

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

Aula 2 - 02/02/2018 - Aula 3 - 08/02/2018 - Aula 4 - 09/02/2018 - Aula 5 - 15/02/2018

Alguns apontamentos:

- . O positivismo é uma corrente filosófica que surgiu na França no começo do século XIX, se tornando uma postura crítica no Direito.
- . O Positivismo tinha a pretensão de elaborar um estatuto teórico do conhecimento jurídico, ou da ciência do Direito.
- . O positivismo não é legalismo, não compreende o Direito reduzindo-o ao texto da lei.
- . É comum a confusão entre o Positivismo Jurídico e a Escola francesa da Exegese do século XIX.

Sobre a Escola da Exegese:

Os códigos eram, então, considerados a transcrição humana das leis que se encontram na natureza – o repositório do direito natural –, sendo, por isso mesmo, tidos como perfeitos e a única fonte do direito. Tudo, acreditava-se, havia sido colocado nos códigos. Não era, portanto, necessário, e muito menos permitido, que se buscasse as soluções em outra fonte que não fosse a lei escrita. [1]

Evolução Histórica:

- . Durante a Idade Média o conhecimento sobre o Direito era obtido pela crença (fé).
Ex: As penas aplicadas pela Inquisição se baseavam na crença de que se a pessoa submetida a tortura não resistisse ao sofrimento isso comprovaria sua culpa, fazendo uma relação mística entre suportar a suplica e ser inocente.
- . A partir das descobertas geográficas e astronômicas, da contribuição de Descartes (penso logo existo/ dúvida fundamental), do desenvolvimento do pensamento Cartesiano, da experimentação, o conhecimento jurídico passa a ser submetido ao método científico.
- . August Conte, precursor do positivismo, percebeu ser possível conhecer e explicar as coisas de forma racional.
 - . Desse pensamento filosófico nasce a Religião Positivista que cultua a Razão.
- . Pela influência do Positivismo Filosófico é que se começa a elaborar o Positivismo no Direito.
- . Kant, profundo admirador do empirista David Hume, chega a conclusão de que é possível conhecer sem experimentar.

5 Teses Sobre o Positivismo Jurídico por Norbert Hoerster

Antes de abordarmos as teses, é preciso entender que todas elas são independentes do ponto de vista lógico, ou seja, invalidar uma tese não significa validar outra e vice-versa.

Tese I - Tese da lei

Veja:

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

- . Essa tese aborda o conceito de Direito - o que é Direito.
- . O conceito de que o Direito se resumiria ao texto frio da lei.

Desmistificação da Tese da lei:

- . Nenhum positivista, jamais afirmou que o Direito decorre ou se reduz ao texto da lei.
- . Positivismo é diferente de Exegese.
- . Não é possível sustentar essa tese, uma vez que a manifestação do poder vinculante das normas não se restringe às leis no sentido escrito, já que vivemos num panorama de normatividade difusa.

ex: Tratados Internacionais, convenções, acordos, arbitragem, etc.

Então, para os positivistas:

O que é o Direito?

- . Muito além de estritamente legal, pode ser consuetudinário/costumeiro e judicial. De forma que, para saber se há, de fato, direito costumeiro e lei judicial em uma determinada ordem jurídica, basta recorrer as suas normas básicas, ou seja à sua Constituição.

Como se afirma a existência do Direito?

- . O Direito é aquilo que é considerado válido e não aquilo que está espelhado no texto da lei.

Basicamente: O Direito NÃO se restringi ao texto frio da lei.

Tese II - Tese da Neutralidade

Veja:

- . Essa tese também aborda o conceito de Direito, mas com um enfoque na análise do seu conteúdo.
- . Esta tese se encontra no centro da polêmica contemporânea sobre positivismo jurídico.

Ela se divide em dois pontos:

- 1) O conceito de Direito, ou seja, tudo aquilo que é Direito, assim se afirma independentemente do seu conteúdo, do ponto de vista axiológico (valorativo).
- 2) Os Juspositivistas acreditam que a conceituação de Direito deve se dar por meio de critérios puramente formais, neutros com relação ao seu conteúdo.

Conclusão:

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

- . A lei no sentido escrito, o costume, a lei judicial, ou seja, o conceito de Direito, pode ser confirmado como Direito propriamente dito por simplesmente ter seguido um critério formal que o tornou válido, e não pro que é bom ou ruim.
- . Concluímos que o Direito não precisa ser justo para ser Direito, podendo se fazer injustiça por meio dele, bem como justiça fora dele.

Confirmação da tese da Neutralidade:

- . Essa tese é considerada válida.
- . Afirma-se que a existência de um direito não está relacionada com a o seu conteúdo.
- . O critério para identificação de um direito não é se ele é justo, mas se esse direito foi produzido de acordo com as formalidades.
- . Há uma separação entre a validade jurídica e nossos valores éticos-normativos.
- . Kelsen, por exemplo, reconhece o Direito nazista, pois as normas foram todas concebidas seguindo as formalidades exigidas pela ordem jurídica alemã.
- . Essa tese afirma a negação axiológica ao se analisar o conteúdo do direito.
- . A justiça que não observa a formalidade do direito não é direito.

Em relação a Tese I:

- . Reconhecer a Tese II e negar a Tese I é algo perfeitamente conciliável.
- . Tanto o direito legal quanto o direito consuetudinário e o direito judicial podem ser reconhecidos como Direito independentemente do seu conteúdo.

