

# FILOSOFIA JURÍDICA

Prof. Batalha

1º semestre / 2009

Renata Valera

## SUMÁRIO

<b>1º BIMESTRE .....</b>	<b>2</b>
CONTEÚDO DA DISCIPLINA .....	2
O CONHECIMENTO JURÍDICO .....	2
DOGMÁTICA JURÍDICA .....	4
TEORIA GERAL DO DIREITO .....	5
A FILOSOFIA DO DIREITO COMO “CRÍTICA DO DIREITO”: ORIGENS .....	7
QUEDA DO DIREITO NATURAL .....	10
ESTUDO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO .....	10
QUEDA DO JUSNATURALISMO ASSOCIADA ÀS DECLARAÇÕES DE DIREITOS .....	12
TEORIA DE JOHN AUSTIN .....	13
RESUMO DA MATÉRIA DO 1º BIMESTRE DE FILOSOFIA JURÍDICA .....	17
<b>2º BIMESTRE .....</b>	<b>18</b>
CONSEQUÊNCIAS DA TEORIA DE AUSTIN PARA O PENSAMENTO JURÍDICO .....	18
REALISMO .....	20
HANS KELSEN .....	25

## 1º BIMESTRE

11.02.2009

### CONTEÚDO DA DISCIPLINA

Essa atitude de questionamento que caracteriza a filosofia jurídica possui uma origem, que é a tradição do pensamento jusnaturalista, ou seja, as atitudes dos defensores das teorias do "direito natural". A filosofia jurídica é herdeira das teorias do direito natural.

Dentro dessas teorias sempre foram defendidas duas teses.

A primeira delas afirma que o direito possui duas formas de manifestação: por um lado o direito é construído pelo próprio homem, por outro o direito não é pelo homem construído, mas sim dado a ele por uma força superior a sua vontade (cosmos, deus, razão... dependendo da época). No mundo moderno essa força é a razão, a natureza humana; na antiguidade era o cosmos; na idade medieval era Deus.

É possível, portanto, organizar o direito em duas formas: direito positivo e direito natural.

A segunda tese é a seguinte: o direito natural é o direito verdadeiro, logo, se o direito positivo não se encaixar no direito natural, o direito positivo deverá ser questionado, pois pode ser um falso direito.

A filosofia jurídica é herdeira dessa segunda tese. No entanto, embora a filosofia jurídica tenha origens no pensamento jusnaturalista, desde o século XIX a atitude de questionamento desenvolvida pelos filósofos do direito não tem mais por referência a ideia de direito natural, isso ocorre porque desde o século XIX a ideia de direito natural está em crise.

O processo moderno de racionalização do direito natural destruiu a primeira tese dos jusnaturalistas (tese que defende a existência de dois direitos). Desde o século XIX vale a idéia que existe somente uma espécie de direito, sendo ele o direito positivo. Nesses termos, o questionamento desenvolvido pela filosofia jurídica do ficou diferente: em vez de questionar o direito positivo buscando um direito natural, os filósofos do direito perguntam qual o fundamento do direito positivo, se não existe o direito natural.

A partir do século XIX a atitude de questionamento não se desenvolve por meio de teorias do direito natural, ela se desenvolve por meio das perguntas que se manifestam nas teorias sobre o direito positivo. Esse questionamento ocorreu de três formas: 1) crítica da metafísica do direito natural; 2) discussão do conceito de direito positivo; 3) discussão da aplicação do direito positivo.

18.02.09

### O CONHECIMENTO JURÍDICO

O conhecimento jurídico é dividido em três níveis: Dogmática jurídica, Teoria geral do Direito e Filosofia jurídica.

- Dogmática Jurídica
- Três níveis      - Teoria Geral do Direito
- Filosofia Jurídica

A filosofia jurídica não é a primeira forma de contato que a sociedade fixa como sedo Direito. Essa primeira forma é a Dogmática jurídica, material jurídico que a sociedade cria para resolver problemas.

A segunda forma é a Teoria geral do Direito, que é uma espécie de auxiliar da Dogmática, das várias dogmáticas, que faz com que se perceba nas dogmáticas um único sistema.

A Filosofia jurídica é o terceiro nível do conhecimento jurídico. É também feita de teorias, mas com a função de crítica, questionamento, repensamento daquelas teorias (supostas certezas) criadas pela Dogmática e reafirmadas pela Teoria geral do Direito.

No entanto, para questionar é preciso antes conhecer, e, por isso, antes de entrar na matéria da Filosofia jurídica propriamente dita, deve-se saber exatamente o que ela critica (a Dogmática e a Teoria geral do Direito).

O objetivo dessas aulas introdutórias é saber o que são a dogmática e a teoria geral do Direito para entender a filosofia jurídica.

Dogmática jurídica	Teoria Geral do Direito	Filosofia Jurídica
<ul style="list-style-type: none"> <li>- <u>Opinião jurídica racionalizada</u></li> <li>- Princípio fundamental: <u>inegabilidade</u> dos pontos de partida</li> <li>- <u>Apresenta-se</u> como “conhecimento científico”, mas se desenvolve como um conjunto de “Teorias com função social”</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Teoria <u>unificada</u> das dogmáticas jurídicas</li> <li>- Na tradição do pensamento jurídico: teoria formal</li> <li>- Desde o séc. XIX (Ihering) busca-se também uma teoria material do Direito</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Atitude crítica perante o “senso comum teórico”</li> <li>- <u>Questionamento</u> da razão dogmática e dos “paradigmas metodológicos” fixados pela teoria geral do Direito; questionamento das supostas certezas da dogmática e da teoria geral do Direito. <b>Mas para questionar é preciso antes saber o que é.</b></li> </ul>

## FILOSOFIA JURÍDICA

A filosofia jurídica anda junto com as outras formas de conhecimento jurídico (dogmática jurídica e teoria geral do Direito).

Só é possível entender o objetivo da filosofia jurídica e sua relação com a dogmática e a teoria geral do Direito se entendermos o que são essas formas de conhecimento jurídico e quais são os seus objetivos.

Então, estudamos a dogmática jurídica e a teoria geral do Direito.

A filosofia jurídica ajuda a teoria geral do Direito a ajudar a dogmática jurídica.

A filosofia jurídica e a teoria geral do Direito, apesar de se interligarem, não se identificam.

A filosofia jurídica critica os pontos de partida inegáveis da dogmática jurídica e reforçados pela teoria geral.

**O papel da filosofia é duplo:** ajudar a teoria geral e, ao mesmo tempo, seu papel estritamente filosófico é não se conformar com os pontos de partida que a dogmática transformou em inegáveis e a teoria geral reforçou e, questioná-los ao tratá-los como negáveis.

Tudo aquilo que já foi pensado pode ser repensado! E, nessa medida, a filosofia é aquilo que pode criar algo novo.

Para que eu possa questionar aquilo cujo questionamento foi afastado, é preciso existir aquilo que afasta o questionamento (a dogmática).

A filosofia só existe se existe a dogmática.

**As dogmáticas jurídicas são particulares, por isso não ajudam a agir em todos os casos. Para isso existe a teoria geral do Direito, que as unifica.**

A filosofia repensa os conceitos existentes e, a partir disso, ela pode trazer novo conhecimento.

**A filosofia é a atividade incessante do questionamento.**

Cada doutrinador deu sua resposta ao problema.

As várias formas de resposta foram unificadas na teoria geral do Direito.

À filosofia jurídica importa questionar as respostas.

Isso (a filosofia), em leitura marxista, pode ser dialética.

## DOGMÁTICA JURÍDICA

### RACIONALIZAÇÃO DAS OPINIÕES QUE A SOCIEDADE FIXOU SOBRE AQUILO QUE É DIREITO E AQUILO QUE NÃO É:

Toda sociedade para garantir sua organização e seu desenvolvimento cria e **fixa opiniões** sobre o que é Direito e o que não é.

Essas opiniões funcionam na prática como **respostas vinculantes para os problemas sociais** que podem **perturbar a organização e o desenvolvimento do conjunto social**.

O modo de expressão dessas opiniões varia dentro da história do ocidente. A opinião pode surgir por meio de oráculos, tradições culturais (costumes), um legislador, sentenças dos juízes, decisões administrativas das mais diversas espécies, etc.

O que interessa em todas essas formas de expressão é que, por meio delas, uma **opinião ética se torna determinante para o comportamento de alguém**. Essa opinião ética determinante é chamada **opinião jurídica**.

Em Roma surge um grupo de pessoas que junta os oráculos, tradições culturais e etc em teorias, nascendo a **racionalização da opinião jurídica**.

- Depois que a sociedade já fixou os dogmas, vem a **dogmática**, que é a **racionalização desses dogmas** (a dogmática é a rationalização dos dogmas - opiniões fixadas - jurídicos).

- **Dogmática jurídica equivale ao conjunto de teorias jurídicas**. Após ser estabelecido o Direito, a dogmática é o que vem para extrair as instituições dele.

- A **dogmática jurídica é o primeiro e mais básico nível do conhecimento jurídico, o conhecimento dos dogmas**.

A **rationalização** dessas opiniões jurídicas corresponde a sua transformação em teorias que colocam as opiniões dispersas a respeito do direito sob o controle do pensamento.

A dogmática são os livros de doutrina!

Todas as teorias dogmáticas tomam certos **pontos de partida** como **inegáveis**. Esses pontos até podem ser questionados quanto a sua interpretação. As teorias dogmáticas não excluem as dúvidas, elas apenas estabelecem certas opiniões que estão fixadas e não podem ser ignoradas pelos juristas.

- Dogmas são pura opinião, opiniões fixadas; ideias até questionáveis, mas não inegáveis (teorias são construídas sobre pontos de partida inegáveis).

- **Dogmática são teorias que rationalizam as opiniões fixadas em teorias**. Corresponde aos livros de doutrina. A Monografia é o momento que você prova que pode ser doutrinador/dogmático.

- **A filosofia jurídica pega os pontos de partida que a dogmática considera inegáveis para negá-los (para criticar)**. A dogmática não se importa com críticas, esse é o papel da filosofia jurídica.

- Trocando os pontos de partida troca-se a dogmática.

### TEORIAS COM FUNÇÃO SOCIAL (E NÃO CIENTÍFICAS, APENAS APARENTEMENTE) DE CARÁTER MERAMENTE INSTRUMENTAL:

A dogmática jurídica, desde o séc. XIX, **se apresenta** como **ciência** do Direito, isto é, um conhecimento descritivo-explicativo sobre o que é Direito **de verdade**.

A doutrina diz: "eu não sou dogmática! Sou ciência!". Venosa diz: "não sou dogmático! Sou cientista!"

Na prática, a dogmática jurídica, porém, não alcança o mesmo patamar/nível de um conhecimento científico, pois o compromisso das **teorias jurídicas** não é com a verdade. **O compromisso das teorias jurídicas é com o funcionamento da sociedade**.

Opinião fixada não quer dizer que seja correta.

A dogmática jurídica NÃO é manifestação da ciência do Direito, pois sua função é social, e não de nos fazer conhecer verdades.

A dogmática pode até aparentar ser a explicação de uma verdade no Direito, mas na realidade o seu compromisso não é com a verdade, é com a sociedade para minimizar suas dúvidas decidindo conflitos sociais. **Ex1:** um livro de ciência diz “a Aids não tem cura; um livro de Direito nunca vai dizer que algo não tem resposta. **Ex2:** um livro de constitucional diz “a separação dos poderes é um ponto de partida, está na CF”; você pode explicá-los como quiser, mas não pode negá-los). Para isso ela parte de pontos inegáveis (pega idéias inegáveis e a partir delas constrói sua argumentação).

**Os textos de doutrina não são mais ou menos verdadeiros, eles são mais ou menos úteis para a organização e o desenvolvimento da sociedade.**

Orlando Gomes X Gonçalves X Washington de Barros: só porque são opiniões contrárias, não quer dizer que não sejam fixadas (isto é, oficiais).

