rumo ao florescimento humano integral para se transformar em um conjunto de deveres de conduta social, cujas regras de etiqueta servem para manter a cortesia e o respeito no trato com os demais, sem interferir na esfera das relações privadas. Daí, a “ética das profissões” foi moldada dentro de parâmetros empresariais, para satisfazer interesses econômicos e descartar aqueles considerados ineficazes. “Antiético” é sinônimo de inútil para o mercado.

Uma ética teleológica, de raiz aristotélico-tomista, ao contrário, integra a própria constituição ontológica do *ser* do sujeito, do seu caráter e da sua personalidade, influenciando todo um conjunto de atos e omissões humanos. A ética das virtudes (*virtue ethics*) – como assim vem sendo chamada por estudiosos da filosofia moral clássica – coloca ênfase primária em conceitos epistêmicos em vez de enfatizar regras ou deveres e as consequências correlatas de suas ações. O estudo das virtudes é uma parte central da ética cognitivista, a qual está inserida dentro da tradição da lei natural.

³⁴¹ São elas: resolução de problemas complexos; pensamento crítico; criatividade; gestão de pessoas; cooperação; inteligência emocional; julgamento e tomada de decisão; orientação de serviço; negociação e flexibilidade cognitiva (GRAY, Alex. The 10 skills you need to thrive in the Fourth Industrial Revolution. **World Economic Forum**, 19 jan. 2016. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-10-skills-you-need-to-thrive-in-the-fourth-industrial-revolution>. Acesso em: 22 jul. 2020).

³⁴² SCHELER, Max. **Da reviravolta dos valores**: ensaios e artigos. Tradução de Marco Antônio dos Santos Casa Nova. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 20-21.

Esta ética é estudada no seio da teoria aristotélica do agir, aprimorada séculos mais tarde por Tomás de Aquino e inspirada na ontologia do ser. Apela à consciência individual e à educação moral nas virtudes, considerando que instituições justas não subsistem sem homens justos, os quais assimilem as suas virtudes e as vivam por convicção íntima, e não apenas por mera obrigação exterior. Sem essa dimensão moral, as leis carecem de eficácia social, sendo constantemente burladas e contestadas em sociedades litigiosas e anárquicas³⁴³.

A partir dessa escolha doutrinal, será feita uma breve introdução a essa tradição ética (seção 4.1), para, somente então, explicar em que consiste o arquétipo do juiz perfeito (seção 4.2), em especial pelas virtudes morais que têm maior relevância para o direito: a prudência (subseção 4.2.1) e a justiça (subseção 4.2.2). Depois disso, investigar-se-á o intrincado problema da interdependência ou conexão das virtudes (seção 4.3). Por derradeiro, veremos a possibilidade de compatibilização dessa teoria com a legislação brasileira vigente (seção 4.4).

4.1 Breve introdução à teoria clássica das virtudes

No Livro VI da *Ética*, Aristóteles³⁴⁴ divide as virtudes em dois grupos: as morais e as intelectuais. Ao separar a alma em racional e irracional, o filósofo afirma uma separação interna dentro da parte racional, dado que a especulação dos princípios primeiros e invariáveis exige um tipo de racionalidade distinta daquela necessária para a deliberação das coisas que, como o agir ético, admitem variação. Rejeitou o modelo de exatidão matemática quando se trata do agir humano, o qual está fora do saber científico em sentido estrito³⁴⁵.

³⁴³ PINHEIRO, A codificação da moral e a sabedoria das virtudes, *op. cit.*, p. 220.

³⁴⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, cit., VI, 1139a, p. 149-150. Remontando à tríplice classificação platônica das virtudes – a partir das quais Santo Ambrósio erigirá as quatro virtudes cardeais –, percebe-se que cada uma das virtudes corresponde a uma parte da alma. A alma compreendia três partes perfeitamente estruturadas (apetitiva, volitiva e racional), as quais correspondiam às virtudes da temperança, da fortaleza e da sabedoria. A justiça era considerada responsável pela harmonia do conjunto (AUBENQUE, Pierre. **La prudencia en Aristóteles**. Traducción de M.^a José Torres Gómez-Pallete. Barcelona: Crítica, 1999, p. 46). Nisso consiste a acepção platônica de que a justiça é a verdadeira base da felicidade e do florescimento humano. Dada a dificuldade em investigar o íntimo da alma humana, Sócrates propõe uma analogia com a ordem da cidade, cujas relações visíveis exteriores servem de molde para pensar a harmonia interior (PINHEIRO, A cidadela interior, *op. cit.*, p. 133). O ato de examinar a própria vida é o modo de investigação filosófica que, se aplicado à resolução de qualquer questão social, transforma a busca da resposta na busca da verdade, pois integra a pergunta ao problema da boa vida. É buscando viver corretamente pelo autoexame que o filósofo enfrenta os problemas que surgem da sua alma, da sociedade, da natureza e da relação com Deus; e, só assim, as suas conclusões adquirem alguma correspondência ontológica com a perfeição ou ordem dos objetos, porque não se trata mais de uma especulação vazia acerca de conceitos mentais, mas de uma vivência profunda desde dentro da própria estrutura da realidade. Cf. PLATÃO, *A república*, cit., IV, 443b, p. 393-395.

³⁴⁵ TAXI, *op. cit.*, p. 20. Essa divisão interna é relevante, na medida em que o pensamento moderno tende a confundir toda e qualquer racionalidade como aquela derivada da metodologia das ciências da natureza, relegando o conhecimento produzido no âmbito das humanas, sempre visto como variável e opinável. Por essa razão, a

Não é a contemplação teórica do saber objetivo que configura o caráter de uma pessoa, mas a execução prática de atos considerados bons e justos. O propósito dessa investigação não é *conhecer* a virtude para formar sábios, mas *aprender* como se tornar virtuoso. “Com efeito, nesta ciência, não indagamos o que é virtude só para conhecer a verdade acerca dela, mas para que, adquirindo a virtude, nos tornemos bons. E [Aristóteles] destaca esta razão: se a busca desta ciência fosse apenas pela ciência da verdade, seria pouco útil.”³⁴⁶ Ou seja, para viver uma vida reta, não basta *saber*, mas *exercitar*.

As virtudes formam-se no sujeito agente pela repetição consciente e livre de atos exemplificativos delas, em meio a bons e maus exemplos, a propensões naturais ou hereditárias favoráveis e desfavoráveis, a disposições e indisposições de cada momento. Percebe-se que a aquisição da virtude é fruto de um trabalho interior árduo³⁴⁷ (*difficile mobilis*); não é uma tarefa fácil, pois exige esforço e dedicação. Como observa Sócrates, “é difícil tornar-se homem de bem, pois diante da virtude os deuses colocam o suor; porém se alguém chega a atingir o cume, fácil é conservar o que foi difícil conseguir.”³⁴⁸

Na passagem da potência ao ato, o que atualiza essa relação é o hábito (*habitus*), o qual não se confunde com costume ou habilidade. Hábito é uma propriedade fundamental da práxis humana, cuja incorporação ao agente está na origem da distinção entre o comportamento puramente instintivo que o animal recebe da natureza e os traços adquiridos ao longo da vida que conduzem à sua perfeição. O primeiro é “natural” no sentido de que não há vontade livre e consciente do sujeito, pois previamente programado sem a sua colaboração; já o segundo é a

escolha ética ou a interpretação judicial são vistas como elementos irracionais de somenos importância, vez que escapam ao campo da racionalidade por não permitirem uma análise científica de suas conclusões provisórias (Ibid., p. 13). O homem não pode renunciar à deliberação em nome da sabedoria: afinal, em termos absolutos, somente Deus não tem que deliberar. Logo, já que está submetido à contingência, é preferível que seja prudente do que o contrário (AUBENQUE, *op. cit.*, p. 110-111). Esse é um ponto especialmente explorado pela hermenêutica na tentativa de mostrar que afastar o ideal científico das ciências humanas não significa assumir a imperfeição do conhecimento neste âmbito, pois a questão não pode ser julgada tendo como parâmetro a certeza das ciências exatas. Daí que a ciência puramente especulativa nada vale de para a prática da virtude; a ciência moral pouco vale; e a prudência vale totalmente, porque orienta eficazmente a ação para bem viver honestamente.

³⁴⁶ AQUINO, Tomás de. **Comentários à ética a Nicômaco de Aristóteles (I-III)**: o bem e as virtudes. v. 1. Tradução de Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Rio de Janeiro: Mutuus, 2015, II, 2, 2, p. 184. “Se for assim, saber o que é a excelência moral e a intelectual não é o bastante; devemos esforçar-nos por possuí-las e praticá-las, ou experimentar qualquer outro meio existente para nos tornarmos bons.” (ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, cit., X, 1179a, p. 268.) Em outras palavras: mais importante do que entender todos esses conceitos, é pôr em prática o fim a que eles se dirigem: a *realização humana integral* do sujeito ético.

³⁴⁷ BONALDO, Frederico. **Prestação jurisdicional e caráter**: a interdependência das virtudes do juiz. Porto Alegre: Editora Fi, 2019, p. 168. Não é apenas uma “boa qualidade”, porque esta não pressupõe o hábito enraizado, mas atos isolados. Tampouco é uma prática estéril, porque o seu fim é a plenitude do ser. Sem essa atualização em vista do cumprimento dos próprios fins, não há como se realizar o bem no humano.

³⁴⁸ PLATÃO, Protágoras, cit., 340d, p. 81. Embora, em seguida, recorde que o virtuoso não fica permanentemente nesse estado, podendo vir a se degenerar (Ibid., 345c, p. 87).

atualização operativa dessa natureza bruta em direção ao seu fim imanente, direcionando as potências naturais à realização das suas respectivas potencialidades.

De fato, a formação do hábito procede de uma repetição qualitativa de atos que acabam por configurar no indivíduo uma “segunda natureza”³⁴⁹, proveniente de sua disposição habitual e intencional dirigida a algo que se possui não por simples imanência, mas por uma decisão reiterada de desenvolver as próprias capacidades: aperfeiçoando-as ou, ao contrário, enfraquecendo-as. Daí certos hábitos são denominados virtudes e, outros, vícios³⁵⁰.

O bom hábito é aquele que atualiza e aperfeiçoa a potência segundo a causa final do ato, cumprindo, assim, a sua finalidade. Ao inverso, quando o agente opera em vista de um bem aparente³⁵¹ – é dizer, aquele que não é o fim da coisa –, a potência não é atualizada nem aperfeiçoada, porque a causa final não é cumprida, vindo a configurar um mau hábito. Este está privado de bem, pois toma-o apenas por aparência, e não por predicação. Ainda que cause uma “boa sensação” no sujeito, não o levará à atualização do seu ser. Em linguagem clara, as suas potências racionais estarão desatualizadas, remanescendo imperfeitas.

A teoria das virtudes pressupõe, portanto, uma distinção fundamental entre o que um indivíduo acreditar ser “bom” para si em cada momento histórico e o que realmente é *bom* para ele e qualquer outro humano. É para alcançar este último bem que praticamos as virtudes, e o fazemos elegendo os meios para alcançar tal fim. Tais escolhas exigem discernimento, requerendo a capacidade de julgar e fazer o que é correto no lugar certo, na hora certa e da maneira adequada. Daí porque a pessoa genuinamente virtuosa (*in statu virtutis*) age com base num juízo verdadeiro e racional³⁵².

Para que um homem chegue a ser moralmente bom não basta que a razão adquira e desenvolva algumas disposições cognitivas capazes de levar a sua perfeição, senão é preciso que suas tendências sensíveis e sua vontade estejam igualmente formadas, educadas e dispostas

³⁴⁹ VAZ, *op. cit.*, p. 41-42. A “primeira natureza” seria irracional, sujeita à causalidade físico-orgânica, consistente na existência de fato; enquanto a “segunda” seria racional, incrementada pelas virtualidades humanas, em vista de um fim último. Daí a distinção entre disposição corporal (temperamento) e capacitação habitual (caráter). Sobre a dualidade do conceito de “natureza”, cf. FERREIRA NETO, *op. cit.*, p. 304-305; SOUSA, *op. cit.*, p. 134-136.

³⁵⁰ MORAES, *op. cit.*, p. 84. Segundo Plutarco, o hábito é uma disposição da faculdade irracional estabelecida no homem pelo costume, que se torna vício quando a paixão é malconduzida pelo elemento inteligente da alma e virtude quando é bem conduzida (PLUTARCO. Sobre a virtude moral. **Sobre a educação dos filhos e outros escritos**. Tradução de Natalia Ruggiero. Campinas: Kíron, 2019, p. 159).

³⁵¹ Essa distinção terminológica aparece primeiro em PLATÃO. **A república**. v. VI-VII. Tradução de Carlos Alberto Nunes. 3. ed. Belém: EDUFPA, 2000, I, 335a, p. 60; e será depois conceituada por ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, cit., III, 1113a, p. 77-78.

³⁵² MACINTYRE, *op. cit.*, p. 255. Virtudes não são adornos ou enfeites do caráter, mas perfeições constitutivas do ser de cada humano. A perfeição é árdua, porque exige esforço; enquanto o vício é fácil, porque reside na ausência de esforço. Por isso, estes são encontrados com mais frequência do que aquelas nos homens. Não porque elas sejam impossíveis ou utópicas, mas porque poucos estão dispostos a lutar para conquistarem a si mesmos, e muitos para ostentar alguns ornamentos.

de uma maneira durável a tender ao bem objetivo que tem por tarefa moral descobrir. Por fundamental que seja o conhecimento não só teórico, mas igualmente prático na vida moral, ao ser a perfeição afetiva do homem obra de seus atos e traduzidos por eles, o papel da vontade e dos apetites sensitivos é tão essencial quanto o das potências intelectuais³⁵³.

Com isso, a tradição clássica divide as virtudes humanas em *morais* e *intelectuais*. São chamadas intelectuais aquelas virtudes que aprimoram a razão em ordem ao *conhecer*, e morais as que aperfeiçoam a vontade e os apetites em ordem ao *agir*. Estas são as que tornam o ser humano efetivamente bom, porque cada um é melhor ou pior pelas suas decisões volitivas, consoante a maneira com que controla seus instintos e desejos. A presença de uma virtude moral indica que o sujeito provavelmente agirá da melhor maneira, tendo em vista a perfeição do apetite retificado pela razão, o que potencializará a sua bondade enquanto ser humano³⁵⁴.

As virtudes morais diferem das contemplativas, principalmente, por terem as paixões da alma como matéria e a razão como forma; também por questionar qual é a sua essência e como, por natureza, ela subsiste. De fato, explica Plutarco³⁵⁵, há dois tipos de coisas neste mundo: umas que existem de um modo absoluto, outras que estão em relação conosco. A terra, o céu e as estrelas existem de modo necessário; o bem e o mal, a dor e o prazer, existem relacionando-se conosco. Ainda que a razão contemple ambos, quando se trata de coisas existentes absolutamente, chamamos científica ou contemplativa; e quando se trata de coisa relativas aos homens, chamamos deliberativa ou prática.

A virtude deste último modo é a prudência, e a do primeiro a sabedoria. Aquela difere desta na medida em que, quando a faculdade contemplativa se inclina àquilo que é prático e passional, ela se mantém de acordo com a razão, pois necessita do acaso, enquanto a outra não tem sequer necessidade de deliberação prática para alcançar o seu fim próprio, que é as coisas que são sempre as mesmas e do mesmo modo. Assim como ninguém contempla o que é inseguro e mutável, ninguém delibera sobre aquilo que é permanente e tem sempre uma natureza imune à mudança, a que chamamos princípios primeiros. Por conseguinte, prossegue Plutarco³⁵⁶, a prudência se mescla frequentemente ao aleatório, descendo até as coisas materiais, cheias de erro e confusão, para discernir sobre questões duvidosas cuja atividade é acompanhada e influenciada pelo elemento irracional. Se o impulso da paixão vem da virtude moral, é necessária a razão para dar a exata proporção: para que não haja falta nem exagero.

³⁵³ KALINOWSKI, Georges. **El problema de la verdad en la moral y en el derecho**. Traducido por Enrique Mari. Buenos Aires: EUDEBA, 1979, p. 147.

³⁵⁴ MORAES, *op. cit.*, p. 88; CASAUBÓN, *op. cit.*, p. 65; AQUINO, Comentários à ética..., cit., I, 7, 9, p. 110.

³⁵⁵ PLUTARCO, *op. cit.*, p. 153 e 160.

³⁵⁶ PLUTARCO, *op. cit.*, p. 160.

Esta, então, é a tarefa natural da razão prática: moderar as carências e os excessos das paixões. Onde, por enfermidade e fraqueza, o medo e a hesitação acabam com o impulso e o bem falta prematuramente, aí deve entrar a razão prática suscitando-o e animando-o. E onde, porém, o impulso extravasa e flui em grande quantidade e desordem, ali a razão prática deve suprimir sua violência e o detém. Assim, delimitando o movimento das paixões, faz nascer no irracional as virtudes morais, que são o meio termo, a justa medida entre a falta e o excesso³⁵⁷.

Esquemáticamente, as virtudes intelectuais, que residem no intelecto, subdividem-se em especulativas (entendimento, sabedoria e ciência) e práticas (arte e prudência). Já as morais são os hábitos da boa vontade, reduzidos a quatro principais pelos quais as demais derivam (prudência, justiça, fortaleza e temperança)³⁵⁸. Observe que a única virtude presente em ambas as espécies é a prudência, por razões que veremos adiante.

Quadro 1 – Classificação das virtudes quanto à sua natureza

INTELECTUAIS OU DIANOÉTICAS	<i>Teóricas ou especulativas</i>	Entendimento
		Sabedoria
		Ciência
	<i>Práticas ou operativas</i>	Arte
		Prudência
MORAIS OU CARDEAIS	Justiça	
	Fortaleza	
	Temperança	

Os hábitos que aperfeiçoam o intelecto em seu uso especulativo são o entendimento (*habitus principiorum*), a sabedoria e a ciência, porque a operação própria da inteligência é conhecer a verdade, e o verdadeiro é cognoscível de duas maneiras: enquanto é evidente por si

³⁵⁷ PLUTARCO, *op. cit.*, p. 161. Por isso que a virtude moral seria uma qualidade do irracional; porque o elemento irracional, sendo formado pela razão, adquire qualidade e diferenciação através do hábito, uma vez que o irracional não pode erradicar a paixão completamente, e sim estabelecer sobre ela um certo limite e uma certa ordem, fazendo nascer as virtudes morais: que não são ausência de paixão, mas proporção e justa medida dela. E isso a razão implanta com a ajuda da prudência, ao desenvolver a força da paixão sob o domínio de um hábito bem cultivado (Ibid., p. 159). Para a escola tomista, a paixão se distingue do hábito porque a primeira advém ao homem sem eleição, involuntariamente, apresentando-se antes de qualquer deliberação racional, enquanto o segundo é um movimento voluntário e habitual em direção a um bem, que é a virtude. Aquela não determina se alguém é bom ou mal, mas esta sim (AQUINO, Comentários à ética..., cit., II, 5, 11-15, p. 208-209).

³⁵⁸ ORREGO SANCHÉZ, *op. cit.*, p. 28-29.

mesmo ou por outra coisa, em seus efeitos³⁵⁹. Essas virtudes epistêmicas nos ajudam a formar crenças justificadas e verdadeiras, como também a evitar o erro e afastar-se do mal³⁶⁰.

As virtudes teóricas (sabedoria, ciência e inteligência) e a técnica possibilitam ao ser humano a capacidade de realizar boas obras em termos intelectuais, mas não garantem que as empregue de maneira efetivamente boa. Apenas as virtudes morais asseguram que uma faculdade sempre será empregada corretamente, de acordo com os fins do próprio sujeito e da sociedade. Desse modo, as virtudes intelectuais permitem que se realizem ações moralmente reprováveis por meio delas – por exemplo, o uso abusivo ou antiético da ciência –, posto que não regulam nem atingem a vontade e os apetites sensíveis do indivíduo, os quais garantem a bondade moral e integral da pessoa³⁶¹.

Já as virtudes do intelecto prático são a arte e a prudência. Tradicionalmente, a arte se define como a reta razão na produção das coisas humanas (*recta ratio factibilium*); ao contrário, a prudência é a reta razão na ação humana (*recta ratio agibilium*). Ambas as virtudes se referem ao contingente, mas a primeira enquanto ao fazer e a segunda quanto ao obrar, pois a arte opera para o bem da obra feita (*ad bonum operis*) e a prudência para o bem daquele que obra (*ad bonum operantes*)³⁶². Assim, só esta última “exige a retidão do apetite; pois, não somente dá a faculdade de bem agir, mas também causa o bom uso da obra”³⁶³.

Esta disciplina intelectual dirige os atos do apetite interno, considerando a ordem dos atos humanos em particular. Com sua obra, estabelece uma disposição racional nos apetites volitivo, irascível e concupiscível, que são, respectivamente, as virtudes morais da justiça, da fortaleza e da temperança. A vontade e os apetites sensíveis podem produzir seus atos de forma

³⁵⁹ ORREGO SANCHEZ, *op. cit.*, p. 29. A verdade conhecida não imediatamente, mas mediante um processo de raciocínio, é de dois tipos e dá lugar a dois hábitos: o termo do processo racional é o último em dado gênero ou o último a respeito de todo o conhecimento humano. Este é o primeiro e mais cognoscível, do qual se ocupa a sabedoria, que considera as causas supremas. Na ordem das verdades que são últimas em certo âmbito cognoscível, a ciência é a que aperfeiçoa o entendimento. Como os gêneros cognitivos são muitos, os hábitos científicos também. Mas, como as causas últimas pertencem ao mesmo âmbito, a sabedoria é uma só (Ibid., p. 29-30).

³⁶⁰ AMAYA NAVARRO, *Virtudes judiciales y argumentación*, cit., p. 24. “O entendimento é o hábito que aperfeiçoa a razão para que conheça uma verdade por si mesma, e não por meio de outra verdade; a sabedoria é a virtude que permite que a razão realize um processo de indagação que parte de verdades já conhecidas até as causas primeiras do próprio conhecimento humano, de modo a julgar e ordenar todas as verdades conhecidas. E a ciência é o hábito que possibilita que o intelecto humano conheça as verdades que se concluem por derivação do conhecimento das causas primeiras do próprio conhecimento. Assim, tem-se a ciência graças à sabedoria e possui-se esta graças ao entendimento” (BONALDO, *op. cit.*, p. 169).

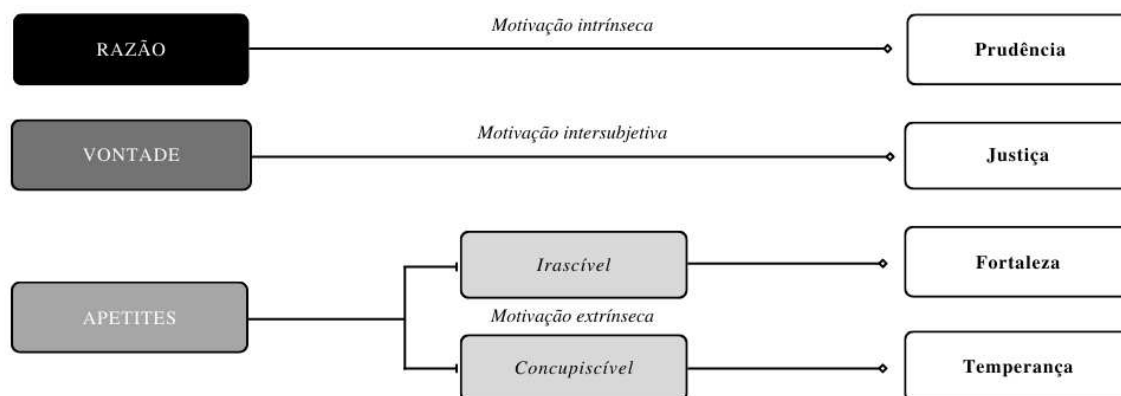
³⁶¹ MORAES, *op. cit.*, p. 88. Cf. AQUINO, *Suma teológica*, cit., IIa IIae, q. 47, a. 5, p. 318.

³⁶² ORREGO SANCHEZ, *op. cit.*, p. 30.

³⁶³ AQUINO, *Suma teológica*, cit., Ia IIae, q. 61, a. 1, p. 359. Ainda que compartilhe com a prudência o fato de ser relativa a objetos contingentes e à razão prática, a arte diferencia-se dela porque confere a possibilidade de realizar boas ações, no sentido técnico, mas não garante que elas sejam realizadas de forma moralmente aceitável, simplesmente porque estas dependem da vontade reta do agente, potência apetitiva. Já a prudência não apenas possibilita como assegura que a conduta será boa, ou virtuosa, tendo em conta o bem do ser humano como um todo, e não só como artista (MORAES, *op. cit.*, p. 107).

ordenada ou desordenada, mas a prudência os ordena imprimindo nesses poderes as virtudes³⁶⁴, em uma conformidade harmônica dessas motivações aos seus devidos fins.

Fluxograma 1 – Relação entre faculdades humanas e virtudes morais



A prudência reside na razão contra a falta ou o excesso de deliberação; a justiça reside na vontade contra o egoísmo em detrimento do próximo; a fortaleza e a temperança situam-se na sensibilidade retraindo as paixões, nesta ordem, contra o temor do sofrimento e os desejos desordenados³⁶⁵. Por esse motivo, essas quatro virtudes são chamadas de “cardeais” (do latim: *cardinis*), porque atuam como o eixo, o ponto principal ou as dobradiças da porta pelas quais se adentra na vida moral, protegendo os apetites das ações despropositadas.

Agora, é necessário fazer uma pausa para explicar detidamente o que se entende por “prudência”, porque não se sabe o que o leitor entende por ela. É que o termo tal qual empregado pelos gregos (*phrónesis*) e romanos (*prudentia*) foi abandonado pela modernidade, restando sobremaneira distante do seu significado originário, de forma que esse signo linguístico se presta a expressar uma multidão de sentidos sem encontrar aquele pretendido pelo autor. Vejamo-lo, minuciosamente, para depois compreender como ela se relaciona com as demais virtudes cardeais, em especial com a da justiça.

4.2 Virtudes fundamentais do juiz perfeito (*iudex perfectus*)

³⁶⁴ CALDERÓN, Álvaro Martín. *Umbral de la filosofía: cuatro introducciones tomistas*. Moreno: Padre Álvaro Calderón, 2011, p. 128. Tomás inclui a prudência dentre as virtudes cardeais do bom agir humano – ao lado da justiça, fortaleza e temperança –, ainda que em outros momentos da *Suma* não a designe no rol das virtudes morais que atuam na vontade e nas paixões humanas, mas na razão, juntamente com a sabedoria; com a diferença de que esta aperfeiçoa a função especulativa do intelecto e aquela a sua função prática, qual seja: a que se volta para a escolha, composição e execução circunstanciada das ações humanas (BONALDO, *op. cit.*, p. 153).

³⁶⁵ AQUINO, Suma teológica, cit., Ia IIae, q. 61, a. 2-3, p. 360-361.

Constitui um legado do pensamento jusnaturalista cristão a cosmovisão da vida social como uma luta permanente entre vícios e virtudes, de modo a erigir o comportamento pessoal e a responsabilidade individual sob a matriz dogmática da teologia moral. Neste enquadramento teórico, os tratadistas europeus seiscentistas – teólogos, filósofos e juristas – abordaram criteriosamente as virtudes fundamentais ao exercício de cada uma das funções sociais, inclusive das profissões legais³⁶⁶.

A cultura jurídica do *ius commune* erigiu sobre aquela dicotomia um arquétipo de juiz perfeito (*iudex perfectus*) que, como reflexo da antropologia católica, cobriu todo o período chamado de *ancien régime*. A sua dimensão mais erudita foi cultivada pela noção de “justiça animada”, cujas bases deitam raízes na tradição greco-romana, a qual representava o magistrado como ministro ou sacerdote da justiça (*iustitiae antistes*). Alicerçada em fontes bíblicas e romano-canônicas, a difusão dessa literatura exerceu forte influência na Europa medieval até o final do século XVIII³⁶⁷.

O retrato do bom juiz foi presente nesse universo que concebeu e institucionalizou a justiça como justiça dos homens. Seria errado pensar que essa imagem era puramente ideal, válida apenas como um modelo teórico. Como arquétipo, o *iudex perfectus* não era apenas um estereótipo para o juiz, mas um modelo de juiz, que dizia respeito a todos os juízes e interessava, particularmente, aos altos magistrados, que tinham a função de reparar as injustiças e servir de exemplo aos juízes inferiores. Tampouco poderia ser reduzido a uma simples deontologia, pois

³⁶⁶ HOMEM, *op. cit.*, p. 595. A literatura da teologia moral, sob a forma das sumas de casos de consciência, traduz-se em um discurso moralista assente em virtude individuais, característica que difere de um sistema de valores dotado de validade universal. Sobre o tema, cf. HESPANHA, António Manuel. O modelo moderno do jurista perfeito. **Tempo**, [S.l.], v. 24, n. 1, p. 59-88, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/TEM-1980-542X2018v240105>. Acesso em: 21 nov. 2022.

³⁶⁷ GARRIGA, Carlos. *Iudex perfectus. Ordre traditionnel et justice de juges dans l'Europe du ius commune*. (Couronne de Castille, XVe–XVIIIe siècle). **Histoire des justices en Europe**: valeurs, représentations, symboles. v. 1. Toulouse: Diké, 2015, p. 83. Dentre as principais obras, cite-se: Dom Duarte, *Leal Conselheiro* (1438); Gregorio Lopez, *Las siete partidas del sabio rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas* (1555); Alonso de Heredia, *Dechado de Iuezes en el qual se hallara la muestra de qual deve ser un buen Iuez...* (1566); Jerónimo Castillo de Bobadilla, *Política para corregidores y señores de vassallos... y para preladados en lo espiritual, y temporal entre legos, jueces de comision, regidores, abogados, y otros oficiales públicos...* (1597); Joanne Paulo Xammar, *De officio iudicis, et advocati* (1639); António de Sousa de Macedo, *Perfectus doctor, in quacunque scientia: maxime in iure canonico, & civili...* (1643); Gaspar Seixas Vasconcellos y Lugo, *Trofeos de la paciencia cristiana, y reglas que deven observar los ministros superiores en las audiencias* (1645); Gabriel Alvarez de Velasco, *Judex perfectus seu de iudice perfecto, vivorum et mortuorum iudici dedicatus* (1662); Marci Antoni Sabelli, *Summa diversorum tractatum...* (1715); Jerónimo da Cunha, *Arte de bachareis ou perfeito juiz na qual se descrevem os requisitos e virtudes necessarias a hum ministro...* (1743); Jerónimo da Silva de Araújo, *Perfectus advocatus...* (1743); Lorenzo Guardiola y Sáez, *El corregidor perfecto y juez dotado de las calidades necesarias y convenientes para la recta administracion de justicia...* (1785). Lembre-se que a figura do juiz nem sempre foi restrita a um cargo público estável: era todo aquele incumbido de julgar outrem, seja um sacerdote ou um rei, um administrador ou um conselheiro. A noção de ofício designava o cargo público desempenhado por alguém que detinha uma parcela da jurisdição ou do poder imperial, cujo estatuto funcional atribua a natureza e os deveres inerentes ao exercício contínuo e permanente dessa função (HOMEM, *op. cit.*, p. 452-453).

determinava axiologicamente tanto o regulamento do ofício como a seleção e o controle de seus titulares³⁶⁸.

Mas, afinal, quando podemos afirmar que um magistrado é prudente e justo? O que é um “juiz perfeito”? Responder a estas perguntas não é uma tarefa nada fácil. Foi preciso traçar um paralelo entre toda a história do positivismo jurídico até a sua consolidação como teoria do direito dominante, para que ficasse clara a ruptura havida entre a Idade Moderna e a tradição que aqui se pretende resgatar. Era imprescindível compreender as causas desse abandono para que a estrutura vital das virtudes se mostrasse frutífera e racional.