Basicamente: O Direito não se restringe ao texto frio da lei, mas tudo o que é Direito é Direito porque respeitou as formalidades necessárias para tal, sendo ou não sendo justo.

Tese III - Tese da Subsunção

Veja:

- . Essa tese trata da aplicação e criação do direito
- . A aplicação do Direito se daria mediante uma subsunção do fato à norma, livre de valores, independentemente do conteúdo.
- . Por meios exclusivamente lógicos poder-se-ia criar o direito, bem como verificar o direito aplicável (norma) ao caso concreto (fato) - Subsunção lógica do fato à norma

Desmistificação da tese da Subsunção:

- . Essa tese é amplamente refutada na atualidade.
- . O direito não é um mecanismo lógico de Subsunção, já que, diante de um fato sempre haverá uma valoração correspondente - Subsunção axiológica do fato à norma.
- . Nunca, nenhum juspositivista importante defendeu essa tese.

Em relação a tese II e I:

- . Criar e aplicar o Direito de um lado, tomar conhecimento e descrever o Direito de outro, são atividades fundamentalmente diferentes.

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

Basicamente: Usa-se critérios valorativos na criação do Direito (seja ele legal, consuetudinário ou judicial). No entanto, para que ele seja reconhecido como Direito propriamente dito é indispensável que ele passe pelas formalidades exigidas pela ordem Constitucional. Só assim é possível sua aplicação, que é quando, por meio de critérios valorativos subsume-se um fato a uma norma.

Tese IV - Tese do Subjetivismo

SLIDE

Os critérios de definição do Direito são de natureza subjetiva

Os critérios do direito "recto" não são de natureza objetiva, mas meramente subjetiva

.Tese Objetivista Oposta : Existem critérios ou pautas objetivamente válidas, quer dizer, reconhecíveis pela razão sobre qual deve ser o conteúdo do direito.

. Não apenas os juízos de que algo "é" o caso, mas também os juízos normativos, é dizer os juízos de que algo deve ser, são verdadeiros ou falsos e podem

. A aceitação da tese IV não é incompatível com a refutação da tese 2, pois não é contraditório acreditar em critérios objetivamente validos do direito "recto" e conceber os mesmos apenas como princípios da ética jurídica (como o direito deveria ser) e não como critérios definidores do direito efetivamente vigente, assim como pensa o adversário da tese da neutralidade.

. No subjetivismo, faz-se uma análise restrita a produção e aplicação da norma.

Tese V - Tese do Legalismo

Veja:

. Essa tese sustenta que as normas jurídicas devem ser obedecidas em todas as circunstâncias.

. A lei seria a expressão da vontade do Estado (uma proibição/permissão/obrigação).

Desmistificação da Tesa do Legalismo:

. Os Juspositivistas não veem nenhuma contradição em afirmar que as leis racista da África do Sul são, por razões formais, Direito vigente nesse Estado, mas devido a violações morais da justiça e dos Direitos Humanos não devem ser obedecidas.

Em relação a Tese II:

Basicamente: O que é Direito é Direito porque respeitou as formalidades exigidas pela ordem jurídica vigente, sendo ou não sendo justo. Quanto à sua aplicação, cabe ao operador do direito definir se a norma deve ou não ser aplicada.

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

Alguns apontamentos:

- . Ser positivista é reconhecer o Direito como ciência e entender que não é o que está na lei, mas o que é considerado como válido.
- . Ler: Marcelo - A epistemologia Jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo

REFERENCIAS:

[1] LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CDgQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.pos.direito.ufmg.br%2Frbep%2Findex.php%2Frbep%2Farticle%2Fdownload%2F55%2F53&ei=m8tIU6bYDMqa0AGug4CQDQ&usg=AFQjCNEGPG6v-2tLCT4zdM4Mz494mFeLMQ&bvm=bv.64542518,d.dmQ>>. Acesso em: 09 de fev. de 2018.

Aula 6 – 16/02/2018

**O Positivismo Jurídico
por Hans Kelsen**

Introdução:

- . Kelsen desenvolve a mais importante de todas as teorias juspositivistas do século XX: A Teoria Pura do Direito.
- . A Teoria Pura do direito, muito mais do que uma obra literária é um projeto epistemológico. *

A vida de Kelsen e sua linearidade:

- . Kelsen nasce no final do século XIX
- . No começo do século XX Kelsen já é um estudioso do Direito e um juiz.
- . Em vias de se iniciar a Segunda Grande Guerra, não é reconduzido juiz e passa a escrever suas obras
- . Diante da perseguição nazista Kelsen, que é judeu, se muda pra França onde começa a escrever a Teoria Pura do Direito.
- . A obra é publicada pela primeira vez em 1934 com 7 capítulos.
- . Passados alguns anos se muda para os E.U.A.
- . Não encontra em Harvard, espaço para aprofundar seus estudos, já que Lon L. Fuller, autor do Caso dos exploradores de cavernas, um contrário a tese da neutralidade, compõe a cátedra almejada por Kelsen.
- . Assim Kelsen se muda para a Califórnia.
- . Em 1960, Kelsen inclui um 8º capítulo (Da Interpretação) na Teoria Pura do Direito na sua 4ª edição.

Contexto histórico:

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

- . Início do Século XX;
- . Crise e esfacelamento da razão;
- . Emergência de 3 linhas teóricas sobre o conhecimento humano;

São elas:

1ª) Primeira vertente: Marxismo, que dá origem a escola de Frankfurt, entende que a explicação do mundo se dá pela relação do homem em sociedade com as forças produtivas que fazem-no manipular a natureza. E como essas relações sociais estruturam formas de comportamento.

