

1. A CONCEPÇÃO DE DIREITO POSITIVO E O PROCESSO DE POSITIVAÇÃO DO DIREITO

- A filosofia jurídica trata dos problemas jurídicos.
- O problema que trataremos é a concepção de direito positivo:
- **O QUE É DIREITO POSITIVO?**
 - Direito positivo é uma expressão de origem latina (“jus positivum”) que significa aquilo que é justo (ou direito) por postura, ou seja, por ter sido posto, ou imposto, em algum ato de poder.
 - Portanto, é aquilo que é direito porque foi estabelecido como direito.
 - Trata-se de uma expressão que diz respeito à origem do direito, e liga essa origem a um ato de poder, isto é, por trás do direito há um ato de poder.
 - Alguns autores entendem que a idéia de direito positivo é muito antiga, que essa idéia já existiria na antiguidade clássica.
 - Entre esses autores está Norberto Bobbio, que entende que a idéia de direito positivo é uma herança dos gregos.
 - Essa visão, porém, não é confirmada pelos historiadores do direito.
- **COMO O DIREITO POSITIVO SE DESENVOLVEU NA HISTÓRIA DO PENSAMENTO JURÍDICO?**
 - Segundo os historiadores, na antiguidade o justo não era compreendido a partir da distinção entre o natural e o positivo, pois o justo não era qualificado pela sua origem.
 - O justo era qualificado pelo grupo social ao qual se aplicava.
 - Nestes termos, o que predomina entre os antigos é a qualificação do justo segundo o critério da distinção entre o comum e o particular.
 - Na antiguidade não aparece a expressão “jus positivum”
- Aristóteles:
 - Na obra de Aristóteles isso aparece de dois modos:
 - ❖ Na *Ética a Nicomaco*, livro V, ele trata da justiça política, feita na polis, nas comunidades políticas. Essa justiça é dividida entre:
 - A justiça que se dirige a todos em comum;
 - A justiça que é particular a algumas comunidades.
 - ❖ Na *Retórica*, livro I, o autor é ainda mais claro, ele diz que a dois modos de qualificar uma ação como justa:
 - Justo particular – é aquele que é assentado pela comunidade e aplicado a seus próprios membros.
 - Justo comum – é o justo por natureza.
 - Neste livro, Aristóteles está discutindo com os sofistas, mas os sofistas acreditam que ao há justo por natureza, pois todo justo é uma convenção.
 - Respondendo aos sofistas, ele diz que há o justo comum, pois todos de alguma forma pressentem a justiça e a injustiça, mesmo sem conhecer as leis e costumes da sociedade.
 - Nota-se que embora o justo comum possa ser o justo por natureza, o justo particular não é o direito positivo.
- Roma:
 - Nos juristas romanos também não se fala em direito positivo, mas divide-se o direito entre comum e particular.
 - Essa distinção é aplicada muitas vezes, criando uma espécie de cadeia das formas de manifestação do direito, que começam na forma mais comum e terminam na forma mais particular.
 - A forma mais comum, o justo comum, é aquele que se aplica a todas as gentes: “ius gentium”
 - O justo comum é também o justo por natureza, de modo que muitas vezes os juristas romanos entendem que o “ius gentium” também pode ser chamado de “ius naturale”.
 - Já o justo particular corresponde, para os romanos, ao que é justo em uma determinada comunidade, que eles chamam de “civitas”, isto é, o “ius civiles”: direito civil que para os romanos é o direito do cidadão romano (o direito romano).
 - O próprio direito romano, por sua vez, tem um lado comum e um lado particular.

- O lado comum é composto pelas instituições que se aplicam a todos os cidadãos (ex. testamento)
 - Esse aspecto do "ius civile" é chamado de "ius commune"
 - O lado particular do "ius civile" diz respeito às instituições que só se aplicam a certas categorias especiais (ex. testamento militar).
 - Esse aspecto do "ius civile" é chamado de "ius singulare"
 - O direito singular, por sua vez, também possui um lado comum e um lado particular.
 - No "ius singulare" há situações que se aplicam a uma única pessoa, e não a uma categoria.
 - Neste caso, o justo particular é aquilo que justo ara um único sujeito, escapando do que é justo na comunidade. É o chamado "privilegium".
 - Trata-se da forma mais particular da cadeia das formas do justo, segundo os juristas romanos.
 - Nessa cadeia não aparece nenhuma organização do direito quanto à sua origem.
- A única forma de classificação do direito quanto à sua origem está em outra distinção romana: o justo divino x justo humano. Essa é a distinção que mais se aproxima de um direito positivo.
- No entanto, os romanos não utilizavam essa distinção para identificar o direito positivo.
 - Essa distinção era utilizada para identificar uma outra espécie de direito natural: o direito natural que ultrapassa a política e portanto ultrapassa o direito das gentes: o direito natural dos animais ("ius naturale") esse direito humano aplicava-se aos animais e aos homens quando se comportavam como tal.
- A idéia de direito positivo só aparecerá na idade média e não será utilizada, neste período, pelos juristas.
- Essa idéia surge com os filósofos, pertencendo, portanto, à filosofia.
 - A primeira vez que há registro do "ius positivum" aparece num texto do séc. IV escrito pelo filósofo Calcidio.
 - Ele comenta um diálogo de Platão chamado Timeo, que trata do universo e diz que esse dialogo trata do que é justo por natureza, e completa dizendo que isso se opõe ao que é justo positivo.
 - Ele não explica essa expressão, ele apenas introduz o termo, que fica sem explicação.
 - O mesmo acontece na obra de outro filósofo medieval do séc. XI, chamado Pedro Haberdado.
 - Os juristas medievais, neste contexto, continuavam usando essa distinção entre o comum e o particular.
 - Ou seja, apesar de aparecer na idade média, o uso medieval da distinção é peculiar, porque a sociedade medieval é diferente da sociedade antiga, ela é extremamente dividida, fragmentada em várias comunidades.
 - Neste contexto, o justo particular passa a ser o conjunto dos costumes e das leis locais.
 - Isso significa que, na idade média, tem o sentido de um privilegio.
 - O justo comum passa a ser aquilo que ultrapassa o privilégio e permite a realização dos negócios. Para os medievais esse papel é feito pelo direito romano.
 - A expressão direito positivo só é incorporada à prática do direito na sociedade moderna.
 - Quando ocorre a centralização do poder de legislar, isto é, o aparecimento do Estado e o desenvolvimento de uma forma específica de Estado, na qual o governante não tem limites: o absolutismo.
 - A incorporação e a valorização da expressão direito positivo pelos juristas somente ocorreu na sociedade moderna, e será valorizada a ponto de se produzir uma explicação sobre o que é o direito positivo.
 - Essa incorporação da expressão "direito positivo" ocorreu com o aparecimento do Estado, ou seja, com o aparecimento do poder estatal que possui, em si, a possibilidade de dizer o direito.
 - Quando se cria a idéia de que o poder se concentra no Estado, o direito que emana desse soberano é o direito positivo.
 - No entanto, o surgimento do Estado não é a única causa do desenvolvimento do direito positivo.

