

Universidade Federal de Minas Gerais
Faculdade de Direito
Disciplina: Teoria Geral do Direito
Prof.: Alexandre Travessoni
Acadêmica: Rayara Regina
[Caderno do Monitor](#)

Início do texto do Kelsen que ele fala do conceito de norma jurídica.

Norma jurídica é um tipo de norma. E quando nós falamos em normas, estamos falando em DEVER SER. Dever ser é a tradução de um termo alemão que foi empregado por Immanuel Kant, do termo Sollen que normalmente é traduzido como dever, obrigação. Em alemão, a palavra com letra maiúscula é sempre um substantivo. Se aparecer com letra minúscula, é o verbo, nesse caso, o dever, dever ser. E Sein é o ser. Essa dicotomia ser-dever ser foi apresentada por Kant e resgatada pelo Kelsen.

Isso não significa que Kant criou essa dicotomia. Vários historiadores defendem que essa dicotomia existe desde a Grécia Antiga. Em Platão, por exemplo, já existe, só que com outros nomes. Solen seria o mundo das ideias, as ideias são em Platão são normativas. E o mundo sensível seria aquilo que Kant denomina ser.

Em Kant, essa dicotomia é um dualismo, mas o mundo das ideias/mundo do dever ser não existe como em Platão. Em Platão, o mundo das ideias existe mesmo que tenha uma existência metafísica. Em Kant, o mundo do dever ser não existe e esse corresponde ao mundo da razão humana. Por isso, o professor costuma fazer a seguinte comparação: considerando Platão, a ideia está fora do sujeito e o sujeito capta a ideia com a psique. Então, se você retira o sujeito, a ideia continua existindo. É a chamada perseidade das ideias – as ideias existem per si.

Em Kant, a ideia está no sujeito, ela é uma categoria da psique do sujeito – se o sujeito é retirado, a ideia some.

Hoje, emprega-se a palavra ideia em um sentido muito mais próximo ao de Kant.

Em Kant, essa dicotomia entre ser e dever ser só faz sentido diante do pressuposto da liberdade. Ideia, para Kant, está no plano prático, no plano do agir humano. A ideia, para Kant, que é a razão sozinha, que porque quando a razão se baseia em um conceito da experiência não é ideia, então, ideia pra KANT é a razão sozinha. No caso da física, p. ex., a razão formula as leis da natureza, só que ela se baseia na natureza. Para saber se um corpo quando solto cai, é preciso realizar a experiência de queda dos corpos. Agora, é necessária a razão para que se interprete e compreenda esse fenômeno. Sem a razão não há uma lei da natureza, mas apenas o corpo caindo. Nas ciências da natureza, em Kant, não existe lugar para a ideia porque a ideia é a razão sozinha.

Na física, você tem a razão e a experiência, são os conceitos e as leis da natureza. A ideia para Kant tem lugar na filosofia moral, ou seja, é no dever ser e não no ser. Porque para Kant aquilo que se deve fazer não se retira da experiência. As pessoas mentem o tempo todo (ser, como as coisas são); o fato das pessoas mentirem o tempo todo significa que as pessoas devem mentir? Não. Alguém pode dizer que as pessoas não mentem o tempo todo. Ok. Digamos que as pessoas mentem 30 por cento das vezes – ser, como as coisas são. Daí surge uma lei moral “devo mentir 30 por cento das vezes”? Não. A lei moral continua sendo “não devo mentir”. A lei moral se funda na experiência? Não. As pessoas podem mentir, mas a lei moral continua sendo “não devo mentir”.

A lei da física não pode negar a experiência. Se eu abandono um corpo e ele cai, a lei da física não pode ser “um corpo abandonado permanece”. Não. É a primeira frase da crítica da razão pura de Kant: “Todo conhecimento começa com a experiência (natureza), nem todo ele se dá porém na experiência”. No caso da filosofia moral que é o campo do dever ser, é diferente. Tem uma passagem famosa do livro “A crítica da razão pura” em que o Kant fala que “se no que diz respeito à natureza, a experiência (ser) é fonte de toda a verdade, infelizmente, no que diz respeito ao agir (dever ser), a experiência é mãe de todo engano e é altamente

reprovável que eu retire o que devo fazer de como as coisas são”. Ou seja, no plano das leis morais, o ser não gera dever ser. O fato das pessoas mentirem 30 por cento das vezes não gera a lei “devo mentir 30 por cento das vezes”. O fato das pessoas matarem as outras não gera a lei “posso matar alguém”.

De onde vem essa lei moral então, segundo Kant? Da razão. Ela leva em conta a experiência, porque nós agimos no mundo sensível, mas ela emana da razão. Por isso que se diz que a distinção entre ser e dever em Kant é uma distinção filosófica. Não é meramente lógico (em Kelsen é). É filosófico em Kant porque o dever ser se funda em um pressuposto apriorístico (a priori é aquele que independe da experiência) que é a liberdade. Liberdade = autonomia = auto nomoi = é a propriedade que a nossa razão tem de ser lei para si mesma. Nós, seres racionais e sensíveis, representamos para nós a lei segundo a qual devemos agir.

O animal para Kant é um ser sensível e não inteligível. Se fossemos animais, agiríamos sempre movidos pela causalidade da natureza. O mundo do ser é determinado pela causalidade.

Teoria do duplo ponto de vista – é antropologia de base em Kant – para Kant, o homem é razão e sensibilidade. Sendo racional, está submetido às leis da razão; e as leis da razão são as leis morais. Sendo sensibilidade, o homem está submetido à lei da natureza. Nós, seres humanos, estamos submetidos às duas.

Deus seria só razão. Kant fala que todas as provas da existência de deus falharam. Deus não pode agir contra a razão porque deus é só razão.

O animal é só sensibilidade e, portanto, não pode agir segundo à razão, apenas segundo instintos, segundo a natureza.

Os humanos são os únicos que possuem razão e sensibilidade (sensível). Por isso que existe dever ser em Kant. Dever ser é a forma da lei moral para o Kant. Dever ser é prescrição. Pense em um animal – ele não tem razão – então não faz sentido falar em dever ser para ele, já que ele não pode agir segundo a razão. Então, para o animal vc usa a forma ser. Mundo da descrição.

Para um ser só racional, ele pode agir contra a razão? Não. Esse ser é deus. Então, para um ser só moral, a lei moral não seria prescritiva, não seria dever ser, ela seria descritiva. Deus não precisa de uma norma, deus não pode mentir, ele é só razão. Lei moral é a lei da razão.

Agora o homem. O homem é razão e sensibilidade. Quando a sensibilidade nos leva a agir segundo a razão, isso é ótimo. Para um ser com essa dualidade, a lei é contingente = pode fazer ou não o que a lei moral determina, por isso a lei moral tem que ser prescritiva. Por isso a lei moral é dever.

Dever ser é imperativo. É a forma da lei moral para o homem porque o homem é racional e sensível.

Kant é um filósofo do séc. XVIII-XIX. E, no fim do séc. XIX- início do séc. XX, surgiu um movimento de retorno ao Kant que se chamou Neokantismo. Dentre os temas do Neokantismo, um dos mais estudados foi a distinção kantiana entre ser e dever ser. Havia basicamente duas escolas do Neokantismo na Alemanha, a escola do Neokantismo do Mar Búrgo e de Badem. Como Badem fica no sul e no oeste da Alemanha, esse neokantismo de Badem ficou conhecido como Neokantismo sul do ocidental alemão. Essas duas escolas começaram a estudar a distinção kantiana entre ser e dever ser e isso influenciou o Kelsen que tava bolando a sua teoria do direito.

KELSEN.

Distinção kelseniana entre ser e dever ser. A distinção é lógica. Não está fundada em um conceito/ideia à priori que é a liberdade.

Kelsen fala que ser e dever ser são duas categorias do pensamento. Uma coisa é dizer como as coisas são e outra é dizer como as coisas devem ser.

Quando você fala que o contrato foi ou é cumprido, você se refere a um ser, a algo que acontece no mundo dos fatos. Outra coisa totalmente diferente é dizer que o contrato deve ser cumprido – segundo Kelsen. Quando você fala isso, não se refere a um fato que aconteceu ou acontece, mas se refere a uma obrigação. Pode ser que o contrato seja ou não cumprido.

Qual a relação entre ser e dever ser? O dever ser tem que ser possível no mundo do ser. Eu não posso enunciar uma norma cujo cumprimento é impossível. Ex.: proibido morrer. Impossível de ser cumprido. O substrato da norma, a conduta, tem que ser possível no plano do ser. E uma norma que não pode ser violada não faz sentido também. **O seu pressuposto da existência de uma norma é a possibilidade do seu cumprimento e do seu descumprimento.** Segundo Kelsen, tirando isso, quando você enuncia um dever, você não está falando que as pessoas vão agir daquela maneira. Você está falando que elas devem agir daquela maneira, que elas têm uma obrigação de agir daquela maneira.

Kelsen fala que não é possível explicar mais essa distinção. Categorias básicas e evidentes. Uma coisa é dizer que as coisas são – ser – e outra é dizer que elas devem ser. É uma distinção lógica.

O princípio que rege as relações do ser é o PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. Causa e efeito. Se A é, B é. É = existe, ocorre. Se ocorre A, ocorre B.

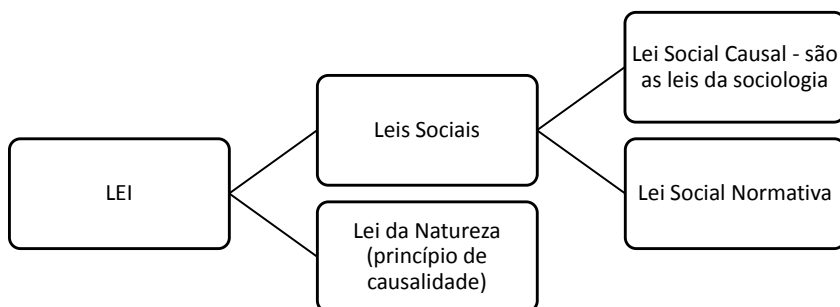
O princípio que rege as relações do dever ser é o PRINCÍPIO DA IMPUTAÇÃO.

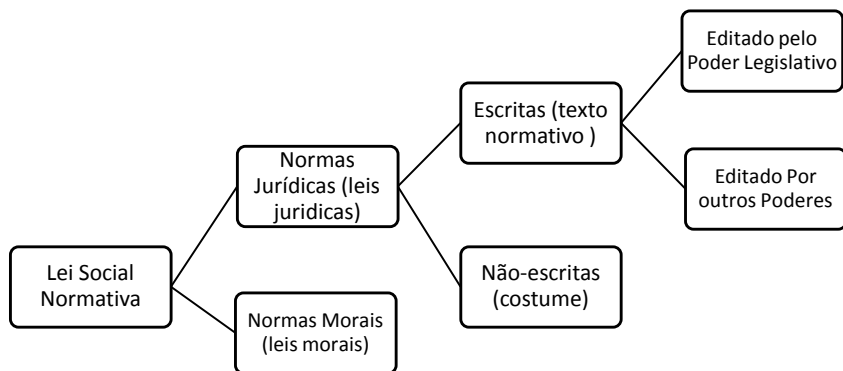
Quando se fala em ser e causalidade, só pensamos nas leis da natureza. Tudo bem, as leis da física são causais, mas elas não são as únicas. Segundo Kelsen, existem leis sociais causais. Como que podem existir leis sociais causais? As leis da sociologia. O direito não, o direito é normativo, mas a sociologia, para Kelsen, é uma ciência causal. Ex.: teve uma pesquisa da ONU que mostrou uma relação entre criminalidade e pobreza; geralmente as pessoas afirmam que quanto mais pobre uma sociedade, maior a criminalidade. Tem que várias pesquisas que mostram que não é tanto a pobreza, mas é a desigualdade que gera a maior criminalidade.

Com base nessas pesquisas, formula-se a seguinte lei: “quando a desigualdade aumenta, aumenta a criminalidade”. Essa lei é uma lei social causal.

As leis naturais são leis causais por excelência, mas Kelsen fala da lei social causal.

Com base em Kelsen e na filosofia ocidental, é possível explicar os vários sentidos da palavra lei.





Lei pode significar basicamente duas coisas:

1. Lei da natureza. (princípio de causalidade)
2. Leis sociais.
CAUSAL. (princípio de causalidade) – são as leis da sociologia. Ex.: quando aumenta a desigualdade, aumenta a criminalidade. SER. Se A é, B é.

OU NORMATIVA. (princípio de imputação) – DEVER SER. Se A é, B deve ser.

Lei no sentido normativo, princípio da imputação, dever ser, é conceito de norma. QUALQUER NORMA.

Normas morais (leis morais) e normas jurídicas (leis jurídicas).

Normas jurídicas escritas e não escritas.

Quando eu falo das fontes, existem normas que são escritas, texto, e existem normas não escritas. Essa norma escrita é chamada de lei. E a não escrita é chamada de costume (norma que brota do uso).

Texto normativo editado pelo poder legislativo.

Texto normativo editado por outros poderes.

CP, Art. 1º Não existe crime sem lei anterior que o defina. – lei em sentido estrito, tem que ser por lei escrita criada pelo legislativo.

CF, art. 5º, “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. – norma em sentido amplíssimo.

Diferença e relação entre direito e outras ordens normativas, sobretudo entre direito e moral

Distinção entre direito e moral e a relação.

Os pontos conceito e estrutura têm uma relação muito próxima porque a estrutura da norma jurídica pro Kelsen é hipotética, isso tem relação com o fato do direito ser uma ordem que liga atos de força como sanção.

Comentado [RS1]: Lei, no direito, é processo legislativo. Lei é sinônimo de norma na moral.

Moral. Na filosofia, existem dois tipos de moral. Se você pegar os principais teóricos que trabalharam a questão moral e as relações entre o direito e moral, é possível que moral se refere a duas questões distintas.

Moral ideal. É como a moral de Kant, porque é uma moral que está em outro plano, o plano das ideias. Essa moral não tem como fonte o ser, não decorre dos costumes. A moral é um ordenamento ideal.

Moral Positiva. É um conjunto de normas positivas. É posta pelo costume – por isso, positiva. É a moral como ela é, que decorre das crenças, dos costumes etc.

Muitos autores não diferenciam moral positiva e moral ideal e acabam se enrascando quando alguém os pergunta se o direito se fundamenta na moral.

PARA O Kant, a moral positiva não vale nada, porque ela vem do ser.

Para o Kelsen a moral ideal é uma ficção porque a razão não é capaz de encontrar verdades absolutas.

Para decidir se você prega a conexão ou a separação entre direito e moral, é preciso escolher o que é moral. Alguns autores afirmam exigir as duas. Alexy afirma existirem as duas morais, positiva e ideal.

Na opinião do professor Travessoni, existem as duas morais, a moral positiva (depende dos valores da nossa comunidade) e a moral ideal.

A nossa moral positiva é muito difusa, mas também muitas coisas em comum. Ethos.

Se a gente pegar o Habermas, moral ideal é o que é bom pra humanidade, moral positiva é o que bom para o grupo. O direito vai se relacionar com a moral ideal. Uma norma injusta é uma norma que viola a moral ideal.

