

Disciplina: Introdução à Ciência do Direito

Profa.: Thomas Bustamante

PROVA I – 08/06/2011

Positivismo Jurídico – o conteúdo do direito é separado da moral. Validamente produzido de acordo com as normas. O direito possui critérios auto-referenciais de validade. Prevê o procedimento utilizado, se a competência foi respeitada, o próprio sistema. Não se verifica se é justo ou injusto. Verifica um direito que já existe. O direito fundamental a si próprio.

Norma X Norma Jurídica

Norma: universalmente estabelecida – é o DIREITO. É uma ordem, uma prescrição (éticas, religiosas). Kelsen: Norma é dever-ser. Norma válida = origem e processo de criação da norma.

Norma Jurídica: o que a caracteriza – a SANÇÃO. Elemento coercitivo. Há normas com sanção indireta. Ex.: processo legislativo.

Rousseau: Contrato Social. O povo faz a lei, então permanecem livres.

Kant: Moral, positivismo. Lei Moral é uma lei que se dá em si mesma. Razão legisladora – procedimento reconhecido. Só estamos livres quando deixamos de lado os fatos externos, nossas preferências, hipótese antropológica: todos os seres humanos tem valores iguais. Lei universal que garante a liberdade. Imperativo Categórico: ages de tal maneira que as lei que estabelece sejam consideradas universais. O direito se justifica por ser universal. A lei prevê comportamentos abstratos e adiciona conseqüências.

1 - Dissolvendo algumas ambigüidades

- **Direito Natural:** baseado na moral, direito da razão, dado por Deus. Naturalismo. Segundo os jusnaturalistas: direito eterno, perfeito, imutável, não varia historicamente. Sistema suprapositivo, acima do direito positivo, que deve obediência ao natural, condicionam a validade do direito positivo. Os positivistas negam a existência do direito natural.

- **Direito Subjetivo:** Teoria da Vontade/Teoria do Interesse – direito do indivíduo, derivado do objetivo, pressupõe uma norma que o atribua a alguém. Bilateralidade do direito: vc tem o direito de exigir o cumprimento do direito correlato ao dever do outro.

- **Direito Objetivo:** sistema jurídico, conj. de normas de um Estado, totalidade das normas positivamente estabelecidas. É onde o direito positivo está.

- **Direito Positivo:** normas obrigatórias, aplicadas em determinado tempo e território, podem ser garantidas por meio da coerção; colocadas em vigor.

- **Ordem Jurídica** = direito objetivo = ordenamento jurídico.

Jusnaturalismo: Há uma ordem moral que pode ser estabelecida. Uso da razão para essa definição. Há o justo e o injusto. Há um conceito estabelecido. Racionalidade – a razão humana pode dizer o que é correto para chegar até o bem. O direito natural inspira o direito positivo tem que refletir o direito natural. Não há parâmetro, razão para estabelecer o que deve se fazer.

1ª tese geral: filosófica. Potencialidade da racionalidade, da justiça

2ª tese geral: valores condicionam o direito

Tribunal de Nuremberg – Penal Internacional: utilizou-se do jusnaturalismo; concretude do jusnaturalismo. Hitler chega ao poder legalmente, constituição do Estado Social, direitos sociais. Mtas clausulas de exceção, aproveitou-se das brechas e instalou o fascismo. Reinterpretação dos conceitos de pessoa: negro, judeu não são mais pessoas. Edição de normas específicas que discriminam essas pessoas.

Há um debate infinito com o **positivismo**.

Conceito (abstrato) X **Concepção** (versões + concretas do conceito, podem gerar discussões, visões diferentes)

Jusnaturalismo defendem o direito natural, objetivo. Condicionam a realidade.

Positivar – colocar em vigência, estabelece como sendo válida, a esfera de validade está limitada ao tempo e ao espaço.

Positivismo: teoria, direito é criado por um ato de autoridade. Não é derivado de um direito pré-existente, ou da moral. O direito começa a existir.

Relação Jurídica: Sujeito Ativo (direitos) e Sujeito Passivo (deveres)

Delimitando disciplinas:

- **Ciência do Direito**

- Política Legislativa

- **Ética: moral** compartilhada; o que é bom p nós. Toda filosofia do direito faz parte do conceito de direito (propriedade constitutiva, essencial).

Bobbio – 3 vertentes do jusnaturalismo contemporâneo:

1 – Jusnaturalismo Escolástico – São Tomas de Aquino. O direito é dado por Deus; possui poucos princípios, mas é objetivo, direito divino, há uma moralidade objetiva. O direito busca ser fundamentado no direito natural. Fundamentação Teológica do direito.

Tomas de Aquino: uma norma injusta não pode ser “direito”. Viola os princípios e os relega a um plano secundário. O direito perde a validade por se injusto.

2 – Jusnaturalismo Racionalista – Kant. Moral aplicada sem preocupação, busca de uma moral definida. “Todos seres humanos possuem autonomia para buscar a lei moral (dada pela razão)”. Potencial legislador em si msm. Ação orientada por alguma máxima. Imperativo categórico – teste. Criar critério p testar as máximas. “Age de tal forma que sua conduta possa ser aceita por todos como uma lei universal”. Pressupõe igualdade entre todos os homens. A razão nos dá a lei moral -> fundamento do direito, justifica, obriga. O homem é livre qdo segue a sua lei moral, mas deve-se submeter ao direito (nesse ponto é positivismo ideológico). Doutrina de justificação do direito.

3 – Jusnaturalismo de Hobbes – sem direito, haveria uma desordem social. Todos contra todos. Contrato Social – associação de todos os homens e o poder é transferido para o príncipe, abrindo mão da liberdade individual; fundamenta-se na razão, típico do jusnaturalismo. Contexto: Guerra Civil Inglesa. Queria um Estado Forte que acabasse com a insegurança. Forma de justificar o absolutismo do Rei. Até o contrato social é jusnaturalista, o restante de sua teoria é positivista.

Kelsen: positivista. O direito é positivado pela própria norma (mas ql a 1ª norma?!); fundamento de validade. A normatividade (obrigação q a lei impõe que seja cumprida) do direito positivo está no direito natural – direito moral, fatos sociais – p os naturalistas, o positivismo empírico.

Sanção = penalidade. Coerção = o que faz com o Estado te obrigue a cumprir a norma. Coercibilidade = característica da norma.

P/ **Kelsen:** o fundamento não nasce do direito natural, mas de outra norma. **Norma Fundamental Hipotética:** imagina-la, empírica, não se prova que ela existe; função: atribuir validade ao direito positivo, não tem conteúdo, é abstrata. Estabelece que deve-se obedecer à normas (atos de vontade que impõe a alguém alguma coisa; orienta a ação) e explica o direito positivo. Existência lógica. Como evitar o regresso infinito? Pressupor q exista uma norma que fundamenta todas as outras: norma fundamental hipotética. Qq conteúdo pode ser direito -> pq isso ela não tem conteúdo. Norma furto de ato de vontade; a norma inferior deve respeitar o conteúdo e o processo de criação estabelecido pela norma superior. Direito pode ter qq conteúdo.

O direito natural – normas concretas, tem conteúdo, mas não se preocupa c o fundamento de validade; estabelecido pela razão.

Cap. 1 – Dimitri: Definições de Direito

Norma Jurídica: enunciado, comando, dever-ser juridicamente reconhecido como valido, impõe deveres, parte de um sistema normativo/conj. de normas pertencem ao direito positivo, elementos coercitivos, sanção.

Proposição normativa: não é parte do ordenamento normativo, descreve as normas jurídicas, neutra, visão particular da ciência; deve ser objetivo, desprovido de opiniões; conhecimento racional, lógico-matemático. Não há conhecimento jurídico sem neutralidade.

Kelsen: Ciência é pura, neutra. O direito não é.

Lei -> moldura. Significado: mínimo de interpretações possíveis => positivo ideológico; não existe interpretação invalida, não te dá critérios p escolher. A lei dxa uma luz p que o juiz possa decidir. Margem de apreciação, escolhe a interpretação, linguagem ambígua. O direito possui varias interpretação; a escolha de uma delas é política e a escolhida está na moldura.

A ciência descreve, meramente descreve, mas não altera o direito. É a vontade que faz com que o direito mude, evolua -> atos de vontade.

SER (o que é o direito e não o que deveria ser) X DEVER-SER -> tese central do positivismo jurídico; conhece o direito.

RESUMO

O que é direito? Tarefa simples: manuais com as definições. Tarefa difícil: nunca haverá uma definição única do que é o direito. Cada um tem uma ideia do que seja o direito. O direito faz parte dos conceitos controvertidos, vinculado a ideias filosóficas e políticas com forte carga emotiva e não é fácil obter um acordo. Sempre haverá controvérsia, opiniões, conflitos e contestações. Direito significa dúvida e controvérsia.

Definição descritiva ou lexical – indicar com palavras simples aquilo que as pessoas entendem como direito. Proposições descritivas pelo Estado garantidas pela coerção. 4 significados #:

1 – justo: cada pessoa deve fazer ou deixar de fazer em uma sociedade bem ordenada e justa; bem direcionado, correto, problema da relação entre as leis e os ideais de justiça

2 – aquilo que alguém pode fazer: faculdade, prestação ou omissão; direito subjetivo

3 – estudo das normas jurídicas – conj. De disciplinas jurídicas, ciências jurídicas

4 – conj. de normas que regulamentam o comportamento das pessoas na sociedade, editadas por autoridades competentes e impõe penalidades em caso de violação -> definição objetiva, direito positivo, direito em vigor, ordenamento jurídico.

18 definições:

1 – **Platão:** busca de justiça, regra q indica o justo, dar a cada um aquilo q ele merece, garantido pelo Estado. 3 tipos de natureza humana: 1 – movidas pelo desejo (povo, escalão inferior), 2 – pela coragem (militares, escalão intermediário), 3 – pela razão (filósofos, com dom da razão e devem governar a sociedade). Dar a cada um aquilo que corresponde a sua natureza e função na sociedade.

2 – **Aristóteles:** o Estado define o que é direito, devendo empregar o critério de justiça, o direito é justo qdo protege os interesses gerais da sociedade e qdo trata de maneira igual as pessoas q se encontram em situação igual. Igualdade aritmética (justiça comutativa, aplicada em caso de contratos ou danos; todos devem cumprir suas promessas e indenizar os danos, um por um) e geométrica (distributiva, forma mais elevada de justiça; proporcionalidade, distribuição dos ofícios e das honrarias para determinar a posição social das pessoas; critério: valor pessoal # para cada indivíduo; resultado: desigualdade social, posição correspondente ao seu mérito e valor). O direito se confunde com justiça, mas há duas formas de justiça, deve ser decidido em cada caso aplica-se a justiça comutativa ou a distributiva, sendo os resultados mto #.

3 – **Estóicos:** Sêneca. O direito não estava ligado ao Estado, mas decorria da natureza. O ser humano como parte da natureza, deve viver conforme as leis que resultam dessa última e são necessariamente iguais para todos. Estudo da natureza humana permite deduzir as regras que constituem o direito, sendo válidas msm qdo o Estado ou os homens não as respeitam.

4 – **Celso e Ulpiano:** juristas romanos atuantes na prática, criavam e aplicavam o direito sem se preocupar com as questões teóricas. Digesto de Justiniano. Ulpiano: direito é o msm para todos; dir. natural que a natureza ensina; direito das gentes aplicável especificamente aos seres humanos; tratamento diferenciado; direito civil pelas normas especificadas de determinada sociedade. Celso: arte do bem e do justo; combina dois elementos; direito vincula-se a justiça (bem e justo); princípios que permitem ordenar corretamente a sociedade; direito não oferece respostas claras e definitivas; arte – diferentes soluções; introduzir em sua definição a ideia da política, da ponderação de interesses e da contínua mudança; finalidade do direito é a realização da justiça; existem inúmeros caminhos.

5 – **Tomas de Aquino:** leis são mandamentos da boa razão, formuladas pelo Monarca que cuida do bem da comunidade. Direito estatuído, escrito, do dir. positivo. Mas, o príncipe não possui pela liberdade de criação do direito, deve respeitar os mandamentos divinos, q constituem a lei eterna, os ensinamentos da Igreja e inclui o direito. Natural; está obrigada a criar normas q derivem da lei eterna e protejam o bem comum, conflito – a lei positiva é corrupta e tirânica. Os súditos são liberados do dever de obediência a lei positiva. Tais casos são raros, já que o príncipe sempre cuida do bem comum e respeita os mandamentos.

6 – **Hobbes:** direito é imposto pelo Estado. Antes da criação do estado existem os dir. naturais das pessoas (cd um pode fazer aquilo que corresponde aos seus desejos e interesses), gera conflitos. Estado de natureza, situação anárquica, predomina o desrespeito e a luta pela satisfação dos interesses egoístas. Guerra de todos contra todos. Os homens reúnem-se criando sociedades organizadas, abdicam direitos naturais, entregando o poder a uma autoridade central, o Estado. Cria-se o contrato social para submissão de todos ao estado que deve distribuir direitos e obrigações, garantindo o respeito mediante a ameaça de punições. O dir. positivo instaurado somente ele permite que o homem viva decentemente. Poder absoluto do estado para organizar a sociedade. Leis da convivência pacífica, propiciando segurança e impondo suas decisões por meio da força. O dir. positivo em posição de superioridade com relação ao dir. natural; estabelecido por vontade própria, regras são respeitadas pq aquele que as impõe tem tbm o poder de constranger; estado = poderoso monstro que garante o direito por meio da ameaça e da coação. Mesmo se não for justo, devem obedecer para garantir a segurança de todos e a prosperidade social. A lei é determinada pelo poder que exerce o Estado e não pela verdade do direito. Natural. Interesse de todos, requisito para evitar conflitos sociais.

7 – **Samuel Pufendorf:** a liberdade humana q deve ser regulamentada e limitada mediante a lei. O dir. natural indica um conflito entre a tendência do homem a unir-se com os demais e sua vontade de preservação de seus interesses egoísticos. As regras do direito natural podem ser estabelecidas por meio de um exame racional da Nat. Humana. Pertencem ao dir. natural as regras que estão de acordo com a natureza racional do ser humano e permitem uma convivência social civilizada e pacífica. Mandamentos da razão são insuficientes para garantir a

vida em sociedade, fala a sanção para impor o respeito as regras. É necessária a criação do Estado por meio do contrato social. O direito positivo estabelecido pelo Estado garante a paz, segurança e o bem-estar, punindo os desvios e possibilitando o desenvolvimento da civilização. O Estado é absolutamente soberano e suas leis prevalecem sobre aquelas do dir. natural. O soberano q cria leis contrarias ao dir. natural e a vontade divina comete um pecado e este ultimo não pode exilar-se.

8 – **Baruch Spinoza:** direito significa força, poder, potência; é aquilo que a pessoa pode fazer e a força dos outros não consegue impedir. Os governantes podem criar leis conforme seus interesses pq possuem um poder maior. É absurdo acreditar que o direito depende do Estado ou da justiça; pois, indica somente uma relação de forças; é o poder de cada um. Os seres humanos são por natureza racionais; o governo q tenta aniquilar essas características naturais dos seres humanos encontrara gde resistência; o poder/direito dos governantes encontra um contrapeso no poder/direito das massas q podem rebelar-se se eles impuserem regras contrarias a natureza dos seres humanos.

9 – **Rousseau:** contata as grandes desigualdades e injustiças sociais e as atribui a propriedade privada q permite as minorias poderosas explorar e oprimir a maioria. Cria um pacto social, rejeita a visão autoritária de Hobbes, o pacto deve permitir que o povo crie suas próprias leis e não se submeta a vontade dos poderosos. Autolegislação, pacto social democrático, o direito deve expressar a soberania do próprio povo e garantir a ordem e a segurança sem abolir a liberdade dos membros da sociedade; deve resultar de decisões da própria coletividade e defender seus interesse, expressão da vontade geral. Direito = produto da vontade política, podem tornar-se iguais graças a criação de um direito igualitário e democrático; não significa que o direito favoreça sempre os socialmente fracos, mas que garanta a harmonia social e a igualdade.

10 – **Kant:** produto da sociedade e expressão de obrigações morais dos indivíduos. A diferença entre a moral e o direito é q o direito ameaça com coação e não se interessa pelos motivos da ação dos indivíduos, mas pelos resultados. Regra básica: atuar de forma que a nossa conduta possa valer como lei geral; não devemos fazer aquilo que não gostaríamos q os outros fizessem: regra do ouro ou imperativo categórico que impõe limites aos indivíduos. Objetivo do direito: conciliar a liberdade de cada um com a liberdade dos demais, de forma que a liberdade possa prevalecer como regra geral; deve limitar a ação do indivíduo p preservar a liberdade dos demais. Direito é o conj. de regras estabelecidas pelo Estado para garantir a liberdade de todos os indivíduos e não somente sua sobrevivência; é o certo. O dir. positivo é aceitável somente qdo respeita a regra de ouro e preserva a liberdade de todos.

11 – **Hegel:** não é possível dar uma única definição de direito. Cada época elabora um direito com finalidades e características diversas. Moderno é o mais elaborado de todos, exprime valores supremos do gênero humano; produto do Estado e não simplesmente de acordos entre indivíduos. O Estado exprime o interesse geral e garante a aplicação dos princípios morais e realiza a liberdade humano. Espírito do mundo: ideia de progresso, perfeição e liberdade; exprime-se de forma mais perfeita por intermédio do Estado Moderno, incorpora os valores morais. O estado é a liberdade e a moralidade; o dir. moderno exprime o espírito da sociedade com suas conquistas e melhorias; é a plena liberdade, definida e garantida pelo Estado.