- Também contribui para esse desenvolvimento as novas teorias políticas que não apenas tratavam do Estado, mas também de uma forma específica de Estado, para garantir a unidade da sociedade (O Estado Absolutista).
- No mundo moderno a política pertence ao Estado, e o melhor Estado é o absolutista.
- Entre as novas teorias políticas que defendem o Estado absolutista teve destaque na sociedade moderna a teoria de Hobbes.
- A filosofia política de Hobbes é considerada a 1ª filosofia que destaca a idéia de direito positivo.
- Hobbes defende o Estado, na forma absoluta, e fala do direito, mas o direito central.

2. SEMINÁRIO I - HOBBS.

➤ FILOSOFIA DE HOBBS:

- Os homens são iguais, dessa igualdade resulta a mesma esperança de segurança e de auto-preservação.
- Essa esperança gera um problema quando há apenas um bem para cada pessoa, gerando um medo de que o outro lhe ameace.
- Por outro lado, os homens não tiram nenhum prazer da convivência com os outros.
- Por dentro, os homens têm a paixão pelo lucro, segurança e glória.
- Assim, seja por motivos externos (a natureza), seja por motivos internos (o homem) a convivência do homem sempre resulta em guerra.
- A definição de natureza, portanto, é a guerra.
- As conseqüências disso:
- A) Não há justiça ou injustiça;
- B) Não há propriedade.
- Assim, a razão leva o homem à sociedade civil.
- * Definição de lei civil;
- * Conseqüências;
- * Classificação das leis civis.
- Lei é a obrigação que retira a liberdade que o homem tinha na condição natural.
- Direito é a liberdade que existe diante da lei.
- Carta são as doações e sanções do soberano aos indivíduos (cria isenções);
- Sentença é a interpretação da lei no caso particular.
- Não há obrigação no estado de natureza, pois na equidade não há poder soberano com força para se impor.
- A lei natural, para Hobbes não é uma verdadeira lei, pois ela não tem como base o poder. Só é lei a lei positiva.
- A obrigatoriedade da lei é constatada quando há um poder soberano.
- O melhor interprete da lei é aquele que conhece a finalidade da lei. A melhor pessoa para isso é a pessoa que criou as leis: o soberano.
- O juiz é um representante que coloca na sentença a vontade do soberano.

QUESTÕES:

➤ 1. SOBRE A CONDIÇÃO NATURAL DA HUMANIDADE:

- **1.1. Hobbes está descrevendo uma situação de fato, existente em algum lugar ou durante algum período de tempo? Por quê?**
 - ❖ Não, Hobbes está descrevendo uma situação hipotética para a explicação do que teria resultado no Contrato Social, que estabeleceria um governo civil para a resolução da situação de guerra de todos contra todos que dominava a condição natural da humanidade.
 - ❖ Assim, o autor descreve uma situação hipotética em que, o homem, no Estado natural (sem um governo civil) é exposto a uma liberdade plena, que torna sua condição de vida, e até mesmo de sobrevivência, instável, pois para se garantir os direitos naturais, sem a interferência de um governo civil, o homem tem como única garantia a utilização da força, o que resulta em uma situação de guerra, a chamada guerra de todos contra todos.

- **1.2. Se existe justiça quando existe igualdade entre os homens, e os homens são todos iguais em sua condição natural, isso significa que, para Hobbes, a condição natural do homem é uma situação de justiça? Por quê?**
 - ❖ Não, para Hobbes, a igualdade verificada na condição natural do homem é condizente a capacidade de todos os homens disporem dos mesmos instrumentos para alcançarem seus objetivos.
 - ❖ Porém, em sua condição natural, o homem procura garantir seus objetivos por intermédio da força. Tendo-se em vista que a força e a fraude serão os requisitos essenciais para a manutenção da vida humana em um Estado natural, não haverá justiça na condição natural da humanidade, pois os indivíduos que forem portadores da força imporão suas vontades aos demais, gerando, enfim, uma situação de injustiça social.