Os positivistas pregam a separação entre direito e moral – tese da separação.

15/03

Jesus, segundo Kelsen, foi uma autoridade moral e os nossos pais são autoridades morais, também segundo o autor.

Na moral cristã, a autoridade dos pais é transferida. O fundamento seria, portanto, religioso.

Normais morais religiosas são postas por quem tem autoridade moral religiosa para tal.

A moral social difusa é difusa na sociedade, é a moral que brota do costume. Nós temos o hábito, o costume de reprovar a mentira.

Por que, para o Kelsen, o direito não pode ter conexão com a moral? Porque tanto a moral positiva como a moral social difusa são variáveis, subjetivas, variam de pessoa para pessoa. É possível que pessoas tenham concepções morais diferentes.

A moral tem sanção? Segundo Kelsen, se moral é a moral positiva, ela tem sanção. A moral positiva tem sanção. No caso da moral social difusa, é a aprovação ou reprovação da conduta. (Sanção é a consequência ligada por uma norma ao comportamento). Qual a consequência que as normas sociais difusas ligam a um comportamento em desconformidade com a própria moral? A reprovação ou em alguns casos a exclusão do grupo. Os convencionalismos sociais têm sanção. Convencionalismo social = são convenções que não tem a ver com o valor do bem, mas são importantes na vida social, como as regras de etiqueta. A pessoa mal educada necessariamente viola a moral? não, mas as pessoas evitam esse indivíduo. Toda norma social tem como sanção a aprovação e reprovação dos sujeitos.

E a moral religiosa, tem sanção? Tem. Se você cumpre os deveres morais, existe um prêmio no além. Se você viola os deveres morais, você paga no além. O professor acrescentaria que a moral religiosa não tem sanção

só no além, tem sanção também no aquém. Para muitas religiões, violar os deveres morais tem pagamento não só na outra vida, mas já nessa se começa a pagar.

E a moral ideal? A moral de Kant não tem sanção, mas como a moral positiva tem, é complicado diferenciar o direito e a moral.

Por que a moral de Kant não tem sanção? Porque a moral ideal de Kant é o imperativo categórico; em Kant você não pode fazer uma coisa com medo da sanção, se você praticar a conduta com esse pensamento, ela não tem valor moral nenhum. A conduta por dever é que tem valor pra Kant. Se eu ajudo uma pessoa pelo puro respeito ao dever de ajudar, a minha conduta tem valor moral. Se eu estou ajudando pelo valor externo de ajudar, a minha conduta não tem valor moral nenhum. “De que valeria os princípios morais se você só os utilizasse quando você lucra com eles”. A conduta moral não é boa porque tem um motivo externo.

Imperativo categórico – ex.: devo ajudar fulano. Devo ajudar fulano porque é certo e fim.

Imperativo categórico – ex.: devo ajudar fulano se quiser ser bem visto pelos demais.

Para Kant, a única moral é a moral autônoma, fazer o que é racional e fazer pelo simples respeito ao dever e fim. Não se pode tratar a pessoa como meio porque o ser humano é um fim em si mesmo.

A moral tem um tipo de sanção e o direito tem outro tipo de sanção. Só o direito teria ATOS DE FORÇA como sanção. Força no sentido de força física. Essa é a teoria do Kelsen. Ato de força como sanção = força física. Só o direito tem sanções que são atos de força física. O direito nem sempre tem isso, mas pode ter.

Seja a moral ideal ou positiva, não tem atos de força como sanção.

A ciência do direito é um estudo sistemático e metódico sobre o direito.

RETIRAR O DEVER SER DO SER – Falácia naturalística. Violação ao princípio de Hume. Ex.: todo mundo mente, é certo mentir.

Dizer que o direito tem atos de força como sanção não significa dizer que a força está sempre presente. Se você cumpre o direito, não vai ter força, porque você está cumprindo o ordenamento. O direito tem sempre a POSSIBILIDADE DE ATOS DE FORÇA COMO SANÇÃO. O ato de força é sempre possível quando o sujeito viola a norma jurídica, porém, se ele vai ser ou não utilizado é outro assunto. O direito é a única ordem que tem sempre essa possibilidade de atos de força como sanção.

O medo da sanção quando é uma sanção (punitiva) e/ou o desejo da obtenção da sanção premial, que levam os sujeitos a cumprir o seu dever. – Isso é uma característica que atua na psique do sujeito; o medo da sanção que me leva a cumprir o dever; o desejo do prêmio leva a cumprir o dever; o direito tem isso e vai ter mais ou menos dependendo da eficácia da sanção.

Coação – coerção – coatividade – coerbilidade – coercitividade. Cinco conceitos? Não.

Alguém poderia falar, “se é a coerção que diferencia a moral do direito, como é que fica então o bando de salteadores (ordem de bandidos”. Se o direito é um conjunto de normas dotadas de coerção, uma ordem de bandidos seria direito. O Kelsen fala que é. Santo Agostinho colocou essa pergunta lá na Idade Média quando ele fala que a ordem do bando de salteadores não é direito. Kelsen fala que se você estiver em um território, um bando de salteadores que produz normas e elas são eficazes (eficácia é condição de validade das normas para o Kelsen) por algum período, isso é direito. Robert Alexy fala que não. Não é a coerção sozinha, é a coerção mais a pretensão de correção = o direito levanta uma pretensão de correção, de justiça. O direito pode nem sempre ser correto, justo, mas ele tem uma pretensão de sê-lo sempre. Para o Alexy, não faz sentido uma ordem jurídica que não levante uma pretensão de correção.

Em Kelsen, uma ordem de bandidos, se ela tiver coerção por um tempo, for eficaz, ela é direito.

Em Alexy, coerção + pretensão de correção. A moral não tem coerção, mas tem pretensão de correção. O bando de salteadores não tem pretensão de correção, pois pretende apenas explorar as pessoas. O direito é a única ordem que tem coerção + pretensão de correção.

Relação entre direito e moral

A tese da conexão afirma que existe uma conexão conceitual necessária entre direito e moral.

A tese da separação afirma que não existe uma conexão conceitual necessária entre direito e moral.

Para o Alexy, existe a conexão e essa é com a moral ideal. Quem defende que moral positiva é aquela a única que existe, para o professor, essa pessoa tem que defender a tese da separação. Quem defende uma conexão entre o direito e a moral precisa pelo menos defender que existe algo na moral que é ideal, segundo o professor.

O argumento do Kelsen é que existem várias morais, porque moral é relativa, então, se eu disse que existe conexão entre direito e moral, é preciso dizer com qual moral.

Alexy, Habermas e o professor acreditam que existem as duas morais, a positiva e a ideal.

Aula dia 20/03

Relação entre direito e moral.

Alexy fala que existem basicamente duas posições no que tange a relação entre o direito e a moral.

TESE DA SEPARAÇÃO.

TESE DA CONEXÃO.

Porém, antes é preciso falar que tipo de conexão é essa.

Existem dois tipos possíveis de conexão entre direito e moral. Primeiro, a CONEXÃO GENÉTICA; segundo, a CONEXÃO CONCEITUAL. A conexão genética diz respeito à gênese do direito, à origem do direito e ela diz que o direito, antes de ser direito, tem uma origem. Essa conexão não estará em jogo, porque veremos que ela aceita por autores positivistas que negam a conexão conceitual entre direito e moral. É inegável que o conteúdo do direito é reflexo das concepções morais dos brasileiros. É inegável que ao se produzir as normas jurídicas, os autores que têm poder para a produção dessas normas levam em consideração suas concepções morais.

Conexão conceitual – o conceito e validade do direito depende ou não de sua concordância com a moral. Isso porque o professor segue a opinião do Alexy para quem o conceito de direito inclui a validade do direito.

Segundo Alexy, existem duas teses fundamentais:

Tese da Separação. Segundo Alexy, é defendida pelos positivistas. Não existe conexão conceitual necessária entre o direito e a moral.

Tese da Conexão. Existe conexão conceitual *necessária* (pode ou não existir) entre o direito e a moral. Segundo Alexy, essa tese é defendida pelos não-positivistas.

Segundo Alexy, o positivismo se divide em dois:

- POSITIVISMO INCLUSIVO. Pode haver ou não conexão conceitual entre direito e moral. O direito é que vai determinar se a moral de algum modo influencia a sua validade. É uma convenção, o direito que

vai convencionar isso. Defendem uma separabilidade entre direito e moral; não estão necessariamente, pode ou não haver. Tese da Conexão, portanto.

- **POSITIVISMO EXCLUSIVO** – NÃO há conexão conceitual entre direito e moral. O direito válido não depende de modo algum da moral. Direito e moral são dois sistemas sociais diferentes. Ex.: Joseph Raz é um autor que defende isso.

Positivismo x jusnaturalismo. Distinção clássica. Como que ficam os autores não-positivistas e nem jusnaturalistas nessa classificação? Não ficam, porque não tem uma terceira opção.

Segundo o professor, é possível dividir o não-positivismo em jusnaturalismo e não-positivismo-não-jusnaturalismo. Essa última abarcaria os autores que defendem a tese da conexão sem defender a ideia de direito natural superior positivo ou negativo.

O termo positivismo é um termo clássico. E essa distinção positivismo exclusivo e inclusivo é uma distinção comum na ciência do direito. O termo não-positivismo foi criado pelo Robert Alexy. O não-positivismo pode ser exclusivo, inclusivo ou super-inclusivo.

Para explicar esses três tipos, é necessário explicar dois tipos de conexão conceitual que existem, segundo Alexy. A conexão conceitual pode ser **QUALIFICATÓRIA** ou **CLASSIFICATÓRIA**.

Uma conexão conceitual classificatória entre direito e moral significa que o direito que viola a moral não é direito válido, ele não é direito.

E uma conexão conceitual qualificatória é aquela em que o direito que viola a moral é direito defeituoso, mas é direito válido, é um direito injusto.

A DIFERENÇA ESTÁ NOS EFEITOS. Qualificatória – se violar a moral o direito não é válido. Classificatória – o direito que viola a moral é válido, mas classificado como injusto e a justificação para isso é a segurança jurídica.

Na opinião do professor, todos os autores que são não-positivistas têm que considerar/reconhecer a moral ideal. Porque se você é não-positivista, a moral é relativa, e se existem várias morais não tem como o direito estar conectado diretamente com uma moral apenas.

O pressuposto do não-positivismo é que não existe algo objetivo, mas tem que existir alguma parte, alguma coisa, um mínimo objetivo que possa ser reconhecido objetivamente por todo mundo porque se o argumento relativista estiver correto, o relativista tem que ser positivista. É possível aceitar uma conexão genética. Como seria possível defender uma conexão conceitual necessária entre o direito e a moral se a moral é relativa? Como o direito tem que estar de acordo com a moral para ser válido se existem várias morais? Então, por isso que o professor acredita na existência de uma relação entre a moral ideal e o não positivismo. Robert Alexy afirma a existência de objetividade e não-positivismo. Os não-positivistas têm que afirmar a existência de um mínimo objetivo na moral.

Não-positivismo exclusivo – todo direito imoral é inválido. Ou seja, toda vez que houver uma injustiça, a norma jurídica perde a válida. Conexão conceitual sempre classificatória. Defensores:

Não-positivismo super-inclusivo – todo direito imoral é direito injusto, mas é válido. A conexão conceitual que é sempre qualificatória. Defensores: Kant (o direito tem que ser justo, mas quando o direito for injusto, devemos respeitá-lo do mesmo jeito, caso contrário, há o retorno ao estado de natureza);

Segundo Robert Alexy, essas duas concepções são muito radicais. A primeira é muito radical porque não dá importância à segurança jurídica. A segunda é muito radical também porque é pensar demais na segurança jurídica e não pensar na justiça, o que o Alexy chama de **PRETENSÃO DE CORREÇÃO**.

Comentado [RS2]: Arthur Kaufman, autor alemão que usa um termo chamado "terceira via", mas ele usa esses termos para a teoria do direito. É possível ter uma terceira via, os que não são positivistas nem jusnaturalistas.

Comentado [RS3]: Moral positiva, para o professor, é a racionalidade ética do Habermas. O que o Travessoni chama de moral ideal é a racionalidade moral do Habermas. E a racionalidade moral é superior à racionalidade ética; a racionalidade ética é o que é bom para o grupo; a racionalidade moral é o que é bom para a humanidade. O que é bom para a humanidade é superior ao que é bom para o grupo. Enquanto grupo, podemos adotar quaisquer convenções que quisermos, desde que elas não violem o que é bom para a humanidade. E, hoje, o que é bom para a humanidade se consubstancia nos direitos humanos. Os direitos humanos são uma moral ideal – segundo Travessoni.

Comentado [RS4]: Para o Kant, não existe o direito de resistência!

Argumento da injustiça ou fórmula de Radbruch – “Cinco minutos de filosofia do direito” em que critica o Positivismo e o Nazismo; e “Direito Legal e Direito Supra positivo”, nesse texto o autor fala que o direito que viola a moral é válido por causa da segurança jurídica, a não ser que a injustiça seja tão horrenda que o direito que viola a moral não será válido. **O direito que viola a moral é válido, a não ser que a injustiça seja horrenda (Radbruch).** → Argumento da Injustiça ou Fórmula de Radbruch.

Alexy usa o termo injustiça EXTREMA; a injustiça extrema não é direito. Nesse caso, a conexão é classificatória e qualificatória, porque, quando a injustiça estiver abaixo do extremo, a conexão é qualificatória; quando a injustiça for extrema, a conexão é classificatória. → NÃO-POSITIVISMO INCLUSIVO.

UNIDADE II - ESTRUTURA DA NORMA

- Teoria do Kelsen
- Críticas
- Teoria do Hart e outras
- Síntese

Analisar se toda norma jurídica tem sanção.

Kelsen. Desenvolveu uma teoria sobre a estrutura da norma jurídica que ficou conhecida como “Estrutura Hipotética das Normas Jurídicas”.

Kelsen usa o termo “doutrina tradicional” para se referir à teoria anterior a sua que ele objetiva questionar.

Segundo Kelsen, a doutrina tradicional afirmava que as normas jurídicas primárias são aquelas que estabelecem um dever. E as normas secundárias estabeleceriam uma sanção caso o dever seja violado.

DOCTRINA TRADICIONAL

Norma primária – estabelece o dever – ex.: “não matarás”.

Norma secundária – estabelece a sanção – ex.: “matar alguém, sanção x”.

HANS KELSEN

Norma primária – verdadeira ou autêntica norma jurídica; é a mais importante. Ex.: matar alguém, sanção x. (se A, deve ser B).

A norma secundária – ex.: “não matarás”. – dela não se pode deduzir o acontece com aquele que desobedece o comando.