12 – **Savigny:** rejeita a ideia de que o direito estatal seja a única forma de manifestar a identidade política e jurídica de uma nação; fonte mto importante: formas de organização política e social, presentes na tradição nacional. Cada povo possui seu espírito que cria a cultura nacional. Direito = produto histórico, decorrente da consciência coletiva de cd povo, manifesta em suas tradições e costumes. Dir. costumeiro sistematizado nos trabalhos dos juristas nacionais. Critica as tentativas de codificação do direito; não pode decorrer de um modelo universal sem pensar nas particularidades do tempo e do espaço; deve evoluir com o tempo, de acordo com as particularidades de cd cultura nacional. Não se interessa mto pelo direito do povo; importa é a garantia da propriedade priva e a liberdade dos indivíduos sem mtas interferências estatais; princípios das sociedades capitalistas.

13 – **Bergbohm:** positivismo jurídico do sec. XIX. Norma que regulamenta a ativ humana converte-se em dir. positivo qdo seu conteúdo é expresso por meio da forma jurídica; as autoridades do Estado podem dar as normas de conduta social essa forma, mediante um ato solene de imposição. Direito posto e imposto: todo direito positivo e somente o dir. positivo é direito. Os indivíduos devem obedecer as normas criadas pelo Estado, sob pena de sanção. Normas criadas pelas autoridades sociais (igreja, família) não vinculam o indivíduo juridicamente. Um Hobbes empobrecido: direito é simplesmente o que o Estado impõe como direito em determinado momento, utilizando para tal a forma jurídica, mesmo o pior direito é vinculante, se for criado conforme as regras de competência. Não analisa as razoes sociais, nem se preocupa com o direito ideal. Tarefa do jurista apresentar aquilo q é imposto pelo direito do Estado.

14 – **Eugen Ehrlich:** origem social e não estatal do direito; direito vivo criado, aplicado e transformado pelo povo; ã se manifesta nos códigos; encontra-se nos costumes; surge da pesquisa livre do juiz, o resultado depende da personalidade do juiz, formação, interpretação das tradições e de crenças sobre a justiça: elementos importantes do que a interpretação da lei. Direito não depende da vontade do Estado, nem da ameaça de punição por parte das autoridades estatais; depende do reconhecimento social de certas normas; realizado por meio da pressão q exerce a comunidade sobre o indivíduo. O direito nasce e se transforma por meio da ação social que lhe dá força vinculante.

15 – **Kelsen**: positivismo jurídico; a tarefa da ciência jurídica é explicar como funciona o ordenamento jurídico; as normas devem ser estudadas pelos juristas em interferência de outras disciplinas, são úteis para entender e avaliar o dir. positivo, mas não devem interferir em seu estudo, que deve ser puro. Define o direito como organização da força ou ordem de coação. As normas jurídicas são obrigatórias e aplicam-se mesmo contra a vontade dos destinatários por meio do emprego de força física; politicamente imposto e reconhecido pela maioria da sociedade. O estudioso do direito não deve interessar-se pelas razões sócias da validade do direito, mas tão-somente pelos mecanismos jurídicos; Constituição cria uma hierarquia das fontes do direito, estruturadas de forma escalonada: pirâmide normativa, as normas inferiores devem ser conforme as superiores. A validade de uma norma jurídica não é devida a fatos políticos ou sociais; fundamenta-se sempre em uma norma superior. A ciência jurídica deve descrever as características e as relações das normas em vigor (estática do direito) e examinar quais as autoridades competentes e os procedimentos p a criação de novas normas (dinâmica do direito).

16 – **Pachukanis**: segue a teoria marxista. Direito é um fenômeno específico da sociedade burguesa que não existiu antes do capitalismo nem existira após sua abolição; deve ser substituído pelo poder popular-democrático e por normas técnicas. Direito é um conj. de regras impostas pelo estado que constrange os indivíduos a servir aos interesses das classes dominantes. Ditadura de classe: impõe as normas jurídicas de forma coativa p garantir a dominação de classe. O direito capitalista garante a igualdade e a liberdade de todos, constituído por normas abstratas, consagra a autonomia da vontade; consagra a violência e a exploração mediante a liberdade e a igualdade jurídica; para que os membros de uma sociedade sejam realmente livres e iguais, é necessário uma revolução socialista que acabe com o capitalismo e com o direito.

17 – **Alexy**: escola moralista do direito; influenciado por Dworkin. A definição dada pelos positivistas Bergbohm e Kelsen não é suficiente. Para reconhecer a validade de uma norma não basta que seja criada pela autoridade competente e que o ordenamento jurídico seja globalmente aceito pela sociedade. O direito está vinculado aos preceitos morais vigentes em determinada sociedade. 1 – as normas extremamente injustas não são válidas, msm que a autoridade do estado as aplique; as normas devem manifestar a vontade do legislador de criar regulamentos razoáveis e adequados, respeitando os mandamentos da justiça. 2 – o ord. Jurídico compreende além das normas os princípios morais aceitos pela sociedade; devem guiar a aplicação do direito, satisfazendo as exigências da moralidade e da justiça; o direito não possui somente uma dimensão real (normas criadas pelo legislador), mas tbm uma dimensão ideal que lhe dá sentido enqto conj. de normas q objetivam satisfazer as exigências de justiça.

18 – **Grau**: distancia-se da visão positivista, considerando-a insuficiente e contraditória, sem aceitar a visão moralista. Objetivo: construir uma doutrina real do direito, fundamentada na observação das funções do dir. na sociedade. Finalidade do Direito é solucionar os conflitos para encontrar um equilíbrio entre a liberdade do indivíduo e o interesse coletivo; cumprida por meio de normas e decisões jurídicas que constituem um sistema. A sociedade gera um direito pressuposto, determinado pelo modo de produção (sistema econômico) e pela correlação das forças políticas. O direito pressuposto determinar os principais conteúdos de cd sist. Jurídico, oferece as bases para a criação do direito posto elaborado e aplicado pelo Estado; apresenta um grau de autonomia com relação ao direito pressuposto e constitui um instrumento necessário p o funcionamento do sistema econômico.

Convergência das definições: Relatividade histórica do direito (a definição não pode ser válida p toda a humanidade e p todos os tempos; o direito muda; nossa definição deve especificar a ql período e ql ordenamento jurídico nos referimos; o reconhecimento das mudanças do direito no tempo e no espaço); O direito como dever ser social (normas que regulamentam o comportamento das pessoas na sociedade; conj. de regras q indicam aquilo que devemos ou não fazer; estabelece o dever ser, mandamentos que devem ser seguidos pelos destinatários; características essenciais do direito; descreve e impõe aquilo q deve acontecer); Direito e coerção (dever ser de particular natureza, forte e ameaçador; aplicação imposta mediante a ameaça de penalidade e o uso da força física; mecanismos de coerção; um dever ser cuja aplicação é garantida pela ameaça de penalidades (sanções negativas) aplicáveis pelas autoridades estatais).

Divergências ideológicas nas definições: autores que viveram em épocas diferentes, relatividade histórica. Alguns viveram no msm período e contexto, mas msm assim divergem. Cada um adota uma ótica diferente, devido as concepções filosóficas e científicas. Controvérsias: carga emocional, ideias subjetivas de justo e correto, causadas por opções ideológicas. Elementos da personalidade, posicionamento na vida, preferências e desejos.

1 – **Abordagem Apologética**: as definições refletem a ideologia profissional de uma determinada categoria de pessoas. Não podemos esperar dos juristas uma definição imparcial, conceito carregado de subjetividade, exprime opiniões políticas e sociais, defendera seu projeto de vida. Definições que tentam justificar o direito, indica o discurso apaixonado feito p defender e justificar algo. Fundamentada na identificação entre direito e justiça: as leis não são puros atos de poder; são atos de sabedoria, de justiça e razão. O direito possibilita a liberdade de todos, exprime ideias de cd época sobre a melhor forma de organização social e ordena as atividades humanas em conformidade com a ideia de justo, realizando o bem comum. Garantia do bem comum e concretização da ideia de justiça. Exprime os valores sociais, ordenação da vida social segundo a justiça, possibilita a vida livre e harmônica em sociedade. A maioria dos profissionais adota essa abordagem, afirmando que o direito exprime a ideia de justiça e objetiva o bem comum, o bem-estar das pessoas ou a liberdade. Justificam o direito, decorrem

de # concepções acerca da teoria geral do direito, do objeto do direito; elogiam o direito, legitimam o direito. Justiça como característica essencial do direito: jusnaturalismo

Erro Metodológico: confundem aquilo que é direito e com os conteúdos que ele deveria ser, segundo os desejos do autor (justiça, bem comum, moral). Não deveríamos, porém, confundir nossos desejos com a realidade. No conceito apologético de justiça como essencial ao direito: não leva em conta SER e DEVER-SER sua distinção, confusão entre o direito que é o direito que deve ser; deve se conhecer; estudar o direito, acrescentar as próprias considerações.

2 – Abordagem Crítica: suprimir a justificativa do direito. O direito moderno como um instrumento de dominação, que legitima a exploração econômica e a exclusão social, já que é aplicado de forma seletiva em detrimento dos grupos socialmente fracos e contribui para a preservação dos privilégios, reproduzindo a desigualdade social. Definições críticas: emitem um juízo de valor negativo sobre o direito. Número menor de críticos do que apologistas. Marx, Spinoza, Trasímaco; denunciar o direito, instrumento de opressão, legitima desigualdades, mais forte sobre o + fraco.

Jhering: 3 elementos – 1- essência do direito está na capacidade de coação; 2 – produto da força de grupos sociais q conseguem impor certas normas jurídicas, política da força (Marx); 3 – surge da luta de interesses, os mais poderosos acabam impondo seus próprios interesses, o direito é desigual, favorece os poderosos e prejudica os mais fracos. Instrumento de poder q impõe a hierarquia social e mantém a opressão e a exploração, manipulação do direito pela doutrina e jurisprudência que tenta ajusta-lo aos interesses dos poderosos; análise das funções políticas e ideológicas do direito. Influencia da teoria marxista e distancia-se da dogmática jurídica, adota uma abordagem interdisciplinar.

ERRO – não se critica, pois cabe a ciência apenas conhecer o direito.

3 – Abordagem Neutra: os críticos tem razão ao afirmar que o direito constitui a lei do mais forte, mas cometem um ERRO metodológico: antes de criticar e rejeitar o direito como manipulador, incoerente, parcial e opressor, é necessário conhecer o que realmente é o ordenamento jurídico. A melhor forma de definição é a neutra. Esquecer as preferências pessoais sobre o direito e a política e tentar entender como funciona o ordenamento jurídico. Após ter conhecido, reativar as opiniões pessoais para formular eventuais críticas ao conteúdo e ao papel do direito na sociedade. Mas ninguém é totalmente isento e não parece possível dar uma definição totalmente objetiva de fenômenos contravertidos e de forte carga emotiva. Devemos fazer o possível para ser neutros. Kelsen: tentou evitar em sua abordagem as intromissões de valores e ideologias pessoais. Abordagem neutra é a correta, kelseniana.

Qdo se cria uma nova lei, cabe a ciência descreve-la. A ciência não tem pretensão normativa, como deve-se agir.

Elementos fixos nas definições: cada autor opta por um dos 3 tipos de definição. Todos utilizam alguns elementos fixos, fazendo combinações #. 5 critérios:

1 - **postura pessoal do autor** - apologética, crítica ou neutra;

2 – **origem do direito** - do estado ou das práticas sociais, hj quase todos consideram que veio da sociedade, mas só passa a vigorar a partir de sua formulação pelas autoridades estatais;

3 – **forma do direito** – escrito (leis e decisões dos tribunais) ou costumeiro (decorrente das práticas populares). Nos estados modernos o direito é quase sempre escrito;

4 – **conteúdo do direito** – estável no tempo ou sofrer mudanças (mutável); expressar necessariamente os deveres morais dos membros da sociedade ou depender da vontade política dominante q pode criar normas contrárias a moral ou indiferente a ela; favorecer a manutenção da hierarquia social e política ou objetivar a igualdade. Costuma-se combinar essas teses;

5 – **garantia de aplicação dos mandamentos jurídicos** – ameaça de exercício de constrangimento e até violência física, ou no reconhecimento e cumpre espontaneamente os mandamentos jurídicos (consenso).

Quadro Sinóptico 1 – Dimitri (p definir o direito)

Crítérios	Origem	Forma	Conteúdo	Garantia de aplicação	Postura do Autor
Elementos	Estado	Lei Escrita	Estável	Violência	Apologética
	Sociedade	Costume	Mutável	Consenso	Crítica
			Dever Moral		Neutra
			Vontade política		
			Hierárquico		
			Igualitário – há algumas		

			normas igualitárias (direitos sociais)		
--	--	--	---	--	--

Definição normativa (Dimitri): propor uma definição escolhendo alguns desses elementos. As definições descritivas (lexicais) não são suficientes. Definição normativa: Cada um deve defender sua própria posição indicando a melhor forma p definir o direito e justificar pq; o autor indica aquilo que deve ser entendido como direito e não simplesmente aquilo que os demais entendem como tal. Para definir o direito, deve-se adotar a postura neutra, a origem do direito é estatal, sua forma é escrita, seu conteúdo é mutável no tempo, decorre sempre da vontade política dominante em determinado momento e garante fundamentalmente a hierarquia social, apesar da existência de mts normas igualitárias. Sua aplicação é garantida por uma combinação de ameaça de punição e de consenso.

O direito das sociedades modernas é um conj. de normas (formam um sistema lógico e coerente) q objetiva regulamentar o comportamento social e essas normas possuem **6 características:**

1 – são criadas, aplicadas, modificadas e extintas por autoridades que possuem competência conferida mediante uma norma jurídica, proveniente de vontade política dominante que exprime o Estado; (superioridade atual do direito estatal)

2 – são escritas e veiculadas em publicações oficiais a cargo do Estado; (o fundamento das normas orais e dos costumes é sempre uma norma escrita que as autoriza)

3 – objetivam a manutenção da estrutura social, msm se promovem interesses do mais fracos; (reproduz a hierarquia e a desigualdade social sem descuidar por completo dos mais fracos pq proclama o princípios da igualdade e garante direitos sociais. Problema: relação entre o direito e a realidade e ao estudo dos dir. fundamentais)

4 – são geralmente respeitadas nas relações sociais, possuindo eficácia social; (cumprimento do direito na pratica social qdo a norma é respeitada pelos seus destinatários ou qdo as autoridade do Estado punem os transgressores; msm qdo não é eficaz, não dxa de ser valida; as autoridades podem exigir seu cumprimento e aplicar sanções. O direito só é valido se tiver um grau satisfatório de aplicação nas relações sociais)

5 – eficácia social garantida pela ameaça de coação, por meio de imposição de sanções; (tese da coercibilidade ou coatividade do direito; é frequentemente respeitado sem emprego de violência e das penalidades; as autoridades raramente recorrem a coação física, mas toma providencias para impedir a violação do direito. O direito só pode ser eficaz se o estado tiver a capacidade de coação)

6 – são reconhecidas vinculantes pela maioria da população que acredita na legitimidade do poder estatal. Consenso popular parece contradizer a nossa referencia à violência. Mts normas jurídicas são criticadas e temos infinitos protestos e discussões sobre reformas do direito. A grande maioria aceita, considera-o legitimo, adequado e justificado apesar das criticas. O consenso é condicionado pela educação, medo e até pela falta de info de mts pessoas que desconhecem o conteúdo, o funcionamento e as finalidades do sistema jurídico. As pessoas não se opõem ao direito em vigor e ao Estado, embora tenham reclamações e possam estar insatisfeitas. É forçoso reconhecer que existe um amplo consenso sobre o direito e isso aumenta sua eficácia social, diminuindo conflitos.

Cap. 2 – Dimitri: Dimensões do Estudo do Direito

3 disciplinas jurídicas: 3 esferas

1 – **Filosofia do direito** – fato social, valor, axiológica (busca do querer-ser – dos regulamentos + adequados; fundamentação do direito; esfera da idealidade – legitimidade)

2 – **Dogmática Jurídica** – resolver problemas c fundamento (aplicação do direito) no dr. Positivo. Norma posta, normativa critérios p ver se é valida. Esfera da validade; dever-ser; normatividade do direito.

3 – **Sociologia Jurídica** – fundamento ou legitimidade do direito, eficácia do direito. Esfera da realidade; ser; faticidade do direito.

MORAL. Mores = costume definição etimologia. Problemas: definição equivocada.

Discussão envolve **4 tipos de moral:**

1 – Religiosa (escolástica)

2 – Individual

3 – Racional (fundada na razão, Kant)

4 – Social (se confunde com a ética)

Delimitação clara dos **POSITIVISTAS**: demarca fronteiras entre os ramos do direito. O direito é autônomo da moral.

Relativismo Moral – a moral depende do grupo do momento.

Positivistas modernos: todo direito tem como fonte as fontes sociais.

Mundo Fenomenico – força social do direito, conseqüências que ele produz.

Soluções e antinomias (leis contrárias) – **3 critérios**:

1 – Hierarquia -> norma superior sobrepõe a norma inferior

2 – Especialidade -> norma específica sobrepõe a norma geral

3 – Cronológico -> normais mais recente sobrepõe a norma mais antiga

Teorias

- Objetivismo Moral: universal, fundamenta; uma só.