A tentação por encontrar uma solução pronta e acabada nos códigos deontológicos tem sido o caminho trilhado por muitos estudiosos que pretendem responder à pergunta central da ética judicial: “como deve comportar-se um juiz?”. A *jurisprudência da virtude*, sem se preocupar com respostas definitivas, acrescenta as seguintes hesitações: *a)* o que é uma virtude judicial? *b)* quais são essas virtudes? *c)* por que o juiz deve possuir virtudes? *d)* quais as funções delas? e *e)* por que elas aperfeiçoam profissionalmente o magistrado³⁶⁹?

Depreende-se da *Ética nicomaqueia* que as virtudes mais pertinentes à tarefa de compor e proferir uma decisão moralmente reta são as virtudes morais, com destaque para a prudência, que é sabedoria prática, conhecimento voltado à realização de atos bons e benéficos, tanto para o sujeito agente quanto para as pessoas que recebem o seu influxo³⁷⁰. O exercício da jurisdição carece delas na medida em que a justiça é ela mesma uma virtude moral, considerada em sentido amplo.

Vigo³⁷¹, por exemplo, aponta as “virtudes” da independência, imparcialidade, conhecimento, prudência, justiça, fortaleza, honestidade, decoro, segredo ou confidencialidade, cortesia ou afabilidade, diligência, transparência ou coerência (boa-fé), austeridade republicana e responsabilidade. Saldaña³⁷², por sua vez, estabelece as quatro virtudes cardeais (prudência, justiça, fortaleza e temperança) somadas à independência, imparcialidade e objetividade, como

³⁶⁸ GARRIGA, *op. cit.*, p. 86. Do ponto de vista histórico, é insuficiente encarar o discurso político de ligação ontológica dos vícios e das virtudes em um modelo ideal de juiz – o “juiz perfeito”, isto é, Cristo – apenas como um expediente retórico do antigo regime, reduzindo a ética a um sistema codificado de representações sociais e simbólicas. O aspecto decisivo para a compreensão da fenomenologia dessa época cristocêntrica está na inexistente autonomia científica do direito perante a filosofia moral e a teologia. Dentro desse panorama, a responsabilidade pessoal do juiz que julga mal é atestada pela demonstração de que ele não detém o preparo científico, humano ou moral necessário ao desempenho digno das funções judiciais (HOMEM, *op. cit.*, p. 585-586).

³⁶⁹ FERNANDES, O bom juiz, *cit.*, p. 19 e 137.

³⁷⁰ BONALDO, *op. cit.*, p. 126-127.

³⁷¹ VIGO, Ética judicial e interpretación jurídica, *cit.*, p. 282-292.

³⁷² SALDAÑA SERRANO, Javier. Virtudes judiciales: principio básico de la deontología jurídica. **Reforma Judicial**: revista mexicana de justicia, [S.l.], n. 8, ene. 2006, p. 89. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8668>. Acesso em: 04 jul. 2020.

exigências mínimas. Para Amalia Amaya³⁷³, são cinco as virtudes fundamentais que deve possuir um bom juiz: imparcialidade, sobriedade, valentia, sabedoria e justiça.

Não é o objetivo deste capítulo listar e descrever todas as qualidades consideradas indispensáveis para a atividade jurisdicional. É certo que elas variam em nome e conteúdo de autor para autor. Diferentemente de alguns deles, *virtude*, aqui, não é empregada em sentido institucional ou gnosiológico externo – como um ideal a ser atingido –, mas desde um conteúdo ontológico interno. São hábitos humanamente adquiridos, distinguindo-se dos dons infusos sobrenaturais, pois educam o sujeito por obra da vontade humana³⁷⁴.

A seguir, veremos como a tradição clássica responderia àqueles questionamentos a partir de uma ética das virtudes judiciais. Sem dúvidas, o ensino das virtudes passa por uma *educação da vontade* – mas não de qualquer vontade, seja ela arbitrária ou irracional; e sim de uma vontade racional, que se conforma ao bem moral. É o que estudaremos daqui em diante, em uma perspectiva pré-normativa: primeiro, pela prudência; depois, pela justiça.

4.2.1 A prudência jurídica (*dikastiké phrónesis ou prudentia iuris*)

Prudência é uma daquelas palavras que mais sofreram modificações semânticas ao longo do tempo. Tal qual chegou à língua portuguesa, esvaziou-se do seu sentido ético original, autêntica qualidade positiva do ser humano, para significar cálculos egoísticos, temores e preconceitos ou indecisões ambíguas – exatamente o seu oposto. O termo foi restringido à simples cautela, não guardando mais qualquer relação com a arte de decidir corretamente; assentada não em interesses espúrios, sentimentos piegas ou impulsos oportunistas, mas, unicamente, na realidade, em direção ao límpido conhecimento da essência das coisas³⁷⁵.

A partir de autores como Maquiavel, Hobbes, Descartes e Burke, o conceito de prudência foi sendo paulatinamente modificado e reinterpretado através das noções específicas de seu tempo – respectivamente: calculismo político, hedonismo individualista, conhecimento

³⁷³ AMAYA NAVARRO, Virtudes judiciales y argumentación, cit., p. 24.

³⁷⁴ Afinal, “as virtudes morais, enquanto operativas do bem, ordenadamente ao fim que não excede a faculdade natural do homem, podem ser adquiridas por obras humanas” (AQUINO, Suma teológica, cit., Ia IIae, q. 65, a. 2, p. 380), independentemente de crença religiosa.

³⁷⁵ LAUAND, Jean. Introdução. In: AQUINO, Tomás de. **A prudência**: a arte da virtude da decisão certa. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. VII-XI. Na contemporaneidade, o termo “prudência” adquiriu um sentido empiricamente generalizado, restrito à cautela ou à pessoa “extremamente ponderada”. Para o senso comum, “ser prudente” é não se colocar em situação de perigo; é saber furar-se habilmente de circunstâncias de risco; é mentir quando a covardia convém. Todas essas definições, na verdade, estão descoladas do homem de honra. Não que a atitude cautelosa, oposta à impulsão e ao imprevisível, não integre a prudência: pelo contrário, a cautela é uma das suas 8 partes integrantes, conforme veremos adiante. Ocorre que ela não pode ser reduzida a esta sem irreparáveis prejuízos, dado a maior amplitude do seu objeto.

científico e conservadorismo político –, de forma que todos os principais elementos alicerçados e construídos por Aristóteles são atacados e soterrados pelo pensamento filosófico moderno. O que aconteceu não foi apenas um afastamento ou esquecimento do seu conceito original, mas uma transformação tão forte e profunda que o seu significado praticamente se esvaziou³⁷⁶.

Na classificação aristotélica, prudência é a virtude intelectual concernente à parte racional da alma que cuida das coisas que podem ser de uma forma ou de outra. Embora seja uma racionalidade, trata-se de um saber racional distinto daquele necessário à matemática ou mesmo à especulação metafísica acerca das verdades últimas, isso porque está ligada às coisas humanas, ao espaço do contingente, daquilo que, não sendo necessário, está aberto à discussão. Daí que essa sabedoria prática não é propriamente um conhecimento (*epistéme*), que pode ser ensinado como uma ciência, mas uma virtude, que é adquirida pelo hábito e pela observância comportamental dos homens prudentes. Jamais pode-se esperar repostas aritméticas neste âmbito deliberativo³⁷⁷.

Para adquiri-la, é necessário ter um conjunto de qualidades éticas sem as quais dificilmente alguém poderá ser considerado virtuoso. Por conseguinte, o homem prudente não é prévio à sua ação, mas posterior. É dizer, torna-se prudente se, efetivamente, decidir e vir a agir assim. Tal qual a sabedoria, esse atributo não é algo que se tem como uma dádiva, mas que se constrói por meio de ações justas e prudentes. À medida que for tomando decisões mais acertadas, o indivíduo vai se tornando mais prudente e justo³⁷⁸.

Ninguém nasce prudente. A pessoa torna-se prudente à medida que pratica atos e toma decisões destinados a fazer o que é correto. Esse hábito cria uma disposição permanente que permite identificar o que é conveniente fazer ou não na vida cotidiana. Não são manuais, códigos ou livros de ética que tornarão alguém virtuoso. Contudo, esse longo processo é inseguro, porque o homem pode ceder em determinadas condições. É esta insegurança que representa o elemento pernicioso para as ideologias, o qual precisa ser extirpado em definitivo do comportamento humano, como se fosse possível alcançar a perfeição moral por meio de categorias abstratas e normas prévias³⁷⁹.

³⁷⁶ TAXI, *op. cit.*, p. 6 e 69. Sobre a ressignificação do termo nestes autores, cf. Idem, p. 80-102.

³⁷⁷ TAXI, *op. cit.*, p. 12-13.

³⁷⁸ RUIZ, *Alienação e intolerância*, cit., p. 34. Esse tipo de raciocínio parece cair na seguinte tautologia: o homem prudente é aquele que acerta a ação correta; e, para acertar a ação, basta ser prudente. Todavia, para Aristóteles, o ser humano procura enxergar, por meio da razão prática, a atitude correta diante dos fatos e das circunstâncias da vida. Se esse homem for virtuoso, provavelmente acertará, e, se não acertar, verá depois que errou e reconhecerá o seu ato falho. O ponto central da ética aristotélica é que a ação humana não acaba na decisão, tampouco na execução, mas se protraí no tempo, obrigando-nos a acompanhar as consequências de nossos atos e a corrigi-los quando necessário. Essa consciência moral permite ao indivíduo emendar-se e transformar os seus costumes em bons hábitos, mediante uma análise objetiva de seus resultados (Id., *Literatura e crise*, cit., p. 161).

³⁷⁹ RUIZ, *Literatura e crise*, cit., p. 54-55.

Pessoa prudente é aquela que, diante de várias possibilidades de agir, escolhe a ação adequada; não porque existe uma definição prévia, mas porque, sendo virtuosa, sabe encontrar mais facilmente a ação correta. Esta não é determinada por uma norma ou lei universal, mas mediante uma relação proporcionada pelas coisas, animais e homens existentes. Uma proporção que se encontra na própria natureza, competindo ao homem descobrir³⁸⁰. Veremos, primeiro, como ela se manifesta nos atos do juiz, para depois entender qual o seu lugar na decisão judicial.

5.2.1.1 As partes integrantes da sabedoria judicial

Aristóteles³⁸¹ distingue várias espécies (partes subjetivas) de prudência conforme cada âmbito em que a racionalidade prática atue: individual, doméstica, legislativa, política e judicial. O trunfo desta visão é engajar toda a sociedade em um processo deliberativo, de modo a fornecer padrões de conduta para ocasiões similares, ainda que seja a razão prudencial de cada um que vá torná-lo eficaz no caso singular. No campo jurídico, a consequência é que a sabedoria do legislador não suprirá a do juiz, já que cada situação exigirá do agente um juízo prático orientado por ela³⁸². Assim, é o método por excelência do direito.

Esse conhecimento prático-prudencial tem por objeto o agir concreto, cujo processo é composto de três etapas³⁸³ em duas fases coordenadas: a deliberação ou conselho, o juízo (fase cognitiva) e o império ou mandato (fase prescritiva). Essa divisão tripla se justifica porque a ação boa exige tanto princípios corretos e raciocínios fundados quanto determinação para pôr a obra em prática. Daí que ser razoável consiste em mandar retamente mediante conselhos e juízos certos.

Ela nos habilita a julgar o que é bom ou mal aqui e agora (*hic et nunc*), enquanto meio próprio para realizar o fim que está na justa medida do ser. É uma disposição intelectual porque permite conhecer o bem e o mal concretos, aperfeiçoando a razão prática, que é incapaz de apontar, por si só, os meios para alcançar o bem captado pelo intelecto. Mas também é virtude moral, em sentido impróprio, porque ajuda a determinar, na circunstância presente, o que é moralmente bom. Este caráter extrinsecamente moral decorre da sua interdependência às virtudes morais propriamente ditas³⁸⁴.

³⁸⁰ RUIZ, Literatura e crise, cit., p. 161-163. Como a ética considera as operações humanas em geral, não se pode dizer que é ela que imprime nas ações apetitivas a forma razoável, mas que isso pertence à prudência, que as considera em sua singularidade. Daí que só esta pode ser considerada, em sentido amplo, a “arte do bom viver”.

³⁸¹ ARISTÓTELES, Ética a Nicômacos, cit., VI, 1141b, p. 158.

³⁸² BARZOTTO, Filosofia do direito, cit., p. 167.

³⁸³ AQUINO, Suma teológica, cit., IIa IIae, q. 47, a. 8, p. 321.

³⁸⁴ KALINOWSKI, *op. cit.*, p. 136.

A primeira dimensão é a cognoscitiva ou intelectual, como intelecção das situações concretas segundo atos particulares conhecidos no passado e no presente. A segunda é a faceta prescritiva ou moral, dirigida ao que ainda não se encontra realizado, precisamente porque há de realizar-se no futuro³⁸⁵. A cognitiva avalia os meios possíveis para atingir os fins disponíveis, já a preceptiva conduz a ação ao seu termo concreto, todas auxiliando no aperfeiçoamento da virtude. Essa dupla série de pressupostos está voltada tanto para conhecer a realidade objetiva quanto para realizar o bem contingente; e estando esta última mais próxima da razão prática, é ela o ato principal da prudência.

Dessa classificação, decorrem as cinco partes integrantes da faceta intelectual: memória (*memoria*), intelecto (*intellectus*), docilidade (*docilitas*), razão (*ratio*) e sagacidade (*solertia*); e as três em seu aspecto operativo: providência (*providentia*), circunspecção (*circumspectio*) e precaução (*cautio*)³⁸⁶. Todas elas compõem os elementos essenciais para o ato mais perfeito dessa virtude:

Quadro 2 – Partes integrantes da prudência

COGNITIVA ou INTELECTUAL	deliberação/conselho	Memória (<i>memoria</i>)
		Intelecto (<i>intellectus</i>)
		Docilidade (<i>docilitas</i>)
	juízo	Razão (<i>ratio</i>)
		Sagacidade (<i>solertia</i>)
PRESCRITIVA ou MORAL império/comando/mandato		Providência (<i>providentia</i>)
		Circunspecção (<i>circumspectio</i>)
		Precaução (<i>cautio</i>)

³⁸⁵ PIEPER, Josef. **Virtudes fundamentais**: as virtudes cardeais. Tradução de Paulo Roberto de Andrada Pacheco. São Paulo: Cultor de Livros, 2018, p. 25-30. “Ora, há três atos da razão relativos aos atos humanos: o primeiro é aconselhar; o segundo, julgar; o terceiro, mandar. Ora, os dois primeiros correspondem aos atos do intelecto especulativo, que são inquirir e julgar, pois, o conselho é uma certa inquirição. Mas o terceiro ato é próprio do intelecto prático, enquanto operativo; pois, a razão não pode mandar o que não pode ser feito pelo homem.” (AQUINO, Suma teológica, cit., Ia IIae, q. 57, a. 6, p. 341.) Enquanto se circunscreve na órbita cognitiva, na determinação da conduta humana concreta (causalidade formal), a prudência busca no intelecto o seu princípio determinativo *intrínseco*. O juízo resultante dessa dimensão intelectual desloca-se para a conduta como uma espécie de causa exemplar, de acordo com o qual deve estruturar-se o ato humano livre para alcançar a retidão devida nas circunstâncias do caso. Logo, existe uma causa formal *extrínseca remota* dessa conduta, composta pelas normas gerais e abstratas que descrevem os tipos de ação devida a uma classe de situações (ato de deliberação). Em seguida, aparece uma causa formal *extrínseca próxima*, consistente por um preceito singular referido a uma conduta concreta que determina o agir humano naquelas circunstâncias (ato de juízo). Depreende-se, claramente, que o juízo prudencial corresponde a uma concreção de natureza normativa (causalidade eficiente), preponderando a segunda fase preceptiva, cuja finalidade, na órbita jurídica, está em delimitar o justo concreto para toda uma comunidade, ou para um indivíduo numa situação específica: porque, ao agir de acordo com esse juízo, o julgador dá a cada um o devido (ato de império). Nessa esfera, a lei assume o caráter de causa formal *extrínseca remota* e a sentença judicial a de causa formal *extrínseca próxima* (MASSINI CORREAS, La prudencia jurídica, cit., p. 35; FERNANDES, André Gonçalves. **Ensinando e aprendendo o Direito com o método do caso**: bases epistemológicas e metodológicas. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2020, p. 102-103).

³⁸⁶ VEIGA, Bernardo. **A ética das virtudes segundo Tomás de Aquino**. Campinas: Ecclesiae, 2017, p. 110.

Essa divisão se dá em função de três motivos determinantes sobre o conhecimento. Primeiro, o próprio conhecimento, quando se refere ao passado, pela necessidade de recorrer à experiência do ocorrido: a *memória*; quando se refere a coisas contingentes ou necessárias: o *intelecto* – não como potência intelectual, mas enquanto reta consideração de um princípio primeiro evidente por si. Segundo, sobre o modo de aquisição, quando ocorre por ensinamento, principalmente dos mais experientes: a *docilidade*; quando por descoberta, como de repente: a *sagacidade*. Terceiro, sobre o uso do conhecimento, quando como se passa de coisas conhecidas ao julgamento de outras coisas ao deliberar: a *razão*. E esta, para conduzir retamente, realiza três ações: primeiro ordena algo devido ao fim, relativo aos contingentes futuros: a *providência*; depois considera o caso particular conforme o mais conveniente à situação: a *circunspecção*; por último, evita os obstáculos para liberar a realização do ato virtuoso: a *precaução*³⁸⁷.

Dito isso, vamos a cada uma delas, analisando suas implicações na prática judicial.

Memória significa mais do que a possibilidade natural de recordar lembranças; envolve, sobretudo, a habilidade de não evanescer a recordação fiel à verdade. É a boa e correta conservação do havido. A fidelidade ao ser, própria dessa potência, significa precisamente que a memória conserva as coisas e os acontecimentos reais tal qual eles são e ocorreram. A falsificação da verdade acontecida é a ruína da memória³⁸⁸.

O Doutor Comum adverte que, como a prudência versa sobre os atos contingentes, não pode “o homem dirigir-se pelo que é absoluta e necessariamente verdadeiro, mas, pelo que se dá na maior parte dos casos”³⁸⁹. E é a experiência, acumulada pela memória, que vai auxiliar qual é a verdade nos feitos multiplicados. Daí porque o conhecimento da história do direito e o estudo de casos jurisprudenciais são de valorosa importância para o magistrado, bem como uma pessoa com uma má memória e o espírito disperso não pode ser realmente prudente.

O *intelecto* ou a inteligência é a habilidade para julgar. Nesse sentido, podemos distinguir duas faces: em primeiro, uma universal, que julga os princípios especulativos e

³⁸⁷ VEIGA, *op. cit.*, p. 110-111.

³⁸⁸ PIEPER, *op. cit.*, p. 26-27. “Ela é necessária para os três atos da virtude –o conselho, o juízo e o império. Para o conselho, pois não pode se dar uma reta previsão do futuro sem uma boa recordação do passado e uma exata valoração do presente. Em relação ao juízo, porque se requer uma perfeita informação acerca dos princípios e deve-se recordar deles no momento oportuno. Finalmente, também para o império. De fato, este supõe a ordenação perfeita ao que se está fazendo –que consiste em relacionar o passado com o presente (ou seja, recordar o bem que se deve repetir e o mal no qual não se deve reincidir) – e o impulso, uma vez que se sabe que o êxito obtido e recordado incita a voltar a procurá-lo com energia e decisão.” (PÊCEGO, Daniel Nunes. A virtude da prudência e suas partes. **Lex Humana**, Petrópolis, v. 8, n. 2, fev. 2017, p. 33.) Sobre o esquecimento, cf. AQUINO, Suma teológica, cit., IIa IIae, q. 47, a. 16, p. 328.

³⁸⁹ AQUINO, Suma teológica, cit., IIa IIae, q. 49, a. 1, p. 331.

práticos (sindérese); em segundo, uma particular, que julga algum princípio singular. Ora, a partir da estimação de um fim ou bem particular, os princípios universais proporcionam luz para entender as coisas singulares. Dá-se, em consequência, um quase-silogismo e o intelecto as apreende não através de um raciocínio propriamente dito, mas imediatamente. A premissa maior desse silogismo é universal, e a menor, particular. Ou seja, é o filtro pelo qual a reflexão aplica à realização do bem e do conhecimento da verdade das coisas. Esta é a inteligência considerada como que parte integrante da razão prudencial³⁹⁰.

Um juiz que não esteja comprometido com a verdade dos autos e em proceder de forma a dar o devido a cada um provavelmente estará mais propenso a decisões apressadas e bastante genéricas, sem apontar os traços característicos e distintivos de cada caso. Essa indiferença processual – que obnubila a consciência – poderá acarretar um dano injustificado para uma das partes, que não terá os seus argumentos devidamente apreciados. Sem dúvidas, isso gerará maior inconformismo, com repercussão na esfera recursal.

A *razão* ou o bom raciocínio é o discurso deliberativo sobre algo, cuja pesquisa encontra os meios nas ações humanas³⁹¹. Refere-se ao adequado uso do processo racional para alcançar conclusões corretas a partir dos princípios da lógica. Só ela pode proporcionar os instrumentos necessários para o manejo da razão; daí porque a prudência, antes de excluir a lógica, a supõe no seu mecanismo de funcionamento³⁹².

O raciocínio jurídico, ao tempo do conselho, vai consistir nessa obtenção de uma resposta jurídica satisfatória nas situações em que a mera aplicação de regras não parece ser suficiente. A pessoa virtuosa tem a capacidade de perceber as características marcantes de uma situação, o que é realmente importante em um caso específico, de tal forma que seu julgamento é uma forma distinta de encontrar uma decisão. Não só aprecia todos os aspectos relevantes de uma situação particular, mas também detecta quais são relevantes e razão para decidir³⁹³.

Quem quer que, sem uma reflexão séria e um juízo fundado, se atire de súbito ao agir, é imprudente por irreflexão. E quem se afunda inutilmente e frustrado numa cadeia de pensamentos sem ser levado a qualquer decisão, é imprudente por indecisão. Por outro lado, a desatenção e a negligência no exame das realidades concretas que nos rodeiam também são manifestações da imprudência. As várias formas de imperfeição ou defeito na transformação

³⁹⁰ PÊCEGO, *op. cit.*, p. 34; PIEPER, *op. cit.*, p. 35.

³⁹¹ PÊCEGO, *op. cit.*, p. 37.

³⁹² MASSINI CORREAS, *La prudencia jurídica*, cit., p. 82-83.

³⁹³ AMAYA NAVARRO, *Virtudes y filosofía del derecho*, cit., p. 1774 e 1777.

do conhecimento verdadeiro em resolução decisiva – sejam por falta, sejam por excesso – são tantas outras maneiras de imprudência³⁹⁴.

Também sem *docilidade* não pode haver razoabilidade. O termo significa aquela disponibilidade leal que, em face da multiplicidade realística das coisas e das situações experimentadas, renuncia a refugiar-se no castelo da própria obstinação. Designa a capacidade de deixar-se instruir pelos outros com prontidão, que não brota de uma falsa modéstia, mas do simples desejo de conhecimento verdadeiro – o qual não deixa de estar contido na autêntica humildade. “A falta de abertura e insuficiência intelectual são, no fundo, formas de resistência à verdade das coisas reais; ambas assentam na incapacidade do sujeito fazer calar o seu ‘interesse’ – condição imprescindível da apreensão da realidade.”³⁹⁵

Tão importante quanto à ponderação e à reflexão é a disposição para render o juízo de forma dócil e magnânima. A simplicidade, tão próxima da humildade, nos leva a consultar as pessoas sábias e experimentadas, a expor-lhes o problema em todos os seus matizes, ouvindo aos conselhos recebidos de quem está com o espírito isento. Às vezes, é preciso exercer a razão prudencial de ouvir conselhos docilmente para mudar de parecer, manifestando a grandeza da humildade em tornar uma pessoa prudente e eficaz. A prudência no juízo também é favorecida pelo trabalho em equipe. Isso tudo demonstra um exercício de inteligência e docilidade.

Não é difícil de viver assim quem se acostuma a reconhecer os próprios erros, a retificar as suas opiniões ou a sua conduta, quando se engana ou quando aparecem dados novos que mudam os termos de uma situação. A desconfiança de si mesmo inibe que o sujeito ache que sempre está certo, ou que sempre age da maneira correta. Ao revés, reconhece sua fraqueza e questiona seus fundamentos. E, com isso, não se quer mais que um esforço por buscar ir além dos próprios pré-conceitos. A imposição, a todo custo, da opinião pessoal levará fatalmente à injustiça pela imprudência.

Essa abertura ao conselho amplia de modo considerável a experiência humana e enriquece a deliberação a partir de múltiplos pontos de vista e opiniões, incrementando a capacidade de acerto na resolução dos conflitos concretos. Na esfera judicial, essa receptividade à instrução do outro – seja de juízes mais experientes, seja de advogados ou doutrinadores – contribui para que magistrado amplie seus horizontes em direção aos deslindes do caso. Ao

³⁹⁴ PIEPER, *op. cit.*, p. 24, 25 e 31. “Constitui imprudência estancar a ação diante dos obstáculos encontrados, pois é natural que toda ação encontre resistência para ser implementada, cabendo ao prudente prever e contar com os obstáculos e adversidades como coisas de ordinária administração, sabendo que alguns objetivos serão atingidos e outros não.” (MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O controle disciplinar da magistratura e o perfil ético do magistrado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 127).

³⁹⁵ PIEPER, *op. cit.*, p. 28.

contrário, a obsessão pelo próprio critério, em uma postura de desprezo às opiniões alheias, é o caminho seguro para o erro do juízo prático³⁹⁶.

Logo, exige-se a humildade judicial: porque, enquanto o orgulhoso exagera as próprias qualidades em menoscabo aos demais, o humilde consulta o entendimento dos mais sábios antes de agir³⁹⁷. Não é uma ignorância do tipo socrática (“só sei de que nada sei”); mas, desconfiando dos próprios malefícios, lembra constantemente à consciência dos seus limites intransponíveis. É pelo autoconhecimento (“conhece-te a ti mesmo”) que se reconhece que somos limitados, temporais e mortais, convidando-nos a recordar de nossa finitude histórica e, sobretudo, de que não somos o fundamento de todas as coisas³⁹⁸.

Já a *sagacidade* é a plena habilidade, pela qual o homem não age de modo impulsivo ou instintivo quando enfrenta o inesperado, mas consegue decidir-se pelo bem na adversidade e incerteza da situação; jamais vencido pela tentação da injustiça, covardia e intemperança³⁹⁹. Atua sobre o conselho, pois acontece muitas vezes que se deva atuar sem demora e, para não errar, é preciso ser sagaz. Sobre o juízo, porque as operações humanas apresentam uma grande variabilidade, o que faz com que os cálculos falhem com frequência. Daí a necessidade de saber discernir entre a aparência e a realidade, o contingente e o necessário, o secundário e o principal. Quanto ao império, a solércia suscitará a solicitude, a vigilância e a precaução necessárias⁴⁰⁰.

³⁹⁶ MASSINI CORREAS, La prudencia jurídica, cit., p. 82.

³⁹⁷ Sobre o tema, cf. AMAYA, Amalia. La virtud de la humildad judicial. In: Idem et al (org.). **Emociones y virtudes en la argumentación jurídica**. Ciudad de México: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 17-35. “Discursos laudatórios das grandezas da magistratura em geral e dos magistrados em particular, especialmente em cerimônias de posse, são a tônica no meio jurídico. O reconhecimento sincero e humilde das próprias misérias pelo juiz é visto como um sinal de fraqueza e desedificação, que poderiam comprometer a confiabilidade do Poder Judiciário. Nada mais equivocado. Apenas detectando e reconhecendo as fontes de influência e os defeitos pessoais que podem desviar o juiz da sentença ditada exclusivamente pelo imperativo da consciência e fazer que sucumba a segundas ou terceiras intenções inconfessáveis (até para si mesmo), é que se poderá começar a trilhar o caminho do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional sob o prisma da firmeza ética do magistrado. O primeiro passo para se combater interna (o próprio magistrado) e externamente (as corregedorias) os possíveis desvios éticos que comprometem a prestação jurisdicional é que se os reconheça, para poder lutar por vencer esses defeitos, num combate pessoal e institucional que só dignificará o Judiciário e seus membros.” (MARTINS FILHO, *op. cit.*, p. 143.) “Honesto e humilde, o juiz – necessariamente – ostentará outras marcas. A lhanza do trato, a disponibilidade para com todos, mas principalmente para com aqueles que protagonizam com ele as angústias da Justiça – advogado, promotor, delegado, partes e auxiliares do Judiciário. Caráter de homem humilde e honesto predispõe ao estudo permanente. Na certeza de que o universo inexplorado é insuperável, não constitua desafio para uma existência inteira. A honestidade fará com que o juiz seja efetivamente trabalhador. Que procure vencer a carga de processos confiada, embora a entenda excessiva.” (NALINI, José Renato. A formação do juiz. In: Idem (coord.). **Formação jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 131.) Destacam-se a disponibilidade para com o semelhante e a paciência como reflexos da humildade.

³⁹⁸ AUBENQUE, *op. cit.*, p. 187-189.

³⁹⁹ PIEPER, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁰⁰ PÊCEGO, *op. cit.*, p. 36. O prudente distingue-se do sujeito habilidoso, que é capaz de realizar facilmente os fins pela combinação dos meios mais eficazes. Mas essa habilidade, enquanto tal, é indiferente à qualidade do fim, que pode ser bom ou mau. Por isso alguém deve ser *reconhecido* por ser prudente ou virtuoso, e não por ser hábil ou possuir uma qualidade natural, já que não houve esforço pessoal (AUBENQUE, *op. cit.*, p. 73).

Na verdade, tal flexibilidade do juízo em função do fortuito permite uma resposta rápida e positiva a cada nova situação. Portanto, aparece com absoluta necessidade no âmbito jurídico, em cujas variações das circunstâncias constituem um dado inconcebível de ignorar⁴⁰¹. O perspicaz não tem uma resposta pronta e acabada tão logo a situação se lhe apresente, mas sabe conjecturar a descoberta dos meios sem pressa, embora com destreza e facilidade, em cada ocasião. Como não notar a semelhança e pertinência desse elemento com os requisitos das tutelas judiciais provisórias.

No aspecto prático, a *providência* denota a capacidade de determinar, com alguma antecedência, se determinado ato será ou não o melhor caminho para a realização de um fim. É neste ponto que aparece com clareza o momento de incerteza e risco carregado em toda decisão moral. Nas soluções prudenciais, aplicáveis ao concreto e ao futuro, não existe aquela certeza própria das conclusões teóricas. Este é o equívoco ou a ilusão contra os quais se insurge a tradição casuística. O homem não pode esperar o rigor das certezas teóricas para chegar, neste âmbito, ao termo de uma decisão: isso equivaleria a não chegar a lugar nenhum e permanecer na imprudência da indecisão. O prudente não espera certeza onde ela não existe, nem engana a si próprio com falsas esperanças⁴⁰². Antes, será preciso prever os custos da decisão.

Essa providência não se confunde com consequencialismo, que se esgota na mera análise das consequências da ação. Vai além, ao prever os possíveis resultados – práticos e jurídicos – de uma decisão, a partir dos valores indeclináveis que o caso acarreta. Não se deixa trair pelos números ou estatísticas dos fatos, mas considera a coisa desde sua essencialidade. Resiste a pressões internas e externas, pois sabe o que deve ser feito, independentemente dos critérios de conveniência ou utilidade ocasionais.

