

Universidade Federal de Minas Gerais

Curso: Direito

Disciplina: Teoria do Direito

Professor: Ricardo Sontag

Da Lex à Loy – Itinerário do legalismo moderno

Características típicas da noção de lei:

- Abstrata
- Geral
- Imperativa

Essa noção moderna é uma garantia meramente formal para a classificação de algo como sendo uma lei. Kelsen, jurista positivista, afirmava que sendo originária do mando Estatal a matéria já tinha caráter jurídico, independente de seu conteúdo.

Os valores positivistas acarretaram grandes problemas no século XX, uma vez que eles abrem espaço para injustiças (só uma parcela do povo tem voz), se preocupam apenas com a pureza da lei (independendo do conteúdo) e fortalecem a desigualdade (monismo). Foi nesse cenário que o Nazismo e o Fascismo tomaram força, já que esses regimes só precisavam manter os decretos dentro da noção típica de lei para estes considerados validos e legítimos.

No segundo período pós-guerra os juristas se questionavam se essa forma de encarar uma lei seria realmente ideal. Assim, há o renascimento da preocupação com o conteúdo da lei.

- ✓ Lei como justiça (medieval) – Lex

O direito é concebido como uma ordem anterior ao poder político. O poder político não se considera capaz de criar o direito, sendo seu papel apenas tornar o direito expresso.

- ✓ Justiça como lei (moderno) – Loy

Instrumentalização do direito pelo poder político graças a tendente redução do direito à lei do Estado.

Conceitos medievais:



lurisdico: atribuições do detentor do poder político, do poder de dizer o que é direito (dizer ≠ criar). Aplica o direito existente a ele próprio, torna manifesta essa ordem jurídica e também a impõe. Essa seria a tarefa/papel do príncipe.

Lex: pressupõe a ordem existente. Ela é a expressão dos conteúdos pré-existente de uma ordem jurídica pré-existente escrita na natureza das coisas. O elemento essencial de uma *lex* é o seu conteúdo, e não sua proveniência.

Ordo iuris: é o que a *lex* expressa, plataforma de valores pré-existentes a todo poder político.

“A *lex* é, antes de tudo, a expressão da equidade.”

Se a *lex* é determinada por seu conteúdo a *lurisdicio* do poder político fica limitada àquilo que é determinado pela *Ordo iuris*.

A *lurisdicio* é pensada como a fixação do conteúdo da equidade, e não a criação de uma ordem jurídica.

Tomás de Aquino → Entendimento da relação entre iniquidade e lei: a vontade do príncipe tem valor de lei, caso contrário, a vontade do príncipe seria mais iniquidade do que lei. A razão deve existir a vontade do príncipe.

Iniquidade: se opõe à equidade, contrário à moralidade, à religião, à justiça, etc.

“A lei pertence aquilo que é o principio do ato humano, dado que é regra e medida.”

Regra/medida: tem haver com o conteúdo, deve apresentar alguma razão.

Comando: aponta para fora, para o comandante e sua vontade.

Além disso, a *lex* deve visar o bem comum. Qualquer outro preceito não deve ser considerado *lex*, já que não tem razão de *lex*.

“Toda lei ordena-se ao bem comum.”

“*Lex* é a ordenação da razão voltada para o bem comum, promulgada por aquele que tem o cuidado/governo de uma comunidade”. Analise:

- A importância do conteúdo da *lex* é duplamente qualificado. Primeiramente ela deve apresentar razão em sua elaboração, e em segundo lugar deve visar o bem comum.
- Essa importância também é posta em evidencia devido à organização argumentativa, que é voltada para esses dois elementos.
- A referência à uma autoridade responsável por proclamar a *lex* tem um papel meramente diferenciador, objetivando distinguir a essência da *lex* da de outras organizações (Ex: convenções familiares, comunidades perfeitas, etc)

Lex (medieval)	Loy (moderno)
<u>Ato de cognição</u> - conhecimento de uma ordem pré existente	<u>Ato de volição</u> - ato de vontade do sujeito que emana o comando (Lei)
<u>Leitura de uma realidade</u> - exterior ao sujeito	<u>Forma e comando</u> - configuração estrutural estabelecida
<u>Relevância do conteúdo</u>	<u>Irrelevância do conteúdo</u>

O pluralismo jurídico, que é a vigência de mais de um ordenamento jurídico em um mesmo território, se fazia presente na Idade Média: ordenamento canônico (Igreja), estatutos das cidades, organização das corporações de ofício, etc.

Dessa forma, o monarca medieval não apresenta um poder incondicionalmente absoluto, mas sim um poder de mando limitado por seu conteúdo. Assim, o comandante não tinha uma liberdade política total, mas sim limitado pela *Ordo Iuris*, que são os valores pré-existentes.

Ruptura com a idade média: Antigo regime (sec XIV – sec XVIII) como um período de transição, mistura de elementos medievais e modernos -> Early Modern Times

Século XIV em diante: o Estado passa a se ocupar cada vez mais da produção do direito (entrada em cena da lei estatal), começa a ver a elaboração de leis como sua atribuição devido ao nascimento das grandes monarquias.