2ª) Segunda vertente: Cientificismo, ideia de que a ciência pode responder a tudo.

3ª) Terceira vertente: Existencialismo, herdada da Fenomenologia ou da Filosofia da consciência, que pensa a condição do ser humano pelo próprio ser e explica o mundo, não pelas coisas mas pelas condições existenciais do ser humano.

O que é o Cientificismo?

- . O pensamento de Kelsen vai se estruturar na vertente do Cientificismo.
- . Essa vertente tenta dar às coisas do mundo previsibilidade.
- . O Cientificismo tenta atribuir a tudo o que há no mundo uma causa e, como via de consequência, um resultado.
- . Por essa lógica, não há nada no mundo que não possa ser submetido à causalidade, ou seja, não há nada no mundo que não possa ser explicado pela razão.

O que é Ciência?

- . É um conhecimento sobre o mundo que subverte a realidade ao crivo do controle de previsibilidade da certeza.
- . O científico é tudo aquilo que comprova a existência e a relação necessária entre a causa e a consequência

Os influenciadores de Kelsen:

- . O século XIX já havia assentado muito bem a estrutura de Estado
- . Os Contratualistas (Hobbes, Locke, Rousseau) já haviam equacionado a ideia do Direito com produto de um ato da vontade o do Estado.
- . No contexto do Cientificismo Kelsen promove o resgate de alguns postulados da filosofia Kantiana, ao mesmo tempo que em uma abordagem juspositivista do Direito.

O pensamento de Kant

- . A matriz filosófica da ciência moderna está na equação Kantiana que dá uma roupagem de cientificidade para a metafísica.
- . Juízo Categórico a priori: posso conhecer aquilo que não me é submetido a experiência.
- . Kant torna possível a ciência libertando-a do empirismo sem levá-la a metafísica.
- . Kant é tido como o filósofo do Iluminismo.

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

A Escola Histórica do Direito

- . Kelsen, também resgata um movimento de cientificidade, do século XIX, que era chamado Escola histórica do Direito, encabeçado por Friedrich Carl von Savigny, muito conhecido pelas teorias da posse e da propriedade.
- . A Escola Histórica marca o aparecimento do que Margarida Lacombe chama em sua obra de Direito dos professores.
- . Isso significa que o conhecimento formulado sobre a política e sobre o Direito nos Centros Universitários, começam a ter relevância nos centros jurídicos.
 - . As primeira Universidades do Ocidente foram construídas nas periferias dos centros políticos econômicos e jurídico.
- . E assim começa a Ciência do Direito, influenciada pela epistemologia da física Newtoniana.
- . O próprio Kant, na introdução da metafísica dos costumes fala: Newton elaborou leis universais do movimento, será que poderíamos pensar leis universais para a moral e a razão?

A Teoria Política de Carl Schmitt

- . Kelsen foi um ávido leitor e fiel apoiador do Projeto filosófico de Carl Schmitt, que entendia o Direito como o produto da vontade estatal. De forma que o direito seria uma questão de fato, um fato bruto, cuja função humana é meramente descrever - relação com a Tese da Subjetividade.
- . Fato bruto é algo sobre cuja existência não se pode colocar em questionamento, ou seja, não se pode pretender outra coisa senão descrever o objeto tal qual ele é.

A Jurisprudência dos Conceitos

- . Kelsen também foi um continuador do Movimento da Jurisprudência dos Conceitos, que começou a pensar no direito com um conjunto, um todo formado de partes que se ligam entre si - concepção sistêmica/organicista.
- . Foi aí que se cunhou a Pirâmide do Direito, continuada por Kelsen.
- . Convém destacar que o embrião da Teoria Pura do Direito, foi um artigo de Kelsen, de 1914, chamado Problemas fundamentais da teoria da filosofia do direito, que cita a teoria organicista.
- . O objeto do conhecimento jurídico é um sistema de elementos conectados relacionados por dois elementos constituintes: hierarquia e quantidade.
- . O que se entende de na ideia da pirâmide é que quanto mais alta é a hierarquia da norma menor é a diversidade normativa.

Projeto filosófico de Kelsen

Conceito de pureza metodológica:

- . O conhecimento do sobre as normas jurídicas estaria contaminado pela interferência do conhecimento de outras ciências. Ou seja, o direito estaria sendo explicado através do apoio refratário de outras ciências.

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

- . Questiona-se aí, se seria possível, como na física, que analisa o movimento partir do próprio movimento, analisar o Direito com base no próprio Direito. Essa pureza metodológica vai abordar a Juridicidade (a lei, as práticas...).
- . Abordagem doutrinária do Direito, descrevendo e aplicando-o anti-axiológicamente.

Doutrina: conjunto de conhecimento sobre uma coisa.

INDICAÇÃO DE LEITURA

- . Nem com Marx, nem contra Marx, Bobbio.
- . Assim falava Zaratustra

Aula 7 – 22/02/2018 – ÁUDIO

REVISÃO:

Tese da subsunção:

- . A tese da subsunção diz que o Direito relaciona norma e fato, a partir de uma perspectiva lógica.

E o que é lógica?

- . Relação necessária entre causa e efeito.
- . Relação de conclusão que admite uma única resposta.

A tese da subsunção é falsa, uma vez que no Direito, essa relação admite mais de uma resposta.

Ex: As ações humanas de violência ou grave ameaça não podem ser sintetizadas numa resposta única. São indetermináveis as variações dos comportamentos de violência ou de grave ameaça.

