

11.08.2010

Correção da prova do 2º bimestre

JUSNATURALISMO (filósofos clássicos e contratualistas)	HUMANISMO (Miguel Reale)	UTILITARISMO (Jeremy Bentham)	TEORIA DOS COMANDOS (John Austin)	TEORIA REALISTA (Oliver W. Holmes)	TEORIA PURA DO DIREITO (Hans Kelsen)
1) dualidade do Direito 2) superioridade do Direito Natural (razão) 3) <u>base do Direito</u> : lógica; direitos imutáveis	1) tridimensionalidade do Direito 2) historicismo axiológico 3) <u>base do Direito</u> : ser humano (valor-fonte dos valores)	1) crítica à ética personalista 2) <u>nova ética</u> : - funcionalista - quantitativa - consequencialista	1) crítica ao uso da noção de <u>lei natural</u> 2) novo <u>método para estudo jurídico</u> : <u>separação da lei jurídica</u>	1) crítica ao uso da noção de <u>lei natural</u> e à base <u>jusnaturalista</u> 2) novo método para estudar o Direito: <u>visão das decisões judiciais</u>	1) crítica à falta de <u>cientificidade</u> dos "métodos" das teorias anteriores 2) proposta de um método <u>jurídico</u> para estudar juridicamente o Direito

Direito positivo é aquele que vem do homem, que é posto pelo homem.

Legalismo é diferente de positivismo. Legalismo existiu até mesmo antes do jusnaturalismo.

A idéia fundamental do positivismo não é a lei, é a negação do jusnaturalismo. Um positivista não precisa dizer que o direito está de acordo com a lei. Um positivista diz que o direito não é um fenômeno natural, como um químico, é um fenômeno social (o direito não vem da natureza, vem da sociedade).

04.08.2010

### A TEORIA JURÍDICA DE HANS KELSEN



A teoria de Kelsen pode ser entendida como uma espécie de positivismo jurídico, mas exatamente ela é **expressão de uma visão normativista do Direito** dentro da qual o conhecimento exato do Direito Positivo se reduz ao **conhecimento das normas jurídicas**.

No entanto, essa compreensão da teoria de Kelsen é simplificadora e equivocada. A teoria não é apresentada com relação a seus problemas peculiares, nem é valorizada a contribuição da teoria de Kelsen para o **conhecimento crítico social do Direito**.

#### Teoria jurídica científica - Ciência do Direito:

Pressupostos da teoria de Kelsen:

- **Compromisso**: com a verdade científica
- **Proposta**: metodologia para transformar as doutrinas jurídicas em teorias científicas
- **Referência**: os padrões da ciência moderna (independência e objetividade)

Para entender a teoria de Kelsen o importante é saber o que ele propôs para trazer a científicidade (independência e objetividade) para o estudo do direito positivo.

O ponto de partida dessa teoria não é a noção de norma jurídica, a sua base é sua visão do conhecimento verdadeiro.

Kelsen entende que esse conhecimento tem um modelo que se desenvolveu historicamente na sociedade moderna com o aparecimento do novo físico, do novo químico, do novo biólogo, do novo astrônomo.

**Para alcançar a verdade** o melhor caminho é o **caminho** desenvolvido pelas **modernas ciências da natureza**.

**Conhecimento verdadeiro é o conhecimento científico**, e a melhor ciência é aquela que segue os padrões modernos de investigação.

Até o aparecimento da ciência moderna o conhecimento era mostrar que você se lembrava do que os antigos já tinham dito. Era um exercício de repetição do passado.

Os padrões da ciência moderna podem ser resumidos em duas **características: independência e objetividade**.

A marca das ciências modernas é em primeiro lugar sua independência perante a religião e a política, substituindo o princípio da autoridade pelo princípio da livre investigação como meio para o conhecimento verdadeiro.

A outra marca é sua objetividade que decorre da idéia de que a investigação da natureza não pode ser feita apenas com observação e experiência de vida. Para conhecer a natureza é preciso dominá-la, controlá-la para que ela revele suas leis ocultas.

Para conhecer a natureza é preciso ter um método, ou seja, um procedimento racional de investigação.

A objetividade é resultado de um método.

No caso das ciências da natureza esse método será experimental e demonstrativo.

Prova-se que conhece-se a natureza porque faz-se experimentos reproduzindo a natureza nas mesmas condições obtendo resultados que serão demonstrados e traduzidos para uma linguagem racional, lógico e matemático.

Para Kelsen o conhecimento verdadeiro precisa ter essas características, ele precisa ser independente e objetivo, fundamentado no princípio da livre investigação, com o uso de um método próprio.

Só é verdadeiro o conhecimento com essas características.

Diante dessas idéias e estudos do Direito é considerado por Kelsen como um problema, porque em geral, tanto no prático, quanto no teórico o conhecimento jurídico não apresenta independência e objetividade. No estudo do Direito ainda se utiliza o argumento de autoridade.

Quando os juristas conseguem realizar uma investigação livre com um método próprio, esse método, porém, não é próprio de verdade. Ele é emprestado de outras ciências, especialmente da sociologia.

O que há de mais grave no estudo do Direito é não ter científicidade.

18.08.2010

A preocupação básica do Kelsen no que diz respeito ao direito positivo é o modo de estudo do direito positivo. Como se estuda, como se conhece, como se pensa, o direito positivo?

Principal preocupação com o problema da verdade.

Como olhar para o direito positivo, e como estabelecer, a partir desse olhar, um conhecimento verdadeiro?

