

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

**TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E
FILOSOFIA DO ESTADO I**

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

LEONEL SEVERO ROCHA

BERNARDO LEANDRO CARVALHO COSTA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

T314

Teoria do Direito, Teoria da Justiça e Filosofia do Estado I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Bernardo Leandro Carvalho Costa; Leonel Severo Rocha; Sérgio Urquhart de Cademartori. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-828-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teoria do Direito 3. Teoria da Justiça e Filosofia do Estado. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO I

Apresentação

Envolvendo TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO, o presente livro conta com relevantes pesquisas, resultantes do XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA.

Iniciando os trabalhos, destaca-se o trabalho de Iandara Bergamaschi de Freitas e Amanda Ferst Pereira da Silva, denominado “Argumentação Jurídica de Alexy no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815/STF.

O trabalho busca Identificar alguns aspectos da Teoria de Robert Alexy no julgamento da ADI 481/DF, destacando elementos da teoria alexyana nos votos dos diferentes ministros do STF ao longo do referido julgamento. A pesquisa, nesse sentido, busca demonstrar a utilização e recepção da teoria da ponderação no Brasil por meio de um caso prático.

Na sequência, o texto de Renata Almeida da Costa, Germano Schwartz e Karen Lucia Bressane Rubim, denominado “ A internet como sistema diferenciado e seu acoplamento estrutural com o Direito: uma análise sociológica à luz de Niklas Luhmann” é vinculado à linha de pesquisa Direito e Sociedade, aplica a Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann ao contexto da internet, apresentando a natureza sistêmica da internet, sustentando sua definição como um subsistema da sociedade mundial. Destaca-se, nesse sentido, por meio de uma perspectiva transdisciplinar , a formação de acoplamentos estruturais e da observação da seleção de novos elementos da internet ao sistema jurídico, com ênfase aos novos conceitos, próprios da internet, que passam a integrar a comunicação jurídica.

Os trabalhos seguem com a contribuição de João Luiz Martins Teixeira Soares, no texto “A liquidez do Direito Positivo e a (in)efetividade dos direitos de grupos vulneráveis.”

Neste trabalho, o autor busca observar o Direito Positivo a partir das categorias de Baumann, destacando-se o conceito de modernidade líquida, como possibilidade de observação entre as diferentes matrizes epistemológicas do Direito. Com esse propósito, o autor transita entre as diferentes correntes do pensamento jurídico.

Dando seguimento, Leandro Martins, em seu texto “A relação entre Direito e Religião e suas implicações para o debate jurídico contemporâneo” faz uma abordagem da religião nos debates da esfera pública, apresentando as possíveis iterações e contrapontos na relação Direito, Religião e Política. Para além da crítica direta, o autor busca demonstrar não apenas o combate direto às abordagens religiosas sobre o Direito, mas também questiona sobre as possibilidades de contribuição que essa transdisciplinaridade pode contribuir ao pensamento jurídico.

De autoria do mesmo pesquisador, a sequência conta com a pesquisa “Tolerância em Pierre Bayle e sua pertinência para o período moderno e para o debate contemporâneo”

Por meio de um recorte histórico, o século XVII, o autor busca demonstrar e influência da obra de Pierre Baile no pensamento moderno, destacando sua influência nos trabalhos de John Locke e de Voltaire, elucidando sua contribuição para o pensamento jurídico, sobretudo a partir do conceito de tolerância.

O trabalho seguinte denomina-se “Análise da (In)constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 95/2016 sob a ótica kelseniana”.

Neste trabalho Eduardo Felipe Veronese analisa a Emenda Constitucional nº 95/2016, cuja discussão envolve a efetivação de direitos sociais, apontando o modo como o teto de gastos públicos determinado por referida emenda pode ser reconhecido como (in)constitucional sob esse posto de vista; e, de outro lado, o autor aponta como Kelsen destacaria a validade de referida norma a partir de aspectos internos do Direito.

Na sequência, no texto “Constitucionalismo Garantista: uma nova proposta teórica”, Willian Barreto Júnior e Sérgio Cademartori demonstram a dualidade entre constitucionalismo político e constitucionalismo jurídico, dando-se ênfase ao pensamento de Luigi Ferrajoli, apontando os 04 (quatro) postulados básicos do constitucionalismo garantista, que sustentam a relevância das garantias primárias e secundárias na aplicação de direitos fundamentais na Teoria do Direito no momento Pós-Segunda Guerra Mundial.

O texto subsequente denomina-se “Liberalismo, Marxismo e Conservadorismo: a influência das ideologias nas democracias liberais na distribuição dos direitos.”

Abordando as diferentes teorias econômicas, José Claudio Monteiro de Brito Filho faz uma análise das possíveis ideologias que influenciam a distribuição dos direitos nas democracias liberais. Para tal, aborda os principais autores clássicos vinculados a cada uma das referidas teorias, elencando a presença desses escritos em processos de distribuição dos direitos.

Ato contínuo, a pesquisa “Neoconstitucionalismo no Direito Animal: uma análise a partir do caso das búfalas de Brotas” é apresentada no Livro.

Neste trabalho, Iandara Bergamaschi de Freitas e Amanda Ferst Pereira da Silva abordam a abordagem neoconstitucionalista e o pensamento de Robert Alexy para observar o “caso das búfalas de Brotas”, destacando a abordagem do Supremo Tribunal Federal (STF) em casos vinculados aos direitos dos animais. A pesquisa, portanto, aponta as contradições do posicionamento da jurisdição constitucional brasileira em conceder a, após, regredir sua postura em relação a casos análogos envolvendo direitos dos animais.

Envolvendo elementos de Teoria do Direito, no texto “Non liquet: a exceção como forma de contingência para decisão, diferenciação funcional e desdobramento dos paradoxos do sistema jurídico”, a partir da matriz pragmático-sistêmica de abordagem do Direito, João Paulo Sales Pinto e Leonel Severo Rocha buscam enquadrar o conceito de “exceção” como integrante da comunicação jurídica, com uma abordagem que parte da concepção de tribunal como centro do sistema jurídico e avançam para concepções de paradoxo de decisão judicial no conceito organizacional. O non liquet, nesse sentido, representa a obrigatoriedade da decisão no Sistema do Direito. Por meio desse conceito os autores abordam os desdobramentos paradoxais do Sistema do Direito.

A sequência do texto conta com a pesquisa “O papel da dogmática jurídica: variedade doutrinária e segurança jurídica”,

Neste trabalho, Marcelo Antonio Theodoro Daiane Sabbag David França abordam os traços do sincretismo metodológico utilizado para a observação da dogmática jurídica atualmente. Nesse sentido, diferenciam dogmática e zetética jurídica, apontando a relevância dessa diferenciação para o âmbito da aplicação, sobretudo na perspectiva de aplicação dos direitos fundamentais nas decisões judiciais.