**A dogmática jurídica é um conjunto de teorias com função social.** A gente não troca a teoria quando ela é falsa, mas sim quando ela está atrapalhando a vida prática. **O dogma não é verdadeiro nem falso, é útil.**

**A aparência da dogmática é científica, mas não a consistência.** Na ciência pesquisa-se a verdade a partir de uma investigação. Na dogmática pesquisa-se a solução de problemas a partir da argumentação. Os livros (a dogmática) não são ciência, são **ideologias (ideologia significando conhecimento prático/instrumental para decidir conflitos sociais; reproduzir para fins práticos).**

O que caracteriza a ciência é a falseabilidade. Ciência trabalha com verdade e inverdade; Dogmática trabalha com funcional e não funcional.

O Direito não é a verdade, mas **isso não é problema.** Existem valores mais importantes que a verdade (por ex, a dignidade, a liberdade...).

- Mesmo que na prática a teoria seja outra, não existe prática sem teoria.

- Para operar o Direito tenho sempre que ter uma dogmática, qualquer que seja ela.

**Trata-se de conceitos instrumentais** para neutralizar conflitos e produzir respostas para garantir a coesão social. Função da ciência: formular teorias descritivas explicativas para buscar a verdade. As **teorias** servem para nos fazer conhecer algo, no entanto, a dogmática apesar de nos trazer teorias, seu compromisso não é com a verdade, não é nos ajudar a conhecer, pois o compromisso dessas teorias é com a garantia da **coesão social**, ajudando as pessoas a agirem, mesmo **sem conhecer**. Daí se dizer que são **teorias ideológicas**. Ideologia não no sentido marxista, de falso conhecimento da realidade. Os livros de Direito (doutrinas) são instrumentos para agir. Não trazem a verdade. Por isso a doutrina é uma opinião e no Direito há várias opiniões que se opõem. O 1º nível do conhecimento jurídico (dogmática jurídica) é mais ideologia, que conhecimento.

04.03.09

## TEORIA GERAL DO DIREITO

- 1) **Auxilia** as dogmáticas jurídicas a obter **unidade**.
- 2) Sua origem: as teorias filosóficas sobre o Direito.
  - 2.1. Conceito de indivíduo
  - 2.2. Conceito de liberdade
  - 2.3. Relação com o jusnaturalismo
- 3) Desde o séc. XIX, porém, há uma distinção entre “teoria geral do Direito” e “filosofia jurídica”, devido a **autonomia moderna dos sistemas jurídicos**.
- 4) **Interpretação e argumentação** na teoria geral do Direito.
  - 4.1. Visão “mecanicista” da interpretação: **Subsunção**
  - 4.2. Não há uma “teoria da argumentação” nesta visão
  - 4.3. Sistema jurídico
- 5) Conseqüências da visão tradicional da teoria geral do Direito

A dogmática tem uma **função social**: contribuir para a produção de respostas vinculantes que mantenham a coesão social.

**Garantir a coesão é garantir que a vida social terá unidade.**

Essa unidade, porém, não é obtida pela dogmática sem o auxílio de outras formas de conhecimento porque **as dogmáticas jurídicas são formas de conhecimento particular**.

A dogmática do Direito está fragmentada pelas **áreas/ramos do Direito**. Cada área tem a sua dogmática (civil, penal, trabalhista). **A dogmática sozinha não tem unidade.**

A forma de conhecimento jurídico que busca unificar as dogmáticas jurídicas indicando o que existe de geral nas várias áreas do Direito é a **Teoria Geral do Direito**, que se constitui em um **segundo nível de conhecimento jurídico**. A teoria geral do Direito, para unificar as dogmáticas jurídicas, busca estabelecer relações para encontrar o que há de comum entre as várias dogmáticas (**busca a unidade das dogmáticas**).

Embora as várias dogmáticas sejam diferentes, há conceitos gerais (em comum), e a partir destes esse “conhecimento” é unificado na teoria geral do Direito.

A teoria geral do Direito não visa diretamente resolver conflitos sociais. Seu principal objetivo é auxiliar a racionalização (a dogmática jurídica, que utilizamos para resolver conflitos).

**A teoria geral do Direito oferece conceitos gerais por meio dos quais os conceitos instrumentais (da dogmática) são unificados, mostrando o sistema jurídico que existe por trás da fragmentação da dogmática.**

A **base** para as teorias gerais do Direito é retirada das **teorias filosóficas** sobre o Direito. Os conceitos que unificam as várias dogmáticas são geralmente emprestados da filosofia. No caso das dogmáticas modernas os conceitos unificadores têm origem na filosofia moderna. Conceito de indivíduo, liberdade é um fenômeno subjetivo. Os conceitos são os pontos de partida mais gerais possíveis, são pontos de partida que unificam (teoria geral do Direito).

As teorias filosóficas sobre o Direito natural ajudaram a formar a teoria geral do Direito.

Existe, porém, uma diferença entre a elaboração de uma teoria geral e a elaboração de um conhecimento filosófico.

A **teoria geral** é elaborada para **auxiliar as dogmáticas a obter unidade** (função social da teoria geral do Direito).

Já a **filosofia jurídica** tem outra função: **questionar a razão dogmática** e os **conceitos gerais que a teoria geral coloca** para garantir a unidade.

Enquanto a teoria geral do Direito oferece paradigmas metodológicos (modelos de método para **construção** de dogmas jurídicos), a filosofia oferece modelos críticos para **desconstruir** as dogmáticas jurídicas.

A **teoria geral** do Direito tem **relação com a filosofia**: a teoria geral do Direito oferece conceitos gerais para que a dogmática tenha unidade. Ela busca esses conceitos na filosofia.

**No entanto:** a TGD ≠ Fil Jur, e essa separação ocorre devido a autonomia moderna dos sistemas jurídicos.

Naquele contexto, a teoria geral do Direito era uma espécie de **metodologia para o conhecimento jurídico**. Ela oferecia uma **teoria da interpretação e da aplicação do Direito** para os dogmáticos utilizarem os casos concretos.

Metodologia = teoria da interpretação e da aplicação.

A teoria geral construiu a unidade dizendo que todas as normas devem ser interpretadas e aplicadas.

A primeira forma de teoria de interpretação foi a **teoria da subsunção** (a teoria do encaixe lógico das leis nos casos concretos). De acordo com essa teoria, a interpretação do Direito seria uma forma de raciocínio semelhante ao silogismo desenvolvido pelos filósofos da lógica. Nesse raciocínio, a lei seria a premissa maior, o caso concreto seria a premissa menor e a conclusão jurídica seria simples encaixe do caso particular na lei geral.

A **conclusão jurídica** seria particularmente um **ato mecânico**, ela não seria um ato político construído pelo jogo e pela força das argumentações. Interpretar e aplicar o Direito não era uma questão de argumentação dentro a teoria da subsunção. **Interpretar e aplicar era demonstrar logicamente que a lei se encaixava no caso.**

No século XIX a teoria geral do Direito era isso: interpretar e aplicar o Direito era uma questão de subsunção.

Essa **visão** da teoria geral do Direito foi **superada** durante o século XX. Hoje, a teoria geral do Direito continua sendo uma teoria da interpretação e aplicação do Direito, mas a interpretação não é mais compreendida como subsunção.

Durante o séc XX ficou claro que **o sistema jurídico tem dificuldades para ser um sistema lógico**. O Direito não é um sistema de proposições organizado por silogismos, o Direito não é um sistema “more geométrico”, ou seja, construído ao modo dos geômetros. **O sistema jurídico é composto de argumentações, que se articulam a partir de sua força retórica.**

Mais importante que a lógica jurídica é a **teoria da retórica jurídica**, ou seja, de como a gente joga com os argumentos de modo a lhes dar força.

A pirâmide de Kelsen é um exemplo de retórica. Atualmente não é usada na prática, mas quando usamos, dizemos que ela é e isso é aceito. Diz-se que a CF é a máxima hierarquia, mas por vezes a decisão do STF é usada, até mesmo inconstitucionalmente, e é mantida!

**A teoria da subsunção, portanto, está ultrapassada.** Hoje a teoria geral do Direito é uma **teoria da argumentação jurídica**, mas a teoria da subsunção foi muito importante para o conhecimento jurídico, porque a organização lógica do sistema jurídico, como se fosse um sistema geométrico, permitiu a organização dos conceitos gerais em uma sequência lógica que até hoje é utilizada pelos juristas.

Hoje temos plena consciência que o jogo do Direito é retórica. Mas **todos os sistemas lógicos que ainda usamos foram criados pela teoria da subsunção, porque ela é útil!** Ela, a lógica, facilita o conhecimento da dogmática.

Existem vários modos de organização, mas a organização lógica ainda é usada.

18.03.09

### A FILOSOFIA DO DIREITO COMO “CRÍTICA DO DIREITO”: ORIGENS

- 1) A crise da ideia de **“direito natural”**
- 2) A crise da ideia de **“direitos universais”**
- 3) A **crítica** da **metafísica** do **Direito natural** na **Teoria de John Austin**

A teoria geral do Direito utiliza conceitos gerais que são tirados da Filosofia. Nisso elas se relacionam, se aproximam. Mas não são iguais. Cada uma tem seu **papel específico**.

O papel da **teoria geral** do Direito começou a se **definir** no século XIX, quando a teoria geral passou a apresentar não apenas conceitos gerais, mas também uma específica teoria da interpretação e argumentação (o **método da subsunção**, pelo qual raciocinar juridicamente é como raciocinar no silogismo).

Na medida em que a teoria geral vai ganhando certa autonomia, a filosofia jurídica vai ganhando também uma **definição**; vai ficando mais claro que o papel da filosofia é a **crítica**.

- \* O conhecimento jurídico **não é um processo imediato**. Está dividido em três etapas:
  - **DJ**: nível mais particular – me ajuda a agir
  - **TGD**: nível mais geral – me dá métodos para interpretar e aplicar
  - **FJ**: nível mais abstrato – crítica do Direito

Essa delimitação/organização/divisão não é tão clara até o século XIX, quando na DJ aparecem os positivistas e dizem que a DJ é ciência (mas não é, porque seus conceitos têm caráter instrumental).

**\* Relações:**

- A TGD ajuda a DJ
  - A FJ ajuda a TGD
- De tanto um ajudar o outro acabam se confundindo...

Quando a **TGD se delimitou (subsunção) a filosofia** também se **delimitou como crítica**.  
JOHN AUSTIN é o pai da Filosofia do Direito.

\* No séc. XIX começa uma corrente dizer que no campo do conhecimento jurídico a dogmática é ciência (estudiosos da ciência do Direito).

A partir do momento que a DJ começa a ficar mais clara, a TGD também, com a teoria da subsunção. Porém, esse também é um conceito equivocado.

A metodologia da TGD ajuda a DJ. A partir disso a FJ faz o mesmo: começa a se delimitar como crítica do Direito (mas, mais especificamente do que no Direito?).

Antes do século XIX até apareciam os nomes DG, TGD e FJ, mas eles não eram bem delimitados cada um em seu papel.

- DJ = teoria operacional/funcional para me ajudar no Direito. Papel social, e não com a verdade (ciência).

**\* Filosofia:**

Quando a filosofia começou com a atitude chatíssima de Sócrates de ficar perguntando para as pessoas até elas não saberem mais o que estavam dizendo, era para tirar conceitos do senso comum. Podemos estar usando conceitos de modo equivocado.

- **Dogmas = opiniões que a sociedade fica sobre o que é Direito e o que não é.**

A FJ **em princípio** parece ser uma base: mas não é para confirmar, é para **criticar!**

- Comentário político: a divisão (DJ, TGD, FJ) é por causa da sociedade industrial! Em que tem divisão do trabalho! Marx: ver a infra instrutura (economia).