Lex → conteúdos e finalidades bem estabelecidas

Loy → forma, sistema

A vontade do soberano passa a ser indicada como fundamento último (“pois essa é a nossa vontade”). Essa vontade era expressa por meio de ordenações, ou seja, leis estabelecidas pela autoridade do rei (estatutos, comandos de um superior).

Michael de Montaigne: crítica à proliferação de ordens do antigo regime → “Leis se mantêm em crédito não porque são justas, mas porque são leis: eis o fundamento místico de sua autoridade”.

Direito ainda não tinha se identificado com a lei estatal, ou seja, ainda não existiam muitas ordens jurídicas não estatais (ex: direito costumeiro). Mesmo no âmbito estatal havia ressalvas quanto ao poder do Estado de produzir leis (conselhos dos juristas, possibilidade de não aplicação de leis consideradas injustas, etc). O poder do soberano do Antigo Regime no campo de produção de leis não era tão absoluto → “Obedeça-se mas não se cumpra”.

Ambiguidade da norma jurídica : *droit* X *loy*

Jean Bodin: “A palavra lei significa o comando de quem tem a soberania”.

“Assim quiseram no final dos editos e ordenações essas palavras: pois esta é a nossa vontade, para fazer entender que as leis do príncipe soberano, sejam fundadas em boas ou más razões, dependem apenas de sua vontade”.

Ressalva: príncipes estão sujeitos ao direito natural, “leis divinas e naturais” que os limitavam.

“As leis do soberano não podem alterar, modificar a lei divina natural”.

Segundo Bodin, direito não é outra coisa senão a equidade, e a lei traz em si o comando, pois a ley nada mais é que a ordem de um soberano no uso de seu poder. Assim, o príncipe não está vinculado a qualquer lei estrangeira ou própria, a não ser que esteja de acordo com a lei natural.

Ordenações → autoridade e razão

Leis romanas → não têm, por si só, autoridade

A partir da metade do sec. XVIII o droit é absorvido pela ley e há uma pretensão de fazer com que o único direito reconhecido seja o direito estatal legal (identificação entre direito e lei: monismo jurídico). Ocorre o processo de codificação do direito, marcando o definitivo triunfo da ley.

Ocorre uma luta contra fontes alternativas de direito, como os costumes, as leis romanas, os estatutos, etc. É um projeto de unificação jurídica (Code Civil Napoleão).

Jeremy Bentham: “obrigações são criadas não somente pela lei estatutária, mas por outras espécies de lei chamadas de Common Law. Nesse caso, onde está o comando? Onde está o legislador?”. Critica-se esse direito tradicional já que gera um incômodo jurídico de falta de clareza de quem é o comandante e de quem é o comandado, devido à sobreposição de comandos.

Direito tradicional (leis communes e common law) X Imperativismo (direito legislado)

Esse direito tradicional se forma com o tempo, sem intervenções. Já o imperativismo conta com a legislação de seus comandos, por isso é considerado mais claro e preciso.

Iluminismo jurídico e lei: não há uma definição contedista da lei, mas a mesma não é um recipiente para qualquer conteúdo. “A lei é inseparável de um projeto de sociedade que a investe de precisos e vinculantes conteúdos, é celebrada em função da liberdade, propriedade e segurança do sujeito” (Pietro Costa).

Exemplo de conteúdo iluminista no direito penal, no âmbito da segurança dos sujeitos: abolição da pena de morte e da tortura.

Traços característicos da ideia iluminista de lei:

- A lei como um conjunto de princípios gerais, abstratos, escritos, inequívocos e transparentes (características formais que apontam para a transformação da lei em um comando mais efetivo).

- A lei como fonte exclusiva de normas, em contraposição à arbitrariedade da interpretação jurisprudencial e doutrinária (monismo jurídico, todo direito deve estar dentro legislação: aspecto formal).
- A lei como instrumento de valorização da liberdade-propriedade dos sujeitos (conteudista).
- A lei como espelho e tutela de uma ordem natural
- A lei como expressão de uma soberania funcionalmente escrita à tutela de uma “ordem do sujeito”. (Hobbes)
- A lei como instrumento de “reforma”, de adequação da ordem real à ordem ideal.

Immanuel Kant: representante do iluminismo

Princípios Universais do Direito

“É justa uma ação que por si ou por sua máxima não constitui obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um, segundo as leis universais.” → argumento mais formalista

“Não pode haver necessidade que torne legal a injustiça.” → Kant não aceitava a ideia de que o direito deve comportar qualquer matéria, seguindo apenas a forma.

Caráter ambíguo d Kant: dupla interpretação.

Contraposição entre direito e moral kantiana:

- Moral seria aquele tipo de regra que se concretiza porque a pessoa se identifica como valor intrínseco daquela regra.
- Legislação jurídica é aquele tipo de regra que não necessita de identificação para ser seguida, basta que se comporte daquela maneira por medo da coerção, por exemplo.

“Direito e faculdade de coagir significa, pois, o mesmo”.

Jus strictum X Jus aequivocum: direito em sentido estrito seria essa faculdade de coerção do direito, portanto coerente. Já direito em sentido “aberto” seria uma forma impropria do direito. Essa segunda comporta dois pontos que Kant considera que não seguem a ideia de lei universal: equidade (“divindade muda cuja voz não se pode ouvir”) e a necessidade.