A pesquisa subsequente é denominada “Quem simpatiza com o vilão? Acesso à justiça, inclusão e exclusão nos casos de júris midiáticos e a (im)parcialidade do julgador.”

Lucas Manito Kafer Renata Almeida da Costa, articulando a concepção de tribunal como centro do Sistema do Direito, em Niklas Luhmann, com a competência de decidir nos casos direcionados ao tribunal do júri. Nesse sentido, além de destacar a função dos jurados nesses casos, os autores também demonstram os ruídos oriundos dos meios de comunicação de massa em casos destacados pela mídia.

Dando sequência aos trabalhos, há o texto “Uma Crítica à Teoria Geral do Direito sob o prisma da Filosofia e da Sociologia Jurídicas”, de João Luiz Martins Teixeira Soares

Por meio da Filosofia do Direito, sobretudo da abordagem de Mascaro, o autor propõe uma crítica à Teoria do Direito. Nesse aspecto, diferencia as categorias de Filosofia e Direito, de modo a separar a Filosofia Geral das abordagens filosóficas sobre o Direito. A categoria “Direito”, segundo essa abordagem, reduziria o jurista a um técnico. De outro modo, a Sociologia do Direito possibilitaria uma observação mais ampla, permitindo destacar a influência das relações de poder no fenômeno jurídico.

A análise subsequente denomina-se “Warat e o Anel para todos governar.”

Neste trabalho, Leonel Severo Rocha e Pedro Ernesto Neubarth buscam analisar duas metáforas do poder (o anel e Luís Alberto Warat) a partir de um encontro entre a literatura contemporânea e Luís Alberto Warat.

O presente livro, portanto, representa um relevante passo na consolidação das áreas de TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO junto ao CONPEDI.

Composto por relevantes textos, todos com pesquisas inéditas e em nível de pós-graduação, trata-se de uma coletânea que representa a seriedade e dedicação dos pesquisadores envolvidos na referida temática, tendo todos os textos sido debatidos e acrescidos das relevantes contribuições dos doutores Leonel Severo Rocha, Sérgio Urquhart de Cademartori e Bernardo Leandro Carvalho Costa.

Desejamos a todos uma ótima leitura; e renovamos o convite para as próximas edições!

A LIQUIDEZ DO DIREITO POSITIVO E A (IN) EFETIVIDADE DOS DIREITOS DE GRUPOS VULNERÁVEIS

THE LIQUIDITY OF LAW AND THE (IN)EFFECTIVENESS OF RIGHTS OF VULNERABLE GROUPS

João Luiz Martins Teixeira Soares ¹

Resumo

O presente trabalho visa confrontar as classificações de direito, perante os conceitos definidos por Bauman de sólido e líquido, visando demonstrar que, o direito natural, em decorrência de sua base teórica e filosófica, advindos do contrato social e da razão, estaria enquadrado no conceito daquilo que se chama de líquido, isso porque, o mesmo se alteraria de acordo com cada situação, sendo que, Bauman, define líquido, como aquilo que flui e se amolda de acordo com o recipiente, bem como, não é facilmente manipulado, enquanto que, aquilo que é sólido, se mantém em sua forma original, independentemente do lugar em que se encontra, assim, o direito positivo, gira em torno de leis codificadas que foram o ordenamento jurídico, as quais, aplicam-se igualmente para todas as pessoas e, desse modo, seria então o direito positivo como algo sólido, entretanto, quando se está diante de grupos vulneráveis, o direito positivo passa à se apresentar com certa liquidez, não se aplicando de forma igualitária para pessoas de certa classe social a qual está inserida.

Palavras-chave: Direito, Positivo, Líquidez, Grupo, Vulneráveis, Efetividade

Abstract/Resumen/Résumé

The present work aims to confront the classifications of law, according to the concepts defined by Bauman as solid and liquid, seeking to demonstrate that natural law, due to its theoretical and philosophical basis arising from social contract and reason, would fall into the concept of what is called liquid. This is because it would change according to each situation. Bauman defines liquid as something that flows and adapts according to the container and is not easily manipulated, while what is solid remains in its original form regardless of where it is. Thus, positive law revolves around codified laws that make up the legal system, which apply equally to all individuals, and therefore, positive law can be seen as something solid. However, when dealing with vulnerable groups, positive law tends to show some liquidity, not applying equally to people of a certain social class to which they belong.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law, Positive, Liquidity, Group, Vulnerable, Effectiveness

¹ Mestrando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos na linha de pesquisa: Direitos Fundamentais e Inclusão Social pelo Centro Universitário de Bauru (CEUB) , mantido pela Instituição Toledo de Ensino.

1. INTRODUÇÃO

A liquidez do direito está ligada ao termo inicialmente cunhado por Bauman para se referir às coisas mutáveis de acordo com o ambiente em que são inseridas, ora, o líquido, se amolda, se adapta, se transforma do ponto de vista geométrico ao lugar em que é colocado, diferentemente daquilo que é sólido, cujo espaço e forma permanecerá a mesma independentemente do ambiente que é colocado, ou seja:

“os fluidos se movem facilmente. Eles ‘fluem’, ‘escorrem’, ‘esvaem-se’, ‘respingam’, ‘transbordam’, ‘vazam’, ‘inundam’, ‘borrifam’, ‘pingam’ são ‘filtrados’, ‘destilados’ diferentemente dos sólidos, não são facilmente contidos— contornam certos obstáculos, dissolvem outros e invadem ou inundam seu caminho”. (Bauman, 2001, p. 7.).

Assim, de acordo com Bauman, a liquidez é uma característica fundamental da modernidade líquida, um termo que ele usa para descrever a era atual, em que as estruturas sociais e políticas tradicionais têm se tornado cada vez mais fluidas e instáveis.

Na sociedade líquida, as relações humanas são cada vez mais efêmeras e transitórias, e as pessoas são levadas a se adaptar rapidamente a novas situações e a buscar novas oportunidades. Isso tem implicações significativas para a economia, onde a liquidez é um fator crítico para o sucesso e a sobrevivência de empresas e indivíduos.

Em outras palavras, a liquidez é uma condição em que a segurança, estabilidade e permanência são substituídas pela incerteza, instabilidade e transitoriedade, e onde a capacidade de se adaptar rapidamente a novas circunstâncias se torna um valor fundamental para a sobrevivência e prosperidade.

O direito, sob essa perspectiva, pode ser visto com uma certa liquidez, principalmente quando se está diante dos direitos de grupos vulneráveis ou minoritários, uma vez que, sua interpretação e/ou aplicação passa a ter certa “liquidez”, ou seja, uma aplicação e interpretação um tanto quanto retórica e não sólida, visível, fixa, mas dinâmica e líquida.

