

PGE/RJ: Roteiro de Aula

Prof: Marcus Vinicius A. B. de Matos

<https://marcusviniciusmatos.wordpress.com/>

2a Aula (3hr-aula)

Dia 05/10 – das 16h30 às 19h – aula 2 – turma E

Tema: **Moral e Direito no Debate Atual**

Ementa: Positivismo exclusivo e positivismo inclusivo. Jusnaturalismo contemporâneo e a vinculação normativa. Antipositivismo em Dworkin e Alexy.

I PARTE:

a. Introdução: os principais métodos das Teorias Jurídicas Contemporâneas

b. Jusnaturalismo, Positivismo Jurídico e Pós-positivismo

c. O Novo Jusnaturalismo ou Direito Natural contemporâneo

QUESTÃO 1:

Disserte sobre a seguinte assertiva: “A distinção mais importante na Filosofia e na prática do Direito é entre o que é justo e o que o justo é”.

QUESTÃO 2:

Leia a frase: “Uma lei injusta não é uma lei”.

E responda:

- A frase é contraditória? Caso sim, como é possível explicar essa contradição?
- Para o Direito Natural, as leis seriam sempre moralmente aceitáveis?
- Como devemos entender, hoje, a relação entre o Direito e a Moral?

QUESTÃO 3:

Leia:

“A decisão inclui tanto um julgamento prático (de um tipo que podemos chamar de julgamento de consciência) quanto a auto-direção, auto-determinação, auto-escolha. É obvio que podemos errar quanto ao que é e o que não é razoável; mas a verdadeira questão do Direito é sobre uma escolha: “o que eu devo verdadeiramente escolher?” (John Finnis)

Responda:

É possível compreender e descrever o que é o Direito, sem fazer nenhum julgamento moral sobre o que o Direito (ou Ordenamento Jurídico) deveria ser?

II PARTE

d. Introdução

e. O Positivismo Jurídico ou Juspositivismo

f. O Positivismo Jurídico “formalista” de Hans Kelsen: a Teoria Pura do Direito e a Norma Fundamental

g. O Positivismo Jurídico “convencionalista” de Herbert Hart: da Filosofia da Linguagem à Regra de Reconhecimento

QUESTÃO 4:

Quais são as funções da validade e da eficácia na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen?

QUESTÃO 5:

A respeito do Positivismo Jurídico, produza um texto respondendo as seguintes perguntas:

- a) O que é a Regra de Reconhecimento, como ela funciona e qual a sua importância para o Ordenamento Jurídico?
- b) O que é a Norma Fundamental, como ela funciona e qual a sua importância para o Ordenamento Jurídico?
- c) Quais são as características gerais de todas as versões do Positivismo Jurídico, e de que maneira é possível diferenciá-lo do Direito Natural?

PARTE III

h. O Pós-Positivismo de Ronald Dworkin: integridade e princípios do Direito

i. Dworkin x Hart: a disputa pelo “conceito” de Direito

j. O Aguilhão Semântico de Dworkin

QUESTÃO 6:

“Eu e Hart discordamos, portanto, a respeito de quão longe, e de que maneira, advogados e juízes formam seus “juízos de valor” para identificar o Direito em determinados processos. Na minha opinião, as disputas jurídicas tem como sua maior característica, serem disputas morais. Advogados tem que decidir quais grupos de argumentos – dentre vários, inclusive conflitantes – produzirão a melhor e mais moralmente convincente justificativa para sua posição.” (Ronald Dworkin).

Responda:

- a) O que é o “Aguilhão Semântico”?
- b) O que é, de acordo com Dworkin, um “conceito político”?
- c) Explique a noção de “Direito como Integridade”.

QUESTÃO 7:

Leia e discuta:

“Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas.” (Gustav Radbruch)

Trechos para leitura e discussão:

“Alexy, in 'On Necessary Relations between Law and Morality' (n34), at 171-4, presses hard on the ambiguities inherent in the separability thesis (ambiguities between substance and procedure, between observer and participant, etc) and arrives at sixty-four possible readings. Even if many of these have no application, as Alexy readily grants, the exercise is telling on the question of what a prima-facie claim to completeness might come to.”

Stanley Paulson, “The Neo-Kantian Dimension of Kelsen’s Pure Theory of Law”, 12 Oxford J. Legal Stud. 311 1992