Hans Kelsen: representante do formalismo jurídico (positivismo)

Irrelevância do conteúdo das normas para sua classificação como justa ou não.

Purificação da teoria do direito: ocupação da ciência jurídica apenas de suas próprias matérias (partes objetivas). O que estivesse fora disso não deveria ser tratado pelo direito, que seriam as matérias subjetivas.

O positivismo tem um projeto de ciência plenamente objetiva.

Kelsen rompe aquela antiga tensão estabelecida pelos pensadores entre o valor que se deve dar à norma e o valor que se deve dar ao conteúdo de uma lei. Para ele somente, e apenas, a forma deveria ser valorizada.

Noção de validade e de norma fundamental: a validade de uma norma jurídica se dá por ser criada por uma forma determinada por uma ordem superior. A ordem superior é determinada pela Ordem Fundamental.

A norma superior de grande parte dos países ocidentais é a Constituição.

Essa ordem fundamental é vazia de sentido, é basicamente a força de impor algo e é algo pré-existente.

“Todo e qualquer conteúdo pode ser direito”.

É a validade que define a juridicidade de uma norma.

“A justiça é uma ideia irracional”. Isso porque, segundo Kelsen, ela apenas gera conflitos de interesse. Não é possível conhecer racionalmente o que realmente é a justiça: incompatível com cientificidade do direito.

Justiça significa legalidade, manutenção de um ordenamento jurídico positivo mediante a sua correta aplicação. Essa é a forma com que o jurista deve interpretar o significado da palavra justiça, segundo Kelsen.

Trauma totalitário e a questão da lei injusta: a ideia de lei pura do direito de Kelsen foi posta em cheque devido à possibilidade dessas servir de base para o desenvolvimento de ordenamentos injustos. Surge então a discussão: será que o carimbo da juridicidade deve ser posto em qualquer conteúdo?

Conteúdos altamente injustos eram postos em prática nos regimes totalitários do século XX, como as Leis raciais italianas. Esse cenário ofendia os direitos fundamentais historicamente conquistados até aquela época.

É importante lembrar que não existe uma relação direta entre a doutrina de Kelsen e o modo como os totalitários aplicaram o direito. A legislação totalitária extrapolou a forma da lei e abusou da formalidade, promovendo uma instrumentalização política da lei e a implosão da formalidade do ordenamento.

Gustavo RadBruch: fórmula de RadBruch

A *fórmula* consiste no seguinte enunciado: o conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser adequadamente resolvido pelos seguintes critérios: 1) o Direito Positivo, baseado na legislação e no poder estatal, tem aplicação preferencial, mesmo quando seu conteúdo for injusto e não for benéfico às pessoas; 2) a justiça prevalecerá sobre a lei se esta se revelar *insuportavelmente injusta*, a tal ponto que se mostre uma norma injusta, continente de um *direito injusto*.

Justiça torna-se o critério para avaliar a juridicidade do direito positivo.

“O conceito de direito não pode ser obtido indiretamente, empiricamente, a partir de fenômenos jurídicos, pois para tanto tais fenômenos precisam antes já ser classificados como jurídicos.”

“O conceito de direito é: a condição que possibilita aceitar algumas condições com jurídicas”, ou seja, serve para avaliar as normas, para só depois partir para classificação.

A ideia de norma fundamental desenvolvida por Kelsen seria incapaz de avaliar um conjunto de normas como jurídicas. Isso porque a situação seria: uma ordem não fundamentada que fundamentaria todo um ordenamento.

A segurança jurídica pode ser usada como argumento de validação de um ordenamento jurídico, mas só até certo ponto. Esse valor precisa prestar contas a outros valores. Por isso é preciso torna as fronteiras entre justiça e validade normativa mais estreitas/porosas.

Piero Calamandrei: submissão da ciência jurídica á legislação imposta pelo Estado. Jurista tem compromisso com a segurança jurídica e, por isso, não deve se preocupar em se rebelar contra as leis consideradas injustas, pois trairia sua função.

Respeitar as leis impostas pelo legislativo reafirma o ideal de igualdade, por isso, deve ser seguido pelos juristas. Caso contrário deixará de ser um interprete da lei para ser um político.

Helmet Coing: teoria jurídica pós-guerra

Ruptura com a concepção de legalidade meramente formal. Demanda por um ordenamento que fosse além da ordem e da segurança (“O homem espera do direito algo mais do que ordem e segurança”).

Taz uma concepção jusnaturalista.

O direito tem ase na concordância com normas éticas. Reconstrução do debate entre direito e valores/moral.

O direito natural como meio de aplicar princípios jurídicos determinados que servem de modelo para a legislação e para a judicatura. Pode até haver discordância dentro do direito natural, porém não é tão incerto como afirmava Kelsen.

E quando o direito positivo contrasta com o direito natural? Hipóteses:

- Resistência passiva à lei (inspiração em Gandhi)
- Resistencia ativa em caso de um governo criminoso que atua conscientemente de forma contrária ao direito natural. Essa resistência não deve ser tida como obrigatória ao individuo.