KELSEN
Se a, deve ser b. – **norma primária.**
Não deve ser a. – **norma secundária**

- Se existe a norma “se A, deve ser B”, então, a norma secundária é desnecessária, visto que essa está implícita na primeira. A norma “se a é, deve ser B” tem uma estrutura hipotética.
- Normas são sempre prescritivas para Kelsen. Se for descritiva não é norma, mas sim uma proposição jurídica, segundo Kelsen, pois se trata de uma descrição de uma norma.
- Tenho a norma “Matar alguém; pena de seis a vinte anos”. → É preciso de uma norma “não matarás”? Não porque ela já está implícita na norma primária. Por isso que o Kelsen fala na teoria geral do direito e do estado: “não matarás, se é que isso é uma norma jurídica, decorre da autêntica norma jurídica que é a norma que liga uma sanção à conduta matar alguém”.

Não são todas as normas que têm essa estrutura. Essa norma não é a única existente para o Kelsen.

AULA 22/03

Estrutura hipotética da norma jurídica – porque a norma primária do Kelsen tem uma estrutura hipotética, ela tem um “se”, uma hipótese de incidência. Esse conceito, o Kelsen pega da **teoria kantiana (imperativos hipotéticos e imperativos categóricos)**. Se eu quero um fim, eu tenho um meio – relação e meio – condicionado – imperativo hipotético. O imperativo categórico é bom em si mesmo, e o imperativo moral é categórico.

Comentado [RSS]: Imperativos hipotéticos são, na filosofia de Kant, comandos condicionado. Imperativo categórico é um comando oral que é incondicionado.

Nem toda norma apresenta essa estrutura (que é típica das normas penais).

Sentidos de sanção pra Kelsen.

1. Sanção como **consequência ligada a um pressuposto**.
2. Sanção no sentido que diferencia o direito das demais normas de conduta – a sanção do direito é um **ato de força**, ou seja, atos de força como sanção.

O direito civil não tem penas, mas tem atos de força como sanção.

Se A, deve ser B. → O direito possui atos de força como sanção e esse ato de força é sempre uma POSSIBILIDADE.

Se A, deve ser B. – **norma primária** (poderíamos dizer que essa é uma norma autônoma) – autêntica, a verdadeira norma jurídica, a norma jurídica por excelência.

- Não deve ser A – norma secundária. → **SUPÉRFLUA (só essa é!)**
- Normas de poder (que estabelecem poderes que podem ser de aplicação, de produção de normas jurídicas etc.)
- Normas que estabelecem condições para a aplicação de outras normas (estabelecem conceitos de outras normas, interpretam)
- Normas que derrogam outras normas (derrogar = revogar = suprimir a validade)

São Normas
não-
autônomas
porque são
normas que
gravitam em
torno da
norma
primária.

Norma não é o texto, para Kelsen, é o sentido do texto.

Às vezes, a sanção está em outra lei.

Na teoria do Kelsen, existem dois sentidos para a palavra sanção. No sentido toda consequência ligada a um comportamento por uma norma é uma sanção, até a sanção premial. Em alguns casos, a sanção premial é mais benéfica que a sanção punitiva e vice-versa.

Antes de ligar um ato de força, o direito liga uma consequência e às vezes essa consequência já é um ato de força ou o ato de força vem logo depois. Ex.: matar alguém; 6 a 20 anos de reclusão. O sujeito matou e foi condenado a 10 anos de prisão. Mesmo se ele se entregar, existe um ato de força porque ele será mantido sob guarda e vigilância física. Ele vai ser preso e isso é um ato de força. Só que nem sempre é assim.

Porém, às vezes você pratica um comportamento, mas não chega ao ato de força. Ex.: avançar o sinal de trânsito, multa de 200 reais. Daqui decorre “não devo avançar o sinal de trânsito”. Essa multa não é um ato de força. Quando eu avanço, chega um boleto bancário na casa. O sujeito pagou a multa. Houve ato de força? Não. O pagamento do boleto interrompeu.

Se você não paga a multa, vem um ato de força? Não. Vem uma multa da multa. Se, ainda assim a pessoa não pagar, aí vem consequência administrativa, você não recebe o documento do carro. D1 – ficar com o carro parado ou D2 – continuar com o carro trafegando e quando você for parado em uma blitz, o carro é apreendido. → Aí vem o ato de força. Se você não pagar, a questão é remetida para a Advocacia do estado – processo – penhora para o pagamento da multa.

As vezes tem uma cadeia longa até o ato de força e o direito te dá a oportunidade de interromper esse processo.

A sanção é ATO DE FORÇA e num sentido amplo é qualquer consequência. NÃO É SÓ A PENA.

AULA 27/03

Coação e coerção – mesmo significado.

Coação, coerção, coatividade, coercitividade, coercibilidade (possibilidade de ter coação).

Coerção, no direito é diferente da coerção para a sociologia. Para os sociólogos, a coerção não é só a força física como sanção; se você deixa de praticar um ato com medo da repressão do grupo, isso é coerção. Então, na sociologia, faz sentido dizer que direito e moral têm coerção. Quando Durkheim fala que todo ato social é coercitivo, é disso que ele fala.

Na teoria do Direito, coerção é a possibilidade de atos de força como sanção. A moral não tem possibilidade de atos de força como sanção.

- Não deve ser A – norma secundária. → **SUPÉRFLUA (só essa é!)**
- Normas de poder (que estabelecem poderes que podem ser de aplicação, de produção de normas jurídicas etc.)
- Normas que estabelecem condições para a aplicação de outras normas (estabelecem conceitos de outras normas, interpretam)
- Normas que derogam outras normas (derrogar = revogar = suprimir a validade)



São todas elas normas não-autônomas porque gravitam em torno da norma primária.

→ Crítica do Miguel Reale. Ele diz que a teoria do Kelsen é uma furada, e pergunta: onde está a sanção da norma “Brasília é a capital da República”? se isso é uma norma, isso tem um sentido de um dever ser. Brasil é a capital da República – ou isso é um dever ser e o verbo ‘ser’ significa um dever ser; ou se significa algo que não violado, isso não é uma norma. → Ser a capital da República significa que a sede dos três poderes federativos deve ser localizada em Brasília. *Se é uma norma, pode ser violada, se não é uma norma, não pode ser uma norma.*

Segundo o professor, “Brasília é a capital da República” é condição para a aplicação de outras normas jurídicas. Na hora que o sujeito avança o sinal, o guarda aplica a multa com base no código de trânsito; o código trânsito de trânsito foi votado em Brasília em observância à norma “Brasília é a capital da República”.

→ Crítica do H.L.A. Hart.

Hart também usa os termos ‘primária’ e ‘secundária’ na sua teoria, mas esses possuem definição em muito diversa daquela usada por Kelsen.

No livro O Conceito de Direito, Hart afirma a existência de regras primárias e secundárias. Obs.1: regra de Hart é o mesmo que norma de Kelsen? Por enquanto, consideremos que sim. As regras primárias

Comentado [RS6]: Adjetivo que Kelsen atribui a essa norma secundária

Não-
autônomas-
não-supérfluas

estabelecem deveres e têm sanção/coerção. Só que o direito não pode ser definido como “ordem coercitiva” porque só algumas regras têm coerção, que são as regras primárias – segundo Hart. Em Kelsen, o direito pode ser definido como uma ordem coercitiva.

As regras secundárias são de três tipos: a regra de reconhecimento (uma para cada Estado); as regras de produção e de modificação das regras jurídicas; regras de aplicação.

O direito tem regras primárias que estabelecem deveres, sanções e coerção. Porém, segundo Hart, para combater o caráter estático que o direito são necessárias as regras secundárias.

Regra de reconhecimento. Segundo o Hart, toda ordem jurídica tem uma regra que determina como podemos reconhecer o que é direito.

O professor entende que a regra primária do Hart corresponde à primária e a secundária juntas do Kelsen.

Obs.2: Em Kelsen, tem o conceito de NORMA FUNDAMENTAL HIPOTÉTICA. A norma fundamental é uma norma que não é positiva, é pensada, é um pressuposto que tem a função de validar todas as normas positivas. Em Kelsen, um dever ser sempre se fundamenta em outro dever ser, nunca em um ser. Quando se chega à constituição, por que a obedecemos? A constituição é um dever ser e não se pode tirar a sua fundamentação de um ser; Kelsen fala que existe uma norma pensada, hipotética; se eu quero interpretar o direito como uma ordem normativa válida, devo fazer aquilo que determina a constituição. Essa norma não é posta.

A REGRA DE RECONHECIMENTO do Hart é semelhante à norma fundamental do Kelsen porque são regra e norma, respectivamente, de validação de todo o sistema jurídico.

Para o professor, as normas secundárias de produção, modificação e aplicação do direito da teoria do Hart correspondem às normas não-autônomas de poder do Kelsen. A norma primária do Hart corresponde às normas primárias e secundárias do Kelsen.

CRÍTICA DO HART.

Regras se dividem em:

- Regras que tem sanção e coerção; são uma parte do direito.
- Regras que não têm sanção e coerção; são uma outra parte do direito.

Por isso, não é possível definir o direito como “uma ordem coercitiva” porque nem todas as normas têm sanção e coerção, apenas uma parte. Se você quiser demonstrar que o direito é uma ordem coercitiva, você tem que “forçar a barra”, ou você tem que dizer que as normas sem sanção e coerção não são regras jurídicas ou que essas têm sanção/coerção. Ampliar demais o conceito de sanção ou reduzir demais o conceito de regra; aí faz sentido falar que o direito é uma ordem coercitiva. Para o Hart, todas essas duas estratégias são abusivas.

A crítica do Hart é que o Kelsen restringiu demais o conceito de norma. Daqui já vale uma contra-crítica ao Hart. → O Kelsen não falou que as normas secundárias não são normas, elas não são normas não-autênticas. Para o professor, Hart reduz demais o conceito de sanção, pois, para o autor, só o direito penal tem atos de força como sanção. Hart tende a pensar a sanção como pena. Ele pega o conceito de John Austin que definia norma como comando de um soberano dotados da ameaça de um mal; mal traz ideia de castigo; castigo é pena (direito penal). Todavia, o conceito kelseniano de sanção é um ato de força como sanção e não a ameaça de um castigo.

Haverá deveres jurídicos sem sanção, segundo Kelsen? Kelsen afirma que não há deveres jurídicos sem sanção, porque dever jurídico só é criado por norma autêntica, de modo que eles pressupõem atos de força como sanção.

Há normas jurídicas que não estabelecem sanções, segundo Kelsen? Sim.

Conselho do legislador. Kelsen diz que isso começar a acontecer com frequência, esse conceito de direito que temos hoje (que o Kelsen coloca) teria que ser reformulado para inserir isso.

A regra de reconhecimento do Hart não é pensada, ela é praticada.

Aula 29/03

Eficácia para o Kelsen é cumprimento (enquanto prática da conduta que evita a sanção) e/ou aplicação.

Caso prático. A maioria das pessoas não comete homicídio, mas o problema é que quando a norma é aplicada, 1 em 100 é condenado. Eficácia é cumprimento e/ou aplicação, mas não tem um número matemático que expressa isso.

O conceito de eficácia não leva em consideração o motivo, inicialmente.

O motivo que as pessoas não matam não é a sanção da norma penal. A eficácia da norma não leva em consideração no primeiro momento o motivo. Para uma norma jurídica ser eficaz o motivo não tem que ser o receio da aplicação da sanção prevista na norma. Se eu não mato por questões morais, por medo de deus, por medo da sanção social etc., se o motivo é esse, **a norma é eficaz** porque Kant mostrou que direito não exige que o motivo seja a própria norma. → Pertinente a distinção: Conformidade com o dever x ação por dever. Só a moral kantiana exige que para que a ação seja moral eu pratique a conduta por dever. Agora, o direito não exige.

O grau de coação psicológica é uma combinação de tamanho da norma e grau da eficácia na aplicação.

De modo geral, existe uma uniformidade ainda que seja relativo (o que é grande pra um pode ser pequeno pra outro). Ex.: se não houvesse pontos na carteira quando alguém avança o sinal de trânsito. → Quem tem maior poder econômico ia ser beneficiado por uma norma nesse sentido. É claro que existe essa diferença, mas tem que levar em conta um certo grau de uniformidade.

Muitos falam que em Kelsen o destinatário da norma é só a autoridade. Por quê? Porque a verdadeira norma para o Kelsen é a norma primária (Se A, deve ser B); a primária parece se dirigir para a autoridade, mandando o juiz punir aquele que mata. Por isso muitos falam que para ele o direito se direciona exclusivamente para a autoridade. O Kelsen diferencia OBSERVÂNCIA/CUMPRIMENTO X Cumprimento/aplicação. Para o Kelsen, o destinatário do cumprimento é o cidadão e a da aplicação é a autoridade. Prof. Elza entende a teoria da Kelsen não seria uma teoria em que as normas se dirigem exclusivamente a autoridade. Na norma “matar alguém, 6 a 20 anos”, para a prof. Elza os dois destinatários são o juiz e o cidadão; cidadão destinatário da observância e o juiz da aplicação. Para o professor essa interpretação está certa porque quando o Kelsen define dever jurídico, ele define como conduta que evita a sanção. Kelsen sabe que o cidadão pratica uma conduta que evita a sanção. A teoria do Kelsen fala da autêntica norma e que automaticamente você fala a secundária – a última está implícita na primária, não é supérfluo o dever, mas enunciar ela novamente porque ela já está inserida na primeira.

Se você fala que a norma jurídica se destina à autoridade, você explica o mecanismo de aplicação da sanção e o mecanismo de cumprimento é explicado com o mecanismo psicológico. Porém, se você afirma que a norma jurídica se destina apenas ao cidadão, como que se explica o sistema de aplicação da norma? Não se explica.

PROIBIR, OBRIGAR, PERMITIR, AUTORIZAR E DERROGAR. Funções da norma, para o Kelsen.

O direito proíbe condutas através da ligação de atos de força como sanção, segundo Kelsen.

Aula 05/04

- Importância da classificação das normas

Algumas das classificações de normas, estudamos no direito sem ter uma classificação – direito privado é estudado como uma parte do direito, mas é uma classificação.

Pode classificar as normas com base na sua matéria (tributário, direito de família), com base no território da sua vigência (norma internacional e norma de caráter interno), etc.

Distinção das normas jurídicas em REGRAS e PRINCÍPIOS.

Estudaremos essa classificação porque ela tem uma grande importância teórica e prática. Compreender a diferença entre regras e princípios nos permite aplicar melhor o direito. São normas que têm estruturas lógicas diferentes e essas estruturas se revelam, sobretudo, no momento de aplicação dessas normas. Aplicar um princípio é algo relativamente diferente do que aplicar uma norma, para muitos autores.

Existem autores que questionam essa distinção ou relativizam a distinção, falando que a distinção não é tão nítida quanto alguns autores acreditam que ela seja. Essa distinção é aceita pela maioria dos autores, hoje em dia.

Essa distinção se tornou importante por causa da obra do autor RONALD DWORKIN. Ele tem o mérito de ter colocado isso no centro da primeira fase da sua teoria (década 1970). Nessa fase, ele parte da obra de Hart que era o grande teórico do direito de língua inglesa.

Vimos que na unidade passada que Hart tinha definido o direito como um conjunto/uma união de regras primárias e regras secundárias – essa é a grande tese do livro “O Conceito de Direito”. Justamente por isso o direito não poderia ser definido como uma ordem coercitiva, segundo Hart, por causa das regras secundárias. As regras primárias são coercitivas e as secundárias não teriam sanção.