Ex: A liberdade de expressão não pode ser definida em uma única resposta.

Tese da neutralidade:

Análise da afirmativa:

“Já foi comprovado que maioria das sentenças judiciais são injustas”

- . Comprovar remete a ciência – Justiça remete a valores.

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

- . Não é possível, numa perspectiva positivista comprovar a justiça.
 - . O direito só pode ser objetivo tal qual ele é e não como ele deveria ser.
-

Teoria Pura do direito

- . A Pureza Metodológica refere-se a um conhecimento doutrinário.
- . Há uma pretensão descritiva do direito – enxergar o objeto tal qual ele é, e não uma discussão sobre como direito deveria ser aplicado, muito menos se ele é justo ou injusto.
- . O questionamento sobre a aplicação do Direito se dá no campo das suas disputas políticas, onde se torna objeto de valoração. A Ciência do Direito se afasta dessa área.
- . A Pureza Metodológica de Kelsen pretende obter uma análise neutra do seu objeto Direito, apartado da influência de outras disciplinas.
- . Conhecer o objeto pelo próprio objeto e não a partir do conhecimento instrumentalizado por outras ciências.
- . Uma teoria sobre como conhecer o direito.

Aula 8 -23/02/2018

Slide

- . Uma coisa é criar e aplicar o direito outra coisa é descrevê-lo
 - . Os limites circunstanciais da Ciência do Direito é a descrição
 - . Se o Direito pretende se valer como Ciência ele precisa se apartar da política, já que a política faz análises valorativas.
-

- . Kelsen vai desenvolver uma teoria positivista.
- . Uma coisa é criar e aplicar o direito outra coisa e descreve-lo
- . A Ciência do Direto se restringe a descrever e compreender o objeto.
- . A Ciência não problematiza o modo como o Direito é criado ou aplicado.
- . A Ciência do direito deve se manter apartada da política se é que se pretende se valar como ciência.
- . É na política e não na ciência que se estabelece uma análise valorativa do Direito.
- . Kelsen tenta converter o conhecimento sobre o direito em um conhecimento científico.
- . A Ciência do Direito pretende explicar, predizer e controlar o Direito.

O que é explicação?

- . É uma forma de analisar um objeto dizendo o que ele é e não o que ele deveria ser.
- . O Direito, assim, se preocupa com o Direito tal qual ele é e não tal qual ele deveria ser – Tese do Subjetivismo.

O que é Predição?

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

- . É uma perspectiva científica capaz de prever um resultado.
- . Capacidade de conhecer o resultado antes de provoca-lo.

Ex: Antes de um casamento já temos conhecimento sobre as normas que incidirão sobre os agora nubentes.

Ex: Antes de comprar um carro é possível saber que sobre ele incidiram impostos.

O que é o controle ?

- . Pela previsibilidade dos fatos é possível exercer controle sobre eles.
- . A Ciência nos dá uma capacidade de decisão precisa sobre determinadas escolhas, uma vez que estamos no controle da nossa vontade – emancipação da vontade - da causa e do efeito.

SLIDE

O problema da Ciência do Direito:

- . Tentativa de formular uma abordagem para a ciência do direito semelhante à ciência da natureza;
- . “A norma jurídica é uma estrutura de dever; estrutura de dever que também está presente no campo *moral* e do campo *religioso*. Portanto, precisa circunscrever o dever jurídico

Na Ciência da Natureza há, o que Kelsen chama de Princípio da casualidade

Lógica da causalidade

- . A toda causa se atribui uma consequência previsível.
- . Capacidade de se formular leis universais.

Kelsen vai usar os instrumentos da Ciência da Natureza para entender estruturar Ciência do Direito.

- . A Ciência do Direito: estrutura de dever presente também no campo social e religioso

SLIDE

- . Como é possível haver um dever jurídico “*moral*” ou um dever jurídico compatível com o dever religioso?
- . A diferença está entre as normas em geral e as normas jurídicas;

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

Existem 3 classes de deveres:

Deveres Morais

Ex: dever de falar a verdade.

Diversa da ordem natural
. O sentido da palavra lei
Lei da natureza; princípio casualidade

Continuação na próxima aula

Aula 09 – 01/03/2018; Aula 10 – 02/03/2018

SLIDE

O problema da Ciência do direito

Tentativa de formular uma abordagem para a ciência da natureza

A norma jurídica é uma estrutura de dever, estrutura de dever que também está presente no campo moral e no campo religioso. Portanto precisa

Como é possível haver um dever jurídico compatível com o dever religioso

A diferença está entre as normas em geral e as normas jurídicas;

Retomando a aula passada:

- . Kelsen se vale da epistemologia científica *lato senso* para construir a Ciência do Direito.
- . Essa forma de conhecimento se caracteriza pela relação de causa e efeito – causalidade.
- . Kelsen, no entanto, admite que, diferentemente das outras ciências, a Ciência do Direito tem a particularidade de ser uma estrutura de dever (proibir/obrigar/permitir).
- . A Ciência do Direito, por tanto, tem por objeto a norma jurídica concebida como uma estrutura de dever.
- . É a estrutura de dever da norma que explica a Ciência.
- . O dever (proibir/obrigar/permitir), no entanto, é um campo de funcionamento da conduta humana presente não só no direito, mas também, na religião e na moral.
- . O desafio de Kelsen é circunscrever o dever jurídico, ou seja, tentar demonstrar qual é particularidade, a especial natureza, a característica do dever jurídico diferenciando-o do dever moral e do dever religioso.
- . Kelsen tenta diferenciar e demonstrar a compatibilidade do dever jurídico com a existência de outros deveres (morais/religiosos).