Estudar direito positivo, em termos muito simples é estudar leis.

Como conhecer o direito positivo de modo verdadeiro?

Como olho para o direito positivo, para obter deste estudo o conhecimento verdadeiro?

O conhecimento verdadeiro não é qualquer conhecimento. No mundo moderno, o conhecimento verdadeiro é o conhecimento científico, pois a ciência é o modelo de conhecimento que se aproxima da verdade, no mundo moderno.

Assim, Kelsen está preocupado em como se elabora uma ciência: a ciência do direito positivo.

Como obtenho a verdade ao estudar o direito positivo?

Kelsen se preocupa com o conhecimento científico do direito positivo.

Teoria de Kelsen é uma teoria preocupada com a ciência do direito positivo. Teoria preocupada em formular uma metodologia para garantir a científicidade do direito positivo.

Por ciência, existe no mundo moderno uma concepção específica.

No mundo moderno, as marcas do conhecimento científico são independência e objetividade.

Os padrões da independência - a ciência é livre, não depende da religião para obter seus resultados

O conhecimento científico é objetivo, mesmo vindo de um sujeito, pois ele não é resultado da experiência daquela pessoa, e sim da aplicação de um método, um método racional pelo qual os resultados podem ser controlados.

**O conhecimento científico é um conhecimento independente, livre, e que traga resultados objetivos, através de métodos.**

Segundo Kelsen é preciso elaborar um método para garantir que o conhecimento do direito seja independente e objetivo.

## A CIÊNCIA JURÍDICA SEGUNDO KELSEN: INDEPENDÊNCIA

**Teoria jurídica científica = estudo independente do direito positivo**

- Rejeição das teorias jusnaturalistas e realistas
- Retomada do método analítico
- Denúncia dos limites da teoria analítica proposta por Austin

Para garantir um estudo independente do direito positivo, Kelsen entende que o direito positivo precisa ser estudado sem se confundir com outros fenômenos. A independência do conhecimento jurídico começa quando seu objeto de estudo é tratado de modo independente.

Garantia à independência do direito se fará tratando o objeto de estudo de modo independente.

Isso não é feito na teoria jusnaturalista nem na teoria realista. O jusnaturalista incorpora todos os fenômenos na noção de natureza. Não há distinção entre natureza, sociedade e direito positivo na perspectiva jusnaturalista, todos estes fenômenos se misturam.

Na teoria realista, até existe uma distinção: a separação entre natureza e sociedade. Os realistas jurídicos não vinculam o direito positivo à natureza. O direito posto é sempre um produto da sociedade (mais exatamente, um produto dos juízes, que determinam os direitos nos casos concretos).

- é assim que aparece o direito: quando ele é posto pelos juízes no caso concreto

No entanto, não há no realismo jurídico, distinção entre sociedade e direito positivo. O direito positivo é um fenômeno social, é composto de comportamentos sociais. O direito é resultado do comportamento dos juízes, com seus aspectos psicológicos, sociológicos, políticos, econômicos, etc. O direito não é tratado com independência.

Seja no jusnaturalismo, seja no realismo, o Direito não é tratado com independência.

**A independência no estudo do direito positivo começa pela rejeição das teorias jusnaturalistas e realistas. Estas teorias são muito extremistas, acabam se desviando para os extremos, os quais o direito positivo não tem nada a ver.**

**As teorias extremistas não servem de modelo de estudo para o direito positivo.**

Logo, para Kelsen, essas teorias devem ser completamente afastadas no estudo do direito positivo, pois elas não levam a uma ciência jurídica.

- A Lei Maria da Penha é direito posto. O melhor modo de conhecer a Lei Maria da Penha não é apenas lê-la. Precisa-se lê-la com independência e objetividade. Deve-se dar a esta lei um limite que permita identificá-la como uma lei jurídica, e não misturá-la com leis morais, etc.

Esta independência do objeto não caracteriza o jusnaturalismo.

O jusnaturalismo acha que direito, sociedade e natureza são uma coisa só.

Não é difícil ser jusnaturalismo, nem é um equívoco ser jusnaturalismo. Um jusnaturalista se vê como bicho! Nós nunca nos consideramos somente um bicho. Somos meio bichos, meio seres sociais, meio seres normativos...

O jusnaturalista olharia a Lei Maria da Penha como se ela tivesse princípios morais.

"da mesma forma q existe a lei da gravidade, existe a Lei Maria da Penha!" e o que não corresponder na Lei Maria da Penha a uma lei natural não poderá ser chamado de direito, pois só é direito o direito positivo que estiver de acordo com uma lei natural.

Da mesma forma, o jurista realista afirmará "ridículo! a lei da gravidade não tem nada a ver com a Lei Maria da Penha, a Lei Maria da Penha não veio do céu!"

A lei da gravidade tem existência devido à natureza, a Lei Maria da Penha não veio da natureza, veio da sociedade brasileira.

A existência da Lei Maria da Penha não significa que existe segurança para a mulher no Brasil, só há proteção a mulher brasileira quando o juiz aplicar a lei. O direito só existe na prática quando o juiz determina que aquilo realmente existe.

Porem, os realistas vão priorizar apenas COMO os juízes decidem os casos, estudos de jurisprudência.

Estudo psicológico dos juízes, estudo sociológico e político dos tribunais, etc... O direito mesmo se perde... Tudo vira uma questão de sociologia, psicóloga, economia...

Isso acontece porque o realista não separa o direito da sociedade.

Portanto, nem o jusnaturalismo nem o realismo garantem o conhecimento verdadeiro do direito.