- Todas as coisas são apenas formuladas para nos manipular em todo sentido? (trazer paz social, nos fazer fzr aquilo que a classe dominante quer...)

- \* A TGD unifica a DJ ajudando-a a:
  - resolver conflitos entre dogmas
  - resolver lacunas
  - interpretar e aplicar dogmas

\* O conhecimento jurídico é complexo (3 níveis).

\* A teoria da subsunção, o pensamento de que “Direito é lei”, já caíram por terra. No entanto, hoje os cursos de Direito ensinam a “leitura de códigos”.

Monografia: para mudar a metodologia de ensino nas faculs! Na facul as aulas são mais legalistas do que jurisprudenciais.

\* **O Direito hoje é retórica porque nenhuma dogmática é verdadeira.**

\* A filosofia não muda o mundo, ataca o senso comum.

Até o séc XVI a filosofia tinha essa pretensão, até que surgiu a ciência, que passou a ter esse papel e a filosofia passou a ser pura especulação.

Marx: a filosofia (...) mudar (...) mundo (...)

Precisamos fazer a revolução!

- Cuidado com leituras marxistas dos autores.

A partir do séc XIX a **filosofia jurídica** ganha um **conteúdo específico**. Ela se torna uma atividade de crítica do Direito voltada para os problemas que atingem a **fundamentação do Direito positivo** dentro do contexto social. Entre os problemas que se destacam durante o séc XIX para a fundamentação do Direito, o principal problema talvez seja a **crise da idéia de Direito natural**.  
Séc XIX – FJ fica mais delimitada ganhando conteúdo voltado para a crítica da fundamentação do Direito positivo (**crítica do Direito natural**).

A **filosofia jurídica**, portanto, passa a ser uma **discussão das teorias jusnaturalistas** tendo em vista a crítica da idéia de que a natureza seria o fundamento do Direito.

De acordo com o pensamento jusnaturalista, o fundamento do Direito posto pela sociedade não estaria dentro da própria sociedade. O fundamento estaria em alguma natureza acima dos homens.

Natureza pode ser:

- cosmos (movimento do universo)
- Deus
- razão

Essa visão da fundamentação, porém, encontra obstáculos na sociedade moderna porque para os modernos o Direito natural não está mais ligado à religião, à moral e, até mesmo, à natureza. **No mundo moderno, os direitos naturais foram positivados em leis, eles se transformaram em Direito positivo.**

Não se fala mais em direitos naturais, os **direitos naturais passam a ser direitos fundamentais com caráter de direitos humanos, elaborados pelos próprios seres humanos para atenderem à interesses humanos**.

**Entra em crise a idéia de que existem direitos universais**, mesmo os direitos fundamentais decorrem de situações políticas, econômicas e culturais particulares.

Direito à vida: não era fundamental a partir da revolução francesa (não era declarado na Declaração universal dos direitos do homem e do cidadão), eram direitos fundamentais a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Mérito do Marx: “os direitos fundamentais não são universais”.

A partir de agora, todo e qualquer direito é uma criação humana: Direito positivo. Os que defendem o direito natural tem que ser criticados. É a filosofia jurídica que critica os jusnaturalistas (no séc. XIX).

25.03.09

## QUEDA DO DIREITO NATURAL

Com a Idade Moderna surge a ciência (ciência moderna). O mundo é racionalizado e vai perdendo o gosto pela metafísica. A ciência passa a ser a única forma de conhecer a verdade, a partir da ideia da razão acima de tudo.

A ciência invade todos os campos do saber, inclusive o Direito.

No campo do Direito, a onda de cientificidade gera a necessidade de registrar expressa e solenemente os direitos dados pela natureza. Assim, ocorre a elaboração das declarações de direitos do homem, sendo a francesa a primeira delas (1789 e 1795). Essas declarações promoveram a positivação do que se compreendia como direito natural (dado pela natureza absorvido pelo homem através de sua capacidade racional). Assim, o direito pareceu alcançar seu maior grau de realização.

A positivação dos direitos naturais, apesar de visar à valorização desses direitos (de modo que o jusnaturalismo pareceu alcançar seu maior grau de realização), trouxe um problema ao direito natural: fragilizou o jusnaturalismo, por sugerir que o Direito só tem força se estiver positivado.

## ESTUDO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO

Texto aparentemente jurídico, mas predominantemente político.

Aponta os problemas e as soluções da sociedade da época.

**Preâmbulo:** “Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.”

**Problema político apontado:** males públicos e corrupção dos governos.

**Causa desses problemas:** ignorância, esquecimento e desprezo aos direitos do homem.

**Solução:** declarar solenemente os direitos naturais, sagrados e inalienáveis do homem.

Os direitos naturais são uma solução para os problemas da vida pública (do homem).  
(Aparente) valorização da idéia de direitos naturais.

### Quais os direitos declarados?

**Art.1º** “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.”

No art. 1º são declarados os direitos a liberdade e a igualdade, sendo direitos natos e, portanto, inalienáveis (liberdade e igualdade são naturais; vêm da natureza).

**Já que todos somos iguais por natureza, podemos ser distintos?**

Sim, mas as distinções sociais só podem se fundamentar na utilidade comum.

Podemos ser desiguais desde que essa desigualdade seja útil para toda a sociedade.

→ Quando uma distinção social é útil para poucos, essa desigualdade social se chama privilégio.

Logo, o art. 1º proíbe o privilégio, e não a desigualdade.

**Art. 2º “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão.”**

Art. 2º: os direitos naturais do homem devem ser conservados. A finalidade da política é conservá-los/preservá-los.

Fim que deve guiar toda a atividade política: conservação dos direitos naturais imprescritíveis do homem.

Acrescenta lista de direitos: propriedade, segurança, resistência à opressão...

Nós que: somos iguais, livres, proprietários, queremos segurança e não aceitamos a interferência de nenhum governo **queremos a revolução!**

Não aparece como direito natural o direito à vida na declaração universal de direitos francesa.

**Art. 4º “A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.”**

...ditam liberdade...

**Art. 5º “A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.”**

**Art. 6º “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.”**

...repetem igualdade...

**Art. 10º “Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.”**

**Art. 11º “A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.”**

...incluem mais direitos....

**Art. 12º “A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.”**

...repete preâmbulo e art. 2º ... finalidade da política é conservar os direitos naturais do homem...

**Art. 17º** “*Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.*”

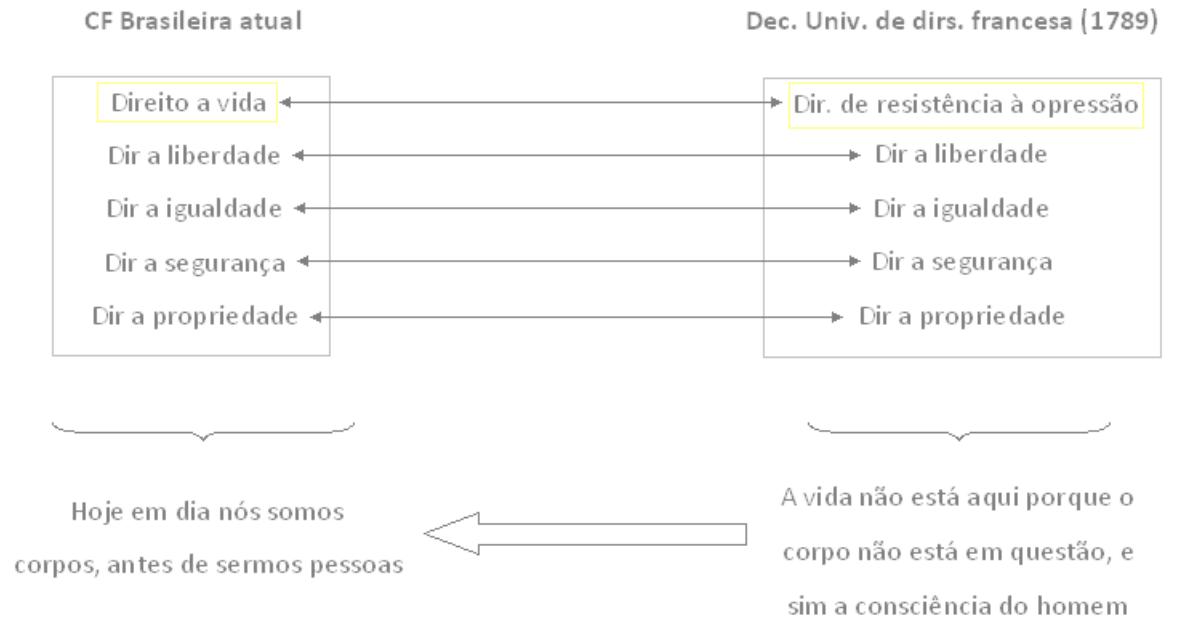
...repete direito à propriedade...

O direito de resistência à opressão conforme o passar dos tempos vai sendo discutido como direito fundamental de forma que hoje não faz parte de nossa CF. No lugar dele há o direito à vida, que não era assegurado na declaração francesa. Os demais direitos foram repetidos ao longo do tempo da declaração de direitos da França até as declarações de direitos atuais.

**Nossa CF, Art. 5º, caput -** “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes...*”

Não permite a distinção/diferenciação (a dec. univ. dos dirs. do homem permite a diferenciação para a utilidade de todos). No entanto, em seguida, o próprio texto se contradiz fazendo distinção entre brasileiros e estrangeiros.

Direito a vida atual, corresponde ao direito de resistência à opressão (direito de desobedecer o governo!) da declaração de direitos francesa de 1789.



### QUEDA DO JUSNATURALISMO ASSOCIADA ÀS DECLARAÇÕES DE DIREITOS

O reconhecimento de direitos naturais nas declarações políticas das revoluções burguesas parece ser, em princípio, a consolidação definitiva da ideia de que alguns direitos não são criados pelo homem mas são, pelo contrário, determinados pela natureza e impostos ao homem.

No entanto, a existência dessas declarações políticas tem um outro significado. **Essas declarações também indicam que os supostos direitos naturais precisam ser registrados porque se não o forem serão ignorados, esquecidos e até desprezados.**

Essa indicação sugere/significa que os **direitos naturais**, embora importantes, **não tem força sem o direito positivo**. As declarações políticas, portanto, parecem valorizar dos direitos naturais, mas na prática valorizam mesmo o direito positivo.

A positivação transformou os direitos naturais em **direitos positivos fundamentais**, ou seja, tirou do direito natural seu caráter natural.

A declaração tem 2 consequências: (1) coloca o direito natural no auge, valoriza-o, e ao msm tempo, (2) desvaloriza os direitos naturais porque positiva eles e sugere que sem a positivação eles não são concretizados.

Então, se eu positivo um direito natural, demonstro que quem criou foram os homens.

**A positivação estabelece uma crise para a ideia de direito natural**, e essa crise é ampliada no séc XIX quando **entra em crise** outra noção jurídica vinculada à noção de direito natural: **a noção de direitos universais**, que é a ideia de que certos direitos ultrapassam particularidades políticas, econômicas e culturais, sendo reconhecidos em todo o mundo por todos os seres humanos.

A declaração de revolução francesa que parecia ser universal no séc XIX passa a ser entendido como algo estritamente francês.

Esse texto na verdade nem representa o povo francês inteiro! Só a parcela burguesa! Aquela parcela que: quer ser igual (à nobreza), quer ser livre (economicamente), quer ter segurança e não está contente com o governo nobre absolutista.

Então essa declaração passa a ser vista como uma declaração burguesa!

O Direito sempre é produzido pelo homem, num contexto político, econômico e cultural. O Direito, portanto, não pode nascer da natureza! **O Direito sempre decorre da sociedade**.

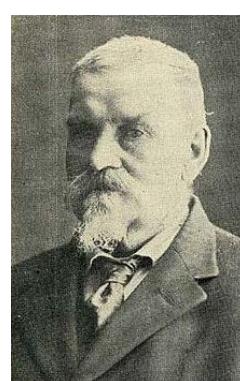
Os teóricos que não defendem essa concepção do Direito como um fenômeno exclusivamente social precisam por isso ser criticados dentro da mentalidade do séc. XIX.