A *circumspecção* se refere ao exato conhecimento e compreensão das circunstâncias que rodeiam cada caso, aperfeiçoando cada um dos atos prudenciais. Do conselho, porque é necessário levar em conta todas as possibilidades que se apresentam, considerando-as sob todos os ângulos, dada a variabilidade do seu objeto; do juízo, pois para determinar o justo meio impende considerar todas as circunstâncias do ato singular; e, por fim, do império, pois para a reta ordenação dos meios ao fim há de considerar todas as circunstâncias possíveis atuais. Para isso, auxilia a memória⁴⁰³.

⁴⁰¹ MASSINI CORREAS, La prudencia jurídica, cit., p. 82.

⁴⁰² PIEPER, *op. cit.*, p. 30. “Pretender agir apenas quando se tenha uma certeza matemática (quando as ciências sociais apenas ofertam uma certeza moral) importa abdicar da liberdade e da correspondente responsabilidade, fazendo com que o medo de decidir e de errar atribua a uma instância decisória diversa (a autoridade do chefe ou da lei) a ordem de fazer isso ou aquilo, de fazer de um jeito ou de outro, ou a responsabilidade pelas falhas ocorridas.” (MARTINS FILHO, *op. cit.*, p. 126.)

⁴⁰³ PÊCEGO, *op. cit.*, p. 37.

Segundo o Doutor Angélico, “a circunspecção é necessária à prudência, para que o homem compare os meios, atendendo também às circunstâncias.”⁴⁰⁴ No campo judicial, a mutação de uma só destas pode modificar totalmente o sentido e o alcance da decisão que deve ser adotada. Assim, a diversidade do mundo da vida pode exigir uma variação substancial na resolução do caso⁴⁰⁵, ficando evidente que a tão louvada distinção de precedentes judiciais (*distinguishing*) nada mais é que parte integrante do conhecimento prático do bom julgador.

O juiz imprudente, por sua vez, tenderá a ver os processos prioritariamente sob o aspecto quantitativo, esquecendo-se de que ali há partes e histórias de vida únicas e singulares. O cumprimento de metas e números institucionais, que nada dizem respeito ao conteúdo da decisão, levará ao automatismo e a um cálculo algoritmo que é incapaz de diferenciar as sutilezas dos diferentes casos que se apresentam todos os dias ao Judiciário.

Ora, se a virtude produz a capacidade de detectar os traços relevantes de uma situação que constituem razões de agir, só a pessoa prudente terá a capacidade de reconhecer quando o caso justifica afastar a regra aplicável ordinariamente. A pessoa com sabedoria prática saberá quando um padrão deve ser aplicado, ou quando há circunstâncias que derrotam a sua aplicabilidade. O juiz razoável tem a habilidade de discernir exceções, reconhecendo-a quando se deparar com uma condição de derrotabilidade⁴⁰⁶.

Esse conhecimento de exceções não pode ser codificado, pois não há procedimento que nos permita determinar, antecipadamente, quando uma situação é tal que não pode ser resolvida pela mera aplicação das regras e princípios relevantes. É o padrão de razão prática, incorporado na pessoa virtuosa, que permitirá determinar quando um caso é de regras gerais, ou quando a aplicação da regra deve ser questionada e excepcionada. As virtudes são, em uma teoria aretaica do raciocínio jurídico, anteriores às normas⁴⁰⁷.

Por fim, a *precaução* se assemelha à circunspecção, com a diferença que conhece aquelas circunstâncias que fundamentalmente encerram algum tipo de perigo para o bom acerto do juízo. Consiste, destarte, na atitude de discernir e antever os riscos que se manifestam na multiplicidade de situações que circundam a direção de uma conduta à solução justa⁴⁰⁸. Essa objetividade perquirida nas circunstâncias críticas nada tem que ver com “falta de caráter” ou

⁴⁰⁴ AQUINO, Suma teológica, cit., IIa IIae, q. 49, a. 7, p. 337.

⁴⁰⁵ MASSINI CORREAS, La prudencia jurídica, cit., p. 83.

⁴⁰⁶ AMAYA NAVARRO, Virtudes y filosofía del derecho, cit., p. 1775. Para um exemplo concreto, cf. FERNANDES, André Dias. Corte de energia elétrica e derrotabilidade normativa: necessidade de diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos e a Constituição. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 127. São Paulo: RT, 2020, p. 249-277.

⁴⁰⁷ AMAYA NAVARRO, Virtudes y filosofía del derecho, cit., p. 1775-1776.

⁴⁰⁸ MASSINI CORREAS, La prudencia jurídica, cit., p. 83.

covardia – a não ser que por caráter se entenda a resistência à verdade das coisas mutáveis por natureza⁴⁰⁹. Significa, portanto, coragem que se arrisca na decisão insegura e irreversível.

Aqui ressoa, com eloquência, a semelhança aos princípios jurídicos ambiental (*da precaução*), administrativo (*da reserva do possível*) e constitucional (*do mínimo existencial*). O princípio da proporcionalidade, por exemplo, não poderia deixar de decorrer dessa virtude, sendo os seus subprincípios (*necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito*) um desdobramento da reflexão prudencial. Infelizmente, o juiz atual é treinado a se especializar em principiologia, diante de constituições eminentemente principiológicas, transformando-se em técnico da ciência jurídica, artífice da restauração de direitos feridos, em vez de ser um *jurisprudente*. A autocontenção também é filiada a essa parte subjetiva.

Percebe-se, então, que boa parte dos princípios, técnicas e métodos aclamados pela doutrina pátria nada mais são do que manifestações de um conceito maior que é a prudência. Isso revela como ela, longe de ser um elemento inexistente na ordem jurídica moderna, é parte essencial da interpretação jurídica. A negativa ou ignorância no reconhecimento desse fato em nada muda a constatação de que essa virtude atua em todo juízo prático humano, sobretudo no judicial. Vejamos como e por que isso ocorre.

5.2.1.2 O elemento central da decisão judicial

Todas as oito partes atuam concomitantemente no intelecto do agente, funcionando como um guia racional para a ação. Cada uma serve para o aprendizado e aperfeiçoamento da virtude. Embora elas sejam vistas separadamente, a falta de um só desses elementos pode ser suficiente para caracterizar uma conduta imprudente. Daí sua utilidade como requisito para verificar se uma decisão é acertada ou não.

Na decisão, realiza-se a unidade das faculdades apetitiva e intelectiva do ser humano, ao integrar o conhecimento do universal à percepção do singular. A boa decisão, isto

⁴⁰⁹ PIEPER, *op. cit.*, p. 29. Não se trata daquela prudência negativa, que aconselha quase sempre a não agir e a não empreender grandes projetos, a fim de evitar dificuldades e tormentos. Essa falsa prudência, que tem por princípio “não fazer nada antes de uma longa ponderação”, pertence aos pusilânimes. Pretende-se designar a astúcia do estrategista ao não arriscar a própria pele, livrando-se de quaisquer danos. É nada mais do que aquela “calma reflexão” em que se apoia o covarde para evitar ocasiões de perigo (Ibid., p. 158), remetendo à aversão ao sofrimento do utilitarismo. Tal hábito vicioso confunde o justo meio da virtude moral com a mediocridade, que é um degrau acima dos vícios contrários. O medíocre é um meio instável entre o bem e o mal, contentando-se em sempre se perdoar sob o manto da “moderação”, segundo o qual não se deve exagerar em nada. Essa negação dos excessos nada mais é do que um meio-termo entre o vício e a virtude, que se desculpa por nunca atingir o cume afirmando que, pelo menos, não está no vão. Por natureza, a prudência procura adentrar em um futuro incerto tanto quanto ambíguo, fugindo dos perigos conhecidos por meio da previsão. Esse instituto falível jamais será uma “tática do bem-estar”, pois está sempre se dirigindo ao Bem: custe a quem custar, doa a quem doer.

é, virtuosa e sábia, deriva do hábito e da educação, ao deliberar sobre as coisas mutáveis no tempo. A obra da razão prudencial consiste, então, em tornar razoável – e não certa, exata – a captação imediata do fim operada pela vontade, fazendo dele um desejo refletido por aquilo que é o verdadeiro bem. Em outras palavras, captar o particular à luz do universal, isto é, do fim⁴¹⁰. Por isso, não é uma virtude puramente intelectual, nem exclusivamente moral, já que a passagem do abstrato ao concreto exige ambas as potências.

Ela é materialmente moral e apenas formalmente intelectual, porquanto aplica os princípios do intelecto prático à matéria da moral, ou seja, ao campo do agir humano, dos atos livres e deliberados. Se o ato justo consiste em dar ao outro o que é seu, necessita-se determinar o que é o devido; e este é o precisamente o trabalho que deve levar a termo a prudência jurídica, formulando e estabelecendo a regra e a medida do comportamento justo. Destarte, os distintos juízos prudenciais provêm da razão prática, são conclusões de um silogismo prático, e se dirigem imediatamente à ação, a qual tem por motor a vontade e as tendências sensíveis⁴¹¹.

A clarificação do sentido da norma, que transmite lucidez ao direito, depende não somente da compreensão dos significados linguísticos, mas também dos contornos fáticos do caso singular. Para Casaubón⁴¹², a norma é uma proposição da razão prática. Isso quer dizer que o seu sentido não está dado por si mesmo, abstratamente, mas deve ser preenchido pela compenetração nas nuances concretas, revelando novos horizontes para o alcance das fronteiras normativas preestabelecidas.

Nenhuma lei – natural ou humana – pode exaurir, de comum, a situação dos casos. As leis somente sinalizam critérios, caminhos que, uma vez adotados, podem levar à realização da coisa justa. Ainda cabe considerar as circunstâncias concretas, tarefa própria da sabedoria prática. A lei não é propriamente o direito; apenas lhe auxilia a invenção⁴¹³. “É a prudência que propicia ao juiz avaliar com correção, para chegar à melhor resposta possível”, justificando o apelo a “incentivar a formação da *reta intenção* do julgador à procura do juízo racional.”⁴¹⁴

Afinal, as lacunas são insuperáveis mesmo pelo mais hábil dos legisladores. De todo modo, estas são não só inevitáveis como até desejáveis, para que o julgador possa adequar as prescrições normativas às peculiaridades dos casos excepcionais. E isto não importa em

⁴¹⁰ PERINE, Marcelo. **Quatro lições sobre a ética de Aristóteles**. São Paulo: Loyola, 2006, p. 39-42.

⁴¹¹ VIGO, De la interpretación de la ley..., cit., p. 223-224. “Ora, à prudência pertence a aplicação da razão reta às obras, o que não é possível sem a retidão do apetite, portanto, a prudência não só tem a natureza de virtude, como as outras virtudes intelectuais, mas também como as virtudes morais, entre as quais é colocada.” (AQUINO, Suma teológica, cit., IIa IIae, q. 47, a. 4, p. 317.)

⁴¹² CASAUBÓN, *op. cit.*, p. 49.

⁴¹³ DIP, *op. cit.*, 119.

⁴¹⁴ NALINI, José Renato. **Ética da magistratura**: comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional - CNJ. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 265.

novidade alguma à cultura jurídica ocidental, pois reafirma os postulados que estão na raiz mesma dessa tradição bimilenar. Isso estava tão enraizado no senso comum teórico dos juristas que nem Pufendorf ou Portalis ousaram discordar⁴¹⁵.

Desde uma perspectiva aretaica, são as virtudes – e não os princípios ou regras – os elementos centrais do raciocínio jurídico. A prudência jamais pode ser concebida como um conhecimento científico, isto é, um corpo sistemático de princípios gerais e universais que não está relacionado aos atos particulares⁴¹⁶, pois a característica essencial do saber prático é um conhecimento sapiencial que, partindo de uma reflexão acerca das diferentes formas de vida, conduz a uma maior compreensão da realidade e capacidade de se colocar no lugar do outro.

Ela é justamente o terceiro nível da razão prática, antecedida pelo nível intelectual dos primeiros princípios e pelo nível discursivo da ciência moral. Mas, não basta conhecer os princípios, nem dominar a moralidade, se não houver razoabilidade. É ela que une os elos rompidos entre a ética e a ciência, já que sempre antecede a prática de qualquer ato. O âmbito da ação é, por excelência, o âmbito do particular, cujos objetos são concretos e variáveis⁴¹⁷. Tamanha responsabilidade não pode estar dissociada de uma boa ética judicial.

A prudência opera como uma ponte que liga a generalidade da norma à concretude dos fatos. Não é função da inteligência deliberar sobre casos individuais e particulares, nem da vontade raciocinar sobre formas teóricas abstratas. Compete àquela descobrir e efetivar a justiça material, em toda a sua ambivalência (cognição e prescrição); constituindo-se, por isso, no elemento central da decisão judicial. Sem ela, jamais haveria juízo de adequação entre a situação fática e a norma abstrata, caindo-se ou no puro casuísmo ou no legalismo judicial.

Não é o conhecimento da regra jurídica nem a sua erudição que proverão o juiz do discernimento necessário para realizar o justo possível mais adequado à situação. A solução racional deriva mais de um conjunto de atributos morais, fruto da reta razão, obtidos e mantidos por virtudes⁴¹⁸, do que pela inteligência aguçada. Em geral, espera-se dos juízes mais prudência do que ciência. Mais importante do que aperfeiçoar o ordenamento jurídico, é incutir virtudes em quem o aplicará⁴¹⁹. “O juiz prudente, de certa forma, auxiliará o destinatário da justiça a recebê-la sem perda do equilíbrio ou da esperança.”⁴²⁰

⁴¹⁵ Cf. PUFENDORF, On the duty of man and citizen according to natural law, cit., I, 2, 10, p. 30; PORTALIS, *loc. cit.*

⁴¹⁶ AMAYA NAVARRO, Virtudes y filosofía del derecho, cit., p. 1774-1775.

⁴¹⁷ NALINI, Ética da magistratura, cit., p. 276 e 281.

⁴¹⁸ NALINI, Ética da magistratura, cit., p. 271.

⁴¹⁹ NALINI, Ética da magistratura, cit., p. 282.

⁴²⁰ NALINI, Ética da magistratura, cit., p. 275.

Em síntese, a prudência jurídica contribui para: *a)* a genuína adequação da natureza do problema e dos fatores condicionantes a este; *b)* o apropriado acordo das significações do momento histórico, tanto com sua realidade presente como projeções futuras (congruência histórica); *c)* a viabilidade prática das normas gerais ou individuais, que vão ser estabelecidas com máxima probabilidade de eficácia real; *d)* a ponderação e estimação dos efeitos ulteriores que o imediato porvir pode causar nas regras emitidas ou nas sentenças produzidas, evitando danos futuros irrefletidos e mais graves; *e)* o espírito de harmonia entre o anseio de progresso e a consciência das limitações fáticas reais; *f)* a legitimidade dos meios empregados para a consecução de fins justos, pela transação de interesses contrapostos; dentre outros benefícios⁴²¹.

No agir humano, a razão e a vontade têm missões complementares: cabe à vontade querer a ação e à razão identificar corretamente a ação. Por isso, a prudência dá a regra da ação, e a justiça guia a força da vontade. Se a ação jurídica justa consiste em *dar* a cada um o seu direito, o *saber* agir corretamente – conhecer esse direito no momento e lugar adequados – é próprio da prudência jurídica ou jurisprudência. Em outras palavras, “a atividade jurídica requer saber e querer, saber dar a cada um o seu e querer dá-lo. Querer é próprio da vontade justa, saber é próprio da razão prudente. A atividade jurídica é obra do homem justo e prudente.”⁴²²

A sua missão está em atribuir correta e concretamente o devido a outrem, para que seja dado a seu titular. Considerar essa típica relação do magistrado com a justiça é perceber que a virtude específica do seu ofício não é a justiça; mas, antes, a prudência: porque sua missão está em discernir e assinalar – raciocínios próprios da órbita prudencial – para somente então dar ao seu titular. Assim, por excelência, o magistrado não é o justo, mas o *jurisprudente*⁴²³. Está nas suas mãos o respeito à equidade e à exceção da regra geral consagrada na lei⁴²⁴.

⁴²¹ RECASÉNS SICHES, *op. cit.*, p. 284-285.

⁴²² HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 58.

⁴²³ HERVADA, Lições propedêuticas de filosofia do direito, cit., p. 63-64. O ofício do magistrado atende a uma necessidade social bem específica, qual seja: a proteção de uma ordem justa em que cada homem – justiça particular – e cada instituição – justiça geral – tenha o *seu*, aquilo que lhe pertence. Qualquer ruptura ou alteração desse justo equilíbrio produz uma anomalia ou desordem coletiva. Dado que a vida comunitária é dinâmica e o devido a cada um pode estar em situação de interferência por ação ou omissão alheia, gera-se um movimento orientado para (re)estabelecer a ordem violada. O (re)estabelecimento da situação devida constitui uma ordem, uma harmonia, uma proporção, porque cada coisa está na exata relação com o seu titular. Esta correta distribuição é uma exigência da pessoa humana, por sua qualidade de ser que tem coisas verdadeiramente suas, e, ao mesmo tempo, da sociedade. Pois, preservada aquela harmonia, conserva-se o grupamento social; corrompida, provoca-se sua destruição (FERNANDES, Ensinando e aprendendo o Direito..., cit., p. 118-119). Em uma concepção próxima ao idealismo platônico, Recaséns Siches (*op. cit.*, p. 494) entende a justiça como “uma espécie de harmonia”, cuja autêntica e objetiva articulação de valores conflitantes foi consagrada pela ordem jurídica. Contra essa definição, cf. HERVADA, Lições propedêuticas de filosofia do direito, cit., p. 69-70.

⁴²⁴ VIGO, Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo..., cit., p. 863.

“O julgamento procede da conjunção entre entendimento e vontade: o entendimento que considera o verdadeiro e o falso; a vontade que decide.”⁴²⁵ Assim, julgar não é só opinar, avaliar, considerar verdadeiro, mas significa, em última análise, tomar posição diante de uma circunstância, decidindo mediante a conformação da sua vontade aos ditames da razão prática. Só uma vontade firme e sólida, que se reflete na prática do ato objetiva e intersubjetivamente justo, pode restabelecer a ordem do bem comum, permanecendo imune às turbulências das paixões irracionais provocadas, dentre outras causas, pelas ideologias e crises dos tempos.

Se a magistratura adquiriu uma imagem simbólica cercada de uma aura reverencial é porque os varões prudentes da Roma antiga exerciam a jurisdição com a sapiência prudencial do bom pai de família (*pater familias*). Retomar esse perfil não é nada fácil para uma geração criada numa sociedade volúvel e impetuosa, insegura de seus valores e movida por inclinações momentâneas, mais emotiva do que racional. Insuficiente munir-se apenas de conhecimento técnico, pois o principal componente do desafio do aprendizado constante não é a acumulação de informações, mas a atualização da sabedoria humana⁴²⁶.

4.2.2 A justiça legal (*díkaiosýné* ou *iustitia*)

Atualmente, a palavra *justiça* tem sido entendida de três modos muito distintos, a saber: 1) uma virtude moral, cuja disposição individual é adquirida pelo hábito reiterado; 2) um sentimento ou valor, pelo qual o ato exterior é subjetivamente considerado justo ou injusto; 3) um fim ou objetivo, cujo estado ideal de coisas reflete uma comunidade com leis e pessoas perfeitamente justas⁴²⁷. No direito, a acepção com mais frequência empregada tem sido as duas últimas, cujas conceituações tiveram o condão de demarcar os horizontes e as fronteiras dessa discussão desde a modernidade até a contemporaneidade.

Para reabilitar a primeira concepção, faz-se necessário invocar a nomenclatura clássica. Segundo a célebre definição de Ulpiano: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* – “Justiça é a vontade constante e perpétua de atribuir a cada um o que é seu” (Dig. I.I.10). Não resta dúvida de que o texto romano herda a noção de justiça dos gregos: aceita e, ao mesmo tempo, valoriza-a⁴²⁸, quando une a ética (*vontade constante e perpétua*) a

⁴²⁵ RICOEUR, Paul. **O justo**: a justiça como regra moral e como instituição. v. 1. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 176.

⁴²⁶ NALINI, Ética da magistratura, cit., p. 275.

⁴²⁷ Cf. HERVADA, Lições propedêuticas de filosofia do direito, cit., p. 65-66; CASAUBÓN, *op. cit.*, p. 64 e ss.

⁴²⁸ DEL VECCHIO, Giorgio. **A justiça**. Tradução de António Pinto de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 52-53.

uma concepção estritamente jurídica da lei (*atribuir a cada um o seu*). Verifiquemos a eficácia desse conceito e a sua relação com a equidade, a fim de extrair as suas principais consequências para o direito.

5.2.2.1 *Confusões terminológicas em torno do conceito de justiça*

Durante muitos séculos, entendeu-se a justiça como resultado da combinação da forma com a finalidade da lei. Não importava sobremaneira o conteúdo estrito dos textos, mas a forma em que estes tinham se produzidos. Não prestava atenção exclusivamente ao conjunto das normas escritas, mutáveis por excelência – e, em alguns casos, injustas –, senão que o jurista olhava mais além. Buscava o espírito da lei, não do legislador; protegia a natureza das coisas; indagava a adequação da solução legal à conjuntura da justiça material. E tudo isso fazia segundo formas convencionais de oratória e escrita⁴²⁹.

Os clássicos não negavam que fosse possível uma análise geral dos conceitos jurídicos e das regras positivadas. Porém, não consideravam que essas explicações fossem suficientes para conhecer com certeza o direito tal como ele é e saber a que sentido se ater. Ao revés, a tradição positivista manteve a concepção de que o direito é o positivo. Se essa é a forma de encontrar o “devido”, implica assumir que o justo e o injusto, o moral e o imoral, estão todos nas mãos do Estado legislativo, que define, em última instância, o conteúdo do texto⁴³⁰.

Para Kelsen, o problema da justiça é – e não poderia deixar de ser – um caso de escolha individual: “A questão de saber por que é que consideramos esta norma como justa conduz, em última análise, a uma norma fundamental por nós pressuposta que constitui o valor justiça”⁴³¹. E como a validade do processo de fundamentação dessa norma não é objetivo – por estar fora do sistema lógico-dedutivo do direito –, ela é imprestável à ciência jurídica. É esse conformismo que o levará a descrever, mais tarde, uma justiça imaginária, em vez de real.

Essa visão remonta aos *Pensamentos* (1670) de Blaise Pascal⁴³², para quem seria difícil descobrir uma justiça universal, que fosse comum a todos os países. Ele só concebe uma justiça puramente ideal – ou, sob influência agostiniana: de caráter sobrenatural. E, se não podemos conhecer essa justiça, respeitemos as instituições providencialmente estabelecida,

⁴²⁹ PARGA, Milagros Otero. Retórica versus argumentación: perspectivas en el nuevo espacio de educación superior. **Dereito**: revista xurídica da USC, Santiago de Compostela, v. 18, n. 2, 2009, p. 150-151.

⁴³⁰ ORREGO SANCHEZ, *op. cit.*, p. 151.

⁴³¹ KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 5. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 15.

⁴³² PASCAL, Blaise. **Pensamientos**. Traducción de Eugenio D’Ors. Bogotá: Editorial Oveja Negra, 1984, XXIV, p. 165-171.

sendo submissos às leis escritas⁴³³. Karl Larenz⁴³⁴ já apontava que o problema da justiça é uma questão sem possibilidade de resposta, pois o conhecimento do justo estaria ligado à subjetividade, não acessível objetivamente e sujeito a opiniões.

Para o positivismo legalista ou ideológico, a lei sempre era considerada justa. Essa leitura foi consagrada na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789), ao estabelecer que só se estava obrigado a fazer algo senão em virtude de lei, ignorando as regras morais, não positivadas. O positivismo normativista, por sua vez, pretendia vacinar o direito de toda referência moral, posto que remetia à irracionalidade, impedindo qualquer tipo de preocupação ético-cognoscitiva⁴³⁵.

Ao proclamar que a justiça era um ideal irracional⁴³⁶, Kelsen respaldava-se no “emotivismo axiológico”, assumindo – com o Círculo de Viena – que só havia dois caminhos para conhecer as coisas: o dos juízos tautológicos ou apriorísticos (lógico-matemático) e o dos juízos verificáveis ou *a posteriori* (físico-químico). A modernidade filosófica, com seu subjetivismo de raiz kantiana, relegou o conceito de justiça para o campo da subjetividade. Quem a descrevia, não desempenhava atividade científica.

Em termos kelsenianos, “a validade do direito positivo é independente da validade da norma de justiça. Um direito positivo não vale pelo fato de ser justo, isto é, pelo fato de a sua prescrição corresponder à norma de justiça – e vale mesmo que seja injusto.”⁴³⁷ E com isto muitos teóricos do direito clássico não hesitariam em concordar. Todavia, vai além: conclui que, quando um órgão judicial decide dar uma sentença justa, procede da mesma forma do

⁴³³ VILLEY, A formação do pensamento..., cit., p. 598. A “vinculação do juiz à lei” não dependeria da vinculação da lei à justiça natural, posto que a lei já é uma expressão da justiça positiva. A ordem jurídica é entendida estritamente como ordem positivo-normativa.

⁴³⁴ “O resultado destas reflexões só pode ser que enunciados sobre o que é justamente devido, ou seja, também o que é justo, não podem nunca ser feitos com a pretensão a uma ‘justeza absoluta’, mas antes com a pretensão de serem ‘mais justos’, quer dizer, de se aproximarem mais que outros do ‘justo em absoluto’. Esta pretensão tem todavia de ser justificada ou, quando tal não é possível, abandonada com fundamentos ponderados.” (LARENZ, *op. cit.*, p. 211.) Adota, assim, uma postura intermediária entre o relativismo e o absolutismo da justiça, não muito longe do aqui sustentado.

⁴³⁵ VIGO, Rodolfo Luis. Derecho y moral en el estado de derecho constitucional (proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico). **Prudentia iuris**, Buenos Aires, n. 74, 2012, p. 60. Dessa matriz teórica positivista, somente podia concluir-se que tanto o democrático quando o nazista ou fascista era direito, pois não cabia julgar a validade das normas desde certos fins ou valores, senão reduzir essa análise ao âmbito do sistema jurídico vigente e ao disposto na norma superior. Para o legalista, porque não havia mais justiça ou moral social exigível do que a prescrita na lei; para Kelsen, porque qualquer conteúdo podia ser direito. Para nenhum dos dois havia limite moral para o direito, em face da separação, postulada por Kant, entre este (heterônomo, bilateral e coercível) e aquele (autônomo, unilateral e voluntária).

⁴³⁶ KELSEN, O problema da justiça, cit., p. 65.

⁴³⁷ KELSEN, O problema da justiça, cit., p. 68. O direito era uma técnica social idônea para dirigir condutas sob a ameaça da coerção, consequentemente o dever jurídico se assimilava à conduta contrária à sancionada, donde o direito subjetivo era a faculdade processual de reclamar ao juiz a aplicação de uma sanção coercitiva.

legislador, ao, na formulação da regra, ser orientado por um ideal de justiça, cuja norma é superior e pressuposta como justa⁴³⁸.

O problema da justiça, para ele, é o da contradição entre duas ordens normativas distintas: o do direito e a da justiça. Esta, subjetiva e ideal; aquela, objetiva e real. O “justo” torna-se uma intromissão ideológica e moralizante indevida no âmbito jurídico objetivo. Em contrapartida, Aristóteles jamais concordaria que a justiça fosse variável ao bel prazer do sujeito ativo, dado que o justo pressupõe dar a outrem aquilo que é lhe pertence, sendo um conceito bastante objetivo. Trata-se, aparentemente, de um pensamento de extrema simplicidade; mas, isto não quer dizer que seja óbvio ou fácil de apreender.

Donde lhe vem o seu (*suum*)? Em que consiste o que é devido a cada um (*cuique*)? Como descobrir se algo pertence a alguém (*tribuere*)? O outro deve dar a quem tem direito, e este *dar* caracteriza o ato próprio da justiça – o qual supõe, por consequência, a existência de um direito⁴³⁹. Tal assertiva parecerá demasiadamente anticientífica aos olhos pós-iluministas: se cada indivíduo almeja fins diversos, como evitar um caos jurídico?

Kelsen⁴⁴⁰ rotula de tautológica a fórmula aristotélica do *suum cuique tribuere*, pois delega a definição do “o seu” para uma outra norma. Essa “tautologia vazia” abarcar uma possibilidade ilimitada de justificar “absolutamente qualquer propósito”⁴⁴¹. Além disso, acusa o primeiro princípio da moral tomásica – “fazer o bem e evitar o mal” – de vazio de conteúdo, por também necessitar de uma ordem normativa⁴⁴². Ora, o que se esquece é que esses conceitos são razões *prima facie* ou primeiros princípios para a aplicação racional das normas jurídico-positivas, como guias interpretativos, sem qualquer pretensão de esgotar definitivamente o assunto em forma de moldura argumentativa.

⁴³⁸ Kelsen, Teoria pura do direito, cit., p. 280-281. Em outras palavras, até mesmo para valorar o direito positivo de “injusto”, é preciso admitir algo que se considere como justo independentemente das convenções que deram origem a esse direito “posto”.

⁴³⁹ Pieper, *op. cit.*, p. 66-67.

⁴⁴⁰ Kelsen, O problema da justiça, cit., p. 18. Hobbes, Kant e outros pensadores já haviam questionada a validade formal desse adágio: “Os princípios de Justiça expressos em termos normativos são vazios e tautológicos.” (Bobbio; Matteucci e Pasquino, *op. cit.*, p. 662.) Em sentido contrário, cf. Hervada, Lições propedêuticas de filosofia do direito, cit., p. 79-83.

⁴⁴¹ Kelsen, Hans. **O que é justiça?**: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. 3. ed. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 134-135. Se a justiça fosse um valor que se expressa em uma norma – a norma de justiça –, ela não se referiria a um comportamento ou a um hábito da vontade. Essa redefinição não corresponde à concepção clássica do *suum cuique*, em que a justiça é uma virtude relacionada a uma obrigação – o *praeceptum iuris* do Digesto –, mas que ela própria não se esgota em uma norma ou dever, pois manifesta-se em atos concretos: a fórmula da justiça não é *deve-se dar*, mas *dar*. Logo, dentro da lógica kelseniana, “deve-se dar o que se deve dar” é tautológico e “dar o que se deve dar” não corresponde ao significado da fórmula ulpiana e aristotélica. Kelsen é quem cria a tautologia, transformando a justiça em norma a partir de uma interpretação distorcida da fórmula clássica (Fernandes, Ensinando e aprendendo o Direito..., cit., p. 160).

⁴⁴² Kelsen, O problema da justiça, cit., 2011, p. 28.

Por esse esquecimento, é possível a cisão entre “o direito” e “o justo”, transladando este para a esfera do ideal ou do direito natural abstrato, fruto de uma abstração “ideológica”, como se referia Kelsen. Em todo caso, o estudo do direito fica pela metade. A ciência da lei e do direito positivo é fundamental para conhecer o justo concreto. Por isso, as concepções normativistas põe em evidência o estudo da norma, impulsionando a configuração de uma ciência normativa e uma estruturação científica de todo o ordenamento jurídico. Todavia, esse esforço louvável se transforma em estéril quando não se orienta a dar a “razão do direito” (*aliqualis ratio iuris*) e descobrir o que é devido a cada um, aqui e agora⁴⁴³.

O conhecimento desse direito *aqui e agora* é uma visão sobre a realidade exterior. Não implica divagações sobre o “ideal da justiça”, senão uma indicação do justo concreto. Não cuida de como as coisas *deveriam ser*, mas de como elas *são* – um título jurídico (direito) pertence a determinada pessoa. Sua consequência é que será um “dever ser”: deve-se dar a cada um o que é seu. E a função própria da prudência é conhecer o devido a cada um, determinando racionalmente que lhe seja dado e nada mais. À justiça – virtude moral e não intelectual –, compete dá-lo. De modo que a jurisprudência é conhecimento do direito e objeto da justiça⁴⁴⁴.