**Para Kelsen, o melhor caminho para garantir o tratamento independente do direito positivo é retomar a postura analítica proposta por Austin no século XIX.**

**O método analítico de Austin é retomado: este é o 2º passo para o estudo do direito positivo.**

Pelo método analítico, o Direito é considerado separado das ciências naturais (química, física, biologia), da religião e da moral.

**O método analítico é utilizado para garantir a independência completa do direito positivo.**

O conhecimento do Direito Positivo é resultado de um estudo analítico que separa as leis jurídicas perante os outros fenômenos com os quais essas leis poderiam se confundir.

Essa é a melhor forma de estudar o direito positivo: assumir postura analítica, separando a lei jur dos outros fenômenos com os quais elas poderiam se confundir.

Ler o Código Penal sem querer confundir aquilo com regras que aparecem em outros lugares, por exemplo, nos 10 mandamentos.

A postura analítica, porém, também tem um problema para Kelsen.

**O método analítico, embora necessário, é insuficiente, pois também tem os seus limites.**

**Qual o problema da teoria analítica para Kelsen? (Batalha disse: ótima pergunta para a prova)**

Há um problema na teoria analítica:

"*A teoria analítica não trata adequadamente a existência própria do direito*", ela trata da existência das leis como uma questão de fato, uma lei existe quando ocorrem certos fatos sociais - Kelsen

Na teoria de Austin, esses fatos sociais são a manifestação da vontade sob a forma de um comando baseado em ameaças que vem do soberano político da comunidade.

Por isso, as leis jurídicas acabam definidas como comandos coercitivos do soberano.

Parece que só existe uma lei jurídica quando na sociedade existe um soberano que dá ordens com base na sua força coercitiva. Esse modo de compreender a existência é um total equívoco para Kelsen, pois **as leis jurídicas tem uma existência particular, que não decorre diretamente dos fatos sociais**. As leis são criadas por fatos sociais. - esta lei não estava na nossa consciência como princípio racional!

Mas, após sua elaboração, o direito tem vida própria, pois seu significado não decorre diretamente dos fatos que produziram o direito.

Austin não tem uma nova visão da existência do direito positivo. Ele mistura a existência do ato criador da lei com a existência própria da lei jurídica.

Para Austin a lei é comando coercitivo do soberano, esquecendo que a existência da lei é algo diferente, é sua obrigatoriedade, ou seu caráter de dever. A existência da lei é seu dever.

Sempre por trás de uma lei existe um ato criador, mas não é por isso que eu vou achar que a lei é o ato criador, pois uma lei jurídica só existe quando ela tem um sentido de dever para as pessoas, quando ela tem obrigatoriedade à não adiante dizer que ela foi criada pelo soberano!

A teoria de Austin não dá atenção a isso, ela mistura os fatos sociais (ser) com obrigatoriedade (dever, dever específico da lei jurídica).

→ Em geral, as pessoas procuram fatos para falar de coisas. Então procuramos, geralmente, o significado da lei, procurando fatos anteriores a ela.

A grande "sacada" de Kelsen é a percepção de que o significado que damos a lei não tem nada a ver com o processo que deu origem aquela lei.

Existem certas leis para as quais é difícil dizer que há um comando coercitivo por trás delas. Há leis no Brasil que podem ser ditas "esse é um comando coercitivo do lula?" ou é tão abstrato quanto dizer que veio da natureza?

A Lei Maria da Penha é um comando coercitivo do lula para que façamos ela!

Na própria Alemanha muitas leis são aprovadas pelo soberano político sem que ele saiba o que está ali!

Tem leis que às vezes nem passam pelo soberano... dependendo do lugar...

Caso da nacionalidade

A lei não é resultado da vontade de quem a fez, pois elas tem significado próprio q não se reduzem aos fatos q lhe deram origem

- **Nova visão da existência do direito positivo**
- **Uma lei jurídica não é possível sem um ato criador, mas a "existência" da lei jurídica é diferente da "existência" do ato que a criou**

**Existência do ato criador = fato social (ser)**

#

**Existência da lei = obrigatoriedade (dever)**

A existência própria do direito é a validade do enunciado, e não a presença de certos fatos sociais. Portanto, o conhecimento do Direito somente se torna independente quando combina a visão analítica com a preocupação exclusiva com a validade separando o dever e o ser (ser = fatos sociais q estão na base do enunciado).

A postura analítica não se resume a separar o direito dos fatos sociais que a fizeram, trata-se também se separar na lei o ser e o dever-ser.

- Princípio metodológico fundamental para as ciências jurídicas: distinção entre ser e dever ser (princípio da pureza)
- Exclusão do que *não* é jurídico (política, economia, psicologia, moral, religião, outros fenômenos sociais ou naturais)
- Estudo do que é *puramente* jurídico

Olhe para a lei pensando em sua validade, o estudo independente do Direito é o estudo preocupado com a validade. Estudamos a validade de modo objetivo. Kelsen descobriu o conceito de validade no campo de estudo do Direito. A validade é estudada de modo objetivo. Somente os juristas estudam a validade do direito.

- 1 - Estudo do direito positivo - conhecimento verdadeiro
- 2 - Postura analítica
- 3 - Validade

25.08.2010

Para termos então um estudo independente do direito positivo é preciso complementar o método analítico de Austin com a distinção entre ser e dever-ser. Esta distinção é chamada por Kelsen de princípio da pureza. Para ter um estudo independente do direito positivo é preciso purificar este estudo, excluindo tudo aquilo que não é jurídico (Austin só excluiu moral, religião e ciências naturais; não excluiu política, sociedade e psicologia).