O direito jusnatural advindo da razão e dos ditames morais, poderia até então ter uma certa liquidez, vez que, a moral, como conceito, seria algo individual, ou seja, diferente de pessoa à pessoa, e, portanto, o próprio direito então se amoldaria de acordo com quem estivesse o utilizando, interpretando ou aplicando.

Contudo, o direito positivo, cujas normas e regras advém do estado e são iguais para todos, ou seja, não há, ou pelo menos não deveria haver, uma aplicação ou interpretação diferente, vez que, haveria tão somente a frieza da norma escrita, se tratando assim de um direito sólido, rígido, afinal, a norma escrita, independentemente do lugar, não se alteraria.

Entretanto, na realidade, tal fato não ocorre, o direito atualmente na sociedade plural, embora advenha de norma escrita e posta pelo estado, ele não é igual para todos, principalmente e reitera-se, quando se está diante de grupos vulneráveis.

Os direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988, seja de primeira dimensão, seja de segunda dimensão, são direitos cuja interpretação se estenderia à todas as pessoas, daí a sua característica da universalidade (Rothenburg, 2014, p. 5.).

Os direitos fundamentais o são porque possuem matriz na dignidade da pessoa humana, ou seja, toda pessoa humana estaria então protegida por aquilo que a Constituição estabelece como direitos fundamentais, no entanto, na realidade, não é o que ocorre.

A ideia de sociedade plural como sendo uma sociedade que reconhece e valoriza a diversidade cultural, religiosa, étnica e ideológica, possui, inclusive guardada no texto constitucional, tanto que, essa concepção de sociedade plural é muitas vezes associada à ideia de democracia, em que os direitos e as liberdades individuais são protegidos e garantidos a todos.

Além disso, uma sociedade plural também é caracterizada pela inclusão e pela igualdade de oportunidades para os seus membros e aí é que entra o cerne da problemática, isso porque, não há igualdade e oportunidades iguais e isso acaba por influenciar o próprio direito, caracterizando assim a sua liquidez.

Jessé Souza em sua obra “Ralé Brasileira”, traz em seu bojo certas questões imprescindíveis para o tema, como por exemplo o fato de que, o próprio modo de vida e das classes e o pensamento enraizado nelas, faz com não haja perspectiva de alteração do “status quo” dessas classes.

Ademais, o fato de que, na atual realidade Brasileira, haja uma crença e um “endeusamento” do mercado, cuja ideia de liberalismo é tão idealizada à ponto de certos setores da sociedade entenderem razoável, haver escravização de pessoas, demonstra uma certa liquidez do direito, em que alguns são mais livres do que outros, alguns são mais detentores de direitos do que outros.

2. DEFININDO O CONCEITO DE DIREITO

Antes de se adentrar no mérito do conceito propriamente dita do direito, é necessário se atingir uma compreensão do direito como ciência ou ciência jurídica, necessário se distinguir inicialmente o que é a ciência propriamente dita para que, tendo como pressuposto alcançado a definição de ciência, se passar a analisar a ciência do direito como uma matéria pura.

A origem etimológica da palavra ciência vem do latim *scire* cujo significado é saber. Assim, a partir do sentido etimológico:

(...) a ciência seria a ideia do saber e, neste caso, para os gregos, toda a espécie de saber, pois a ideia de ciência (*epistème*) se contrapõe ao chamado saber vulgar (*doxa*), significando todo saber culto, especulado, teórico, que se contrapõe aos conhecimentos prováveis de *doxa* (opinião) e da fé. Neste sentido, incluía-se a filosofia, outra forma de *sophia* (sabedoria). Na idade média, o termo prossegue basicamente com o mesmo significado do que o grego, como um conhecimento das coisas, do que infunde ser e razão ao objeto conhecido, enquanto que, somente na Idade Moderna, tomou um sentido mais limitado, afastando-se a filosofia. Nesse momento a ciência passa a ter como objeto fatos reais (Abboud, 2019, p. 215).

A ciência é surge como resposta às indagações feitas pelo ser humano acerca do seu entorno e de tudo o que é ou existe, sendo esta a primeira preocupação e a central preocupação da ciência(Alarcón, 2017, p. 19)¹. Desse modo, a ciência busca satisfazer a inquietação humana de buscar o conhecimento para se livrar das armadilhas do senso comum e das superstições mundanas, construindo o conhecimento através da explicação racional sobre os mais diversos fenômenos.

Nesse sentido, Rizzato Nunes demonstra:

A ciência busca organizar e sistematizar o conhecimento do homem. O cientista é um ser preocupado com a veracidade e a comprovação de seu conhecimento, o que faz com que construa uma série de enunciados e regras rigorosas, que permitem a descoberta e a prova desse conhecimento. É a partir desses enunciados que se diz que o cientista fala a verdade. Aliás, diga-se desde já que a verdade ou falsidade é algo ligado às proposições apresentadas. (Nunes, 2017, p. 74).

Nessa mesmo diapasão, vale trazer à tona o conceito de ciência explícito por Georges Abboud:

O conceito básico e amplo - de ciência se apresenta como uma modalidade de conhecimento metódico e sistemático, que investiga e estabelece leis que regem produção e modificação dos fenômenos ou as relações constantes de acordo com quais eles ocorrem. É um tipo de conhecimento objetivo, cujas doutrinas ou sistemas são passíveis de verificação, por observação empírica ou demonstração racional. Por essa razão, a ciência é considerada um modo de conhecimento positivo e objetivo, distinto de opinião e crença, sustentadas com base na aparência ou razões de ordem subjetiva. (Abboud, 2019, p. 216).

Chegando-se à uma definição, ainda que elementar, do conceito de ciência, para que se possa falar a ciência do direito propriamente dita, é necessário distinguir os tipos, ou melhor, a classificação de ciências.

A classificação mais básica e que é também aceita é a distinção entre as ciências naturais e as ciências humanas, cuja diferença central reside no fato de que, nas ciências naturais o conhecimento é construído com o objetivo de explicar os fatos e tentar descobrir as ligações entre eles, organizando um mundo próprio de constatações descritas e explicadas enquanto que,

¹ Embora existam vários modelos discursivos que originam diversos olhares e expressões para designar os problemas e fenômenos da vida, quiçá haja consenso quanto a dizer que o vocábulo mundo é o mais singelo que podemos encontrar no terreno do conhecimento. Isso acontece porque a primeira grande preocupação dos homens consistiu - e consiste ainda em conhecer seu entorno e, com ele, tudo o que é ou existe.

nas ciências humanas também se busca explicação para os fatos e suas ligações, mas, nelas o ser humano é o centro dos estudos, tendo como objeto de investigação as ações humanas (Nunes, 2017).