Na versão de Hart, que segundo Dworkin é a mais evoluída na época (autores de língua inglesa).

O positivismo de Hart considera o direito um conjunto de regras e isso está errado, segundo Dworkin. Para esse, **o direito é um conjunto de regras e princípios.**

Esse modelo de regras geraria um problema sério.

Dworkin tem um grande mérito de ter colocado a discussão sobre regras e princípios no centro do debate da teoria do direito nos século XX.

Na opinião do professor a teoria do Hart não era um conjunto de regras, porque a regra do Dworkin não é a mesma coisa que a regra de Hart. A regra de Hart equivale ao que no Dworkin seria o padrão jurídico, segundo Travessoni e de vários teóricos de língua inglesa.

Curiosamente, no Brasil, os teóricos repetem uma espécie de mantra “o direito é um modelo de regras”.

Pontos do estudos:

- Princípios.
- Dworkin. Estudar o diagnóstico que ele faz do positivismo jurídico de Hart e a sua teoria sobre os princípios.
- Visão não-dworkiniana sobre princípios. Hart e Kelsen.

ANTES DO DWORKIN ...

Joseph Esser – esse autor alemão era uma privatista. Até um tempo atrás, na Alemanha, os grandes teóricos do direito eram privatistas. No século XX, os teóricos alemães que mais se destacam são os publicistas, são os caras que trabalham mais com o direito constitucional etc. No século XIX, o direito era o direito civil. No século XX, a constituição e o constitucionalismo ganham importância. Tem um texto em que Esser fala de princípio/máxima/proposição fundamental em que ele dá a ideia de que existem as normas jurídicas e esses princípios jurídicos no direito. Esses princípios não seriam normas, teriam mais um caráter de valor.

Comentado [RS7]: Para o professor, tudo que tem uma importância teórica tem uma importância prática porque o direito é uma ciência decisória, prática.

Na filosofia moral, a ideia de que existem princípios como normas mais gerais da moral. Marcus Singer (meados do século passado) falava de princípios dentro da filosofia moral. Na filosofia moral, a ideia de que normas não são só regras, mas também princípios, é uma ideia antiga, anterior ao Dworkin. MAS não tinha um teórico do direito com peso do Dworkin que fizesse uma distinção tão clara entre regras e princípios. Daí então a importância do Dworkin.

DWORKIN

Dworkin tem duas teses sobre o Positivismo Jurídico. (O PJ visto pelo Dworkin). Esse PJ, segundo o Dworkin, é o positivismo em geral, mas é sobretudo o positivismo do Hart.

- TESE1. O positivismo jurídico é um modelo de regras. = O PJ de Hart não percebeu que o direito é um conjunto de regras e princípios.
- TESE2. O modelo de regras defendido pelo PJ o leva à defesa do poder discricionário.

Quando o Dworkin fala de poder discricionário é o poder discricionário do JUIZ. Quando o juiz aplica o direito ao caso concreto, o juiz não tem uma única solução; ele tem várias soluções à sua disposição e ele pode escolher. Segundo Dworkin, a ciência do direito não consegue dar ao juiz um critério para escolher dentre essas várias soluções, então, ele tem poder discricionário.

O poder discricionário é um problema para Dworkin, porque se o juiz tiver poder discricionário, é subjetivo e ele estará LEGISLANDO EX POST FACTO = ele estará legislando depois do fato.

TESES DE DWORKIN SOBRE O DIREITO.

- T1. O Direito é um conjunto de regras e princípios. → Para o professor, essa tese é falsa.
- T2. Conceber o Direito como um conjunto de regras e princípios resolve o problema do poder discricionário. = O direito vai apresentar uma única solução pra cada questão – **Single Answer Thesis ou Tese da Única Resposta Correta.** →
Para o professor, essa T2 é falsa, mas tem algo de verdadeiro. O Positivismo Jurídico defende o poder discricionário (V); SE T1 é falsa E o “positivismo jurídico defender o poder discricionário” é verdadeiro, a causa da defesa da T2 não pode ser o modelo de regras, porque ele não é defendido pelo positivismo. Outra coisa falsa na T2 é que alguém poderia dizer que aquele que defende o modelo de regras vai defender o poder discricionário. → Isso é FALSO. A causa da defesa do poder discricionário não é o modelo de regras.

Aula 10/04

O Modelo de Regras I. Cita o caso clássico de um sujeito que tinha. A decisão da corte foi feita com base em princípios – no caso o princípio da torpeza, de que ninguém pode se beneficiar do seu próprio crime.

Caso Elmer vs. Riggs (<http://abccconstitucional.blogspot.com.br/2011/05/estudo-do-caso-elmer.html> - mais detalhes) Dworkin sugere que um positivista teria que dizer que o neto que matou o avô herdaria os bens do avô porque é aquilo que está na regra – não havia uma lei expressa no código determinando que no caso de homicídio da pessoa que de quem você vai herdar você não herda. E a corte decidiu empregando termos princípios, e é dessa análise que Dworkin parte para distinguir normas e princípios.

Joseph Raz. *Legal Principles and the Limits of Law* – artigo do Raz em que ele argumenta a existência de dois critérios para diferenciar regras de princípios em Dworkin. **Critério lógico** – é uma diferença na estrutura lógica das normas; haveria dois tipos de normas com base da estrutura lógica das normas; os princípios têm uma estrutura lógica e as regras teriam outra estrutura. O outro é o **critério de fonte** – a fonte dos princípios jurídicos seria pelo menos parcialmente diferente das normas jurídicas.

- ✚ Dworkin fala que regras são padrões jurídicos (legal standards) que podem ser de dois sentidos: regras e princípios.
- ✚ Regras são padrões jurídicos aplicados em uma perspectiva tudo ou nada – o conflito é decidido pela validade.
- ✚ Princípios são padrões jurídicos prima face; admitem exceções que continuam válidos.

Para saber se um padrão jurídico é uma regra ou um princípio, Dworkin analisa casos de choque entre padrões jurídicos. **Duas regras quando se chocam, o seu conflito é decidido pela validade.** Se uma regra é válida, a outra não é válida e vice-versa. Você resolve o conflito entre duas regras por uma **CLÁUSULA DE EXCESSÃO**.

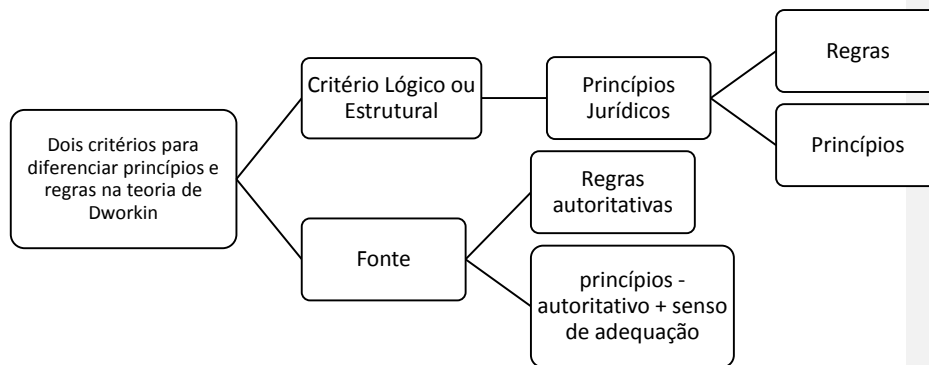
Qual o problema dessa parte do Dworkin? O Dworkin fala que uma regra que não contiver todas as exceções à sua aplicação, não é a formação completa de uma regra. Com isso, Dworkin está dizendo que uma regra já deve conter em seu enunciado todas as exceções à sua aplicação. Está implícito nisso que Dworkin acredita que você pode prever antecipadamente todas as exceções a uma regra. Se faltar uma exceção, é uma formulação incompleta de uma regra.

Princípios são prima-face, ou seja, **admitem exceções e continuam válidos**. O choque de princípios não se resolve na dimensão da validade, mas na dimensão do PESO/WEIGHT. Com os princípios não é possível prever antecipadamente todas as soluções e não dá pra sintetizar dois princípios com cláusulas de exceção. Então, é preciso aplicar um e não aplicar o outro em um conflito.

Só que o Dworkin usa outro critério que podemos denominar critério de fonte. Ele parece pensar que regras vem do material autoritativo e que os princípios vêm do material autoritativo e de um “um senso de adequação desenvolvido pelos juristas ao longo do tempo” que é praticamente um senso de justiça.

Chama se critério de fonte porque essa palavra se remete à origem. As regras vem do direito positivo. Os princípios advém do direito positivo, mas também desse senso de adequação que corresponde à moral em Dworkin. Retiram-se os princípios de uma moralidade implícita que é própria dos indivíduos daquela comunidade, implícita na ordem jurídico-política daquela comunidade.

Obs.: Autoritativo = norma posta por uma autoridade.



Por que a tese de Dworkin seria falsa?

T1. PJ é um modelo de regras.

T2. O modelo de regras leva ao poder discricionário.

T1 é falsa. O primeiro a falar que essa é falsa foi Joseph Raz e, mais recentemente, foi Scott Shapiro que sugere que, nos países de língua inglesa, é quase que unânime que a visão do Dworkin sobre a teoria do Hart foi equivocada e que aquilo que Hart denominou regra não é a mesma coisa que Dworkin determinou como regra.

O argumento do Raz reside no fato de que aquilo que distinguiria regras de princípios seria o critério da generalidade. Dworkin discorda disso.

De acordo com o critério da generalidade, princípios seriam padrões jurídicos mais gerais ou muito gerais, e regras seriam padrões menos gerais que os princípios. Pois a generalidade é uma questão de linguagem. A linguagem pode ter graus diferentes de generalidade e, como normas são comunicações de padrões de comportamentos que se expressam através da linguagem, normas podem ter graus diferentes de generalidade. A generalidade é o que Hart denominou de textura aberta da linguagem. A linguagem pode ter uma textura mais aberta ou uma textura mais fechada. Uma proposição pode ser mais geral ou mais específica.

Para o Raz, padrões normativos podem ter graus de generalidade. E, para ele, o que Dworkin chama de regras são padrões mais especiais e princípios são mais gerais. Dworkin rebate falando que o seu critério não é o critério da generalidade.

Pós-escrito do Hart. Hart tinha sido o alvo do Dworkin. Os primeiros escritos do Dworkin são todos baseados na teoria de Hart. Em 1994, Raz publica a segunda edição do livro "O Conceito de Direito" com um posfácio escrito pelo Hart e não publicado em vida. E só um pouco antes da sua morte é que Dworkin publicou uma resposta ao posfácio de Hart.

Hart fala que seu modelo de regras não é esse colocado pelo Dworkin. O que Dworkin chama de regra estaria incluído no que Hart chama de regra; ele nunca falou que o que Dworkin chama de princípio está fora do sistema jurídico, pelo contrário, estaria dentro.

Textura da linguagem. Quando você entrar na igreja X tem que tirar o chapéu. → Essa regra determina o comportamento dele, mas não totalmente. Ele não sabe se ele tem que tirar com a mão direita ou esquerda, ou se é para tirar e pode colocar de novo etc. Isso é a textura aberta do direito. Textura aberta é a mesma coisa que generalidade.

Em Hart, regras podem ter textura mais aberta e menos aberta. E o direito é uma união de regras primárias e secundárias.

O que Dworkin chama de PRINCÍPIOS, Hart nomeia como NORMAS DE TEXTURA ABERTA.



✚ Segundo Dworkin, os princípios desenvolvidos no seu sentido não estariam presentes no sistema de Hart.

✚ As regras de Hart correspondem aos padrões jurídicos do Dworkin.

- ✚ O princípio Dworkin corresponderia à regra mais geral do Hart.
- ✚ A regra do Dworkin corresponderia à regra menos geral de Hart.
- ✚ Para o professor, as regras do Hart seriam os padrões jurídicos do Dworkin.
- ✚ O Direito para Dworkin é um conjunto de regras e princípios, porque o direito é um conjunto de padrões jurídicos. Dworkin acredita que direito para Hart só é formado por regras.
- ✚ Regra = padrão jurídico pro Dworkin (Travessoni).
- ✚ O próprio Dworkin admite que tem princípios que vem do material do material autoritativo e outros que vem da moral.
- ✚ LOGO, Dworkin. → DIREITO = conjunto de regras e princípios de origem autoritativa ou moral (isso Dworkin admite).
- ✚ Hart não admite que princípios jurídicos venham da moral. Mas não vai ser só um conjunto de regras; LOGO, o direito é formado por regras + princípios autoritativos, segundo Hart.



MODELO DE REGRAS é a causa do poder discricionário? Para o professor, isso não tem nada haver. Regulamento do laboratório de informática. Princípios dão muito mais poder aos aplicadores do que um modelo de regras. Com os princípios, é possível que um juiz decida com muito maior discricionariedade. A causa da discricionariedade, segundo o professor, não é a inclusão de padrões morais ou princípios (que seriam regras mais gerais); o que faltou foi uma teoria da aplicação do direito mais desenvolvida.

Aula 12/04

Generalidade – detalhamento da regra ou indeterminação do princípio que alcança graus diversos.

	Em Bobbio	Em Robert Alexy
Todo preso tem liberdade de expressão.	Geral e abstrata.	Universal e geral.
Todo preso tem direito de tentar converter outros presos.	Geral e concreta.	Universal e especial.
Fulano tem liberdade de expressão.	Especial e abstrata.	Particular e geral.
Fulano tem direito de tentar convencer outros presos.	Especial e concreta.	Particular e especial.

REFERÊNCIA:

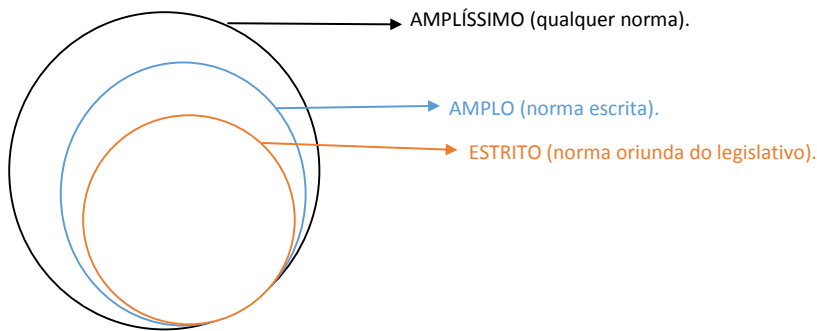
→ **Generalidade 1: generalidade do destinatário.**

→ **Generalidade 2: generalidade da prescrição.**

→ Por análise conceitual, a generalidade do destinatário não infere na diferenciação entre princípios e regras. O que faz isso é a generalidade da prescrição (para Bobbio: abstração).

→ A generalidade em Alexy é quantitativa, enquanto em Dworkin é qualitativa.

- Norma jurídica pode ser dividida em duas partes: aquela que se dirige ao destinatário e a abstração se refere à prescrição da norma (segundo Bobbio).
- Eficácia horizontal diz respeito à eficácia em relação a terceiros.
- Direito e dever estão conectados.
LEI: norma escrita, geral e abstrata.
 - Amplíssima: toda norma jurídica (ex.: costume).
 - Sentido Estrito: legislada pelo poder legislativo.
 - Amplo: norma jurídica escrita (ex.: porta, decreto etc.)