Será obtido um estudo do direito positivo independente se concentrando no que é puramente jurídico. O caminho da independência é o caminho da pureza para Kelsen.

Assim, para Kelsen, o conceito chave para estudar o direito positivo é a distinção entre ser e dever-ser.

### A CIÊNCIA JURÍDICA SEGUNDO KELSEN: OBJETIVIDADE

#### Teoria jurídica científica = estudo objetivo do direito positivo

Os enunciados jurídicos tem existência própria por terem validade.

A validade jurídica é que identifica o que é ou não Direito.

Para identificar a validade é preciso identificar a obrigatoriedade, ou seja, saber se o enunciado jurídico tem o sentido de um dever.

O melhor caminho para ver o dever de um modo independente é separar o dever de todos os aspectos do mundo do ser, que estão envolvidos num enunciado jurídico, os aspectos políticos, econômicos, psicológicos, sociológicos, etc.

Isso traz a idéia de que a existência própria do Direito Positivo somente é captado quando se pressupõe uma separação entre ser e dever-ser, portanto para conhecer o Direito Positivo de um modo independente é preciso combinar o método analítico de Austin com o princípio da pureza que separa o dever e o ser.

Esse é o primeiro passo para o conhecimento científico do Direito, segundo Kelsen.

#### Ciência jurídica:

- 1 - Método analítico (Austin)  
+
- 2 - Existência própria (pureza)  
(separação entre: ser, diferente, dever-ser)

Essa visão de estudo do Direito tem as seguintes **conseqüências**:

→ **1ª Consequência:**

■ **Estudo do direito positivo = estudo das normas jurídicas**

O estudo do Direito passa a desconsiderar diversos aspectos da realidade social e se concentra na identificação dos enunciados de dever-ser que se manifestam por todo o Direito Positivo.

Kelsen chama os enunciados de dever-ser como norma. O estudo em termos científicos fica então limitado as normas (que não são artigos, mas tem o caráter de uma estrutura lógica).

**De um ponto de vista científico o estudo do direito positivo se limita ao estudo das normas jurídicas.** Mesmo que a norma não tenha o dever de forma expressa.

Navio em direito civil é imóvel. Um navio é de fato imóvel? Não importa! Deve ser!

De acordo com a CF/88 o Brasil é uma república federativa.

É de fato? Não importa! Lê-se: “deve ser”.

Quem se importa se as coisas são de fato como diz a lei é o cientista político, e não o jurídico.

→ **2ª Consequência:**

■ **Normas jurídicas = enunciados de dever ser que imputam sanções**

Certamente as normas jurídicas se diferenciam das normas morais devido a coerção. Numa norma jurídica há coerção, enquanto a moral não tem; mas a coerção que interessa ao cientista do Direito não é a coerção político-psicológica do soberano para o súdito; a coerção que interessa é a que está dentro do enunciado de dever-ser, a sanção, logo o que caracteriza uma norma jurídica não é um comando coercitivo do soberano, em termos científicos, norma jurídica é o enunciado de dever-ser que imputa uma sanção.

Normas jurídicas são enunciados de dever ser que imputam sanções.

As normas morais não tem coerção. As normas jurídicas tem coerção.

Kelsen não se preocupa com a prática do direito, somente com o estudo.

Kelsen não diz que a prática do direito deve ser como afirma sua teoria. Kelsen elabora sua teoria somente para o estudo jurídico.

São os realistas que se preocupam com a prática do direito e, ainda, adequam a sua teoria tanto ao estudo quanto à prática do Direito.

Para Kelsen, a prática não é relevante. Sua teoria tem enfoque somente para o estudo.

É claro que, de tanto estudar de uma determinada forma, quando o estudante de direito for para a prática só saberá fazer as coisas de acordo com o que estudou, ainda mais por tanto tempo. Então, você não é mais você, você é a estrutura dentro de você. Isso é ideologia.

→ **3ª Consequência:**

■ **Para Kelsen, “o direito é a norma primária que estipula a sanção”**

■ **Normas que definem formas de exercício de poderes são “normas dependentes” ou meros “fragmentos” de outras normas**

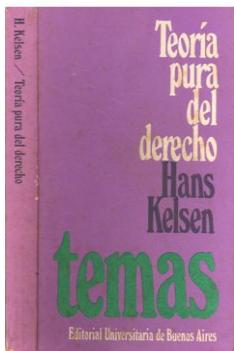
Com relação aos enunciados jurídicos que não apresentam sanção, esses enunciados, segundo Kelsen, somente serão normas jurídicas se encontrarem sanção em algum outro enunciado.

As normas que tem sanção são normas principais, as que não tem sanção são dependentes.

Para completar o estudo científico do Direito Positivo não basta, porém apenas considerar as normas, suas sanções e a relação entre as normas; ainda é preciso identificar se a norma tem mesmo validade jurídica.

Isso não é fácil porque a validade nunca é um atributo concreto do próprio enunciado, ela é sempre resultado de uma interpretação, que tem aspectos subjetivos, por isso para obter um estudo científico do Direito Positivo é preciso também esclarecer como é possível interpretar uma norma como válida em termos objetivos.

01.09.2010



Livro: Teoria geral do Direito e do Estado.

"O direito é a norma primária que estipula uma sanção".

Outras normas, por ex., normas que definem formas de exercício de poderes, são "normas dependentes" ou, então, "fragmentos" de outras normas que contém sanções.