Em seu significado originário, jurisprudência, como fonte do direito, é um saber inclinado à decisão justa, que constrói um rico material para a inteligência da experiência jurídica, capaz de fornecer respostas para os impasses enfrentados pela insegurança do direito. A solução dessa controvérsia não resultava da psique solipsista do magistrado, mas de um juízo intersubjetivamente compartilhado sobre o que era o justo concreto. Justiça não era apenas a consideração equilibrada dos interesses legítimos de ambas as partes, mas a consideração da experiência comum acumulada no decurso dos séculos.

No domínio da fortaleza e da temperança, é difícil conhecer o estado íntimo da pessoa para saber se ela é corajosa ou covarde, comedida ou desregrada. O ato da justiça, pelo contrário, pode ser verificado desde fora, porque independe de como o agente se identifica pelo seu ato visível e exterior. Esse traço distintivo da justiça está ligado ao fato de ela ser uma relação essencialmente com outrem. Este não é atingido pela “minha” opinião subjetiva, mas pelo objetivamente feito. Só mediante uma ação externa é que o outro pode possuir ou não aquilo que é seu. E também por esta razão, a bondade do ato não se relaciona materialmente

⁴⁴³ ORREGO SANCHÉZ, *op. cit.*, p. 26. Ora, “a lei, propriamente falando, não é o direito mesmo, mas, uma certa razão do direito.” (AQUINO, *Suma teológica*, cit., IIa IIae, q. 57, a. 1, ad. 2, p. 368.)

⁴⁴⁴ ORREGO SANCHÉZ, *op. cit.*, p. 38. Cf. também HERVADA, *Lições propedêuticas de filosofia do direito*, cit., p. 55-57. Contra a doutrina da virtude, cf. KELSEN, *O que é justiça?*, cit., p. 115-135.

com a intenção do sujeito, mas com a concordância do ato pelo receptor. É sempre na relação do indivíduo para fora de si que ele se revela justo ou injusto⁴⁴⁵.

Para um olhar contemporâneo, direito e justiça são coisas bem distintas, que podem ou não se identificar. Para os pré-modernos, *ius* é norma, direito, mas também é justiça. Isto se deve ao fato de que o direito, por acepção etimológica, é necessariamente a expressão do justo. Os romanos não concebiam facilmente a distinção entre direito e justiça, porque não faziam daquele o sinônimo de *lex*. O direito tem de ser justo; é-lhe uma característica essencial. Estudar a ciência do direito é entender como ser justo; estabelecer uma norma jurídica é ditar o justo em termos gerais e concretos⁴⁴⁶.

Tão errado quanto equiparar lei à segurança jurídica é separar o direito da justiça, enquanto dois campos autônomos e incomunicáveis: um jurídico e outro ético. Na tradição, *direito* é um termo análogo que representa o *justo*. Se alguém tem direito a algo, é porque este “algo” lhe é devido. Logo, direito não é a lei, mas a justa medida numa relação entre pessoas. Por conseguinte, a justiça é essencialmente relacional, intersubjetiva. Não há “injustiça” entre coisas ou animais, mas tão somente entre humanos. É um bem inerente a toda sociedade humana, de cuja condição supraindividual deriva a sua objetividade – que nada tem a ver com um *sentimento de justiça*, referente às emoções inflamadas diante de situações revoltantes.

A noção de que a justiça é um *ideal* a ser perquirido pelo juiz – e, para tanto, seria preciso substituir a vontade do legislador pela do magistrado – só faz sentido dentro do contexto moderno. Ao contrário, para os clássicos, a justiça não era um ideal a ser alcançado, mas sim a ação a ser exercida no momento de encontrar a medida correta para a solução do caso jurídico. Não porque seja relativa, tampouco subjetiva, mas que, por ser determinada somente diante do caso concreto, traz consigo certa incerteza e insegurança ao não estar pré-estabelecida na norma nem resolvida por um método.

Os romanos compreendiam a arte do direito como *iusti atque iniusti scientia*, “a ciência do justo e do injusto”, que tinha por finalidade dizer o justo, mediante uma noção prática de justiça, estável ao longo da história: a virtude de dar a cada um o que é seu. O justo “real” não é um ideal inalcançável ou apriorístico de justiça – o que poderia ser objeto utópica da ação política –, mas um objeto possível, exigível e quantificável, dado por um título de atribuição e

⁴⁴⁵ PIEPER, *op. cit.*, p. 83-84. Cf. AQUINO, Suma teológica, cit., IIa IIae, q. 57, a. 1, p. 367.

⁴⁴⁶ PIMENTA, Leonardo, Goulart. Direito e religião no direito romano antigo. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, v. 1, n. 16, 2010, p. 4. Disponível em: <http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/PDF-D16-10.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2022. Para aprofundar, cf. HERVADA, Lições propedêuticas de filosofia do direito, cit., p. 117 e ss.

segunda uma medida determinada. O justo concreto é exatamente o que os juristas delimitam em seus dizeres⁴⁴⁷.

Mais do que “revogar” leis por um *ideal* transcendental de justiça, os juízes devem se preocupar especificamente com as peculiaridades do caso, para – partindo da lei, e não em contraposição a ela – encontrar a medida do justo concreto. O conceito de justiça nunca foi visto como antagônico ao cumprimento da lei exatamente porque nunca se pensou que esta contivesse todo o direito, já que encarnava apenas uma medida geral de justiça. O problema do justo estava muito mais relacionado à adequação da situação concreta ao que era considerado devido, do que com a desobediência ao direito vigente por razões de foro íntimo.

Tudo é uma questão de colocar a justiça dentro da categoria de *hábito* humano ou de *ideal* abstrato. É dizer, se entendemos por “justiça” um *valor* ou um *objetivo* alcançável e determinável, então precisamos pôr em prática uma legislação adequada e racional, com juízes capazes de aplicá-la fielmente. Por outro lado, se tomamos a palavra como uma *prática*, o problema se desloca do campo intelectual e abstrato para o âmbito prático e concreto. É que, em se tratando de uma repetição continuada de atos, até que seja formado no indivíduo, o hábito se configura precisamente pela prática reiterada e contínua da virtude. Assim, não diz respeito ao conhecimento abstrato ou a apreensão intelectual de um objeto, mas sim à execução repetida e habitual de atos virtuosos, até a conformação do caráter do sujeito⁴⁴⁸.

A justiça, por excelência, não pertence à ordem do *saber* – conhecer quais são os direitos de cada um –, mas à ordem do *querer*, inserida no apetite racional, que é a vontade. Não chamamos justo ao que sabe as leis ou conhece os direitos, mas ao que os cumpre, respeita e satisfaz. A justiça se relaciona ao agir, à ação justa; sendo, portanto, um hábito ou virtude da vontade⁴⁴⁹. Um juiz que conheça o direito, mas não queira dar o justo, se utilizará de artifícios retóricos para convencer as partes de que a solução que ele intimamente deseja é legal, embora seja juridicamente injusta.

⁴⁴⁷ ORREGO SANCHÉZ, *op. cit.*, p. 143-146. “No que consiste a arte ou conhecimento prático do jurista? O que é que ele sabe ou deve saber fazer? O conhecimento prático do jurista consiste em descobrir o que é ‘justo’ numa relação social concreta. Jurista é aquele que conhece a respeito do justo e do injusto (*iusti atque iniusti scientia*, dizíamos antes), e não-somente do ‘legal’ e do ‘ilegal’. Seu saber ou conhecimento próprio é a ciência do justo, ou Ciência do Direito ou jurisprudência, porque nesse sentido ‘o justo’ é igual a ‘direito’. E assim que nos expressamos na linguagem coloquial, mesmo sem atentar para isso. Dizemos, por exemplo, fazendo menção a um contrato de locação, que é ‘direito’ do locatário ocupar o imóvel alugado: isso é ‘o justo’ no caso concreto de um contrato dessa natureza. Pelo contrário, se se viola ou ataca um direito dizemos que isso é ‘injusto’: o ‘injusto’ é a ‘lesão do direito’.” (POVEDA VELASCO, I. M. Direito, jurisprudência e justiça no pensamento clássico (greco-romano). **Revista da Faculdade de Direito USP**, São Paulo, v. 101, jan./dez. 2006, p. 24.) Veja-se o quão distante este conceito romano está da fria *ciência de normas* (normativa) kelseniana.

⁴⁴⁸ RUIZ, O sal da consciência, cit., p. 49.

⁴⁴⁹ HERVADA, Lições propedêuticas de filosofia do direito, cit., p. 97.

Por isso, a dimensão ética da decisão judicial é tão importante quanto a jurídica e intelectual, porque molda o comportamento do juiz a ponto de impedi-lo de sentenciar superficialmente. Embora haja um justo em si, absoluto, só chegamos a ele por aproximação, em diferentes níveis de justiça. Essa deficiência natural do homem não implica em um ceticismo epistemológico, mas no reconhecimento de que os condicionamentos históricos e individuais dificultam realizar juízos definitivos acerca das práticas humanas.

Em suma, a justiça não é *valor*, nem *sentimento*, mas um *ato da razão prática*, cujo juízo analisa a conformidade dos atos ou relações humanas com os contratos, as leis e a natureza social. Logo, o seu conceito não se vincula às idiossincrasias do intérprete, mas sim à intenção com que ele quer distribuir o pertencente a cada sujeito na situação específica. Afinal, nenhuma controvérsia tem apenas uma única resposta correta: é dentro desses graus de justiça e injustiça que a virtude judicial transita.

5.2.2.2 Usos e abusos da equidade (*epieikeia* ou *aequitas*)

Para a mentalidade liberal, forjada sob o dogma da separação de poderes, “fazer justiça” ou significa o fiel cumprimento da letra da lei ou é a subversão do espírito das leis pelo juiz não-eleito. A este caberia tão somente a função de aplicar aquela justiça previamente estabelecida pelo legislador. Mas, será que seria mesmo prudente e justo interpretar as normas jurídicas de forma absoluta, suprema e acabada, deixando a discussão sobre a sua “justiça” para o foro dos representantes políticos?

A solução romana para esse problema apoiava-se no conceito de equidade. Esta era a forma de amenizar a rigidez do texto escrito (*scriptum*), a qual, pensada em termos gerais, está distante de seus elementos circunstanciais. Esta noção se confunde com a ideia de justiça pela aproximação dos elementos concretos do caso a ser solucionado a partir da fuga da expressão estática e literal da norma (*verba litterae*)⁴⁵⁰. Nunca se tratou de fazer a justiça a todo custo (*fiat iustitia, pereat mundus*). A realização do justo concreto é missão quase impossível se a justiça pretendida for a absoluta, insuscetível de qualquer incorreção⁴⁵¹.

Nisto, o *aequum* surge como uma regra superior da ordem jurídica, essencialmente incapaz de esgotar em suas fórmulas a plenitude da vida. A *aequitas* romana vai além do que hoje chamamos de “equidade”, a aplicação equitativa da norma pelo julgador, pois possui um sentido claro de complementação, extensão e integração do direto, com vistas a maior justeza

⁴⁵⁰ PIMENTA, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁵¹ NALINI, *Ética da magistratura*, cit., p. 265.

da lei ao fato. Os romanos querem demonstrar que interpretar o direito com rigor é errado, não em sentido técnico, mas moral. É moralmente inadequado dizer “o direito” de forma excessiva ou exagerada (*summum ius, summa iniuria*)⁴⁵².

Já segundo os gregos, esperava-se que o juiz (*dikastés*) fosse uma pessoa justa (*dikaïos*) – isto é, na sua vida particular, fosse moralmente bom e honesto – para que, na vida pública, pudesse interpretar a lei de maneira justa, concretizando a justiça (*dikaïosýnê*) ao dar o devido a cada um (*to dikaion*)⁴⁵³. Portanto, a característica principal da função judiciária consistia em uma tarefa consuetudinária e jurisprudencial, jamais numa dedução a partir das leis vigentes. Porque as sentenças eram vistas como o fruto maduro de um homem justo (*iudex perfectus*), e se pensava a moral individual com eficácia direta na vida pública⁴⁵⁴.

Para que possa haver sentenças frequentemente justas, era preciso que o juiz fosse justo: afinal, um juiz injusto, mesmo com uma legislação perfeita, não seria capaz de ditar a justiça. E o justo encontrava-se não olhando a lei e deduzindo-o por meio dela, mas observando a própria relação entre as partes, vendo o que é devido a cada uma delas, para depois dizer o direito (*ius dicere*) correspondente a elas⁴⁵⁵. Percebe-se, então, que fazer justiça nada mais era do que ditar o direito conforme qualquer outra pessoa virtuosa diria. É dizer, não havia nada de arbitrário na prática da justiça pelo juiz, pois era a partir do ordenamento jurídico que o magistrado iria dizer o devido a cada parte no processo.

No panorama medieval, o “justo” era entendido como aquilo que era adequado, conveniente ou proporcional ao caso em julgamento. A função do juiz era, então, dizer o que era o justo na situação concreta: *iurisdictio* (“juris-dicção”). Para tanto, mais do que exigir um conhecimento profundo das leis, exigia-se do magistrado uma vida limpa e uma conduta proba, pois não se esperava dele um exercício dedutivo a partir da lei para subsumir ao caso particular, mas sim que, por sua retidão moral, pudesse encontrar o que é devido a cada um no processo⁴⁵⁶.

Essa forma de entender o desatar da justiça encontrava na tradição aristotélico-tomista o seu maior expoente. Percebia-se o justo não apenas como o justo legal, mas, também, uma porção adequada que se entranhava nas relações entre os homens ou entre os homens e as coisas (justo natural), de forma que, para acertar aquilo que era devido a cada um, era necessário que o julgador possuísse sabedoria prática, a qual se adquiria à medida que o indivíduo praticava

⁴⁵² PIMENTA, *op. cit.*, p. 7. No ordenamento pátrio, a equidade é excepcionalmente admitida somente nos casos de expressa previsão legal (artigo 140, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

⁴⁵³ RUIZ, O sal da consciência, cit., p. 53. Cf. PLATÃO, A república, cit., III, 409a-e, p. 170-171; ARISTÓTELES, Ética a Nicômacos, cit., V, 1132a, p. 130.

⁴⁵⁴ RUIZ, O sal da consciência, cit., p. 103.

⁴⁵⁵ RUIZ, O sal da consciência, cit., p. 104.

⁴⁵⁶ RUIZ, Alienação e intolerância, cit., p. 82.

atos virtuosos e justos. A sentença justa, portanto, não decorria propriamente de uma exata aplicação da lei, mas do fato de o juiz ser uma pessoa virtuosa⁴⁵⁷.

Antigamente, não havia dúvida sobre a dimensão moral do direito. A lei não obrigava propriamente os cidadãos a fazer atos bons, já que tolerava comportamentos maus e não exigia todos os comportamentos bons. O recurso à equidade refletia a preocupação com a justiça: não apenas a contida na lei, mas também aquela que se justifica em razão das peculiaridades do caso. Ainda quando não houvesse objeção à justiça legal, caberia a divisão equitativa da lei em casos onde respeitá-la importaria cometer uma injustiça que nunca desejaria o bom legislador⁴⁵⁸.

Além das conhecidas justiça comutativa e distributiva, a justiça legal ou social leva a observar e cumprir fielmente os comandos legislativos da sociedade. Porém, essa obediência cívica e funcional não é absoluta e irrestrita, cedendo em casos especiais. Não por revolta ou mero casuísmo, mas por consciência da falibilidade das leis da cidade e da capacidade preditiva dos próprios legisladores. Na lição tomista, a essência do julgamento das leis escritas não está na sua simples aplicação, mas na definição e determinação, pelo juiz, daquilo que é justo: porque até mesmo as leis bem feitas podem falhar em alguns casos⁴⁵⁹.

Justiça, aqui, não é entendida como um termo elástico, por meio do qual o juiz se utiliza para transformar ou manipular um direito decadente. Ao contrário, o justo está vinculado aos contornos específicos de um caso, mediante valores existentes e consagrados na própria sociedade, de modo que qualquer intento de fundamentação apriorística seria uma deturpação de sua própria natureza. Para expressar esse sentido, a ordem jurídica conta com vários órgãos, dentre eles o legislador – que cria uma medida abstrata de justiça (geral) – e o juiz – que determina (*determinatio*) o justo nas circunstâncias particulares (justiça particular).

A criação judicial do direito não pode conduzir a um juiz que coloque suas próprias convicções acima da justiça, em substituição à lei. Esta, contudo, não se identificava única e exclusivamente à vontade legislativa, pois também pode ser encontrada na natureza das coisas – daí o denominado “direito natural”. O justo existe tanto na natureza quanto no legislado; a função do magistrado é adequar ambos direitos dentro de uma decisão justa. A justiça aconselha “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”, revelando que a sua flexibilidade

⁴⁵⁷ RUIZ, Alienação e intolerância, cit., p. 82.

⁴⁵⁸ VIGO, Derecho y moral..., cit., p. 61. Cf. também VILLEY, Filosofia do direito, cit., p. 74.

⁴⁵⁹ AQUINO, Suma teológica, cit., IIa IIae, q. 60, a. 5, ad. 2, p. 392. “Portanto, é claro que a epiqueia é parte subjetiva da justiça. E a ela se atribui a justiça antes de se atribuir à justiça legal; pois, a justiça legal é dirigida pela epiqueia. Por onde, a epiqueia é uma como regra superior dos atos humanos. (...) Se considerarmos a justiça legal como a que nos faz obedecer à lei, quer à sua letra, quer à intenção do legislador, que lhe é superior, então a epiqueia é a parte mais importante da justiça legal.” (Ibid., q. 120, a. 2, p. 705.)

não exclui o imperativo de coerência dos julgadores: antes, este só faz sentido em consonância com aquela. Afinal, a coerência na injustiça é incoerente.

Como observa MacComirek, “a noção de justiça formal exige que a justificação de decisões individuais seja sempre fundamentada em proposições universais que o juiz esteja disposto a adotar como base para determinar casos semelhantes”⁴⁶⁰ futuros, decidindo-os de modo análogo ao atual. Assim, a equidade funcionaria não como uma correção arbitrária de normas positivas injustas, mas a criação justificada de exceções universalizáveis em situações específicas, com a inaplicação da regra geral. Nessa perspectiva, concilia-se o aspecto formal (segurança jurídica) ao material (justiça real), sem violar a legítima expectativa de igualdade de tratamento entre os jurisdicionados.

Essa sempiterna tensão dialética entre o fiel cumprimento da lei e a realização da justiça no caso concreto nada mais é do que uma contraposição aparente. Apenas se entendida em sentido dogmático, quase literal, é que a lei entrará em rota de colisão com a justiça. Se mudarmos nossa percepção, percebemos que buscar a justiça na lei raramente pode implicar no seu desvirtuamento, pois perscrutar os seus fins racionais (*ratio legis*) cumpre a sua legítima função. A “correção” da lei pelo juiz – a que Aristóteles chamava de equidade (*epieikeia*) – é uma hipótese excepcional, em casos de manifesta e indiscutível injustiça da solução legal, a qual não paire dissenso entre os cidadãos da comunidade.

Como dissemos, quando tratamos das leis, os atos humanos, que as leis devem regular, são particulares e contingentes e podem variar ao infinito. Por isso, não é possível instituir nenhuma lei que abranja todos os casos; mas, os legisladores legislam tendo em vista o que sucede mais frequentemente. Contudo, é contra igualdade da justiça e contra o bem comum, que a lei visa observá-la em certos casos determinados. (...) Nesses casos e em outro semelhantes é mau observar a lei estabelecida; ao contrário, é bom, pondo de partes as suas palavras, seguir o que pede a ideia de justiça e de utilidade comum⁴⁶¹.

Por isso, Tomás de Aquino⁴⁶² postula que a lei tem de determinar o que há de julgar em tudo o que for possível e encomendar pouquíssimas coisas ao arbítrio humano. A primazia

⁴⁶⁰ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução: Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 126. “O tribunal que hoje decide um caso específico entre indivíduos deveria levar em conta seu dever, pelo menos seu dever inicial, de decidir o caso em termos compatíveis com decisões anteriores sobre as mesmas questões ou questões semelhantes. No mínimo, a justiça formal exige que, exceto por fortes razões, ele não decida o caso atual de uma forma diferente da adotada em suas decisões anteriores em casos semelhantes. Ao decidir esse caso, o tribunal não terá então o dever – de igual importância – de levar em conta o precedente que estará estabelecendo para casos ainda por surgir? O dever que tenho de tratar casos semelhantes de modo semelhante implica que devo decidir o caso de hoje com fundamentos que eu esteja disposto a adotar para a decisão de casos semelhantes no futuro, exatamente tanto quanto implica que hoje eu devo levar em consideração minhas decisões anteriores em casos semelhantes no passado.” (Ibid., p. 96.)

⁴⁶¹ AQUINO, Suma teológica, cit., IIa IIae, q. 120, a. 1, p. 704.

⁴⁶² AQUINO, Suma teológica, cit., Ia IIae, q. 95, a. 1, ad. 2, p. 572.

da lei se funda no fato de que são muitos os sentidos do justo entre as muitas pessoas, sendo a prudência rara e flexível, avessa à segurança desejada pelo direito⁴⁶³. “Com efeito, o juiz não delibera de que maneira deve sentenciar acerca das coisas que estão estabelecidas por lei, mas talvez nos casos dos quais não há algo determinado por lei.”⁴⁶⁴ Por essas palavras, desfaz-se o preconceito moderno de pensar que os medievais defendiam o puro casuísmo, menosprezando a estabilidade da ordem jurídica – que também é um imperativo da justiça.

Tal crença na eficácia da lei e na completude da codificação perdeu o ensinamento tradicional ocidental segundo o qual a justiça concreta, a sentença proferida pelo juiz, para ser justa, depende mais das qualidades morais do magistrado do que da racionalidade sistêmica do corpo normativo e constitucional. Por muito tempo, foi construída e consolidada a ideia de que sempre se pensou o direito a partir de parâmetros positivistas, de modo que a justiça, em todas as gerações posteriores, fora compreendida segundo a dedução lógica das leis feita pelos juízes, por meio da qual bastaria o julgador aplicar exatamente a regra prevista para cada caso que tudo estaria resolvido, seja qual fosse a sua ética pessoal⁴⁶⁵.

O culto da justiça não consiste apenas na observância da legalidade, nem pretende se confundir com ela. Não é se conformando à ordem estatuída, nem obedecendo cegamente às leis, que se corresponde à verdadeira natureza da consciência jurídica. O respeito à legalidade representa só um aspecto – e não o mais elevado – da missão jurídica: vivificar e cooperar para que o espírito da justiça se renove, sem se esgotar em nenhuma lei. A luta pelo direito exige, às vezes, ultrapassar a ordem estabelecida; mas, não por mero capricho ou interesse individual, e sim em atenção a outra ordem mais elevada e suprema, socialmente admitida como vigente⁴⁶⁶.

Nesse prisma, o direito não é enxergado desligado da compreensão da justiça, contrariando toda concepção de ciência jurídica asséptica ou neutra⁴⁶⁷. O processo não mais coincide com um meio para executar a lei, mas para procurar a justiça: o juiz deve estar comprometido a dirigir, desde o início, a aplicação jurídica a esse fim⁴⁶⁸. A sua concretização, na sentença judicial, não está apoiada na precisão das leis em vigor, mas na pessoa física do magistrado, nas suas qualidades éticas e morais; é dizer, nas suas virtudes⁴⁶⁹. Afinal, fazer leis

⁴⁶³ ORREGO SANCHÉZ, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁶⁴ AQUINO, *Comentários à ética...*, cit., III, 7, 14, p. 307. Cf. também FERREIRA NETO, *op. cit.*, p. 64-65.

⁴⁶⁵ RUIZ, *O sal da consciência*, p. 21-22.

⁴⁶⁶ DEL VECCHIO, *A justiça*, cit., p. 160-161. É somente quando o benefício decorrente desse desrespeito for maior do que o prejuízo causado pelo seu descumprimento que se deve fazê-lo excepcionalmente.

⁴⁶⁷ ORREGO SANCHÉZ, *op. cit.*, p. 143-144.

⁴⁶⁸ VIGO, *Derecho y moral...*, cit., p. 66.

⁴⁶⁹ RUIZ, *O sal da consciência*, cit., p. 107. Se a ingenuidade dos clássicos foi confiar que um governo dos sábios poderia impedir a barbárie, a ilusão dos modernos foi acreditar que o governo das leis, independentemente da bondade dos cidadãos, poderia se manter estável ao longo do tempo. São os momentos de crise que suscitam reflexões acerca da eficiência das instituições e da virtude dos governantes.

não é pôr justiça, mas começar a fazê-la. E julgar o caso concreto não é aplicar uma justiça pronta e acabada, senão finalizar um ajuste só então iniciado⁴⁷⁰.

Entretanto, a dúvida perene do pensamento político ocidental sobre se é preferível um governo de homens justos ou de leis justas foi respondida, na sociedade liberal, em favor desta última. Acontece que a execução das leis depende da existência de homens⁴⁷¹, e é melhor que estes sejam justos do que injustos. Na lição socrática: “O homem justo pratica ações justas”⁴⁷². Não será a justiça geral da cidade que irá tornar os cidadãos justos, mas o contrário: instituições justas dependem de homens justos. A justiça é uma virtude pessoal, antes de ser institucional; precisamente porque instituições são regidas por homens e não por máquinas⁴⁷³.

Logo, esse paradoxo se trata de um falso dilema, porque nenhuma das duas opções é satisfatória. É preciso lutar para que tanto as leis quanto os seus aplicadores sejam justos, porque, só assim, o seu verdadeiro espírito será aplicado e conservado, em suas dimensões natural e positiva. É aqui onde se reconciliam as duas faces da justiça – subjetiva (*disposição constante e perpétua*) e objetiva (*dar a cada um o seu*) –, magistralmente sintetizadas no brocardo romano referido no início desta seção. Resta saber como essa vontade será capaz de evitar as tentações do abuso na interpretação e aplicação da ordem normativa.

4.3 Conexão ou interdependência das virtudes (*connexio virtutum*)

Caso a prudência e a justiça fossem as únicas virtudes requeridas para atingir a finalidade da atividade judicial, esta seção seria dispensável e a presente pesquisa terminaria por aqui, já que o estudo das suas partes subjetivas foi concluído. Porém, a questão é um pouco mais complexa, pois afirmar que a prudência é o método próprio do direito não significa dizer

⁴⁷⁰ OLLERO TASSARA, Andrés. **¿Tiene razón el derecho?** Madrid: Congreso de los Diputados, 1996, p. 276. Em última análise, a justiça não resulta de leis, mas é o produto de juízes, pelo que não pareceu necessário à ordem jurídica tradicional controlar e assegurar a correta aplicação das leis, mas sim garantir a conduta reta e justa dos juízes. Nessa ordem, o bom juiz aparece como condição *sine qua non* da justiça, pois o hábito do juiz produz a justiça (GARRIGA, *op. cit.*, p. 99). Todavia, a justiça não se realiza sozinha pelo magistrado, mas pelo confronto dialético entre os argumentos das partes, que permitem ao julgador não dizer a verdade, e sim proclamar a solução mais adequada para resolver uma discussão específica. Em perspectiva semelhante, a partir da intersubjetividade pragmática, cf. JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 283-284.

⁴⁷¹ HOMEM, *op. cit.*, p. 257.

⁴⁷² PLATÃO, Górgias, cit., 460b, p. 128. Cf. também ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, cit., II, 1105b, p. 57.

⁴⁷³ PINHEIRO, A codificação da moral e a sabedoria das virtudes, *op. cit.*, p. 222. Os clássicos não concebiam os regimes políticos em função das instituições, mas dos objetivos fundamentais buscados pela comunidade. Por consequência, eles consideravam o melhor regime aquele cujo objetivo era a virtude – e não aquele em que houvesse a participação da maioria (*demokratia*). Embora sustentassem que as boas instituições fossem indispensáveis para estabelecer e assegurar o governo dos homens virtuosos, isto era de secundária importância comparada à educação da cidade (*paideia*), isto é, à formação do caráter dos cidadãos (STRAUSS, *op. cit.*, p. 234).

que toda tarefa interpretativa começa e termina exclusivamente aí. Pode haver uma conexão entre as demais virtudes humanas a exigir uma pesquisa mais aprofundada acerca da relação de cada uma delas com a função jurisdicional.

A operação própria do juiz é a justiça legal, que inclina a julgar retamente de acordo com a lei e a equidade, sendo esse juízo precedido pela jurisprudência, que discerne os melhores meios para alcançar os fins estatuídos na ordem jurídica. Assim, são exigidas três condições “para que um juízo seja um ato de justiça: primeiro, que proceda de uma inclinação justa; segundo, que proceda da autoridade do chefe; terceiro, que seja proferido pela razão reta da prudência. A falta de qualquer delas torna o juízo vicioso e ilícito.”⁴⁷⁴

Contudo, algumas respostas ainda permanecem pendentes: em que medida alguém consegue atribuir a outrem o direito deste sem que tenha a *vontade constante e perpétua* de fazê-lo? Consegui-lo-á de modo habitual ou esporádico? Quem possui essa vontade consegue dar a cada um o seu direito de maneira mais precisa do que alguém que não a possui? Ao fim, trata-se da questão relativa à importância das qualidades morais do juiz para o desempenho de sua função pública⁴⁷⁵, que remete à antiga discussão sobre se a justiça deve estar na lei ou, antes, nos homens. Qual a interação dela com as demais virtudes e no que isso implica?

4.3.1 A primazia da prudência na teoria dos atos humanos

Desde os socráticos, as virtudes não são meramente vistas como compatíveis umas com as outras, mas a presença de uma requer a de todas. Platão⁴⁷⁶ foi pioneiro ao proclamar a unidade das virtudes, cuja negação incorreria na contraditória coexistência do mal e do bem dentro do mesmo ser. Essa tese unitária foi reproduzida por Aristóteles e Tomás de Aquino, ainda que com variações⁴⁷⁷, para concluir que a excelência de caráter e a inteligência não podem se dissociar, por serem, em última instância, frutos da mesma raiz, expressando uma opinião predominantemente contrária à vigente na mentalidade moderna⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ AQUINO, Suma teológica, cit., IIa IIae, q. 60, a. 1-2, p. 387-388.

⁴⁷⁵ BONALDO, *op. cit.*, p. 22-23.

⁴⁷⁶ PLATÃO, A república, cit., VI, 486b, p. 280. No mesmo sentido: CÍCERO, *op. cit.*, II, X, 35, p. 95. Também é possível perceber semelhança com a doutrina oriental do estado de perfeição de Confúcio, exposta clara e longamente no seu *Tchoung-young* (Invariabilidade do meio).

⁴⁷⁷ MACINTYRE, *op. cit.*, p. 243. A pressuposição em comum entre as três correntes (platônica, aristotélica e tomista) é que existe uma ordem cósmica reitora do lugar de cada virtude no esquema total e harmonioso da vida humana. A verdade na esfera moral consiste na conformidade do juízo moral à ordem unificadora desse esquema.

⁴⁷⁸ No pensamento atual, parece ser inconveniente qualquer tentativa de hierarquização das virtudes. A afirmação de que só é prudente quem pode ser justo, corajoso e temperado, ou que o homem é bom em função da sua prudência, soa quase um absurdo. Ligamos a noção de virtude ao meramente útil (*bonum utile*), em uma fórmula

Ao tratar das virtudes humanas relativas à reta razão e ao bem prático do homem, o Doutor Angélico⁴⁷⁹ ensina que todas estão conectadas pela prudência, pois, sem ela, nenhuma virtude moral poderia existir, tampouco haveria razoabilidade se lhe faltasse alguma virtude moral. Assim, em condições gerais, elas têm uma conexão: não é suficiente o ato de uma virtude a não ser que tenha de todas – ainda que em graus variados, e não em máxima potência.