- **1.3. O que é “a miséria que acompanha a liberdade dos indivíduos isolados”? Como é possível, segundo Hobbes, superar essa condição natural da humanidade?**
 - ❖ Segundo o pensamento de Hobbes, a liberdade individual do homem conduz à miséria, pois no momento em que os homens alcançam a liberdade individualmente é gerada uma grande instabilidade em relação à garantia dos direitos humanos, pois não são estabelecidas restrições de direitos e deveres aos indivíduos.
 - ❖ Sem estas restrições o homem é exposto a uma constante insegurança em relação aos princípios básicos necessários à plena vida humana, condicionando-o a uma situação de miséria.
 - ❖ Assim, a liberdade individual acompanha a miséria humana no que diz respeito à insegurança e medo aos quais o homem é exposto quando se encontra em sua condição natural. E, para o autor, para que consigamos superar essa condição de miséria é necessário conceder ao Estado poder absoluto (poder de criar e executar leis), assim, o Estado garantirá uma liberdade real e comum aos indivíduos, proporcionando a estes a garantia da vida, retirando o homem, por fim, da situação de miséria a que estava exposto.

➤ **2. SOBRE A IDÉIA DA LEI:**

- **2.1. De que forma Hobbes diferencia os termos “lei”, “direito”, “carta” e “sentença”?**
 - ❖ Para Hobbes, a diferença entre lei e direito está fundamentada quanto a obrigação e liberdade, ao passo que **lei civil** é uma obrigação que nos priva da liberdade que nos foi concedida pela lei natural e, por outro lado, **direito** é a liberdade que a lei civil nos permite.
 - ❖ Do mesmo modo, estas são definições diversificadas da concepção de **carta**, pois cartas são as doações do soberano e isenções da lei a um ou mais indivíduos, portanto, o que é dado e conhecido a um homem não lhe é imposto como obrigatório, diferenciando-se, portanto da concepção de lei.
 - ❖ E, por fim, a **sentença**, na concepção de Hobbes, é a aplicação e interpretação da lei no caso particular. Assim, se entendermos na letra da lei (sentido da lei) tudo que se pode deduzir das palavras (o sentido amplo das palavras) letra da lei e sentença têm sentidos diferentes. Porém se entendermos na letra da lei o sentido literal (aquilo que o legislador pretendia que fosse entendido, como é proposto por Hobbes) não há distinção entre a letra da lei e sentença.

- **2.2. Existe alguma lei quando o homem se encontra em sua condição natural? Justifique.**

- ❖ Embora haja a lei natural quando o homem está em sua condição natural não podemos chamá-la necessariamente de lei, pois, na condição natural, a equidade da lei natural não implica em obrigatoriedade.
- ❖ Além disso, a condição natural do homem é reconhecida por aquela na qual o homem é dotado de uma total liberdade natural, sendo que esta acarretava na ausência de garantia, já que no estado natural o homem é governado por duas únicas forças: a paixão e a razão.
- ❖ Partindo dessa afirmação de Hobbes, já podemos afirmar que não há, para ele, lei quando o homem se encontra em sua condição natural.
- ❖ Porém, além dessa explanação, Hobbes também afirma que a lei que é feita sem ser tornada reconhecida não é lei e que não há lei quando o legislador não pode ser reconhecido, assim, a lei natural não pode ser reconhecida como lei, pois a lei natural não é escrita (não é declarada ao conhecimento de seus súditos) e porque na condição natural do homem não há soberano reconhecido que possa declarar vontade da lei natural.

- **2.3. Em que circunstâncias é possível dizer, segundo Hobbes, que existe a obrigação de cumprir a lei?**

- ❖ Segundo Hobbes, há obrigatoriedade de cumprimento da lei quando esta consiste na declaração de vontade de um soberano que tem reconhecida sua autoridade através de registros públicos, ministérios público e dos selos públicos, os quais proporcionam a verificação da lei.

➤ **3. Sobre a interpretação das leis:**

- **3.1. Um filósofo do direito ou um estudioso do direito (um advogado) são bons intérpretes da lei?**

- ❖ Segundo Hobbes, um filósofo da lei e um estudioso do direito não são bons intérpretes da lei, pois a autoridade dos filósofos e estudiosos do direito não é suficiente para tornar suas opiniões (por mais verdadeiras que sejam) em interpretação verídica do conteúdo de uma lei, uma vez que cabe ao soberano a constituição e regulamentação das condutas humanas.

- **3.2. Qual a concepção hobbesiana de uma "interpretação autêntica" das leis?**

- Para Hobbes, a interpretação autêntica da lei depende do poder soberano, uma vez que a natureza da lei (interpretação da lei) deve estar submetida ao que o autor quis dizer. Assim, a interpretação da lei depende da autoridade soberana, pois é essa autoridade que deve constituir e regulamentar a conduta humana em um Estado de Direito, acordando como pacto social que foi estipulado para atenuar os conflitos humanos através da submissão da liberdade humana ao poder soberano, ou seja, o Estado.

3.3. De que forma a concepção hobbesiana da interpretação do juiz expressa a tendência política de Hobbes em favor do Absolutismo?

- ❖ Hobbes expressa sua tendência ao Absolutismo ao afirmar que a interpretação da lei depende da autoridade do soberano (pois é essa autoridade que deve constituir e regulamentar a conduta humana) e que a função do juiz consiste na aplicação da lei no caso particular, mas mediante a interpretação da letra da lei em sentido literal, ou seja, mediante a interpretação da lei segundo o que o legislador queria que fosse entendido como fruto da vontade do soberano.