E quanto ao papel do juiz? O juiz não está obrigado a desobedecer à lei, a não ser quando ela se encontra em clara contradição com princípios de justiça (relação com RadBrush).

Visão de Paolo Grossi sobre a concepção de lei

- a) Crítica à noção moderna de lei

Para Grossi a vontade geral é considerada um mito do direito, uma vez que ao se analisar a história do Estado moderno é perceptível que a lei não expressa essa vontade da maioria, mas

sim as demandas de grupos sociais específicos e restritos. Exemplo: sufrágio dito universal do século XIX não se ligava a todos os seres humanos, conceito deturpado de “povo”.

Além disso, Grossi não concorda com alguns conceitos universalizantes concebidos em lei, como, por exemplo, o conceito de “povo”. Isso porque a sociedade é composta por diversos grupos sociais diferentes entre si, o que torna a unificação uma tarefa complicada.

Grossi pensa em um direito que dê conta dessa pluralidade → pluralismo jurídico

b) Direito para além do Estado

É preciso pensar critérios de juridicidade além do Estado, não delimitando o direito aos tribunais, códigos, sanções, etc.

Existe direito quando há organização e observância, sendo essa observância diferente de ordenação.

Paolo diferencia direito de organizações meramente utilitárias (ex: organização de uma fila) daquelas organizações que exprimem valores radicais da sociedade (valores profundos, ligados à raiz da comunidade). Sendo que o conceito de profundas nada teria haver com o conceito de absolutas! Grossi é anti-fundamentalista.

c) Constituição – Princípios – Valores

Os princípios são a ponte responsável por interligar a Carta Magna e a expressão dos valores da sociedade.

Conceito de Constituição do século XIX é diferente do conceito desenvolvido no século XX. No primeiro a Constituição está relacionada com a afirmação do estatalismo. Já na segunda a Constituição está ligada à crise do estatalismo legalista moderno, ela é uma lei superior que expressa a desconfiança com relação ao poder legislativo.

XIX → Constituições flexíveis: o poder legislativo ordinário conseguiria alterar o texto constitucional

XX → Constituições rígidas: difíceis de alterar o texto constitucional, sendo possível depois de superar um trâmite complexo e extenso. Presença de cláusulas pétreas e controle de constitucionalidade.

Alguns doutrinadores usando da juridicidade para questionar a validade dos princípios, uma vez que a falta de um comando claro traria dificuldades para identificação da ordem. Outros, que acreditam na juridicidade dos princípios, dizem que essa falta de comando não é assim tão vaga.

“Princípios gerais do direito” versus “direitos de princípios”

Legalismo e imagens da ordem jurídica (século XIX – XXI)

Os princípios são responsáveis por interligar o direito e os valores da sociedade.

Distinção entre regras e princípios

Princípio é um conceito polissêmico, ou seja, pode ter significados diferentes em determinados contextos históricos. Desse modo, é possível compará-los e, assim, conseguir desenvolver uma percepção mais refinada do conceito em nosso tempo.

Antônio Cota Marçal: mostra como o direito empregava o termo “princípio” com pouco rigor semântico, relacionando a uma matéria genérica, dogmática e pouco argumentativa, assemelhando-o mais a comandos, máximas e aforismos do que a enunciados explicativos do conteúdo vinculado.

José Joaquim Gomas Canotilho: no paradigma do Estado democrático de direito os princípios são tomadas a sério, o que implica em uma mudança profunda na metodologia de concretização do direito e da atividade jurisdicional.

O direito moderno é o direito das regras dos códigos, que leva os princípios a sério, formando um direito de princípios.

Dimitri Dimoulis: função dos princípios que vai além da fonte de direito. A Constituição não é composta somente por regras jurídicas, mas também por princípios.

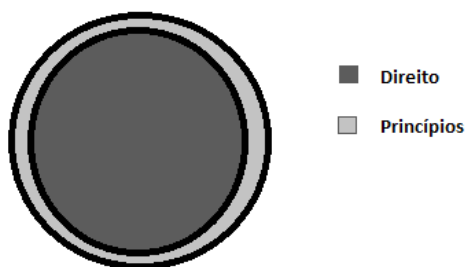
*Pós-positivismo: flexibilização do direito. No positivismo os princípios não se relacionavam com o conceito de comando moderno. Essa nova corrente busca superar o conceito tradicional. Ex: os casos difíceis poderiam se apoiar nos princípios para serem resolvidos, uma vez que nem todas as situações são abordadas na lei (no ordenamento positivo).

Vittorio Scialoja: os comandos contra os princípios

Segundo o autor, a essência do direito é a coação originária do Estado (que harmoniza as forças individuais). Uma boa lei não coloca os princípios, mas dita comandos, sendo que desses comandos é possível abstrair princípios, mas o difícil é formulá-los.

Posição legalista: manifesto contra o conceito de equidade. Scialoja critica o entendimento que o Código italiano de 1865 dá à equidade, afirmando que o juiz deve se basear nela. Para ele isso proporcionaria efeitos jurídicos ao que não é direito, sendo necessário que o juiz não ultrapasse seus poderes.