- A diferença entre regras e princípios se encontra pelo grau de generalidade da prescrição.
- Os princípios são as normas/prescrições mais gerais que tendem à universalidade.

Aula 19/04

→ Robert Alexy.

Distinção entre regras e princípios.

Primeiro texto que ele escreve é de 1979, "Sobre o conceito de princípio de direito". Nesse texto, começa com a teoria de Dworkin, descreve ela etc. Alexy fala que existe dois tipos de critérios possíveis para distinguir entre regras e princípios:

- ✚ Distinção QUANTITATIVA: uma distinção que se expressa em graus, distinção pela generalidade.
- ✚ Distinção QUALITATIVA: critério não aplicado em graus; é um critério que você e vai te dizer se a norma é regra ou princípio.
- ✚ EX.: Conforto do automóvel.
Critério quantitativo: Carro 1 – CC (quanto +C, +confortável.)
Carro 2 – C
Carro 3 - CCC

Comentado [RS8]: Três principais obras:
Teoria da Argumentação Jurídica. 1978.
Teoria dos Direitos Fundamentais.
Conceito de Validade do Direito.

Carro 4 - CCCCC

Carro 5 – CCCC

Critério qualitativo: confortável é carro em que você viajar 12 horas ininterruptas e não sente dor.

Carro 1 – Confortável

Carro 2 – Confortável

Carro 3 – não Confortável

Carro 4 – não Confortável

Carro 5 – não Confortável

NÃO INTERESSA, NESSE CASO, SE SENTE MAIS OU MENOS DOR. **É CONFORTÁVEL OU NÃO É**

A distinção entre regras e princípios, como é uma questão lógica, é preciso buscar o critério qualitativo. A generalidade é o critério importante, mas tem um problema porque é um critério qualitativo. PARA O ALEXY, o critério do Dworkin é o qualitativo. Esse seria um dos méritos do Dworkin, segundo Alexy.

Para o Joseph Raz, o critério de Dworkin é aquele quantitativo, da generalidade. O professor concorda com essa afirmativa.

O Dworkin defende seu critério como sendo qualitativo.

Para o Alexy, o grande mérito do Dworkin é ter buscado a distinção entre regras e princípios olhando o comportamento das normas quando elas se chocam. Teorema da colisão – nome dado por Alexy.

Alexy fala que as normas jurídicas podem ser princípios ou regras.

Dworkin não usa o termo norma, usa “padrão jurídico”.

Alexy fala que existem dois tipos de normas:

✚ Normas que são cumpridas em graus. → São Princípios.

✚ Normas que são cumpridas ou não. → São Regras.

✚ O teste é, portanto, qualitativo.

Ex.: Proibido ultrapassar pela direita. → É uma regra, porque não tem como cumprir ela mais ou menos.

Ex. 2: Todo motorista deve dirigir em segurança.

Numa determinada estrada, deve-se trafegar com o limite de 120 km/h. → Tem dirigir entre 60 e 120 km/h.

Caso 1: motorista dirige à 110 km/h, sem falar ao celular, sem estar alcoolizado. → Dirige em segurança.

Caso 2: motorista dirige à 130 km/h, sem falar ao celular, sem estar alcoolizado. → Dirige com menos segurança.

Dirigir com segurança não tem só “segurança” e “insegurança”. O grau está dentro do comando.

Capítulo 3 do Livro Teoria dos Direitos Fundamentais. Retoma essa questão quantitativo-qualitativo. Pega decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão, refaz essa distinção e com base nela vai analisando os casos. Construída com base na prática jurídica.

Princípios são normas cumpridas em grau; regras são normas cumpridas ou não. Princípios são comandos de otimização (autores chamam de mandamentos de otimização); regras são comandos definitivos.

O que o Alexy fala do caráter prima-face. → Princípios são prima-face e regras também. **Prima-face é uma norma que admite exceções e continua válida.** Regras são prima-face porque podem ter exceções previstas.

Dworkin. → Princípios são prima-face; regras são tudo ou nada/all or nothing. Ao caráter prima-face dos princípios se opõe o caráter *tudo ou nada* das regras. Princípios não são cumpridos em grau, para o Dworkin.

Habermas pega elementos da teoria de Luman, um sociólogo alemão. Código binário do direito. → Uma conduta é lícita ou ilícita.

1992 – Facticidade e Validade – Contribuições à Teoria Discursiva do Direito (título original). Fala que princípios não podem ser compreendidos como comandos de otimização, porque isso retira a força normativa dos direitos fundamentais. E se você concebe princípios como comandos de otimização, a ponderação vira algo subjetivo. Tem um conflito entre dois princípios e X pondera de um jeito, enquanto Y pondera de outro. Por um lado você tira a força normativa dos direitos fundamentais e, por outro lado, traria um subjetivismo para o direito. Ademais, isso retiraria o caráter binário dos direitos. Direito – ou você tem ou não tem; lícito ou ilícito. Portanto, para o Habermas, não existem padrões obedecidos em grau.

Resposta ao Habermas pelo Robert Alexy. É óbvio que um direito você tem ou não tem, uma conduta não pode ser mais ou menos lícita, todavia, no direito, existem padrões que são cumpridos em graus. Ex. do carro ultrapassando a velocidade. A conduta lícita é trafegar entre 55 e 110 km/h. Trafegar a 111km/h é ilícito e trafegar a 65 km/h é lícito. Porém, 111km/h é mais seguro que 130 km/h. Não existe o mais lícito e o menos lícito. Os três modais deonticos (do dever) ficam mantidos. → Uma conduta só pode ser obrigatória, proibida ou permitida. E aí sua conduta será lícita ou ilícita.

A crítica do subjetivos feita por Habermas. → Alexy conseguiria demonstrar que ponderação não é subjetiva, segundo o professor.

Aula 24/04

Grundsatz. → Diz respeito à máxima da proporcionalidade; não é princípio, é uma regra. Uma ponderação em sentido amplo.

Prinzip. → Aqui diz respeito ao comando de otimização.

Quando você tem o confronto de dois princípios você resolve com a “grundsatz” da ponderação.

- ✚ Quando você vai ponderar dois princípios, é princípios analisar as considerações fáticas e jurídicas (normativas) envolvidas no choque.

A máxima da proporcionalidade se divide em três máximas parciais:

Ponderação em sentido amplo.

Máxima parcial da adequação.

Máxima da parcial necessidade.

Tentar solucionar com essas duas máximas parciais. Se for possível resolver só com elas, problema resolvido

Ponderação em sentido estrito

Máxima da proporcionalidade em sentido estrito.

As duas primeiras dizem respeito às circunstâncias fáticas. Por isso, tratam de uma relação de meio e fim.

A última máxima diz respeito à condição jurídica da colisão.

Colisão de princípios. → Se o meio X leva ao fim desejado, então ele é adequado. Porém, podem ter vários meios que podem ser adequados. E, dos vários meios que levam ao fim, só um é necessário e ele vai ser o meio que efetiva um princípios causando menos restrição ao princípio colidente.

Essa ponderação pode não ser objetiva como a matemática, mas não ela é arbitrária como Habermas parece entender.

Ex.: caso do papai-noel. Numa determinada cidade alemã, a comunidade tinha o costume de fazer um doce de papai Noel típico. Em um certo ano, um comerciante resolveu mudar os ingredientes do doce do papai Noel e o serviço público municipal proibiu a venda alegando que aquela mudança nos ingredientes poderia causar problemas à saúde das pessoas. O advogado do comerciante entrou com uma ação que chegou à corte constitucional. → Trata-se de conflito entre dois princípios:

P1. Proteção à saúde.

P2. Liberdade geral de ação (livre iniciativa).

A medida adotada pela administração pública municipal foi de proibir a fabricação e venda do doce. A medida de proibir M leva ao fim F de proteger à saúde. Ela é um meio adequado ao fim proposto, portanto. Porém, a pergunta é se essa medida é necessária. O que o tribunal decidiu que havia outro meio que seria colocar um aviso no Papai Noel. Colocar um aviso é uma medida M2 que protege a saúde dos consumidores. Então, ele é um meio adequado e viola menos a liberdade de ação do empreendedor do que a medida de proibir a fabricação e venda. Caso descobrissem um meio 3 que constrinja ainda menos a liberdade do empreendedor, o meio 2 perderia sua relevância.

A colisão resta solucionada.

M → F

M1. Proibir a fabricação e venda. Fim: proteger a saúde. Adequado? Sim. Necessário? X.

M2. Aviso na embalagem. Fim: proteger a saúde. Adequado? Sim. Necessário? Não, mas viola em menor medida a livre iniciativa.

- Máxima parcial da adequação
- Máxima parcial da necessidade
- Máxima parcial da proporcionalidade.

Exemplo da ponderação em sentido estrito. Caso Lebach (um preso alemão). Lebach em conjunto com outros indivíduos desenvolveu um plano pra entrar no quartel das forças armadas alemã e roubar munições ali mantidas. Os demais sujeitos entraram para subtrair as armas, acabou por acontecer um confronto e eles mataram um soldado. Lebach estava no carro esperando e acabou condenado a 10 anos de prisão. Lebach começou a cumprir pena e, na véspera da sua soltura, um canal resolveu expor um documentário sobre o crime. O advogado de Lebach peticionou uma reclamação constitucional para impedir a exibição do documentário alegando uma violação aos direitos da personalidade do réu, pois, com a veiculação do documentário, o preso não iria conseguir se reintegrar à comunidade. → O tribunal tratou isso como o conflito entre dois princípios:

P1. Liberdade de expressão por radiodifusão.

P2. Os direitos da personalidade (Lebach estava sendo usado como meio para obtenção de audiência).

Soluções possíveis.

S1. Permitir a exibição. → Meio que efetiva P1 e viola P2.

S2. Proibir a exibição. → Meio que efetiva P2 e viola P1.

→ **NÃO tem como resolver essa problemática com a máxima da necessidade porque as duas soluções possíveis efetivam um princípio e, ao mesmo tempo, violam outro.**

Desse forma, usar o nível 1 (máxima parcial da adequação + máxima parcial da necessidade) para solucionar o conflito não é suficiente. Isso porque pelo menos dois meios que efetivam um princípio e violam outro. Contudo, os dois meios violam em duas medidas.

Essa teoria do Alexy implica a necessidade de comparar o maior com o menor. De todo modo, esse método exige uma classificação triádica (em três categorias):

A lesão ao princípio pode ser:

- Leve
- Média
- Grave

E, segundo Alexy, ainda seria possível uma classificação triádica dupla:

- Leve leve, leve média, leve grave.
- Média leve, média média, média grave.
- Grave leve, grave média, grave grave.

Mais que isso não é possível de fazer, porque ninguém entenderia isso. Cabe salientar que esses juízos de atribuição de peso têm que ser fundamentados.

No caso Lebach, o tribunal considerou que a exibição seria uma lesão grave aos direitos da personalidade. Porém, proibir a exibição de uma notícia de 10 anos atrás, que já teve sua divulgação na época e que não tem interesse público atual não é uma lesão grave, mas uma lesão média. Se fosse uma notícia atual, a decisão seria outra.

Se der lesão grave e grave dos dois princípios, não tem uma solução na teoria do Alexy. Pro professor, dá pra resolver. Não precisa de uma escala infinitesimal.

Parece ser uma ponderação subjetivo, visto que cada indivíduo pondera de um jeito. Porém, essa teoria dos princípios está ancorada na teoria da argumentação jurídica, mostrando que a argumentação no direito pode se desenvolver de forma racional.

Exemplo da maconha. Na Alemanha, a Cannabis foi proibida e o tribunal tratou a questão da proibição como um conflito entre dois princípios:

P1. Proteção da saúde.

P2. Liberdade de ação.

Proibir protege a saúde e viola a liberdade de ação da pessoa. E permitir protege a liberdade de ação da pessoa enquanto viola a proteção à saúde.

No tribunal, deu empate quanto à lesão ser leve, média ou grave. Nesse circunstância, o legislador pode decidir entre proibir ou permitir o consumo e nenhuma das duas escolhas seria inconstitucional.

Não se trata de uma decisão objetiva como $2+2=4$.

Robert Alexy fala de:

- ✚ Argumentos jurídicos propriamente ditos – lei dogmática jurisprudência

- ✚ Argumentos práticos gerais (morais) – só entra para negar validade do direito quando for injustiça grave
- ✚ Argumento empíricos

Num estado democrático, essa teoria garante a efetividade do legislativo. E o problema dessa teoria é que quando não existir a lei o juiz tem que decidir o caso concreto. → Nesse caso, a teoria é insuficiente.

Unidade IV. Funções das norma jurídica.

Segundo a **doutrina tradicional**, as normas jurídicas têm três funções que correspondem aos três modais da lógica deôntica:

1. Proíbem.
2. Comandam (obrigam, ordenam).
3. Permitem.

Kelsen começa seu texto falando dessas três funções.

Para doutrina tradicional, proíbe-se uma conduta enunciando ela. Para Kelsen, a proibição da conduta ocorre pela ligação ela a um ato de força como sanção.

Kelsen inicia a sua análise falando que proibir, obrigar, ordenar são uma função só porque a norma que proíbe comanda uma omissão. Quando a norma comanda uma omissão, a doutrina tradicional fala que é proibir.

Segundo Kelsen:

1. Proíbem, comandam, obrigam, ordenam.
 - 1.1 Ação.
 - 1.2 Omissão
2. Permitem.

Ex.: Proibido fumar em sala. → Comando omissivo, em Kelsen.

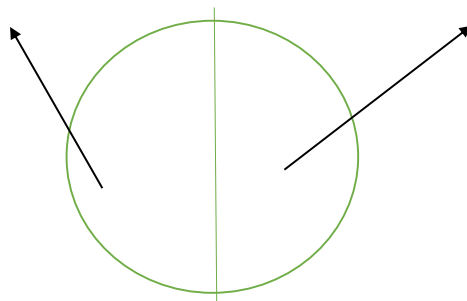
Ex.: Obrigatório prestar socorro. → Comando de ação, em Kelsen.

Permissão. Segundo Kelsen, não uma função de normas positivas em um primeiro momento. O autor faz uma abordagem interessante no sentido de que **uma conduta é permitida não por uma norma, mas pela inexistência de norma comandando essa conduta**. Se você pegar uma conduta que não está comandando, ela é permitida porque não existe uma norma comandando. Isso recebe o nome de REGULAMENTAÇÃO NEGATIVA → O direito, ao não regulamentar uma conduta, regulamenta ela permitindo que ela aconteça.

TODAS AS CONDUTAS.

Condutas regulamentadas pelo direito.

Condutas não regulamentadas pelo direito.



Tudo que não está regulamentado é permitido; **não preciso de normas elencando as permissões**. Ao não regulamentar, o direito regula, segundo Kelsen. L

Lado esquerdo: condutas regulamentadas **positivamente** pelo direito.

Lado direito: condutas regulamentadas **negativamente** pelo direito = quando não existe uma norma regulamentando uma conduta.