3. JUSNATURALISMO E HOBBS.

- No seminário notamos que há uma valorização do direito positivo na filosofia de Hobbes.
- O que precisamos observar é como, dessa valorização, surge a doutrina positivista.
- A filosofia política de Hobbes apresenta uma valorização do direito positivo, que, de certa forma prepara o aparecimento do positivismo jurídico, séculos depois.
- No entanto, não é possível dizer que Hobbes é o primeiro filósofo positivista com relação ao direito, pois o positivismo jurídico é uma filosofia específica do direito positivo que não aparece na filosofia de Hobbes.
- O que há de específico em Hobbes é uma teoria do contrato social (assim, ele não é um positivista é um contratualista).
- Como todos os contratualistas modernos, Hobbes pressupõe a existência de um estado de natureza.
- Logo, a filosofia de Hobbes é, na verdade, jusnaturalista, mesmo valorizando o direito positivo.
- Essa posição justnaturalista se explica em seu caráter peculiar, pelo seu entendimento das duas teses que caracterizam a filosofia jusnaturalista.

- **TUDO JUSNATURALISTA DEFENDE DUAS TESES:**
 - **1ª TESE – DUALIDADE:**
 - ❖ Segundo essa tese, existem duas formas de manifestação do direito.
 - ❖ Por um lado, o direito surge quando é estabelecido pela vontade humana, este direito se chama direito positivo.
 - ❖ Por outro lado, o direito também surge quando é percebido pela razão, este direito é o direito natural ou racional.
 - **2ª TESE – SUPERIORIDADE:**
 - ❖ Segundo essa tese, o direito natural é superior ao positivo, porque vem da razão e, portanto, corresponde à verdade.
 - ❖ Para o jusnaturalismo o direito natural é o VERDADEIRO direito.
 - ❖ Desta forma, o direito positivo só é direito de verdade quando respeita o direito natural (os conteúdos que vêm da razão).
 - ❖ "A vontade tem que se submeter à consciência".

- Essas duas teses estão presentes na teoria de Hobbes.
 - A dualidade aparece no capítulo 26 do leviatã, quando Hobbes classifica a lei civil em dois tipos: a lei positiva e a lei natural.
 - ❖ Ainda assim, já no capítulo 13 é possível pressupor a dualidade, quando Hobbes diz que "a natureza humana é diferente da sociedade civil".
 - A tese da superioridade também está presente, pois Hobbes ressalta que a lei positiva pressupõe a lei natural. (que manda respeitar os contratos).
 - ❖ A razão é que percebe que os contratos devem ser obedecidos.
 - ❖ Além disso, o governante, mesmo estando acima das leis positivas, não pode ir contra a equidade (cap. 26) – ele não pode desrespeitar o direito natural.

- A peculiaridade de Hobbes é o seu entendimento do que seja a verdade.
 - Para ele, a verdade, sozinha, não se impõe.
 - A verdade não tem força para ser reconhecida socialmente, pois a razão é individual e, portanto, a verdade é subjetiva, ela somente se impõe socialmente quando há um poder que lhe de força.
 - Logo, mesmo sendo superior, o direito natural só se impõe graças ao direito positivo, que lhe dá caráter obrigatório.
 - A lei natural e a lei positiva se contém uma na outra (a Lei Positiva precisa da Lei Natural para existir; a Lei Natural precisa da Lei Positiva para se impor.)

4. POSITIVISMO JURÍDICO.

- A filosofia específica do direito positivo surgirá no séc. XIX, no contexto da consolidação do Estado de Direito.
- Essa nova forma de Estado foi introduzida pelas revoluções burguesas com o caráter de oposição ao Estado Absoluto (Estado de Direito é o oposto do Absolutismo).
- No Estado Absolutista o poder soberano apresenta duas características fundamentais:
 - Pessoal;
 - Ilimitado.
- No absolutismo a soberania se confundia com a figura concreta do governante.
 - Essa pessoa tinha a atribuição de estabelecer as leis, por isso, estava acima delas (quem está abaixo da lei é o súdito).
 - O soberano, assim, fica sem limites nas leis civis (no máximo ele tem limite na lei natural, mas ela não tem poder para se impor).
- Por outro lado, no Estado de Direito, o poder soberano apresenta duas características:
 - Impessoal;
 - Limitado.
- A soberania passa para um ente abstrato: a Nação (troca da soberania pessoal pela soberania nacional).
 - Essa nova forma de soberania se manifesta por meio de um poder que e coloca acima do poder concreto dos governantes (poder constituinte originário).
 - Esse poder tem a atribuição de criar uma lei para limitar o poder concreto dos governantes (a constituição).
- O Estado de Direito, portanto, significa Estado Constitucional, ou seja, o Estado no qual existe uma lei que limita o poder.
- Entendendo isso, notamos que o positivismo jurídico aparece no contexto em que surge uma lei que limita o poder, estabelecendo os direitos naturais, que todo indivíduo possui.
 - O positivismo é o resultado da positivação dos direitos naturais nas constituições modernas
 - Essa positivação mudou o fundamento do direito natural – Ele deixou de ter base na razão e passou a ter base na vontade.
 - A partir de então, todo o direito vem da vontade e, portanto, todo direito é positivo.
- **CONCLUSÃO:**
 - O positivismo jurídico, por isso, não é simplesmente a teoria que defende que todo direito está na lei (o positivismo não é legalismo).
 - Na verdade, o positivismo jurídico é a filosofia que NEGA a existência do direito natural, e em seu lugar defende outras duas teses:
 - ❖ **1ª TESE – DIREITO COMO UM FENÔMENO MUTÁVEL**
 - Todo direito vem do poder, logo, se o poder muda, o direito também muda.
 - Portanto, o direito é um fenômeno mutável.
 - Não há direitos naturais, todo direito é adquirido.
 - ❖ **2ª TESE – MUTABILIDADE DAS PREMISSAS DO DIREITO**
 - Mesmo as premissas da mudança do direito são mutáveis
 - Mesmo as cláusulas pétreas podem ser mudadas por um poder constituinte originário.
- **O positivismo jurídico se apresenta de diversas formas:**
 - Para alguns autores, ele corresponde ao legalismo, ou seja, a teoria que reduz o direito à lei.
 - Para outros autores, ele corresponde ao formalismo jurídico, ou seja, a teoria que reduz o direito a mera forma, capaz de ser preenchida por qualquer conteúdo, independente de ser justo ou não.
 - No entanto, o positivismo jurídico é mais abrangente do que essas duas visões.
 - Ele não é simplesmente o legalismo ou o formalismo jurídico, essas são apenas simplificações.
 - Na verdade, o positivismo jurídico é a teoria do direito mutável