‘Não é, no entanto, este o caso de Gustav Radbruch, um dos paladinos do “renascimento do Direito natural” depois da 2a Guerra Mundial. Sua reação ante o positivismo jurídico acontece como consequência da experiência nazista, e o que procura Radbruch no Direito natural pode bem dizer-se que é, mais que nada, uma forma de realizar os valores do que depois se chamou “o Estado constitucional”. De fato, há uma clara continuidade entre muitas de suas teses “de fundo” e as de Alexy, do mesmo modo que também há afinidade entre muitas das ideias de Fuller e as de Dworkin: Alexy e Dworkin são considerados (v. Bongiovanni, 2000) como os dois principais representantes da teoria constitucional do Direito. (...) O que se convencionou chamar de pós-positivismo buscou consolidar-se como uma alternativa à insuficiência e insensibilidade das correntes anteriores, sobretudo ao incorporar critérios valorativos e principiológicos no campo do Direito. Os teóricos do pós-positivismo – Ronald Dworkin, Chaïm Perelman, Theodor Viehweg, Robert Alexy e outros –, sustentaram que a forma de se concretizar o Direito é debruçando-se sobre o problema e sobre casos empíricos particulares a serem decididos pelos juízes, e não sobre a regra jurídica, como se enfatizou no positivismo jurídico. A simples adequação fato/norma, que seria realizada de maneira mecanicista e pouco sensível às especificidades dos fatos sociais, deu lugar a uma nova forma de pensar o Direito em sociedade, ou seja, um Direito capaz de considerar e respeitar as diferenças e de levar em conta as particularidades inerentes ao caso concreto. Para captar e compreender tais casos, foi adotada como estratégia privilegiada da perspectiva pós-positivista a superação da “letra” da lei como fonte do conhecimento jurídico.

Em geral, essa superação da “letra” da lei e a incorporação de valores têm sido o fundamento teórico para que a perspectiva seja denominada de pós-positivismo. Por outro lado, o pós-positivismo recebeu uma característica fundamental e estruturante do argumento positivista: a concepção centrada no juiz. O positivismo admite a figura do juiz como elemento essencial à aplicação de qualquer norma jurídica, que se fundamenta num mecanismo de legitimidade formal. Por sua vez, as reflexões dos autores assumidos como pós-positivistas, em ampla medida, são ainda reflexões sobre o juiz e os processos de decisão e aplicação do direito. A institucionalidade do Judiciário como elemento essencial para o Direito também está presente no pós-positivismo. Assim, é preciso indagar seriamente o seguinte: o pós-positivismo – a despeito da

superação do formalismo nas normas jurídicas – é efetivamente pós-positivista ou uma variação/aperfeiçoamento do positivismo?

Também vale a pena ressaltar o fato de que hoje, quando se fala de “argumentação jurídica” ou de “teoria da argumentação jurídica”, não se está dizendo nada muito diferente ao que anteriormente se chamou “método jurídico”, “metodologia jurídica”, etc. Assim resulta significativo que nas primeiras páginas de seu livro *Teoría de la Argumentación Jurídica* (uma das obras mais influentes na Europa e na América Latina nas últimas décadas), Robert Alexy mostra explicitamente que o que ele pretende é abordar, centralmente, os mesmos problemas que tinham ocupado os autores dos tratados mais influentes de metodologia jurídica (Larenz, Canaris, Engisch, Esser, Kriele...): ou seja, esclarecer os processos de interpretação e aplicação do Direito e oferecer um guia e uma fundamentação ao trabalho dos juristas. Em minha opinião, a diferença no uso que hoje se dá à expressão “argumentação jurídica” ante a expressão “método jurídico” consiste essencialmente em que a primeira tende a centrar-se no discurso justificativo (particularmente, o dos juízes), enquanto que “método jurídico” (pelo menos entendido em sentido amplo) teria de fazer referência também a outra série de operações desempenhadas pelos juristas profissionais e que não têm estritamente (ou não só) um caráter argumentativo: por exemplo, encontrar o material com o qual resolver um caso ou adotar uma decisão em relação a um caso (na medida em que se distingue da justificação dessa decisão). De fato, o que se pode chamar de “teoria standard da argumentação jurídica” parte de uma distinção clara (que não costuma se encontrar nos cultivadores mais tradicionais da metodologia jurídica), por um lado, entre a decisão (judicial) e o discurso referido ou conectado com a decisão; e, por outro lado (no plano do discurso), entre o caráter justificativo e o descritivo e explicativo; a teoria da argumentação jurídica de nossos dias ocupa-se, quase exclusivamente, do discurso justificativo dos juízes, isto é, das razões que oferecem como fundamento – motivação – de suas decisões (o contexto da justificação das decisões), e não da descrição e explicação dos processos de tomada de decisão (o contexto da descoberta) que exigiriam levar em conta fatores do tipo econômico, psicológico, ideológico, etc.’

Manuel Atienza, “O Direito como Argumentação”, *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito, Nova Série*, v.1, n.4, 2010

‘Robert Alexy assinala que “o sentido dos direitos fundamentais consiste justamente em não deixar nas mãos da maioria parlamentar a decisão sobre determinadas posições do indivíduo, ou seja, em delimitar o campo de decisão daquela”. Isto significa que, frente a um direito fundamental, não podem se opor conceitos como o de “bem comum”, “segurança nacional”, “interesse público”, “moral cidadã” etc. Nenhum desses conceitos possui valor suficiente para derrotar argumentativamente um direito fundamental.’

Miguel Carbonell, “Os direitos fundamentais na América Latina: uma perspectiva neoconstitucionalista”, *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito, Nova Série*, v.1, n.5, 2012