Os jusnaturalistas não concebem o direito a partir da sociedade, antes da vida social sempre existiria a natureza. Os jusnaturalistas então começam a ser criticados.

Não é a toa que só existe a sociologia jurídica depois do séc. XIX, ninguém imaginava que a sociedade vem em primeiro lugar!

**A Filosofia jurídica começa aí! Com a crítica das ideias que defendem o direito natural.**

### TEORIA DE JOHN AUSTIN



Inglaterra, 1790 - 1859

### ANTECEDENTES

- A noção de Direito natural entra em crise.
- A filosofia jurídica é a crítica da metafísica do direito natural.
- A primeira forma de crítica sistemática da metafísica do direito natural é a teoria de John Austin.

## INTRODUÇÃO

No séc. XIX, fazer filosofia jurídica era fazer crítica ao direito natural. A primeira crítica sistemática ao jusnaturalismo aparece em um livro de 1832 publicado na Inglaterra que se chama **"A delimitação do campo de estudo do Direito"**, seu autor é o jurista inglês **John Austin**, por isso Austin é considerado um dos fundadores da filosofia jurídica. Austin dava aula de IED e publicou nelas suas críticas ao jusnaturalismo.

## CRÍTICAS DE AUSTIN AO JUSNATURALISMO

**A teoria de John Austin, em primeiro lugar, apresenta os problemas do direito natural.**

Para Austin, as teorias jusnaturalistas não poderiam ser utilizadas para fundamentar o direito positivo porque elas empregam dois conceitos de modo equivocado. O primeiro conceito é o de direito subjetivo, e o segundo conceito é o de lei. Os dois principais conceitos do direito.

Hobbes e Locke são jusnaturalistas, autores fundamentais para o direito.

Portanto, para Austin, são problemas do jusnaturalismo os dois conceitos que o embasam: o conceito de direito subjetivo e o conceito de leis.

### 1ª CRÍTICA DE AUSTIN: AO CONCEITO DE DIREITO SUJETIVO DO JUSNATURALISMO:

Os jusnaturalistas entendem que o direito subjetivo seria o ponto de partida para o raciocínio jurídico e a lei verdadeira seria a lei natural. Para Austin esta visão do direito está errada.

Primeiramente, a crítica de Austin tinha por base a ideia de que o conceito de **direito subjetivo não era um conceito adequado para servir de base ao raciocínio jurídico** porque ele era um conceito metafísico que estaria, portanto, para além da experiência física do ser humano, **não podendo ser comprovado por meio de fatos sociais**.

O conhecimento do direito, para Austin, não pode começar pelos direitos subjetivos.

O conhecimento jurídico, para ser verdadeiro só pode começar por fatos sociais comprovados. Não se pode comprovar socialmente que todos são iguais. O direito subjetivo, qualquer afirmação sobre a natureza humana em geral, é metafísica (para além do físico).

O que tem comprovação em fatos não são os direitos que as pessoas apresentam, **o que se comprova com fatos são os deveres, as obrigações**. As pessoas se sentem obrigadas a fazer ou deixar de fazer algo; as pessoas são constrangidas a fazer ou não fazer algo.

**Para Austin, o que se comprova socialmente é a existência de obrigações.** A obrigação/dever de: para uma dívida, prestar serviço militar...é comprovado socialmente. O que se manifesta como direito realmente é o dever.

Para entender o raciocínio de Austin, deve-se enxergar relações sociais a partir de direitos e deveres. Os jusnaturalistas achavam que antes de tudo vinham os direitos.



Para Austin, ninguém enxerga um direito (uma possibilidade, uma faculdade), o que primeiro enxergamos é um dever, tanto que só vemos o direito quando o perdemos. Por isso, o ponto de partida dos jusnaturalistas está errado, o ponto de partida devem ser os deveres.

**O raciocínio jurídico, portanto, precisa começar pela identificação dos deveres. O conceito básico do Direito é o conceito de dever.** Onde existe direito, existe uma conduta que foi tornada obrigatória.

O Direito se baseia nos deveres, e a origem dos deveres está nas leis. Por isso, o raciocínio jurídico precisa começar pelo estudo das leis. Numa situação social na qual se percebe uma relação jurídica do tipo direito e dever, o jusnaturalista considera que o ponto de partida é o sujeito do direito (a todo direito corresponde um dever); depois disso, vêm as leis, que só têm a função de registrar (declarar solememente o que já existe naturalmente) a relação jurídica.

**Os deveres são estabelecidos a partir das leis. O estudo do Direito deve começar a partir das leis, e não da natureza.**

### 2ª CRÍTICA DE AUSTIN: AO CONCEITO DE LEIS DO JUSNATURALISMO:

No que diz respeito às leis, as teorias jusnaturalistas não ignoram que elas sejam importantes. O problema é que dentro de uma visão jusnaturalista as leis são reduzidas a uma única espécie: a lei natural.

Os jusnaturalistas pensam que todas as leis deveriam ser reduzidas às leis naturais. Para Austin isso está errado.

Austin reconhece que o estudo das leis não é fácil já que a palavra lei é um conceito complicado por ser ambíguo, tendo em vista que não serve só para o Direito: além das leis jurídicas existem as leis morais, religiosas e da natureza, em sentido científico.

Segundo Austin, o jusnaturalista não percebe as diferenças entre os vários tipos de lei (moral, religiosa, jurídica, científica). “A lei natural é a base para todos os tipos de lei”: então eles misturam todas as leis. “Não matarás” é lei moral e religiosa...os jusnaturalistas dizem que é natural. Ela regula, afinal, a sociedade ou a natureza?

Para Austin, o estudo do direito somente alcançará o conhecimento verdadeiro do direito quando se limitar à compreensão da lei jurídica, excluindo de seu campo as outras formas de lei.

O conhecimento do Direito feito pelos jusnaturalistas não descreve a lei jurídica como ela é. Os jusnaturalistas raciocinam por metáforas e analogias, chamando de lei aquilo que não é propriamente uma lei.

- A gravitação universal que existe na natureza é como se fosse uma lei (metáfora). Os costumes são leis – lei consuetudinária (analogia). Para Austin, isso é errado. A lei é criada pelo Estado, o costume é, apenas, semelhante a uma lei (que vem do Estado).

A linguagem jusnaturalista é imprecisa, e para conhecer o Direito deve-se usar a linguagem precisa, sem analogias, sem metáforas. Ditadura da realidade!

- Pergunta do Victor: “E sobre leis injustas?” Resposta do Batalha: Isso é misturar o Direito com a moral. Uma lei jurídica não é justa nem injusta. Uma análise moral de uma lei jurídica poderia considerar isso.

- Nunca usar a idéia de tradição. O costume ficou em segundo plano, deixou de ser fonte do Direito. A Id. Moderna aniquila as tradições. **Não confundir outros dogmas/conceitos com a teoria de Austin, se o Austin não trata deste assunto deixe de lado.** Dogma: Direito é para resolver conflitos! Austin não diz nada sobre isso, então: não querer misturar!

Para estudar o Direito, portanto, não basta simplesmente estudar a lei. É preciso que este estudo seja limitado, excluindo a moral, a religião e as outras ciências.

**Essa limitação se chama análise.** Logo, conhecemos o Direito analisando a lei jurídica, que é reconhecida por uma análise. **A filosofia jurídica para Austin é a teoria de análise da lei.**

#### Em resumo:

(1) Temos que começar a estudar o Direito a partir da sociedade, dos **fatos sociais**.

(2) O **Direito subjetivo** não se comprova com fatos sociais (isso foi percebido com o processo de crise do direito natural [\*]).

(3) O que se comprova com fatos sociais é o **dever** (por isso é concreto), que é estabelecido pela

(4) lei, não qualquer uma, (5) é somente a **lei jurídica**, que descobrimos qual é, dentre os vários tipos de lei englobados no conceito jusnaturalista de lei natural (lei mora, lei religiosa, lei científica, lei jurídica), por meio de uma (6) análise.

#### [\*] Processo de crise do direito natural:

A passagem de direito natural para direito positivo foi um **processo**:

- (1) O direito natural se desligou da teologia;
- (2) O direito natural se desligou da moral;
- (3) O direito natural foi positivado com as revoluções burguesas;
- (4) Percebeu-se que o direito natural positivado era local, e não universal (crise dos direitos universais).

#### Crítica de Austin aos jusnaturalistas:

Os jusnaturalistas começavam a estudar o direito pelo (1) **direito subjetivo**, que era muito **abstrato** por **não ter comprovação dos fatos sociais**. Além disso, quando olhavam para a (2) **lei**, consideravam-na como **lei natural** e englobavam nesta noção todas as leis existentes, a lei natural científica, a lei jurídica, a lei moral, a lei religiosa...

### A SAÍDA DE AUSTIN PARA O CONHECIMENTO JURÍDICO

#### 1) TEORIA ANALÍTICA DO DIREITO (ANÁLISE DAS LEIS)

Austin quer trocar uma teoria jusnaturalista por uma teoria analítica do Direito.

- Thomas Hobbes e Grócio separam lei jurídica e religião, mas Hobbes não separa lei jurídica de moral. O seu livro "Leviatã" ele chamava de livro de ciência política.
- A filosofia jurídica criticava a dogmática jurídica que se utilizava do direito natural. A dogmática jurídica daquela época era jusnaturalista. **Com isso Austin dá início ao positivismo jurídico.**

A saída para conhecer o Direito de verdade é a delimitação do campo de estudo do Direito por exclusão dos outros aspectos da vida social com os quais o Direito poderia se confundir. Esse método de limitação do raciocínio jurídico às leis jurídicas se chama análise. Logo, o conhecimento jurídico, para Austin, está na análise das leis especificamente jurídicas. Ex: o jusnaturalista pensa que o Direito começa da natureza. Depois de falar da natureza ele explica as leis. Uma pessoa que quer conhecer o Direito não pode pensar desse jeito! "na natureza tem: laranja, abacaxi, Direito...". Deve-se também pensar sem metáforas! sem analogias! Alguém já viu o registro em cartório do contrato social? Deve-se olhar a realidade como ela é!

#### 2) TEORIA IMPERATIVISTA DO DIREITO

O estudo do Direito sob a forma de análise das leis especificamente jurídicas permite a Austin elaborar uma outra teoria para definir em sentido estrito o que seria uma lei jurídica. De acordo com essa outra teoria toda lei jurídica apresenta 3 elementos diferenciadores:

**1º elemento: comando**, ou seja, uma ordem que manifesta uma vontade superior.

Mando: nem toda lei é um mando, só as leis jurídicas e leis religiosas.

**2º elemento:** é a idéia de coerção, pois a lei jurídica é uma ordem baseada no medo de sofrer um mal caso a ordem não seja obedecida.

**3º elemento:** é a idéia de soberania, porque a ordem, que caracteriza uma lei jurídica, tem que ser uma ordem legítima, isto é, habitualmente aceita pela maioria da sociedade como uma relação de poder.

**As leis jurídicas, para Austin, são apenas os comandos coercitivos que vem de um soberano. Isto é a teoria imperativista do Direito.**

#### 3) CONSEQUÊNCIAS PARA O PENSAMENTO JURÍDICO

(conteúdo da próxima aula)

## RESUMO DA MATÉRIA DO 1º BIMESTRE DE FILOSOFIA JURÍDICA

(1) O **conhecimento jurídico** é constituído por três níveis de conhecimento: dogmática jurídica, teoria geral do Direito e filosofia do Direito.

(2) Para o **entender** da filosofia jurídica é preciso antes compreender, as duas primeiras formas de conhecimento jurídico (dogmática e teoria geral do Direito).