- Em virtude disso, o positivismo jurídico apresenta a seguinte questão: “como conhecer o direito de modo seguro, se o direito está sempre mudando?”.
- Essa questão foi respondida no séc. XIX de duas formas:
 - Para a ESCOLA HISTÓRICA do Direito, a saída para o conhecimento jurídico seguro é o conhecimento histórico.
 - Para a ESCOLA NATURALISTA a saída para o conhecimento jurídico seguro está na aproximação entre a ciência do direito e as ciências da natureza (química, física e especialmente a biologia)
- Nenhuma dessas soluções obteve grande repercussão no séc. XX.
- A primeira grande teoria positivista do século XX foi a teoria da ciência do direito elaborada pelo Jurista Hans Kelsen: a teoria pura do direito.
- A filosofia de Kelsen sobre o Direito positivo é composta de três teorias que juntas formam a teoria pura do direito:
 - Teoria da Ciência baseada na separação entre juízo de realidade e juízo de valor.
 - Teoria da Norma fundamental como pressuposto de qualquer estudo científico de normas.
 - Teoria do Direito como uma ordem baseada na coerção.

5. SEMINÁRIO II - HANS KELSEN – CIÊNCIA E POLÍTICA.

- **TEORIA DA CIÊNCIA DE KELSEN:**
 - A realidade e o valor tem em comum o fato de que ambos são juízos.
 - Assim, há dois tipos de juízo, com base na interpretação:
 - ❖ Juízo de VALOR: O individuo faz uma AVALIAÇÃO
 - ❖ Juízo de REALIDADE: O individuo faz uma DESCRIÇÃO
 - Deste modo:
 - ❖ Juízo de VALOR é uma característica da POLÍTICA (política, economia, religião, moral, direito...).
 - ❖ Juízo de REALIDADE é uma característica da CIÊNCIA.
- **CIÊNCIA DA POLÍTICA e CIÊNCIA POLÍTICA**
 - Na ciência da política descrição e avaliação estão separados, possibilitando que essa seja, de fato, uma ciência.
 - Na ciência política avaliação e descrição estão juntos, de modo que não se trata de uma ciência, mas de uma IDEOLOGIA.
 - A Ciência da Política pode estudar as normas sociais (ciências normativas), ou o fato social.
 - As ciências normativas podem ser:
 - ❖ Ciência da Ética
 - ❖ Ciência do Direito
 - As ciências normativas partem do princípio da IMPUTAÇÃO: ou seja preocupam-se com as conseqüências.
 - Não importa para as ciências normativas a busca pelas causas.
 - Quando se confunde ciência do direito com política não há que se falar em direito, mas em IDEOLOGIA.
 - O uso indevido da distinção apresentada por Kelsen é o ideológico.
 - Quando alguém, que não o cientista do direito, usa essa distinção, há um uso incorreto dela.
 - O uso correto só ocorre quando é feito pela ciência.

QUESTÕES:

➤ **1. SOBRE OS PRESSUPOSTOS DO CONHECIMENTO CIENTÍFICO EM GERAL:**

- **1.1. O que é uma interpretação metafísico-religiosa da natureza e da sociedade? Quais as principais diferenças entre uma interpretação metafísico-religiosa e uma interpretação científica da natureza e da sociedade?**
 - ❖ Uma interpretação metafísico-religiosa da sociedade é aquela na qual admite-se que os valores vêm da realidade.
 - ❖ A ciência é diferente da metafísica. A ciência nega a metafísica.
 - ❖ Ora, deste modo, as principais diferenças entre uma interpretação metafísico-religiosa e uma interpretação científica encontra-se justamente no fato de que, enquanto a metafísica vê a realidade e o valor como uma coisa só, a ciência percebe justamente a separação e a diferença existentes entre realidade e valor e, além disso, se dispõe a fazer apenas juízo de realidade.
- **1.2. Por que, segundo Kelsen, a distinção entre “juízos de realidade” e “juízos de valor” é tão importante para a elaboração de interpretações científicas?**
 - ❖ Essa distinção é importante para garantir objetividade à elaboração científica.
 - ❖ Partindo dessa distinção, o cientista busca evitar a subjetividade, a metafísica e a ideologia.
- **1.3. Na perspectiva de Kelsen, uma ciência da política pode ser, ao mesmo tempo, uma ciência “política”? Por quê?**
 - ❖ Não. A ciência da política separa o juízo de realidade do juízo de valor, sendo mais objetiva. Por outro lado, a ciência “política” é subjetiva e ideológica.