Quando eu tiver uma conduta que é permitida por causa de uma existência de uma norma, não é função de uma norma específica porque não tem norma. Quando não encontro norma regulamentando uma conduta, trata-se de permissão negativa.

→ Um caso em que a permissão é necessária é quando se objetiva restringir o âmbito de ação de uma norma anterior N1 será por meio de uma N2.

Ex.: Digamos que não tem norma nenhuma regulamentando a conduta fumar. Então, ela é permitida porque é regulamentada negativamente.

Daí aparece a norma 1. "Proibido fumar em lugares públicos e fechados."

Daí a norma 2 é aprovada. "Não se aplica a N1 aos empreendimentos comerciais ainda que abertos ao público e fechados (não é ao ar livre) desde que tenham como objeto principal a atividade clube de tabaco." → Essa permissão é uma permissão positiva, segundo o Kelsen.

Permissão negativa. → A conduta é permitida porque não tem norma

Permissão positiva. → A conduta é permitida porque tem uma norma 2 que restringia a norma 1 que comandava.

N2 seria uma norma não autônoma.

- Fumar em sala de aula, multa de 100 reais. – norma primária
- Secundária: não devo fumar em sala de aula.
- N2. Não autônoma, porque condiciona a aplicação da norma primária ou restringe o âmbito de aplicação da norma primária.

Liberdade de expressão. O sentido disso "todos podem se expressar livremente" vem para impedir que o legislador coloque uma norma que nos impeça de expressar livremente. Normas que restringem o poder da autoridade em editar normas que restrinjam esses direitos.

Dever e permissão são as normas de conduta.

Existem normas que equivalem às regras secundárias em Hart, que são as normas de poder do Kelsen. Algumas normas tem a função de autorizar, são normas de competência. → Normas de poder.

Ex.: proibido fumar na sala de aula. Para isso ser proibido é preciso ter uma sanção, segundo Kelsen.

Um aluno acende um cigarro em sala. Ele tem que pagar a multa caso o faça. Quem tem o poder de aplicar a norma? Nesse sentido, supondo que há uma norma falando que compete ao Diretor da faculdade aplicar as normas da instituição, p. ex.

Normas que estabelecem poder são normas de competência.

Autorização diz respeito à competência, enquanto “permitida” diz respeito a poder fazer algo.

Segundo o Kelsen, uma conduta autorizada é uma conduta meramente permitida. Se não tem norma comandando, a conduta é permitida.

Existe uma norma atribuindo ao diretor da faculdade determinada competência. → “Compete ao diretor da faculdade suspender aulas na sua unidade.” Para o diretor, a conduta autorizada é permitida, porque não está obrigando que ele a faça, mas atribuindo o poder para tal. Para os alunos/professores ela é permitida, mas não existe nenhum poder para que esses o façam. → O aluno X não tem o dever de não suspender aulas, porque não tem uma norma pra ele; caso X chegue e fale “amanhã as aulas estão suspensas”, X NÃO viola dever, mas não tem efeito nenhum aquilo que ele fala.

É preciso existir uma norma 2 e uma norma 3 ligada a um ato de força como sanção ao não exercício competente do poder para que haja dever nesse caso. -> EX.: “Em caso de falecimento de Professor e/ou Aluno, o diretor tem que suspender as aulas de 2 a 5 dias, sob pena de sanção S.”

Não praticar atos de que não temos competência, dentre eles o de suspender as aulas. -> Trata-se de abstenção comandada.

No caso de um aplicador do direito, é preciso que haja uma norma 1 dando poder ao juiz e uma norma 2 estabelecendo uma sanção caso ele se negue a julgar. Obs.: A jurisdição é um poder dever.

Não tem sanção para o legislador que não legisla. Contudo, hoje existe o entendimento de que, quando o legislador não regulamenta determinada matéria, o judiciário vai legislar em seu lugar. Ex.: regulamentação da união homossexual no Brasil.

Para o Kelsen, a norma que autoriza é diferente da norma que torna a autorização comandada ou permitida.

Derrogar. → É uma função de norma em que uma norma suprime a validade de outras normas. As próprias normas permissivas são de certa forma derrogatórias.

A **doutrina tradicional** fala de:

1. Revogação (suspensão da validade e vigência de uma norma jurídica).
 - 1.1 Derrogação (supressão parcial).
 - 1.2 Ab-rogação (supressão total, norma retirada do ordenamento).

SEGUNDO KELSEN, toda supressão é total, não existe supressão parcial ele chama unicamente de derrogação. Por que, para o Kelsen a supressão é sempre total? Porque a validade é sempre formal, não importa o conteúdo. A norma revogada perde a validade e entra em vigor outra norma. Do ponto de vista do conteúdo é mudança parcial, mas o que interessa é forma e, do ponto de vista formal, muda tudo.

Aula 03/05

→ Continuação de Finalidade da Norma Jurídica.

Diferenciar finalidade de funções da norma jurídica.

Funções da norma jurídica dizem respeito ao propósito de uma norma jurídica isoladamente considerada. Tentar identificar os vários de propósitos que as normas jurídicas isoladamente podem ter.

Quando se pergunta qual a finalidade de uma norma jurídica, a pergunta é global, qual a finalidade das normas jurídicas como um todo, não qual o propósitos das normas jurídicas separadamente identificando as diferentes finalidades.

Ficaria até mais claro substituir finalidade da norma jurídica por finalidade do direito. Por que o direito existe?

1. Filosofia do direito – lato sensu

1.1 Filosofia do direito – trata mais da reflexão sobre a justiça, sobre a correção material.

1.2 Teoria do direito – trata mais de questões analíticas. Uma análise do aspecto normativo fático do direito.

A nossa disciplina é uma análise do aspecto normativo do direito – teoria da norma e teoria do ordenamento.

A disciplina de filosofia do direito é mais uma reflexão sobre a justiça – reflexão material. A análise da finalidade do direito está no âmbito da filosofia do direito.

Falar do “porquê” da existência do direito é falar de duas dualidades.

Dualidade Positivismo.

1. Dualidade clássica

1.1 Positivismo

1.2 Jusnaturalismo – a finalidade do direito é servir à justiça.

Radbruch, antes de 1945, era supostamente positivista.

2. Dualidade do Alexy

2.1 Positivismo

2.2 Não-positivismo

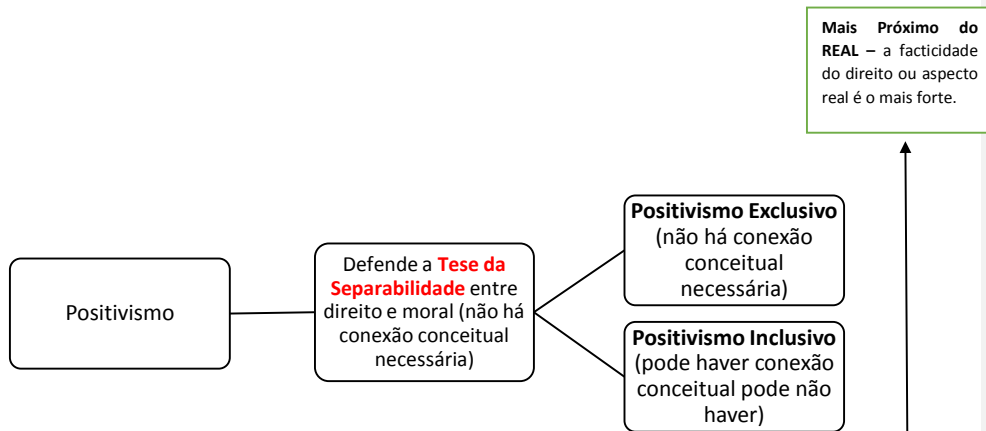
Em termos de finalidade, teria uma vantagem na distinção do Alexy.

E Uma terceira dualidade.

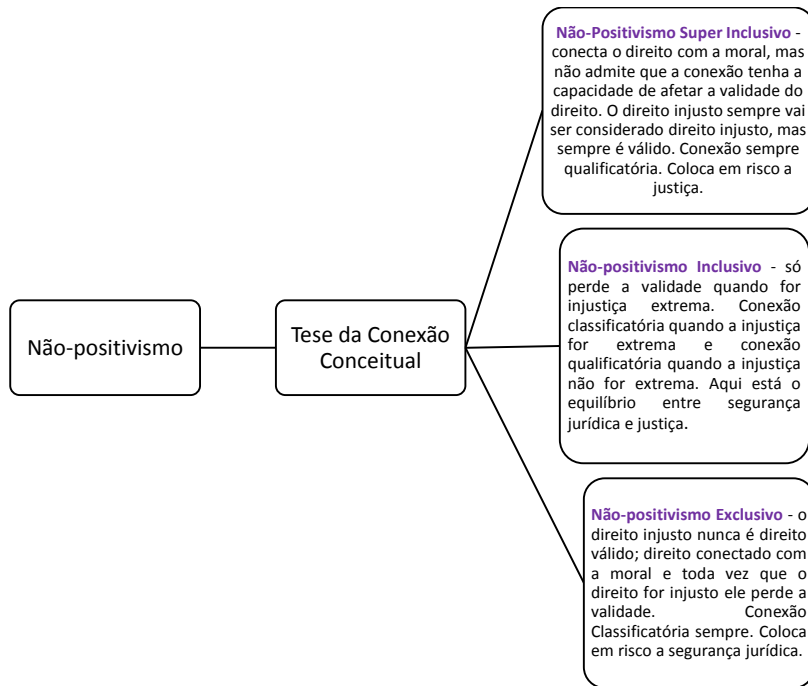
3.1 Comunitarismo.

3.2 Liberalismo Político-Filosófico. (Pode ser economicamente liberal, mas não necessariamente o será).

Aqui tem o conceito de REPUBLICANISMO.



Mais Próximo do REAL – a facticidade do direito ou aspecto real é o mais forte.



Mais próximo do IDEAL – correção material ou aspecto ideal do direito é o mais forte.



Âmbito não-positivista. Quem acredita que existe uma conexão do direito com essa dimensão ideal, com essa correção material acredita que a finalidade do direito é servir à justiça.

Se você admite que o direito é uma ordem coercitiva, COMO Kelsen, a finalidade do direito não é coagir, mas LIMITAR AS LIBERDADES INDIVIDUAIS DAS PESSOAS.

O fato do direito poder usar a força enquanto do descumprimento do direito significa que a finalidade do direito é usar a força? Não. A força é um instrumento que o direito tem para garantir a sua efetividade senão o direito vai se confundir com a moral.

Um jusnaturalista não-positivista – função ou finalidade do direito é fazer justiça. Se o direito vai fazer justiça observando também a segurança jurídica vai depender do tipo de não-positivismo.

Kelsen. A ideia de uma resposta única para cada caso é uma ilusão de quem busca muita segurança no direito.

Para os positivistas, a função do direito é regulamentar condutas humanas. Se pegarmos a ideia Kantiana de que a finalidade do direito é delimitar o exercício recíproco universal das nossas liberdades exteriores. → Isso é fixar direitos no sentido subjetivo.

Finalidade do direito para o não-positivismo. Justiça garantindo segurança jurídica.

Positivismo. A causa da não inclusão da justiça é a própria justiça que é relativa.

Comunitarismo x Liberalismo.

Na década de 1990, esse debate foi bastante desenvolvida na Europa e nos Estados Unidos. Conectou-se ao direito duas concepções políticas: uma atribuída originariamente ao Aristóteles (Comunitarismo) e outra ao Kant (liberalismo).

Comunitarismo. Concepção política que coloca a comunidade acima do indivíduo. Concepção orgânica de comunidade do Aristóteles. Justiça e, conseqüentemente, o direito teriam como finalidade o bem comum. Autores que representam isso hoje: Sandel (Justiça, o que é fazer a coisa certa), Macintyre. Fundamentada em uma concepção teleológica = de telos (fim) = para descobrir o que é bom pra comunidade é preciso descobrir a finalidade daquela prática ou a finalidade implícita daquela prática.

O liberalismo POLÍTICO seria uma concepção moderna. Grande expoente: Kant. Outro exemplo é John Rawls. O indivíduo é mais importante que o todo. O que é bom para todo não condiciona o que é bom para o indivíduo.

Tentativas de síntese. Segundo Habermas, Kant quase conseguiu a síntese entre Comunitarismo e Liberalismo. Na opinião do professor, Kant conseguiu porque ele tem um critério para direitos individuais e para o limite a esses direitos individuais que é a máxima não poder se universalizada se ela não puder valer para o outro como lei universal sem contradição.

REPUBLICANISMO. Uma concepção cujo principal autor contemporâneo é Philip Pettit (“Republicanism”; “teoria da Liberdade” – obras) – o Estado é um tipo de associação que você não pode deixar. Quando a associação começa a efetivar determinados fins que não compactuam com seus interesses, você pode deixar essa associação. O Estado é uma associação que eu não posso deixar, eu tenho que viver em associação no Estado. É preciso garantir que essa associação política efetive os interesses comuns das pessoas e o republicanismo é uma forma de governo que garante isso, que cria mecanismos para que apenas os interesses comuns das pessoas sejam efetivados. O republicanismo se sobrepõe ao liberalismo? Não. Kant, para o Pettit, é um dos maiores expoentes do republicanismo. O republicanismo também não seria anti-comunitarista na

medida em que ele assume que os interesses a serem efetivados são os direitos comuns. São os direitos individuais comuns a serem efetivados.

Aula dia 10/05

Unidade II – Ordenamento jurídico.

- Conceito e elementos Capítulos 1 e 2 do livro do Bobbio
- Lacunas/Integração (Compleitude) – cap. 4 do Bobbio
- Antinomias/solução (Coerência) – cap. 3 do Bobbio

Bobbio coloca que não é possível um ordenamento com uma norma só, pois, para que isso ocorresse, tal norma deveria ser ou “tudo é proibido” (o que seria ainda mais restritivo) ou “tudo é permitido” (anarquismo filosófico) ou “tudo é obrigatório”, sendo que as normas assim são inviáveis.

Se tiver um indivíduo absolutamente livre sendo, todos os outros têm que ser escravos desse primeiro. Do ponto de vista da liberdade absoluta, isso não é possível. O que se pode discutir é quais são os limites do direito – se o direito deve abranger uma área maior ou menor.

O que temos que aceitar é um LIMITE RECÍPROCO UNIVERSAL. Porque eu aceito que a lei limite a minha liberdade? Porque esse limite vale para mim e para todos.

Hart fala do direito natural mínimo e um dos seus elementos é a igualdade. Se pessoas em iguais posições sociais tiverem tratamentos diferentes isso viola um senso quase que natural que nós temos. Ele afirma que toda ordem jurídica tem que proibir o homicídio, que é um direito natural mínimo, senão aquela ordem não vai sobreviver.

As normas proíbem algumas condutas, permitem outras positiva e negativamente (negativamente não existem norma) ou obriga outras. Não é possível um ordenamento com uma norma só, é preciso um “mundo de normas”.

Norma única x Norma Fundamental. A norma fundamental não é uma norma positiva, mas é uma norma hipotética que fundamenta a ordem jurídica. A norma única da qual Bobbio fala diz respeito ao seu questionamento acerca da possibilidade da existência de um ordenamento com uma norma apenas.