- Relativismo Moral: Varia culturalmente, influencia limitada. De acordo com o grupo.

RESUMO

Tridimensionalidade: **3 dimensões** - Podemos examinar o ordenamento jurídico em relação ao caráter justo e adequado de seus conteúdos, à sua validade ou a à sua eficácia.

1 – Dimensão da Idealidade ou Legitimidade ou Dimensão Axiológica: adequação do direito vigente aos ideais democráticos e anseios sociais; critérios de justiça e o problema da verdade no direito.

2 – Dimensão Normativa ou Dogmática: estudo dos conteúdos do dir. positivo. 2 esclarecimentos: 1 - validade – qualidade da norma vinculante, validas todas as normas que fazem parte do ordenamento jurídico em determinado momento e lugar, validade da norma é uma questão de pertença ou não ao ord. Jurídico. Polemica: critérios de validade – os positivistas depende da sua relação com normas superiores que estabelecem o procedimento p a criação das inferiores; os moralistas deve satisfazer tbm as exigências de justiça. 2 – dogmática jurídica – estudo dos dogmas, é uma doxa, uma opinião ou crença; conj. de opiniões, doutrinas ou teorias; estuda e discute as opiniões de validade e a interpretação do direito sobre o que deve ser aplicado pq corresponde à vontade do legislador; tarefas: identificar as normas validas, buscar o sentido, solucionar os problemas de colisão entre as normas e adapta-las aos problemas concretos, construir um sistema q permita entender os conteúdos do direito em vigor; objeto do conhecimento é a normatividade do direito.

3 – Dimensão Fática: eficácia social das normas jurídicas, do conhecimento do direito; examina a dimensão real do fenômeno jurídico, a faticidade do direito, analisando as relações entre a sociedade e os ord jurídicos (influencias sociais na criação e aplicação das normas, postura dos membros da sociedade perante o direito, comportamento e mentalidade dos operadores jurídicos).

O autores do positivismo jurídico sustentam que as 3 dimensões do direito devem ser separadas, a análise dogmática do direito em vigor não se misture com considerações filosóficas ou sociológicas. Posição separatista encontrada em Kelsen é a mais acertada.

Moralistas – interpretação é correta somente se levarmos em consideração as exigências do justo ou do socialmente necessários; uma junção ou fusão dessas 3 dimensões.

Fundamental: normatividade jurídica (dogmática jurídica). As perspectivas filosófica e sociológica devem ser comparadas c a análise dogmática permitindo, eventualmente, formular propostas de ajusto do direito em vigor por meio da interpretação ou reformas legislativas.

Relações entre as 3 dimensões do direito

3 esferas separadas:

- **Esfera da Validade** – normativa, dogmática, do dever-ser; dir. positivo, do dever ser jurídico fixado nas normas jurídicas validas em determinado momento; conceito jurídico direito positivo, o que a lei diz; esfera jurídica no sentido estrito. Normatividade do direito. (forma de existir de uma norma jurídica)

- **Esfera da Realidade** – fática, sociológica, do ser, relações entre o dever ser jurídico e o ser, direito e sociedade; incumbe ao sociólogo pesquisar este ser social q decorre de um dever ser diferente daquele estabelecido pelo Estado. Aspecto social, impacto da sociedade. Faticidade do direito, eficácia social. (Efetividade)

- **Esfera da Idealidade-Legitimidade** – axiológica, filosófica, do querer-ser; dever-ser q é # do dever ser jurídico, # do direito vigente; reflexão sobre os regulamentos mais adequados que devem fazer parte do dever ser jurídico; esfera do querer ser. Eticamente justificável, moralmente. Valor moral do direito. Axiologia – estudo dos valores. Fundamentação do direito. (Justificatibilidade)

As 3 esferas se relacionam entre si. O interprete do direito deve saber q a falta de legitimação de uma lei pode levar a sua revogação ou a sua ineficácia. O sociólogo e o filosofo necessitam conhecer o conteúdo das normas jurídicas para poder analisar a realidade e a idealidade-legitimidade do direito.

As normas validas são efetivamente aplicadas na pratica, possuem grau de eficácia social alto; possuem legitimidade, sendo consideradas adequadas pela maioria da população.

Quadro Sinóptico 2 – Dimitri

Comparação: Realidade Social x Dever-ser Jurídico Eficácia – cumprimento da norma		Comparação: Querer-ser x Dever-ser Jurídico Legitimidade – aceitação da norma	
1	SIM – fática e dogmática	1	SIM – dogmática e filosófica
2	SIM	2	NÃO
3	NÃO	3	SIM
4	NÃO	4	NÃO – desobediência total pq não legitimam

Os casos de coincidência das 3 esferas (validade, eficácia e aceitação da norma) ocorre em 1, qdo o destinatário da norma a respeita na pratica e a aceita como legitima. Plena coincidência entre validade, eficácia e legitimidade. A coincidência das 3 esferas é devido à convivência social e à educação q transmite valores comuns aos cidadãos, as expectativas da maioria da sociedade correspondem aos mandamentos do legislador. Decorre, ainda, da pressão social p q o indivíduo aceite os valores dominantes, expressos na legislação. O cumprimento do direito é devido ao medo da punição. As 3 esferas do direito são secantes: em parte coincidem e em parte diferem. Qdo a situação política e social do país é estável, a parte comum (interseção) é maior. Em caso de instabilidade social, a parte comum diminui, sendo freqüentes as mudanças sociais.

Disciplinas jurídicas: diferentes enfoques de estudo do direito. Dogmática jurídica. Estudo dos vários ramos do dir. positivo. Justificativa utilitarista. Universidade: privilegia as disciplinas q capacitam o aluno a atuar como profissional do direito, ensina aquilo q interessa à adm. da justiça. Causa desequilibrio na formação jurídica, peq. parcela do conhecimento sobre o direito; permanece fora do foco: realidade sociológica do direito, avaliação critica, perspectiva histórica e os direitos das outras nações, problemas políticos e sociais da aplicação e questões políticas publicas, olhar outras ciências, modo de criação das leis, técnicas de trabalho e decisão da adm. publica. A filosofia e sociologia tratadas superficialmente.

Disciplinas de cunho filosófico:

- teoria (geral do direito): estudo dos conceitos gerais e do funcionamento dos sistemas jurídicos sem se fixar em um determinado dir. nacional. Definição do direito e da cientificidade de seu estudo; desenvolve a teoria das normas e fontes jurídicas e elabora criticas à ideologia jurídica. Visão global e critica do direito. Teoria da interpretação - estuda os métodos e problemas de interpretação das nj; concentra-se nos casos difíceis q apontam p as inseguranças e contradições do pensamento jur. Lógica jurídica – estuda a estrutura das normas jurídicas como proposições de dever ser; a lógica deontica analisa as particularidades lógicas das proposições do dever ser; argumentos empregados na interpretação e aplicação do direito; informática jurídica, formalizar as categorias, normas, decisões jurídicas p facilitar o trabalho dos operadores do direito (cria base de dados jurisprudenciais com eficientes sistemas de busca) p informatizar a tomada de decisões, permite a racionalização, formalização dos parâmetros p a fixação das penas criminais; cálculos matemáticos realizados por pc's.

- política e técnica legislativa (legística): estudo das técnicas de criação das leis e de questões de conteúdo das reformas legislativas. Observação externa, compara o direito em vigor com normais mais adequadas e justas. A sociologia do direito (anseios da população, pesquisa p testar as reações diante de futuras leis, problemas de implementação das normas em vigor, técnicas de redação q permitem alcançar maior eficácia da norma), dados políticos. Preocupa-se com a clareza e coerência das leis, exata compreensão e aplicação.

- criminologia: estuda qm e pq é considerado criminoso. Tradicional: causas da criminalidade; modernos: critica isso, os crimes e os criminosos são criados pelo sistema penal.

- psicologia jurídica: aplica o saber psicológico aos fenômenos jurídicos. Entender a reação dos indivíduos perante o direito. Psicologia forense ou jurídica, abordagem psicanalítica do direito.

2 disciplinas q combinam a dogmática com outros saberes são ignoradas no ensino jurídico atual:

- Direito comparado: estuda em paralelo os ordenamentos jurídicos de vários países p encontrar estruturas comuns e diferenças, propostas de reforma; entender a lógica e os objetivos do legislador nacional.

- Historia do direito: vastíssimo objeto de estudo; estuda os ord jur do passado em todos os países; em determinados períodos, povos, ramos; conteúdo das normas do passado, aplicação e relações com as respectivas

sociedades; direito privado romano serviu de base p elaboração do dir. civil moderno. Útil conhecer a historia do dir. brasileiro e os elementos básicos das mais importantes famílias jurídicas do mundo.

Cap. 3 – Dimitri: Direito e Moral - RESUMO

Características da Moral: relação entre direito e moral depende da visão sobre a definição e a função do direito não existindo uma única solução certa.

Moral – conj. de convicções de uma pessoa, grupo ou sociedade sobre o bem e o mal. Pode decorrer da vontade de Deus, da necessidade de convívio social, da reflexão humana sobre o justo ou msm da propaganda dos poderosos. Composta por regras de conduta que cumprem duas funções: orientam o comportamento dos indivíduos na vida cotidiana (todos devem fazer o bem e evitar a pratica do mal); critério de avaliação da conduta humana (julgar segundo os imperativos morais). Funciona com um dever ser em relação a atuação das pessoas; fazer o mal viola a ordem e acarreta sanções.

Comparando a definição de moral e direito – semelhanças: presença de regras de conduta q exprimem um dever ser e em caso de descumprimento leva a imposição de sanções.

Forte relação, adotar uma postura neutra. Existem mtos sistemas morais, serem as sociedades modernas individualistas, importante é a liberdade do indivíduo. Os vínculos entre os membros da sociedade moderna baseiam-se na combinação de interesses e visões #, no respeito e na tolerância recíproca.

As regras de comportamento moral dependem da consciência de cd um, havendo uma pluralidade de sistemas morais é impossível q o direito esteja em conformidade com todos. O direito moderno limita-se a regulamentar o convívio social, possibilitando a coexistência de pessoas com mentalidades, valores e projetos de vida #.

Diferenças entre direito e moral nas sociedades modernas

Finalidade: regras morais aperfeiçoam o indivíduo; regras jurídicas apenas facilitam o convívio social, procura prevenir e solucionar conflitos. As normas morais regulam a conduta interna e o direito o comportamento externo. 1 – o direito quer preservar a vida e os demais bens dos membros da sociedade e não deseja moralizar o comportamento humano, interessa-se por aspectos subjetivos e psicológicos relacionados a vontade e a personalidade dos envolvidos. 2 – o direito desinteressa-se pelos atos dos indivíduos q não criam problemas aos demais ou a ordem publica, para o direito são problemáticos os comportamentos q causam problemas sociais, pq contrariam as regras de convivência (moral publica) ou afetam diretamente os dir dos demais e os interesses da coletividade.

Fonte e critério de reconhecimento: fonte da moral: convicções dos membros da sociedade ou os mandamentos de uma autoridade (religião, razão); aceitação por um grupo de pessoas; autônoma – o indivíduo obedece a mandamentos decorrentes da própria consciência; heterônima – moralmente vinculantes as regras estabelecidas por uma autoridade; a moral só possui validade se o indivíduo reconhece-la como vinculante; avaliação moral é subjetiva. Direito: única fonte – estado e por tal razão a avaliação de uma conduta como legal ou ilegal é objetiva; critério de validade formal (criação em conformidade com as normas de competência normativa).

Tipos de sanções: morais: difusas e informais; não tem coerção; pressupõe a vontade pessoal de agir de determinado modo; contrario a finalidade da moral constranger uma pessoa a respeita-la. Jurídicas: fixas, formais, aplicam-se por meio de coação física; o estado pode obrigar as pessoas a respeitar determinadas ordens e agir dentro de certos limites, independentemente de sua vontade ou opinião.

Conteúdo: há regras morais q não se encontram no direito e nj sobre temas q são moralmente indiferentes. Contradições, diferenças de finalidade entre ambos os sistema. Objetivo do direito: preservação da ordem de convivência e da estrutura de poder, organiza determinados procedimentos e garante o respeito aos direitos e o cumprimento dos deveres por intermédio de sanções. Objetivo da moral: indicar as condutas adequadas, sistema de alcance limitado, mtos tópicos da organização da vida social são moralmente irrelevantes, estabelece princípios gerais. Moral: fixa princípios. Direito: insiste nos detalhes organizacionais. A moral objetiva orienta a vida interna do indivíduo, mto mais exigente do que o direito, q só fiscaliza o comportamento externo, alto grau de intensidade, abrangendo todos os aspectos da conduta individual, inclusive os pensamentos e desejos. A moral é mais intensa, tendendo a disciplinar os motivos da ação e os pensamentos das pessoas.

Conhecimento por parte dos destinatários: moral: simples, todos conhecem, mandamentos morais são poucos, claros e só oferecem uma orientação geral aos indivíduos. Direito: sistema extenso e sofisticado q versa sobre os mais variados temas da vida social, complexas e detalhadas regras de organização e regulamentando o modo de aplicação das sanções. Não são semelhantes na estrutura: direito – sistema denso e concreto; moral – rarefeito, genérico.

Quadro Sinóptico 3 – Dimitri

	Moral	Direito
Finalidade	Aperfeiçoamento interno	Evitar conflitos sociais

Fonte	Autoridades morais, grupos sociais	Estado – não só: costumes, fatos sociais
Critério de reconhecimento	Aceitação pelos destinatários	Validade formal
Sanções	Informais, sem coerção física	Formais, coercitivas
Conteúdo	Restrito, rigoroso	Amplo, menos exigente (depende do tipo de moral)
Conhecimento	Fácil acesso	Difícil acesso

Influencia da moral no direito: jusnaturalista. Os positivistas não aceitam.

Os legisladores são livres para estabelecer as normas q considerem adequadas p determinada sociedade. Na pratica, essa liberdade é limitada, constatando-se uma múltipla influencia da moral sobre o direito.

1 – legislador compartilha convicções, valores e ideais difundidos na sociedade e os exprime por meio de suas normas; é provável q adote e exprima os valores morais da sociedade ou tente satisfazer as expectativas da maioria da população, particularmente nos regimes da democracia representativa.

2 – legislador estabelece normas p q estas sejam cumpridas. Uma nj q contraria fortemente a moral social tem poucas chances de ser aplicada, não podendo legitimar-se. Cria sérios conflitos, diminuindo a eficácia e legitimidade do direito.

Existe um núcleo comum de regras morais e jurídicas. Aquilo que corresponde a moral é frequentemente positivado como direito. Influencia não invalida o fato de existirem mtos sistemas morais, específicos de determinados grupos. A sociologia analisa as # entre os sistemas morais procurando distinguir as # subculturais, próprias dos grupos sociais. Relatividade da moral – não existem regras morais absolutas, regras não possuem universalidade, cd grupo social adota suas próprias orientações morais. Impossível estabelecer suas relações com o direito sem analisar as relações que mantém o dir. positivo com cd um dos vários e contraditórios sistemas morais vigentes. Aceito pela maioria da população e corresponde aos interesses dos grupos dominantes: moral (socialmente) dominante – influencia o direito. Principio da moralidade – o interprete deve estabelecer critérios p distinguir entre condutas morais e imorais, sendo crucial a opinião q predomina socialmente sobre a moralidade.

Influencia do direito na moral: positivista

A aplicação do direito influencia as pessoas pq passam a considerar aquilo q é legalmente estabelecido como justo ou correto. A aplicação cotidiana do direito efetua uma propaganda moral, aceitar como moralmente correto aquilo q é legalmente estabelecido. O direito contribui na configuração da moral dominante por meio da formalização jurídica e da ameaça de sanções. Ex: desrespeitar os direitos humanos é uma violação das regras jurídicas e um ato de imoralidade.

Relações entre direito e moral – 5 teses:

1 – **tese da identidade:** mandamentos jurídicos e morais coincidem. Existe um único sistema de normas q regulamentam o comportamento social, visão sociedades antigas.

2 – **direito como mínimo ético:** RJ constituem o núcleo das RM. Direito como peça central das normas morais, moral: composta por gde número de normas de comportamento, algumas socialmente + relevantes e adquirem o caráter de NJ. Tudo aquilo q é juridicamente obrigatório é moralmente imposto. O contrario não é verdadeiro, pode haver a violação de RM qdo o direito é respeitado.

3 – **moral como mínimo jurídico:** RM constituem o núcleo do direito que compreende mtas normal moralmente indiferentes. Ord jurídicos regulamentam os mais variados aspectos das relações humanas incluindo normas sobre assuntos q não interessam à moral ou regulamentam questões moralmente controvertidas. Mas, no centro de todos os sistemas de nj encontram-se alguns princípios fundamentais q decorrem das convicções morais q são aceitas pela sociedade inteira e norteiam o direito.

4 – **tese da conexão:** RJ são aparentadas com as morais, impossível criar e interpretar o dir sem levar em consideração a moral. Decidir de forma moral, autores moralistas. Decisão que viole a moral é defeituoso ainda q seja valida; o direito requer um fundamento moral; obrigação de tentar ajustar o direito à moral. 1- não é possível distinguir moral e direito claramente, ao aplicar um texto legal deve sempre levar em consideração as crenças morais de sua sociedade (moralismo jurídico radical). 2 – direito permanece aberto diante da moral, cujos valores o influenciam (moralismo jurídico moderado), abertura: manifesta-se no aspecto da validade do direito, uma nj é valida se respeitar os princípios básicos da moral (moralismo da validade) ou na interpretação jurídica, interpretar o direito em conformidade com os preceitos morais (moralismo da interpretação).