➤ **2. Sobre as ciências sociais normativas (a ciência da ética e a ciência do direito):**

- **2.1. O princípio utilizado pelas ciências sociais normativas para descrever seu objeto (a sociedade) como real é igual ao princípio utilizado pelas ciências da natureza? Por quê?**
 - ❖ Não. Essas duas espécies de ciências partem de princípios diferentes,
 - ❖ As ciências da natureza observam seu objeto segundo o princípio da CAUSALIDADE: buscando relações de causa e efeito.
 - ❖ Por outro lado, as ciências normativas observam seu objeto segundo o princípio da IMPUTAÇÃO: buscam as conseqüências (em relação à condição).
- **2.2. Como as ciências sociais normativas identificam a existência de uma norma?**
 - ❖ Tudo em Kelsen é um tipo de juízo:
 - ❖ Existência é sempre um juízo de realidade;
 - ❖ A norma é um juízo de valor;
 - ❖ Sendo assim, a questão que se coloca é: como a ciência pode identificar um juízo de realidade de um juízo de valor, se as ciências devem separar esses juízos?
 - ❖ Assim: Como fazer a descrição de um juízo de valor sem fazer juízo de valor?
 - ❖ Para dizer que uma norma existe é preciso pressupor outra norma, que lhe é superior, e qualifica um simples fato como fato criador de normas.

➤ **3. Sobre a ciência social específica das normas jurídicas (ciência do direito):**

- **3.1. Por que a ciência do direito só pode conhecer normas positivas?**
 - ❖ As normas positivas vêm de atos humanos.
 - ❖ As normas naturais pressupõe valores inerentes à realidade, de modo que seu estudo é metafísica.
 - ❖ Assim, só é possível fazer ciência em relação às normas positivas, pois só elas vem do fato.
- **3.2. Segundo Kelsen, o cientista do direito se assemelha à autoridade criadora de normas? Por quê?**
 - ❖ Não. Trata-se da diferença entre o legislador e o doutrinador.
 - ❖ O legislador cria normas com base na sua VONTADE.
 - ❖ O cientista descreve a norma com base na sua RAZÃO.

- **3.3. De que forma, o cientista do direito contribui para a autoridade criadora de normas?**
 - ❖ O cientista contribui descrevendo todas as interpretações possíveis e revelando possíveis ambigüidades.
- **3.4. A ciência do direito público pode ser considerada uma ideologia política? Por quê?**
 - ❖ A ciência do direito público corresponde às doutrinas do direito penal, constitucional, direito processual.
 - ❖ Esta ciência, muitas vezes, é confundida com mera ideologia, porque o direito público vem do Estado e o Estado é um ente político.
 - ❖ No entanto, o Estado não é só um ente político, ele é também um ente jurídico, e como tal é constituído de normas.
 - ❖ Logo, em ultima instancia, o direito publico não bem do Estado mas das normas que constituem o Estado, e o cientista deve descrever essas normas dentro dos padrões da ciência normativa do direito.
 - ❖ Os livros de doutrina, portanto, não podem ser ideologia.
- **3.5. No âmbito dessa visão da ciência do direito, como fica a relação entre direito e justiça? O direito pode ser considerado um fim em si mesmo?**
 - ❖ Para o cientista do direito há uma separação entre direito e justiça.
 - ❖ Isto se dá, pois a justiça diz com um juízo de valor, que não pode ser feito pelo cientista.
 - ❖ Neste sentido, o direito é um instrumento utilizado para atingir outros fins, com o quais o cientista não deve se preocupar.
 - ❖ Essa idéia é uma critica à doutrina do direito natural

6. SEMINÁRIO III – HANS KELSEN – PORQUE A LEI DEVE SER OBEDECIDA.

➤ **TEORIA DA NORMA FUNDAMENTAL:**

- Porque a lei deve ser obedecida?
 - ❖ Do ponto de vista da ciência, a lei deve ser obedecida porque está de acordo com a lei mais forte, que deve estar de acordo com a norma fundamental.
 - A norma fundamental permite dizer qual é a norma que está na origem do direito (a 1ª norma posta)
 - ❖ Essa Primeira Norma Posta é produto da doutrina, que procura a N.F. na realidade, nos fatos.
 - ❖ O cientista, para fazer juízo de realidade, deve dizer que a primeira norma posta é aquela com mais eficácia.
 - ❖ Para organizar as normas postas, o cientista parte de uma norma pressuposta, que diz que deve-se começar o estudo pelas normas com maior eficácia, observando o fato, qual seja, o poder mais forte.
 - Assim, a norma fundamental de Kelsen diz que devemos obedecer à vontade (poder) mais forte.
- Com base nisso, podemos entender a norma fundamental, como aquela que diz: “Devemos obedecer ...”
- No jusnaturalismo: “... à natureza”
 - Na teologia Cristã: “... a Deus”
 - No direito Positivo: “... à primeira constituição histórica”
 - No direito Internacional: “... aos costumes dos Estados”

QUESTÕES:

- **1. Qual a relação entre a obrigatoriedade de uma norma e a idéia de interpretação jurídica, segundo Hans Kelsen?**
- Kelsen está interessado nas interpretações científicas, feitas pela doutrina, como base na razão.
 - Para o autor, a interpretação racional deve ser feita seguindo-se três procedimentos:
 - 1) Separar juízo de valor de juízo de realidade, e focar-se no juízo de realidade, descrevendo os fatos.
 - 2) De acordo com o princípio da imputação, buscar as conseqüências dos fatos.
 - 3) Pressupor uma norma superior que diz o fato que é um fato gerador de norma, que remete, em ultima instancia, à norma fundamental.
 - Assim, de acordo com a teoria da interpretação, uma lei é obrigatória quando respeita a norma fundamental. Ora, a obrigatoriedade de uma norma decorre de sua adequação à norma fundamental.
- **2. No contexto da doutrina do direito natural, é correto dizer que o direito positivo é válido porque é justo? Por quê?**
- Sim.
 - O motivo para a validade do Direito, a norma fundamental, é que os homens devem obedecer aos comandos da natureza.
 - Assim, partindo da tese de que o direito positivo só é válido quando obedece ao direito natural, e o Direito Natural contém o princípio de justiça, então o fundamento de validade do direito é a justiça.
- **3. Quais são as conseqüências da doutrina do direito natural sobre a validade do direito positivo?**
- Há duas conseqüências apontadas pela doutrina do direito natural sobre a validade do direito positivo, são elas:
 - Se o critério para a validade do Direito Positivo é a justiça, então todo direito é justo. Se todo direito é justo, então Justiça e Direito são iguais.
 - Se todo Direito Positivo é Direito Natural reforçado por poder (mas nem todo direito natural é direito positivo), então perde o sentido a tese jusnaturalista da dualidade.
- **4. Kelsen concorda com as conseqüências da doutrina do direito natural sobre a validade do direito positivo? Por quê?**
- Não.
 - Para Kelsen, para que tenha fundamento, a resposta sobre porque a lei deve ser obedecida, e porque o direito positivo é importante devem estar no direito positivo.
 - Além disso, a hipótese do direito natural não é científica, mas metafísica, de modo que torna-se inaceitável.
 - A doutrina do Direito natural não responde por que o Direito positivo é válido e sim porquê o Direito natural é válido.
- **5. Qual é a posição defendida pela doutrina teológico-cristã sobre a validade do direito positivo?**
- A doutrina teológico-cristã defende a teoria de que qualquer ordem emanada de um legislador investido de poder por Deus deve ser reconhecida quando corresponde à vontade de Deus.
 - A obediência do homem é devida a Deus e não ao Direito positivo. Os homens devem obedecer aos mandamentos de Deus que ordenou a obediência ao Direito positivo.
- **6. Qual é o problema da posição teológico-cristã sobre a validade do direito positivo? Esse problema também se manifesta na doutrina do direito natural? Por quê?**
- O problema da posição teológico-cristã sobre a validade do direito positivo é que a hipótese da norma fundamental se baseia na metafísica e busca um fundamento para o direito positivo fora do direito positivo.
 - Esse problema é o mesmo que aparece na doutrina natural, pois segue o mesmo raciocínio, mudando apenas a norma fundamental.

- **7. Na perspectiva de uma ciência do direito, por que a lei deve ser obedecida?**
 - Na perspectiva positivista, a norma fundamental deve ser pressuposta pelos cientistas deve se fundamentar num fato, e mais, naquele com maior força. No contexto do direito positivo, observamos a primeira constituição histórica com vinda de um fato, que é a vontade dos homens.
 - Assim, a norma fundamental que deve ser pressuposta pela ciência do direito é aquela que diz: “Devemos obedecer ao poder constituinte originário”, e em virtude dessa norma hipotética, a primeira norma do sistema jurídico é a constituição.
- **8. O que é o “princípio geral da eficácia” mencionado por Kelsen ao falar da validade do direito positivo na perspectiva de uma ciência do direito?**
 - O “princípio geral da eficácia” protege a norma fundamental de ser livre produto da imaginação. De acordo com esse princípio a norma fundamental deve obedecer ao critério de que “devemos obedecer à vontade mais forte”.
 - Assim, o cientista deve dizer que a primeira norma posta é aquela com mais eficácia, que tem sua validade numa norma fundamental baseada num fato.
- **9. Segundo Kelsen, o Direito Internacional só é válido como parte do Direito Nacional ou pode ser considerado válido por si mesmo? Justifique sua resposta.**
 - O direito internacional é independente e tem validade por si mesmo.
 - Ele deve ser obedecido quando se enquadra em uma norma fundamental, que no plano internacional, tem como fato mais forte os costumes internacionais.

7. SEMINÁRIO IV – A DEFINIÇÃO DE DIREITO EM FUNÇÃO DA COAÇÃO.

- Com a sua teoria da ciência do direito formada por juízos de realidade baseados no princípio geral da eficácia, Kelsen chega à seguinte conclusão:
- Para o cientista o direito não é justiça, direito é uma ordem de coerção.
- Assim, o direito é um conjunto de normas que coage as pessoas a fazer o que elas não fazem de livre e espontânea vontade.
- A teoria clássica vê a coerção como um meio.
- A teoria moderna vê a coerção como um fim.
- Para Bobbio, as doutrinas clássicas também são modernas no sentido de que também vêm a sanção como um fim.
- Essa doutrina moderna diz que não há norma jurídica sem sanção.
- Para Kelsen a coerção é um elemento essencial da norma.

QUESTÕES:

- **1. É correto afirmar que a teoria da ciência do Direito elaborada pelo jurista Hans Kelsen leva à conclusão de que a coerção é um dos elementos essenciais da ordem jurídica? Por quê?**
 - Sim, pois para Kelsen a coerção não é um meio, é um fim. Não há norma jurídica sem sanção, de modo que a coerção é fundamental à ordem jurídica.
- **2. Se Kelsen entende que a ordem jurídica é uma ordem coercitiva, e “a definição coercitiva se funda numa concepção estatal do Direito” (como diz Bobbio), é correto afirmar que a teoria da ciência do Direito elaborada por Kelsen leva à conclusão de que todo Direito vem do Estado? Por quê?**
 - Não, pois Kelsen tem uma visão normativista do direito, para ele o direito vem da norma fundamental.
- **3. Kelsen pode ser considerado como o filósofo que enunciou pela primeira vez uma concepção coercitiva do direito? Por quê?**
 - Não. Antes de Kelsen, desde o final do século XVII já existe a idéia de direito como ordem coercitiva.