(3) A **dogmática jurídica**, (3.1) **primeiro nível do conhecimento jurídico**, (3.2 – definição) é a **racionalização das opiniões jurídicas fixadas pela sociedade** em (3.3) **teorias** que partem de pontos que se tomam como (3.3.1) **inegáveis**.

(3.4) Ela se apresenta como **ciência**, mas não é, pois o compromisso da ciência é com a **verdade**, e se difere da da dogmática é (3.4.1) **manter a coesão social** minimizando dúvidas e diminuindo conflitos. (3.4.2) Daí se dizer que a dogmática é um conjunto de teorias **ideológicas**, pois são teorias de **caráter instrumental** para neutralizar conflitos e produzir respostas para garantir a coesão social, tendo, por isso, **função social** (as teorias dogmáticas são ideologia pois são conhecimento prático para decidir conflitos sociais; reproduzir para fins práticos).

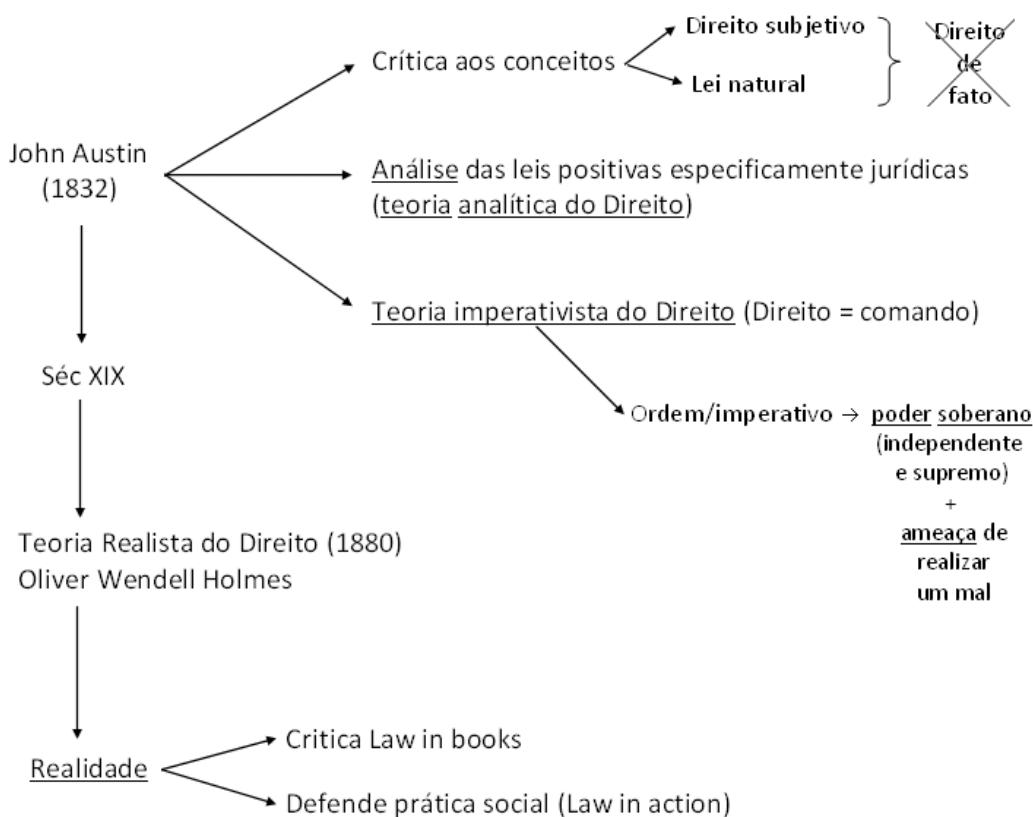
(4) A **teoria geral do direito**, (4.1) **segundo nível do conhecimento jurídico**, (4.2) **auxilia** a dogmática jurídica por ser uma espécie de metodologia para o conhecimento jurídico, oferecendo uma teoria da **interpretação e da aplicação do direito** para os dogmáticos usarem no caso concreto e, assim, (4.2.2) **unificando** a dogmática jurídica, que está fragmentada em ramos do direito. (4.3) A primeira forma de teoria metodológica foi a **subsunção**, que defendia que a interpretação do direito deveria ser “**encaixe lógico das leis nos casos concretos**”. (4.3.1) foi neste momento, com a teoria da subsunção, que a TGD começou a se **delimitar**, separando-se de vez da Filosofia do Direito. (4.4) Com o passar do tempo, essa teoria foi considerada **ultrapassada** (pois o sistema jurídico tem dificuldades para ser um sistema lógico), e foi substituída pela **Teoria Retórica Jurídica**.

(5) A **filosofia jurídica**, (5.1) **terceiro nível do conhecimento jurídico**, (5.2) **auxilia** a TGD a auxiliar a dogmática **fornecendo os conceitos gerais** que a TGD utiliza para unificar a dogmática; (5.3) **questiona** os pontos de partida que a dogmática jurídica considera inegáveis, negando-os. (5.3.1) Foi, aliás, neste momento (em que a filosofia jurídica estabeleceu sua função de crítica) que a filosofia jurídica se **delimitou** (mesmo momento em que a TGD se delimitou com a teoria da subsunção). (5.3.2) Essa **crítica** começou com **John Austin**. (5.3.2.1 – crítica de Austin:) Austin inicia sua crítica ao Direito, mais especificamente ao **Direito natural** - que era o direito regente na época, e estava em **processo de crise** (por ter se desligado da moral e da teologia, e estar em voga o movimento científico) -, criticando as atitudes jusnaturalistas de: (I) partir do **direito subjetivo**, que é muito **abstrato**, e (II) tratar **qualquer lei** (lei moral, religiosa, científica, jurídica) como **lei jurídica**, que, por acreditarem vir da natureza, denominavam **lei natural**.

(5.3.1.2) (Teoria de Austin:) Para Austin, o Direito não era natural, era **positivo**, tendo que ser estudado a partir da sociedade e dos (5.3.1.2.1) **fatos sociais**. O direito subjetivo (do direito natural) não se comprova com fatos sociais (por isso o direito natural é abstrato). (5.3.1.2.2) O que pode ser comprovado por fatos sociais é o **dever** (por isso é mais concreto), que é estabelecido pela (5.3.1.2.3) **lei**, mas não qualquer uma, e sim a específica (5.3.1.2.4) **lei jurídica**, que se diferencia das demais leis (religiosa, moral, científica...) a partir de uma (5.3.1.2.5) **análise** (delimitação do pensamento). (5.3.1.2.6) Assim, Austin propõe trocar a teoria jusnaturalista por uma **teoria analítica do Direito**. (5.3.1.2.6.1) Com o estudo do Direito sob a forma da teoria analítica (analisando as leis especificamente jurídicas), Austin elaborou uma outra teoria, a **teoria imperativista do Direito**, que define em sentido estrito o que seria uma lei jurídica de acordo com 3 elementos: (5.3.1.2.6.1.1) **comando** (uma ordem que manifesta uma vontade superior), (5.3.1.2.6.1.2) **coerção** (a lei jurídica é uma ordem baseada no medo de sofrer um mal caso a ordem não seja obedecida) e, (5.3.1.2.6.1.3) **soberania** (o que legitima a ordem por ser aceita pela maioria da sociedade como uma relação de poder). (5.3.1.2.6.2) Assim, as **leis jurídicas**, para Austin, **são** apenas os **comandos coercitivos que vem de um soberano**.

## 2º BIMESTRE

13.05.09 - 2ª aula do 2º bim (A 1ª aula foi a correção de prova)



A filosofia especificamente jurídica tem início no século XIX com a teoria do direito positivo proposta por John Austin (1832). Essa teoria traz uma crítica metafísica do Direito natural sob a forma de crítica aos conceitos jurídicos tradicionais.

Austin critica o uso de 2 conceitos jusnaturalistas: o conceito de direito subjetivo como conceito central e o conceito de lei natural como sinônimo de lei jurídica. Para Austin esses conceitos somente provocam confusão no conhecimento jurídico. Eles não revelam o que é Direito de fato na vida social.

Para conhecer o Direito de verdade, a única saída na visão de Austin é utilizar uma metodologia analítica, limitando o estudo do Direito às leis positivas especificamente jurídicas (com caráter especificamente jurídico). Conhecer o Direito é fazer análise das leis jurídicas. Essa proposta de Austin ficou conhecida como Teoria Analítica do Direito.

A filosofia jurídica de Austin, porém, não é apenas uma teoria analítica do Direito, ela também é uma Teoria Imperativista do Direito na medida em que identifica Direito e comando.

As leis jurídicas para Austin são comandos coercitivos do soberano, logo, para conhecer o Direito de verdade é preciso identificar se existe numa certa situação uma ordem ou um imperativo imposto pelo poder soberano com base em ameaça de realizar um mal caso a ordem não seja cumprida.

### CONSEQUÊNCIAS DA TEORIA DE AUSTIN PARA O PENSAMENTO JURÍDICO

**Essa Teoria Imperativista do Direito traz 3 consequências para o estudo do Direito:**

**Conseqüência 1:**

O Direito não é mais entendido como um fenômeno natural. O Direito se torna um fenômeno exclusivamente social, um produto da sociedade, que se manifesta por meio do poder soberano dela (poder soberano da sociedade). O Direito vem da soberania. Estudar o Direito é estudar o que

a soberania diz, impõe. Então, melhor do que usar conceitos metafísicos para compreender o Direito, é usar conceitos sócio-políticos. Estude ciência política! Não use direito metafísico, a vida do humano é mais importante que a de uma tartaruga! (alusão ao texto do Ives Gandra). Os juízes devem falar em dever, soberano, comando!

### **Consequência 2:**

O Direito não é mais expressão da liberdade, é expressão de poder que age sobre a sociedade por meio de ordens e ameaças. O Direito, portanto, passa a ser visto como fenômeno repressivo.

O Direito não significa mais liberdade, porque a liberdade é característica do Direito natural, que era vigente anteriormente, e que via o direito subjetivo como centro, e o direito subjetivo voltava-se às faculdades e ao metafísico.

O papel da lei é criar obrigações e proibições.

### **Conseqüência 3:**

Todas as diretivas/ordens que não preenchem os requisitos da teoria imperativista não são consideradas manifestação do Direito. Os costumes, as declarações de direitos fundamentais (direito constitucional)<sup>1</sup> e os acordos internacionais/entre países (direito internacional)<sup>2</sup> não preenchem os requisitos da teoria imperativista. Esses fenômenos sociais, portanto, não são Direito para Austin. Esses fenômenos são parte da moral.

- **Conseqüência 1: Direito é soberania (aquilo que o soberano diz impondo)**<sup>3</sup> - o substituto do poder de Deus é o poder soberano do homem.

- **Conseqüência 2: Direito é repressão** (Direito é para controlar o mal com mal, por isso, a principal área do Direito é a penal...com o passar do tempo isso foi sendo dogmatizado, incorporado no senso comum)

- **Conseqüência 3: Alguns fenômenos que parecem jurídicos, que parecem Direito, não são.**

Essas consequências da filosofia jurídica de Austin tiveram grande repercussão no séc XIX. A teoria de Austin tem grande influência, sendo discutida até hoje.

Em muitos países, as idéias da teoria imperativista foram incorporadas à dogmática jurídica (à doutrina).

Nos EUA, porém, a filosofia jurídica de Austin foi contraposta a uma outra teoria que começou a ser elaborada no final do século XIX e se tornou depois a principal contribuição americana para a filosofia jurídica.

Essa teoria é chamada **teoria realista do Direito**, que tem início com os livros do juiz Oliver Wendell Holmes, a partir de 1880. Para os EUA, Holmes é seu pai da filosofia jurídica.

Qual a relação entre a teoria imperativista do Direito de Austin e a teoria realista de Wendell?