### ■ O dever ser é expresso no conceito de validade

Na perspectiva científica, o dever ser próprio da norma jurídica expresso é expresso no conceito de validade.

Em termos científicos, uma norma tem sentido obrigatório quando é possível dizer que ela é válida. Uma norma obrigatória é uma norma válida.

A noção de dever ser está na validade.

Os realistas jurídicos pensam que a validade se confunde com a eficácia. Kelsen, porém, ressalva que a validade é um conceito independente, ela não se mistura completamente com eficácia. Uma norma pode ser válida sem ser eficaz.

### ■ Validade ≠ eficácia

Ex: Lei da ficha limpa existe no Brasil mesmo que nunca tenha efeitos desde que ela tenha eficácia.

### ■ Validade é resultado de uma interpretação

Em termos científicos, validade não corresponde a nenhum fato social. Validade é algo mais abstrato, ela é o resultado de uma interpretação, ou seja, ela é um significado que se atribui a um enunciado (o significado de um dever ser).

### ■ Validade ≠ justiça

Sendo apenas um sentido (não é um fato social), há quem pense que a validade é o mesmo que justiça. Muitos juristas pensam que validade é o mesmo que Justiça. Especialmente os jusnaturalistas têm esta percepção.

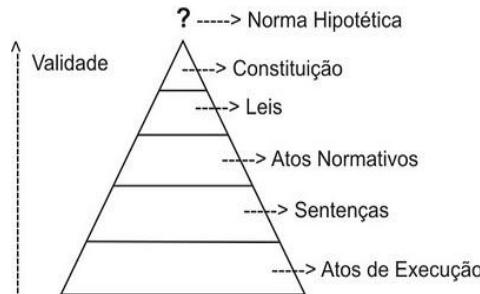
De um ponto de vista científico, porém, isto é um equívoco, validade difere de justiça, pois cientificamente, justiça é um fenômeno totalmente subjetivo.

Já a validade tem um aspecto objetivo, não é totalmente subjetivo.

Para Kelsen:

### ■ “Interpretar o significado de um fato como norma válida é possível apenas sob a condição de pressupormos outra norma superior que atribua a esse fato a qualidade de fato criador de norma”

## O SISTEMA ESCALONADO DAS NORMAS JURÍDICAS



Ex: Oficial de Justiça que vai falar pro cara que ele não pagou a pensão.

Um cientista do Direito identifica objetivamente o que vale como direito pressuposto o que o direito positivo é um sistema escalonado de normas jurídicas, ou seja, pressupondo uma ordem hierárquica implícita nos fatos sociais, a qual permite que a validade possa ser afirmada de um modo objetivo.

O cientista do direito positivo olha para o direito e percebe que na verdade ele é uma bagunça! Há decisões do STF que mexem nas decisões. Mas se você quer ser um cientista jurídico, deixe o realismo de lado, o ser. Mesmo que o direito seja uma bagunça ele não deve ser assim.

08.09.2010

O estudo do dever ser é expresso no conceito de validade. A validade não é algo fácil de ser identificado porque não é um fenômeno concreto, é algo muito abstrato, resultado de uma interpretação. É como se validade fosse como a justiça.

Kelsen diz: A validade não é identificada pelo jurista de um modo subjetivo, e sim objetivo. O meio objetivo para firmar a validade de um enunciado é pressupondo que este enunciado foi proveniente de um "fato criador de norma" (ex: contrato - o que foi feito ali é dito/reconhecido pelo CC como válido).

Para se dizer numa prova que sua resposta foi objetiva, precisa basear-se no conceito de validade (estou baseado numa norma).

Ex clássico: Ladrão e cobrador de impostos. Ambos ordenam: "entregue o dinheiro!".

Qual a diferença entre os dois?

O ladrão pratica um roubo, um crime.

O cobrador de impostos pratica o disposto pelo direito tributário.

- Resposta jusnaturalista: legitimidade

- Resposta de Austin: o cobrador de impostos é um representante da soberania, tem base no comando coercitivo do soberano; quando o ladrão me pede o dinheiro eu digo que fui forçado a entregar o dinheiro para ele (não digo que fui obrigado, só digo que fui obrigado a pagar o imposto)

- Resposta de Kelsen: o cobrador de impostos realiza um ato válido (e eu digo que realizo um ato válido relacionando o ato com a norma superior).

O raciocínio do jurista é sempre normativo. Ele não se preocupa se aquilo veio de um soberano e, ainda, se este soberano é legítimo. O jurista só pensa na validade, na norma.

Olho as normas no sistema escalonado até chegar ao topo, que, geralmente, dentro de um país, costuma ser a Constituição.

Este é o ponto de vista normativo, que o jurista deve ter.

Este ponto de vista resolve uma série de questões: não preciso mais olhar para a sociedade, para a política... deixemos de lado todos estes problemas! Vamos olhar somente para as normas. Porém, este ponto de vista tem um problema interno: como explicar objetivamente a validade da primeira norma?

O jurista sempre olha o direito de dentro?

A validade da primeira norma foi dada pela Norma Fundamental, que é Hipotética (NHF – norma fundamental hipotética).

A primeira norma não tem relação com nenhuma outra. Então, como validá-la?

**Para resolver a questão da validade objetiva da primeira norma posta, Kelsen diz:**

- “**A norma pressuposta, porém, em última análise, não pode ser uma norma positiva. Ela é apenas uma hipótese pressuposta pelos que querem interpretar científicamente o direito positivo”**

O que dá fundamento à primeira norma é uma hipótese, e esta hipótese está na cabeça do doutrinador. Norma mental que é pensada pelos cientistas/teóricos do Direito (e não operadores → advogados, promotores, procuradores, etc).