O direito está inserido dentro da classificação das ciências humanas², sendo então, a ciência do direito uma ciência humana. Assim, partindo desse pressuposto tem-se que o direito e o estudo da ciência do direito, como uma ciência autônoma é uma tarefa ligada, principalmente à filosofia (tendo como objeto específico o estudo do direito, ou seja, a filosofia do direito), mas também as áreas do próprio direito, como por exemplo, a Teoria Geral do Direito ou a Introdução ao Estudo do Direito.

Contudo, para que se possa considerar o direito como um ciência seria preciso entender, a fundo, as causas, as estruturas, as razões e as implicações do fenômeno jurídico o que geralmente não ocorre, pois há uma forte tendência tecnicista de associar a ciência do direito à meras repetições de argumentações fundadas em leis e jurisprudências, sendo que, tais instrumentos não estão ligados à ciência jurídica, mas sim, as técnicas jurídicas³.

Isso acaba fazendo com que o jurista ao invés de ser um artesão na resolução de conflitos através das situações que lhes são apresentadas, torna-se um técnico formal, que manipula estruturas mecânicas já estabelecidas, institucionalizadas.

Isso se dá, principalmente pela superficialidade que a modernidade e o atual sistema capitalista têm concebido ao próprio estudo do direito, fazendo com o que mesmo não tenha qualquer criticidade ou reflexão profunda, acerca de suas próprias amarras, alienando o próprio jurista e os estudiosos do direito.

Começando pela própria definição de direito à qual o jurista é ensinado desde cedo, à analisar sempre o direito pelo ângulo da sua legitimidade, aprendendo que o direito impõe leis porque advém do Estado o qual é soberano porque vem do povo, sendo a expressão do bem comum.

Ou, em outro caso, já sabendo que o Estado se arreda de expressar qualquer coisa relacionada ao bem comum, mas, pelo contrário, é a máxima expressão de grupos que o controlam e o dominam, preferem por dizer que o Estado é a expressão de um contrato social,

² É também colocado como pertencente às chamadas ciências sociais aplicadas [é assim que ele aparece classificado nos órgãos governamentais brasileiros, na CAPES/MEC, por exemplo.

³ É voz comum ouvir dos profissionais do direito que a sua atividade cotidiana é uma ciência do direito. Mas, a fim de que se considerasse o direito uma ciência, seria preciso entender, a fundo, as causas, as estruturas, as razões e as implicações do fenômeno jurídico. Não é isso que o jurista médio quer ou faz quando fala da ciência do direito: no mais das vezes, aquilo que se reputa por ciência é simplesmente a escrita de uma petição, de uma sentença, uma argumentação fundamentada em certas leis ou certas jurisprudências. Esse conjunto de atividades, antes de perfazer uma ciência, pode ser mais bem compreendido como somatório de técnicas jurídicas.

não demonstrando qualquer prova deste contrato ou que haja uma escolha social pela atual conjectura social, jurídica ou política.

Conforme cirurgicamente delineado por Mascaro:

A compreensão do fenômeno jurídico contemporâneo demanda um pensamento crítico, que saiba ver para além da aparência técnica e do discurso do direito. A análise histórica e a contribuição de outros saberes, como a economia, a política, a sociologia, a filosofia, dentre tantos outros mais, unificados a partir de uma visão crítica, retiram a explicação jurídica de sua superficialidade técnica e impedem um discurso alienante sobre seus fundamentos. Tradicionalmente, o direito tem sido analisado pelo ângulo da sua legitimidade. Busca-se quase sempre ressaltar a autoridade que o direito tenha para impor à sociedade seu conjunto de regras. O jurista, em geral, é ensinado desde muito cedo a procurar as fontes de legitimação da ordem jurídica. Para isso, ele aprende que o direito pode impor suas leis porque advém do Estado, e o Estado é soberano porque vem do povo, e é uma instituição necessária porque é considerada a expressão do bem comum. Outros, ainda, já sabendo que o Estado não é necessariamente a expressão do bem comum, mas de grupos que o controlam e dominam, dizem que o Estado é soberano porque é a expressão de um contrato social. Para esses, os indivíduos da sociedade, por sua vontade própria, se organizam por meio estatal, e daí o Estado teria legitimidade para impor as leis a todos. Mas também, nesse caso, não se demonstra a prova desse contrato social, tampouco que a sociedade tenha desejado uma estrutura política e jurídica estatal que seja a responsável por manter as desigualdades, por exemplo. Por essa razão, toda vez que o jurista se encaminha para tentar legitimar necessariamente a ordem, acabará enveredando por caminhos sinuosos de respostas abstratas e idealistas: o Estado é o bem comum, o Estado é a vontade do povo, ou, então, o Estado pode impor suas leis porque votamos democraticamente nos dirigentes do Estado, por nós constituídos em nossos representantes. Todas essas respostas são legitimadoras da ordem, da mesma maneira que, no passado, se dizia que a ordem era de tal modo porque Deus assim o quis. O discurso do direito, na atualidade, é o substituto do Deus do passado como justificativa das injustiças que são resultantes, no entanto, da história e da vida social humana. (Mascaro, 2019, p. 59).

Daí o motivo pelo qual, a própria estrutura tecnicista faz com que o jurista passe de um estudioso teórico e filósofo da realidade social e política, fora da alienação imposta pelo próprio direito tecnicista à um mero técnico repetidor de leis, jurisprudências e petições.

Isso se dá, pelo fato de que, as técnicas jurídicas resultam de certas estruturas sociais específicas. Ora, se para o capitalismo é necessário que a liberdade dos indivíduos seja vendida pela exploração no mercado de trabalho, então as técnicas jurídicas têm que refletir, de algum modo, essa condição dos indivíduos.

Portanto, a técnica jurídica serve apenas para manter as estruturas sociais existentes, impedindo assim, uma real reflexão crítica que foge dessa esfera repetitiva, servindo apenas como forma de domínio estatal, conforme se explica:

A técnica jurídica se assenta em estruturas sociais que configuram formas sociais e jurídicas. No capitalismo, as trocas convertem as partes em sujeitos de direito. Tal forma se impõe à técnica, fazendo com que esta a absorva. O sujeito de direito, que é uma forma extraída de determinadas relações sociais concretas, é reconfigurado, posteriormente, pela técnica jurídica, que então lhe declara a condição jurídica, o estoque de direitos subjetivos correspondentes, as capacidades de disposição dos direitos etc (...) A existência do Estado reconfigura a posição do poder jurídico na sociedade. A forma jurídica, que é uma forma social, só se consubstancia em técnica

jurídica quando se encontra com a forma política estatal. No quadro das estruturas da reprodução do capitalismo, a política se separa dos agentes da produção, e no campo estatal será depositado o manejo das técnicas do direito. A forma jurídica revela a estrutura concreta das relações sociais; a técnica jurídica revela os contornos internos ou imediatos do afazer do direito. E, no que diz respeito às suas finalidades, as técnicas jurídicas procedem a um controle dos operadores do direito, a fim de que manipulem os instrumentais jurídicos sempre de acordo com as estipulações já dadas. Mesmo em casos novos, em situações desconfortáveis, o direito pode até lançar mão de novas referências, mas sempre dentro do quadro de domínio do poder estatal. (Mascaro, 2019, p. 61).