A teoria realista concordava com a teoria de Austin em sua crítica aos conceitos jusnaturalistas. Os realistas também propõem uma crítica à metafísica do Direito Natural. Os realistas também apontavam que o conhecimento verdadeiro do Direito corresponde ao conhecimento empírico do Direito. Saber o que é Direito é saber o que é Direito de fato na sociedade. No entanto, para os realistas, não bastava simplesmente trocar os conceitos da doutrina tradicional. Não bastava trocar conceitos metafísicos por conceitos sócio-políticos. Para os realistas a realidade do Direito não está em conceitos que se manifestam em livros teóricos (a realidade não está "Law in books"), a realidade do Direito está na prática social, ou seja, no modo como o Direito é afirmado em

<sup>1</sup> Com exceção do Poder Constituinte Originário. O PCO e o poder soberano são a mesma coisa (sinônimos).

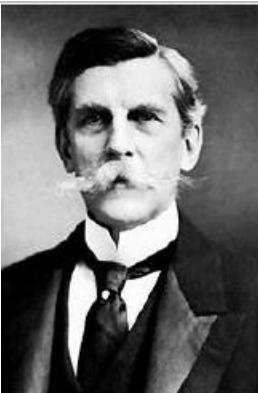
<sup>2</sup> Entre países. Mesmo os acordos que criam obrigações, para que elas sejam válidas num país, tenham coerção, essas ordens precisam ser recepcionadas no nesse país.

<sup>3</sup> Soberania é independência (na ordem internacional) + supremacia (na ordem nacional, interna). Atualmente, ainda existe isso (soberania), mas concorre com os tratados internacionais. O juiz pode aplicar tratados internacionais ainda que ele não tenha sido recepcionado formalmente no sistema.

comportamentos dos profissionais da área jurídica. Ser realista é defender o law in action. O que revela o Direito é o processo judicial na prática/vivo. Direito morto é o dos livros. Direito é a situação na qual o poder judiciário afirma a existência de um dever. Isso lembra comando coercitivo do soberano, mas se afasta do conceito de lei. O Direito não está nas leis, está na decisão do juiz. Para os realistas as leis são meras desculpas para a sentença jurídica (sua decisão) ter objetividade.

20.05.09 - 3ª aula do 2º bim

## REALISMO



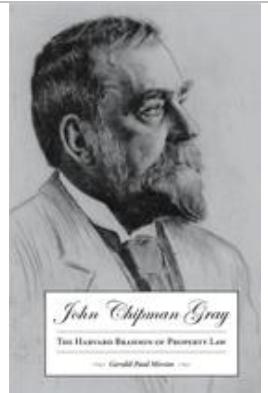
Oliver Wendell Holmes



Karl Llewellyn



Jerome Frank



John Chipman Gray

Movimento realista dos juristas norte-americanos.

Os autores deste movimento não discordam totalmente da teoria analítica de Austin.

Ambos entendem que os conceitos jusnaturalistas (direito subjetivo, lei natural, liberdade, igualdade, natureza) não descrevem de fato o que é o direito dentro de uma sociedade, pois nenhum destes conceitos pode ser comprovado.

Os textos jusnaturalistas falam, falam, falam...e não dizem nada!

Para os analíticos o caminho para saber o que é o Direito de fato é a análise. E o que a sociedade coloca como Direito de fato são as leis positivas especificamente jurídicas, que são mandos coercitivos do soberano.

Para os realistas, o caminho para reconhecer o que é de fato Direito numa sociedade é o estudo das situações/práticas sociais efetivas nas quais o Direito é afirmado.

Para os realistas o conhecimento do Direito somente é possível por meio do estudo empírico (estudo não analítico)/concreto da prática social efetiva na qual o Direito é afirmado. Somente aí conhecemos o que é o Direito de fato existente numa sociedade.

Esta prática, para os realistas norte-americanos, corresponde ao processo judicial.

O conhecimento verdadeiro do Direito, portanto, dentro de uma visão realista, não decorre do estudo das leis ou do estudo das doutrinas, o conhecimento jurídico verdadeiro decorre do estudo das determinações que os juízes estabelecem dentro dos processos judiciais, o Direito é o que os juízes impõem como Direito.

O Direito (positivo) se manifesta por meio do poder judiciário. Nesta visão, o que deveríamos estudar na faculdade de Direito seria a jurisprudência. Se estudamos mais doutrinas e códigos então a orientação filosófica da faculdade é analítica (Austin + Kelsen, que valorizou as doutrinas).

O estudo empírico do processo judicial é onde está o Direito!

Essa imposição judiciária pode criar a idéia de que os realistas pensavam que o Direito vigente é o direito aplicado.

Uma lei que nunca pegou para os realistas não é Direito. Ex: A lei federal colocada por Jânio Quadros, que proibiu o uso de biquínis nas praias! Expressamente a lei entrou em vigor na data de sua publicação. Existiu de 61 a 91, quando foi revogada por Collor, mas em todo esse período, as mulheres continuaram indo de biquíni nas praias! Para um realista pode-se dizer que esta lei nunca foi vigente!

No entanto, é preciso tomar cuidado com a expressão Direito aplicado no contexto do realismo jurídico.

Aplicação é uma atividade que pressupõe duas instâncias:

- (I) o que será aplicado, e
- (II) o que sofrerá aplicação.

No caso do Direito, aplicação, em geral, significa incidência de uma regra sobre um fato/caso concreto.

Há problemas em usar o termo aplicação para os realistas. Este não é o modelo da subsunção (de aplicação da lei no caso concreto).

Para os realistas, porém, não é a incidência que caracteriza o processo judicial. Em uma visão realista não existe Direito anterior e exterior à prática processual. O Direito é o próprio processo! O Direito está no processo, logo, para a filosofia realista do Direito, não existe aplicação em sentido exato, o Direito não é aplicado pelo juiz/tribunais, o Direito é criado pelo juiz/tribunais. Antes do juiz aplicar não existe o Direito!

- Victor: Inexistiria um recurso, e sim um novo processo!

- Batalha: Sim!!

A lei é apenas um pedaço de papel: você pode usar o código...a revista veja...o caderno da aula...

Poder coercitivo do soberano  
X  
Imposições forçadas do juiz

troca o Poder Legislativo  
pelo  
Poder Judiciário

O juiz decide de acordo com sua cabeça, com o comportamento que ele observa dos outros juízes.  
Me sinto obrigado somente quando o juiz impõe!

Este é um Direito completamente subjetivo!

Não há nada que regule o comportamento/as decisões, apenas há tendências que são seguidas em determinados casos (observações de comportamentos habituais).

- Victor: Isso causa insegurança social!

- Batalha: Sim!!

Se o juiz é habitualmente corrupto, tendemos a saber que sua próxima decisão será corrupta, e vale como Direito!

O Direito são situações impostas pelo Judiciário.

Direito é política, e mais...como a política hoje é econômica, o Direito segue a economia!

A visão realista do Direito tem como consequência uma postura cética sobre a existência de regras como um fenômeno autônomo.

As regras não tem existência própria, o que existem são imposições, imperativos concretos, comandos efetivos.

O Direito não é um sistema autônomo/separado/distinto do sistema social. O Direito é um fenômeno intrinsecamente social. O Direito é uma parte da sociedade; está dentro do fenômeno social. Se manifesta em comportamentos sociais.

A teoria capaz de compreender o Direito é a teoria capaz de identificar e prever comportamentos sociais, mais exatamente, o comportamento dos juízes nos processos judiciais.

Isso aproxima bastante o realismo jurídico das teorias sociológicas do Direito.

Tanto a filosofia realista quanto a sociologia jurídica defendem 2 idéias básicas sobre o conhecimento jurídico:

Idéia básica 1 - (I) O Direito é sua prática social efetiva;

Idéia básica 2 - (II) O único método para estudar o Direito capaz de revelar sua realidade é o método empírico, ou seja, o estudo dos comportamentos sociais.

Existe, porém, uma diferença sutil entre a filosofia realista e a sociologia jurídica. Esta diferença é o foco. As teorias sociológicas do Direito observam as instituições jurídicas para melhor compreender a sociedade. A sociologia passa pelo Direito para ver como é a sociedade por trás dele. Já as teorias realistas observam os comportamentos sociais dos participantes dos processos judiciais (especialmente os juízes) para melhor compreender o Direito positivo. A filosofia realista é uma parte do conhecimento jurídico que defende que a existência do Direito é sua realidade social.

O método predominante entre os realistas é o método behaviorista. Este método também é utilizado pelos sociólogos, mas os sociólogos utilizam o behaviorismo para além do processo judicial (porque estão interessados na sociedade como um todo, e não só no processo).

Além disso, nem todo realista se destaca pelo método behaviorista.

Gray e Llewellyn utilizaram o método em seus estudos do processo judicial. Já Oliver Wendell Holmes não fez uso deste método. Holmes pretendia apenas criticar a teoria da subsunção (aplicação da lei como encaixe lógico da lei no caso concreto). Holmes apenas queria criticar a idéia de que os juristas decidem de um modo lógico (através da subsunção).

O mais radical dos realistas, Frank, também não utilizou o método behaviorista nos seus estudos sobre o processo judicial, ele preferiu utilizar de outro método empírico, a psicologia. Com isso, Frank criou uma modalidade própria de realismo, em vez de propor um realismo comportamental marcado pelo ceticismo psicológico marcado pelo completo subjetivismo. Este é o detalhe que faz de Frank um radical. Frank é um cético não só perante as regras, mas também perante os fatos!

Duvido! De modo absoluto! Se não tenho uma prova absoluta de que aquilo está correto eu suspendo um juízo (não afirmo nada)!

Direito não é regra! São comportamentos que eu vejo na vida social!

É cético de fatos também porque estuda a mente dos juízes.

Dentro do processo judicial todos os enunciados são marcados pelo subjetivismo. Não existe afirmação que não seja filtrada pelo consciente e inconsciente dos participantes do processo. Tudo é envolto de preconceitos e predisposições (psicológicas, especialmente). Os juízes decidem com base nisto.

Frank estuda os processos, especialmente, os de júri.

Se for composto em maioria por mulheres...se o réu for negro...se o jurado estiver de mau humor...tudo interfere na decisão!

A decisão é resultado destes preconceitos e predisposições, e o Direito, em consequência, é um fenômeno completamente subjetivo! O que existe de objetivo é o reconhecimento do subjetivo!

Tudo é relativo, inclusive a Justiça!

Cap. 2, item 2 do livro Transformações na teoria geral do direito (Muñoz)

27.05.09 - 4ª aula do 2º bim

Qual a relevância política da escolha do novo membro integrante da suprema corte norte-americana?

A relevância política na escolha de um ministro da Suprema Corte dos EUA é enorme.

Na Inglaterra o governo sempre teve como imagem o rei, então o Direito era constituído pela lei jurídica (comando coercitivo do soberano). Já nos EUA a imagem de Direito que se desenvolveu não foi por meio de textos, eles apenas representam a realidade. Nos EUA o Direito é feito da prática dos tribunais, o processo judicial. A idéia de Direito nos EUA está associada à realidade, à prática social efetiva que se identifica com o processo judicial realizado nos tribunais.

Aqui no Brasil não tem hierarquia, o juiz de 1ª instância pode decidir contra o STF. Nos EUA o juiz é completamente vinculado, tem que decidir conforme os superiores mandam.

A relevância da escolha de um novo membro da Suprema Corte é tão importante em outro país de sistema anglo-saxão/jurisprudencial, quanto é nos EUA? Tanto na Inglaterra quanto nos EUA o Direito é jurisprudencial, mas diferem quanto a orientação (análítica e realista). Por isso, essa escolha é mais importante nos EUA, por ser um sistema de orientação realista. Na Inglaterra um membro da Suprema Corte não tem tanto poder quanto nos EUA, pois por ser um país com o Direito de orientação analítica, deve seguir a lei escrita, não importando a decisão de um juiz hierarquicamente superior já que a decisão de um juiz hierarquicamente inferior pode ser diferente.