O código civil italiano de 1865 os princípios são colocados à margem do direito. Eles só são acionados quando os outros dispositivos não conseguem dar soluções satisfatórias. Há um esvaziamento dos princípios gerais do direito, colocando-os como sinônimo de “não direito”.



Ideologia anti-jurisprudencial, posição crítica à doutrina e às decisões judiciais como fontes do direito. Vê a codificação como solução de tal propósito. Ideia de juiz submisso à lei e coloca a doutrina sob controle do Estado.

Conceito de princípios gerais do direito não é certo/exato. Cada interprete poderia busca-lo em uma fonte, como o direito romano, no direito comum ou no direito natural, sem haver uma precisão conceitual.

Rubens Limongi França: apresenta as possíveis fontes do direito principiológico geral, sendo esse fundamentado em diversas origens, desde os romanos à obra de Teixeira de Freitas, o que gera uma confusão entre regra de direito e o mero apotegma jurídico.

A partir das codificações do século XIX o tópico dos princípios é tratado de forma mais científica. Porém o excesso de teoria não foi suficiente para determinar quais são esses princípios, onde eles se encontram, como se formulam ou como se aplicam.

Mendes de Almeida: no texto das Ordenações Filipinas é desenvolvido um Apêndice Alfabético que consta alguns princípios, axiomas e regras para facilitar o aprendizado por aquele que principiaram sua educação judicial. Nesse apêndice são citados conceitos como boa fé e justiça.

Vezio Crisafulli: estudo transitório entre os dois pontos do debate de juridicidade dos princípios.

Princípios são vistos como elementos de integração.

Ele é contra a teoria tradicional que vê os princípios como externos ao direito, usados apenas quando os outros dispositivos não completam as lacunas.

Questão nova: “os princípios gerais são verdadeiras normas jurídicas, e, em caso afirmativo, como se diferenciam das outras normas?”. Crisafulli acredita que sim, os princípios devem ser vistos como ordens jurídicas e suas diferenças para as outras normas são que eles têm maior grau de generalidade e servem como critério para ampliação das leis.



Ampliação da função dos princípios (fuga da subsidiariedade): “admitir que tais princípios possam configurar-se também como princípios de aplicação da lei é algo muito diferente de considera-los como princípios aplicáveis ao caso para o qual se procura regulamentação”. (Não se limita ao preenchimento de lacunas, mas também atua como critério para elaboração das normas).

Princípios com valor programático: princípio como “norma” que não tem regulamentação, assim não passava de diretriz política que o legislador deveria cumprir à sua maneira, no momento em que bem entender. Crisafulli entende que tal valor deveria ultrapassar essas diretrizes.

Hart, Dworkin e Alexy:

RONALD DWORKIN

REGRAS	PRINCÍPIOS
Mais específicas	Mais gerais
Fundamentáveis em princípios	Fundamento para as regras
"Tudo ou nada"	"Peso/Importância" (ponderação)
Válido ou não (exclusão/exceção)	Lógica da preferência/afastamento (não necessariamente excludente)

Estes princípios jurídicos podem apontar para direções opostas, caso em que um deles não será levado em consideração na decisão. No entanto, o fato de um princípio não ser aplicado em um caso, em preferência a outro que seja mais adequado, não significa que o princípio preterido não constitua o sistema jurídico em questão. Quando dois princípios entram em conflito, o julgador deve saber mensurar a força relativa de cada um, para então determinar qual deles deverá prevalecer. Nesse sentido, os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância.

Dworkin vincula a ideia de validade às regras, não aos princípios. Realiza críticas à “norma de reconhecimento” desenvolvida por Hart, uma vez que essa não seria capaz de testar a juridicidade dos princípios, pois esses não poderia ser analisados em toda sua extensão, ou seja, a sua validade completa.

Crítica ao conceito de discricionariedade de Hart, já que dentro do sistema pura, quando surge uma lacuna, essas seriam preenchidas pela vontade do juiz (já que não existiriam os princípios para dar sustentação à decisão).

No esquema de Dworkin as lacunas deixariam de ser o principal problema do ordenamento, passando a serem os casos difíceis, que não estão abordados pela legislação. Essas decisões sobre os casos difíceis estariam vinculadas ao algo jurídico.

Hart fala em normas primárias (de conduta) e secundárias (forma de fazer novas normas). Então a distinção entre normas e princípios não é central em seus estudos. A distinção elaborada por ele, após os questionamentos de Dworkin, é baseada na gradação de regras e princípios, em que a diferença entre esses é meramente quantitativa.

Estabelecer a preferencia entre os princípios é um ponto de discussão entre os autores que acreditam na teoria de Dworkin, por meio do desenvolvimento de argumentos que justifiquem as condições de preferencia de um princípio sobre outro.

ROBERT ALEXY

REGRAS	PRINCÍPIOS
Específicas	Gerais
Determinação	Otimização
Conflitos (exceção/eliminação)	Colisão (condições/precedência)
Razões definitivas	Razões Prima facie
Subsunção	Sopensamento

As regras fornecem razões definitivas para um decisão, já os princípios fornecem razões prima facie. Isso significa que seguindo as regras as decisões serão objetivas e, as vezes, não contemplaram o caso como um todo, enquanto a análise dos princípios pode complementar a decisão.