Atualmente, o núcleo da ciência do direito é a universalização de princípios e procedimentos jurídicos que nada mais expressam a autoridade estatal como emanadora da lei, e, portanto, do direito e de seus instrumentos como o negócio jurídico e a capacidade jurídica, sendo, essa conjectura chamada de ciência jurídica por alguns teóricos do direito⁴.

Essa foi a compreensão de Hans Kelsen ao escrever a *Teoria Pura do Direito*, cuja pretensão foi reduzir a compreensão do direito e canalizar o seu estudo para somente as normas jurídicas estatais, sendo estas, um fundamento técnico universal para todos os direitos, tendo Kelsen chamado isso de ciência do direito, quando, na realidade estava apenas à descrever uma teoria geral sobre as técnicas jurídicas modernas⁵.

Isso porque, a concepção do direito como ciência, envolve um conjunto de fatos e fenômenos sociais, dependendo de outras ciências e conhecimentos, como a própria filosofia. Uma vez que, a técnica jurídica sequer pode ser considerada como ciência, diante do fato que se trata de apenas um instrumento ou conjunto de técnicas que nem sequer é universal, ou seja, pode-se aplicar em outros ramos da ciência ou do conhecimento.

Portanto, deve-se afastar a compreensão do direito como ciência à mera formulação de teorias que legitimam a ordem jurídica ou legitimam a emanção da lei, uma vez que, essa simplória compreensão tende a reduzir a ciência do direito ao estudo de meras técnicas jurídicas repetitivas, cujo exercício independe de qualquer conhecimento da própria ciência e não

⁴ Institucionalmente, buscaram-se fundar alguns padrões invariáveis que sirvam para conformar e compreender toda a estrutura jurídica de cada direito nacional. Assim, certos princípios como o de que uma lei só é válida se emanada da autoridade competente, ou então de que todo negócio jurídico só é válido se o sujeito que o celebrou tiver capacidade jurídica para tanto, são princípios que se tornaram comuns aos Estados atuais. Inúmeros teóricos do direito, observando essa universalização de princípios e procedimentos jurídicos, pensaram ter chegado a um núcleo de ferramentas, técnicas, regras e procedimentos que seria necessário a todos os direitos. Chamaram a esse núcleo de ciência do direito, o que, conforme já foi visto, não é um termo apropriado, porque não dá conta de todos os fenômenos envolvidos no próprio direito. (Mascaro, 2019, p. 61).

⁵ Hans Kelsen, em seus livros e, em especial, na *Teoria Pura do Direito*, pretendeu reduzir a compreensão do direito ao estudo apenas das normas jurídicas estatais. Tal seria, para Kelsen, um fundamento técnico universal para todos os direitos. Mas o que se dava era uma grande teoria geral de todos os ferramentais normativos do direito moderno, que é sim essencialmente estatal. Kelsen chamou a isso de ciência do direito quando, na verdade, tratava-se de uma teoria geral sobre as técnicas jurídicas modernas. Para tratarmos o direito como ciência, deveríamos envolver um grande conjunto de fatos e fenômenos sociais, valendo-nos do concurso de muitas outras ciências. A técnica jurídica, no entanto, é mais restrita, e não é uma ciência, embora também deva ser estudada pela ciência. (MASCARO, Alysson Leandro. Introdução ao estudo do direito. - 6. ed. - São Paulo : Atlas, 2019.E-book).

prescinde o exercício de um conhecimento filosófico ou do conhecimento jurídico, tido como ciência, devendo a ciência do direito, buscar verificar na realidade histórica, como é que o direito se estrutura, domina e contribui para a exploração social.

A definição do fenômeno jurídico, ou seja, do direito, pressupõe a investigação de fenômenos concretos, para que à partir desses fenômenos possa-se chegar à uma concepção teórica *à posteriori*⁶

Contudo, a questão da definição do direito é uma questão extremamente tormentosa na doutrina introdutória à matéria, isso porque, não há uma definição própria e nem um conceito doutrinário consensual entre os hermenutas e estudiosos da ciência jurídica.

Acerca disso, bem explica Mascaro:

A primeira dificuldade para delimitar o conceito de direito reside no fato de que, em geral, o jurista quer partir de suas próprias definições idealistas e de noções vagas para, apenas depois, encontrar uma realidade que se adapte às suas teorias. Mas o procedimento deve ser justamente o contrário. É preciso investigar fenômenos concretos e, a partir deles, alcançar uma concepção teórica posterior. Para entendermos o fenômeno jurídico, é preciso, acima de tudo, utilizar-se da ferramenta da história. Sem ela, as definições sobre o direito serão vagas e sem lastro concreto. (Mascaro, 2019, p. 14).

Nesse sentido também se manifesta Tércio Sampaio:

Por tudo isso podemos perceber que o direito é muito difícil de ser definido com rigor. De uma parte, consiste em grande número de símbolos e ideais reciprocamente incompatíveis, o que o homem comum percebe quando se vê envolvido num processo judicial: por mais que ele esteja seguro de seus direitos, a presença do outro, contestando-o, cria-lhe certa angústia que desorganiza sua tranquilidade. De outra parte, não deixa de ser um dos mais importantes fatores de estabilidade social, posto que admite um cenário comum em que as mais diversas aspirações podem encontrar uma aprovação e uma ordem. (Ferraz, 2018, p. 55).

O Jurista Han Kelsen, sendo um dos maiores teóricos do direito do século XX, abordou o direito como ciência: se existem leis que explicam a natureza e são válidas em todo o mundo, o direito também deveria ter validade objetiva e uma base universal (notamos aqui uma certa influência kantiana). Este aspecto é fundamental na compreensão da obra do autor: a separação do direito entre o que ele é na prática jurídica (ser) do que ele é como ciência (dever ser).

O referido Jurista, então, não se preocupou em trabalhar o conteúdo do direito, pois este é relativo (cada país tem leis diferentes, logo, impossível de se conceber bases universalmente validas).