Textos não são a realidade do Direito, eles apenas representam. Textos são palavras, que tem caráter meramente representativo.

A prática social efetiva é aquela que se dá por meio do processo. Para ver o processo de verdade preciso ver o que os juízes decidem.

As decisões da Suprema Corte são as que em última instância dizem o que é Direito.

A Constituição é um texto, e o nosso foi remendado 57 vezes! Por isso podemos ouvir algumas pessoas dizerem que a Constituição dos EUA é boa, porque nunca foi remendada...

Direito para os realistas é a prática social efetiva que se manifesta nos tribunais.

Para os EUA, saber a Constituição é saber o conjunto das decisões proferidas pela Suprema Corte. Esta é a visão realista; filosofia realista do Direito.

Num país onde se desenvolveu a filosofia realista do Direito, tem muita importância a escolha dos juízes, e, principalmente, os da Suprema Corte.

Se nos EUA a filosofia realista tem todo esse impacto, nós aqui no Brasil poderíamos usar o realismo também para conhecer o Direito brasileiro?

A faculdade de Direito GV, 2 anos antes de formar o curso de Direito fez seus professores estudarem realismo lendo Llewellyn, Holmes... Qual o objetivo desta faculdade? Pode-se estudar Direito brasileiro com a filosofia realista?

Análise dos juristas na apostila:

- Ellen Gracie: leituras mais jurídicas, mais estatal, aplicação da lei (legalista)
- Gilmar: leituras mais políticas, mais cidadão, garantia de direitos (garantista – não está preocupado estritamente com a lei, e sim com a garantia de direitos, mesmo que tenha que decidir contra a lei)

Por meio de uma visão realista do Direito é possível desenvolver pesquisas empíricas sobre a atuação dos juízes dentro dos tribunais. Essas pesquisas empíricas contribuem para uma certa previsibilidade do Direito. O estudioso realista torna-se capaz de apontar tendências dos tribunais, ele conhece probabilidades no campo do Direito positivo.

Hoje em dia os advogados que mais ganham dinheiro são os que fazem consultoria (e não contencioso), por meio de pesquisas jurídicas, montando estratégias, sabendo probabilidades.

O realismo contribui para um Direito de sistema romano (e não apenas tipicamente anglo-saxão) porque possibilita perceber as probabilidades dos tribunais/das decisões judiciais.

Apesar disso (dessa contribuição), a visão realista do Direito traz um problema para os juristas: ela elimina a certeza completa sobre o Direito (isso provavelmente vai ser considerado Direito pela Suprema Corte se...).

Só é possível afirmar o Direito provável, ou seja, o que provavelmente será decidido pelos tribunais, e mesmo esse entendimento não será desenvolvido com instrumentos tipicamente jurídicos. Só se pode falar em probabilidade, e sem instrumentos tipicamente jurídicos. Para falar de probabilidade o método será empírico emprestado da sociologia ou da psicologia. Na visão realista o Direito não tem um método próprio.

Se o jurista quiser desenvolver um conhecimento científico do Direito, ele terá que elaborar um estudo de sociologia jurídica ou psicologia jurídica. O cientista jurídico ou vira sociólogo ou psicólogo.

A visão realista do Direito indiretamente reforça a imagem do Direito como retórica, ou seja, o estudo do Direito como um conhecimento pouco objetivo mais voltado para a persuasão e para o convencimento do que a verdade e a realidade.

O realismo propõe método, o empírico, mas esse método reforça a idéia de que o método não é próprio, é sociológico ou psicológico (Direito sem método).

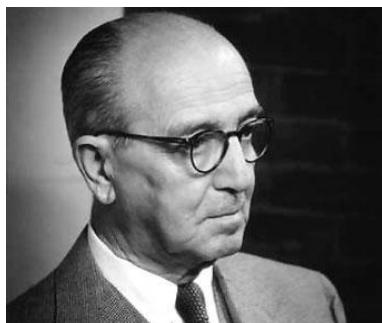
O realismo é muito criticado por esse problema de não apresentar um método jurídico de estudo do Direito.

O principal crítico foi o jurista austríaco Hans Kelsen. Ele entendia que o realismo era preferível ao jusnaturalismo porque o realismo ao menos estuda fatos enquanto o jusnaturalismo é apenas metafísica (divagação não empírica, divagação abstrata que não pode ser comprovada).

No entanto, o método realista para tratar dos fatos era inadequado na visão de Kelsen, pois ele acaba confundindo o Direito com a sociologia e a psicologia. Kelsen critica o uso do método empírico.

O melhor método de estudo do Direito, para Kelsen, é o método que separa o fenômeno jurídico perante os outros fenômenos sociais. Este método é o método analítico proposto por Austin. Logo, na visão de Kelsen, a filosofia do Direito não deveria seguir o caminho americano, o caminho realista, ela deveria retomar Austin. Em vez de desviar pelo realismo deve-se continuar no caminho de Austin.

O conhecimento verdadeiro do Direito dependeria de uma teoria analítica do Direito. Essa teoria, porém, deveria ser mais radical do que a de Austin, porque segundo Kelsen, a análise proposta por Austin ainda era incompleta, ela apenas separava o Direito perante a moral, a religião e as ciências da natureza, ficava faltando separar o Direito perante a política, a sociologia e a psicologia. Esse caminho (radical, de separar o Direito de tudo) se chama teoria pura do Direito.

**HANS KELSEN**

Kelsen é um positivista. Este comentário não é de todo errado se se entender que o positivismo é uma forma de compreender o Direito que acredita que todo Direito vem do poder humano (o Direito não é um produto sobre humano). A defesa desse Direito positivo não depende da moral. Em geral o positivismo é isso.

Direito é produto do ser humano.

Não existem outras formas de Direito (só o positivo).

A defesa do Direito não depende de conceitos morais (ex.: Justiça).

Dá para encaixar Kelsen nisso.

Não se deve pegar etiquetas e rotular autores em Filosofia Jurídica. A melhor forma é entender os autores dentro de seu contexto e no momento em que suas obras foram produzidas.

O que Kelsen queria ao escrever obras como "O que é Justiça?". Queria se opor ao movimento realista do Direito, o movimento que ocorria na época.

Teoria pura do Direito foi escrita para criticar o Realismo.

Olhar para Kelsen e dizer: **Kelsen é um crítico do Realismo Jurídico.** Isso é melhor que dizer que ele é positivista.

Kelsen discordava da utilização do método empírico como metodologia jurídica.

O método empírico até poderia ser utilizado por sociólogos e outros cientistas sociais ao estudar o Direito.

Os especialistas em Direito, porém, não devem usar esse método, segundo Kelsen.

A observação direta dos fatos sociais só cria confusões e incertezas na identificação do Direito vigente.

Os juristas só conseguem dizer o que é provável, e não o que é Direito com certeza (pelo método empírico).

O Direito no realismo não tem uma metodologia própria.

Para garantir uma metodologia jurídica, Kelsen propõe a retomada do método analítico defendido por Austin.

Para fazer uma monografia (estudo jurídico) o método tem que ser analítico.

**Essa retomada, porém, precisa ser radical, segundo Kelsen. É preciso ser mais analítico.**

Frase de Kelsen na obra "O que é Justiça?": "É preciso ser mais analítico que o próprio Austin". Mas porque?

A definição do Direito como comandos coercitivos do soberano ainda mistura, o fenômeno jurídico com aspectos de outros fenômenos sociais → comando (situação social), coerção (situação psicológica: ameaça que provoca o medo), soberania (situação política).

Crítica de Kelsen ao Austin: A definição do Direito como comandos coercitivos do soberano não é uma definição jurídica. É sociológica, psicológica, política.

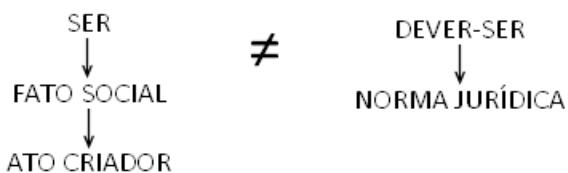
O método analítico precisa ser completo para garantir uma definição jurídica de Direito. A análise tem que isolar o Direito perante todos os outros fenômenos sociais.

Como separar o Direito dos outros fenômenos sociais? Kelsen responde: Na visão de Kelsen o isolamento que garante uma definição jurídica de Direito é resultado da análise que pressupõe a separação completa entre ser e dever-ser.

Essa é metodologia proposta por Kelsen para conhecer o Direito de um modo verdadeiro sem as incertezas e as confusões do método empírico.

Metodologia do Kelsen: método analítico (proposto por Austin) + separação de ser e dever-ser.

A separação entre ser e dever-ser no estudo do Direito corresponde à separação entre a existência social do Direito e a existência jurídica do Direito, a separação entre fato e norma, a separação entre o ato criador de uma lei e a lei criada por esse ato.



Ainda que uma norma ou uma lei precise de fato e atos humanos para surgir no mundo (isso é própria definição de Direito positivo, aquele que vem de fatos sociais, atos humanos, não existe nenhum Direito dado, só criado!), fatos e atos são apenas condições necessárias para o surgimento do Direito positivo, não são condições suficientes para a existência de obrigações jurídicas.

Uma lei não é obrigatória simplesmente porque tem origem em um comando coercitivo do soberano. Em muitos casos a obrigação não depende do comando, ou seja, da vontade do legislador, em seus aspectos sociais, políticos e psicológicos. Ex.: mesmo que a vontade da sociedade mude isso não implica diretamente mudança da lei ou da norma criada por essa vontade.

É possível até mesmo que a obrigação jurídica seja contrária à verdadeira vontade do legislador.

Exemplo que ele dá...

Para que uma lei seja aprovada muitas vezes basta um levantar de mãos. Uma lei se aprova quando há uma maioria de mãos levantadas a favor daquilo.

Mas quem garante que essa seja mesmo a vontade? Pode ser um mero espreguiçar!

Lei criada para um fim acaba atingindo outros inicialmente não desejados.

As normas e as leis jurídicas não obrigam, segundo Kelsen, porque estão baseadas em comandos que representam/expressam a vontade do legislador.

As normas e as leis obrigam porque têm validade.

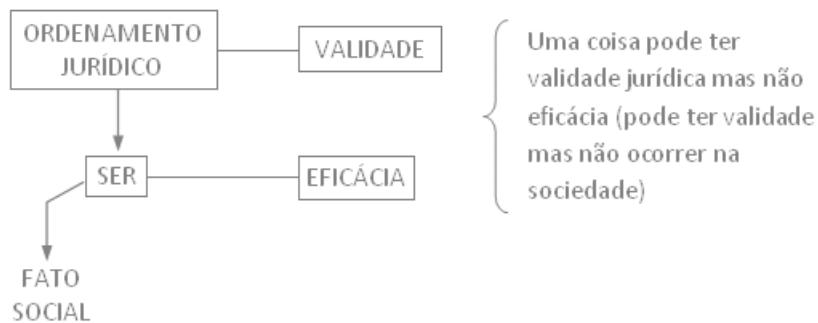
Essa é a forma especificamente jurídica de tratar da existência do Direito. Uma norma existe quando é válida e deixa de existir quando perde a validade. A existência na visão de Kelsen não é apenas uma questão social, ela é, para o especialista em Direito, uma questão de validade.

Portanto, conhecer do Direito não é identificar comandos do soberano ou decisões dos juízes.

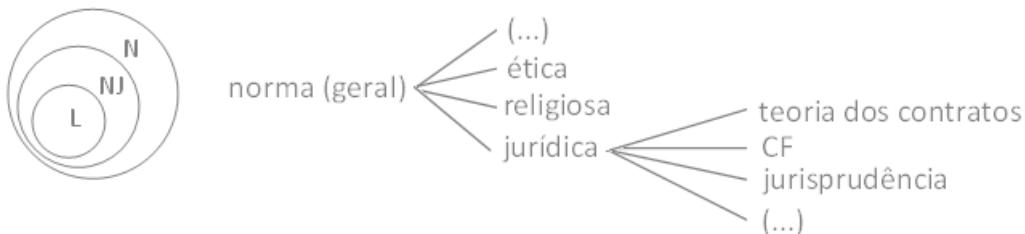
Para o jurista não interessa diretamente a manipulação social do Direito, o que interessa é a manifestação jurídica do Direito, e essa manifestação jurídica se chama validade.