Na tradição cristã, a prudência – mais do que a justiça – foi considerada a “mãe das virtudes” (*genitrix virtutum*), a razão daquilo que as torna possível. É a condutora de todas as virtudes morais (*auriga virtutum*), justamente porque estas precisam estar sob o seu controle para que possam ser conduzidas por ela. Uma não pode agir sem a outra, pois estão conectadas àquela que dirige todas as demais: *omnis virtus moralis debet esse prudens* (“toda virtude moral deve ser prudente”). Não há justiça nem fortaleza que possam opor-se à prudência; e todo aquele que for injusto é, ao mesmo tempo e antes de tudo, fraco e imprudente⁴⁸⁰.

Com esse hábito diretivo, a realidade passa a se impor, e todo o campo da ação humano é comandado por esta que é a formadora de todas as virtudes. A sua função própria e insubstituível é ajustar o homem vivente em uma situação concreta à ordem moral normativa universal: não somente julgando, mas dirigindo eficazmente todas as outras virtudes para atos virtuosos. Sem ela, quanto maiores fossem as demais, mais desastrosas estas seriam, pois só “a prudência distingue entre o que é bom e o que não é.”⁴⁸¹

Justiça, fortaleza e temperança só atingem sua plena realização quando se fundam na razão prudencial, a capacidade perfeita de decidir retamente. Só ela aperfeiçoa as práticas naturais e instintivas, transformando os hábitos autênticos em atos verdadeiramente bons. A prudência informa as outras virtudes, dando-lhes sua forma essencial intrínseca⁴⁸². Se ela está na razão e a justiça na vontade, isso quer dizer que a retidão que ajusta os atos humanos à

utilitarista e axiologicamente relativista bastante superficial. Na ética do homem moderno, pouco ou nada se sabe dizer sobre o devido valor e lugar da prudência dentro do complexo de qualidades humanas (PIEPER, *op. cit.*, p. 13-15). Sobre a divergência entre filosofia moral e psicologia positiva nesse ponto, cf. VACCAREZZA, Maria Silvia. The unity of the virtues reconsidered: competing accounts in philosophy and positive psychology. **Review of Philosophy and Psychology**, v. 8, n. 3, p. 637-651, sept. 2017.

⁴⁷⁹ AQUINO, Tomás de. **As virtudes morais**: questões disputadas sobre a virtude. Tradução de Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Campinas: Ecclesiae, 2012, q. 5, a. 1, ad. 1, p. 189; a. 2, p. 203; a. 2, ad. 8, p. 207.

⁴⁸⁰ PIEPER, *op. cit.*, p. 14-15. “Sem prudência, não pode haver nem justiça nem fortaleza nem temperança. As três são frutos daquela” (Ibid., p. 160), dela procedem e nela encontram o seu fundamento último: que é o conhecimento profundo da realidade por meio da ação moral. Aquele que desdenha da realidade, ou nega ser possível conhecê-la, não pode ser prudente.

⁴⁸¹ PIEPER, *op. cit.*, p. 146. “É claro, então, diante do que foi dito, que sem o discernimento não é possível ser bom no sentido próprio da palavra, nem é possível ter discernimento sem a excelência moral.” (ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, cit., VI, 1144b, p. 167.) Estas noções abraçam-se, antes de se excluírem.

⁴⁸² PIEPER, *op. cit.*, p. 16-18. “Informar é, por um lado e na linguagem corrente, ensinar; em segundo lugar, já como expresso técnica escolástica e derivação do vocábulo latino *informare*, tem o significado de dar forma interior.” (Ibid., p. 160.)

proporção devida depende do conhecimento reto das coisas exteriores, sem o qual esse ato seria defeituoso.

Nesses termos, só uma virtude é capaz de aperfeiçoar a parte intelectual do agente – fazendo com que alguém excogite, determine e impere os meios adequados à consecução de um fim moralmente bom (no caso do juiz, a decisão justa) –, mas desde que possua as outras três morais, que aperfeiçoam a sua parte apetitiva (o apetite racional, quanto à justiça; o apetite sensitivo, com relação às outras duas), dispondo-a a eleger propósitos retos do ponto de vista moral⁴⁸³. Ao revés do que ocorre nas ações morais, dependentes uma das outras, não se percebe o mesmo nos atos puros do intelecto, os quais estão desgarrados das paixões dos sentidos.

Logo, a sua primazia sobre as demais virtudes morais acarreta que, sem essa maturidade intelectual, não existe autêntica vida ética e reto procedimento moral⁴⁸⁴ em direção à capacidade perfectiva do ser humano. Torna-se cristalino quão íntima e diretamente ligadas estão a prudência e a justiça: em nenhuma das virtudes morais se evidencia tanto o uso da razão prática como “a justiça, que tem sua sede no apetite racional. Por onde, o mau uso da razão também se manifesta sobretudo nos vícios opostos à justiça.”⁴⁸⁵

O Aquinate apresenta duas justificativas para explicar a concatenação interna entre elas. Primeiro, diz que a justiça, a fortaleza e a temperança apontam a finalidade boa da ação humana, ao passo que a prudência discerne os meios concretos para realizar essa ação. Segundo, sustenta que o bom agir não consiste apenas em *inclin*ar o agente ao seu fim devido – à retidão através da justiça; à firmeza de ânimo mediante a fortaleza; e à moderação por meio da temperança –, mas também em *escolher* retamente as vias que conduzem ao fim devido, o que ocorre graças à sabedoria prática, que aconselha, julga e preceitua essas vias. Desse modo, essas três virtudes conectam-se a esta⁴⁸⁶.

A prudência sozinha é insuficiente para o bom agir, vez que sua tarefa é detectar os meios adequados para o alcance do fim devido a que o sujeito se inclina, o que acontece graças à justiça, fortaleza e temperança. Estas três virtudes constituem o princípio ou ponto de partida para o correto funcionamento deliberativo. Por meio destes dois momentos, conclui-se que as quatro virtudes cardeais estão plenamente interligadas na realização dos bons atos humanos⁴⁸⁷, já que é impossível ter a reta razão (*orthos logos*) sobre algo sem que se saiba como possui-lo.

⁴⁸³ BONALDO, *op. cit.*, p. 125-126. Cf. AQUINO, Suma teológica, cit., IIa IIae, q. 58, a. 4, p. 375.

⁴⁸⁴ PIEPER, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁸⁵ AQUINO, Suma teológica, cit., IIa IIae, q. 55, a. 8, p. 364.

⁴⁸⁶ BONALDO, *op. cit.*, p. 153-154. Cf. AQUINO, Suma teológica, cit., Ia IIae, q. 57, a. 6, p. 339-340.

⁴⁸⁷ BONALDO, *op. cit.*, p. 154.

O que configura uma virtude moral perfeita é a capacidade de efetuar uma eleição ou escolha reta, a qual decorre em parte da inclinação ao fim bom que a própria virtude moral engendra no caráter do sujeito, e em parte da virtude prático-racional que este agente possui, a qual delibera, pondera e dita os meios proporcionados ao alcance desse fim bom. Assim, a prudência, enquanto potencia a função prática da razão humana, só está apta a fazê-lo à medida que colhe as informações prestadas pelas virtudes morais no que tange a finalidade que a pessoa humana deve plasmar com suas ações⁴⁸⁸.

Para que a razão prática possa alcançar o verdadeiro, ela não pode ser perturbada pelas tendências mal orientadas da vontade. E isto ocorre quando as inclinações apetitivas estão bem dispostas pelas virtudes morais⁴⁸⁹. O Estagirita⁴⁹⁰ aduz que a escolha não será acertada sem o discernimento, tampouco sem a excelência moral, pois uma determina o fim e o outro nos faz praticar as ações que levam até ele. Em outras palavras, a razão prudencial só pode governar retamente se a vontade estiver retificada pela justiça, fortaleza e temperança, “porquanto a excelência moral nos faz perseguir o objetivo certo e o discernimento nos leva a recorrer aos meios certos.”⁴⁹¹

O fundamento desta vinculação está no objeto do saber prático, no qual há uma total imbricação dos atos racionais e volitivos⁴⁹². A vontade só pode almejar os bens que a razão lhe apresenta, ao mesmo tempo em que o intelecto e as demais faculdades anímicas só tomam parte nas ações humanas em decorrência do comando da volição ativa. Essa *connexio virtutum* subjaz o pensamento clássico acerca da psicologia dos atos humanos⁴⁹³. Tal ligação estreitíssima entre o voluntário e o racional faz da prudência o elo integrador do raciocínio humano prático:

Fluxograma 2 – Integração das virtudes morais e intelectuais pela prudência

⁴⁸⁸ BONALDO, *op. cit.*, p. 176-177.

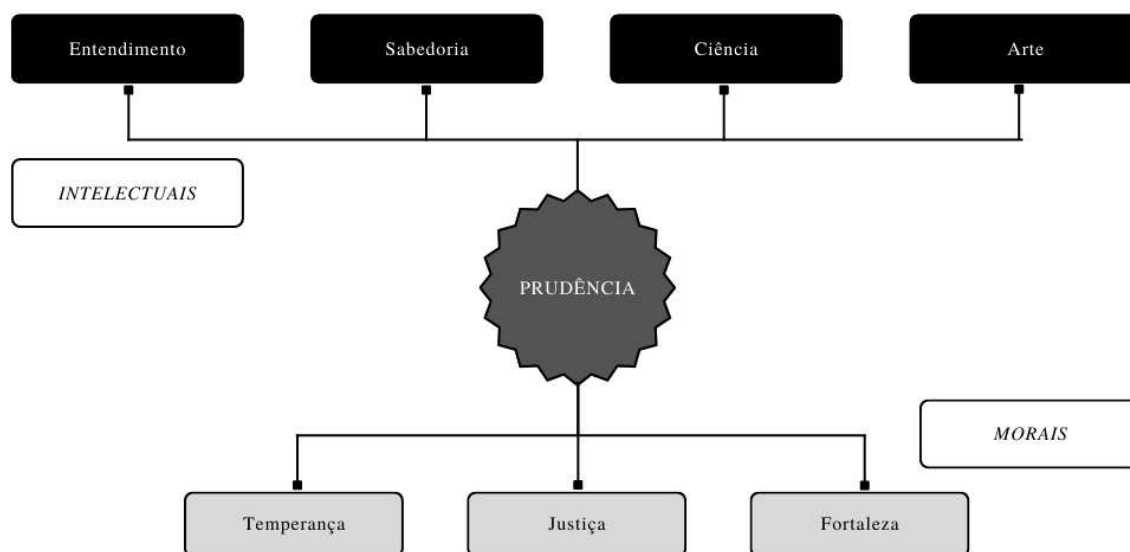
⁴⁸⁹ KALINOWSKI, *op. cit.*, p. 137.

⁴⁹⁰ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, cit., VI, 1144b, p. 167. “Por onde, à prudência não compete preestabelecer o fim às virtudes morais, mas só dispor dos meios conducentes ao fim.” (AQUINO, *Suma teológica*, cit., IIa IIae, q. 47, a. 4, p. 319.)

⁴⁹¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, cit., VI, 1144a, p. 164.

⁴⁹² MASSINI CORREAS, *La prudencia jurídica...*, cit., p. 181. O saber prático se distingue do saber normativo na medida em que a praticidade aponta, de modo específico, ao objeto terminativo do agir. Quando se age, é aí que se passa da potência ao ato, é nesse instante em que se atualiza o bom ou mau uso da liberdade. Distintamente, o saber normativo é o prescritivo da ação moralmente devida, antecedendo o agir. Enquanto a praticidade se consuma agindo, a normatividade é anterior a ela, porque, no próprio agente, convive a prescrição sabida de modo habitual ou virtual na consciência antecedente, sem atualidade. Assim, o bem moral apreendido normativamente e realizado praticamente, com critérios objetivos, é o fim a que se dirige a ação. E é fim, tanto executado pelo saber prático, quanto, antes, intencionado pelo saber normativo (DIP, *op. cit.*, p. 116-117).

⁴⁹³ BONALDO, *op. cit.*, p. 177-178. Conforme o autor, só podemos ser verdadeiramente virtuosos se adquirimos o “pacote completo” das virtudes morais junto à prudência. Por outro lado, se procedemos a uma aquisição parcial delas (*à la carte*), chegaremos a ter uma porção de habituações louváveis, mas com outra porção de atitudes defeituosas e reprováveis, sem nunca alcançar a condição humana da virtuosidade.



A prudência conecta o intelecto à vontade, o racional ao irracional, o universal ao particular, dando uniformidade ao pensamento e à ação. Enquanto as virtudes essencialmente intelectuais contribuem para a descoberta do certo e do errado, a razão prudencial capta esse sentido e o aplica à atuação prática, superando a especulação mental. Nesse campo, a influência das outras virtudes morais sobre a vontade é mais determinante do que a capacidade da cognição de se autodeterminar sozinha, porque elas são responsáveis por dominar os apetites que estão no centro do agir humano.

Se, no saber especulativo, é possível que uma desordem nas dimensões afetivas e sensíveis influenciem negativamente o raciocínio, quanto mais no conhecimento prático, que versa sobre as ações concretas humanas⁴⁹⁴. Quanto mais próxima da realidade estiver uma ciência – como é o caso do direito –, mais sujeita à interferência dos sentimentos ela estará. Por consequência, mais necessária a prudência e as demais virtudes éticas para refrear os ímpetus das paixões humanas, já que os hábitos do intelecto especulativo não os podem controlar. Daí que “o exercício das virtudes morais, por meio das quais essas paixões são refreadas, é de grande valor na aquisição da ciência.”⁴⁹⁵

⁴⁹⁴ MASSINI CORREAS, La prudencia jurídica..., cit., p. 180.

⁴⁹⁵ AQUINAS, Thomas. **Commentary on Aristotle's Physics**. Translated by Richard J. Blackwell, Richard J. Spath and W. Edmund Thirlkel. New Haven: Yale University Press, 1963, p. 447, tradução livre. Isso porque a ciência em universal fica impedida, pela paixão, de subsumir a premissa menor do silogismo prático de modo a chegar à conclusão certa nas ciências particulares (Id., Suma teológica, cit., IIa IIae, q. 77, a. 2, ad. 4, p. 474).

É tanto que Aquino⁴⁹⁶ correlaciona o vício moral da gula à cegueira do sentido da inteligência, causa de lerdeza e dificuldade na aquisição de conhecimento, como também o da luxúria ao embotamento mental, obscurecendo o juízo para entender a verdade e julgar bem cada coisa, desde a eleição de fins bons até a determinação dos meios mais adequados. Ambos impedem a descoberta do bem nas circunstâncias concretas, pois preocupados com o máximo deleite. Perde-se o recolhimento necessário à reflexão, afundando-se em uma torrente de distrações sensíveis.

A temperança é imprescindível à prudência porque o indivíduo corrompido pelo desejo imoderado do prazer ou pela fuga desordenada da dor não vê a necessidade de agir em vista de um fim reto, dado que não lhe está manifesto os princípios da boa ação. Quando o julgamento racional é distorcido, o agente não enxerga claramente os fins indicados pelos princípios, nem os deseja sinceramente, porque está interessado, em primeiro lugar, no aumento do seu prazer ou na diminuição do seu sofrimento. Essa distorção da correta estimação dos bens é prevenida pela temperança⁴⁹⁷.

“É esta explicação do nome ‘moderação’ (*sophrosyne*), que significa ‘preservar o discernimento’ (*sózusa ten phrónesis*).”⁴⁹⁸ Pela etimologia grega, nota-se a junção morfológica dos léxicos para indicar uma relação de dependência entre as palavras, o que se perde na tradução. Com isso, a desordem nos apetites irracionais – irascíveis e concupiscíveis – afeta não só a vontade, mas também a própria racionalidade. Assim sentencia o Aquinate:

Como diz o Filósofo, o prazer é o que corrompe sobremaneira a ponderação da prudência; e sobretudo o prazer venéreo, que absorve toda a alma e a arrasta para a deleitação sensível. Ao contrário, a perfeição da prudência e de qualquer virtude intelectual consiste na abstração do sensível. Por onde, os referidos vícios implicando falta de prudência e da razão prática, como estabelecemos, resulta que nascem sobretudo, da luxúria⁴⁹⁹.

Ou seja, a temperança é a salvaguarda da prudência. Enquanto a sabedoria prática eleva e ordena a ação ao plano deliberativo, a temperança modera os apetites sensitivos, para que não distorçam a apreciação do bem final, deixando a razão desguarnecida, sem nenhuma proteção corretiva. Desse modo, “num ser ainda irracional o desejo do prazer é insaciável e

⁴⁹⁶ AQUINO, Suma teológica, cit., IIa IIae, q. 148, a. 6, p. 832 e q. 153, a. 5, p. 854. O apego aos bens materiais (avareza) também impede o juízo correto acerca da justiça e da verdade, que são realidades intangíveis e espirituais. O avarento não sabe apreciar os bens imateriais, pois está mergulhado nos objetos dos sentidos, pondo de lado o verdadeiro bem em troca de acumular mais riquezas.

⁴⁹⁷ AQUINAS, Thomas. **Commentary on Aristotle's Nicomachean Ethics**. Translated by C. I. Litzinger, O.P. Chicago: Henry Regnery Company, 1964, VI, 4, 2, b, 1170.

⁴⁹⁸ ARISTÓTELES, Ética a Nicômacos, cit., VI, 1140b, p. 154.

⁴⁹⁹ AQUINO, Suma teológica, cit., IIa IIae, q. 53, a. 6, p. 355. Sobre a cegueira da luxúria, cf. PIEPER, *op. cit.*, p. 197-201.

generalizado, e a tendência inata é estimulado pela satisfação desses desejos; com efeito, se eles forem numerosos e violentos, aniquilarão a própria capacidade de raciocinar.”⁵⁰⁰ Em outras palavras, a intemperança designa a insubmissão das paixões à autoridade da razão.

O exercício da inteligência prática requer a presença das virtudes do caráter porque, caso contrário, degenera-se ou permanece, desde o início, mera capacidade engenhosa de ligar os meios a qualquer fim, em vez de ligá-los aos fins que sejam genuínos bens humanos⁵⁰¹. Cada virtude moral requer todas as outras, somente estando completas quando todas elas estiverem presentes em conjunto, cabendo à sabedoria prática exercer esse papel unificador⁵⁰². Disso resulta que a formulação de máximas genéricas e gerais dificilmente poderão ser consideradas um bom guia para o agir, pois pressupõem certeza e abstração onde não há.

“Todas as virtudes intelectuais, menos a prudência, podem existir sem as virtudes morais. E a razão é que a prudência é a *razão reta dos nossos atos*, e não só universalmente, mas também na ordem particular a que pertencem”⁵⁰³. Sem esta, o restante das virtudes morais perde o sentido, por ser ela a condição especial de possibilidade para todas as demais⁵⁰⁴. Por outro lado, na ausência de uma das outras virtudes, a razão prudencial estará invariavelmente à mercê das tentações viciosas da injustiça, da covardia ou da intemperança. Trata-se de uma relação recíproca e ambivalente.

Transpondo esse raciocínio para a forma de silogismo, constatamos o seguinte:

Premissa Maior – Não há prudência sem virtudes morais;

Premissa Menor – A decisão judicial requer prudência;

Conclusão – Logo, o julgador precisa de todas as virtudes morais.

A virtude judicial será uma disposição natural da vontade que, somada a outros bons hábitos, capacita o seu possuidor a ditar sentenças justas. Nesse rol, destacam-se as quatro virtudes cardeais, embora não se limite a elas. O juiz virtuoso será justamente aquele que possuir virtudes judiciais, e a decisão virtuosa será aquela tomada pela ação de um bom juiz,

⁵⁰⁰ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, cit., III, 1119b, p. 95.

⁵⁰¹ MACINTYRE, *op. cit.*, p. 262-263.

⁵⁰² SOLUM, *op. cit.*, p. 198. Segundo o ditado popular, se pode acertar por um único caminho, mas errar por vários caminhos diferentes. Se a virtude repousa em um único sentido, o vício reside nas diferentes maneiras de errar na consecução desse sentido, falhando na tentativa de se aperfeiçoar, voluntária ou involuntariamente. Ou seja, a virtude designa a ordem na unidade, enquanto o vício representa a desordem na multiplicidade.

⁵⁰³ AQUINO, *Suma teológica*, cit., Ia IIae, q. 58, a. 5, p. 347, grifado no original.

⁵⁰⁴ FERNANDES, *O bom juiz*, cit., p. 140. “Dois elementos há na eleição: a intenção do fim, pertencente à virtude moral; e a aceitação prévia do conducente ao fim, pertencente à prudência, como já se disse. Ora, é pela boa disposição do irascível e do concupiscível que a eleição nutre a intenção reta do fim, no atinente às paixões da alma.” (AQUINO, *Suma teológica*, cit., Ia IIae, q. 56, a. 4, ad. 4, p. 332.) Isso “porque a virtude intelectual, que faz a razão comportar-se retamente em relação à atividade moral, pressupõe o apetite reto do fim, para poder haver-se com acerto em relação aos princípios, i. é, os fins, nos quais se baseia para raciocinar” (Ibid., q. 58, a. 3, ad. 2, p. 345).

levando em conta as circunstâncias relevantes da situação específica⁵⁰⁵. Assumido esses pressupostos, agora podemos desenvolver uma nova ética judicial.

4.3.2 As virtudes judiciais: por que uma jurisprudência da virtude hoje?

Em cada teoria normativa do comportamento, há um número correspondente de qualidades avaliadas relevantes para o exercício da profissão. Diferentes teorias normativas do direito resultam em diferentes listas das excelências apropriadas para o bom desempenho da jurisdição. Independentemente da concepção particular de excelência judicial, se há virtudes responsáveis pelo bom julgamento, há vícios considerados inconsistentes com a boa prática jurisdicional. Por exemplo, um juiz covarde na vida civil, servilmente preocupado com a aprovação dos pares, talvez seja incapaz de agir com coerência performativa. Igualmente, a avareza e a intemperança podem significar maior propensão a ceder a propinas e favores sexuais em troca de uma decisão judicial. Ao contrário, fortaleza e moderação são atributos judiciais⁵⁰⁶.

Se a prudência e a justiça ajudam a determinar o bom e o justo, a fortaleza auxilia o intérprete a ficar protegido de todos os perigos que podem ameaçar a concretude desse “bom” e desse “justo”. Convém que o julgador conheça os perigos entranhados no seu ofício: assuma o risco de enfrentá-los e, chegado a hora, saiba encará-los. Um magistrado corajoso é capaz de se manter firme em sua resolução, que reputa justa, sem temer a pressão midiática ou de seus pares, as eventuais consequências negativas à sua imagem perante a sociedade, ou até mesmo os expedientes escusos que as partes possam se valer para fazer prevalecer a pretensão delas, rechaçando prontamente qualquer suborno que lhe venha a ser ofertado⁵⁰⁷.

Daí porque o estudo da prudência precede ao da justiça. Embora o direito seja o objeto da justiça, esta não existe sem aquela. O jurista que não conhece o bem, nem o fim dos objetos, dificilmente saberá dar o devido a cada um; e, quando o fizer, será por acidente, e não

⁵⁰⁵ SOLUM, *op. cit.*, p. 198. A distinção entre decisão virtuosa e decisão correta está na diferença existente entre a ética das virtudes e a argumentação jurídica. Para esta, uma sentença legalmente correta é aquela que seguir determinados parâmetros argumentativos, ainda que pelas razões erradas. Já a sentença virtuosa exige a reta disposição do sujeito agente que a dita. Não basta, apenas, que o resultado seja virtuoso, mas que o agente esteja disposto e queira fazê-lo.

⁵⁰⁶ SOLUM, *op. cit.*, p. 182-183.

⁵⁰⁷ FERNANDES, O bom juiz, *cit.*, p. 147-148. Coragem diz respeito à neutralidade moral com relação ao medo. A indisposição em relação a ele é a covardia; o vício oposto é a valentia, que é a insuficiência de medo. O covarde é facilmente intimidado e não toma riscos exagerados. O precipitado falha na percepção do genuíno perigo, estando propenso a bobamente se machucar. Por outro lado, o corajoso está conformado em arriscar a própria vida pelos fins corretos. No caso do juiz, ele estará pronto para perder sua carreira e reputação caso seja necessário para garantir a justiça e evitar que uma injustiça se consuma no processo. Em suma, os juízes devem ser nem muito temerosos nem muito desleixados com os impactos de uma decisão impopular (SOLUM, *op. cit.*, p. 190).

por deliberação própria. Quem nega “a verdade das coisas, esse não pode ser justo, nem corajoso, nem comedido. Mas o que ele não pode ser acima de tudo é justo. Pois o que é mais necessário para a realização da justiça é que o homem se esqueça de si mesmo.”⁵⁰⁸

Todavia, isso não implica que a posse das virtudes morais induza a das intelectuais. Pelo contrário, muitos juízes possuem aguçada inteligência – e não poderia ser diferente, dado o enorme repertório intelectual exigido para a investidura no cargo, após concorrida seleção pública –; sem, contudo, ter uma profunda formação humanística e moral. Ora, é perfeitamente factível imaginar julgadores inteligentes, mas injustos; e, de outro lado, juízes “ignorantes”, porém justos. Essa aparente contradição pode ser explicada pela relativa dissociação entre os campos do *agir* (razão prática) e do *pensar* (razão teórica), na medida em que o conhecimento do universal não pressupõe o do particular, e vice-versa⁵⁰⁹.

Em matéria de justiça, não importa tanto a inteligência do agente para conhecer a verdade quanto a sua vontade para viver o bem. Porque esta é mais determinante do que aquela na execução de um ato prático. As conclusões paralelas chegaram correntes contemporâneas da psicologia do sucesso, ao perceberem que nem sempre os melhores alunos são os profissionais mais bem sucedidos, mas aqueles que souberam administrar melhor as suas emoções⁵¹⁰. Nas ciências práticas, essa distinção faz toda a diferença: já não é qualquer vontade (voluntarismo) que chegará ao bem, mas aquela prudente, valente e moderada.

Bons julgamentos requerem que os desejos interiores estejam em ordem. Isso fica claro quando comparamos um juiz temperante com um em que falta essa virtude do controle dos apetites internos. Juízes que se preocupam demais com os seus próprios prazeres estão propensos à tentação: balançam no curso da razão em troca de benefícios sensitivos. Um juiz libertino sacia suas paixões com interferência à exigência fortemente deliberativa do seu ofício.

⁵⁰⁸ PIEPER, *op. cit.*, p. 35.

⁵⁰⁹ “É por isto que as pessoas ignorantes são às vezes mais práticas do que as outras que sabem” (ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, cit., VI, 1141b, p. 157), pois “para a posse da excelência moral o conhecimento é de pouco ou nenhum valor, enquanto as outras condições, longe de valerm pouco, têm uma importância decisiva, se é verdade que as ações justas e moderadas resultam da prática reiterada.” (Ibid., II, 1105b, p. 57.) Daí que uma pessoa de baixa escolaridade pode ser mais justa do que um erudito, por ter o hábito de distribuir o devido a cada um.

⁵¹⁰ Ver, sobre todos: GOLEMAN, Daniel. **Inteligência emocional**: a teoria revolucionária que redefine o que é ser inteligente. 2. ed. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. O objetivo desse autor é mostrar que o Quociente Emocional (QE) é tão importante quanto o Quociente de Inteligência (QI), pois a razão é afetada pelo emocional. Sem a consciência disso e o controle das emoções, é provável que o raciocínio seja empregado mais para justificar intuições apresentando razões do que para refletir sobre suas crenças e investigar a lógica dos argumentos. Analogamente, podemos dizer que o objetivo desta pesquisa é demonstrar que as virtudes morais são tão importantes quanto as virtudes intelectuais – e, em algumas áreas, até mesmo mais relevantes.

De fato, o ditado “soberbo como um juiz” reflete o entendimento popular de que a excessiva indulgência em interesses hedonistas intervém na excelência prática da função judicial⁵¹¹.

No imaginário popular, ainda resiste a visão de que o juiz não pode ser uma pessoa de excessos. Ninguém prefere ser julgado por um lascivo, dependente químico ou alcoólatra do que por um sujeito sóbrio, honrado e honesto. A esse respeito, a experiência pode ser bastante didática: é mais confiável um juiz irritadiço ou calmo? Em uma situação de extrema tensão, por acaso, qual dos dois estaria mais apto a atuar com maior precisão? A mansidão é virtude anexa à fortaleza, por impedir o ímpeto explosivo (cólera) de agir sem antes deliberar. O apetite irascível desordenado (ira) acaba na incapacidade do raciocínio apurado. Logo, é preferível um julgador manso a um irritado, e assim sucessivamente.

Não pode ser prudente quem decide tirar o máximo proveito das circunstâncias, mas sim quem consegue edificar a vida inteira de acordo com as exigências da moral justa. Somente quem age segundo a voz da consciência reta pode repelir as sugestões contrárias aos próprios interesses imediatos: o orgulho, a ambição, o comodismo ou a paixão. Quanto mais no direito, cuja ciência exige não apenas o entendimento e a sabedoria (virtudes intelectuais), como também qualitativos morais (justiça, temperança etc.) associados à reflexão prática. Portanto, se as potências sensitivas do magistrado não estiverem bem ordenadas pelas virtudes morais, haverá prejuízo à sua deliberação prudencial.

Deveras, o desempenho adequado do encargo jurisdicional exige todas as virtudes morais e de duas dentre as cinco intelectuais, quais sejam, a prudência e a arte. Dito isso, seria incorreto afirmar que as virtudes mais importantes para a ética judicial são as intelectuais⁵¹². Como consequência, percebe-se que o direito, sendo uma ciência prática, é influenciado

⁵¹¹ SOLUM, *op. cit.*, p. 189-190. A temperança assegura o domínio de si e a moderação dos desejos, nos sentidos e nos apetites concupiscível e irascível. À semelhança da fortaleza, busca a tutela e a defesa do bom e do justo, especificados pela prudência e pela justiça, respectivamente. O efeito prático mais comum da temperança é o de manter a tranquilidade de espírito – tão necessária para a atividade judicial, a qual está sujeita a algum grau de perturbação, como a inclinação humana aos bens sensíveis e corporais (comida, bebida, sexo, dinheiro etc.). Se um juiz não consegue controlar e orientar tais pulsões, a consciência e a sensatez necessárias para um bom exercício da função jurisdicional restam profundamente prejudicadas: porque, ao invés de a razão sujeitar os sentidos e os apetites, acontece o contrário. Por isso, é importante que o juiz tenha uma vida privada moderada, a fim de que não acabe por influenciar o exercício de sua vida pública (FERNANDES, O bom juiz, cit., p. 148-149). Nas *Ordenações Filipinas* (1603), não se admitia o exercício da magistratura a pessoas solteiras, sob o argumento de ser o casamento um remédio contra a concupiscência e a impudícia, obrigando o magistrado a se casar no prazo de um ano da posse do ofício (O.F. 1.94.1). E, caso se enviuvassem, deveriam casar-se de novo no mesmo prazo, sob pena de destituição do cargo (HOMEM, *op. cit.*, p. 763-764).

⁵¹² BONALDO, *op. cit.*, p. 127. Do ponto de vista intelectual, apenas a sabedoria e a prudência são absolutamente indispensáveis para o indivíduo tomar decisões justas, pois aquela lhe fornece o conhecimento dos princípios primeiros universais do pensamento e esta o habilita a descobrir os meios particulares para determinar a decisão moralmente reta. A posse das outras virtudes intelectuais auxilia o sujeito a decidir com retidão, mas, a rigor, são prescindíveis, porque aperfeiçoam a razão para atividades eminentemente especulativas ou teóricas, e não para a tomada de decisões concretas e a realização de ações práticas justas, quando se tratar do juiz (Ibid., p. 126).

diretamente pelas qualidades morais do intérprete, que não especulam para conhecer uma ordem necessária e universal, mas determinam o que é justo no plano concreto e mutável, aqui e agora. Por isso que o problema da fundamentação jurídica é um problema de fundamentação moral, na medida em que o jurista tem “o dever de agir, no convívio social, sob o norte da consecução do bem comum”⁵¹³, isto é, alguém da descoberta de um conhecimento geral.