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

Semelhanças entre Norma jurídica e Norma geral

- . Nas duas formas normativas há prescrição regulatória da conduta humana.
- . Estruturas de dever relacionadas a conduta - deveres que se traduzem em ações.

A diferença entre normas em geral e normas jurídicas

- . Kelsen, na sua tentativa de diferenciar o dever jurídico do dever moral e religioso, define que o dever jurídico é aquele definido na norma jurídica.
- . Os deveres morais e religiosos serão definidos por Kelsen como normas gerais.

Normas jurídicas – Dever jurídico

SLIDE

- *Norma jurídica*

I - O direito como técnica social específica

a) O direito atua como motivação indireta da conduta

b) obtém-se o comportamento por uma sanção estatal

c) O ilícito não é condição de toda norma jurídica

d) A conduta ilícita não é um ato contra o direito, mas o pressuposto que autoriza o uso da sanção;

Direito como técnica social específica

- . As normas jurídicas são frutos do Direito, ou seja, de uma técnica social específica.
- . O Direito atua, através da norma jurídica como uma motivação indireta de vontade.
- . Essa motivação é indireta porque não há, por exemplo um agente estatal obrigando diretamente os indivíduos a seguirem o dever jurídico, mas apenas a consciência individual de que a todo comportamento transgressor incide uma consequência juridicamente relevante.

O ilícito

- . Kelsen também determina que o ilícito não é condição da norma jurídica.
- . A norma jurídica descreve um dever que motiva, indiretamente a obtenção de um determinado comportamento (prescrito pela própria norma) que é independente do comportamento transgressor desse dever.
- . O que faz da norma um dever jurídico não é a ilicitude, uma vez que mesmo não havendo ilicitude ela não deixa de existir.
- . O Ilícito é o pressuposto que autoriza o uso da norma, mas ainda que a norma não seja usada ele não deixa de ser um dever jurídico existente.

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

- . O ilícito não é um ato contrário a norma, eles existem em dimensões diferentes.
- . O ilícito é o pressuposto da aplicação da sanção da norma, mas não da norma em si.

Coercibilidade

- . Formado por comandos sancionados.
- . Em particular, a norma jurídica é coercitiva porque pode fazer atuar uma sanção.
 - . Sanção é a consequência juridicamente relevante, estabelecida pelo Estado, que decorre de uma determinada conduta.
- . Instrumentalidade dos deveres jurídicos – faz atuar uma sanção.
- . A coercibilidade da norma jurídica se faz pela regulação da conduta.
- . O dever jurídico se torna absolutamente inoperante se não for acompanhado de uma sanção.
- . Ex: A lei que estabelece a proibição do uso de celulares em cinemas, mas não prevê uma sanção
- . No Direito a toda causa imputa-se uma consequência.
- . Imputando o devido e desalentando o ilícito.
- . Portanto, a função da sanção é desestimular a conduta que evidencia o ilícito.
- . A sanção não necessariamente é uma consequência negativa. A sanção é uma consequência juridicamente relevante que pode ser premial, uma vez que a função da sanção é motivar indiretamente um comportamento.
- . O regular da conduta humana não se faz apenas pela proibição, mas pela obrigação e pela permissão.
- . Pensando a sanção por essa perspectiva, Kelsen define que até nos regimes totalitários existe liberdade há sempre a possibilidade de escolher.

Diversa da ordem natural

- . Tudo o que existe no mundo está submetido a leis.
- . As leis naturais são regidas pela causalidade – a toda causa atribui-se uma consequência.
- . Diferentemente da natureza, mundo normativo é regido por aquilo que Kelsen chama de Princípio da Imputação – A toda causa segue-se um dever como consequência.
- . Na natureza, do fato de que algo é segue-se que algo será – mundo do ser.
- . No Direito, do fato de que algo é segue-se que algo deve ser – mundo do dever ser.
- . A norma jurídica segue a perspectiva deontológica.

Texto de apoio

Kelsen - Adrian Sgarbi

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

Aula 11 - 08/03/2018 - Apenas respondeu dúvidas

Aula 12 – 09/03/2018 – Aula consistiu em assistir a uma banca de doutorado

Aula 13 – 15/03/2018

SLIDE

Fundamentação do Direito: Dinâmica e Estática

- . O que é fundamentar?
 - Responder à questão relativa a qual razão para obedecer às normas jurídicas?
- . Necessidade de fundamentação: Sentido subjetivo x Sentido Objetivo;
- . Válida é, portanto, a norma individual que possui o sentido que o autor pretende lhe dar;
- . Assim, para saber se um ato (esse sentido) é um acontecimento jurídico (válido) deve-se verificar se o sentido subjetivo correspondente ao objetivo;

Fundamentação do Direito na dinâmica e na estática

- . Depois de explicar a Ciência do Direito Kelsen, passa a responder a questão sobre qual é o fundamento/origem da norma jurídica, qual é a razão de ser da norma jurídica.
- . A fundamentação do direito tem de se encontrar no próprio Direito por ser ele uma Ciência autônoma. – Essa explicação é redundante, todavia.
- . Fundamentar, portanto, é explicar o Direito pelo próprio Direito, mas também explicar o porquê as normas devem ser observadas.
- . Isso não contradiz a refutação da tese do legalismo, já que aqui se pretende dizer que a norma deve ser observada, mas não que será observada sempre.