O modelo puro de princípios é criticado devido à sua flexibilidade excessiva, o que poderia prejudicar a segurança jurídica.

Dworkin e Alexy têm preocupação com a vinculação jurídica das decisões, se afastando de visões decisionistas (que buscam definir conceitos fixos).

A moderna questão do direito como ordem coativa

Relação entre direito e poder tem haver com a apoderação do direito pela máquina estatal.

Rudolf Von Ihering: “Direito sem coação é um fogo que não queima.”

Jacques Derrida: pós-modernista, acredita que o direito estrito de Kant se relaciona com sanção. Desconsidera o lugar privilegiado dado à sanção na construção de uma ordem jurídica.

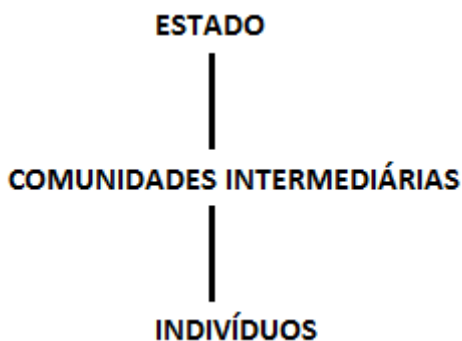
Grossi: sanção como castigo da inobservância. A normatividade da sanção pode leva-la a ser considerada parte integrante do direito. Porém ela é só uma parte não tão importante, sendo um evento absolutamente hipotético essa possível inobservância.

→Polissemia imagética da justiça segurando uma espada

- Idade média: justiça negociada, a qual chegar a um consenso era mais importante que o cumprimento da pena. Exemplo do duelo mostra essa realidade, na qual o duelo era posto como instrumento de “incentivo” à chegada a um consenso. Quando esse o acordo era travado, o duelo poderia ser cancelado. Espada, no caso, seria a força que o Estado detém para buscar a conciliação e da verdade. Outro exemplo é a história de

Salomão, em que a espada é só um instrumento de “incentivo” para que seja proferida a verdade.

- Idade moderna: justiça hegemônica de aparato, já que é o reflexo de uma forma hegemônica da política em um território, além de envolve o aparato burocrático. Justiça fundada na submissão, visando a punição do culpado, formalizada/escrita e cumprida. Essa justiça independe da negociação, a pena é vista como necessária para que haja equilíbrio na res pública. Dessa forma a espada sinaliza o poder coercitivo.
- Antigo regime: transição entre a justiça negociada e a justiça hegemônica de aparato, o que gera um foço entre as penas previstas e a sua aplicação. Isso porque o direito de graça, princípio da justiça negociada medieval, era aplicado, por meio do perdão e amenização da penalidade, o mesmo ordenamento que adotava as punições modernas, que eram muito rígidas. Isso não é uma disfunção do modelo, mas sim sua principal característica e o motivo dela se estabelecer (único meio de se manter).
- Iluminismo: pretensão de acabar com o traço negociável da justiça (depuração da administração da justiça). Busca-se desfazer o foço entre lei escrita e lei aplicada. Por isso é feito um movimento de mitigação das penas para que elas possam ser aplicadas. Assim, busca-se a eficiência da lei, visa a aplicação constante, não necessariamente dura. Outro ponto foi a apropriação da criação do direito pelo Estado.



Contexto Medieval: produção do direito se pulveriza por essas comunidades intermediárias de forma autônoma, sem que haja uma instancia limitadora. Exemplos: corporações de ofício, corporações de comerciantes, Igreja. O indivíduo só faz sentido em comunidade, valorização do pertencimento dos sujeitos às comunidades.

Contexto Moderno (Antigo regime): poder normativo estatal, criação do direito passa pelo Estado, mas sem a pretensão de suplantar as comunidades intermediárias. Não se pretende negar o direito elaborado no interior dessas organizações, como o direito dos juízes, dos comerciantes, etc. Há convivência entre essas ordens (pluralismo).



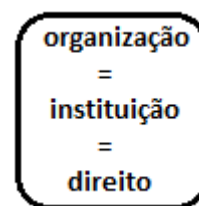


Momento anterior às revoluções do século XX:
 monismo jurídico, estaticismo. (Lei Le Chapelier → determinava o fim das corporações de ofício).
 Relação entre Estado poderoso e indivíduo pequeno. Estado se autolimita, o que abre espaço para o abuso de poder (Estado de exceção, crimes políticos, prisão preventiva, etc).

→ Pontos importantes com relação ao pensamento de Ehrlich e Ihering:

1. [posicionamento de Jhering]. Ehrlich valoriza o fato de as pessoas, em suas organizações sociais, estarem ligadas às normas não necessariamente estatais. As regras de agir estão fora do âmbito estatal.
2. Jhering entende que a juridicidade das organizações só se dá pela concessão estatal. Já Ehrlich considera que a juridicidade se dá pela organização de estatutos.
3. Jhering acredita que o direito deve ser definido a partir da instituição que detém maior poder de coerção no território (Estado), caso contrário seria necessário aceitar a jurisdição de organizações como a máfia. Por outro lado, Ehrlich vê juridicidade nas associações das organizações, ou seja, não é coerção que gera o direito.