Dois exemplos evangélicos podem ser mais elucidativos: Herodes Antipas mandou degolar João Batista, quem admirava e nutria grande apreço, por amor à honra, ao manter uma promessa iníqua, originada na luxúria; Pôncio Pilatos não impediu a crucifixão de Jesus Cristo, quem sabia inocente, por medo dos judeus⁵¹⁴. Ambos não foram voluntariamente injustos, desejosos do mal em que incorriam; antes, agiram contra as suas vontades, conscientes de que estavam praticando um ato errado. Foram coniventes, temendo a ameaça externa. Acabaram por ceder e cometeram uma injustiça, a qual pode ser atribuída à falta de fortaleza: a fragilidade ou fraqueza na defesa do que é justo e correto. Faltava-lhes a retidão necessária para agir com liberdade em direção ao bem e à verdade, independentemente da opinião dos outros.

Isso prova que, para conhecer o bem individual, não bastam virtudes intelectuais. Seria impossível deliberar bem com o coração violentado pelas paixões, a vontade atormentada pelos vícios, a mente esgotada pelo cansaço. O virtuoso (*vir bonus*) julga acertadamente o fim de cada objeto, porque a sua afetividade está dominada pelas outras potências. Se cada faculdade está orientada para o próprio bem, a vontade está direcionada ao bem integral humano. Pois, no conhecimento prático, a vontade de fazer o bem é tão importante quanto a claridade da inteligência.

Aqui está a resposta clássica acerca da imprescindibilidade da posse das virtudes morais para que o jurista seja um bom intérprete da ordem jurídica: diferentemente das ciências teóricas, que não requerem essas exigências éticas para o correto funcionamento do intelecto, o direito atua desde a radicalidade do modo-de-ser pessoal, reivindicando um comportamento reto para a correta apreensão dos bens particulares em conflito. Conforme Aquino⁵¹⁵, a verdade do intelecto prático é relativa à conformidade com a intenção reta da vontade, e não com relação à coisa, como na verdade teórica. Logo, a disposição interior é constitutiva daquela verdade.

Então, chega-se à tormentosa pergunta: pessoas más podem ser bons juízes?

Um bom artista ou cientista pode até ser vicioso, mas jamais uma pessoa prudente: “pode-se ser um bom artífice, ainda que nunca se eleja operar segundo a arte, ou se não preserve

⁵¹³ DIP, *op. cit.*, p. 123.

⁵¹⁴ BÍBLIA. Português. **Novo testamento**. Tradução de Pe. Matos Soares. Campinas: Ecclesiae, 2019.

⁵¹⁵ AQUINO, Suma teológica, cit., Ia IIae, q. 57, a. 6, ad. 3, p. 341.

na sua [boa] operação. Contudo, a ciência tem pouca ou nenhuma força para que o homem seja virtuoso”⁵¹⁶, pois isto depende das virtudes do caráter e não do intelecto. Um biólogo, químico ou físico não necessita tanto de prudência quanto um magistrado, porque o objeto da sua ciência recai sobre um fato natural. Talvez lhe seja útil para melhor selecionar e organizar mais rápido o material da pesquisa, ou para receber críticas à hipótese científica, mas as suas conclusões não dependem absolutamente desse saber prático. O mesmo vale para um bom escultor ou pintor, conquanto lhes possa ser aproveitável em algo no exercício da sua arte.

Essa limitação da técnica em propiciar a consecução do bem moral é característico também das virtudes intelectuais especulativas, como a ciência e a sabedoria. Por isso, dentre todas as virtudes intelectuais, as quais aperfeiçoam a razão, apenas a prudência é considerada igualmente uma virtude moral, porque retifica a ação humana em seu sentido mais profundo e radical, de uma conduta querida, responsável e dirigida a um fim que modifica – aprimorando ou deteriorando – o próprio agente que a põe em marcha⁵¹⁷.

Quando um “cientista do direito” faz sua análise doutrinal, está se utilizando da sua razão teórica, mediante juízos especulativos sobre uma norma abstrata, a qual não incide em nenhum caso concreto, nem tem consequências imediatas. A posição do juiz é inversamente proporcional, porque ele está diante de um problema prático real, afetando diretamente a vida das pessoas e resolvido pelo uso das virtudes práticas – não intelectuais. O conhecimento das leis é apenas uma fração da atividade jurídica, estando mais próxima das cátedras universitárias do que dos fóruns e tribunais. Kelsen parece ter intuído corretamente essa diferença, embora as deficiências de seus pressupostos filosóficos o tenham impedido de entendê-la mais a fundo.

Permanece viva no senso comum a noção de que uma pessoa injusta não pode ser um bom juiz. É verdade que, em regra, os juízes não são extremamente intemperados ou irritados – o que poderia facilmente coexistir, sem maiores problemas, em um físico ou um matemático, cujas ciências abstratas não requerem, em essência, a posse de virtudes morais. No geral, os magistrados tendem a ser minimamente sóbrios e moderados, por causa do decoro exigido no cargo. Caso contrário, sua produção jurisdicional seria diretamente afetada pelos vícios que lhes são correlatos.

Isso não significa, porém, que eles possuem as virtudes cardeais aqui examinadas em abundância. Para o aquinatense, chamar alguém de bom não se dá de maneira definitiva,

⁵¹⁶ AQUINO, Comentários à ética..., cit., II, 4, 5, p. 200. Cf. Id., Suma teológica, cit., IIa IIae, q. 47, a. 4, ad. 2, p. 317.

⁵¹⁷ MORAES, *op. cit.*, p. 107.

mas gradual⁵¹⁸. Quem tem arte ou ciência não é chamado de *absolutamente bom*, porque o seu hábito está somente no intelecto, e não na vontade. Mas, se a vontade dirigir o intelecto e as paixões, o sujeito pode ser considerado *inteiramente bom*. Pessoa má ou medíocre, ao inverso, é aquela em que pelo menos uma dessas potências não está dirigida para o bem.

Não basta ser inteligente, é preciso ter boa vontade e os afetos ordenados. Ninguém pode ser bom pela metade. Daí Javier Saldaña responder: “Não, as más pessoas não podem ser bons juízes, como não podem ser bons em nenhuma atividade que tenha como referência central a dignidade da pessoa e o bem comum.”⁵¹⁹ O trabalho é uma atividade humana: por ser um ato humano, o labor é iluminado pela dimensão ética do homem. Logo, um sujeito mau não pode ser um bom juiz, porque o *agir* segue o seu *ser*⁵²⁰ – quem ele é. Afinal, “as boas e as más ações não podem existir sem uma combinação de pensamento e caráter.”⁵²¹

Essa resposta pode parecer categórica e absurda à primeira vista, mas encontra sua justificativa em um paradigma que admite o papel das características morais no momento de decidir questões sujeitas à mutabilidade. Podemos dizer “que há justiça, num mesmo homem, quando a razão governa o irascível e o concupiscível e quando estas potências obedecem à razão.”⁵²² Assim, quem não possua a retidão no obrar certamente estará mais propenso a tomar decisões injustas ou incorretas, porque não estará agindo com as disposições necessárias para deliberar corretamente e encontrar a verdade prática – substancialmente diferente da teórica.

Não que o mal juiz esteja impedido de ditar sentenças justas, mas que essa chance é consideravelmente menor se comparada ao bom juiz. Um julgador injusto pode prolatar, por acidente, sentenças materialmente justas, mas isto em nada servirá para o seu aprimoramento moral, já que não houve a intenção reta de fazê-lo. Diz-se que o ato foi imperfeito. Por outro lado, não é porque alguém não seja justo que será, automaticamente, injusto⁵²³. Bondade e

⁵¹⁸ AQUINO, As virtudes morais, cit., q. 1, a. 7, ad. 2, p. 82. “E neste ponto é falha a doutrina dos estoicos quando ensinam que não pode ser considerado virtuoso senão quem tiver suma disposição para a virtude. Porque, a virtude, na sua essência, não exige alcancemos o meio termo da razão reta, de modo absoluto, como pensavam os estoicos; mas basta atinjam as proximidades desse meio” (Id., Suma teológica, cit., Ia IIae, q. 66, a. 1, p. 385).

⁵¹⁹ SALDAÑA SERRANO, *op. cit.*, p. 94, tradução livre. Diferente é a situação do cientista ou filósofo do direito, que não atua sobre fatos particulares e individuais. A confusão entre o papel do jurista e do doutrinador pode estar na raiz do esquecimento dessas distinções.

⁵²⁰ FERNANDES, O bom juiz, cit., p. 154.

⁵²¹ ARISTÓTELES, Ética a Nicômacos, cit., VI, 1139b, p. 151. O bom funcionamento da inteligência prática depende da percepção da verdade conforme o desejo correto.

⁵²² AQUINO, Suma teológica, cit., IIa IIae, q. 58, a. 2, p. 373.

⁵²³ AQUINO, Suma teológica, cit., IIa IIae, q. 59, a. 2, p. 384. “De fato, todo homem virtuoso elege o bem, mas, às vezes, não o realiza por causa de algum impedimento exterior. E o vicioso, às vezes, opera uma obra virtuosa, não por eleição virtuosa, mas por temor, ou por algum fim inconveniente, por exemplo, a vanglória, ou por alguma coisa semelhante.” (Id., Comentários à ética..., cit., III, 5, 2, p. 289.) Disso não decorre, porém, que o ato em si não seja virtuoso: o que não houve foi a aquisição da virtude pelo agente moral. Afinal, “o homem chegará a ser justo porque faz justo e será temperante, porque faz uma ação temperante. No entanto, o que não atua assim, nem

maldade são critérios com graus variados de justiça, de modo que a ausência de virtudes não implica necessariamente a inexistência de atos bons externos. Essas diferenças de gênero e grau são primordiais e parecem ter passado despercebidas aos estudiosos nos últimos séculos.

É possível uma pessoa praticar o justo sem que ela mesma seja justa. Há, no direito, uma relativa separação entre o fato e o espírito que o ditou. Para a realização da justiça, não bastam as intenções: o direito é determinado por uma objetividade reconhecida por outrem. Assim é porque existem coisas intersubjetivamente injustas, ao passo que algo temperante ou covarde é mais subjetivo, de difícil verificação objetiva. Logo, “não é preciso que uma pessoa seja antecipadamente justa para fazer o que é justo; donde se conclui também que uma pessoa, sem ser justa, pode fazer algo de injusto.”⁵²⁴

Em geral, a causa pela qual alguém age mal reside ou na ignorância do bem ou no desgoverno das paixões. No primeiro caso, o intelecto detém-se apenas nas aparências externas, impedido de compreender a realidade como ela é, pois estima os bens de forma equivocada e os encobre sob a falsa aparência de “mal”. A inteligência se obscurece não porque confunde o bem com o mal, mas porque considera o bem parcial como o bem total, perdendo de vista o seu fim natural e a hierarquia dos bens⁵²⁵.

No segundo, a vontade se depara com os obstáculos da sensibilidade, sem conseguir agir bem porque as paixões descontroladas (prazer, medo, dor etc.) inclinam-na a, primeiro, amar ou odiar os objetos incorretamente, antes de raciocinar refletidamente, para, depois, bloquear e ofuscar o entendimento, que consentirá em realizar o mal oculto sob a falsa aparência de “bem”. Neste último caso, ainda que a razão seja capaz de identificar a ação má, os desejos irresistíveis dos afetos interpõem-se à vontade, movendo os sentidos contra o bem conhecido. A isto se chama de incontinência (*akrasia* ou *incontinentia*).

se esforça para isso, não se tornará bom.” (Ibid., II, 4, 8, p. 200-201). Antes do hábito adquirido pela virtude, “o homem não realiza as obras da virtude do mesmo modo que o faz o virtuoso, isto é, com prontidão e sem dúvidas, com deleite e sem dificuldade.” (Id., As virtudes morais, cit., q. 1, a. 9, ad. 13, p. 110).

⁵²⁴ PIEPER, *op. cit.*, p. 86. “Obviamente, não é porque um agente bom faz tal coisa que isso é bom. Na verdade, é o contrário: ele é um agente bom porque faz atos bons. O problema é que, para determinar, em cada situação, onde está o bem agir, não se tem nenhum outro critério a não ser a sensibilidade do agente às circunstâncias moralmente relevantes e sua capacidade de perceber qual é a resposta moral adequada a elas. O foco está no agente porque é ele quem unicamente vê o que é moralmente adequado ou saliente em uma dada situação. E ele vê a saliência moral em cada situação não porque dispõe de regras, de bulas para a ação ou de guias morais, mas porque exercita uma percepção ou sensibilidade moral que lhe permite decidir adequadamente, do ponto de vista prático, o que deve ser feito do ponto de vista moral em cada situação prática.” (ZINGANO, Marco. **As virtudes morais**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 31-32.) Em resumo, o ato vicioso não é necessariamente um mal absoluto, já que está mais próximo de uma falha na eleição dos fins ou na deliberação dos meios do que de um desejo irresistível em praticar a maldade.

⁵²⁵ INSA, Francisco. **A formação da afetividade**: uma perspectiva cristã. Tradução de Marcos Paulo F. de Araújo. São Paulo: Cultor de Livros, 2021, p. 94.

Quando o sujeito vislumbra racionalmente a verdade prática a ser realizada, sua afetividade pode não aderir à vontade iluminada pela inteligência em prol da constituição desses fins, tendo por resultado o bem prático que não chega a ser livremente efetivado, por causa desse conflito interno. É a explicação que Platão atribui àquele que foi “vencido pelos prazeres”⁵²⁶. Ou o agente obedece à razão ou entrará em luta contra ela por meio das paixões. Para vencer essas fraquezas, é necessário formar a razão – não apenas conhecendo o que é bom e mau, mas também o porquê – e a vontade – resistindo às atrações desordenadas dos afetos e perseverando na luta pela prática do bem⁵²⁷.

Tal afirmação, bastante intuitiva, é fortemente repelida por aqueles que aderem à metodologia positivista, pela separação formal entre *fato* e *valor*. Se esta poderia ser aplicável, embora com críticas, às ciências exatas e da natureza – cujos objetos são fixos, necessários e imutáveis –, parece incompatível com as que versam sobre os atos humanos móveis. As ações contingentes humanas não podem ser vistas àquele modo, pois dependentes das circunstâncias concretas e da percepção do observador. Assim, sempre haverá um campo de incerteza sobre o qual caberá ao sujeito moral desvendar a solução mais acertada. É precisamente aí onde as virtudes atuam, como ferramenta de correção emocional e valorativa.

A debilidade humana é o campo fértil e propício para a atuação das virtudes morais, as quais, quando vivificadas em plenitude, aprimoram eticamente o ser do sujeito⁵²⁸, superando

⁵²⁶ Cf. PLATÃO, *Protágoras*, cit., 355a-360e, p. 98-107. Aqui reside o erro do intelectualismo socrático, superado por seus discípulos: o indivíduo não falha na ação moral apenas por ignorância (desconhecimento do bem), mas também por não ter uma vontade treinada contra os ímpetus calorosos e ardentes das emoções desordenadas. A inteligência não se confunde com a integralidade do agente moral. Esta requer a retificação constante da vontade em direção aos bens mais elevados, que se enfraquece diante das dificuldades. O conhecimento intelectual, por si só, não garante a firmeza na prática do bem, pois a faculdade que conduz à realização do fim último de cada sujeito, do “humano por inteiro”, é a vontade – e não a sapiência. Cf. AQUINO, *Suma teológica*, cit., Ia IIae, q. 77, a. 2, p. 473-474. Aristóteles já havia notado que é mais fácil pensar a virtude do que vivê-la (ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, cit., VII, 1146a-1152a, p. 171-191). Para uma discussão aristotélica acerca das causas dos vícios, cf. IRWIN, Terence. Vice and reason. *The Journal of Ethics: an international philosophical review*, Dordrecht, v. 5, n. 1, p. 73-97, 2001.

⁵²⁷ INSA, *op. cit.*, p. 96. A virtude que necessitamos por conta da nossa limitação corporal requer o serviço dos movimentos passionais como instrumento de seus fins práticos, que não representam a destruição nem a supressão do irracional na alma, mas sim sua exata ordenação e regulação, enquanto desenvolvimento do seu poder e qualidade; e um meio termo quanto à sua quantidade: pois, suprime os desvios e defeitos dos hábitos (PLUTARCO, *op. cit.*, p. 161). Na pessoa viciosa, a parte irracional não se subordina à racional, de modo que esta última adquire um caráter puramente instrumental para a satisfação dos desejos impulsionados pela primeira, frustrando a escolha dos fins bons e a deliberação dos meios corretos, pelo excesso ou pela falta de emoções.

⁵²⁸ FERNANDES, O bom juiz, cit., p. 16. “Pois acontece às vezes, que o princípio universal, de que agora tratamos, conhecido pelo intelecto ou pela ciência, oblitera-se num caso particular, por influência de alguma paixão. Assim, ao vencido pela concupiscência parece-lhe bem o que deseja, embora vá contra o juízo universal da razão. E, portanto, assim como nos dispomos, para proceder retamente, em relação aos princípios universais, pelo intelecto natural ou pelo hábito da ciência; assim também, para procedermos retamente, em relação aos princípios particulares reguladores dos nossos atos, que são os fins, é necessário sejamos aperfeiçoados por certos hábitos, que, de certo modo, nos tornam conatural o julgamento reto do fim. E isto se dá pela virtude moral. Pois o virtuoso julga retamente do fim da virtude” (AQUINO, *Suma teológica*, cit., Ia IIae, q. 58, a. 5, p. 347).

essa deficiência de caráter. No virtuoso, os elementos irracionais e intuitivos já foram educados para ouvir e assentir à voz da razão, participando do ato moral em plena harmonia com ela⁵²⁹. Evita-se, assim, três patologias da afetividade, que representam três concepções metaéticas: o emotivismo, o voluntarismo e o racionalismo. Cada uma delas representa o predomínio de umas das três dimensões da pessoa sobre as outras duas, gerando uma desordem na unidade da vida interior⁵³⁰.

No processo de determinação do bem concreto – e, em âmbito jurídico, do justo concreto –, as virtudes morais não só cumprem uma função moral negativa, qual seja, a de inibir que o decisor profira um juízo mal ou corrompido, mas também exercem uma função cognitiva positiva, isto é, colaboram com o acerto epistêmico dos juízos emitidos pelo julgador. Desse modo, a determinação da melhor resposta jurídica tem caráter predominantemente racional, muito embora essa racionalidade se exerça através da vontade informada pelas virtudes pessoais do juiz⁵³¹.

Dentro desse esquema construtivo de conjugação das virtudes judiciais, cabe ao magistrado decidir em cada processo com prudência, a fim de dar o direito de cada parte pela justiça, vencendo as tentações do medo pela virtude da fortaleza e do desejo pela temperança⁵³². Em vista destes dados, pode-se lançar novas luzes sobre a forma de interpretar as normas ético-disciplinares da magistratura, fazendo valer um sistema explicativo da realidade antropológica que serve como modelo de controle preventivo da injustiça processual.

4.4 Releitura do Código de Ética da Magistratura Nacional (Res. 60/2008-CNJ)

Um ponto relevante para o estatuto dos magistrados condensa-se na interrogação sobre quais aspectos morais se pode atribuir repercussão jurídica, a fim de definir as condutas judiciais que podem ser sindicadas ou inspecionadas e são suscetíveis de sanção jurídica por constituírem normas criminais, disciplinares ou de responsabilidade patrimonial. O pensamento

⁵²⁹ PERINE, *op. cit.*, p. 99. “O resultado dessa habituação é que os agentes, se bem-sucedidos nessa empreitada, na medida em que se inserem de modo decisivo na rede de relações humanas, adquirem uma percepção moral refinada, de modo que, sem dispor de regras previamente estabelecidas, são capazes de discriminar o certo do errado, estão habilitados a julgar o que deve ou não deve ser feito com base em uma escala essencialmente humana de julgamento.” (ZINGANO, *op. cit.*, p. 33.)

⁵³⁰ INSA, *loc. cit.*

⁵³¹ BONALDO, *op. cit.*, p. 25-26. “Pois, não é por termos o hábito da ciência especulativa que nos inclinaremos a usar dele; esse hábito só nos confere a faculdade de especular a verdade em relação àquilo de que temos ciência. Mas só a moção da vontade que nos leva a usar da ciência habitual.” (AQUINO, *Suma teológica*, cit., Ia IIae, q. 57, a. 1, p. 335.)

⁵³² MARTINS FILHO, *op. cit.*, p. 12.

liberal colocou a tutela dos direitos individuais no centro da preocupação dogmática, de modo que a responsabilidade dos juízes residisse, sobretudo, na conduta abusiva e violadora das garantias processuais, resguardando uma esfera de incoercibilidade jurídica sobre a vida moral. Traçado o quadro sob o qual o estatuto judicial seria futuramente encarado, o trato da ponte entre direito e moral segundo uma relação de interioridade e exterioridade é rompido como reflexo de uma visão distinta da realidade⁵³³.

Dessa herança legalista, ainda persiste a crença de que os códigos – e não as virtudes – irão apaziguar os conflitos sociais decorrentes da interpretação das leis. Tal visão fez com que o debate sobre as qualidades do julgador fosse uma questão de somenos importância, que não merecia maiores atenções por parte dos estudiosos do direito, seja por sua irrelevância prática, seja por sua insuperável subjetividade. Hart⁵³⁴, por exemplo, não destina mais do que três linhas referentes a elas: “a imparcialidade e a neutralidade ao analisar as alternativas; a consideração pelos interesses de todos os que serão afetados; e a preocupação de oferecer algum princípio geral aceitável como base racionalmente ponderada para a decisão.”

Dada a relevância de seu papel na sociedade, a magistratura carece de pessoas com uma formação própria, diversa da fornecida pelas universidades, no preenchimento de seus quadros. Embora, no Brasil, os juízes não sejam preparados pelo órgão judicante, as escolas superiores da magistratura deverão formá-los se desejam ter bons profissionais. Ocorre que uma formação jurídica oscilante entre análise doutrinal e comentários de textos legais, reproduzindo a pedagogia universitária, continuará a gerar dificuldades aos que optem pela carreira depois de formados, principalmente quando tiverem de cotejar a norma jurídica com a realidade social em que estão inseridos para elaborar a sentença judicial⁵³⁵.

Sem uma profunda reforma na formação dos magistrados, a postura convencional do ensino universitário aquela atualmente oferecida será reforçada, enfatizando o legalismo no exercício da prestação jurisdicional⁵³⁶. É evidente a vantagem do texto escrito pela estabilidade

⁵³³ HOMEM, *op. cit.*, p. 607.

⁵³⁴ HART, Herbert. **O conceito de direito**. Tradução de Antonio de Oliveira Sette Camara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 264.

⁵³⁵ PRADO, *op. cit.*, p. 103.

⁵³⁶ PRADO, *op. cit.*, p. 92. A rejeição da ética casuísta é uma meta persistente do sonho idealista de que as normas éticas sejam inseridas em uma ciência teórica universal. Isso é, precisamente, o que a distinção aristotélica entre *episteme* e *phrónesis* – ou: conhecimento científico e sabedoria prática – foi projetada, desde o início, para minar (JONSEN; TOULMIN, *op. cit.*, p. 20). A propósito, é sintomática a erupção de “cursinhos” para o ingresso na magistratura, armados das mais novas técnicas de memorização e treinamento para os estilos avaliatórios de cada banca examinadora. Criou-se uma poderosa “indústria da aprovação”, sem nenhum compromisso com o caráter, a personalidade, o temperamento, o espírito público e a formação moral dos alunos. Não surpreende que muitos aprovados, a partir da nomeação, se considerem liberados dos deveres de estudar e se aprimorar, uma vez atingida a meta proposta (NALINI, *Ética da magistratura*, cit., p. 341, n. 2).

de sua redação; porém, isto nunca foi uma barreira para evitar disputas hermenêuticas em torno do seu significado. O problema é quando a maioria dos manuais sobre o assunto fazem uma leitura meramente deontológica das normas éticas, como se o puro conhecimento – dissociado de uma prática habitual – fosse suficiente para mudar o comportamento dos seus receptores.

A escassez de referências explícitas às virtudes humanas já é um indicativo que denuncia a carência de substrato filosófico dos principais doutrinadores encontrados na revisão de literatura⁵³⁷. Por trás dessa abordagem deontológica, existe a presunção de que toda postura ética decorre de um código de regras e princípios gerais como corretos, não apenas agora e para ela, mas sempre e invariavelmente. De acordo com essa visão, os problemas práticos da vida moral podem ser resolvidos de forma simples e final ao reconhecer ou escolher um estatuto particular que o agente aceitará como tendo autoridade sobre os seus pensamentos e ações⁵³⁸.

Tudo se transforma em desafio ao intelecto de como sistematizar esse normativo. O dano decorrente dessa ênfase demasiada em normas universais invariáveis não se limita ao nível teórico do pensamento ético, pois também causa dificuldades na prática, por distorcer a percepção dos problemas morais que surgem nas circunstâncias reais da vida. Se combatermos esse encantamento pelo sonho de um algoritmo ético, capaz de fornecer respostas únicas e definitivas a todas as questões morais, logo perceberemos que mesmo o melhor conjunto de regras ou princípios não pode, por si só, satisfazer as expectativas⁵³⁹ de cada período histórico.

Na moralidade, como no direito e na administração pública, a assunção de que todas as decisões práticas devem estar assentadas em um sistema suficientemente claro e geral de regras ou princípios invariáveis tem, do ponto de vista teórico, alguma atratividade. Contudo, ao lidar com casos particulares da vida real, tais normas nunca conseguem acompanhar inteiramente as novas circunstâncias. A aplicação de regras morais, legais e administrativas exige sempre o exercício da percepção e do discernimento humanos – o que, tradicionalmente, foi confiado à prudência. E, quanto mais problemáticas as situações se tornam, maior é a necessidade de tal discernimento⁵⁴⁰.

⁵³⁷ Quais sejam: SEREJO, Lourival. **Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional**. Brasília: ENFAM, 2011, p. 9-11; NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 501 e ss. É verdade que Nalini escreveu um artigo prescrevendo as virtudes cardeais do juiz (Idem. Virtudes cardeais do juiz brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 881, p. 57-72, mar. 2009); contudo, essa linguagem não foi seguida enfaticamente no restante dos seus escritos. Em obra posterior, ele se desfilia da abordagem deontológica para se aproximar do consequencialismo (Id., *Ética da magistratura*, cit.). Uma exceção pode ser encontrada em: MARTINS FILHO, *op. cit.*

⁵³⁸ JONSEN; TOULMIN, *op. cit.*, p. 6.

⁵³⁹ JONSEN; TOULMIN, *op. cit.*, p. 6-7.

⁵⁴⁰ JONSEN; TOULMIN, *op. cit.*, p. 10.

Isso é ainda mais válido para o direito. Ao desempenhar uma função que atinge aspectos essenciais da vida individual e social, o juiz, como qualquer ser humano, não está imune às influências do inconsciente. Por isso, revela-se anacrônica a insistência em adotar critérios meramente formais na seleção, preparação e aperfeiçoamento daqueles que vão decidir o destino dos indivíduos e dos grupos sociais⁵⁴¹, confiando que regras gerais podem eliminar a dualidade existente entre lei e equidade na busca pela justiça material.

Nesse cenário, é impossível avaliar se os melhores juízes – moral e intelectualmente – estão sendo aprovados; ou melhor, se são eles vocacionados. Seria preciso agir antes, sobre a matéria-bruta do candidato, aceitando a riqueza das diferenças. Essa constatação reforça que o problema não é só institucional, mas também estrutural. Faz-se necessário repensar o próprio modo como as disciplinas são ensinadas no bacharelado, para servirem de direcionamento à futura profissão pretoriana.

Muitas pessoas, quando pensam em formação humanística, tendem a considerá-la como um saber puramente teórico. Sendo assim, receber bons conteúdos doutrinários, técnicos e profissionais ao longo da vida seria sinal de uma boa formação. Não sem causa, pouca ou quase nenhuma atenção se dá ao estudo de caso nos cursos de graduação⁵⁴² – é dizer, das decisões jurisprudenciais –, restringindo o ensino basicamente à exegese legal e codificada, como se o conhecimento teórico da letra da lei fosse o único possível ou necessário, e tampouco os pré-conceitos do intérprete pudessem macular essa pureza.

A visão de que a ética se faz simplesmente pelo ensino formal de conteúdos escritos é bastante inapropriada e ineficaz, porque não modifica nem convence a vontade do agente de que aquelas regras são boas, razoáveis e adequadas, impondo-as mais pelo medo da sanção do que pelo assentimento da razão. A punição faz parte da solução, mas a educação dos afetos e o incentivo do comportamento certo precedem à coerção. Dito isso, é vantajoso abordar a matéria sob outra perspectiva, mais positiva, que valorize e enobreça a percepção do sujeito sobre os bens em jogo. Uma chave de leitura possível é a ética das virtudes, que já está implícita, de modo sutil, nesses normativos disciplinares.

⁵⁴¹ PRADO, *op. cit.*, p. 102.

⁵⁴² As faculdades de direito pré-iluministas se limitavam a ensinar o direito canônico e o direito romano, por serem o elemento estável que fornecia à ciência jurídica os traços de universalidade e imutabilidade. Já o direito nacional, contingente e relativo às circunstâncias específicas de cada comunidade, não preenchia esses requisitos teóricos, sendo aprendido na prática forense e não nas cátedras universitárias. O estudo do direito natural era reservado aos filósofos e teólogos morais (HOMEM, *op. cit.*, p. 334-342). Além disso, os juristas já ingressavam na universidade tendo recebido uma educação humana nas disciplinas do *trivium*, funcionando como requisito muito diferente dos atuais vestibulares, focados em um conhecimento tecnológico da matéria. Isso permitia que houvesse o contato e a deferência dos futuros magistrados com os valores éticos da sociedade.

No Código de Ética da Magistratura Nacional, instituído pela Resolução nº 60/2008 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, o artigo 30 aduz que *o magistrado bem formado não é só aquele que conhece o direito vigente, mas também o que desenvolveu as capacidades técnicas e as atitudes éticas adequadas para aplicá-lo corretamente*. Não somente as leis vão garantir a melhor administração da justiça, mas também a conduta íntegra e pobra do julgador, que se encontra em permanente capacitação (art. 29).

A obrigação de formação contínua dos magistrados estende-se tanto às matérias especificamente jurídicas quanto no que se refere aos conhecimentos e técnicas que possam favorecer o melhor cumprimento das funções judiciais (art. 31), a partir da união de esforços teóricos e práticos (art. 35). Contudo, embora esses preceitos já estejam presentes na legislação vigente há mais de uma década, seguindo o sulco aberto pelo Código Iberoamericano de Ética Judicial (2006), ainda parece haver uma lacuna doutrinária na compreensão dos seus efeitos e nos modos de sua aplicação positiva.

O Código Iberoamericano, elaborado pelos jusfilósofos Manuel Atienza e Rodolfo Luis Vigo, admite, na parte final do parágrafo XIII da Exposição de Motivos, a possibilidade de se conceber as exigências éticas na linguagem própria das virtudes, como alguns códigos de ética judicial já o fizeram, a exemplo do México⁵⁴³. Não obstante esta não seja a opção adotada pelo codificador brasileiro, isso não significa que o diploma não possa ser assim interpretado, já que se baseia no modelo continental, o qual adotou esse espírito.