Moralistas concluem que o direito deve ser obedecido pela população, já que seu conteúdo corresponde aos imperativos da moral, sendo adequado e justo. Qdo as normas escritas são pouco claras ou não satisfazem os

imperativos básicos da moralidade, devem ser corrigidas pelo interprete. O operador do direito deve tentar conseguir a máxima coerência entre os preceitos morais e nj já eu o direito está vinculado a ideais superiores e a aplicação de normas inadequadas ou msm injustas é uma traição aos ideais da profissão jurídica e das expectativas da sociedade.

5 – **teses da separação**: entre ambos os sistemas há uma absoluta separação. Abordagens positivistas. O direito é um fenômeno normativo # da moral. Interpreta, ignora completamente as convicções morais; as crenças da sociedade e dos legisladores sobre a moral influenciam a criação do direito, mas a concordância de uma nj com a moral da sociedade não influencia sua validade e interpretação. Apesar das semelhanças, o operador do direito deve interessar-se apenas pelas normas juridicamente validas.

2 argumentos: 1 – pluralidade dos sistemas morais em uma sociedade impossibilita as tentativas de identificar regras morais aceitas por todos. 2 – dir moderno é valido pq é posto em vigor pelas autoridades competentes e não pq respeita a moral. A forte relação entre o direito e moral não constitui motivo de validade nem motivo de interpretação das nj.

Os positivistas, em sua maioria, rejeitam o dever de obediência da população e criticam o moralismo como ideologia q legitima o direito em vigor pq impossibilita sua critica. O operador limita-se à interpretação das normas validas, deixando as pessoas livres p obedecer ou não às normas em vigor, segundo seus interesses e convicções políticas.

Cap. 4 – Dimitri: Direito e Política

“contra legem” – contra a lei

Direito positivado – institucionalizado.

O direito costumeiro – reconhecido; pode ser reconhecido como direito positivo. 1 – repetitivo; 2 – opinio iuris – sentimento de legalidade; reconhecido como jurídico.

“praeter legem” – p além do direito

Direito – produtos da política

- acima da estrutura econômica
- garante a segurança
- conservador, mantém a ordem, mas dxa aberta a perspectiva de mudança
- política e direito: produz o direito, ato de aplicação e ato de criação de um ato individual, ato de vontade política
- direito e política: controvertida c as outras relações
- assunto político: opera em sede institucional, tomada de decisão em uma esfera publica.
- discorda: qdo diz que só há política no Estado, é + amplo.

RESUMO

As leis são criadas pelo PL exercido por pessoas q se ocupam da política e são legitimados pelo voto da maioria dos eleitores. A criação do direito é um assunto exclusivamente político: todas as decisões sobre a oportunidade de criar ou de modificar uma nj dependem de avaliações políticas, ideológicas e interesses expressos pelos partidos políticos. Direito é um produto da política: qm não possui poder político não pode criar direito. A missão do operador do direito não é técnica ou científica; é principalmente política pq consiste na execução da vontade política dos legisladores. Reclamações sobre o desinteresse, a incapacidade ou até msm a corrupção dos políticos, q não cuidam dos interesses da sociedade e sim do próprio poder e enriquecimento e favorecimento da classe dominante. O direito deve limitar a política: os políticos devem respeitar o direito q impõe o principio da probidade na adm. do dinheiro publico, pune a corrupção e obriga a cuidar do bem-estar de todos. O direito aparece com instrumento mais poderoso do que a vontade política.

Visão apologética: os estudiosos preferem discorrer sobre as relações entre o direito, a moral e a justiça que enobreceram o direito vinculando-o a ideia, o que não ocorre ao examinar as características políticas do direito (exige a análise dos regulamentos jurídicos, controvérsias, lutas sociais, interesses de determinados grupos, pressões e compromissos q apresentam o direito sob um ângulo menos vantajoso)

Críticos do direito: colocam no centro de seu interesse a análise da relação entre direito e política, considerando q as ligações do direito com a moral e a justiça são ideológicas. A referencia à moral e à justiça objetiva ocultar a natureza política do direito. Estudar a relação com a política é analisar o direito como fenômeno q decorre das relações de poder entre os dominantes e os dominados. Há críticos que consideram impossível distinguir direito e

política, pois todas as decisões jurídicas tem caráter político, colocando-o a serviço de determinados interesses sociais.

Política: processo social q possui 4 características principais:

1 - sede institucional é o Estado: órgãos decidem sobre as questões políticas, limitada na extensão e nos meios utilizados. Particulares e organizações não governamentais comentam as ações dos políticos; a política gira em torno do Estado.

2 – mecanismos de funcionamento: influencia a tomada de decisões por meio de ações coletivas. Pressupõe mínimo de organização coletiva que permita exercer pressão sobre a tomada de decisão publica. Sem essa organização e mobilização coletiva nenhum ato individual pode adquirir natureza política.

3 – finalidade clara, objetiva: transformar as instituições e as relações sociais. Conservadores – querem manter a situação atual e os contestadores- objetivam uma mudança mais ou menos radical.

4 - constitui uma atividade *racional* e pacífica, sem excluir o confronto e a violência. Meio principal de comunicação política é a discussão entre as pessoas q discordam. Utilizar argumentos, não exclui tentativas de manipulação. Emprego da violência p vencer a resistência qdo inexistir possibilidade de discussão racional.

Objetos da política: depende da opinião de cada um sobre o que deve ser considerado político. Assuntos políticos – constituem objeto de controvérsias em determinado momento histórico. As questões publicamente discutidas e consideradas como dependentes de uma decisão coletiva, não particulares.

Campo de atuação: constituído por assuntos que podem ser discutidos por meio de uma escolha publica entre varias opções possíveis.

Em determinado momento. Mudanças indicam que não existe uma essência da política, nem assuntos naturalmente políticos p todo lugar e tempo.

O direito na política: criação e aplicação de nj permitem aos detentores do poder limitar e controlar a atuação dos indivíduos e grupos. O poder constituinte originário é a suprema manifestação da visão política vencedora, q consegue impor algumas regras fundamentais como jurídicas. Legislador originário tbm impõe sua vontade política. A atuação dos órgãos do Estado q executam as leis é tbm determinada pela política: concretização do direito é questão política; entre as varias escolhas, igualmente legais, optam por aquela que consideram politicamente mais oportuna. Exercício de mtos dir. fundamentais pelos cidadãos é de natureza política, opiniões de qm exerce o direito. O direito foi considerado produto, finalidade e instrumento da política: é produto, decorre de decisões políticas; finalidade, pq os detentores do poder criam um ord jurídico p fixar as regras do regime político e p legitimar suas posições; instrumento, por meio da sua aplicação, as autoridades exprimem escolhas políticas, tornando-as legalmente vinculantes.

Direito da política: o direito pertence à política; parcialmente contestado pela doutrina; há nj sem caráter político, disciplinam matérias técnicas ou tutelam o interesse de todos.

Existe no sistema jurídico uma região técnica ao lado da região política. O direito e a política são 2 esferas secantes, existindo uma parte do direito q permanece fora da política. Não convence: todas as RJ, até aquelas de aparência técnica são o resultado de um processo político. Direito é manifestação de vontade política, o que um grupo deseja, decide e impõe não deve ser considerado como exclusivamente técnico.

Assuntos de interesse geral tbm são de natureza política. No direito, não há norma em comum aceitação e situada fora dos conflitos políticos. Mesmo as questões jurídicas aparentemente técnicas ou pacíficas são objeto de uma decisão política que põe fim a uma controvérsia publica sobre a oportunidade de criação de certos regulamentos. O direito sempre pertence a política. O ord é um subconj da política, que tbm é exercida por métodos ilegais e pode perseguir finalidades ilegais. O estado e os cidadãos podem agir politicamente de modo ilícito, tentar impor transformações sociais alem dos limites e dos métodos q impõe o ord jurídico.

A política do direito: o direito é uma forma particular de política, tenta controlar e coibir as demais expressões da política q trata como ilegais, o problema da política do direito.

1 – as nj estabelecem critérios p a tomada de decisões políticas. Os critérios fixados pelas nj programáticas, respeitando tbm as regras q estabelecem a competência e o procedimento p elaborar determinada decisão.

2 – importância da orientação jurídica da política, função do direito enqto limite da política. As nj desenham um quadro normativo dentro do ql deve mover-se a política. criação das nj leva a autolimitação do Estado, campo de ação dentro do ql deve permanecer no futuro.

Os órgãos estatais não podem atuar segundo sua opinião política pessoal, devem seguir as regras fixadas na constituição com a finalidade de limitar a ação política dos detentores do poder.

O direito funciona como limite da política tbm em relação aos cidadãos. Nem toda a atividade política é juridicamente permitida. As proibições políticas podem ser mais ou menos expressas dependendo do grau de abertura do regime. Liberal e democrático só proibem ações extremistas q colocam em perigo os fundamentos da org social; autoritários proibições mais amplas. Os ord jur separam as atividades políticas legais e permitidas daquelas legalmente proibidas (ilegais, subversivas).

O direito tenta impor a todos uma visão ideal sobre a org social e sobre os limites da mudança política. Mas a realidade diverge da previsão legal. Os ativistas políticos não só evitam a punição por ações políticas ilegais, mas tbm conseguem impor-se politicamente. O direito que tenta limitar a política revela-se como produto de atos políticos que contrariam o direito em vigor. Se conseguir se impor na pratica, a política ilegal cria um novo direito (nova constituição).

O direito segue a política e necessita do poder político p ser aplicado. Mas, o direito funciona como instrumento de critica do poder político. O direito tenta limitar a política, submetendo-a a procedimentos e fixando suas finalidades gerais -> indica a política legal. O direito prevê uma serie de garantias q permitem aos grupos políticos da oposição fiscalizar a atuação da maioria e possibilitam a defesa dos espaços de liberdade dos indivíduos contra intrusões do poder estatal. Direito – desempenha papel de civilizar os conflitos políticos e proteger os direitos dos mais fracos.

Os limites contidos nas nj são frágeis podendo ser violados por ações políticas e até substituídos por um novo direito, conforme vontade política radicalmente diferente. A política é o fator ativo e determinante no binômio direito/política; cria o direito e consegue altera-lo. O direito depende da política mto mais do que a política depende do direito.

Cap. 5 – Dimitri: Direito e Justiça

Justiça - (atribui bens sociais as pessoas segundo seus méritos) # Moral – normas que definem como deve agir. Justiça é dar a cada um o que é seu (Platão, Romanos, Estóicos)

1 – Problema da determinação da ideia de justiça – relacionada a ideia de distribuição

- Sto Agostinho (Reino x Bando de Criminosos)

- Definições Apologéticas – finalidade de justificar o direito: objetivo do direito é realizar a justiça.

- Ulpiano – tbm em Platão e nos Estóicos

Concepções sobre a justiça: **+ importantes, + encontradas no mundo contemporâneo - Teorias da Justiça**

1 – Teorias Materiais: concepção objetiva da justiça; princípios dados pela propria natureza invariável (vigoram em todo o tempo e toda a sociedade) entre culturas. Sto Tomás de Aquino: justiça objetivamente dada; cabe a nós conhece-la. Compõe O DIREITO NATURAL (mandamentos), fundamenta o DIREITO POSITIVO. (Ex.: Aquino): relacionada as def. apologéticas. Valores, concepção absoluta de justiça – norteiam a vida social.

2 – Teorias Historicistas: históricas, mutável, moral social compartilhada no contexto histórico, culturalmente referenciada, cria padrões comportamentais reconhecíveis pela comunidade. Justiça = ideia moral referenciada na distribuição. (Ex.: Kriele, Stammler): fundamentação histórica que muda com a historia, c a cultura, com o tempo.

3 – Relativismo: não existem aspectos racionais p questões morais, o que existe são preferências, não existe certo ou errado. Conseqüência: os argumentos morais perdem Força, se tornam inúteis, perdem potencialidade; reconhecimento do valor político da democracia; não há teoria da justiça + importante que a outra. (Ex.: Kelsen, Dimitri): possui diversas opções dependendo do momento. Não existe critério racional p defini-la, é contingente, resultado de preferências, ideológicas do indivíduo. Cda grupo, pessoa possui a sua ideia de justiça.

Conseqüências – mutabilidade, historicidade – não tem conteúdo fixo; tornar-se supérflua.

Justiça em Aristóteles: Igualdade (conceito vazio) justiça distributiva e corretiva. Critica Relativismo

4 – Procedimentalismo – meio-termo entre as materiais (pretensão absolutista, pouco conciliável c a democracia) e o relativismo (jusnaturalismo – tendência aposta à democracia)

Rawls – “Véu da ignorância” – liberdade + igualdade; princípios de justiça e “posição original” – mundo perdeu a possibilidade de fundamentar na metafísica ou na religião pq: # viemos de mundo, de valores que devem ser respeitados. Tem 2 princípios: liberdade e igualdade

Habermas – “situação ideal de fala”. Critica Rawls, diz q tem conteúdo (princípios). Anti-platonista: idealismo, mundo das ideias. Deve fundamentar a moral: razão comunicativa. Kant – imperativo categórico autonomia de cada um. Habermas – leva em conta a autonomia de TODOS os indivíduos. Fundamentação discursiva -> situação argumentativa: qq um pode introduzir argumentos, criticar as opiniões dos demais, não há hierarquia, defendem as pretensões de validade, critérios de correção da lei moral. princípio “V”

Todos os positivistas são relativistas? Não. Pode acreditar na possibilidade de fundamentar o direito com a moral. A validade do direito independe da validade da moral. P Dimitri: a ideia de justiça é inalcançável, portanto, deve ser abandonada.

Se a visão relativista, a justiça perde sua praticidade, perde sua função. O msm ocorre c o princípio da igualdade.

Qdo máxima está correta? Qdo é reconhecida no discurso, sua autonomia moral reconhece como válida a norma moral (universalmente aceita).

- Processo Legislativo Democrático – contexto q mais se assemelha a “situação ideal de fala” todos podem argumentar, criticar.

- justiça – valor vazio que não afeta o direito. As leis devem ser obedecidas msm que injustas.

Princípios do “Estado de Direito” Rechtstaadt, Rulb of law

Estado do Direito – expressão vazia, todo estado tem um direito vigente.

Concepções jusnaturalistas sobre o direito (aprofundamento) – fundamento na moral acima do dr. Positivo.

- Teses Fortes – direito injusto não é direito

- Teses Frágeis (Radbuch)

- Teses não-positivistas e não-jusnaturalistas (moralistas?!)

O fundamento da norma á propria norma q fixa as competências e a forma de faze-la que podemos considera-la como valida. A exceção da Constituição q tem como fundamento a NORMA BASICA (fundamental).

RESUMO

Direito – reto, correto, adequado, direito

Justiça – se relaciona diretamente ao direito; longa tradição de vinculação

- **Sto Agostinho:** Reino # Bando Criminosos

Reino	Bando Criminosos
Busca a realização da justiça (fundamento dos reinos); sem ela o Estado é um bando de criminosos. Posição juristas Idade Média	Possui regras de organização e disciplina; estrutura hierárquica; sanções p qm comete faltas, impõe sua vontade por meio da ameaça ou da violência física

- objetivo do direito: realizar a JUSTIÇA -> visão apologética. Encontrado: Constituições, obras doutrinarias. A justiça dá sentido e significação a todo o dir. Positivo.

- legisladores, operadores do direito, população; acreditam q a criação e aplicação do direito consistem na busca, na descoberta e na imposição da JUSTIÇA

- aplicação do direito => decisão justa; direito é indissociável do justo; toda decisão precisa atender a justiça.

- reclamações: leis consideradas injustas, absurdas, acesso ao Judiciário, desigualdades sociais, situação de opressão.

- ao juiz não cabe aplicar a lei, mas fazer JUSTIÇA => conflito entre direito e justiça

JUSTIÇA: mtas definições, 8 perspectivas #

- impossível especificar seu conteúdo e usam retórica vazia: um “valor” sem definição do seu conteúdo; determinação dos direitos e deveres q devem reger as relações entre os membros da sociedade – critérios de justiça q decorrem de valores aceitos como justiça – **3 correntes de pensamento:**

1 – **Justiça Absoluta ou material:** valores fundamentais vigoram em todo tempo e em toda sociedade; coincidem com os mandamentos do direito natural e devem nortear a vida social (Fuchs, 1955). Não encontra partidários na atualidade.

2 – **Historicismo:** mudança continua dos valores sociais com o tempo, a maioria aceita certos valores que irão determinar as condutas justas (Kriele, 1963)

3 – **Relativismo:** impossível identificar valores justos, recusa a definir o conceito objetivo. Cada grupo social e cada pessoa possui seu próprio senso de justiça, sendo impossível avaliar qual é o melhor (Kelsen, 2001)

2 e 3: elementos comum => valores de justiça dependem de 3 fatores: tempo e espaço – modificam dependendo do período histórico e do país; social – representação do justo depende do grupo social.

Gde paradoxo da justiça: conceito

- **Absoluto:** impõe-se a todos, até ao legislador; faça o justo, evite o injusto

- **Relativo:** depende do tempo, espaço, pessoas; continua mudança. Se adotada, perde a relevância prática.

Direito deve ser justo: frase sem conteúdo normativo, pois o justo modifica-se constantemente.