Na vida real a Constituição de 1824 veio de Dom Pedro I. Isso cria para alguns autores a impressão de que ela veio de um comando coercitivo do soberano. Mas, o cientista do direito sabe que a norma fundamental aqui é: "precisamos considerar D. Pedro I como origem da validade, ele é o poder constituinte originário".

Isso é a norma fundamental: Ela não tem nada de concreto, ela é somente abstrata e só serve para responder o problema interno.

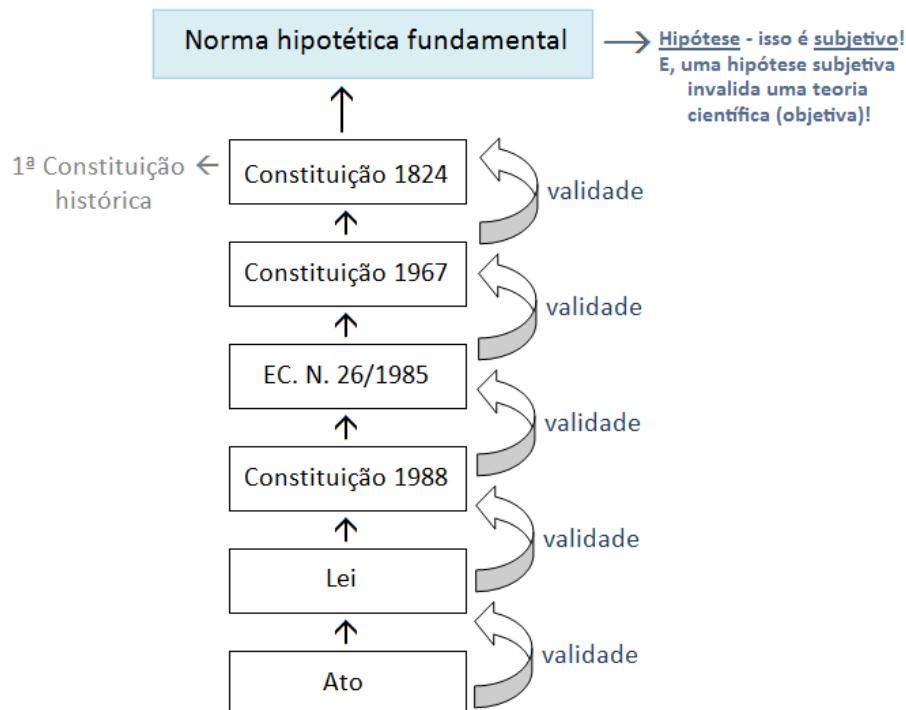
"Devemos considerar D. Pedro I como poder constituinte originário".

Porque a história constitucional do Brasil começa em 1824?

Porque a Norma Fundamental da cabeça do jurista diz que esta é a primeira constituição, pois antes o Brasil não existia como Brasil. O poder de D. Pedro pode ser considerado como poder constituinte originário.

A norma fundamental não é válida, ela é hipotética.

Discussão da validade pressupondo normas anteriores superiores. Retrospectiva de constituições.



Saída do Kelsen para salvar o Titanic:

"Esse pressuposto último, contudo, não é arbitrário. Os juristas científicos o pressupõem se a ordem jurídica, estabelecida com base na primeira norma, for de um modo geral eficaz".

Mas Kelsen estabeleceu que **a validade difere de eficácia**.

Agora, Kelsen diz que é preciso que os juristas considerem se a primeira norma posta era eficaz.

**Um jurista cientista** somente levante a **HIPÓTESE** de uma **Norma Fundamental (NF)** e diz que a primeira norma posta é válida se o conjunto é eficaz.

Norma fundamental do jusnaturalismo → Razão

Norma fundamental dos teólogos cristãos → Devemos considerar a primeira constituição como válida porque veio de D. Pedro I, representante de Deus.

Para Kelsen estas hipóteses são subjetivas.

\* Em termos objetivos o que garante que a NF não é arbitrária, é o princípio geral da eficácia. (p. 81)

\* Pressuposto último da validade objetiva do sistema jurídico = **NF** (que traz implícito o princípio geral da eficácia)

\* Só pode existir uma única norma fundamental, sob pena de não termos um sistema unitário, fechado, e completo.

- O jurista descreve o Direito de modo independente sem compromissos sociais ou políticos.

Para isso primeiro faz uma:

– análise separando

– ser e dever-ser

– com a idéia de validade e eficácia.

→ Essa resposta é TERRÍVEL! - Kelsen “chutou o pau da barraca” → o que dá validade para a NF é a doutrina. E a doutrina diz isso com base na eficácia.

O pressuposto último é a NF, que é hipotética e subjetiva. Mas essa subjetividade é limitada pela eficácia.

- Quando tenho uma única NF para tudo o sistema se fecha!