Ehrlich propõe apego à concretude na vida em sociedade. A tarefa da Sociologia do direito centra-se em distinguir os elementos do Direito que regulam, ordenam e determinam a sociedade; daquelas que são apenas decisões. Para o autor o direito público não está firmado apenas na organização estatal, mas também se firma na organização social. Além disso, a abrangência da ordem jurídica coativa do Estado se restringe a proteção de pessoas e posses contra os que se encontram fora da sociedade (Estado age favoravelmente à corrente da classe dominante, dando eficácia ao instrumento de manutenção da ordem capitalista – autor critica a classe burguesa, pois abomina o domínio de uma minoria sobre uma grande maioria). Todas as ordens sociais, jurídicas ou não, tem sua origem em uma associação tornando-se obrigatórias, validas e efetivas somente para os membros dessa associação (Estado seria a maior associação de um território, aglomerando tantos outros ordenamentos em seu interior). As normas estatais jurídicas estabelecem-se por meio da coação jurídica, muito raramente pela coação social. Por meio das normas de decisão, o Estado prescreve aos órgãos estatais como se devem decidir os fatos que lhes são apresentados.



Hans Kelsen: normativista, tem como ponto de partida o conceito de norma positiva. “Teoria Pura do Direito”.

Santi Romano: institucionalista, parte do conceito de instituição para elaborar seu pensamento. “O ordenamento jurídico”.

Ambos passaram por experiências totalitárias, na qual ocorreu a politização da lei, abusos da legalidade formal e, ao mesmo tempo, o desprezo por essa formalidade legal.

Estabelecem matrizes do conceito de ordenamento jurídico: uma pela normatividade e a outra pela institucionalização.

Instituição, para Santi Romano, é todo ente ou corpo social. É uma organização social que garante a juridicidade de uma norma de um ordenamento.

Para identificar o pertencimento de uma norma a um ordenamento cada um dos juristas se baseia em uma concepção diferente: Kelsen em uma ideia abstrata de norma fundamental e Romano em uma ideia concreta de organização social.

Questionário

- 1) O que determina o pertencimento de uma norma a um ordenamento jurídico nas opiniões de Hans Kelsen e de Santi Romano? Explique.

Segundo Hans Kelsen, o pertencimento de uma norma a um ordenamento jurídico é determinado pela sua correspondência com a norma fundamental. Essa norma pressuposta pode ser entendida como ato constituinte, sendo imposto pelos indivíduos, que são a autoridade constitucional. Além disso, é preciso observar o encadeamento da hierarquia das normas para estabelecer o ordenamento.

Santi Romano acredita que a norma deve ser fundamentada na concretude da organização social, sendo essa fonte de direito. A origem das normas deve ser institucional.

- 2) O que constitui um ordenamento jurídico nas opiniões de Hans Kelsen e de Santi Romano? Explique.

Kelsen propõe uma visão sistemática do ordenamento jurídico, colocando as normas em função umas das outras. Ele concebe o ordenamento como um sistema ordenado e gradativo de normas, que em cujo topo deveria figurar a Constituição do território, baseado na concepção da norma fundamental. As normas inferiores estão em relação de derivação com as superiores, assim como uma relação de fundamentação. Esse sistema deve ser uno e fechado, portanto finito.

Santi Romano propõe uma concepção de ordenamento jurídico relacionando-o a uma identificação institucionalista, definindo fortes bases para a proposta paradigmática anti-formalista. Romano rechaça qualquer identificação de ordenamento tão-somente a norma jurídica. Todo ordenamento jurídico é uma instituição e vice-versa, sendo assim, um corpo social unitário, uma unidade em si. Tal unidade passaria a expressar o significado do ordenamento jurídico. Esta, portanto, seria concreta e efetiva, não obtida por meio de um procedimento de abstração (referência a Kelsen).

Na visão de ambos os autores é preciso pensar a norma além de seu caráter singular, seja por meio de sua adequação a um ordenamento formal seja pelo seu pertencimento a uma organização.

3) Como se instaura um ordenamento jurídico nas opiniões de Hans Kelsen e Santi Romano?

Na visão de Hans Kelsen a instauração do poder vem de um “fato”, e está relacionado com um “ser” que não pode ter origem de uma norma. Por isso ele determina algum de “dever ser”, que é a norma fundamental.

Já Santi Romano não se preocupa em determinar o ordenamento mais efetivo do território, basta que haja organização para haver direito.

Quesito semelhante entre as duas perspectiva é o ponto de partida da concepção: a instauração de um fato.

4) Explique comparativamente as posições de Rudolf Von Ihering, Eugen Ehrlich, Hans Kelsen e Santi Romano sobre o pluralismo jurídico (abordar, em particular, a questão do direito internacional, do direito eclesiástico e do “bando de salteadores”).