Uso intrassistemático da justiça: norma justa quando corresponde a um determinado tipo de organização social, aos valores de cada sistema.

- noção vazia de justo: depende do momento histórico e do sistema, impossível definir ou avaliar o direito por meio da justiça. A justiça só serve para avaliar se determinada decisão se ajusta ao sistema jurídico que deve ajustar-se à situação social -> justiça finalista ou de resultados.

=> Definir de forma **ABSOLUTA** ou abandonar o conceito

Ulpiano: critério de distribuição => dar a cada um o que é seu. Não resolve: quem define o que é meu

Aristóteles: princípio da igualdade -> tratar os = de forma = e os desiguais de forma desigual na medida de sua desigualdade. Não resolve: qual critério para definir se existe igualdade ou desigualdade – conceito vazio.

- impossível determinar de forma consensual o que é igual = justo

Opção: definir critérios que permitam deliberar corretamente sobre um problema, se isso garante um resultado justo -> **JUSTIÇA PROCEDIMENTAL** – encontrar procedimentos + adequados para chegar a uma decisão justa. Obstáculo: falta de neutralidade, existência de interesses e posições ideológicas #.

Analisar as questões que permitam deliberar de forma neutra.

Rawls: a organização social é justa quando as desigualdades decorrem do exercício da liberdade de cada um e, ao mesmo tempo, permitem melhorar a posição dos + desfavorecidos.

2 problemas da justiça procedimental:

1 – princípios muito abstratos, pouco ajudam na solução dos casos concretos

2 – princípios não exprimem verdades gerais nem são neutros, reproduzem a ideologia dos regimes capitalistas.

→ Relevância normativa do discurso sobre a justiça (norma do direito positivo é contrária a justiça)

* Jusnaturalistas e moralistas: normas que contrariam as exigências de justiça não possuem validade.

- a opinião dos doutrinadores + correta que a dos legisladores

- não convence em um ordenamento jurídico estruturado em que as competências normativas são rigorosas

- não podem deixar de aplicar a lei porque a julgam injusta, mesmo como o respaldo das elaborações técnicas (não são suficientes para alterar a norma, é preciso movimentos sociais) sobre justiça.

- objetivo: legitimar o que juridicamente válido.

* Positivistas: instrumentalizam a justiça, colocando-a a serviço do direito positivo.

- vinculação direito e justiça (conceito emocionalmente forte – mobiliza a opinião pública a favor ou contra determinados regulamentos): opção ideológica que visa fortalecer ou enfraquecer a legitimidade do direito positivo.

- injustiça: termo maleável que oferece uma roupagem erudita a preferências pessoais

- justiça é desejável, um valioso ideal, abstrato, fluido e mutável que nunca será atingido pelo direito positivo

- operadores e estudiosos: analisar o direito na sua realidade, tentar entender suas funções sociais.

“O direito como ele é, é expressão dos + fortes não dos mais justos” Bobbio, 1991.

ESTADO DE DIREITO

* **Hobbes:** Estado Soberano, poder ilimitado, não se submete às leis, garante a segurança dos particulares, mas não os direitos do indivíduo contra o poder estatal.

* **Estado de Direito:** Estado servidor da lei, poder limitado, submetido ao direito positivo, p garantir os direitos aos indivíduos e o Estado era opressor: autoritário, de policia.

- império do direito: principio da igualdade de todos perante a lei, respeito dos dir. individuais por parte do Estado, submissão do Executivo às normas criadas pelo Parlamento e Judiciário.

- segurança jurídica: previsibilidade das conseqüências jurídicas de qq conduta humana, o Estado não atua de forma arbitrária.

- Estado Garantista: garantidor de dir. fundamentais.

- principio da Legalidade: submete à lei o Poder Executivo e Judiciário; só podem agir dentro dos limites fixados na lei. Todos devem cumprir os mandamentos do legislador; pode mudar as leis, é soberano e as garantias são frágeis. Os indivíduos continuam dependendo da vontade dos detentores do poder estatal.

* **Estado Constitucional:**

- principio da constitucionalidade: submete o próprio legislador à lei qdo a Constituição garante direitos fundamentais do indivíduo, alterar dificultada do texto constitucional (rigidez) ou msm parcialmente proibida (imutabilidade)

- segurança jurídica + forte

- garantia de justiça: todos conhecem seus direitos/deveres e a submissão aos mandamentos constitucionais limita o risco de decisões arbitrárias das autoridades estatais. Forma de exercício realmente limitada do poder estatal.

- ã desaparecem os perigos da arbitrariedade -> suas decisões devem ser fiscalizadas pelos demais poderes, principalmente o Judiciário (arbitro dos dir. fundamentais e da segurança jurídica -> perigo: estado de juízes); controle de constitucionalidade.

***Conceitos de Estado:**

1 – **Formal:** não é Estado de Justiça, sim: forma de organização política e social que garante a previsibilidade das decisões. Msm se a norma for injusta, não dxa de ser valida e deve ser respeitada p preservar o Estado de Direito.

2 – **Material ou Substancial:** Conceito formal é inútil. Se o estado é de direito, pela simples razão do respeito às normas, o conceito de Estado perde sua utilidade, vazio de conteúdo.

Deve satisfazer requisitos:

O caráter democrático da legislação, garantia da separação dos poderes, independência do judiciário, controle de constitucionalidade, dir. fundamentais, normas de bem-estar social.

Estado de Direito = Estado Justo

3 problemas:

- 1- Não há acordo sobre o conteúdo do conteúdo material do Estado de direito
- 2- Ampliar o poder discricionário do judiciário – possibilidade de correção das normas q considerem contrarias
- 3- Não preserva a segurança jurídica – flexibilização das normas do Judiciário

Teoria Pura do Direito – Kelsen: Cap. 1

2 sistemas de normas:

1 – **Estático** – a passagem da norma superior p a inferior há a dedução, inferência

2 – **Dinâmico** – norma geral – norma especifica há a produção autorizada pela 1ª norma autorizadora, dá competências p produzir normas, sendo fundamento dela.

O ato de aplicação cria uma norma individual (p solucionar os conflitos individuais), intervenção humana, as normas não se deduzem, é necessário interpreta-la.

Ato de vontade – o direito é construído pela vontade humana.

Sentidos

Objetivo – sentido p o direito, o ordenamento jurídico

Subjetivo – de qm produz a norma, a autoridade

- podem ser coincidentes os sentidos.

Valor intranorma – atribuído pela que dá classificação distintas para a norma; valor dado pela própria norma.

Valor extranorma – valor subjetivo para vc

Apreciação crítica: valoração da norma - resultado de um juízo de valor

p.27 Kelsen

relação lógica impossível => Se A -> X/Se A > ñ X

não há contradição lógica => Se A -> X/Se ñ A -> X (atribui a msm consequência independente de A acontecer ou não).

O direito pode atribuir a msm sanção p condutas diferentes.

Kelsen: direito – conj. de normas em que uma dá fundamento p outra. Controle social.

Norma: imperativo, protegido por uma sanção; garantidas mediante sanção. A norma é resultado do processo hermenêutico sobre os enunciados normativos. As fontes determinam a interpretação.

Norma Jurídica (NJ): conceito semântico-sentido, orienta o ato de vontade de alguém, ótica voluntarista – norma posta por um ato de vontade; diferencia os enunciados normativos, norma vai ser o resultado da interpretação (sentido de alcance de todos). Alguns autores: derivam de uma fundamental e não só voluntarista.

- **importância:**

1 – Conceito NJ

- NJ e linguagem

- Conceito semântico de NJ

Norma: “Expressão Lingüística” “Enunciados Normativos”

*norma e interpretação

* outras acepções e outras teorias

Teoria de Hart

- **prioridade da lei**

Justiça -> violada claramente a lei perde a validade pelo seu excesso de injustiça.

- **jusnaturalismo:** legitimação de poder; sistema de direitos naturais que reflete o dr. Positivo. Moderado prevalece hj: não tem pretensão de estabelecer uma hierarquia entre o dir. natural e o positivo; que encontra fundamentos no dir. Positivo. Radbuch: 3 valores básicos do direito (ordem de importância): 1 – justiça; 2 – segurança; 3 – bem comum.

2 juristas + importantes do Sec. XX -> Kelsen e Hart (jurista pratico, defensor do direitos civis, legalização da homossexualidade, conhecedor de filosofia da linguagem, professor teoria do direito em Oxford, sem ter mestrado, POSITIVISTA; possui pontos em comum com Kelsen).

Pontos # de Kelsen: sentido transcendental da norma fundamental; pressuposta; não provada empiricamente; raciocínio abstrato

Influencia de Hart: Bentham e Austin (discípulo de Bentham) -> utilitarismo, teoria do direito (o que são leis? Comando do soberano, garantida pela vontade do soberano, poder supremo, todos tem o habito de obedecer-lo, mas não obedece ninguém)

Leis validadas por concepção: imposta pelo soberano; por adoção: alguém adota a norma por imposição do soberano.

Bentham: ciência do direito.

1 – Jurisprudência como ciência da legislação = sensorial (sensitiva) – tenta encontrar princípios ideais para o Estado c base no principio da utilidade

2 – Jurisprudência descritiva: Kelsen

Austin: cabe ao direito descrever o direito positivamente válido

SOBERANO: leis -> comandos, prescrições, atos de vontade com fundamentação utilitarista: # Kelsen – preocupado com uma lógica rigorosa; concepção kantiana; só o conhecimento científico é racional.

P Bentham não há como explicar o direito por uma racionalidade prática; há razões morais ou políticas p defini-lo utilizando a UTILIDADE

HART não aceita + a autoridade suprema dos soberanos. Solução: é necessário um novo começo.

- direito: sistema reúne regras primárias (conduta) e secundárias (sobre as primárias)

- como seria a sociedade com regras só primárias: 3 defeitos

1 – caráter estático -> p isso precisamos de regras de mudança, atribuem poderes a alguém p modificar o direito e criar novas (Rules of Change)

2 – falta de eficácia -> não haveria um órgão para garantir a aplicação: Regras de Aplicação/Adjucação (Rules of Adjudication). Normas que atribuem a alguém o poder de dirimir conflitos.

3 - Incerteza - REGRAS DE RECONHECIMENTO, nos dizem quais são as regras primárias, ausência de critério p determinar quais as regras são validas.

Kelsen: direito como pratica social; normas reconhecidas como validas pelos sujeitos sociais, normas validas.

NORMA FUNDAMENTAL: prevê o critério fundamental do direito valido.

Análise do direito do ponto de vista:

1 – EXTERNO: observa o direito de fora, imparcialidade; observador sociológico e descreve que vc vê; não desempenha nenhum papel no sistema jurídico

2 – INTERNO: ponto de vista dos usuários da norma; participam da pratica/operam dentro do sistema jurídico, aduzem pretensões (juizes). Critério: analisar a validade, deve-se olhar a atitude dos usuários, como eles o reconhecem. Critério comum de validade da norma jurídica, critério final compartilhado pelos operadores; regra ultima a ser reconhecida, verificar quais os critérios utilizados pelos juizes (ponto de vista interno) -> REGRA ULTIMA DE RECONHECIMENTO

Comparação entre a fundamentação do direito em Kelsen e Hart

Regra de Reconhecimento – Hart	Norma Fundamental – Kelsen
Existência e conteúdo	Hipotética, “postulada”
Questão empírica	Pressuposta
Actual practica - Validade – nem valida, nem invalida (determinada por uma norma referencial princípios que são aceitos como determinantes)	Validade “pressuposta”
Conteúdo: variável, depende da comunidade jurídica	Conteúdo: sempre o msm

Kelsen: p. 221 - Norma Fundamental Hipotética – transcendental – fundamento lógico do sistema jurídico como um todo.

Hart: Regra ultima de reconhecimento que indica os critérios de validade, não tem caráter hipotético, fim existência concreta, é uma pratica social, implícita da aplicação do direito pelos operadores do direito. Norma aceita e compreendida por eles.

Hart e Kelsen: # e semelhanças

Hart – inglês

Kelsen – alemão

Neokantismo – formas puras de conhecimento chega até elas por uma demonstração transcendental. NF – postulado.

A norma fundamenta-se em outras normas

Hume: Ser (fatos) x Dever-ser (normas). As normas não podem derivar de fatos.

Cd constituição tem a sua norma fundamental, pq senão todas as ordens jurídicas seriam iguais.

Identificação de uma nova ordem jurídica (cria, nasce naquele dia o fundamento de validade de todas as normas tem que ser renovadas: recepcionadas, se compatíveis e revogadas, se contrarias): Revolução/Golpe de Estado. Se o golpe tiver sucesso, estabeleceu-se uma nova ordem jurídica, nova NF. Fracasso: ilícito penal apenas.

Atos nulos: não produzem qq efeito.

Atos anuláveis: produzem efeitos até ser considerados nulos.

Hart – RR – tem existência fática, pode ser empiricamente examinada; é um fato, não é uma hipótese, norma q pode ser encontrada nas aplicações dos operadores do direito. Ponto de vista interno: todos os operadores tem o msm critério p identificar o que é o direito. Variável: cada comunidade tem a sua. Fundamentação convencionalista: feita por convenção. Considerado positivista inclusivo: RR pode incluir critérios morais, questão contingente, não necessária.

Jusnaturalismo, Positivismo, Realismo, Pós-positivismo

* **Positivismo** -> Direito – criações humanas, não deriva da moral, deriva das fontes sociais

* **Jusnaturalismo** -> princípios morais que podem ser resgatados pela razão

Estrutura auto-referencial: critérios jurídicos.

* **Pragmatismo**: resposta ao positivismo. Visão instrumentalista do direito; políticas publicas. + sofisticado: critica + bem consolidada; análise econômica, menos combatível -> visa um método de decisão.

* **Realismo**: déc 20 a 60; grito de revolta; apogeu em 40 e 60; se inspira em Richard Posner (ídolo: Oliver Wendell Holmes). Teoria que instrumentaliza o direito, instrumento p alcançar bens sociais, fins sociais.

- direito dos livros x direito das ações

- os juízes decidiam conforme o direito das ações

- não pode prever o conteúdo sem olhar a realidade, a jurisprudência. Ativismo judicial -> governo dos juízes.

- aplicação da sociologia, economia, psicologia no direito

- Harvard: ensino positivismo tradicional

- realistas: barrar a hegemonia de Harvard: Faculdade de Yale

- mudança na forma de ensinar o direito

- aplicação do direito da ação: muda qdo muda o entendimento, o juiz, a situação, a sociedade.

- críticas: falta de rigor metodológico; desconfiança política

- preocupadas + c as decisões e sim c as conseqüências sociais

- direito alternativo q chegou ao Brasil (realismo)

- Realismo: antilegalista: desconfiava do processo legislativo; nunca conseguiu alcançar um ordenamento claro dessas matérias.

- direito como instrumento: coloca em risco, compromete ele msm, capaz de determinar como devemos nos comportar

- regras vistas como diretivas, + técnicas do que obrigatórias

Senso comum nos EUA: todo mundo de acordo; argumento a favor; não é adequada p nós (Teoria de Posner)

- não importa como chegar até ela: os juízes decidem isso é o que importa

- direito instrumentalizado p atingir os fins sociais

- ã tem medo p utilizar as infos q sabe 'em off' p decidir

- admite meios ilegais: tortura prisioneiros

-> razoes pragmáticas se submetem à razoes legais (conciliar, equilíbrio p aplica-lo no processo)

-> realismo e pragmatismo = em comum criticam jusnaturalismo e positivismo; substituir uma análise jurídica por uma análise sociológica

- crítica ao jusnaturalismo: dependência de conceitos morais p decidir

*Pós-positivismo: relação direitos e argumentação (Tércio)

Não bastam as fontes; direito – conceito argumentativo; conteúdo das NJ se formam pelo exercício das razoes publicas; fundamentam; argumentos pragmáticos e morais; preza a legalidade. Vai além do positivismo e não joga fora todo o trabalho anterior. Segurança jurídica deve ser garantida. Grau estabilidade garantida.

- os positivistas não chama de pós-positivismo => moralismo; tentativa de dar nome novo a ideias impregnadas de jusnaturalismo; visto com maus olhos pelos positivistas e jusnaturalistas.

Neopositivismo: se dizem os novos positivistas; argumentos diferentes.

- Positivismo: Põe ênfase no método; que há perguntas sem respostas pelo método ele se cala; tenta evitá-las; não compra a ideia jusnaturalista da moral.
- Pós-positivistas vão além: forma de se pensar o direito. Recuperar as conexões do direito com a moral, menos ambicioso qto a capacidade de fundamentação

- racionalidade; teoria que pretende ser mais prudente q o jusnaturalismo e + ambicioso q o positivismo. Autores: Dworkin, Alexy, Nbl Maccormick

TEORIAS

Dworkin: 1º a escrever, interlocutor dele foi Hart.

Como resumir o positivismo – 2 teses (centrais do positivismo e p ele estão ERRADAS!)

1 – Conteúdo do direito depende das fontes sociais: teste aplica e se for compatível c a RR é direito

2 – Discrecionabilidade: o direito é construído na linguagem, há um núcleo e uma zona de incerteza em que pode determinar o conteúdo da norma (os juízes).

Há regras validas por causa não da forma, mas por causa do conteúdo ou moralidade -> construtivista, política – conj. princípios comunidade jurídica reconhece, dá sentido à instituições.