**A NF prescreve que o jurista reconheça uma norma posta, em geral a primeira constituição histórica de um sistema eficaz como um todo, como fundamento de validade das outras normas e raciocine a partir dessa norma.**

→ A NF é **hipotética**

→ Condição lógico transcendental

→ Kelsen rejeita comando coercitivo do soberano

**Teoria jurídica = teoria da norma fundamental**

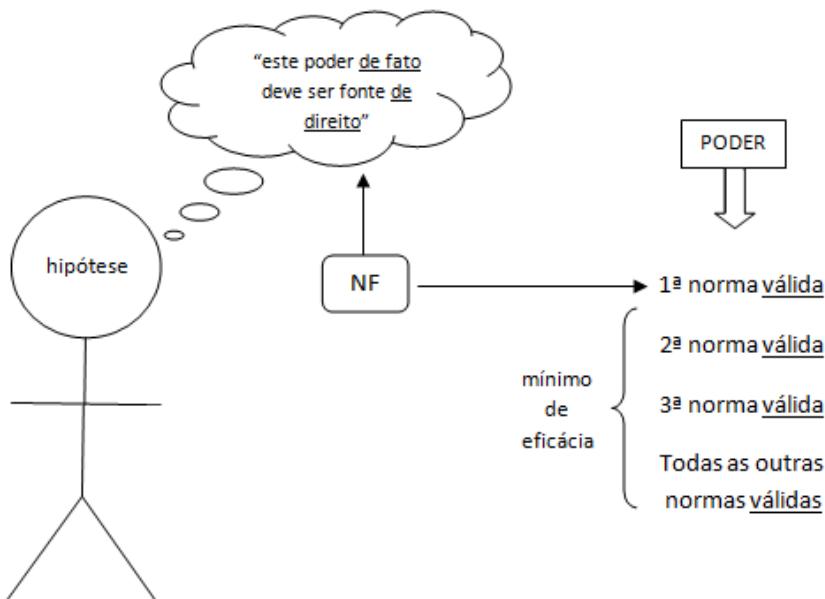
- **idéia (mera hipótese)**
- **pensada (postulada)**
- **pelas teorias jurídicas (pelos doutrinadores)**
- **para afirmar a validade objetiva da primeira norma posta**

15.09.2010

A norma fundamental para Kelsen é o pressuposto último da validade objeto do sistema jurídico.

Ela não é uma norma real, posta no sistema jurídico, é mental, hipotética.

Esta norma traz de forma implícita o princípio geral da eficácia.



- existência especificamente jurídica = significado de dever-ser
- validade é o que embasa o dever-ser
- a validade é abstrata, não é um fenômeno concreto, é um significado que resulta de uma interpretação, por isso o cientista jurídico preocupa-se em como analisar as normas de forma objetiva
- para isso é necessário pressupor uma estrutura hierárquica
- o poder de fato que colocou a primeira norma, não deve ser visto como simples poder, deve ser visto como uma fonte de direito, uma hipótese de dever-ser, norma (NH – passa a ser a base do Direito).

Quando o jurista raciocina deste modo, ele consegue dar validade objetiva para a primeira norma posta, na medida em que esta norma está baseada em outra norma (NHF), mesmo que ela seja hipotética.

O jurista passa a considerar a norma hipotética como a verdadeira base do Direito; por isso é possível dizer que esta norma hipotética é a norma fundamental.

Norma fundamental (NF):

- A norma mais relevante para a organização de todo o sistema jurídico
- Verdadeira base de todo o Direito, porque é ela que permite dar validade objetiva para a 1ª norma, que é a base da 2ª, que é a base da 3ª, e assim por diante...

Como esta norma não existe no plano dos fatos, existe a possibilidade de se considerar esta norma arbitrária (um pressuposto arbitrário).

Para Kelsen, porém, os doutrinadores científicos (juristas) não escolhem arbitrariamente a primeira norma, que vai receber a validade a partir da norma fundamental.

O doutrinador científico apenas identifica a primeira norma em um conjunto já dotado de um mínimo de eficácia e, para essa primeira norma de uma ordem já eficaz o cientista levanta a hipótese da norma fundamental.



**"Esse pressuposto último, contudo, não é arbitrário. Os juristas científicos o pressupõem SE a ordem jurídica, estabelecida com base na primeira norma, for de um modo geral eficaz"**

- Pressuposto último da validade objetiva do sistema jurídico = Norma fundamental (que traz implícito o princípio geral da eficácia)

→ A norma fundamental não é arbitrária.

- A primeira coisa que o cientista faz é olhar para a vida social.
- Encontra várias normas.
- Percebe que uma norma pode ser tirada de outra e outra...
- Então, identifica a primeira norma histórica.
- Depois de ver que este sistema tem um mínimo de eficácia...
- Considera/atribui validade para a primeira norma histórica.

- Os juristas não pensam meramente a partir de fatos.

- Mesmo o realista não vê apenas os fatos. Ele pressupõe que o juiz é mais que um poder de fato, ele é também fonte de direito (norma hipotética fundamental dos realistas).

- Mas também não é porque tem um mínimo de eficácia.

- Todo jurista sempre raciocina normativamente, e não a partir de fatos.

- O pensamento jurídico é normativo em todos os momentos, mesmo diante da primeira norma do sistema.

- São apenas as normas que tem um mínimo de eficácia.

Porque o jurista diz: Isso é uma organização política (o Estado), e isso é uma organização criminosa (Máfia)?

A resposta de Kelsen: Por causa da validade que decorre de uma primeira norma, que decorre do poder constituinte originário (NHF) que decorre da eficácia.

Se isso tem um mínimo de eficácia é Direito.

Quando considero algo como Direito é porque tem um mínimo de eficácia.

“Devo obedecer o que já é obedecido por toda a sociedade”.

Kelsen também afirma que:

- **Só pode existir uma única norma fundamental, sob pena de não termos um sistema unitário, fechado e completo**

A norma fundamental é uma garantia teórica de que o conjunto das normas jurídicas tem uma unidade fechada e completa.