Conceito de ordenamento jurídico:

- ✚ É um conjunto de normas (jurídicas) que se organiza de determinada forma.

O ordenamento não é um conjunto de normas desorganizado, *assistematizado*.

Epistemologia – teoria do conhecimento. → É óbvio que o conhecimento científico é menos falível que o conhecimento vulgar. O QUE DIFERENCIA O SABER SISTEMÁTICO? Porém, antes é preciso definir o que seria um sistema? Tem um autor chamado Canaris que é um civilista e um teórico do direito (“Conceito de sistema e pensamento sistemático na Ciência do Direito” – sua obra mais conhecida). Canaris pesquisou vários autores na teoria do direito e ele encontrou em vários autores que pesquisou duas características que estão presentes em todos os conceitos de sistemas que são apresentados pelos teóricos:

- Sistema é um conjunto de coisas que tem uma **DETERMINADA ORDEM**, sendo ordem no sentido de organização, e uma **UNIDADE**. **Sem ordem e unidade não há sistema.**

Tércio Sampaio Ferraz Jr. fala que a sala de aula tem carteiras, tablados e um quadro, geralmente. Isso são os componentes do sistema. A sala de aula é composta de coisas físicas. Isso basta? A sala de aula pode ser definida só com isso? **A sala de aula é um conjunto de coisas, porém, organizadas (ORDEM) de determinada**

maneira. O Tércio fala que o faz a sala de aula uma sala de aula são as carteiras, o quadro e a mesa dispostos de determina forma.

No direito, os elementos materiais são as normas, mas elas têm uma forma de organização. A ciência do direito é um sistema, mas o seu objeto é também um sistema na medida em que ele é reconstruído pelo observador. O direito não nasceu com as características que tem hoje. Savinir falava que uma das características do direito é que ele incide e *retro-incide* no direito – ao estudar o seu objeto, esse se transforma; a ciência do direito estudando o direito transformou o direito; o direito não era sistemático tal como ele é hoje a três mil anos atrás.

O ordenamento jurídico tem um objetivo – a finalidade da qual falamos na aula anterior. São sistemas teleológicos, que tem um fim, portanto.

Observações relativas à teoria do Kelsen:

- ✚ A finalidade da ciência do direito é conhecer o direito; conhecer o direito para aplicar. O direito é, por natureza, uma ciência do agir.
- ✚ Teoria Pura do Direito porque, no modelo Kelseniano, o direito está apartado de qualquer influência ideológica. Tentar depurar o direito de influências ideológicas.
- ✚ Na visão do Kelsen, as concepções ideológicas e morais não são objetivas. As concepções sociológicas também não eram objetivas porque elas estavam, na época do Kelsen, impregnadas por valores ideológicas.
- ✚ O direito em seu aspecto normativo é estudo pela ciência do direito. O direito em seu aspecto fático é estudado pela sociologia do direito. – Segundo Kelsen.
- ✚ Valores são relativos.

Retorno à matéria. Quando se considera o ordenamento como um todo, surgem problemas que não tinham aparecido. Vamos fixar dois: **COMPLETUDE e COERÊNCIA.**

- ➔ O problema da COMPLETUDE. Se um ordenamento jurídico é uma ordem normativa que dirige a conduta humana, em tese, ele teria que ser completo, teria que regulamentar, resolver todos os casos. É o DOGMA DA COMPLETUDE – o direito tem que solucionar toda as questões. Porém, o direito nem sempre parece poder resolver todas as questões. Então, entre em voga as chamadas **LACUNAS DO DIREITO** – ausência de normas legisladas.

Então, o ordenamento tem que ser completo, mas surgem as lacunas. Precisamos resolver. COMO? Resolver através da **INTEGRAÇÃO.**

- ➔ O problema da COERÊNCIA. O ordenamento tem que ser uma ordem coerente. Só que, às vezes, o ordenamento permite que o indivíduo fume ou deixe de fumar em uma sala de aula, p. ex. Então, há duas normas regulamentando a mesma conduta. Isso vai gerar **JUÍZOS CONCRETOS DE DEVER SER INCOMPATÍVEIS.** Então, o que coloca em cheque a coerência do ordenamento são as chamadas **ANTINOMIAS** – que são os choques de normas.

Completo. ➔ Colocada em cheque pela **LACUNA** (ausência de norma legislada).

Coerência. ➔ Colocada em cheque pela **ANTINOMIA** (excesso de normas legisladas).

- Lacunas
- Integração
- Coerência

- Antinomias
- Solução de antinomias.

Aula 15/05

Os críticos da completude falam que o sistema jurídico não pode ser concebido como uma ordem completa. Isso quer dizer que o ordenamento jurídico não pode ser concebido, sobretudo em sua principal fonte que é a lei, como uma ordem que possui uma regra legislada para todo e qualquer caso.

Acreditar que existe um ordenamento que regule todos os casos é considerar a existência de um “super legislador” que consegue prever todas as situações.

Quando Bobbio fala de completude, ele não quer dizer que existe uma regra legislada para toda e qualquer situação. Completude é dizer que o ordenamento jurídico dá uma solução para todo e qualquer caso. Vamos ver que isso é possível graças a alguns artifícios lógicos e alguns artifícios de integração. Vimos, quando estudamos as funções da norma jurídica, que existe uma regulamentação positiva e negativa.

Por um momento, vamos pensar só nas normas de conduta. → Para a doutrina clássica, as normas de conduta tem as funções de proibir, permitir e comandar/obrigar. Para o Kelsen, normas de conduta ordenam e permitem. E a permissão pode ser positiva (quando restringe o âmbito de aplicação de uma norma primeira) ou negativa (se não tem norma regulamentando uma conduta, ela é negativamente permitida).

Obs.: Regulamentado pelo direito é diferente de estar regulamentado por lei. Se concebermos as duas como iguais, não haveriam lacunas no direito.

Regulamentado positivamente pelo direito = existe norma jurídica regulamentando.

O status deontológico da conduta vai depender da norma jurídica que a regula. Se existe uma norma jurídica proibindo a conduta, a norma será proibida.

Regulamentação negativa – não existe norma jurídica

Art. 5, II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. → Lei significa norma.

Nulo crime nula pena sine legis – não crime sem prévia que o defina, não há pena sem prévia cominação legal. → Significa lei em sentido estrito – tem que ser escrita e, mais ainda, tem que ser de autoria do legislador.

Pressuposta da NORMA GERAL EXCLUSIVA. → Apresentada pelo Bobbio. É uma norma que exclui da regulamentação jurídica. Toda vez que não houver norma é permitido. (É o caso do Art. 5º, II da CF).

O ordenamento resolve tudo, porque ou é regulamentado positivo ou negativamente pelo direito.

Qual a vantagem de falar de norma e não de lei? A NORMA MUDA SEM QUE A LEI MUDA. Quando a lei é muito antiga, fica fácil de visualizar isso. A constituição norte-americana é bem antiga – a norma mudou muito sem que a lei mudasse.

O que os EUA denominam de civil rights são os direitos fundamentais. A expressão inglesa Human Rights corresponde exatamente ao nossos direitos humanos. Direitos humanos, na filosofia do direito, moral e política, são direitos **pré positivos**, direitos que existem antes de existir um direito positivo regulamentando. A igualdade é um direito que independe do direito positivo, nesse sentido. Quando eles se tornam positivados, eles podem ser positivados pela ordem jurídica dos Estados ou pela ordem jurídica internacional. O outro sentido da expressão Direitos Humanos é **direitos positivados pela ordem jurídica internacional**. Quando eles são positivados pela ordem jurídica dos Estados, eles geralmente são colocados nas constituições; NA

Alemanha, eles recebem o nome de Direitos fundamentais; nos EUA, recebem o nome de Civil Rights. Os direitos fundamentais são direitos humanos positivados pela ordem jurídica dos Estados e, também, servem de fundamento para outros direitos.

Nos EUA, também se usa a expressão “constitutional rights”, direitos que estão na constituição, direitos subjetivos.

Quando um direito humano é positivado pela ordem jurídica internacional, o nome dele é Direito Humano.

Muda o mundo, muda o sentido que você extrai do texto.

Obs.1: Se a única fonte do direito fosse a lei, o direito mudaria? E de que maneira? Sim, mudaria. Mudaria pelo legislador e pela interpretação do texto.

A completude recorre ao artifício da regulamentação negativa. Ninguém é maluco de afirmar que um ordenamento é completo porque um ordenamento tem uma norma para tudo, seria absurdo. Tem que recorrer ao artifício da regulamentação negativa que é a norma geral exclusiva do Bobbio. Se eu não encontrar norma, está regulamentado negativamente. Se a norma fosse só a lei, não haveria lacuna.

A lacuna surge quando você considera que a lei é a principal fonte do direito, mas é a única.

Norma Geral Inclusiva.

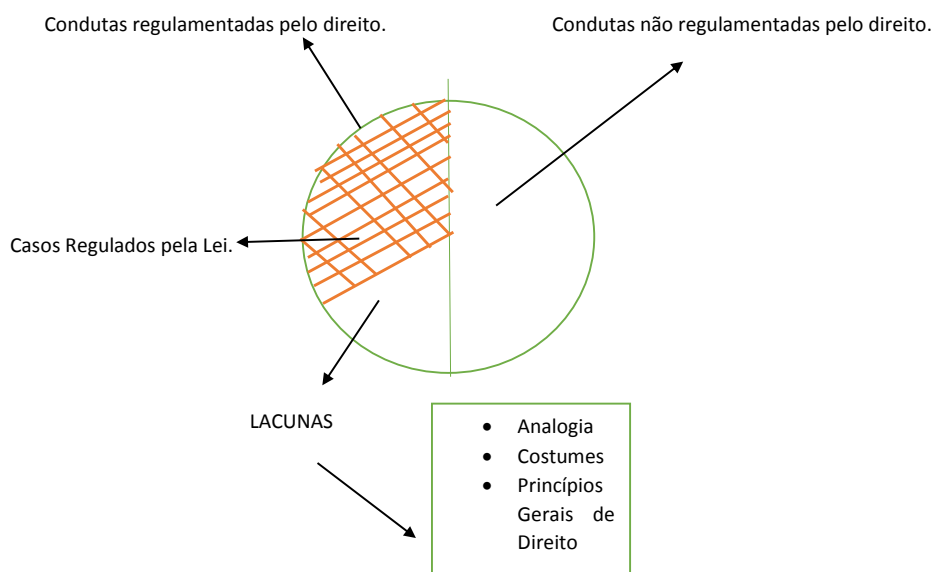
Obs.: a norma é o significado, o sentido que se extrai do texto.

A questão da mutação constitucional está limitada ao que se chama de USO PÚBLICO COMUM DA LINGUAGEM, segundo o professor.

No Brasil, a maioria das conquistas de direitos fundamentais não foi efetivada por projetos de lei, mas por decisões judiciais. O legislador anda muito devagar, ele chega depois, mas é importante que ele chegue.

A lacuna surge pelo fato de que a lei não é a única fonte do direito, a lei é a fonte principal.

TODAS AS CONDUTAS.



LACUNAS. Região regulamentada positivamente pelo direito. Existe norma jurídica regulamentando? Sim. Existe lei regulamentando? Não. Lacuna aparece, portanto, quando uma conduta é positivamente regulamentada pelo direito não sendo, porém, regulamentada pela lei. Descobrir essa norma jurídica que regulamenta a conduta é integrar o direito, é preencher a lacuna.

Norma Geral Inclusiva – norma que vai dizer quais são as fontes de integração do ordenamento jurídico; manda procurar em outras fontes que antes de concluir que a conduta é regulamentada negativamente.

A Norma Geral Inclusiva no Brasil é o art. 4º da CF – lei de introdução às normas do direito brasileiro. Quando a lei for omissa (não regulamentar), o juiz decidirá o caso de acordo com a **analogia, os costumes e os princípios gerais do direito**.

Ex.: cheque pré-datado.

Para existir a ideia de norma geral inclusiva tem que existir a ideia de que a lei não é a única fonte. Se a lei fosse a única fonte, não haveria uma norma geral inclusiva.

Regulamentado pelo direito não é igual a ser regulamento pela lei.

Para ter uma norma geral inclusiva é preciso aceitar a ideia de que o direito regulamenta sem que a lei regulamente.

Aula 17/05

Fontes de integração

Costume que é usado para integrar o direito é o costume jurídico, não é qualquer costume, pois isso traria uma insegurança jurídica muito grande.

Integração

1. **Auto-integração** – usar lei para integrar a lei.

1.1 Analogia

1.2 Princípios Gerais de Direito

1.3 Costume Jurídico – costume jurídico como direito consuetudinário. Costume é a norma que brota do uso. Não é qualquer uso social que pode ser considerado um costume jurídico. Ex.: cheque pré-datado.

→ O **costume JURÍDICO** tem duas características:

✚ **Hábito/Uso**, que é a prática reiterada da conduta.

✚ **Convicção da necessidade jurídica da conduta**. Isso a doutrina tradicional denomina **Opinio Iuris Necessitatis**.

→ Existem três tipos de **costume jurídico**, de acordo com a doutrina tradicional:

➤ **Contra legem** – costume contra a lei. Não é permitido. Prevalece a lei. Ex.: contravenção penal em jogo de bicho.

➤ **Preter legem** - costume usado quando não existe lei. ESSE É O COSTUME USADO QUANDO TEM INTEGRAÇÃO. Ex.: cheque pré-datado.

➤ **Secundum legem** – costume expressamente previsto pela lei.

2. **Hetero-integração** – usar uma fonte diversa da lei para integrar.

2.1 Costume

2.2 Direito natural/Moral – segundo Bobbio, não há como admitir o direito natural como forma de integração do direito, pois uma ordem natural ninguém formulou. Os autores do direito natural só

Comentado [RS9]: Obs. Feita pelo professor em relação aos costumes não-jurídicos. Quando se estuda a diferença entre o direito e outras ordens jurídicas, é que o direito é uma ordem coercitiva. Duas outras ordens que são geralmente diferenciadas do direito para quem estuda o direito possa delimitar o seu objeto. Geralmente, diferencia-se o direito da moral e dos convencionalismos sociais. O costume não jurídico é que a doutrina geralmente chama de convencionalismos sociais (ex.: modo de vestir – é um hábito que tem a sua variação); existem hábitos que têm uma delimitação pessoal e territorial; outros têm uma delimitação maior. Na opinião do Professor, os convencionalismos sociais têm sanção, mas não têm coerção. Esses costumes não nos vinculam juridicamente porque eles têm o uso, mas não tem a opinião iuris necessitatis ex.: moda, regras de etiqueta etc.