Austin: "Se eu quiser saber o que é Direito tenho que olhar para fora do texto, na sociedade."  
 Kelsen: "Não precisa olhar para a sociedade. É olhar para a CF. Não precisamos olhar para fora do Direito (fatos sociais) para saber se é Direito, olhe para a CF!"

Uma norma existe graças à outra norma que lhe dá validade.  
 De onde veio a primeira norma? (próxima aula)



Qual a diferença entre lei e norma para Kelsen?



### Prova:

Texto:

Bula de remédio:  
 blábláblá  
 blábláblá  
 blábláblá

Este texto pode ser considerado Direito?

De acordo com:

- Austin: ???
- Realistas: ???
- Kelsen: ???

10.06.09 - 6ª aula do 2º bim

Uma coisa é dizer que o Direito, a liberdade, a Justiça estão na natureza como fenômenos naturais, outra é dizer que essas coisas são da sociedade, foram criadas por humanos. Isso é algo abstrato.

Kelsen diz que não se deve ver o fenômeno na sociedade senão todos os juristas devem virar sociólogos. O Direito não está na natureza, nem na sociedade (o que já é muito abstrato), e sim no ordenamento jurídico (o que é mais abstrato ainda!).

Eu → Por que se diz que o Direito vir da natureza é concreto e vir da sociedade é abstrato?

Explicar o Direito como fenômeno natural...não dá mais!  
O Direito é um fenômeno social! E não natural! O Direito não é metafísico, é cultural.  
Ex: há direito aos escravos! ....depois... não há mais direito aos escravos! Todos são iguais e livres!  
... isso é cultural.

Vê-se o Direito quando:

- (Austin): o ser social (soberano) dá uma ordem coercitiva
- (Realistas): tribunais decidem

Nestes momentos o Direito ganha existência social.

Kelsen: as leis demonstram o Direito, mas sob aspecto apenas sociológico.

As obrigações tem existência autônoma. Não interessa o que o soberano quer, se não tiver validade não rola!

Kelsen separa o Direito da sociedade.

Um filho nasce do pai, tem características dele, mas tem vida própria!

Kelsen: os juristas são especialistas em dizer quando uma lei é válida.

Onde o Direito se manifesta?

- Austin: Nas leis (são textos; lei vem do latim “lex” que significa ‘aquilo que deve ser lido’)
- Realistas: As leis são só papel. O Direito efetivado com as decisões dos juízes. Quando o Direito existe/quando o Direito positivo é posto? Nos tribunais!

Direito Positivo: todo Direito posto pelo homem por meio de fatos e atos sociais.

O Direito é posto:

- Para Austin: quando o soberano manda com coerção
- Para os Realistas: quando o Direito posto é imposto pelos tribunais
- Kelsen: quando tem validade, quando obedece leis já postas pela sociedade. (As leis vem de leis. A primeira lei é a norma fundamental, que é hipotética.)

Do ser eu não tiro deveres (o dever-ser)

Não é pq fulano fala q tem q ser daquele jeito que é normativo. Só é normativo se obedecer as regras de validade.

Para existir uma norma precisa existir uma norma anterior que a reconheça.

A distinção entre ser e dever-ser é introduzida por Kelsen para garantir um conhecimento jurídico certo e especializado. Perceber que os deveres tem existência própria, independente de sua origem social, garante um conhecimento jurídico que não se reduz à sociologia e tem um método próprio, diferente do método empírico proposto pelos realistas.

A distinção, porém, também tem uma outra consequência: ela estabelece uma nova forma de compreender o processo de criação do Direito. Esse processo não é mais um processo puramente social. O processo legislativo (criação de leis) e o processo judicial (criação de decisões) precisam ser compreendidos de uma nova forma a partir da filosofia de Kelsen.

Kelsen diz: A criação de leis e decisões judiciais é produto da vontade humana. A lei vem da vontade do legislador, a decisão judicial vem da vontade do juiz, no entanto, segundo Kelsen o especialista em Direito (o cientista do Direito) que não se confunde com o sociólogo e, separa ser

e dever-ser, vê a realidade das leis e das decisões judiciais de outra maneira. Essa outra maneira é: O cientista do Direito entende que a obrigação estabelecida pelo legislador e pelo juiz não decorre do legislador e do juiz. Os deveres jurídicos não decorrem de seres humanos (é isso que significa separar ser e dever-ser). Um dever só aparece devido a uma norma que identifica uma situação social como fonte de obrigações.

- Austin tira do ser o dever-ser
- Kelsen: Algo só é obrigação jurídica porque há uma norma que qualifica esta situação social como fonte de obrigações. A origem de uma obrigação não é a vontade do soberano.

Um dever nasce de uma norma, ele não nasce diretamente de uma realidade social.

Uma lei criada só tem validade se outra lei a profere.

Realistas confundem validade e eficácia. Kelsen não! Ainda que eu nunca cumpra com o contrato, ele existe! As coisas podem ter validade e não eficácia, e mesmo não tendo eficácia é Direito, porque é válido.

Para o jusnaturalismo as obrigações vêm da natureza, existem obrigações naturais.

Para um crítico do jusnaturalismo (Austin ou realistas), a obrigação pode contrariar a natureza se assim determinar a sociedade. “Mesmo que a natureza destrua os mais fracos, nós temos que protegê-los!”. A obrigação é jurídica. Preciso de uma lei determinante para que um fato social seja fonte de deveres.

**Essa norma que qualifica fatos como fonte de obrigações jurídicas precisa, porém, ser ela própria uma norma jurídica. Ela precisa ter validade jurídica. Essa validade, segundo Kelsen, é conferida por uma outra norma superior que qualifica o fato criador da norma como fonte de normas jurídicas.**

Para que exista uma obrigação jurídica preciso de um fato se encaixe numa norma.

Para essa norma existir preciso que ela se encaixe em outra.

O cientista do Direito, portanto, só consegue conhecer o Direito positivo quando qualifica fatos sociais a partir de normas e pensa essas normas como uma estrutura hierárquica dentro da qual as normas inferiores se submetem às normas superiores que lhe conferem validade.

Para conhecer o Direito é preciso pensar o ordenamento jurídico como uma estrutura piramidal. Daí a famosa idéia da pirâmide de Kelsen, que não foi ele que pensou, mas sim um aluno dele, e ele adotou a idéia.

Para conhecer o Direito não era essa a recomendação dos jusnaturalistas, tinha que olhar para a natureza (olhar metafísico).

Para Austin e os realistas olhar para a sociedade: ou soberano, ou tribunais.

Para Kelsen, nem natureza, nem tribunais. Pode olhar para os fatos mas ver se eles são validados por normas!

Isso, no entanto, traz um problema teórico: se o conhecimento jurídico é uma questão de validade e toda situação de validade decorre de uma norma anterior, dentro da estrutura do ordenamento jurídico, como explicar teoricamente a validade da primeira norma da hierarquia jurídica (primeira constituição histórica) se não há norma nenhuma antes dela? A resposta de Kelsen para este problema é a hipótese da norma fundamental. A norma fundamental é uma saída para um problema teórico.

17.06.09 - 7ª aula do 2º bim (última aula do bimestre)

O critério para identificar a existência do Direito Positivo na visão de Kelsen é o critério da validade. Esse critério não é o único critério para identificar o Direito. Existem outros critérios, por exemplo, o critério da presença da sanção no enunciado normativo. Mesmo Kelsen reconhece que os juristas também podem utilizar a presença da sanção para diferenciar Direito e moral. As normas jurídicas são diferentes das normas morais porque a moral não é uma ordem coercitiva, a moral apenas impõe determinados comportamentos como certos ou errados, ela não estabelece sanções explícitas e diretas em seus enunciados, as sanções aparecem no campo do Direito. Em geral, as normas jurídicas atribuem sanções para os comportamentos que se desviam.

Quando comparo o Direito com a moral posso usar o critério da sanção.

No entanto, Kelsen ressalta que este critério não é suficiente para identificar o Direito em todas as situações. Diante da moral o critério da sanção é útil, mas em outras situações é possível identificar uma norma jurídica sem sanção, por exemplo, as normas que apenas estabelecem definições, como o art. 1º da CF/88. O art. 1º da nossa CF não tem sanção e é uma norma jurídica. Existem normas que são jurídicas mesmo sem apresentar sanção direta e explícita em seu enunciado, nessas situações o critério para identificar o caráter jurídico da norma é sua validade perante outras normas do sistema jurídico, por isso, na visão de Kelsen, a validade é o melhor critério para identificar o Direito em todas as situações.

Algo é ou não Direito somente em relação ao próprio Direito. Se ligado ao Direito é Direito!

Para Kelsen a palavra-chave para identificar o Direito é validade.

Para Austin a palavra-chave é comando coercitivo do soberano.

Para os Realista a palavra-chave é efetividade.

Exemplo: Comparação entre Robin Wood e o príncipe. Os dois roubam dinheiro do povo, porém, esse ato quando é praticado pelo príncipe chama tributação, é Direito porque ele é soberano; quando praticado pelo Robin é apenas moral (ele rouba dos ricos para dar as pobres..um caridoso...)!

O papel aceita tudo!

Para ser Direito para os realistas precisa ser efetivado nos tribunais.

**Na prova será importante a comparação entre os autores.**

Esse critério (validade) proposto por Kelsen permite uma compreensão estritamente jurídica das leis e das decisões judiciais que compõem grande parte do ordenamento jurídico. Além disso, o critério da validade também permite ver o ordenamento como uma estrutura hierárquica, na medida em que a validade jurídica decorre da não contradição de um enunciado perante outras normas que lhe são superiores.

Validade é uma questão de pertencimento ao ordenamento jurídico. Pertencer ao ordenamento jurídico é não contradizer normas superiores.

No entanto, o critério da validade também traz um sério problema teórico para os juristas: se uma norma só é jurídica quando tem validade e essa validade sempre é um resultado do encaixe lógico dentro da hierarquia do ordenamento (do sistema) jurídico, como explicar teoricamente a validade da primeira norma da hierarquia do ordenamento se essa norma não tem uma norma hierarquicamente superior para lhe dar validade?

Esse problema não é exatamente um problema prático, é um problema de coerência teórica. Esse problema pode ser entendido como a questão da validade da primeira Constituição histórica.

Kelsen enfrenta essa questão do ponto de vista do jurista teórico e, diante disso, apresenta a seguinte resposta: os juristas pressupõem a validade da primeira norma da hierarquia do sistema jurídico a partir de uma hipótese teórica que determina que todos devemos obedecer a ordem mais eficaz. A norma hipotética fundamental diz: “todos obedeçam a ordem jurídica mais eficaz!”. Essa hipótese teórica de que todos devem obedecer a primeira Constituição histórica é chamada por Kelsen de norma fundamental.

A norma fundamental não existe, ela não é parte do ordenamento jurídico, ela não se confunde com a Constituição. A norma fundamental é apenas uma norma mental. Ela só existe no pensamento dos juristas teóricos, ela é uma idéia cuja função é tornar coerente a teoria da validade perante normas superiores.

Algo é Direito segundo Kelsen quando tem validade. Ter validade é fazer parte do Direito, fazer parte da hierarquia do sistema, a 1<sup>a</sup> norma não tem uma norma superior de fato, mas tem hipoteticamente, que diz “obedecer a 1<sup>a</sup> norma”. Essa norma fundamental hipotética dá validade à 1<sup>a</sup> norma.

Por causa dessa viagem alguns acham que ele é jusnaturalista, outros realista!