→ Mensagem subliminar da aula: o Direito é um caos!

A saída para isso é se colocar na postura de cientista.

Kelsen joga fora o ser, fica o deve-ser (...) a teria toda!

A norma fundamental é o elemento teórico importante para pensar os sistemas jurídicos.

- **A norma fundamental prescreve que o jurista reconheça uma normaposta (em geral, a primeira Constituição histórica de um sistema eficaz “como um todo”) como fundamento de validade das outras normas e raciocine a partir dessa norma.**

→ 1ª norma do Brasil = CF

- **Definição de NF para Kelsen:**

**“A norma fundamental é a condição lógico-transcendental da interpretação de fatos sociais como normas objetivamente válidas”**

O Direito é o que se interpreta como Direito.

- independência: ser X dever-ser<sup>1</sup>
- objetividade

---

<sup>1</sup> Norma dotada de validade expressa o dever-ser

Com a teoria da NF, Kelsen questiona a visão tradicional do Direito Positivo, como comando coercitivo do soberano.



Fig. 7.—The King of the Franks, in the midst of the Military Chiefs who formed his *Tribunal*, or armed Court, dictates the Salic Law (Code of the Barbaric Laws).—Fac-simile of a Miniature in the "Chronicles of St. Denis," a Manuscript of the Fourteenth Century (Library of the Arsenal).

Kelsen, com sua teoria, também questiona que a teoria jurídica seja uma teoria da soberania. Até o séc. XIX, ainda existia essa associação: Teoria jurídica – teoria da soberania.



- A história/tempo joga fora a foice e a coroa.
- Napoleão e seu Código Civil (Código Napoleônico) coroados pelo tempo<sup>2</sup>.
- Positivação: Napoleão escreve as leis (na imagem anterior: soberano dita as leis).

No contexto do século XIX, apenas uma corrente teórica consegue escapar dessa associação entre Direito e Soberania: o realismo dos juristas Norte-Americanos, movimento iniciado por Holmes.

Para os realistas, o Direito Positivo é um fenômeno social e apresenta aspectos políticos.

Isso já aparecia na Teoria de Austin.

No realismo, porém, o Direito não é identificado aos comandos abstratos que o soberano registrou em uma lei.



Esta não é uma imagem realista do Direito!

Em termos realistas, o Direito é positivado nos casos concretos pela prática social dos tribunais. Para o realista isso não é a positivação. Para eles o Direito somente aparece quando os juízes efetivam.

<sup>2</sup> “Minha verdadeira glória não foi ter vencido quarenta batalhas; Waterloo apagará a lembrança de tantas vitórias. O que ninguém conseguirá apagar, aquilo que viverá eternamente, é o meu Código Civil” (Napoleão Bonaparte)

O Direito, portanto, é aquilo que os tribunais dizem que é Direito. E o conhecimento do Direito está na capacidade de prever como os tribunais decidirão os casos concretos.

Kelsen quebra esta visão realista.

O Direito Positivo passa a ser entendido como o conjunto das normas jurídicas válidas.

A teoria jurídica passa a ser a teoria da validade (e não mais a teoria política da soberania, ou sociológica da predição).

A teoria da validade é baseada em uma NF que tem quatro características básicas:

- 1) É uma idéia (mera hipótese)
- 2) Pensada – idéias não estão no mundo concreto, estão no pensamento
- 3) Pelas teorias jurídicas, pelos doutrinadores, teóricos do Direito
- 4) Para afirmar a validade objetiva da primeira norma posta (que dentro de um país costuma ser a primeira constituição histórica)

A interpretação de Bobbio sobre Kelsen é equivocada.

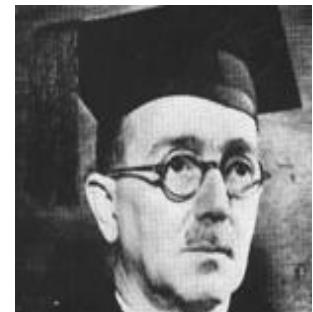
Kelsen foi muito criticado por eliminar a imagem da soberania e a realista.

O normativismo de Kelsen é muito abstrato.

REALE: normativismo mais concreto (é preciso recuperar o ser humano, então Reale insere valor e fato na norma).

Além de Reale, Kelsen também foi criticado por vários outros juristas que destacaram **dois problemas na teoria da NF**:

- 1) **A NF não possui qualquer conteúdo ético ou empírico, ela é uma simples hipótese teórica, totalmente vazia.** Ela não faz referência a nenhum fato concreto ou a algum valor. Ela apenas confere validade para a primeira norma de uma ordem eficaz, qualquer que seja esta ordem (máfia, política, relações internacionais).  
A NF é só validade, então ela pode legitimar regimes violentos, injustos, qualquer tipo de fenômeno social que tenha o mínimo de eficácia.
- 2) **A explicação de Kelsen sobre o Direito é idealista e formalista (“o sistema é válido porque os teóricos o postulam como válido”).** Parece que não existe validade jurídica na prática do Direito. A validade seria algo abstrato baseado numa idéia teórica como se os sistemas jurídicos só tivessem validade teoricamente.



Porque esse contrato é válido? - Porque Venosa disse que é!

Tal lei é inconstitucional porque o Bahia disse que é!

O principal crítico da teoria da NF é HART, que conseguiu elaborar uma teoria da validade com referência prática.

KELSEN fez a grande mudança, colocou tudo na validade.