- princípios.: fortes o suficiente p fundamentar decisões jurídicas

- concretas: nega as fontes sociais, pq são normas que precisam de argumentação moral

Hart: regras primarias e secundarias -> 4: aplicação, reconhecimento

- Positivismo inclusivo: resposta de Hart a essa critica

- vai contra a discrecionabilidade: decide de acordo com as normas e os princípios

Teorias sobre o conceito de direito

Pós-positivismo

- Ronald Dworkin: o direito como integridade (1967)

Império do direito, tentou o 1º ataque ao positivismo, 40 anos: debate Hart e Dworkin, discípulo de Hart.

Para Dworkin, o direito não é só um sistema de regras.

Teses do positivismo:

1 – **Tese das fontes Sociais:** preestabelecido em alguma fonte social; identificar as normas jurídicas por sua fonte.

2 – **Tese da discrecionabilidade:** há lacunas no direito, casos não regulados decorre da interpretação da norma ou falta de regulação.

As duas teses são equivocadas, dir. Dworkin: CRITICA GERAL AO POSITIVISMO – as normas que não advém de fontes sociais tbm interessam; não há norma nenhuma norma que vincule essa discrecionabilidade

2 respostas interligadas:

1 – **Tese das fontes sociais:** existem normas que são validas pelo seu conteúdo, pela força de convicção moral, independentemente da positivização. Caso: Priggs x Palmer – neto mata o avó, não existia norma que impedia que ele herdasse o \$. O tribunal decidiu que não herdaria por causa do principio de que não pode se beneficiar de um algo que fez; os princípios são validos por causa de seu conteúdo. As fontes sociais não conseguem explicar a existência dos princípios. Resposta de Hart: positivismo inclusivo

2 – **Tese da discrecionabilidade:** o juiz não deve ser livre, msm qdo a lei ou dir. positivo não te dá uma resposta clara, msm havendo uma lacuna, o juiz está vinculado aos princípios. Da moralidade política – produto de uma reflexão histórica, razão publica. Toda norma tem um princípios. Da moralidade política, opção moral. Esses princípios. q justificam as normas e justificam as outras regras q ainda não foram criadas; desenvolver o sistema jurídico coerente.

Respostas do Positivismo – 2 escolas

1 – **Positivismo Inclusivo: Hart.** Inclui alguns conceitos de moral qdo a RR incorpora teses morais; moral incorporada pelo direito; apelo ao conceito moral; argumentação moral q resolva o problema. Pode ser que haja ou não uma conexão (contingente). Dworkin está errado da tese das fontes sociais como necessariamente exclui os critérios morais.

2 – **Positivismo Exclusivo: Raz.** O dir. é composto apenas de razoes de autoridade, qdo alguém decide pelo outro, o dir é imposto por qm tem autoridade -> qm? Razoes excludentes q decidem o caso, tornam desnecessário o que as pessoas devem fazer.

No campo da razão prática – racionalidade q nos diz o que fazer. **ESTAGIOS:**

1 – **deliberativo:** ponderação, criação do direito valorando, decide o que é direito

2 – **executivo:** executa o que uma autoridade decidiu, aplica o direito, não precisando calcular as razões morais; se precisar está minando uma autoridade e trazendo uma insegurança p a RR

O direito serve p dizer o que devemos fazer -> segurança. Analise da fonte, se qm a criou, tinha autoridade p criá-la.

Kelsen – todo ato de aplicação é simultaneamente de criação

Hart – produz a norma; direito pode contingencialmente incorporar critérios morais

Raz – o dir. nunca pode incorporar critérios morais

Dworkin – necessariamente incorpora dir. morais

Raz – Teoria do direito: ql critério identificação do direito, o que é o direito? Produto de uma decisão de uma autoridade, obrigação jurídica, deve ser aplicado

#

Teoria da decisão: adjudicação; como os juízes podem decidir usando razões de direito, morais, políticas, o juiz pode aplicar a moral qdo a norma for injusta -> os pós-positivistas não aceitam essa diferenciação.

REVISÃO

Fundamento – base: norma é válida se respeita o q é estabelecido pela NF; respeito a forma; é uma norma que autoriza a produção da norma inferior; relacionado ao Dir. Positivo q é um sistema de normas hierarquicamente até chegar a norma fundamental que é a norma última.

Pressuposto: condição p realização de algo; normas são válidas não é a só a sua eficácia, decorre de uma norma superior que autorizou sua criação. P a norma permanecer válida é a eficácia condição que deve ser cumprida p a norma seja válida -> faz parte do sistema, tem o objetivo de uma norma objetivamente válida.

Kelsen: afirma que é vazia de conteúdo – a exigência que a NF seja eficaz é um conteúdo.

A própria NF – eficácia -> se torna pressuposto, observação e aplicação das normas pela sociedade pq a NF estabeleceu que a eficácia é necessária p a eficácia do direito. Ruptura caracteriza-se pela perda da eficácia social.

NF legítima qq conteúdo.

Não há qq conduta humana que não possa ser direito.

- Interpreta-se a realidade conforme os valores; no momento de criação do direito, avaliamos a realidade, formulamos um juízo de valor. Se a pessoa estiver autorizada por uma norma, a sua ação é jurídica.

- decisão envolve razões de natureza ética, política e ideológica.

P Kelsen: não recorre a nada (Política, ética, religião) e apenas à norma superior que determinou sua produção p saber se a norma é válida.

- a moralidade é irrelevante p saber se a norma é jurídica ou não

- sem eficácia não existe direito, pq a NF estabelece que a eficácia é pressuposto de validade.

***RECEPÇÃO:** só ocorre NOVA ORDEM jurídica qdo há queda da legitimidade; só no caso de Revolução, muda a NF.

***Conflitos de normas:** 3 critérios de solução

1 – **hierárquico:** superior prepondera sobre a inferior

2 – **especialidade:** norma + específica prepondera sobre a geral

3 – **cronológico:** norma + recente prepondera sobre a mais antiga

Conflito entre os critérios: aplica-se nessa ordem

Conflito entre 2 normas especiais (msm nível hierárquico, promulgado no msm dia): Antinomia insolúvel: p Kelsen – as 2 normas são simultaneamente válidas, o juiz é qm irá decidir (discricionariedade)

RR # NF

- os 2 são positivistas, advogam a autonomia do direito sobre todas as outras ciências; o direito é qm vai estabelecer o critério que vai identificar a validade das normas; critérios próprios p determinar q a norma é válida.

*Kelsen: positivismo normativista que pressupõe a existência da NF como fundamento de validade das normas. Influência Kant: pressupostos válidos independentemente de demonstração.

- NF: status lógico, fundamentado não empiricamente, mas pela razão prática

*Hart: RR não é um postulado lógico, é uma convenção, amplo acordo social tido como aceito por todos em determinada prática social. Aplicadores reconhecem critério como válidos para fundamentar a norma.

- As convenções sociais mudam com o tempo; RR teste ou regra mestra, básica para determinar o que é direito

- ponto de vista INTERNO: só vale o RR critério fundamental – testa qq norma, aceitos pelos juizes, quem opera o direito do ponto de vista interno.

- A ciência do direito está na perspectiva EXTERNA, mas precisa do ponto de vista interno. Função: não é defender pretensões perante o juiz; é descrever o direito tal como ele se apresenta; a teoria do direito é uma sociologia descritiva (Hart).

Para entender a ciência do direito, precisa entender como é a prática social, ou seja, precisa das normas sociais, convenções dos indivíduos que operam perante essa prática (ponto de vista interno)

Os positivistas se preocupam com a VALIDADE do direito. Pressupõe um modelo de ciência em que observa a realidade.

- quando pergunta o que eu devo responder, eles se calam

- preocupam-se em descrever o direito; teoria da interpretação de Kelsen: molduras, saem do campo da ciência do direito e entram na política do direito

TRABALHO 27/04/2011

1 – Qual o princípio metodológico fundamental da Teoria Pura do Direito, de Kelsen?

O princípio metodológico fundamental da Teoria Pura do Direito é conhecer o Direito excluindo deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa rigorosamente, determinar como Direito. Eliminam-se as influências externas de ciências sociais como a psicologia e a sociologia para definir puramente o que é o Direito. Tal Teoria pretende assim libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Não se trata de uma ciência política e importa-se em descrever o direito como ele é, não como ele deve ser.

2 –

A – Enuncie o conceito de “norma jurídica” no pensamento de Kelsen.

Para Kelsen, a norma é um esquema de interpretação que empresta ao ato a sua significação jurídica. A interpretação normativa é que dirá se o ato é jurídico ou não. A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico é ela própria produzida por um ato jurídico que recebe sua significação jurídica de uma outra norma. As normas que conferem aos atos a característica de atos jurídicos são as chamadas *normas jurídicas*. As normas jurídicas têm por finalidade determinar as condutas humanas (dever-ser), prescrevendo, permitindo ou conferindo poder de as realizar, inclusive atribuindo o poder de estabelecer normas. O fundamento de validade das normas jurídicas é atribuído a uma norma fundamental que conduz harmoniosamente com o sentido subjetivo do ato de vontade que dá origem às normas.

B – Após definir o sentido da expressão “norma jurídica”, responda: Em que medida há juízos de valor na atividade prática do jurista e das autoridades que enunciam normas jurídicas?

Os juízos de valor estão presentes no momento de elaboração e de aplicação das normas jurídicas. O juízo segundo o qual uma conduta real é tal como deve ser, de acordo com a norma objetivamente válida é um juízo de valor positivo que faz com que a conduta real seja *boa* e à conduta, que corresponde a norma, seja atribuído um valor positivo. Por outro lado, o juízo segundo o qual uma conduta real não é tal como deve ser, de acordo com a norma objetivamente válida é um juízo de valor negativo que faz com que a conduta real seja *má* e à sua conduta, que contraria a norma, seja atribuído um valor negativo. A norma jurídica considerada válida funciona como medida de valor relativamente à conduta real, que constitui o objeto de valoração, avaliado pela realidade. Como as normas são estabelecidas por atos de vontade humana e constituem o fundamento dos juízos de valor apresentam valores relativos, pois definidas humanamente podem ser opostas duas normas constituídas como tal. Esses valores podem ser subjetivos, na medida em que consiste na relação de um objeto de uma conduta humana com o desejo ou vontade de um ou vários indivíduos; e objetivos, quando há a relação da conduta humana com uma norma objetivamente válida. Como função de conhecimento, o juízo é sempre objetivo, não aceita graduações, formulando-se independentemente do desejo e da vontade do sujeito judicante. Entretanto, o juízo de valor pode ser subjetivo quando enuncia o fato de que uma ou várias pessoas desejam ou querem um determinado objeto ou objeto oposto. As normas que constituem o fundamento do juízo de valor são fixadas por meio do costume ou por atos de imperativos humanos, ou seja, por meio de fatos da realidade empírica referindo-se, portanto, a juízos de realidade.

3 – Leia com atenção o seguinte excerto da teoria pura do direito de Hans Kelsen:

"O que transforma este fato (um fato externo) num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua faticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei de causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a este ato, a significação que ele possui".

O que diferencia o sentido "subjetivo" e o sentido "objetivo" de um ato?

Subjetivo – do indivíduo q produz o ato

Objetivo – do direito

O sentido subjetivo está atrelado à vontade do praticante do ato, enquanto o sentido objetivo perdura, ultrapassando a barreira do tempo e da vontade. Para exemplificar, Kelsen mostra a atividade dos legisladores, que por meio de um ato de vontade criam uma determinada lei. Esta vontade é caracterizada pelo sentido subjetivo que os legisladores levaram ao ato, porém, só será legitimada e possuirá eficácia pelo seu sentido objetivo, que, no caso exemplificado é, num primeiro momento, a norma positivada que permite a estes determinados cidadãos criarem uma norma e, num segundo momento, a norma positivada que é criada com o ato. Este sentido objetivo persiste, isto é, independente da vontade dos legisladores continuar ou não, ou até mesmo independente deles estarem vivos ou não, o sentido objetivo permanece por meio da norma que foi positivada.

4 – O que diferencia a comunidade jurídica de um "bando de salteadores", segundo Kelsen?

Segundo Kelsen, o que os diferencia é o sentido objetivo do comando que um sujeito endereça a um e a outro, deixando-se de lado o sentido subjetivo. Quando ocorre a interpretação do comando de um órgão jurídico esta é vista como uma norma objetivamente válida, que faz parte de um ordenamento social, já com relação à ordem de um bando de salteadores esta é vista como nula, inconstitucional. Fazendo uma ligação entre o desacato da ordem de um bando de salteadores e um ato de coerção tem-se a afirmação de que será executado um mal contra a pessoa, e que de acordo com as normas jurídicas eles estão cometendo um delito, e com relação ao desacato à comunidade jurídica interpreta-se que deve ser executado um mal, que tem respaldo nas normas jurídicas.

5 – Por que as normas morais são como as jurídicas normas sociais?

As normas morais, assim como as jurídicas, regulam a conduta humana. Há normas morais que regulam a conduta do homem em face dos outros e há aqueles que regulam em face de si mesmo. Estas normas surgem na consciência do homem que vive em sociedade, portanto estas normas não fazem sentido para indivíduos que vivem isolados. Portanto, normas morais e jurídicas são tbm normas sociais.

6 – Em que medida o conteúdo das normas é relevante para separar as normas jurídicas das morais, para Kelsen? Qual a diferença entre direito e moral?

Segundo Kelsen, as normas morais e jurídicas são distinguidas pela forma com que prescrevem ou proíbem. As normas jurídicas concebem uma ordem de coação, enquanto as morais não. Além disso, as normas morais não prevêem órgãos centrais para a sua aplicação. A diferença entre moral e direito na teoria pura do direito é que a moral é tida, apenas, como critério de valoração do direito, considerando este como um ordenamento jurídico positivo. Desta forma, uma norma é dada como justa ou injusta, moral ou imoral em função de um sistema moral relativo.

7 – Qual a diferença entre "norma jurídica" e "proposição jurídica"? Com base nessa diferença, explique a concepção de Kelsen sobre a função da ciência do Direito.

8 – Que tipo de "princípio lógico" rege as relações entre as normas jurídicas? Como este princípio se diferencia do princípio da "causalidade", aplicável às leis naturais?

Princípio da imputação. No princípio da causalidade, o pressuposto assume o papel de causa e a consequência de efeito, sendo expressos na lei natural como "ser", além de que toda causa concreta pressupõe como efeito, uma outra causa, e todo o efeito concreto deve ser considerado como causa de um outro efeito. Já o princípio da imputação é independente, visto que o sentido específico do ato sobre a relação entre pressuposto e consequência é uma norma, um "dever ser", não como um juízo, mas como um imperativo, sendo usado numa lei moral ou jurídica. Além disso, no princípio da imputação, os pressupostos a que é imputado não tem de ser necessariamente atribuídas novas consequências, sendo portanto uma relação limitada.

TRABALHO 03/06/2011

Questão 1 - Para Kelsen, qual a diferença entre um sistema de normas do tipo estático e um sistema de normas do tipo dinâmico? Que implicações se podem extrair dessa distinção para a relação entre os conceitos de “aplicação” e “criação” do direito?

As normas de um sistema de normas do tipo estático são consideradas devidas por força de seu conteúdo, ou seja, o conteúdo de validade e o fundamento de validade de suas normas são deduzidos de outra norma fundamental pressuposta. Por exemplo, a norma: não devemos mentir pode ser deduzida de uma norma que prescreve a veracidade.

Já no tipo dinâmico, tendo em vista que as normas são estabelecidas por um ato de vontade, a validade é fundamentada por meio de uma norma pressuposta que deve nos levar à harmonia com os comandos da autoridade que a estabelece ou em conformidade com as normas criadas pelo costume. Essa norma fundamental irá fornecer o fundamento de validade e não o conteúdo de validade, sendo que especificará as atribuições da autoridade legisladora e a forma de criar as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental.

O princípio estático e o princípio dinâmico podem, assim, estar reunidos de forma que as normas que delegam poderes legislativos, que tratam sobre a criação do direito seriam aquelas segundo o princípio dinâmico, enquanto as normas que prescrevem uma determinada conduta e das quais podem ser deduzidas novas normas, tratam sobre a aplicação do direito seriam aquelas segundo o princípio estático.

Questão 2 – “[...] Todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força de seu conteúdo, esteja excluída de ser o conteúdo de uma norma jurídica” (Kelsen, TPD, p. 221). Com um olhar atento para essa afirmação, responda ao seguinte: a) Por que Kelsen pode ser considerado um positivista? Qual a natureza da “norma fundamental hipotética”, que Kelsen utiliza como o fundamento último de validade de um ordenamento jurídico?

Kelsen afirma que todo e qualquer conteúdo pode ser direito e que todas as condutas humanas constituem conteúdo de uma norma jurídica, deixando claro que se as normas forem estabelecidas em conformidade com a forma fixada pela norma fundamental pressuposta, a validade dessas normas não pode ser negada e ela fará parte do ordenamento jurídico. Contudo, se a norma contrariar a norma fundamental pressuposta não será considerada uma norma e não irá pertencer ao ordenamento jurídico.

A norma fundamental fixa a forma como devem ser feitas as normas que farão parte desse ordenamento jurídico, estabelecendo um “ato especial de criação” dessas normas, ou seja, as normas são postas, positivas, constituindo-se elementos de uma ordem positiva; a norma fundamental, no então, não é uma norma positiva ou material, que possui conteúdo imediatamente evidente (posta por uma vontade suprahumana ou por meio do costume) e constitui-se a norma mais elevada da qual possam ser deduzidas as normas de conduta humana por meio de operações lógicas. A norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, enquanto que as normas que são derivadas delas são constituições no sentido jurídico-positivo.