Desse modo, conforme Pietro de Jesus explica, na visão de Kelsen:

“o Direito (...) é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo ‘norma’ quer-se

⁶ No exame da questão epistemológica que se propôs a enfrentar, Kant distingue as formas de conhecimento de acordo com o modo como ele pode ser fundamentado. Para ele, conhecimento “a posteriori” é aquele que pode ser suficientemente fundamentado na experiência. Portanto, é conhecimento cuja verdade ou falsidade é revelada pelos dados sensoriais (se afirmo que “a parede é branca”, a verdade ou falsidade dessa afirmação pode ser constatada assim que meu interlocutor voltar seus olhos para a parede a que me refiro). Conhecimento “a posteriori”, então, é sinônimo de conhecimento empírico.

significar que algo ‘deve’ ser ou acontecer, especialmente que um homem se ‘deve’ conduzir de determinada maneira.” Sob esta perspectiva, o Direito se revela à coletividade como norma, resultando evidente que se a convivência social adequada é requisito indispensável para o progresso dos seres humanos, então a subordinação de cada homem às normas é uma condição suprema para estimular a prosperidade e consolidação dos fins sociais.(Alarcón, 2017, p. 35).

Logo, para Kelsen o direito não é aquilo que é justo, mas sim o que é posto por uma autoridade competente. O que Kelsen verifica ser universal é a estrutura do direito; sua manifestação normativa (dever ser); a relação de imputação que busca tornar válida/inválida uma conduta, entre outros aspectos.

Desse modo, verifica-se que a definição de direito de Hans Kelsen, muito se aproxima à uma definição tecnicista cuja análise se delimita às normas técnicas impostas pela autoridade incumbida para tal, havendo assim um *reducionismo* na própria definição do direito, tal questão é duramente criticada por Mascaro, uma vez que, para ele, esconder a relação do direito com o todo e identifica o direito apenas com a norma jurídica, conforme ele explica:

Contudo, o jurista tecnicista, que em geral quer esconder a relação do direito com o todo – seja com o capitalismo, que lhe dá a qualidade, seja com as demais relações, que se lhe somam quantitativamente em maior ou menor grau –, identifica o direito apenas com a norma jurídica. Pinça um fenômeno isolado do direito e quer fazer dele a razão de ser da explicação jurídica, sem relacionar a norma com os demais fenômenos. Estes são os juristas limitadores, que procedem a um reducionismo na explicação do direito, escondendo os liames do direito com a sociedade para não explicitarem os seus reais vínculos. É preciso sempre partir do princípio da totalidade, contrário ao do reducionismo. Os fenômenos culturais e psicológicos, ainda que mais ou menos determinantes, estão também conexos estruturalmente com os fenômenos jurídicos. O juiz racista condena o réu negro por causas culturais da sociedade, e não só por causas legais. Aquele que disser que não há causas extralegais na atividade judicante simplificou perigosamente o fenômeno jurídico. (Mascaro, 2019, p. 30).

Isso porque, de acordo com o autor, o direito como fenômeno não é apenas o estudo de determinadas normas, uma vez que, o direito se molda através das estruturas sociais, jamais sendo alcançado pelas próprias vias, não sendo suficiente o estudo de normas jurídicas isoladas o suficiente para definir o que é o direito, dependendo de outras ferramentas e conhecimentos, além de outros fenômenos, também abarcados pela filosofia, como a história, a economia, a política, a psicologia, a sociologia que levam o jurista a constatar a especificidade do direito na história e o modo de entrosamento dos demais fenômenos com o fenômeno jurídico.

Nesse diapasão leciona Pietro de Jesús:

Aspira-se a que o Direito, como ordem normativa, expresse os valores ou elementos de consenso, escolhas que toda sociedade faz com relação ao que considera bom ou mau, correto ou incorreto, satisfatório ou insatisfatório. Destarte, a relação entre os homens se acomoda a uma estrutura comportamental originada em um princípio socialmente discernível. Com fundamento nesta visão pode-se afirmar, com Eros Roberto Grau, que se o Direito expressa valores sociais e cada sociedade constrói seus elementos de consenso, então em cada sociedade manifesta-se um determinado Direito (Direito positivo, Direito posto), diverso e distinto dos outros direitos (Direitos postos, Direitos positivos) A reflexão conduz naturalmente a pensar que o fenômeno

jurídico é muito mais amplo que o Direito posto pelo Estado, praticado nos tribunais e ensinado nas faculdades de Direito. Na verdade, como instância da realidade tem dois momentos. O primeiro, de pressuposição - Direito pressuposto, no qual se apresenta como produto histórico cultural; o segundo, o do Direito posto, Direito numa dimensão supraestrutural. Bem por isso, o legislador quando atua como formulador do Direito posto - não é livre para criar qualquer Direito, pois condicionado a referências das quais decorre a legitimidade da sua tarefa, é dizer, ao Direito pressuposto, ainda que, numa análise mais alargada, os dois campos estejam em constante interpenetração. A coincidência entre normas e valores sociais parece perfeita mente explicável: uma vez que o Direito tem existência própria, é dizer, torna-se evidente como universo normativo, então nada obsta que na sua intimidade estrutural venham a residir um conjunto de elementos consensuais - como o respeito pela vida, ou à liberdade ou à justiça, que funcionam como condições conteudíssimas das normas que o compõem, isto é, como elementos obrigatórios no transfundo das espécies normativas. (Alarcón, 2017, p. 36).

Destarte, o direito deve ser compreendido como um fenômeno histórico e social que se altera de acordo com o tempo e o lugar, sendo uma normatização axiológica da vida social, buscando-se efetivar valores e intenções que o legitimam e lhe outorguem autoridade necessária.

2.1 O DIREITO NATURAL COMO UM DIREITO LIQUIDO?

Antes de adentrar na questão da liquidez do direito natural, bem como, da solidez do direito positivo, faz-se mister trazer à baila o conceito de ambos, sendo que, o direito natural, conforme Norberto Bobbio apresenta, deve ser analisado com base no pensamento da época, existindo assim o conceito de direito natural no pensamento clássico, no pensamento medieval e no pensamento moderno, ou seja, possui assim, inclusive definições com embasamentos diferentes (Bobbio, 2022, p. 22).

Em suma, no conceito clássico, idealizado pelos gregos, a ideia de natureza que comandará o direito está ligada à ordem cosmológica, no conceito medieval, a ordem natural está ligada ao modo do ser perfeito, ou seja, remetido à Deus, ou seja, surge assim uma definição de direito natural cosmológico e de direito natural teológico, entretanto, é a partir da definição de direito natural no pensamento moderno ou renascentista que gera assim a doutrina clássica do jusnaturalismo (Abboud, 2019, p. 74).

Assim, dentro da concepção do Direito Moderno, há três classificações de direito natural, sendo o direito natural em Hobbes, o direito natural em Locke e o direito natural em Rousseau (Mascaro, 2016, p. 162).

Os três autores e filósofos, são contratualistas, ou seja, defenderam a ideia da existência de um “Contrato Social” que ordena as relações, de onde advém as leis, de forma geral, para Hobbes, o contrato social se apresenta como um instrumento teórico dos iluministas, que busca

assentar uma ordem burguesa com o poder ilimitado dos reis. Desse modo, Hobbes sustenta que o direito natural deve, necessariamente, advir do Estado.