- **4. Qual o raciocínio do filósofo Christian Thomasius para chegar à conclusão de que o direito é uma ordem coercitiva?**
- Thomasius chega à mesma conclusão de Kelsen pela tripartição entre o justo (justiça); o honesto (moral); e o decoro (bons costumes).
 - O justo é intersubjetivo e exterior, trata das ações que podem ser cobradas.
 - A moral é interior, trata das intenções.
 - O Justo é o Direito, que pode ser cobrado por coação.
- **5. Qual o raciocínio do filósofo Immanuel Kant para chegar à conclusão de que o direito é uma ordem coercitiva?**
- Para Kant, o direito é o fundamento da liberdade externa, porém, para que alguém seja livre é preciso que a liberdade do outro seja restringida, e só é possível restringir a liberdade pela coação.
- **6. Qual o raciocínio do jurista Rudolf von Ihering para chegar à conclusão de que “o direito é o conjunto das normas coativas [coercitivas] vigentes num Estado”?**
- Para Ihering, a coerção é mais do que um meio, ela é um fim.
 - A teoria das finalidades da ação humana é utilizada por ele para chegar a essa conclusão.
 - Assim, as quatro finalidades da ação humana são: o ganho econômico, o sentimento de dever, o amor e a coação.
 - A ação que visa o ganho é a ação econômica (feita para si); a ação que visa o dever ou o amor é a ética (feita para o outro).
 - O direito é a esfera jurídica, mas diz com a finalidade da coerção.
 - Assim, o direito é composto de normas voltadas ao cidadão e normas que dizem respeito ao Estado.
 - Ihering diz que a ação humana tem varias finalidades, uma delas é a coerção e esta coerção está ligada ao Estado.
- **7. É correto afirmar que a teoria da ciência do Direito elaborada por Kelsen é uma continuação das teorias de Thomasius, Kant e Ihering sobre a ordem jurídica como uma ordem coercitiva?**
- Não. Os outros autores pertencem à doutrina clássica da coerção, que vê a coação como um meio para o direito ser mais eficaz.
 - Para Kelsen, que faz parte da doutrina moderna, a coerção é um fim, e o direito é a regulamentação do uso da força na sociedade.
 - Para esse autor, uma norma que não tem uma sanção não é jurídica.
- **8. É correto afirmar que a teoria da ciência do Direito elaborada pelo jurista escandinavo Alf Ross é uma total continuação da teoria de Kelsen?**
- Não. Ross também entende que o direito é uma ordem coercitiva; que a coação é um fim; e que o direito é uma regulamentação do uso da força na sociedade.
 - Ross, no entanto, é um realista (enquanto Kelsen é um normativista pois acredita que toda norma vem de outra norma). Para o realista, a fonte do direito é a realidade fática (o fato social). Para Ross, o conhecimento verdadeiro do direito esta na sociologia jurídica.

8. SEMINÁRIO V – O DIREITO COMO UNIÃO DE REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS.

QUESTÕES:

- **1. Segundo Hart, em qual espécie de sociedade o direito positivo pode ser concebido como um conjunto de ordens (normas) coercivas (dotadas de coerção)? Em uma sociedade complexa (como o Estado moderno) ou em uma sociedade simples (como uma pequena comunidade primitiva, em que as pessoas estão ligadas estreitamente por laços de parentesco)?**
- Nenhuma. Hart nos explica que o modelo do direito concebido como ordens coercitivas do soberano não foi capaz de reproduzir alguns dos aspectos salientes do sistema jurídico. O autor nos explica, durante o texto, diversas falhas dessa teoria que ocorrem tanto numa sociedade complexa como numa sociedade simples e apresenta a necessidade de construir um nova idéia de obrigação e um novo conceito de direito.
 - Tanto nos sistemas simples como nos sistemas complexos, o direito deve ser observado a partir da idéia de regra e não da idéia de ordem coercitiva, havendo apenas a diferença nos tipos de normas abrangidos por esse sistema. Assim, nos sistemas simples haveriam apenas normas primárias, enquanto os sistemas complexos exigem a existência tanto das normas primárias como secundárias. Em ambos os casos também é importante a análise do aspecto interno das normas, que mesmo numa sociedade simples, deve predominar no ponto de vista da maioria dos indivíduos, para que possa haver uma pressão social efetiva.
- **2. Quais são os quatro fatores que atrapalham de fato a concepção do direito positivo como um conjunto de normas coercivas?**
- O primeiro fator diz com o fato de que de quem cria a lei também deve obedecê-la, e nisso mesmo a lei criminal se difere de ameaças dadas por uma pessoa à outra. Ora, uma vez que as regras se aplicam mesmo às pessoas que a criam, elas se aproximam mais de liberdades do que de ordens. (pg. 89);
 - O segundo fator trata do fato de que há outras variedades de direito, que conferem poderes jurídicos para julgar ou legislar (poderes públicos), ou para constituir ou alterar relações jurídicas (poderes privados), as quais não podem conceber como ordens baseadas em ameaças (pg. 89);
 - O terceiro fator diz respeito à questão de haverem regras de jurídicas que diferem de ordens, no seu modo de origem, pois sua existência não vem de uma prescrição explícita – como é o caso dos costumes. (pg. 89);
 - O quarto fator refere-se ao fato de que em um Estado Moderno não é possível explicar a continuidade da autoria legislativa, ou identificar a pessoa do soberano, nem como eleitorado nem como órgão legislativo (pg. 90).