Kelsen é, portanto, considerado um positivista na medida em que as normas que compõe o ordenamento jurídicos são postas, positivas, possuindo a forma determinada, estabelecida na norma fundamental pressuposta que servirá de fundamento de validade para as normas positivas que são deduzidas dela e que irão regulamentar as condutas humanas.

A norma fundamental pressuposta estabelece o fundamento de validade de uma Constituição determinada e da ordem coercitiva criadas de acordo com ela. A sua pressuposição é possui a natureza lógico-transcendental, que interpreta o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos constitucionalmente postos como sendo o seu sentido objetivo, quer dizer, como normas jurídicas objetivamente válidas, que constituem as relações jurídicas.

Questão 4 – Explique qual é a interpretação correta da seguinte frase, extraída da Teoria Pura do Direito: “A eficácia é estabelecida pela norma fundamental como pressuposto de validade” (Kelsen, TPD, p. 232) (para ajudar você a responder a questão, é interessante distinguir entre o “fundamento de validade” e a noção de “pressuposto de validade”).

A Constituição e os atos coercitivos são criados de acordo com os pressupostos estabelecidos pela norma fundamental, que é o fundamento de validade de uma ordem jurídica. O pressuposto de validade de uma norma jurídica é a interpretação do sentido subjetivo de um ato constituinte e dos atos postos de acordo com a Constituição por ele criada como seu sentido objetivo, ou seja, como normas jurídicas objetivamente válidas.

Nesse sentido, a coação deve ser exercida sob os pressupostos e pela forma determinados pela Constituição que seja, globalmente considerada, eficaz, pelas normas gerais, postas em conformidade com a Constituição, que sejam de modo global, eficazes e pelas normas individuais eficazes.

A eficácia é, portanto, estabelecida pela norma fundamental como pressuposto de validade, tendo em vista que ela é condição de vigência das normas que devem ser estabelecidas observando-se o respeito pelos indivíduos subordinados à ordem jurídica, ou seja, a norma fundamental deve ser pressuposta sem perder de vista o sentido subjetivo das condutas humanas para que as normas objetivamente válidas possuam eficácia, sendo aplicadas e observadas pela sociedade.

Questão 5 – O que significa “recepção” de uma norma jurídica?

É sabido que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado por meio da própria ordem jurídica ou pela substituição por outra validade de uma outra norma jurídica por meio de processos previstos na Constituição, o que denomina-se o princípio da legitimidade. Há casos, porém, que a Constituição inteira é substituída por uma nova Constituição por meio de processos não previstos na Constituição, como ocorre em processos revolucionários. Nessa caso, as leis já editadas devem ser consideradas em vigor sob a nova Constituição, o que caracteriza a recepção, pois não há a criação de novas leis, mas as leis que não contrariam os preceitos dessa nova Constituição são recepcionadas por ela; enquanto que as que contrairam, são revogadas.. Como efeito, temos a mudança no fundamento de validade das normas, ou seja, a norma fundamental pressuposta muda, os atos, os fatos a serem interpostos como criação e aplicação de normas jurídicas válidas também mudam.

Questão 6 – Na obra de Hart, há uma ambigüidade no conceito de “regra de conhecimento”. Por vezes, Hart fala em “regras de conhecimento”, ao passo que em outros momentos ele menciona a “regra de conhecimento” no singular. Qual é a diferença entre esses dois usos da linguagem?

Hart classifica as regras em primárias (de comportamento) e secundárias (sobre as regras primárias). Nesta última categoria, há as de reconhecimento, que são quaisquer regras que servem para resolver o problema da incerteza do direito, fixando parâmetros para tanto.

Quando ele fala em "a última regra de reconhecimento", ou simplesmente "regra de reconhecimento" no singular, já está se referindo à regra básica existente em cada sociedade, que fixa os critérios aceitos pela comunidade para se identificar o direito. Esta regra pode ser identificada por estar implícita nos usos e costumes jurídicos existentes na sociedade.

Em qualquer caso, não faz diferença se as regras são escritas ou costumeiras.

Gabriel: Hart propõe que imaginemos uma sociedade que não possui órgãos de governo ou de justiça. Suas ações, seus conceitos de certo ou errado seriam baseados nos costumes que, obrigatoriamente, devem ser aceitos pela maioria da população. Estes costumes são chamados de regras primárias. Entretanto, um sistema baseado apenas em regras primárias geraria alguns problemas, dentre eles o que pode ser definido como a incerteza. Este problema caracteriza-se pelo fato de que, na ausência de autoridades que determinem e delimitem as normas, não podemos dizer que as regras primárias formem um sistema de normas, sendo que não haverá um ponto em comum que as una, exceto, obviamente, o fato de tais normas serem aceitas pela coletividade, ou pelo menos pela maioria. Para solucionar os problemas de um sistema que se baseia apenas em regras primárias, Hart propõe o conceito das regras secundárias. Dentre as regras secundárias, estão justamente aquelas que serão aplicadas visando à correção do defeito da incerteza. São estas as “regras de reconhecimento”.

As regras de reconhecimento, enquanto regras secundárias, correspondem, portanto, ao reconhecimento social de que as normas correspondem a um sistema jurídico. É o fim do problema da incerteza das regras primárias, uma vez que confere o caráter de legitimidade da integração daquelas normas que são movidas pelo costume a um sistema válido.

Já a Regra de Reconhecimento, trata-se do fundamento último de todo o sistema jurídico. Partindo do ponto de vista interno, corresponde ao conjunto de critérios aceitos pela comunidade, principalmente os operadores do direito, que validam e fundamentam o sistema jurídico em questão.

Questão 7 – Quais seriam os 3 problemas fundamentais de um sistema jurídico composto apenas por regras primárias?

Um sistema jurídico composto somente por tais regras teria como primeiro problema a incerteza, na medida que as regras estabelecidas por este não formariam um sistema, sendo apenas um conjunto de padrões separados, sem qualquer identificação em comum, a não ser o fato de que se uma comunidade adotar tais regras estas serem aceitas pelo grupo em específico. Estas regras seriam semelhantes às regras de etiqueta adotadas em nossa sociedade. Caso surgissem dúvidas acerca de quais são as regras ou do alcance de uma regra estabelecida não haveria um processo para resolver tal questão, seja por falta de referência a um texto dotado de autoridade ou de um funcionário cujas declarações fossem dotadas de autoridade neste ponto.

O segundo problema refere-se ao caráter estático das regras, pois a única forma de alteração destas seria o processo lento de crescimento de tal sociedade, em que um desvio antes tratado com severidade passa a ser tolerado, e posteriormente a ser despercebido. Nesta sociedade, não haverá uma forma de se adaptar deliberadamente as regras às circunstâncias em mutação, seja por meio da eliminação das regras antigas ou da inserção de regras novas, pois, para existir a possibilidade de se realizar tal intento deveria haver regras de um tipo diferente das regras primárias de obrigações pelas quais esta sociedade se baseia.

O terceiro problema desta forma de organização social é a ineficácia da pressão social difusa pela qual se mantêm as regras. Os conflitos gerados sobre se uma norma admitida foi ou não violada serão intermináveis em qualquer sociedade, exceto nas menores, se não houver uma instância superior que tenha poder para determinar, de forma definitiva e com autoridade, o motivo da violação. Os castigos pelo não cumprimento das regras e outras formas de pressão social que implicam o esforço físico ou o uso da força não são aplicados por uma instância especial, mas são deixados aos indivíduos ofendidos ou ao grupo em geral.

Questão 8 – Qual é a diferença entre os conceitos de “estar obrigado” e “ter uma obrigação”. Como essa diferença em mente, explique em que sentido se pode dizer que há uma obrigação jurídica?

Dizer que alguém “está obrigado” a fazer algo é afirmar que a pessoa efetivamente cumpriu a obrigação, pois está ligado às crenças e motivos por que se faz um ação, são afirmações psicológicas que fazem com que cumpra o ato, por acreditar que algum mal ou outras conseqüências desagradáveis recaiam sobre ela.

Dizer que alguém “tem uma obrigação” implica que há predições ou avaliações de possibilidade e de probabilidade de que uma pessoa que tenha a obrigação venha sofrer um castigo ou mal por outra pessoa caso venha a desobedecer a regra, portanto, as crenças e motivos são insuficientes para justificar a afirmação de que uma pessoa tinha a obrigação de fazer algo.

A obrigação jurídica, portanto, se relaciona à obrigação que tenha que ser feita, na medida da pressuposição de respeito às normas impostas e obediência por temer uma penalidade ou sanção, pois a norma obriga a execução da ação pois há a probabilidade de ser castigada por desobedecê-la.

Questão 9 – Quais são as duas condições que Hart considera minimamente necessárias e suficientes para a existência de um sistema jurídico?

As duas condições consideradas minimamente necessárias e suficientes para a existência de um sistema jurídico são:

1ª) as regras de comportamento consideradas válidas segundo os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas, sendo a única condição que os cidadãos privados necessitam de satisfazer, pois aceitam essas regras frequentemente como padrões comuns de comportamento e reconhecem como uma obrigação obedecê-las, ou reconduzem esta obrigação à obrigação mais geral de respeitar a constituição;

2ª) as suas regras de reconhecimento que especificam os critérios de validade jurídica e suas regras de alteração e de julgamento devem ser efetivamente aceitos como padrões públicos e comuns de comportamento oficial pelos seus funcionários que devem encarar estas regras como padrões comuns de comportamento oficial e considerar criticamente como lapsos os seus próprios desvios e os de cada um dos outros. Para a afirmação da existência do sistema jurídico, portanto, é imprescindível a obediência tanto pelos cidadãos comuns como a aceitação pelos funcionários das regras secundárias como padrões críticos de comportamento oficial.

Questão 10 – Por que Hart precisa recorrer à noção de “ponto de vista interno” para explicar o direito? Os enunciados da teoria do direito, enquanto disciplina, são formulados a partir de qual ponto de vista (interno ou externo)?

Segundo Hart, é a partir do ponto de vista interno que as pessoas compreenderão o direito, tendo em vista que, representa a visão dos usuários da norma, dos aplicadores do direito, que utilizam como critérios de validade a regra de reconhecimento última para explicar o direito, pois são eles que conhecem a fundo a prática do direito e tem condições de ditar esses critérios.

Já quanto aos enunciados da teoria do direito, enquanto disciplina, Hart afirma que poderão ser formuladas a partir do ponto de vista externo, conferindo que "o observador pode sem ele próprio aceitar as regras, afirmar que o grupo aceita as regras e pode assim referir-se do exterior ao modo pelo qual eles estão afetados por eles, de um ponto de vista interno. A teoria do direito é então formulada e utilizada para descrever o direito tal como ele se apresenta, observando-o com imparcialidade, não desempenhando nenhum papel no sistema jurídico. Para isso utiliza o ponto de vista interno, ou seja, como os operadores analisam a perspectiva sociológica do direito e a aplicam como critério de validade da norma.

FONTES DO DIREITO

Fontes Formais: estritamente jurídicos, + importantes; Lei; direito positivo (colocado em vigência, criado, positivado, pode ser escrito ou costumeiro, estabelecido, institucionalizado) – resultado das fontes. Teoria ganha força qdo se dá a ascensão do positivismo, materiais juridicamente aptos a formar norma jurídica, ganham existência e validade. Ato jurídico: reconhecidos pelo ordenamento jurídico aptos para formar uma norma.

Fontes de Normas Gerais: (MUST)

1 – **Constituição e Emendas Constitucionais** (não existe hierarquia entre elas; emenda – processo rigoroso – 3/5 dos membros de cada casa, em 2 turnos): disposições normativas, enunciado normativo (cada artigo, §), norma básica que contém a estrutura fundamental do poder político, disciplina os processos legislativos, competências e as outras fontes possíveis. Preceitos fundamentais, fonte de + elevada hierarquia. Prevê as espécies normativas, os instrumentos q podem ser utilizados p criar novas normas jurídicas.

Ver arts da Constituição

Leis Infraconstitucionais:

1- **Lei Complementar:** as competências são previstas na CF, divisão por matéria há tbm previsão, casos específicos, da exigência de LC p os casos q a CF exige regulamentação + específica; previsão pontual na CF; quorum de aprovação maioria absoluta dos membros # Leis Ordinárias.

2- **Lei Ordinária:** maioria relativa dos presentes. Não há hierarquia era as LC e LO – entendimento do STF, cada uma trata de assuntos #. As duas tem o msm fundamento de validade – msm fonte: a CF critério determinante da hierarquia. Há subordinação qdo a LC está dispo sobre o que o CF, o legislador deve respeitar o que dispõe a LC ao elaborar a LO.

3- **Leis Delegadas:** art. 68, o Congresso Nacional autoriza o Presidente, por Decreto q possa criar uma Lei. Fontes do direito.

4- **Medidas Provisórias:** tem força de lei, aprovada cem 60 dias, prorrogável por 60 dias, vigora por 60 dias, sendo aprovada se converte em lei, se não aprova o legislativo, por decreto, os efeitos (regulamenta).

5- **Decreto Legislativo:** autorizem elaboração

6- **Tratados Internacionais:** acordos, contrato – conj. de normas q criam vínculos entre os estados soberanos. Teoria p relação entre o Direito Interno e o Internacional.

A – **Teoria Monista:** não há uma dualidade, há apenas uma norma jurídica, as normas do dir. internacional fazem parte dos interno: estão compreendidas no msm ordenamento jurídico.

a) **Nacionalista** – URSS, prevaleceu o dir. interno no caso de conflito; reconhece o internacional (nega a eficácia jurídica); despido de força jurídica, apenas um direito aceito, mas q pode não ser cumprido.

b) **Internacionalista** – Há uma única ordem jurídica global, não há contradição, mas se houvesse prevalece o internacional (Kelsen). Qdo o ato celebra um tratado, todo o Estado se vincula.

B – **Teoria Dualista:** a norma jurídica já vai prever as formas de resolver as antinomias, fontes são #. Interno: constituição relação de autoridade em relação ao indivíduo, vincula a norma que estabelecer as espécies de norma q podem produzir normas jurídicas internas, o que pode contar como fonte e o grau hierárquico; internacional: outras fontes, há uma relação de coordenação; não existe qq estado que pode estabelecer leis q os outros estados devem cumprir, independentemente do que as constituições de países disserem, cria-se uma norma de Dir. Internacional q será válida independente do status jurídico q a ordem interna der a ele.

Princípio fundamental que rege as relações internacionais: “pactu sunt servana” – pactos devem ser cumpridos. Qdo se faz aceita um tratado, deve ser cumprido pelos países.

As esferas de validade já vem determinadas, cd um tem a sua NF: o que a constituição estabelece como valido vai ser valido.

Fontes #, normas # do ponto de vista lógico, pode haver contradição.

Ex.: o Estado vai cobrar tributos do cidadão, mas o tratado veda; o Estado viola uma obrigação do direito internacional.

Pas de nulite suns grief = não há nulidade onde não há prejuízo.

Ql o tratamento do tratado na CF? STF – adotou-se inicialmente o monismo; depois na déc 60 – monismo moderado (conflito prevalece, a norma + recente, não há hierarquia).

7- Resoluções do Senado Federal

8- Resoluções da Câmara dos Deputados

1 – **Precedentes**: eficácia permanente, persuasiva.

Norma que se extra do precedente: caso da velhinha e a cerveja (common law britânico).

2 – **Jurisprudência**: tradição ensina q precedente nunca dói fonte, sumulas vinculantes são recentes no dir. brasileiro, antes, a jurisprudência podia ser uma fonte supletiva, indireta. Para o direito romano significava ciência do direito, dir. comparado, teoria do direito. No Brasil não: é um conj. De decisões judiciais que se repetem. É fonte criada de norma jurídica? É vinculante? É difícil existem camadas # de normatividade. Art. 102, § 2º, CF. Expressão opinião consolidada.

STJ – julga resp p solucionar divergências dos tribunais inferiores, lei infra-constitucionais – sumula -> prepondera sobre a sumula do STF, pois o STJ tem a competência p julgar essa matéria.

Jurisprudência é uma fonte? Pergunta mal formulada ou precedentes depende da obrigatoriedade da fonte.

3 – Atos Administrativos de Natureza Regulamentar

4 – **Costume**: 3 tipos: 1 – secundum legem (de acordo com a lei); 2 – praeter legem (vai além da lei); 3 – contra legem (vai contra a lei).

5 – Doutrina

Fontes de Normas Gerais: (sub-especies) interessam para as Fontes de Normas Gerais

1 – Contratos

2 – Negócios Jurídicos

3 – Atos Administrativos

4 – Testamentos

5 – Decisões Judiciais

- Sumulas Vinculantes

- **Sumulas Ordinárias** (TST, STJ, TSE, STM, TF, TRT, TER, TRF, TJ, TJM)

- **Adi's/Adc's/Adpf** -> detêm força erga omnes (vale para todo mundo) e efeito vinculante (vincula todos os juízes). Controle concentrado de constitucionalidade, cabe reclamação diretamente para o STF (art. 102, II, e CF).

- **decisões individuais**: depende de qm proferiu a decisão, se for vinculante é obrigatória a seguir; se não for vinculante pode seguir ou não.