Os posicionamentos a respeito do pluralismo jurídico de cada um dos autores são variados. Segundo Rudolf Von Ihering, o direito válido é aquele que emana do Estado pois depende do poder de coerção. As regras dos demais ordenamentos não são consideradas jurídicas, e nisso se encaixam os direitos eclesiásticos, que só existem devido a uma concessão estatal. Kelsen, nesse mesmo sentido, afirma a validade do monismo, sendo o Estado a única fonte do direito. Com relação a sua Teoria da Norma fundamental, no âmbito do direito internacional, Kelsen entende que a norma jurídica deve ser constitucionalmente eficaz, mas também deve ser imposta por pessoa de um território, sendo a solução para essa dupla necessidade (eficácia duradoura x eficácia global) não estabelecida pelo autor. Com relação à organização dos “bandos de salteadores”, seu ordenamento não tem eficácia duradoura já que não é pressuposto pela norma fundamental, o que faz com que ele não tenha validade efetiva.

Já com relação ao posicionamento de Eugen Ehrlich, o pluralismo é a forma mais válida de se organizar a sociedade e que todo ordenamento pode ser considerado direito. No que tange a questão do grupo de salteadores: a organização interna dos indivíduos também seria jurídica na visão de Ehrlich, mesmo que essa seja divergente da lei estatal. Concomitantemente ao ponto de vista de Ehrlich, o jurista italiano, Santi Romano também acredita que o pluralismo deve ser prezado na sociedade como forma estruturante da modernidade. Ele defende as instituições como forma de organização social, sendo essas as máximas de sua teoria. Com relação ao direito eclesiástico, Romano o vê como instituição capaz de atuar dentro de seus limites, influenciando apenas aqueles que estão inseridos em seu contexto – que é diferente do que acontecia na idade média. O ordenamento da Igreja continuaria tendo legitimidade, no entanto seu poder é limitado à sua esfera de atuação. No que diz respeito à atuação do Estado, Santi Romano acredita que ele é a consolidação de todas as instituições presentes no seu território. A ele não caberia sequer intervir na organização dessas instituições que o compõe. O direito internacional, para Santi tem

relação com o direito costumeiro, sendo uma ordem jurídica independente dos Estados, mas mantendo certo relacionamento com esses.

5) Como Hans Kelsen teoriza a unidade de um ordenamento jurídico em face de uma lei inconstitucional? Explique.

Segundo Kelsen, caso uma lei passe pelos trâmites de elaboração e seja aprovada pelo Parlamento, essa será considerada válida. A sua inconstitucionalidade não altera sua validade. Kelsen afirma: “Enquanto, porém, não for revogada, tem que ser considerada como válida (a lei); e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional”. Só será considerada inválida por meio de duas ações: caso ela seja revogada por uma Corte constitucional ou caso outra lei a torne inválida (processo usual).

6) Imagine uma norma penal estatal que previa a pena de reclusão de dois a cinco anos e multa para a hipótese manutenção de casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fins libidinosos, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente. Tal norma entrou em vigor, de acordo com o processo legislativo previsto na Constituição da época, em 1940, porém, raras vezes foi aplicada, até entrar em processo de desuso, situação que já se estende por décadas. De um ponto de vista Kelseniano, tal norma penal deixou de ser válida? De um ponto de vista kelseniano, a situação dessa norma afeta a efetividade ou a validade do ordenamento jurídico? Explique.

Para Hans Kelsen, é preciso que se siga o processo formal para tornar uma lei inválida. A partir do momento que em que uma lei é aprovada pelo parlamento ela é considerada válida, independente de sua frequência de aplicação ou de sua constitucionalidade. A alteração da validade de uma lei só pode ser feita por meio do procedimento estabelecido previamente, o que serve para garantir a segurança jurídica de um ordenamento.

Obs: oposição entre “mínimo de eficácia” e “processo legislativo de revogação”. O conceito de mínimo de eficácia diz respeito à eficácia do ordenamento como um todo, não de uma única ordem. Assim, a efetividade do ordenamento não será comprometida pela situação de uma norma singular. Somente o processo de legislativo de revogação seria capaz de caracterizar a ineficiência de uma norma.

Redação legislativa

Jeremy Bentham: preocupação com a efetividade das leis, em fazer com que os comandos sejam obedecidos (trazer efetividade para o poder). Porém essa ideia não foi muito aceita na modernidade, pois há uma colisão entre direito e origem da lei. O primeiro diz respeito à aplicação da lei, no âmbito jurídico, e o segundo criação da lei, no âmbito político.

Segunda metade do século XX: crise do legalismo, quando a teoria da legislação começa a tomar lugar nas discussões jurídicas.

Hespanha: Legitimidade da lei está associada à sua legibilidade democrática. O papel do jurista seria promover o diálogo entre a linguagem da lei e as outras linguagens.

O autor vê os valores da previsibilidade e de segurança como elementos centrais da eficiência do direito. E, se recuarmos mais, aos sentidos originários de justiça (justeza, Gerechtigkeit), a mesma ideia de ajustamento, de compatibilidade com o estabelecido, está também presente. De novo, sai aqui praticamente de cena, na avaliação da qualidade do direito (e, portanto, da lei), a sua legitimidade, em termos republicanos; para o seu lugar entra algo que parece constituir uma outra forma de formular o princípio democrático: a previsibilidade, a capacidade de gerar consensos, o potencial estabilizador (ou, ponto as coisas do ponto de vista oposto, o carácter não irritante).