John Locke, por sua vez, sustentou que a finalidade precípua do contrato social é a garantia da propriedade privada, e, à partir do contrato social, se origina um corpo político que legisla, julga e sustenta por meio da força a sociedade. À partir disso, Locke defende que, a base do direito natural é a propriedade, sendo, a lei natural uma diretriz para a conduta humana (Locke, 2005, p. 495).

Por fim, para Rousseau, diferentemente do que alegavam os demais contratualistas, defende que o contrato social não advém da vontade dos indivíduos para a reunião em sociedade, pelo contrário, Rousseau sustenta que, com a associação dos homens e o surgimento da desigualdade social, o conflito se instaura, havendo assim ambição, avareza e maldade entre os homens (Mascaro, 2016, p. 164).

Desse modo, instaura-se um estado de guerra constante, à partir da ideia da propriedade privada e da competição entre os homens na sociedade, fazendo com que o Estado imponha um contrato social, para regular as relações humanas e evitar assim a ruína da sociedade.⁷

No pensamento moderno, conforme já demonstrado, o direito natural surge em razão da ideia de um contrato social, o qual, conforme demonstrado possui diferentes definições e diferentes finalidades, fazendo assim com que própria concepção do direito natural, seja um conceito, na visão de Bauman, líquido, pois, se amolda de acordo com o entendimento de quem o aplica e o interpreta.

2.2. O DIREITO POSITIVO COMO UM DIREITO SÓLIDO?

O direito positivo surge com ideia da codificação, que busca englobar as leis e as normas em códigos, ou seja, o direito positivo é um conjunto de regras e normas que rege o convívio humano em determinado contexto, histórico, social e territorial.

Já o positivismo jurídico representa uma postura metodológica específica o qual estabelece determinados pressupostos de objeto e método para a análise do fenômeno jurídico.

⁷ Com Rousseau, o centro de gravidade da reflexão política se desloca da esfera do saber para a do poder, ou da esfera da razão para a da paixão, ou ainda da do Discurso para a da Força. As vontades, as paixões, mesmo os direitos reivindicados remetem a uma Econômica ou uma Dinâmica onde se opõem proprietários e despossuídos, fortes e fracos, dominantes e dominados. Não se trata mais de difundir o saber, mas o de organizar forças dadas, ou de neutralizar um conflito existente desde sempre, contando apenas com as forças (demasiado humanas) disponíveis. É a diferença social que vem finalmente à tona, tornando necessária a determinação dos meios de suprimi-la. O que há de irracional ou intolerável na organização social não lhe advém, como que de fora, de uma administração desamparada pela razão e obscurecida pela ignorância. Advém-lhe, sim, de seu próprio coração ou de sua natureza íntima, já que as instituições, ou as sociedades políticas, nasceram justamente da necessidade de legitimar e de garantir a permanência da desigualdade que terminou por emergir nas sociedades pré-políticas (Prado Jr, 2008, p. 409. Bento).

Cumprir destacar que a principal diferença entre o método de estudo do jusnaturalismo e do juspositivismo:

(...) o juspositivismo procurará definir o direito a partir de uma separação com relação à moral. Esse é outro ponto que o distingue em absoluto das posturas jusnaturalistas: nelas, o direito é vinculado à moral. Para o positivismo jurídico, o direito vale independentemente do conteúdo que ele regulamenta. O que definirá sua validade é a sua adequação a determinados procedimentos formais previstos pelo próprio sistema ou ordenamento jurídico. O direito assume, assim, um caráter de autorreferência - em contraposição ao jusnaturalismo que professava uma espécie de heterorreferência -, vale dizer, é o próprio direito que define aquilo que é ou não é direito (Abboud, 2019, p. 77).

Ou seja, enquanto o direito natural possui uma vinculação intrínseca com a moral, o direito positivo busca se desatrelar da moral, objetivando ser uma ciência desapegada de qualquer relação com a moral, ou seja, o positivismo jurídico busca excluir qualquer conteúdo transcendente, se limitando tão somente à descrever e organizar o direito produzido no convívio humano, podendo conceitua-lo como um conjunto de normas válidas que regem o convívio social em um peculiar momento histórico e espacial (Abboud, 2019, p. 77).

O positivismo jurídico se caracteriza por três elementos importantes, sendo eles: a) pelas fontes sociais do direito; b) separação entre direito e moral; c) pela discricionariedade delegada ao juiz nos *hard cases*.

O primeiro elemento, ou seja, as fontes estatais-sociais do direito, está relacionado ao objeto do positivismo jurídico, sendo que, o mesmo possui validade à partir de requisitos formais exigidos no ordenamento jurídico no qual o direito positivo surgiu, desse modo, está ligado à regulação estatal, não se apegando à fatores externos, mas tão somente, à fonte no qual foi criado.

Já o segundo elemento, conforme já frisado alhures atrás, refere-se à tese professada do positivismo jurídico acerca da separação entre direito e moral, excluindo assim o problema de sua adequação a um sistema moral.

Por fim, o positivismo professa um coeficiente de discricionariedade judicial, que é definido pela aplicação do direito aos casos concretos, principalmente aos casos especiais, em que alguma medida, inexistente qualquer precedente judicial, que são os denominados *hard cases*, que deverão ser julgados pelo julgador.

O terceiro elemento é o ponto central da discussão acerca da solidez do direito positivo, isso porque, o direito positivo, ao ser criado apartado da moral, bem como, constituindo-se como uma ciência própria, sem se importar com fatores externos, o mesmo poderia se considerar então como algo sólido, pela definição de Bauman, ou seja, que não se alteraria de acordo com as circunstâncias que o englobam.

Entretanto, considerando que, mesmo o direito positivo, depende de uma discricionariedade judicial, ou seja, sua aplicação irá depender de acordo com cada caso concreto e é justamente este o cerne da questão, isso porque, o direito então não será aplicado de forma igual para todos, havendo assim diferentes entendimentos e aplicações, principalmente em relação à grupos vulneráveis, os quais, acabam sofrendo mais do que certa gama de classe de pessoas.

Tal liquidez do direito positivo, se dá tanto no âmbito da administração pública, por meio de atos e decisões, tanto quanto no âmbito do judiciários, ao deixar de aplicar a lei, ou ainda, deixar de efetivar um direito ou garantia fundamental de alguém pertencente à um grupo vulnerável.

3. A (INEFETIVIDADE DOS DIREITOS DOS GRUPOS VULNERÁVEIS ANTE A LIQUIDEZ DO DIREITO POSITIVO

Um exemplo acerca da inefetividade do direito positivo em razão de sua liquidez, é aquilo que se conceitua como “seletividade penal”, cuja teoria preconiza que não basta a prática de uma conduta contrária às normas para ser considerado um criminoso, de modo que se analisa, dentre outros fatores a condição social, econômica e até étnica do desviante que é o resultado de um etiquetamento social.