Comentado [RS10]: Para o professor, quando se usa o costume para integrar o direito, estamos combinando duas fontes do direito, a lei e o costume. A norma primária do Kelsen, nesse caso, é uma combinação de fontes. A norma primária do Kelsen é a norma que liga a sanção. Ex.: “todo aquele que causar o dano deve repará-lo” – está na lei. A norma consuetudinária diz que “deve-se depositar o cheque no dia combinado” – essa norma é uma norma secundária de Kelsen. A norma consuetudinária junta com a norma secundária e se forma uma norma secundária híbrida. → Se o comerciante não depositar o cheque no dia combinado, deve pagar uma indenização porque isso é considerado um dano.

falam em princípios muito gerais. Além de ninguém ter formulado um direito natural, tem um problema nisso que é a relatividade dessa ordem. O direito natural é um para cada um. A moral positiva teria o mesmo problema, porque cada um tem a sua moral. Segundo Kelsen, é possível usar a moral. Só que como tem várias morais, o direito tem que dizer qual moral que tem que ser usada.

Norma geral inclusiva do ordenamento jurídico brasileiro. → Art. 4º da CF, lei de introdução... → No ordenamento jurídico brasileiro não posso integrar com a moral. MAS aí vem o ordenamento jurídico brasileiro e diz que o casamento religioso terá validade civil. "Casamento civil é um casamento jurídico; casamento religioso é um casamento moral." → Essa é uma norma especial inclusiva, ela manda incluir a moral como direito só no caso do casamento.

Formas de Autointegração – uso da própria lei para preencher a lei. Como? Indiretamente.

→ **Auto-integração** – usar lei para integrar a lei.

✚ **Analogia** – raciocínio por semelhança. Meio termo entre o idêntico e o totalmente diferente. Usar uma norma que regulamenta um caso semelhante para um caso não regulamentado. É todo caso semelhante? NÃO, A SEMELHANÇA TEM QUE SER RELEVANTE. Em linguagem tradicional, você consegue perceber se um caso é semelhante olhando o que a doutrina tradicional denomina "ratio legis", a razão de ser da lei, a sua finalidade. Na linguagem do Alexy, para decidir se usa a analogia ou não são os princípios que estão por trás da norma.

ex.: Proibido trafegar no parque com motocicleta. Aí surge uma dúvida. Skooter, é proibido? Se eu chego à conclusão que não se pode andar de skooter dentro do parque porque é semelhante à motocicleta, isso é a analogia.

Ex.: proibido deixar cachorro entrar no jardim – a norma. Aí eu deixo o gato entrar. Está proibido por analogia? Sim.

Proibido deixar o papagaio entrar.

Proibido deixar o rato entrar.

A pergunta a ser respondida para determinar se aplica ou não a analogia não é "qual é mais semelhante?". Se você pergunta isso, você esquece da relevância da semelhança. Olhar se a semelhança é relevante para fins de aplicação dessa norma, descobrir, portanto, o princípio que justifica essa norma ou, na linguagem clássica, a ratio legis. Digamos que a norma venha por questões de saúde, porque descobriu-se que cachorros transmitem um certo vírus pelas fezes e é possível que as pessoas se contaminem. Olha, o gato também transmite doença pelas fezes, então, o gato está proibido no jardim por analogia.

Ex.: proibido entrar com o cão na estação.

✚ **Princípios Gerais de Direito**

✚ **Costume Jurídico**

Aula 12/06/17 e 14/06/17

Ordenamento jurídico: coerência

As lacunas colocam em cheque a completude e são resolvidas pela integração.

As antinomias colocam em cheque a coerência e são resolvidas pela solução.

Antinomias jurídicas

As antinomias são formadas por:

Choque: conflito de normas

Normas jurídicas: é necessário que o choque seja entre normas jurídicas; não existe antinomia jurídica se o choque for entre uma norma jurídica e uma norma moral, p. ex.

Mesmo ordenamento jurídico: é necessário que o choque seja entre normas jurídicas do mesmo ordenamento jurídico.

Não existia critério consolidado para a solução dessa antinomia:

- A existência do critério consolidado divide as antinomias em antinomias APARENTES e REAIS.
- AS ANTINOMIAS APARENTES são resolvidas por critérios consolidados.
- AS ANTINOMIAS REAIS não possuem critérios consolidados para a sua solução. A falta de critérios consolidados não impede a solução da antinomia real.

Validade formal = vigência

Âmbitos de vigência das normas jurídicas:

1. PESSOAL
2. TEMPORAL: geralmente as normas têm vigência temporal indeterminada (da entrada em vigor até ser revogada). Isso não significa vigência temporal infinita.
3. ESPACIAL: leis federais são aplicadas no Brasil e as leis municipais, nos municípios.
4. MATERIAL: determina a conduta legislada.

Exemplo

Norma Geral: Proibido (**todos**) fumar (**de modo geral**) em sala de aula (**desde a data da entrada em vigor da norma**).

Norma 1: Proibido que os **alunos** fumem **cigarros em sala de aula no horário da aula**.

Norma 2: Permitido que os **professores** fumem **cigarros em sala de aula no horário da aula**.

Norma 3: Permitido que os **alunos** fumem **charutos em sala de aula no horário da aula**.

Norma 4: Permitido que os **alunos** fumem **cigarros no corredor no horário de aula**.

Norma 5: Permitido que os **alunos** fumem **cigarros em sala de aula fora do horário de aula**.

Norma 6: Permitido que os **alunos** fumem **cigarros em sala de aula no horário de aula**.

Para a existência de antinomias de antinomias jurídicas é necessário que exista a interseção entre algum dos quatro âmbitos. Não existem contradições entre N1 e N2, pois não existem intersecção no âmbito pessoal, ou seja, entre alunos e professores.

Tipos de choque/tipos de antinomia.

Segundo Bobbio, existem três tipos de choques entre as normas:

1. Total – total
Uma norma toda entra em choque com outra norma toda.
Ex.: proibido fumar x permitido fumar.

2. Total – parcial
Uma norma toda entra em choque com uma parte de outra norma.
Ex.: proibido fumar cigarros x permitido fumar.
Choque de norma geral com a especial. Resolvido pelo critério da especialidade.
3. Parcial – parcial
Parte de uma norma entra em choque com parte de outra norma.
Ex.: proibido fumar cigarros e charutos x permitido fumar cigarros e cachimbos.

Exemplo:

Norma 1: Proibido sair da sala antes de soar a campainha.

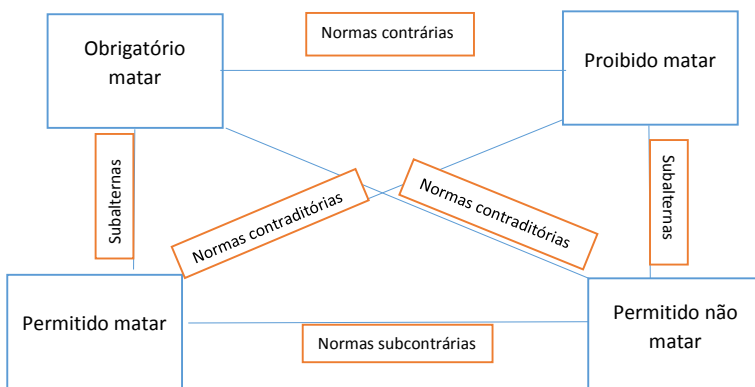
Norma 2: Obrigatório evacuar o prédio da escola em caso de ameaça de incêndio.

Antinomia do tipo parcial-parcial.

Tipos de choque do ponto de vista lógico:

Quadro lógico – quadrado desenvolvido na idade média. O objetivo é entender a diferença entre proposições contrárias e contraditórias.

- ✚ **Proposições contrárias** – duas proposições que não podem ser simultaneamente falsas.
- ✚ **Proposições contraditórias** – duas proposições que podem ser simultaneamente falsas.



A lógica é uma ciência do pensamento. O conteúdo fica fora do seu âmbito.

Conclusões:

- ✚ Obrigatório matar e proibido matar são normas contrárias.
- ✚ Obrigatório matar e permitido matar são normas contraditórias.
- ✚ Proibido matar e permitido matar são normas contraditórias.
- ✚ Obrigatório matar e permitido matar são normas subalternas.
- ✚ Permitido não matar e Proibido matar são normas subalternas.
- ✚ Permitido matar e permitido não matar são normas subcontrárias.

Segundo Bobbio, entre normas subcontrárias e subalternas não há choque de normas.

Comentado [RS11]: Na lógica, não interessa a correção das premissas. Considere o silogismo (é um raciocínio de dedução; parte-se de uma premissa maior para uma premissa particular.)

Todo homem é imortal.
Sócrates é homem.
Sócrates é imortal. → NÃO existe erro lógico. O problema nesse raciocínio é a veracidade da premissa. A premissa maior é falsa, mas isso não é questão lógica.

EXEMPLO de erro lógico:

Alguns homens são imortais.
Sócrates é homem.
Sócrates é imortal.

Porque Sócrates pode estar entre os homens que não são imortais.

Falácia da falsa generalização.

Todo político é corrupto.

Fulano é político.

Fulano é corrupto.

Não tem problema lógico. Porém, o modo como se chegou a P1 pode ter um problema lógico. Você faz uma pesquisa empírica e chega à conclusão de que muitos políticos são corruptos. → Todos políticos são corruptos. → **Falsa generalização.**

A maioria dos políticos são corruptos.

F é político.

F é corrupto.

Aqui tem um problema lógico, porque maioria é a mesma coisa que alguns.

Obs.:

- ✓ Tenho choque de normas quando tiver OBRIGATÓRIO com PROIBIDO. → **TRATA-SE CHOQUE DE NORMAS CONTRÁRIAS.**
- ✓ Choque de obrigatório com permitido positivo (permitindo fazer) e negativo (permitindo não fazer). – **TRATA-SE DE CHOQUE DE NORMAS CONTRADITÓRIAS.**
- ✓ Obrigatório com permitido positivo, proibido com permitido negativo, permitido positivo com permitido negativo – **NÃO TENHO ANTINOMIA!**

Soluções para as antinomias (importante!)

Obs.: quando houver critério consolidado, a antinomia tem solução. Quando não houver critério consolidado, a antinomia tem solução, mas não pelos critérios consolidados.

Quando os critérios consolidados não resolvem – antinomia real.

Quando os critérios consolidados resolvem – antinomia aparente.

Segundo Bobbio, esses critérios são consolidados pela doutrina. No caso do nosso ordenamento jurídico, dois critérios são encontrados na lei de introdução ao direito brasileiro. Porém, não precisam estar positivados.

Desde o direito romano, reconhecesse-se a validade desses critérios que são três:

- **Critério cronológico** – norma posterior derroga norma anterior.
- **Critério da especialidade** – norma especial derroga norma geral.
- **Critério hierárquico** – norma superior derroga norma inferior.

- ❖ Lei municipal: proibido pisar a grama.
- ❖ Na mesma lei municipal: permitido pisar a grama da **área de convivência social.**

ANTINOMIA: Proibido com Permitido Positivo. Choque: contraditórias. Extensão do choque: total parcial. Essa antinomia também é uma antinomia aparente, tem uma solução, porque norma especial derroga norma geral. Norma especial derroga norma geral APENAS NO ÂMBITO DO CHOQUE.

- ❖ Proibido pisar a grama.
- ❖ Decreto Municipal. Inferior à lei; ato normativo da administração: Permitido pisar a grama.

ANTINOMIA de normas contraditórias. Antinomia aparente. Extensão do choque total-total. A norma superior prevalece – critério hierárquico.

→ Choques entre critérios.

🚦 Cronológico X Especialidade

Tem-se o choque de uma norma anterior especial com uma norma posterior geral.

Ex.: lei municipal, 2009, “proibido pisar a grama nos parques municipais tombados ecologicamente”

Lei municipal de 2012, “permitido pisar a grama dos parques municipais”.

Antinomia do tipo PROIBIDO com PERMITIDO POSITIVO, normas contraditórias. Extensão do choque de normas: total-parcial.

O critério cronológico aponta a segunda norma. O critério da especialidade aponta a primeira norma.

RESPOSTA – quando houver esse choque há, segundo Bobbio, um **meta-critério**. Este é um critério dos critérios. O meta-critério é que no choque entre cronológico com especialidade **prevalece a ESPECIALIDADE.**

Comentado [RS12]: Observação para a prova: SE perguntar sobre o tipo de choque quanto à extensão. → Refere-se à total-total, total-parcial, parcial-parcial. SE perguntar sobre qual o tipo do choque do ponto de vista lógico. → Pode ser contrário ou contraditório. Se não tiver, falar se são subalternas ou subcontrárias.

Comentado [RS13]: Permitido. No resto da área, permanece proibido.

Por que prevalece a especialidade? Segundo Bobbio, por causa do fundamento do critério do cronológico e do fundamento do critério da especialidade. O critério da especialidade é um critério forte, porque por trás dele está o valor da justiça. Quanto mais específica uma norma, maior o seu potencial de justiça.

O cronológico é um critério fraco. Por trás do critério cronológico está a necessidade de adequação temporal, que é um critério importante, mas a justiça é mais forte.

Meta-critério que admite exceções significa que quando houver o choque entre norma anterior especial com norma posterior geral, a regra é que permanece a norma anterior especial, mas a regra admite exceções. Porém, pode prevalecer a norma posterior geral se você tiver uma razão forte.

✚ Cronológico X Hierárquico

Norma anterior superior versus norma posterior inferior.

Ex.: N1: Proibido pisar a grama nos parques municipais tombados ecologicamente (lei municipal de 2000).

N2: Permitido pisar a grama nos parques municipais tombados ecologicamente (decreto-regulamentar de 2010).

Choque total-total, normas contraditórias.

Meta-critério: hierárquico prevalece sobre o cronológico. Nos dois casos acima, temos choque entre um critério forte (por trás do critério hierárquico está a segurança jurídica) e um critério fraco.

Antinomia aparente porque o meta-critério resolve.

Esse segundo meta-critério não admite exceções.

✚ Hierarquia X Especialidade

Norma superior geral versus norma inferior especial.

Ex.: N1: Proibido pisar na grama dos parques municipais. – lei municipal.

N2: Permitido pisar na grama na área de convívio social. – decreto-regulamentar.

Não há meta-critério. Bobbio diz que, em tese, deveria prevalecer o critério hierárquico, já que, caso contrário, normas especiais inferiores poderiam derrogar normas constitucionais. Porém, em alguns casos, pode ocorrer a prevalência da norma especial inferior. → Exemplo de decisão nesse sentido contrário citado por Bobbio: A Corte Constitucional Italiana julgou o seguinte caso. A Constituição italiana garante a todas as pessoas naturais ou jurídicas o direito de se associar.

N1: Toda pessoa pode se associar livremente – norma constitucional italiana. → PERMISSÃO POSITIVA.

Foi aprovada uma lei determinando que **N2:** empresas com capital majoritariamente estatal não podem entrar nos sindicatos patronais. → PROIBIDO.

São, portanto, normas contraditórias. Choque total-parcial (todas podem se associar x algumas não podem).

A Suprema Corte decidiu a prevalência da N2 sobre a N1, porque se as empresas estatais participassem dos sindicatos patronais elas desequilibrariam o mercado porque elas são muito poderosas. O critério usado pela corte foi a especialidade.

A PRIMAZIA É DO HIERÁRQUICO. Só se pode abrir mão do critério hierárquico para aceitar o critério da especialidade quando, na própria norma superior (a constituição), você encontrar um princípio que justifique aquela norma especial.