Senão vejamos a sequência de virtudes incentivadas e de vícios combatidos pelo Código de Ética da Magistratura Nacional, inserida na maioria dos seus artigos disciplinares:

Quadro 3 – Lista de virtudes e vícios no Código de Ética da Magistratura Nacional

<i>VIRTUDE</i>	<i>ARTIGO CORRESPONDENTE</i>	<i>VÍCIO</i>
Equidade	Art. 3º A atividade judicial deve desenvolver-se de modo a garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana, objetivando assegurar e promover a solidariedade e a justiça na relação entre as pessoas.	Injustiça
Integridade	Art. 4º Exige-se do magistrado que seja eticamente independente e que não interfira, de qualquer modo, na atuação jurisdicional de outro colega, exceto em respeito às normas legais.	Arrogância
Autenticidade	Art. 5º Impõe-se ao magistrado pautar-se no desempenho de suas atividades sem receber indevidas influências externas e estranhas à justa convicção que deve formar para a solução dos casos que lhe sejam submetidos.	Pusilanimi- dade
Veracidade	Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e	Astúcia

⁵⁴³ ATIENZA, Manuel; VIGO, Rodolfo Luis. **Código Ibero-americano de ética judicial**. Tradução de Rosa Maria Severino. Brasília: CJF, 2008, p. 11.

	evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.	
Respeito	Art. 9º Ao magistrado, no desempenho de sua atividade, cumpre dispensar às partes igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação.	Desprezo
Modéstia	Art. 13. O magistrado deve evitar comportamentos que impliquem a busca injustificada e desmesurada por reconhecimento social, mormente a autopromoção em publicação de qualquer natureza.	Vaidade
Sinceridade	Art. 14. Cumpre ao magistrado ostentar conduta positiva e de colaboração para com os órgãos de controle e de aferição de seu desempenho profissional.	Hipocrisia
Honestidade	Art. 19. Cumpre ao magistrado adotar as medidas necessárias para evitar que possa surgir qualquer dúvida razoável sobre a legitimidade de suas receitas e de sua situação econômico-patrimonial.	Ganância
Diligência	Art. 20. Cumpre ao magistrado velar para que os atos processuais se celebrem com a máxima pontualidade e para que os processos a seu cargo sejam solucionados em um prazo razoável, reprimindo toda e qualquer iniciativa dilatória ou atentatória à boa-fé processual.	Morosidade
Laboriosidade	Art. 21. O magistrado não deve assumir encargos ou contrair obrigações que perturbem ou impeçam o cumprimento apropriado de suas funções específicas, ressalvadas as acumulações permitidas constitucionalmente.	Desleixo
Cordialidade	Art. 22. O magistrado tem o dever de cortesia para com os colegas, os membros do Ministério Público, os advogados, os servidores, as partes, as testemunhas e todos quantos se relacionem com a administração da Justiça.	Boçalidade
Discernimento	Art. 24. O magistrado prudente é o que busca adotar comportamentos e decisões que sejam o resultado de juízo justificado racionalmente, após haver meditado e valorado os argumentos e contra-argumentos disponíveis, à luz do Direito aplicável.	Temeridade
Precaução	Art. 25. Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às conseqüências que pode provocar.	Precipitação
Humildade	Art. 26. O magistrado deve manter atitude aberta e paciente para receber argumentos ou críticas lançados de forma cortês e respeitosa, podendo confirmar ou retificar posições anteriormente assumidas nos processos em que atua.	Presunção
Fidelidade	Art. 27. O magistrado tem o dever de guardar absoluta reserva, na vida pública e privada, sobre dados ou fatos pessoais de que haja tomado conhecimento no exercício de sua atividade.	Maledicência
Amizade	Art. 33. O magistrado deve facilitar e promover, na medida do possível, a formação dos outros membros do órgão judicial.	Egoísmo
Proatividade	Art. 34. O magistrado deve manter uma atitude de colaboração ativa em todas as atividades que conduzem à formação judicial.	Preguiça
Magnanimidade	Art. 35. O magistrado deve esforçar-se para contribuir com os seus conhecimentos teóricos e práticos ao melhor desenvolvimento do Direito e à administração da Justiça.	Tibieza
Estudiosidade	Art. 36. É dever do magistrado atuar no sentido de que a instituição de que faz parte ofereça os meios para que sua formação seja permanente.	Displicência
Discrição	Art. 37. Ao magistrado é vedado procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções.	Vulgaridade

Ninguém ousaria afirmar que “tanto faz” o juiz estar do lado direito ou esquerdo da tabela. Há uma nítida demarcação moral das posturas viciosas e virtuosas que cada pessoa deve adotar na sua vida privada e profissional. Observa-se como essas características não se resumem

a requisitos funcionais para o bom exercício do cargo, mas englobam dezenas de qualidades interconectadas que incrementam a legitimidade dos atos judiciais. Esses comportamentos são reconhecidos pela maioria das pessoas como desejáveis ou indesejáveis.

Alguns tendem a aumentar a confiança dos cidadãos nos seus juízes: independência, imparcialidade, transparência, integridade, diligência, dedicação, cortesia, sigilo, dignidade, honra e decoro; outros tendem a produzir decisões melhores: justiça, prudência, conhecimento, capacitação. Em suma, o Código elenca uma série de virtudes cuja a habitualidade das condutas consolidará as disposições necessárias para a excelência judicial, representando um estímulo para fortalecer a vontade de juízes ainda não inclinados a elas.

“A vida privada de um magistrado, a princípio, pode escapar da vigilância do Poder Judiciário. Entretanto, é difícil separar esses dois momentos da sua existência.”⁵⁴⁴ Essa unidade de vida faz com que a conduta particular do juiz não esteja isenta de avaliação, nem fique fora das exigências atinentes à sua atividade, por força da integridade pessoal e profissional que contribui para uma fundada confiança da coletividade na judicatura (art. 15). A designação ao cargo não é um salvo-conduto para a prática de quaisquer atos que não firam a legalidade, diferentemente dos atores privados, que estão sujeitos à autonomia da vontade.

A Administração Pública também é regida pelo princípio⁵⁴⁵ da moralidade, que dispõe não apenas a estrita observância da moral pública no exercício do cargo, mas também a aparência de que os procedimentos privados não violam o dever funcional. Esse comando não é apenas negativo (não fazer), mas também positivo, no sentido de que o agente deve sempre atuar de boa-fé, exercitando-se na probidade. *O magistrado deve comportar-se na vida privada*

⁵⁴⁴ SEREJO, *op. cit.*, p. 53. A literatura publicada do renascimento até o início do século XIX se dedicava ao comportamento dos juízes, em público e em privado. Aspectos como a aparência exterior, o casamento, as amizades, os locais onde podia residir e os hábitos do juiz eram objetos de reflexão jurídica e estavam sujeitos à sindicância estatal. A imparcialidade do juiz era vista mais como uma virtude individual do que como uma garantia do sistema normativo. Exemplo disso é o conceito de *ius honorarium*, possibilitando aos magistrados serem considerados fonte do direito em função da sua honra (HOMEM, *op. cit.*, p. 710). “O padrão de honestidade pode ser aferido em pequenos detalhes do comportamento do juiz. A assiduidade, a pontualidade, a dedicação ao trabalho, o dar o máximo de si na solução dos problemas. Atraso sistemático e consciência tranquila com essa situação refletem espírito mais vulnerável. A honestidade intelectual, que recomenda a pesquisa e o estudo intenso, não o descompromisso das decisões singelas. A indicação das fontes, quando as citações são extraídas de obra alheia, o rigor científico na busca de alternativa adequada à verdadeira solução da causa, a transparência em tudo, que é uma face de honestidade em sentido compreensivo.” (NALINI, A formação do juiz, *cit.*, p. 130-131.) Por um conceito descritivo de moralidade e contra a noção de que ela é privada, cf. HAIDT, Jonathan; KESEBIR, Selin. *Morality*. In: FISKE, Susan T.; GILBERT, Daniel T.; LINDZEY, Gardner (ed.). **Handbook of social psychology**. 5. ed. Hoboken: John Wiley & Sons, 2010, p. 797-832.

⁵⁴⁵ É interessante notar a diferença entre princípios e virtudes, pois nem todo princípio se identifica com uma virtude. Princípio é a origem, a causa de algo; e, no direito, significa a norma regente de um conjunto de regras jurídicas. Já a virtude é sempre um hábito humano, dirigindo-se à realidade, o que exige mais ação do que intelecção. Por exemplo, a razoabilidade pode ser entendida como um princípio jurídico, mas é somente a virtude presente na pessoa do intérprete que poderá ser chamada de prudência. Logo, embora uma possa conter a outra, ambas se manifestam em momentos distintos: uma na teoria e outra na prática.

de modo a dignificar a função, cõscio de que o exercício da atividade jurisdicional impõe restrições e exigências pessoais distintas das acometidas aos cidadãos em geral (art. 16).

Se um juiz se porta de maneira imoral na sua vida privada, provavelmente irá reproduzir esse comportamento nas suas decisões públicas, porque não enxerga reprovabilidade na sua conduta. As abstrações intelectuais são apenas uma primeira parte do raciocínio jurídico, que antes conta com juízos de valor a respeito do caso. O seu mau hábito moral vai refletir no modo como ele interpreta os fatos, porque o julgamento, ainda que no controle abstrato de constitucionalidade, sempre se refere a dados concretos da realidade. Daí normativos que dizem respeito exclusivamente à pessoa do intérprete, e não apenas ao seu conhecimento acerca da ordem jurídica.

A judicatura não é mero emprego público, ou simples ocupação da qual se despede tranquilamente após cumprida. É uma forma interior de vida, que representa o itinerário permanente e a existência individual num caminho que não se desvia. Os indivíduos agem na vida pública com base no seu imprescindível juízo privado. E tal juízo sofre influxo de diversas índoles, inclusive das regras publicamente convencionadas. Mas, sempre será uma escolha de bens por parte do sujeito, e de bens que ele considera importantes para si e para os outros; e, uma vez que esses bens têm de apontar para certas finalidades, são eles que constituem a estrutura normativa da ação humana, cuja expressão é o que se chama moral⁵⁴⁶.

O legislador retomou, para o Judiciário no Brasil, a noção desprestigiada de virtude, como qualidade que deveria alçá-lo a uma condição de melhor julgar os seus semelhantes. Espera-se daquele que julga que se acautele para não dar maus exemplos. Quem faz incidir sobre os outros a rigidez da lei deveria situar-se num patamar condigno, senão incólume, ao menos aparentemente blindado por seus atributos de pessoa de bem. A qualidade da justiça está indissolivelmente vinculada à qualidade dos que receberam a atribuição legal de concretizá-la. Por isso é que o deslize praticado por juiz recai, de forma injusta, mas compreensível, sobre toda a Magistratura⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶ BONALDO, *op. cit.*, p. 189. “Os aspectos éticos da carreira preordenam todos os demais. Em virtude mesmo de seu compromisso com o bem é que o juiz se empenhará no estudo e no auto-aperfeiçoamento. Não hesitará mesmo diante de desafios aparentemente invencíveis. Não desanimará. Zelar pela consecução da Justiça, mais do que pelo desencargo de tarefa rotineira. Conferirá dimensão de nobreza ao seu mister, razão primeira de sua aventura terrena.” (NALINI, *A formação do juiz*, cit., p. 128.)

⁵⁴⁷ NALINI, *Ética geral e profissional*, cit., p. 702. “Se o húmus do Direito é a Moral, em que os ‘bons costumes’ acabam sendo positivados num ordenamento jurídico nacional, temos que a Ética constitui o fundamento de toda atividade jurisdicional. O juiz, para distribuir a justiça, dando a cada um o que é seu, também deve aplicar essa justiça a si mesmo, cumprindo seus deveres e obrigações. O objeto dos códigos de ética da magistratura é justamente o elenco desses deveres, que podem ser vistos apenas como imposições legais ou morais externas ao magistrado, ou, tal qual procuraremos mostrar, como virtudes ou qualidades a serem desejadas e adquiridas pelo julgador.” (MARTINS FILHO, *op. cit.*, p. 111.)

A ética judicial implica tanto rejeitar os padrões de conduta próprios de um mau juiz como os de um juiz medíocre, que se conforma ao mínimo juridicamente exigido. Uma vez incorporados deveres para o magistrado em relação às melhores condutas para a vida social, o direito pretende que o julgador assuma a consciência da sua obrigatoriedade, requerendo um compromisso superior de excelência com a rejeição da mediocridade judicial, além de formar títulos que tornem possível reclamar o seu cumprimento e responsabilizar os dissidentes⁵⁴⁸.

Embora os diplomas de condutas prevejam comportamentos vedados, por serem incompatíveis ao exercício do cargo, dificilmente proibições virão a estimular alguém a ser uma pessoa melhor. Elas podem até evitar que atos maus sejam cometidos, mas não podem garantir que atos bons serão praticados. Essa ética da mediocridade não atende aos imperativos da justiça, que exige decisões cada vez mais justas e prudentes, condizentes à realidade presente. Um magistrado que se limite a não fazer o mal, aquilo que está normativamente proibido, não pode ser considerado um bom juiz. No máximo, é um julgador mediano.

A ética aplicada – que jamais se confunde com a subjetividade do agente – não se contenta em fazer apenas o legalmente esperado, mas agir em direção ao autoaperfeiçoamento, redundando em maior qualidade de vida para si e para os demais. Enquanto os cidadãos têm o *dever moral* de buscar a própria perfeição pessoal, em vista à melhoria das relações sociais, todo magistrado tem o *dever jurídico-funcional* de buscar a própria perfeição profissional, em razão do cargo público que ocupam, dotado de autoridade jurídica e moral, bem como destinado a cumprir uma missão republicana, educativa e exemplar de cidadania e serviço aos litigantes.

O cargo judiciário não é privativo do titular, sujeito à sua livre disposição após a nomeação, pois pertencente ao Estado e, em última análise, à própria sociedade. É fruto de uma escolha pessoal que carrega os seus ônus especiais⁵⁴⁹. Por isso:

Não existe encerramento da missão de se auto-aperfeiçoar. Todo ser humano está continuamente se renovando, aprendendo, acrescentando ciência de vida ao seu patrimônio de consciência. Ninguém pode, em estado de lucidez, concluir já conhecer tudo e nada mais precisar reter. A busca da excelência é compromisso contínuo, de duração igual à da vida. E para o profissional encarregado de julgar seus semelhantes, essa concepção deve estar sempre aguçada. De sua proficiência pode depender o

⁵⁴⁸ ATIENZA; VIGO, *op. cit.*, p. 9-10. “Os códigos de ética profissional são o resultado de um processo racional que procura estabelecer normas derivadas de uma noção ideal do profissional que pretendem plasmar, porque parte do suposto de existir um perfil profissional pernicioso para a própria profissão e, no limite, para a própria sociedade. Logo, se aspiramos a formar bons profissionais ou profissionais éticos é porque rechaçamos os maus profissionais.” (FERNANDES, O bom juiz, cit., p. 173.) “Pois o ser humano chamado a julgar não pode situar-se num grau de inferioridade moral em relação àqueles sobre os quais incidirá seu julgamento. Não que seja fácil estar moralmente *acima dos demais*.” (NALINI, Ética da magistratura, cit., p. 181-182.)

⁵⁴⁹ Cf. NALINI, Ética da magistratura, cit., p. 282.

concretizar-se do direito alheio. Ou a efetivação do bem da vida insubstituível e precioso para o titular, confiado à sua tutela⁵⁵⁰.

O conceito de um “bom juiz” não pode ser definido satisfatoriamente em termos normativos, pois não é só aquele que aplica o direito vigente sem incorrer em delitos ou faltas disciplinares na sua atividade profissional, tampouco quem não é corrupto (*iudex corruptus*). Precisamos ir além das normas e dos deveres judiciais, porque há certas qualidades (virtudes) que não poderiam ser plasmadas positivamente. Há traços de caráter que se forma justamente através do exercício da profissão, mas que também exigem certa disposição para eles⁵⁵¹.

Ainda que estas noções estejam implicitamente encampadas nos códigos de ética, não se deduz que ela seja conscientemente seguida e estimulada como modo de vida virtuoso. Eles não podem ser lidos como uma mera legislação, igual aos diplomas civilistas e criminais. A consolidação das normas éticas é um estatuto formativo, que visa a informar os magistrados de quais virtudes deve possuir e adquirir para o bom exercício da sua profissão. A mera leitura dos dispositivos disciplinares é incapaz de fazer com que a pessoa transforme intelectualmente aqueles comandos em ações habituais. É preciso incorporar novos hábitos por meio da decisão espontânea de praticar e desenvolver a bondade na vida cotidiana.

Este esquema pode ser proposto, mas jamais imposto coercitivamente pelo Estado. Cada indivíduo deve aderir livremente ao bem, enquanto ordenação da própria vontade. Porém, o fato de as virtudes não serem impositivas não significa que não haja nenhuma forma de controle estatal, nem de incentivo à sua prática. Os códigos já punem, com sanções jurídicas, infrações disciplinares da carreira – as quais nada mais são do que comportamentos viciosos, socialmente indesejáveis. Também deve haver prêmios administrativos que estimulem a sua consecução, muito além da mera análise de eficiência processual dos gabinetes – que, inclusive, pode ter efeito reverso na instigação de boas práticas institucionais.

A psicologia contemporânea tem enfatizado as vantagens de uma educação fundada na linguagem positiva, em que a promoção do bem-estar é a base para uma aprendizagem eficaz e uma boa vida em geral. A neurolinguística tem se debruçado sobre a dificuldade do cérebro em lidar com afirmações negativas⁵⁵² – as proibições do “não” –, gerando um reforço negativo no desenvolvimento de habilidades e competências. Com isso, seria psicologicamente mais

⁵⁵⁰ NALINI, A formação do juiz, cit., p. 148.

⁵⁵¹ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. Virtudes judiciales: sobre la selección y formación de los jueces en el estado de derecho. **Claves de razón práctica**, Madrid, n. 86, 1998, p. 38.

⁵⁵² Cf. MERCER, Sarah *et al.* Positive language education: combining positive education and language education. **Theory and Practice of Second Language Acquisition**, Katowice, v. 4, n. 2, p. 11-31, dez. 2018; NIEUWLAND, Mante S.; KUPERBERG, Gina R. When the truth is not too hard to handle: an event-related potential study on the pragmatics of negation. **Psychological Science**, Thousand Oaks, v. 19, n. 12, p. 1213-1218, dec. 2008.

eficaz focar nas virtudes (“seja prudente”, “seja temperante” etc.) do que nos vícios (“não seja corrupto”, “não faça isso” etc.) ao ensinar as excelências judiciais.

Em suma, a teoria da virtude judicial não se pergunta apenas sobre quais os limites da atuação jurisdicional, a fim de impedir que os juízes usurpem as funções de outros poderes republicanos, mas se dedica ainda a prescrever, de modo positivo, as qualidades necessárias ao bom exercício da profissão judicial. Com isso, é evidente a recepção da ética das virtudes pelos normativos do Estado, ao encamparem princípios morais nos códigos disciplinares. A redescoberta desse paradigma pode revitalizá-los, despertando a consciência moral dos magistrados para além da regulação externa de suas condutas.

Códigos de normas profissionais servem de diretrizes éticas mínimas (deontologia). Como qualquer estatuto, eles podem influenciar a ação de seus destinatários: contudo, por si sós, são incapazes de modificar, de maneira substancial, a realidade pretoriana, enquanto se limitarem a conclamar uma obediência extrínseca aos protocolos legais. É na vontade de cada indivíduo que se forma um comportamento virtuoso (ontologia). Portanto, a sua promulgação deve sempre vir acompanhada de uma revisão dos programas de formação da magistratura, com o objetivo de que estes facilitem o desenvolvimento das virtudes judiciais, indispensáveis ao desempenho do cargo, e estejam orientados a inculcar os traços de caráter que deve possuir um bom juiz⁵⁵³.

Por isso, o modelo aqui proposto não visa a ser aplicado nos concursos públicos para seleção de novos magistrados, tampouco pretende ser critério de validade do direito, a fim de corrigir moralmente a ordem jurídica. O objetivo é servir de norte para a formação ético-profissional dos julgadores, guiando os futuros métodos e diretrizes dos cursos de reciclagem, capacitação e aperfeiçoamento da magistratura, como também para a reformulação pedagógica do ensino das disciplinas de ética jurídica no ambiente universitário.

Um candidato à magistratura vicioso não representa uma barreira intransponível para que ele ingresse na carreira. Todos podem aprender a ser virtuosos, e esse caráter corretivo da ética judicial é a sua marca de mutabilidade e adequação ao aprendizado. Toda educação pressupõe uma dinâmica de evolução, de modo que alguém que não possua um saber possa vir a tê-lo. Então, não é indispensável a posse de virtudes para o ingresso no cargo, desde que não acarretem em vícios graves. Aliás, nas etapas seletivas, já há a sindicância de vida pregressa para eliminar aqueles candidatos com histórico criminal incompatível com a função.

⁵⁵³ AMAYA NAVARRO, *Virtudes judiciales y argumentación*, cit., p. 47.

Resulta inquestionável a dificuldade em avaliar institucionalmente a existência ou o grau de incidência das virtudes nos magistrados, bem como a possibilidade real de que elas venham a ser adquiridas pelos aprovados. Afinal, “o que o que se pode transmitir numa preparação institucionalizada, num curso de formação para magistrados, não é a parcela mais relevante do arsenal suficiente para o exercício da função.”⁵⁵⁴ Todavia, essa é uma empreitada que precisa ser tomada, mesmo que ainda não seja possível quantificar os seus resultados.

⁵⁵⁴ NALINI, A formação do juiz, cit., p. 133. “No campo da moral, a formação especializada mais servirá a detectar o material humano provido de atributos credenciadores, que a incutir noções quase sempre inatas em candidatos à carreira. A formação pode contribuir, sim, para apontar comportamentos que possam vulnerar a imagem ideal da Justiça. A do juiz arrogante, distanciado dos jurisdicionados, prepotente em sua inadequada concepção do papel que o sistema lhe reservou. Ou o desalento da acomodação, da desídia ou do pouco interesse, quando tanto espera da Justiça a comunidade.” (Ibid., p. 127.)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o advento da modernidade, a formação ética dos juízes deixou de ser o aspecto mais relevante para o bom desempenho no cargo. Paulatinamente, foi consolidada a narrativa de que a inteligência era o principal fator da interpretação judicial. Com isso, a capacitação técnico-científica superou o estudo das virtudes morais nos programas pedagógicos universitários e até nos cursos de formação e aperfeiçoamento da magistratura, por causa da sua suposta objetividade e preponderância na aplicação do direito.

No entanto, teorias recentes têm resgatado a importância da qualificação moral do intérprete para a correta compreensão do sistema normativo e a construção da melhor sentença judicial. Isso porque o direito não se resume a uma ciência jurídico-positiva, com normas gerais e abstratas encerrando a realidade, mas se materializa na multiplicidade dos atos humanos, que variam conforme o tempo e o lugar. Essa mutabilidade faz dele uma ciência com características práticas que lhe são peculiares, sendo imperativo adotar uma metodologia diferente daquela empregada às ciências exatas e naturais, mais compatível ao seu objeto.

Essa tensão pendular entre virtude moral e segurança jurídica demonstra dois modos diferentes de enxergar o direito: no primeiro caso, a prevalência da justiça sobre a lei positiva; no segundo, a preferência da segurança sobre a prudência jurídica. Em si mesmos, nenhum desses dois paradigmas é completamente falso: ambos elegem um fim como prioritário, apresentando vantagens e desvantagens. O que cumpre ao teórico do direito é extrair o melhor dos dois mundos, descartando o excesso que lhe é inconveniente.

A exigência de sistematização do direito foi o meio encontrado pela modernidade para assegurar a estabilidade dentro dos Estados-nações. Seu erro foi projetar uma interpretação do direito que era, sobretudo, intelectual; quando, de fato, é muito mais moral. Essa inversão epistemológica contribuiu para a crise do sistema jurídico atual, que renegou o seu fim natural – que é a distribuição da justiça – por preferências metodológicas, sofrendo pela ausência de identidade sólida. O dilema entre uma justiça *real e material* e outra *formal e legal*, entre o governo dos homens e o império das leis, conduziu a dois sistemas extremados que parecem isoladamente inadequados.

A história do pensamento jurídico não é cumulativa, mas recheada de progressos e retrocessos, sendo salutar extrair de tudo o melhor e conciliar as melhores doutrinas no que forem verdadeiras entre si. O resultado dessa observação é que uma síntese dialética levaria a reconhecer aspectos positivos em ambos os paradigmas, que, por suas próprias insuficiências, poderiam ser assimilados para a construção de um novo molde futuro, com maior coerência.

Seria um erro retroceder onde a modernidade avançou, mas tampouco seria correto ignorar o que a antiguidade acertou.

No que concerne à formação judicial, a passagem do período medieval para o moderno não representa mais avanços do que retrocessos. Se, do ponto de vista formal, houve um ímpeto de progresso na segurança jurídica e na estabilidade institucional, do ponto de vista material, houve um regresso na efetivação da justiça real pelo formalismo processual. Esse paradoxo revela a necessidade de repensar o modelo atual de capacitação da magistratura, a fim de assegurar a formação integral dos juízes – e não parcial, em somente um daqueles pontos.

Para abranger a integridade da pessoa, é preciso pensar na formação como um *ser*. Um bom profissional sabe a ciência e a técnica que a sua profissão requer; mas tem algo mais: adquiriu hábitos (*modos-de-ser*) que o ajudam a aplicar bem essa ciência e técnica que possuiu. A formação integral do magistrado exige a conciliação entre a técnica jurídica, produto de uma legislação avançada, e o perfil humanista, fundado em uma matriz ética e cultural dos direitos fundamentais constitucionais e nos direitos humanos internacionais.

Isso explica porque, no ensino jurídico dos países de *civil law*, o estudo dos casos – contingentes e mutáveis – foi substituído pelo estudo das normas – permanentes e estáveis – , dando a falsa sensação de certeza e imutabilidade dentro do sistema jurídico. Acontece que essa pedagogia esquece que a tarefa jurisdicional não é uma atividade acadêmica ou teórica, mas fundamentalmente prática, exigindo as virtudes morais em seu auxílio. Juízes, advogados e promotores não são cientistas, mas prudentes, na classificação aristotélica dos termos.

Decerto que o estudo e a incorporação das virtudes humanas ao direito, em especial da prudência, não pode prescindir da teorização das técnicas de argumentação jurídica. A organização, exposição e sistematização dos argumentos é fundamental não só para que o intérprete externalize as premissas por meio das quais chegou ao dispositivo da sentença, como também para que os destinatários da decisão judicial tomem ciência desses fundamentos a fim de eventual irrisignação e consequente interposição de recurso.

Aquelas considerações não desprezam os métodos científicos e o conhecimento teórico-jurídico, mas representam a sua devida subordinação a algo que lhe é anterior e mais relevante no ato de interpretar, como algo que é fundamental embora insuficiente. Isto não implica negar a possibilidade – muito menos a necessidade – de elaborar mecanismos técnicos de interpretação e aplicação do direito, mas a sua ordenação, dentro da arte jurídica, à virtude da prudência e de todas as outras que lhe são conexas.

Sem a alocação da prudência no centro da compreensão do desenrolar do direito, perdemos de vista o marco existencial e teórico que conduz ao fim desta ciência, a saber: a

concretização da justiça. E, caso essa conclusão seja negada, a ilusão moderna de que o sujeito é diferente do objeto da sua interpretação permanece viva, com o prejuízo de que não haverá virtudes atuando nesse processo, mas apenas vícios e preconceitos incontroláveis. Sem a correta compreensão da prática judicial, qualquer teoria será inócua e ineficaz.

Essa restauração não significa a substituição do governo da lei pelo dos homens, mas o reconhecimento de que o direito não é pura lógica e dedução, com respostas corretas e imutáveis. O fazer jurídico é produzido e construído diuturnamente nos fóruns e tribunais, e não exclusivamente no parlamento. Suas regras são derrotáveis a partir de um confronto com a racionalidade prática. Assim, os juízes estão sempre interpretando “além” do direito positivado, dentro de uma tradição filosófica e de um contexto histórico determinado. Isso demonstra porque as virtudes não podem ser ignoradas.

O juiz prudente sabe que deve obediência à ordem criada pelos legisladores, embora isso não signifique subserviência, tampouco insurgência. Ele conhece a sua posição de decidir casos particulares; e não de criar normas gerais individualmente consideradas melhores do que as vigentes. O uso da equidade, entendida como correção da lei injusta, somente se justifica na minoria dos casos. Por certo que, na jurisdição constitucional, esse tipo de autocontrole é sempre mais difícil, dada a oportunidade de argumentar abstratamente. De todo modo, virtudes são vetores interpretativos mais densos do que princípios altamente indefinidos e abertos.

O raciocínio aqui desenvolvido pode ser assim resumido: a decisão jurídica é um ato da razão prática. A prudência é a virtude que atua e aperfeiçoa a racionalidade prática. Logo, um bom juiz precisa ser prudente. Mas, não para por aí: ela não subsiste por si mesma, precisando de outras virtudes que lhe deem sustentação. Então, a conclusão é alargada para o seguinte: um juiz precisa possuir todas as virtudes morais, em algum grau, para decidir bem. Este corolário fundamental ensejará o florescimento de ulteriores estudos de campo (empíricos) para a verificação das qualidades pessoais dos juízes.

Não obstante a dificuldade em avaliar as virtudes humanas em cada indivíduo, a existência delas é um dado empiricamente observável. A elaboração teórica aqui apresentada tem menos o objetivo de inventar um modelo ideal do que descrever como a prática judicial se desenvolve na procura de sua própria perfeição. A relevância dessas conclusões permite abrir novas linhas de pesquisa a serem desenvolvidas sobre os modos de aquisição e aperfeiçoamento das virtudes judiciais, bem como nos seus métodos de ensino.

Aferir virtudes ainda é um desafio para os defensores dessa corrente ética; nenhuma teoria é perfeita e isenta de aporias. O que está sendo proposto é uma superação do paradigma positivista que defendia a superioridade do conhecimento técnico-científico em detrimento de

outros ramos do saber, notadamente aqueles que guardam condicionamentos históricos. Só assim, a interpretação judicial poderá ser entendida de maneira realista, conforme o que sucede efetivamente nos pretórios. Enquanto o quadro referencial ético do jurista não for o objeto principal da análise hermenêutica do direito, cuja visão particular de mundo determinará o sentido atribuído às normas, a interpretação jurídica será, de fato, imperfeita e imprevisível.

Vê-se que o código de ética pode ser um instrumento eficaz no incentivo de atitudes virtuosas e no desestímulo de comportamentos viciosos. A partir de uma leitura iluminada pela ética das virtudes, esse corpo normativo adquire um novo significado, não apenas deontológico, ao prescrever normas a serem cumpridas, mas também ontológico, ao guiar a vontade dos destinatários à consecução do bem prático, que, no caso, é a excelência profissional. Logo, recuperar o conceito de virtudes morais representa resgatar a longa tradição na qual estamos inseridos e fomos privado por obra do tempo.

Em linhas gerais, as conclusões são as seguintes: 1) o direito não é uma ciência teórica, mas prática; 2) a deliberação sobre fatos é um processo racional desencadeado pela sabedoria prática, que é uma virtude mais moral do que intelectual; 3) todas as virtudes morais estão conectadas pela prudência, precisando uma das outras para o seu pleno funcionamento; 4) por isso, ao intérprete não basta ser prudente, mas justo, sóbrio e corajoso, para poder descobrir o bem nas situações particulares; 5) os diplomas normativos de ética disciplinar da magistratura contemplam uma abordagem virtuosa dos deveres funcionais inerentes ao cargo.