Assim, determinadas pessoas, ainda que pratiquem atos tipificados em lei, não são criminalizados e outras pessoas, ainda que sequer cometam condutas tipificadas, serão consideradas sempre suspeitas, sofrendo opressão policial e também estatal.

E não é só, determinadas pessoas, em razão de sua classe social ou, ainda, em razão de ter conhecimento técnico, acabam por ter direitos tolhidos, ou inefetivados, seja por parte da administração pública, seja por parte de decisões judiciais que assim o fazem.

Diante disso, com o fito de demonstrar tal inefetividade do direito positivo atual, ante a sua liquidez, principalmente perante grupos vulneráveis, necessário se faz trazer à tona alguns casos concretos que buscam demonstrar tais situações.

Inicialmente, reforçando a ideia da seletividade penal, houve um caso em que, a justiça de primeiro grau do Rio Grande do Sul, absolveu dois homens, por furto de lixo e de comida vencida, no pátio de um shopping em Uruguaína/RS, e, diante da sentença absolutória, o

Ministério Público do Rio Grande do Sul, recorreu da sentença, objetivando uma condenação dos réus, por furtarem lixo⁸.

Diante disso, cumpre ponderar que, inicialmente, a própria denúncia por um “crime de furto de lixo” já se mostra absurda e sem qualquer embasamento jurídico, isso porque, classificar como crime de furto o ato de pegar do lixo alimentos vencidos é juridicamente absurdo, pois, considerando que o furto é um crime patrimonial, as mercadorias descartadas no lixo não podem ser consideradas como bens dotados de valor econômico, não havendo assim qualquer crime de natureza patrimonial⁹.

Desse modo, é inegável, que, no caso apresentado, o direito positivo se apresentou de forma líquida, isso porque, em que pese a questão ser juridicamente simples, diante da inexistência de reprovabilidade na conduta dos réus, bem como, ausente qualquer indicio de tipicidade penal, verifica-se assim que o direito positivo, dependerá também do entendimento e da aplicação do mesmo no caso concreto.

Além disso, é extremamente comum verificar-se uma aplicação diferente ou equivocada do direito, principalmente quando se está diante de pessoas economicamente vulneráveis, cujos direitos são muitas vezes negados pelo poder público, tanto no âmbito do Poder Executivo, quanto no âmbito do Poder Judiciário, no que tange ao poder legislativo, o mesmo não possui como função típica a aplicação do direito, entretanto, o Poder Legislativo possui grande influência no que tange a aplicação do direito.

Um exemplo dessa influência, seria as omissões inconstitucionais, que também são combatidas no âmbito do Controle Concentrado de Constitucionalidade, como por exemplo, a questão do casamento homoafetivo, que não era reconhecido como instituto jurídico e somente passou à ser reconhecido após decisão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade número mesmo, a Constituição possuindo como princípio a igual e declarando que todos são iguais perante à lei.

5. CONCLUSÃO

Conforme se demonstrou, o direito se apresenta como um fenômeno histórico e cultural, que se adequa de acordo com o lugar e o tempo, possuindo tanto uma definição apresentada

⁸Justiça nega recurso do MP e absolve acusados por furto de alimentos vencidos jogados no lixo por hipermercado em Uruguaiana. G1, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2022/07/08/justica-nega-recurso-do-mp-e-absolve-acusados-por-furto-de-alimentos-vencidos-jogados-no-lixo-por-hipermercado-em-uruguaiana.ghtml>. Acesso em: 16 de julho de 2023.

⁹ZAPATER, Maíra. Crime é acusar de furto quem revira o lixo para procurar alimento. Migalhas, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/354092/crime-e-acusar-de-furto-quem-revira-o-lixo-para-procurar-alimento>. Acesso em: 16 de julho de 2023.

de direito natural, quanto de direito positivo, sendo que, a primeira definição, é conceituada por três filósofos contratualistas e, pela sua própria definição, o direito natural pode ser definido como aquilo que Bauman conceituou como líquido, isso porque, para Bauman, as definições que ele apresenta como sendo líquidas, são aquelas que se amoldam de acordo com a circunstância em que está inserida.

Desse modo, considerando que o direito natural advém da ideia do contrato social, bem como, pelo fato de que o mesmo se altera de acordo com quem o aplicaria, é inegável a sua natureza líquida, não sendo algo sólido, que possui regras ou normas já consolidadas, como ocorre com o direito positivo.

Por outro lado, o direito positivo, possui regras e normas fixas, advindas do próprio ordenamento jurídico que está gira em torno do direito positivo, assim, tem-se a ideia de que, ao contrário do direito natural, o direito positivo seria, na definição de Bauman, algo sólido, concreto, cuja aplicação da lei, seria igual para todos, sendo, inclusive, uma norma constitucional expressa, conforme art. 5º, *caput* da Constituição Federal.

Entretanto, na prática, principalmente quando se trata de direitos inerentes à grupos vulneráveis, a liquidez do direito positivo começa a se esvaír e algo que seria sólido e concreto, apresenta determinada liquidez e determinados direitos pertencentes à uma gama de pessoas, deixa de ser aplicado em determinados momentos ou, até mesmo, esquecidos.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2019.

ALEXY, Robert. **TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**, Tradução: Virgílio Afonso daSilva, 4ª Edição, 1ª Edição Brasileira, São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BAHIA, Claudio José Amaral. **Constitucionalismo abusivo e crise democrática :ensaio pela defesa do contrato social de 1988**. Bauru, SP : Spessotto, 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução, Plínio Dentzien. Rio Janeiro: Jorge Zahar. Ed., 2001.

BOBBIO, Norberto, 1909-2004. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**; compiladas por Nello Morra; tradução de Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022.

Justiça nega recurso do MP e absolve acusados por furto de alimentos vencidos jogados no lixo por hipermercado em Uruguaiana. G1, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2022/07/08/justica-nega-recurso-do-mp-e-absolve-acusados-por-furto-de-alimentos-vencidos-jogados-no-lixo-por-hipermercado-em-uruguaiana.ghtml>; Acesso em: 16 de julho de 2023.

LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o governo**. São Paulo, Martins Fontes, 2005.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito** – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo:Atlas, 2016.

SOUZA, Jessé. **Ralé brasileira: quem é e como vive**; colaboradores André Grillo ...[et al.] – Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Ciência Política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2017.

PRADO JR., Bento. **A retórica de Rousseau e outros ensaios**. São Paulo, Cosac Naify, 2008.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais**. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ZAPATER, Maíra. **Crime é acusar de furto quem revira o lixo para procurar alimento**. Migalhas, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/354092/crime-e-acusar-de-furto-quem-revira-o-lixo-para-procurar-alimento>. Acesso em: 16 de julho de 2023.