Fontes Materiais: fatos, teorias, acontecimentos, tudo que influencia o processo de formação do direito; uma revolução, uma teoria sociológica; todo fato histórico que teria a criação de uma norma ou instituto jurídico; fenômeno sociológico, antropológico. Ex.: fatos históricos, fenômenos, eventos, ou qq teoria ou fator que tenha uma capacidade de criar direito. Fatores extra-jurídicos: sociais, morais, sociológicos.

Critica: lugar de onde nasce c a msm estrutura, msm propriedade, essencialismo, sempre msm natureza empírico -> positivismo, observável na natureza, p responder o que é o direito.

Simetria – identifica o que o direito pelas suas fontes.

Principal tese do positivismo: caracteriza o direito identificando sua fonte.

AARNIO

1 – Must Source – fonte vinculante; STF; forte. Ex: ADI, sumulas vinculantes, controle concentrado de constitucionalidade.

2 – Shold Source - sumula não vinculante, não obrigatória; fraca, STJ; se for contra deve justificar. Deve ser justificada.

3 – Mays Source – fonte meramente permissiva, pode utilizar, embora não sejam obrigatórias, persuasivas, TJ. Ex.: doutrina, jurisprudência não vinculante, precedentes de tribunais ordinários.

+ força		←			
↑	Grau de Institucionalidade	Força Vinculante	MUST	SHOULD	MAY
	Fontes institucionais ou autorizativas		Lei, sumula vinculante	Precedente, sumula tribunal superior	Precedente, TJ

Fontes não institucionais ou não autorizativas	Costume	Doutrina majoritária	Doutrina, argumentos consequencialistas e morais, analogia, equidade.
--	---------	----------------------	---

Ordenação das fontes:

- Prima
- Ceteris Paintus – que tudo permaneça igual.

Escola da Exegese: acreditava que o direito era completo; código de Napoleão; não era permitido interpretar a lei.

3 atributos da lei: Pressupostos Básicos da Exegese

- 1 – Completude: o direito não possui lacunas, vc que não procurou direito.
- 2 – Perfeição: o legislador não errou, não contem erros; vc que não está interpretando direito.
- 3 – Coerência: ausência de contradição.

Formalismo Jurídico: todo o direito já está contido no sistema, vc meramente deduz. A solução de todos os problemas já estão contidos na lei. Oposto à Exegese: realismo em que o juiz constrói as leis, o direito é o juiz que aplica.

Classificação das NJ quanto à estrutura

Kelsen – 2 tipos de normas validas:

- 1 – categóricas: válidas em qq citação, não existe.
- 2 – hipotética:

PRINCÍPIOS E REGRAS - colocadas a partir dos direito fundamentais da pessoa humana, constitucionais

Princípios – lembrar Dworkin (toda regra jurídica pode ser apresentada como resultado de uma opção moral formada por um princípio – basicamente a norma que é valida por força de seu conteúdo moral, justificação moral do ordenamento jurídico, constitui as bases de toda a teoria que justificam a existência das regras jurídicas concretas, produz a coerência normativa; princípios são normas que valem pelo seu conteúdo, justificam o direito).

2 espécies de NJ

Lei de Introdução ao CC – contém regras sobre a interpretação do direito

Qdo tem antinomia: analogia, princípios gerais do direito (máximas do conhecimento jurídico que são historicamente aceitas; ninguém deve se beneficiar de sua própria torpeza; máxima que pode entregar, normalmente, vem em latim; origem no sec. XIX;

Fonte subsidiaria indireta

2 grupos de teoria diferentes para explicar a normatividade dos princípios.

Aqueles que disputam ou não aceitam o caráter normativo dos princípios, servem apenas para complementar as nj no caso de lacunas. Perdeu forma após a 1ª guerra mundial em que houve um consenso em que as regras jurídicas não podem ser estabelecidas como hipotéticas.

→ Tese frágil da diferenciação: os princípios e as regras são duas formas de nj; princípios – gerais, regras – específicas. Não tem contornos mto íntimos, como se os valores (mal, bom, justo, injusto) fossem extremamente abstratos e as regras concretas; os princípios ficam no meio do caminho. Esboço da normatividade de uma obrigação. Não tem um critério lógico que permita uma diferenciação de qualidade entre as 2 normas, seria uma abstração. Frágil pq não existe uma diferença de estrutura na norma jurídica, o tipo de comando é sempre o msm. Há uma diferenciação só de generalidade. Não tem critério que permite visualizar a diferença entre as 2 classes de normas (princípios e regras). Serve p explicar a importância dessas regras. Tem um critério gradual, uma escala, a partir de um determinado grau de abstração, não tem um critério lógico, analítico, tem apenas uma ideia.

- Larenz:
- Esser:

Critica: não te dá clareza, não tem fronteira clara entre o principio e a regra; não tem método específico para aplicação.

→ Tese forte da diferenciação: tem diferenciação rígida.

- Dworkin: 1º autor a enunciar com clareza a diferenciação. Propõe uma classificação rígida qdo aos 2 tipos de nj, lógicas diferentes. Diz 2 coisas importantes:

1 – princípios são mais importantes, concepção de igualdade política de moralidade (quando critica o positivismo jurídico)

2 – a distinção lógica, a forma por meio das quais as nj estabelecem suas conseqüências normativas.

As regras são aplicadas do modo tudo ou nada, ou vc cumpre ou não cumpre, estabelecem uma obrigação específica, definida hipoteticamente ou não estabelecem nada, ou são validas para todos os casos ou não são, se aplica de modo absoluto ou é invalida e não se aplica mais, não tem meio-termo, alternativa, ou se enquadra no comportamento. Qdo há conflitos de regras, uma das duas é invalida, aplica os critérios para resolver; ou uma constitui uma exceção a outra. Manifestação concreta de um principio.

Os princípios têm dimensão de peso ou importância; ex: conflito de princípios (liberdade de expressão x violação da honra); qdo se tem princípios conflitantes, qq resultado da decisão os 2 princípios são validos e a validade deles não será afetada em casos posteriores. Frequentemente colocadas expressamente no texto da CF, talvez implícitos.

Relação entre princípios e regras: toda regra é uma escolha de moralidade política, resultado de uma opção de um legislador.

Princípios formais:

- Alexy: sofisticou a classificação de Dworkin. Acha que Dworkin exagera no tudo ou nada, pois é possível criar exceções com fundamento em um principio q o justifica; dxa-se de aplicar a norma, embora ela seja válida. Para ele os princípios podem ser mais importantes, mas no conflito entre os 2 a regra é mais importante.

No msm plano, no nível da constitucionalidade, 2 normas de msm nível hierárquico. Regra – enuncia o valor e uma decisão a cerca do comportamento q deve ser adotada; nas regras o legislador enuncia a conduta que deve ser seguida.

Princípios são normas que estabelecem algo q deve ser realizado na Max medida possível dentre das facilidades jurídicas; são otimização – cumprir algo na máxima medida possível, da melhor forma possível. Refina a noção do Dworkin; comandos de otimização. Princípios tem o msm conteúdo dos valores (caráter axiológico) e princípios (valores judiciados). Os princípios estabelecem uma obrigação de otimizar, de promover um determinado estado de coisas na máxima medida possível.

Regras são comandos que contem determinações sobre o que deve fazer, definitivos; descrição do que se deve fazer. As regras estabelecem uma hipótese, meios para se atingir aquele meio, a conduta que se espera de vc.

Distinção fundamental para a pratica jurídica. (Dimitri não aceita isso, é positivista).

Diferença metodológica, modo de aplicação das 2 normas é #. Regras – se aplicam pelo método da subsunção: enquadramento de um fato na hipótese de incidência (moldura) de uma norma, imagina um silogismo e encaixa as premissas uma na outra; contem uma descrição do comportamento e aplica a todos os fatos que podem subsumir nela.

Os princípios são aplicados pelo método da ponderação, proporcionalidade. Não existe ponderação em regras, pois é o juízo sobre a importância concreta de normas q tem essa dimensão que estabelecem algo que deve ser cumprido na máxima medida possível.

Margem de interpretação nas regras e princípios, de livre apreciação.

Semântica: ligada a indeterminação das expressões utilizadas pelo legislador, ambiguidades

Estrutura: falta de estrutura concreta.

Análise da estrutura organizativa: estrutura do comando.

- regra: determinação concreta do que deve ser feito.

- principio: contem definição abstrata.

Kelsen – positivismo exclusivo: não inclui princípios de moralidade jurídica, não admite.

Hart – positivismo inclusivo: os princípios podem fazer parte do ordenamento jurídico, qdo positivismo; admite a possibilidade.

Resumo: O direito como um sistema de normas superáveis – Livro: Argumentação Contra Legem

Direito – sistema de normas superáveis formuladas a partir da análise e da interpretação dos enunciados jurídicos produzidos pela autoridade legislativa competente para ditar preceitos gerais obrigatórios.

Norma – conteúdo de uma proposição de dever-ser, sentido de uma prescrição que pode assumir a forma de um mandato (é obrigatório), faculdade (é permitido) ou proibição (é proibido) – conceito semântico da teoria jurídica de

Kelsen. Sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou facultada no sentido de adjudicada à competência de alguém. Um dever-ser decorrente da vontade objetivada de uma autoridade. Nem todo ato de vontade estabelece normas válidas, mas somente aquele que estiver autorizado por outras normas que o tornem objetivável.

Dever-ser – sentido subjetivo de todo ato de vontade de um indivíduo que intencionalmente visa a conduta do outro; nem sempre um ato tem tbm sentido objetivo, sendo que somente qdo tem o sentido objetivo do dever-ser é que designamos o dever-ser como **norma**. Elementos voluntaristas: a norma é um sentido de ato de vontade que dirige a conduta de outros sujeitos de direito. Kelsen só reconhece como **norma jurídica** aquela que tiver sido produzida de acordo com o procedimento estabelecido por uma norma superior que sirva de fundamento de validade. Distinções entre as categorias do ser e do dever-ser. **Normas** – prescrições de dever-ser, conferem ao comportamento humano um sentido prescritivo, um comando, é o produto de um ato de vontade, que proíbe, obriga ou permite um comportamento.

Conceito semântico de norma jurídica: relação estreita entre o conceito de norma de Kelsen e Alexy.

Alexy distingue norma (o que é ordenado, proibido ou permitido; significado de um enunciado normativo; aquilo que o enunciado normativo expressa) de enunciado normativo (expressão verbal de uma norma).

Ávila: normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos; enunciados normativos ou textos legais: constituem uma mera possibilidade de direito, sua transformação em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio interprete; normas: não são matéria bruta do raciocínio jurídico, pois sua formulação depende da inteligência de um determinado enunciado estabelecido pelo legislador por meio de um processo mental – a **interpretação**.

Savigny já definia interpretação: construção de pensamento expresso na lei, enqto seja possível conhece-lo; é determinar o conteúdo de sentido de algo, um processo constitutivo q passa pela compreensão dos textos normativos e dos fatos, a fim de chegar até a formulação da norma que decidirá a questão jurídica. Erro: sustentar que as normas jurídicas constituem objeto da interpretação, o que se interpretam não são as normas, mas os textos, sendo que as normas são resultado dessa interpretação e não matéria-prima do processo interpretativo.

Grau: a interpretação é uma atividade que se presta a transformar textos (disposições, preceitos, enunciados) em normas. A construção de uma norma jurídica não parte do nada, tem como ponto de arranque e limite semântico um ou mais enunciados que lhe servem de base, já que as expressões utilizadas pelo legislador possuem certos núcleos de sentido como a moldura normativa que Kelsen, que delimitam quais serão os significados possíveis e permitem indicar situações em que certamente não se aplicam. Metáfora do caráter halográfico do Direito: existem 2 espécies: artes halográficas (música e teatro) em que a obra apenas se completa com o concurso de 2 personagens, autor e interprete e artes autográficas (pintura e romance) em que o autor contribui sozinho para a realização da obra. O direito é no tipo halográfico: o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador, a completude é atingida qdo o sentido por ele expresso é produzido pelo interprete como forma de expressão.

Muller: o texto das normas jurídicas não é a norma de acordo com a qual o caso vem afinal a ser decidido, não é a norma decisória, mas apenas o ponto de partida para a sua construção, ponto de partida mediante o qual o caso é tratado. A norma de decisão (a ponto de ser aplicada) é obtida ao final do processo de concretização, sendo resultado da conjugação de 2 elementos: 1- programa da norma (pauta ordenada obtida no decurso da interpretação do texto da norma, composta pelo teor literal do texto da norma juntamente com os recursos interpretativos auxiliares) e 2 – área da norma (setor de realidade da vida que é possivelmente interpretado pelo texto da norma, elementos factuais considerados relevantes pelo programa a norma e susceptíveis de generalização). Pretende desenvolver uma metodologia do direito constitucional que supere o positivismo, atribuindo a si próprio o rotulo de positivista. A concepção de norma como constituída apenas linguisticamente seria ‘a mentira vital’ de uma compreensão meramente formalista do Estado de Direito, tendo em vista que representaria uma assimilação indevida entre norma e texto de norma.

Há diferenças entre Muller e os que defendem o conceito semântico de norma jurídica: Muller busca superar a contraposição entre ser e dever-ser por meio da inclusão do contexto empírico de aplicação do direito no próprio conceito de norma jurídica, vista como um projeto vinculante que abarca tanto a regulação normativa como aquilo que está sendo regulado, o sentido somente estará plenamente definido após o processo de concretização normativa, pelo qual o operador do direito harmoniza o programa da norma com o âmbito normativo.

Para Muller: texto e programa normativo. Para Alexy: disposição de direito fundamental e norma.

Muller: metódica estruturante – sustenta a tese da não identidade entre norma e programa de norma (composto de texto pela respectiva interpretação) por vislumbrar uma vinculação entre teoria de norma jurídica e a teoria da aplicação do direito.

Alexy: a concepção de Muller se baseia num argumento de 3 fases:

1 – as normas jurídicas gerais não podem nunca predeterminar completamente e em todas as direções a imposição das normas individuais (normas de decisão) pelos órgãos de aplicação do direito; Alexy não levanta nenhuma objeção qto a isso, até concorda com Muller.

2 – as teorias que adotam um conceito semântico de norma jurídica estariam obrigadas a formar a norma de decisão unicamente com base em dados lingüísticos;

3 – para a formação da decisão judicial seriam decisivos, além desses dados lingüísticos, os dados reais, âmbito normativo que pertenceria à norma. Alexy: ninguém duvida da importância de dados reais para, junto com os dados normativos e analíticos, construir a decisão judicial.

Crítica de Alexy: tese de que uma teoria orientada pelo conceito semântico de norma jurídica estaria obrigada a fundamentar suas decisões exclusivamente com base em argumentos semânticos. Isso só seria correto se se aceitasse tbm a afirmação de que tudo aquilo que não faz parte da norma não pode ser utilizado na fundamentação jurídica, o que não é admitido nem por Muller que além dos elementos diretamente referidos a normas, admita-se tbm elementos não diretamente relacionados com elas (dogmáticos, técnicos de solução, teóricos, políticos-constitucionais e políticos-jurídicos).

Conclusão: não se deve estar de acordo com Muller em suas objeções ao conceito semântico de norma, embora seja evidente que as questões empíricas são dados relevantes para a decisão jurídica e podem ser consideradas parte de um projeto maior que Alexy denomina “argumentação jurídica”.

Relações entre texto e norma: a crítica de Muller só faria sentido se os que defendem o conceito semântico estivessem sustentando que a norma identifica-se com o texto a partir do qual ela é construída (via interpretação), o que em absoluto não é o caso. A replica de Alexy parece convincente, pois seria cientificamente inviável incluir na definição de norma todos os elementos úteis a sua aplicação. É conveniente distinguir norma (prescrição de dever-ser que é resultado do processo de interpretação) das razões que contribuíram para a sua formação (sejam enunciados normativos, valorações ou dados empíricos).

Norma # dispositivo. Ávila: em alguns casos há norma sem haver um dispositivo específico, enqto noutros há texto mas não existe nenhuma norma que possa ser reconduzida a ele; existem ainda situações em que um mesmo enunciado normativo pode conter mais de uma norma, o que alias é mto diferente (um msm dispositivo constitucional traz 2 normas que poderiam ser utilizadas para fundamentar teses contrárias). Um msm dispositivo pode ser interpretado em sentidos #, ora gerando normas do tipo princípios, ora dando azo a regras jurídicas comportamentais. Diferenciar normas e enunciados -> conditio sine qua non para trabalhar bem como Direito Positivo.

Significado preliminar, definitivo e decisões “contra legem”: não há equivalência entre texto e norma, mas existe uma ligação entre elas. Antes da interpretação jurídica não existe ainda a norma diretamente aplicável e com significado plenamente determinado, mas msm antes do processo de interpretação já existem certos significados mínimos; as expressões utilizadas pelo legislador possuem certos núcleos de sentido que permitem indicar pelo menos aquelas situações da vida em que certamente não se aplicam.

Ávila: o PJ e a Ciência do Direito constróem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado caso se menospreze os seus sentidos mínimos.

Significado preliminar # definitivo: argumentação contra legem -> a forma de argumentação contrária aos significados mínimos que possui um ou mais textos jurídicos cuja validade se matem fora de duvida; argumentações que buscam comprovar a impossibilidade jurídica de uma decisão judicial fiel aos significados preliminares do enunciado que dá suporte à norma em questão. Não parece racional modificar o sentido da norma encontrada através da interpretação do enunciado normativo, pois os significados mínimos estão a condicionar o processo de determinação do significado da norma, só podendo ser desprezados caso se comprove a inconstitucionalidade do enunciado em questão.