O vigor destas afirmações está no fato de que as teorias contemporâneas do direito são insuficientes para a correta e integral compreensão do fenômeno decisório judicial, pois ignoram as conjunções nas quais a prática jurídica está inescapavelmente entrelaçada. A sua prevalência sobre as alternativas teóricas discursivas ou hermenêuticas é que não se limita a aspectos puramente formais ou exteriores, os quais podem ser persuasivamente manipulados, mas busca a educação da própria vontade do agente como o meio mais eficaz de combater decisões arbitrárias.

Toda decisão judicial, sendo um ato da razão prática, é um juízo prudencial. Este inclui tanto a vontade do julgador por decidir justamente quanto o conhecimento exterior acerca do justo objetivo. Essa integração entre subjetividade e objetividade, consciência e realidade, é o que garante a superioridade desta proposta frente as outras apresentadas no decurso deste trabalho. Não há uma ênfase em apenas um elemento característico da decisão, mas busca-se abrigar todos eles equilibradamente.

A ética virtuosa não é a solução para todos os problemas jurídicos práticos, mas o pressuposto indeclinável para as discussões ulteriores sobre os modos de agir judicialmente.

Sem isso, qualquer teoria estará ignorando o momento fundamental de formação dos conceitos e juízos prévios na consciência do intérprete, os quais dificilmente serão controlados por métodos de argumentação *a posteriori*. A missão de romper com o paradigma positivista parece ter sido cumprida, resta agora sintetizar as suas principais implicações.

Esse quadro referencial não pretende ser entendido como único e absoluto, mas cuja alternativa teórica é a perspectiva mais completa nas condições atuais. Isto não quer dizer que a psicologia cognitiva ou outras disciplinas não sejam importantes para o direito. A psicologia e a sociologia jurídicas fazem parte da interpretação judicial, embora não sejam a sua principal faceta. A teoria das virtudes pretende estar no centro de todo o processo interpretativo e compreensivo do direito, exercendo um papel central na decisão judicial.

Portanto, a ética das virtudes judiciais se apresenta como paradigma da atualidade mais completo e adequado para explicar a função de decidir e julgar os casos concretos. Seja porque ajuda a compreender o processo interpretativo de escolha entre diferentes opções, seja porque permite entender os modos de aprimorar as tomadas de decisão, a partir de uma formação da vontade nas virtudes humanas. Nos casos em que a lei tiver uma resposta ambígua, a virtude será o melhor instrumento à disposição do juiz para ajudá-lo na deliberação mais razoável.

Isso porque as virtudes possuem uma função quadrupla na decisão judicial: *constitutiva*, *informativa*, *integrativa* e *corretiva*. Primeiro, elas constituem as decisões, regendo-as do começo ao fim, da fase cognitiva à prescritiva. Segundo, elas dão forma interior ao decisor, aprimorando ou prejudicando a sua capacidade decisória, conforme a retidão de sua vontade. Terceiro, as virtudes informam, durante todo o processo deliberativo, se os meios escolhidos são condizentes para encontrar os fins determinados. E, quarto, elas retificam o caminho seguido em caso de desvio, sem receio de aumentar o trajeto, para fazer o que é certo.

Podemos concluir que os vícios morais (arrogância, vaidade, teimosia etc.) – mais do que os defeitos da inteligência – são causadores de voluntarismos e decisões esdrúxulas no Poder Judiciário. A vicissitude do magistrado não invalida a sua decisão do ponto de vista formal, mas torna-a ilegítima. Não é um mecanismo de correção das decisões judiciais, com propósitos recursais, mas é a condição sem a qual nenhuma decisão poderá ser chamada de essencialmente justa, por ser seu pressuposto moral essencial.

O desfecho deste arco reflexivo não é de que direito e moral se confundem, mas que a aplicação judicial – e, por que não, a jurídica, feita por todos os intérpretes da sociedade aberta – depende das virtudes, sem a qual a compreensão do processo interpretativo se mostra incompleta. A superioridade de uma abordagem virtuosa da formação e da decisão judicial

sobre uma deontológica está no fato de negar espaço a uma ética relativista, colocando as inclinações pessoais do intérprete no centro da discussão, em detrimento de características extrínsecas como a imparcialidade e a universalidade.

A ética das virtudes até pode parecer romântica do ponto de vista teórico, mas é a mais eficiente do ponto de vista prático, porque está inserida dentro de um contexto maior, cuja antropologia filosófica permite conciliar o afeto, a vontade e a razão do intérprete, sem enfatizar um desses elementos mais do que outros, resultando na perfeita harmonia entre subjetividade do julgador e objetividade da sentença. Daí porque, no direito, as virtudes morais são mais importantes do que as intelectuais e, em consequência, a justiça mais do que o entendimento.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Lima: Palestra Editores, 2016.

ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Tradução de Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio, 2011.

ADEODATO, João Mauricio Leitão. **Ética & retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Traducción de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. **Derecho y razón práctica**. 3. ed. Ciudad de México: Fontamara, 2006

_____. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AMAYA NAVARRO, María Amalia. **Virtudes judiciales y argumentación**: una aproximación a la ética jurídica. Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.

_____. Virtudes y filosofía del derecho. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; SPECTOR, Ezequiel (coords.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. v. 3. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2015, p. 1758-1810.

_____. La virtud de la humildad judicial. In: AMAYA, Amalia *et al* (org.). **Emociones y virtudes en la argumentación jurídica**. Ciudad de México: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 17-35.

_____. Virtude e direito natural. In: SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; BONALDO, Frederico; ARAÚJO, Marcos Paulo Fernandes de (org.). **Direito natural contemporâneo**: a renascença do jusnaturalismo no Brasil e no mundo. Londrina: Thoth, 2021, p. 235-247.

AQUINAS, Thomas. **Commentary on the Nicomachean Ethics**. Translated by C. I. Litzinger, O.P. Chicago: Henry Regnery Company, 1964. 2 v.

_____. **Commentary on Aristotle's Physics**. Translated by Richard J. Blackwell, Richard J. Spath and W. Edmund Thirlkel. New Haven: Yale University Press, 1963.

AQUINO, Tomás de. **As virtudes morais**: questões disputadas sobre a virtude. Tradução de Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Campinas: Ecclesiae, 2012.

_____. **Comentários à ética a Nicômaco de Aristóteles (I-III): o bem e as virtudes.** v. 1. Tradução de Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Rio de Janeiro: Mutuus, 2015. 3. v.

_____. **Suma teológica.** Tradução de Alexandre Correia. Campinas: Ecclesiae, 2016.

ARISTÓTELES. **A política.** 3. ed. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Órganon:** categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofisticadas. 2. ed. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2010.

_____. **Metafísica.** Tradução de Giovanni Reale. São Paulo: Loyola, 2012.

_____. **Ética a Nicômacos.** Tradução de Mário de Gama Kury. São Paulo: Madamu, 2020.

ASCARELLI, Tullio. Antígona e Pórcia. Tradução de Maria Cristina de Cicco.

Civilistica.com, Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, p. 1-12, dez. 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/antigona-e-porcia>. Acesso em: 21 jan. 2020.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. Virtudes judiciales: sobre la selección y formación de los jueces en el estado de derecho. **Claves de razón práctica**, Madrid, n. 86, p. 32-42, 1998.

_____. **As razões do direito:** teorias da argumentação jurídica. 3. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

ATIENZA, Manuel; VIGO, Rodolfo Luis. **Código Ibero-americano de ética judicial.** Tradução de Rosa Maria Severino. Brasília: CJF, 2008.

AUBENQUE, Pierre. **La prudencia en Aristóteles.** Traducción de M.^a José Torres Gómez-Pallete. Barcelona: Crítica, 1999.

BACON, Francis. **Novum organum:** ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza. 3. ed. Tradução de José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BALMES, Jaime. **Filosofía fundamental.** t. II. Madrid: BAC, 1963.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, p. 5-37, jul./set. 2001.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do direito:** os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Teoria do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

BERMAN, Harold J. **Law and revolution**: the formation of the western legal tradition. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. 2. ed. Tradução Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Teorias da argumentação: justificação da decisão judicial. In: CARVALHO, Paulo de Barros (org.). **30 Anos da constituição federal e o sistema tributário brasileiro**. São Paulo: Noeses, 2018, v. 1, p. 105-128.

_____. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?** São Paulo: Noeses, 2018.

BÍBLIA. Português. **Novo testamento**. Tradução de Pe. Matos Soares. Campinas: Ecclesiae, 2019.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes and the natural law tradition**. Translated by Daniella Gobett. Chicago: The University of Chicago Press, 1993.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. v. 1. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Casa Civil, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 dez. 2022.

BONALDO, Frederico. **Prestação jurisdicional e caráter**: a interdependência das virtudes do juiz. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

CABRAL, Gustavo César Machado. Thomasius e o Direito Natural. **Seqüência**, Florianópolis, n. 72, p. 145-168, abr. 2016.

_____. **Ius commune**: uma introdução à história do direito comum do Medievo à Idade Moderna. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CALDERÓN, Álvaro Martín. **Umbral de la filosofía**: cuatro introducciones tomistas. Moreno: Padre Álvaro Calderón, 2011.

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da constituição. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 774-792, 2015.

CASAUBÓN, Juan A. La justicia y el derecho positivo. **Idearium**, Mendoza, n. 4/5, p. 47-72, 1977.

CARNAP, Rudolf. La superación de la metafísica por medio del análisis lógico del lenguaje. *In*: AYER, A. J. **El positivismo lógico**. Madrid: F.C.E., 1965, p. 66-87.

CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. Tradução de Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Código de Ética da Magistratura Nacional. **Resolução nº 60, de 26 de agosto de 2008**. Brasília: CNJ, 2008.

CORNELLI, Gabriele; COELHO, Maria Cecília de Miranda N. “Quem não é geômetra não entre!” Geometria, Filosofia e Platonismo. **Kriterion**: revista de filosofia, [S.l.], v. 48, n. 116, p. 417-435, dez. 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0100-512X2007000200009>. Acesso em: 23 ago. 2021.

CORPUS IURIS CIVILIS. **Digesto**: livro I, livro L. 2. ed. Tradução de Edilson Alkmim Cunha. Brasília: TRF1, 2017.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Princípio não é norma (12ª parte). **Contraditor**, 26 jul. 2022. Disponível em: <https://www.contraditor.com/principio-nao-e-norma-12a-parte>. Acesso em: 21 set. 2022.

COYLE, Sean. Thomas Hobbes and the intellectual origins of legal positivism. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, London, v. 16, n. 2, p. 243-270, jul. 2003.

DAUCHY, Serge. Legal interpretation and the use of legal literature in 18th century law reports of the “Parlement” de Flandre. *In*: YASUTOMO, Morigiwa; STOLLEIS, Michael; HALPÉRIN, Jean-Louis (ed.). **Interpretation of law in the age of enlightenment**: from the rule of the king to the rule of law. Dordrecht: Springer, 2011, p. 45-57.

DEL VECCHIO, Giorgio. **A justiça**. Tradução de António Pinto de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1960.

_____. **Lições de filosofia do direito**. 5. ed. Tradução de António José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DIP, Ricardo. **Segurança jurídica & crise do mundo pós-moderno**. 3. ed. São Luís: Resistência Cultural, 2019.

DOBROWOLSKI, Silvio. A Constituição e a escola judicial. *In*: BORGES FILHO, Nilson (org.). **Direito, estado, política e sociedade em transformação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Tradução de Nelson Boeira Faedrich. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ECHAVARRÍA, Martín F. **De Aristóteles a Freud**: ensaio de filosofia da história da psicologia. Tradução de Adriel Teixeira. Rio de Janeiro: Edições C.I., 2019.

FACCHINI NETO, Eugênio. Code Civil francês: gênese e difusão de um modelo. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 50, n. 198, p. 57-86, abr./jun. 2013.

FERES, Marcos Vinício Chein; ALVES, Marco Antônio Sousa. Racionalidade ou razoabilidade? Uma questão posta para a dogmática. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 39, p. 285-315, fev. 2001.

FERNANDES, André Dias. Corte de energia elétrica e derrotabilidade normativa: necessidade de diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos e a Constituição. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 127. São Paulo: RT, 2020, p. 249-276.

FERNANDES, André Gonçalves. **Ensinando e aprendendo o Direito com o método do caso**: bases epistemológicas e metodológicas. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2020.

_____. **O olhar da coruja e o equilíbrio da balança**: o lugar da filosofia no direito. São Paulo: Qaurtier Latin, 2019.

_____. **O bom juiz**: teoria da ética judicial das virtudes. São Paulo: Dialética, 2020.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do direito**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

FINNIS, John. On the incoherence of legal positivism. **Notre Dame Law Review**, Notre Dame, v. 75, n. 5, p. 1597-1612, 2000.

_____. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

FRANÇA, Gustavo. Kant e Aristóteles como paradigmas da ética normativa: uma separação intransponível? **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 33, p. 113-138, 2020.

FRATESCHI, Yara. **A física da política**: Hobbes contra Aristóteles. Campinas: Editora da UNICAMP, 2008.

GADAMER, Hans Georg. **A ideia do bem entre Platão e Aristóteles**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meuer. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

GALILEI, Galileu. **O ensaiador**. Tradução de Helda Barraco. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos**: la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Real Academia Española, 1994.

GARCÍA-SALMONES ROVIRA, Mónica. Razón práctica, lo mecánico y teoría legal en Hobbes: la legalización de lo político. **Revista Internacional de Pensamiento Político**, Sevilla, v. 5, p. 261-272, mar. 2010.

GARRIGA, Carlos. Iudex perfectus. Ordre traditionnel et justice de juges dans l'Europe du ius commune. (Couronne de Castille, XVe–XVIIIe siècle). **Histoire des justices en Europe**: valeurs, représentations, symboles. v. 1. Toulouse: Diké, 2015, p. 79-99.

_____; SLEMIAN, Andréa. “Em trajes brasileiros”: justiça e constituição na América ibérica (c. 1750-1850). **Revista de História**, São Paulo, n. 169, p. 181-221, jul./dez. 2013.

GIGAS, Emil (ed.). **Briefe Samuel Pufendorfs an Christian Thomasius (1687-1693)**. Berlin: Oldenbourg Wissenschaftsverlag, 1897.

GOLEMAN, Daniel. **Inteligência emocional**: a teoria revolucionária que redefine o que é ser inteligente. 2. ed. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

GOMES JÚNIOR, Francisco Rocha; CABRAL, Gustavo Machado. Justiça, lei natural e lei civil na obra “Leviatã” de Thomas Hobbes. **Teoria Jurídica Contemporânea**, [S.l.], v. 7, p. 1-27, abr. 2022. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/49041>. Acesso em: 02 mai. 2022.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRAY, Alex. The 10 skills you need to thrive in the Fourth Industrial Revolution. **World Economic Forum**, 2016. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-10-skills-you-need-to-thrive-in-the-fourth-industrial-revolution>. Acesso em: 22 jul. 2020.

GROSSI, Paolo. **A history of European law**. Translated by Laurence Hooper. Chichester: Wiley-Blackwell, 2010.

HAAKONSSSEN, Knud. German natural law. In: GOLDIE, Mark; WOKLER, Robert (ed.). **The cambridge history of eighteenth-century political thought**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 251-290.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HAIDT, Jonathan; KESEBIR, Selin. Morality. In: FISKE, Susan T.; GILBERT, Daniel T.; LINDZEY, Gardner (ed.). **Handbook of social psychology**. 5. ed. Hoboken: John Wiley & Sons, 2010, p. 797-832.

HALPÉRIN, Jean-Louis. Legal interpretation in France under the reign of Louis XVI: a review of the *Gazette des tribunaux*. In: YASUTOMO, Morigiwa; STOLLEIS, Michael; HALPÉRIN, Jean-Louis (ed.). **Interpretation of law in the age of enlightenment**: from the rule of the king to the rule of law. Dordrecht: Springer, 2011, p. 21-43.

HART, Herbert. Positivism and the separation of law and morals. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 71, n. 4, p. 593-629, feb. 1958.

_____. **O conceito de direito**. Tradução de Antonio de Oliveira Sette Camara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HERVADA, Javier. **Historia de la ciencia del derecho natural**. 3. ed. Pamplona: Eunsa, 1996.

_____. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HERZOG, Tamar. **A short history of european law**: the last two and a half millennia. Cambridge: Harvard University Press, 2018.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Lisboa: Almedina, 2002.

_____. As fronteiras do poder: o mundo dos rústicos. **Revista Sequência**, Lisboa, n. 51, p. 47-105, dez. 2005.

_____. O modelo moderno do jurista perfeito. **Tempo**, [S.l.], v. 24, n. 1, p. 59-88, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/TEM-1980-542X2018v240105>. Acesso em: 21 nov. 2022.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Tradução de Renato Janine Ribeiro. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOMEM, António Pedro Barbas. **Judex perfectus**: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal. 1640-1820. Lisboa: Almedina, 2003.

HIMMELFARB, Gertrude. **Os caminhos para a modernidade**: os iluminismos britânico, francês e americano. Tradução de Gabriel Ferreira da Silva. São Paulo: É Realizações, 2011.

HUNTER, Ian. **Rival enlightenments**: civil and metaphysical philosophy in early modern Germany. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

HUSSERL, Edmund. **A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental**: uma introdução à filosofia fenomenológica. Tradução de Diogo Falcão Ferrer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

INSA, Francisco. **A formação da afetividade**: uma perspectiva cristã. Tradução de Marcos Paulo F. de Araújo. São Paulo: Cultor de Livros, 2021.

IRWIN, Terence. Vice and reason. **The Journal of Ethics**: an international philosophical review, Dordrecht, v. 5, n. 1, p. 73-97, 2001.

_____. **The development of ethics**: a historical and critical study. v. 2 (From Suarez to Rousseau). Oxford: Oxford University Press, 2008.

JONSEN, Albert R.; TOULMIN, Stephen. **The abuse of casuistry**: a history of moral reasoning. Berkeley: University of California Press, 1988.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. Salvador: Juspodivm, 2017.

KALINOWSKI, Georges. **El problema de la verdad en la moral y en el derecho**. Traducido por Enrique Mari. Buenos Aires: EUDEBA, 1979.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **O que é justiça?**: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. 3. ed. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Teoria pura do direito**. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O problema da justiça**. 5. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 11. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2011.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 8. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

LARIGUET, Guillermo. Una introducción general al giro aretaico en la filosofía del derecho contemporánea y su vínculo con los dilemas morales. In: LARIGUET, Guillermo; VEGA, René González de la (coords.). **Problemas de la filosofía del derecho**: nuevas perspectivas. Bogotá: Editorial Temis, 2013, p. 195-209.

LAUAND, Jean. Introdução. In: AQUINO, Tomás de. **A prudência**: a arte da virtude da decisão certa. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. V-XXIII.

_____. Josef Pieper: educar para o máximo do ser - e algumas tradições. **International Studies on Law and Education**, São Paulo, p. 11-18, jan./ago. 2019.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Kelsen hoy. **Anuario de filosofía del derecho**, Madrid, n. 16, p. 77-92, 1971-1972.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. La interpretación, el fundamento, la aplicación y sistematización de las leyes. **Escritos de filosofía jurídica y política**. Traducción de José M.^a Atencia Páez. Madrid: Editora Nacional, 1984, p. 141-152.

LISBOA, Wladimir Barreto. Razão, história e justificação da lei civil segundo Thomas Hobbes. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 57, p. 115-130, dez. 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei**: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Editora 34, 2003.

_____. **O direito na história**: lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MacCORMICK, Neil. Retórica y Estado de Derecho. **Isegoría**, Madrid, n. 21, p. 5-21, 1999.

_____. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução: Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MacLEAN, Ian. **Interpretation and meaning in the Renaissance**: the case of law. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **Catholic and reformed traditions in international law**: a comparison between the suarezian and the grotian concept of ius gentium. Cham: Springer, 2017.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACINTYRE, Alasdair C. **Depois da virtude**: um estudo em teoria moral. Tradução de Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. La interpretación jurídica como interpretación práctica. **Persona y derecho**: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos, Pamplona, n. 52, p. 413-444, 2005.

_____. **La prudencia jurídica**: introducción a la gnoseología del derecho. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

MARICONDA, Pablo Rubén. Introdução: o diálogo e a condenação. In: GALILEI, Galileu. **Diálogo sobre os dois máximos sistemas do mundo ptolomaico e copernicano**. 3. ed. Tradução de Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Editora 34, 2011.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O controle disciplinar da magistratura e o perfil ético do magistrado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTYN, Georges; MUSSON, Anthony; PIHLAJAMÄKI, Heikki (ed.). **From the judge's arbitrium to the legality principle**. Berlin: Duncker & Humblot, 2013.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MECCARELLI, Massimo. **Arbitrium**: un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune. Milano: Giuffrè, 1998.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. New York: Oxford University Press, 2014.

MERCER, Sarah *et al.* Positive language education: combining positive education and language education. **Theory and Practice of Second Language Acquisition**, Katowice, v. 4, n. 2, p. 11-31, dez. 2018.

MICHELON, Claudio. Practical wisdom in legal decision-making. *In*: AMAYA, Amalia; HOCK LAI, Ho (ed.). **Law, virtue and justice**. Portland: Hart Publishing, 2013, p. 29-50.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução de Maria Aparecida Sargiolato. Campinas: Vide Editorial, 2018.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 3. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, Renato José de. Que tipo de saber é o direito? Entre a ciência, a prudência e a técnica. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 62, n. 1, p. 83-111, jan./abr. 2017.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NALINI, José Renato. A formação do juiz. *In*: NALINI, José Renato (coord.). **Formação jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 121-148.

_____. **A rebelião da toga**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008.

_____. Virtudes cardeais do juiz brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 881, p. 57-72, mar. 2009.

_____. **Ética geral e profissional**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Ética da magistratura**: comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional - CNJ. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

NIEUWLAND, Mante S.; KUPERBERG, Gina R. When the truth is not too hard to handle: an event-related potential study on the pragmatics of negation. **Psychological Science**, Thousand Oaks, v. 19, n. 12, p. 1213-1218, dec. 2008.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e racionalidade moderna**. São Paulo: Loyola, 1993.

_____. **Ética e sociabilidade**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

OLLERO TASSARA, Andrés. **¿Tiene razón el derecho?** Madrid: Congreso de los Diputados, 1996.

ORREGO SANCHÉZ, Cristóbal. **Analítica del derecho justo: la crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural**. México: UNAM, 2005.

PADOA-SCHIOPPA, Antonio. **A history of law in Europe: from the early middle ages to the twentieth century**. Translated by Caterina Fitzgerald. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

PARGA, Milagros Otero. Retórica versus argumentación: perspectivas en el nuevo espacio de educación superior. **Dereito: revista xurídica da USC**, Santiago de Compostela, v. 18, n. 2, p. 149-180, 2009.

PARINI, Pedro. La retórica de Aristóteles para los juristas de hoy: el entimema y el paradigma como bases del raciocinio jurídico en la modernidad. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 20, n. 121, p. 312-331, jun./set. 2018.

PASCAL, Blaise. **Pensamientos**. Traducción de Eugenio D'Ors. Bogotá: Editorial Oveja Negra, 1984.

PERELMAN, Chaïm. **The idea of justice and the problem of argument**. Translated by John Petrie. London: Routledge & Kegan Paul, 1963.

_____. **Lógica jurídica: nova retórica**. 2. ed. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Tratado de argumentação: nova retórica**. 2. ed. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PÊCEGO, Daniel Nunes. A virtude da prudência e suas partes. **Lex Humana**, Petrópolis, v. 8, n. 2, p. 30-44, fev. 2017.

PERINE, Marcelo. **Quatro lições sobre a ética de Aristóteles**. São Paulo: Loyola, 2006.

PLATÃO. **Protágoras - Górgias**. v. III. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Belém: EDUFPA, 1980.

_____. **A república**. v. VI-VII. Tradução de Carlos Alberto Nunes. 3. ed. Belém: EDUFPA, 2000.

PIEPER, Josef. **Virtudes fundamentais**: as virtudes cardeais. Tradução de Paulo Roberto de Andrada Pacheco. São Paulo: Cultor de Livros, 2018.

PIMENTA, Leonardo, Goulart. Direito e religião no direito romano antigo. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, v. 1, n. 16, p. 1-10, 2010. Disponível em: <http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/PDF-D16-10.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2022.

PINHEIRO, Victor Sales. **A crise da cultura e a ordem do amor**: ensaios filosóficos. São Paulo: É Realizações, 2021.

PLUTARCO. Sobre a virtude moral. **Sobre a educação dos filhos e outros escritos**. Tradução de Natalia Ruggiero. Campinas: Kíron, 2019, p.153-177.

PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. 6. ed. São Paulo: LTr, 2013.

PRODI, Paolo. **Uma história da justiça**: do pluralismo dos foros ao dualismo moderno entre consciência e direito. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquerone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier projet de code civil**. Bordeaux: Éditions Confluences, 2004.

POVEDA VELASCO, I. M. Direito, jurisprudência e justiça no pensamento clássico (greco-romano). **Revista da Faculdade de Direito USP**, São Paulo, v. 101, p. 21-32, jan./dez. 2006.

PUFENDORF, Samuel. **On the duty of man and citizen according to natural law**. Translated by Michael Silverthorne. New York: Cambridge University Press, 1991.

_____. **The political writings of Samuel Pufendorf**. Translated by Michael J. Seidler. New York: Oxford University Press, 1994.

QUINTAS, Avelino Manuel. Posibilidades y límites de la lógica jurídica. **Anuario de filosofía del derecho**, Madrid, n. 12, p. 95-104, 1966.

RAMÍREZ, Federico Arcos. La seguridad jurídica en la aplicación judicial del derecho: de la previsibilidad a la argumentación. **Anuario de filosofía del derecho**, Madrid, n. 19, p. 191-217, 2002.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **Filosofia**: idade moderna. v. 2. Tradução de José Bortolini. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2018.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. 2. ed. Ciudad de México: Porrúa, 1973.

RICOEUR, Paul. **O justo**. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 2 v.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. *In*: WEFFORT, Francisco C. (org). **Os clássicos da política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “o Federalista”. v. 1. 14. ed. São Paulo: Ática, 2010, p. 52-77.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

ROVIGHI, Sofia Vanni. **História da filosofia moderna**: da revolução científica a Hegel. Tradução de Marcos Bagno, Silvana Cobucci Leite. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

RUIZ, Rafael. **O sal da consciência**: probabilismo e justiça no mundo ibérico. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio, 2014.

_____. **Literatura e crise**: uma barca no meio do oceano. São Paulo: Cultor de Livros, 2015.

_____. **Alienação e intolerância**: um diagnóstico sobre os tempos modernos. São Paulo: Cultor de Livros, 2018.

SALDAÑA SERRANO, Javier. Virtudes judiciales: principio básico de la deontología jurídica. **Reforma Judicial**: revista mexicana de justicia, [S.l.], n. 8, p. 81-94, ene. 2006. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8668>. Acesso em: 04 jul. 2020.

SÁNCHEZ, Tasia Aránguez. ¿Es necesario un giro aretaico de la teoría de la argumentación jurídica? **Doxa**: cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n. 40, p. 337-354, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1995.

SEREJO, Lourival. **Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional**. Brasília: ENFAM, 2011.

SCHELER, Max. **Da reviravolta dos valores**: ensaios e artigos. Tradução de Marco Antônio dos Santos Casa Nova. Petrópolis: Vozes, 1994.

SCHERER, Daniel C. **A raiz antitomista da modernidade filosófica**. Formosa: Edições São Tomás, 2018.

SERNA, Pedro. **Filosofia del derecho y paradigmas epistemológicos**: de la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas. México: Porrúa, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVEIRA, Sidney. A despótica quimera de Thomas Hobbes. **Cosmogonia da desordem**: exegese do declínio espiritual do ocidente. Rio de Janeiro: Edições C.I., 2018, p. 311-317.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

_____. **Razão e retórica na filosofia de Hobbes**. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Fundação Editora Unesp, 1999.

_____. Machiavelli on misunderstanding princely virtù. **From humanism to Hobbes**: studies in rhetoric and politics. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 45-62

SOLUM, Lawrance B. Virtue jurisprudence: a virtue-centred theory of judging. **Metaphilosophy**, Oxford, v. 34, n. 1-2, p. 178-213, jan. 2003.

SOUSA, José Pedro Galvão de. **Direito natural, direito positivo e estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

STRAUSS, Leo. **Direito natural e história**. Tradução de Bruno Costa Simões. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 127-162, jan./jun. 2008.

_____. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes): dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010.

_____. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 4, n. 7, p. 343-367, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350>. Acesso em: 25 jul. 2020.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Contra claro texto do CPC, STJ reafirma o livre convencimento. **Consultor Jurídico**, 26 de set. de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-26/senso-incomum-claro-texto-cpc-stj-reafirma-livre-convencimento>. Acesso em: 23. jul. 2020.

TAU ANZOÁTEGUI, Victor. **Casuismo y sistema**: indagacion historica sobre el espiritu del derecho indiano. Sevilla: Athenaica Ediciones Universitarias, 2021.

TAXI, Ricardo Dib Araújo. **A perda da prudência no pensamento jurídico moderno**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

THOMASIIUS, Christian. **Fundamenta iure naturae et gentium**. 4. ed. Halle: typis & sumtibus viduae Christophori Salfeldi, 1718.

_____. **Institutes of divine jurisprudence with selections from foundations of the law of nature and nations**. Translated by Thomas Ahnert. Indianapolis: Liberty Fund, 2011.

TORRES, João Camilo de Oliveira. **O positivismo no Brasil**. Brasília: Edições Câmara, 2018.

VACCAREZZA, Maria Silvia. The unity of the virtues reconsidered: competing accounts in philosophy and positive psychology. **Review of Philosophy and Psychology**, v. 8, n. 3, p. 637-651, sept. 2017.

VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e nazismo**: formação, refutação e superação da lenda do positivismo. São Paulo: Contracorrente, 2021.

VAZ, Henrique C. de Lima. **Escritos de filosofia IV**: introdução à ética filosófica 1. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2012.

VEIGA, Bernardo. **A ética das virtudes segundo Tomás de Aquino**. Campinas: Ecclesiae, 2017.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

VIGO, Rodolfo Luis. Los principios jurídicos y su impacto en la teoria actual. **Persona y derecho**: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos, Pamplona, n. 44, p. 65-102, 2001.

_____. Balance de la teoría discursiva de Robert Alexy. **Doxa**: cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n. 26, p. 203-224, 2003.

_____. Ética judicial e interpretação jurídica. **Doxa**: cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n. 29, p. 273-294, 2006.

_____. El iusnaturalismo clásico frente a las teorías de la interpretación y de la argumentación jurídica. **Ars Iuris**, Ciudad de México, n. 37, p. 99-118, 2007.

_____. De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución: realidad, teorías y valoración. **Díkaion**: revista de fundamentación jurídica, Chía, a. 26, v. 21, n. 1, p. 187-227, jun. 2012.

_____. Derecho y moral en el estado de derecho constitucional (proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico). **Prudentia iuris**, Buenos Aires, n. 74, p. 57-78, 2012.

_____. Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias. *In*: CARBONELL, Miguel; FIX-FIERRO, Héctor; PÉREZ, Luis Raúl González; VALADÉS, Diego (coord.). **Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: estudios en homenaje a Jorge Carpizo**. Estado constitucional. t. IV. v. 2. Ciudad de México: UNAM, 2015, p. 851-885.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

VOEGELIN, Eric. **Reflexões autobiográficas**. Tradução de Maria Inês de Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2007.

WEINBERGER, OTA. Introduction: Hans Kelsen as philosopher. *In*: KELSEN, Hans. **Essays in legal and moral philosophy**. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1973.

WEYL, Paulo Sérgio. Prudência: a condição da ciência (e da crítica!) do direito. Prefácio. *In*: TAXI, Ricardo Dib Araújo. **A perda da prudência no pensamento jurídico moderno**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de António Manuel Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Traducción de Mariana Gascón. 9. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.