Ideal de objetividade: do xadrez a cortesia

TEXTO DE APOIO

Hans Kelsen – A Teoria Pura do Direito
by Adrian Sgarbi

Introdução

- . A Teoria Pura do Direito não é apenas o nome de um livro, mas de um projeto: o projeto de levar o conhecimento sobre o direito a posição de Ciência Jurídica.
- . Durante toda sua vida Kelsen se esforçou por estabelecer limites claros, além de respostas, ainda que nem sempre bem-acabadas, ao seu maior propósito: a elaboração

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

de uma teoria do Direito positivo que fosse independente dos particularismos da realidade de cada país.

O Significado da Teoria Pura do Direito

. A compreensão do significado dessa teoria pressupõe dois entendimentos básicos:

I) O significado do vocábulo Pura

. A palavra pureza expressa o que os teóricos do direito ainda não conseguiram obter, mas que Kelsen assumiu como tarefa viabilizar: Uma leitura específica do Direito sem interferência de outros campos do conhecimento que não agem na precisa delimitação do seu objeto (*do objeto do direito*) a norma jurídica.

. Isso significa que os aspectos factuais (por exemplo o conteúdo da norma e sua finalidade) sociais, políticos, o comportamento dos sujeitos (o psicológico), a intenção do legislador e os fatores éticos (o valor envolvido na prescrição) se não auxiliam na descrição especificamente jurídica das normas devem ser afastados de seu campo explicativo.

II) A que essa Pureza se refere

. Exatamente por isso que a qualificadora “*pura*” se refere a *doutrina* e não ao Direito, porque o Direito, bem sabe Kelsen, é campo da disputa política e da afirmação de valores. Ou seja, o papel da Ciência Jurídica é diverso do da política.

. Enquanto a política trata da utilidade ou inutilidade de se produzirem certas normas, ou mesmo se são boas ou ruins, a Ciência Jurídica cumpre identificar e descrever as normas que compõe determinada ordem jurídica, com o objetivo de transmitir esse conhecimento obtido.

. Identificar, para saber o que se deve descrever, e descrever para se poder transmitir informações sobre o que elas, as normas, estabelecem como comportamento devido.

. Essa caracterização deve ser feita sem que se parta de compreensões que possam obscurecer o caráter informativo daquilo que se examina. Este é o objetivo da Teoria Pura do Direito.

. A despolitização que a Teoria Pura do Direito exige se refere a Ciência do Direito e não ao seu objeto, o Direito. O Direito não pode ser separado da política, pois é essencialmente um instrumento da política. Tanto a sua criação quanto a sua aplicação são funções políticas, ou seja, determinadas por juízos de valor.

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

. Por outro lado, a Ciência do Direito pode e deve ser separada da política, se é que se pretende valer como ciência.

Ciência, Ciência do Direito, Ciência da Natureza

Para Kelsen, Ciência é:

. Conhecimento que explica, que apresenta algum controle e que torna possível a predição. Ou seja, um conhecimento que possa prestar informações seguras sobre as ocorrências futuras.

Ciência da natureza

. Formula leis gerais com o objetivo de transmitir o conhecimento aprendido, cuja utilização fornece previsão sobre as possibilidades de certos eventos futuros.

. Ex.: a partir da elaboração da lei da gravidade, tem-se a possibilidade de se prever eventos iguais.

Ciência do Direito

. Kelsen pretendendo criar uma Ciência do Direito, com formulações que permitam trazer segurança ao que se diz sobre o Direito, isto é, sobre as normas jurídicas.

Kelsen se depara com um problema:

. A norma jurídica é uma estrutura de dever, e estruturas de dever também estão presente no campo moral e religioso. Portanto, Kelsen precisa delimitar o que é o dever jurídico.

. Isso não significa que Kelsen tenta demonstrar a incompatibilidade entres esses deveres, na verdade ele apenas pretende circunscrever o dever jurídico e diferencia-lo dos demais, já que é importante sabermos quando estamos diante de uma norma jurídica.

. Esse é o primeiro passo para de identificar o Direito.

Normas em Geral e Normas Jurídicas

Norma Jurídica

1) É fruto de uma Técnica Social Específica – O Direito.

. O Direito é uma técnica de motivação indireta das condutas humanas, diz Kelsen.

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

. Indireta porque o *comportamento conforme* é obtido através do uso de sanções punitivas socialmente organizadas.

. Essa motivação não só provoca o ser humano a compreender racionalmente o prejuízo da sanção, mas também a refletir sobre a possibilidade de agir de forma a estar sujeito a sanção ou agir conformando-se com o prescrito pelas normas jurídicas e assim evitar o prejuízo que ela estatui.

. A consequência jurídica de qualquer regra do direito consiste em um ato do Estado.

. A condição da norma jurídica, entretanto, não decorre, necessariamente, de um ato ilícito. É penalmente possível que esteja na previsão jurídica um fato natural, como por exemplo a decretação do estado de calamidade pública em decorrência de uma grande enchente.

O ilícito

. Longe de ser um ato antijurídico é o ilícito por definição um ato jurídico, diz Kelsen. E é por isso que conduta ilícita não é um ato contra o direito, mas um pressuposto que licencia o uso da sanção.

. Isso significa que a paz produzida pelo Direito apenas pode ser relativa. Já que como o Direito precisa da força para conter impulsos agressivos, a paz que promove não é absoluta. O Direito combate a força arbitrária com a força regulada.

II) É Coercitiva

. Kelsen afirma, contudo, que os deveres normativos jurídicos não se diferenciam em essência dos deveres morais, porque todos eles estatuem comportamentos devidos, ou seja, prescrevem normas de condutas e compõe estruturas de controle social. De maneira que Kelsen nega a antiga distinção feitas entre norma interna (moral) e norma externa (direito).

. Então para conseguir diferencia-las, Kelsen pontua que a norma jurídica é formada por comandos sancionados, ordens jurídicas baseadas na violência física (monopolizada pelo Estado), ou seja a norma jurídica é coercitiva.

. Assim a norma jurídica se diferencia das demais em razão da forma como prescreve ou proíbe certa conduta.

. O direito procura impedir a realização de determinado comportamento, atribuindo, imputando à conduta contrária a norma um ato de coerção socialmente organizado. O direito possui, assim, caráter coercitivo.

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

. O Direito se vale da técnica de motivação indireta através do emprego de sanções punitivas socialmente organizadas. Então, cumpre, as sanções, a tarefa de condicionar as condutas humanas, inculcando o devido e desalentando o proibido.

. Kelsen intitula as normas sancionadoras de normas primárias e as predica de verdadeiras normas. Já as normas que explicitam a conduta devida, ela designa de normas secundárias, de espectros ou reflexos das primeiras. Ou seja, nem todas as regras são dotadas de sanção.

Sobre isso Kelsen apresenta duas respostas:

- I) As nulificações são concebidas como sanções em sentido amplo – Kelsen se baseia em John Austin.
- II) As demais normas são normas incompletas, não autônomas, ou fragmentos de norma cuja a característica é a de serem identificadas a partir de uma dependência em relação as normas sancionadoras.

Kelsen, assim estabelece a identificação das normas jurídicas utilizando um critério homogêneo.

. Uma norma jurídica é dotada de sanções negativas, ou mantém relações com normas jurídicas dotadas de sanção negativas.

. Por outro lado, afirma Kelsen, que a ordem social não apenas regula as condutas humanas quando vincula um comportamento específico a uma sanção, mas também quando não proíbe uma conduta, ou deixa de prescrever algo como devido.

. Uma conduta não juridicamente proibida é, em algum sentido, juridicamente permitida, portanto nem toda conduta permitida corresponde a uma obrigação correlativa de outra pessoa, logo, pode haver um conflito para o qual a ordem jurídica não estatui qualquer disposição. Uma conduta pode não ser proibida a um indivíduo e ao mesmo tempo, também não ser interdita a outro indivíduo em ação que aquela se opõe.

. Como as ordens jurídicas não tem como limitar a totalidade do comportamento humano, mas sim restringi-las mais ou menos conforme a quantidade de prescrições editadas, para Kelsen, há sempre um mínimo de liberdade, mesmo nos regimes mais totalitários.

. Esse mínimo de liberdade corresponde a ausência de disciplina da conduta humana, da limitação técnica do próprio Direito.

III) É diversa da ordem natural

. Seu princípio de regência como princípio social se difere do princípio de regência dos fenômenos não normativos, ou seja, daqueles que não expressam deveres.

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

- . O termo lei é comumente empregado em fenômenos não normativos, como as leis da física
- . Para fazer uma distinção entre essas leis, Kelsen diz que as leis da natureza se baseiam no princípio da causalidade e as leis jurídicas, por sua vez, se baseiam no princípio da imputação.
- . Imputar é o ato de atribuir a um fato uma consequência.
- . No mundo normativo, diferentemente do mundo natural, os casos são explicados pela relação de condição e consequência atribuída pelo homem.
- . O mundo dos deveres expressa contingentes, mutabilidade histórica e não uma necessidade natural
- . Natureza e Sociedade são realidades heterogêneas, tanto é assim que o ato de matar uma pessoa é uma ocorrência natural, entretanto, considerar esse ato um homicídio é uma construção jurídica que vincula essa ocorrência a uma consequência.
- . Assim que uma pessoa mata outra pessoa não surge uma força natural que o prenda e o leve para o cárcere.
- . Exatamente porque as normas são valorações de fatos qualificados por elas e assim pertencem a vontade humana que, não há necessariamente as mesmas normas em ordens jurídicas diferentes, como também perpetuidade de normas numa mesma ordem jurídica. Diferentemente da Ciência Natural que elabora leis universais.
- . Uma sociedade pode ter um entendimento valorativo diverso sobre determinado fato que em uma pode ser típico e em outra lícito, bem como o entendimento sobre um ilícito pode ser alterado em razão do decorrendo do tempo e das mudanças culturais de uma mesma ordem jurídica.
- . A norma é, portanto, mutável e territorial.

Em síntese

- . O objeto do Direito são as normas jurídicas e normas jurídicas são prescrições dirigidas as pessoas respaldadas por uma medida coercitiva determinada e monopolizada pelo Estado. O papel da Ciência Jurídica é descrever esse objeto de acordo com o princípio da imputação com a finalidade de transmitir o conhecimento obtido.

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

Aula 14 – 22/03/2018 - Correção da prova

Aula 15 – 23/03/2018

Continuação do resumo do texto

2ª Prova

Relações de fundamentação: Dinâmica e Estática

Fundamentação

. Fundamentar um direito é responder porque as normas de um ordenamento jurídico devem ser acatadas.

. Essa relação de fundamentação é necessária para atribuir aos sentidos subjetivos dos atos de vontade (avaliação individual do seu significado) um sentido objetivo.

. O sentido objetivo é aquele que percebe qual acontecimento exterior é ou não é relevante para o Direito.

. Em outras palavras uma *norma individual* possui o sentido que o autor pretende dar-lhe, para se saber se esse sentido é um acontecimento jurídico válido é preciso saber se ele concorda com o sentido subjetivo.

.Ex.: Trair alguém pode, subjetivamente ser entendido com algo errado que merece punição. Para saber se esse sentido ou se esse ato é juridicamente relevante é preciso encontrar no ordenamento jurídico uma norma no mesmo sentido. Como o adultério não é mais crime, pode-se afirmar que esse não é um comportamento juridicamente relevante.

Validade

. Norma valida é a norma compreendida como existente e por isso juridicamente obrigatória.

. A obrigatoriedade da norma possui um duplo sentido: é obrigatória perante os sujeitos normativos e perante os órgãos jurisdicionais.

. Esses órgãos devem aplicar essa norma válida e obrigatória coativamente todas as vezes que for descumprida.

. *norma valida = norma existente + norma obrigatória + norma aplicada.*

Qual o critério objetivo de aferição da validade das normas ?

. Segundo Kelsen, as normas derivam de sistemas normativos que podem ser Dinâmicos ou Estáticos.

I) Sistema Estático

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

. As normas religiosas e morais derivam de sistemas normativos estáticos. Nesses sistemas as normas se fundamentam em deduções lógicas sequenciais.

. A partir de uma norma de origem deduz-se as demais normas, que já estão implicitamente definidas pela norma mãe. Essas novas normas são obtidas por meio da inferência.

. Ex.: A Norma-Origem é ser honesto. A partir dessa lei é possível determinar que não se pode mentir, não se pode trapacear, não se deve caluniar, etc.

II) Sistema Dinâmico

. O sistema normativo dinâmico se caracteriza por sucessivas relações de autorizações normativas.

. As normas são organizadas a partir de outras normas que conferem o poder de produção normativa a alguém.

. Uma norma só será válida se for autorizada pela autoridade competente, atendido os procedimentos necessários.

. As normas são obtidas por sucessivas autorizações iniciadas por uma norma autorizadora.

. Os ordenamentos jurídicos são sistemas normativos dinâmicos porque as normas têm origem em uma complexa organização de produção normativa, por competência e delegações de competências

Construção Concretização e o ato do "Salteador de Estradas"

Constituição

. É a Constituição, norma jurídica, que estabelece os critérios pelos quais define-se uma outra norma jurídica.

. Só de uma norma pode derivar outra norma, uma vez que do ser (mundo dos fatos) não se deriva um dever ser (mundo da norma);

. Ou seja, a existência de um dever somente pode apoiar-se em outro dever superior, ordenado e normativamente fundado;

. O ordenamento jurídico se apresenta como uma estrutura de normas superiores fundantes e normas inferiores fundadas.

Concretização/ Determinação

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

. É o processo pelo qual se obtêm normas cada vez mais específicas. Isso porque as normas fundantes estabelecem critérios para a criação das normas fundadas sucessivamente.

. Criação escalonada das normas jurídicas.

O ato do "Salteador de Estradas"

. O ato da extorsão e o da cobrança dos impostos é subjetivamente percebido da mesma forma. Ambos exigem o dinheiro de alguém. O que os diferencia é a existência de uma norma autorizadora da cobrança de impostos.

. A norma superior conferiu à cobrança de impostos um sentido especial, em que pese seja o mesmo ato da extorsão quando empiricamente observados.

Toda criação é também aplicação do Direito

. Para Kelsen, a *aplicação* e a *criação* do direito não são movimentos separados, porque toda vez que uma lei é criada aplica-se a Constituição (que é norma fundante e dita os critérios de criação de normas). Da mesma forma quando o Judiciário aplica as normas também está criando normas individuais (sentenças).

Norma fundamental e Pirâmide

O que fundamenta o sistema jurídico dinâmico e as suas normas ?

. A Constituição é a norma que autoriza e dá validade a todas as outras.

O que fundamenta a Constituição?

. No raciocínio da criação escalonada das normas jurídicas, a Constituição pode ter sido autorizada por dispositivo da Constituição anterior da qual ela provém e sucede.

O que fundamenta a Constituição anterior?

. A mesma resposta anterior pode ser dada provocando um questionamento idêntico até alcançarmos a Constituição Histórica Primeira daquele ordenamento jurídico.

. A primeira constituição, normalmente é marcada por um ato de independência de Estado frente a outro Estado. Dessa maneira busca-se a resposta para a fundamentação dessa norma sob pena de ilegitimar todas as que dela decorrem.

Problema da fundamentação normativa

. Caracteriza-se pela busca sem fim da fundamentação da norma constitucional primeira.

Norma fundamental

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

- . Kelsen, atento aos estudos de Kant, desenvolveu a teoria da Norma Fundamental.
- . Kant, rejeitando falsas explicações enfatizou que enxergamos o mundo através dos nossos sentidos (com os nossos óculos) e que o não alcançamos os objetos exatamente como são.
- . Assim, a Norma Fundamental, para Kelsen, não é um conteúdo nem pode ser buscada fora do Direito. Entretanto ela tão pouco pode ser encontrada na letra da lei, já que não é uma norma positivada, mas sim uma norma pressuposta.
- . Uma vez que nossos óculos não alcançam a exatidão das coisas e, portanto, não somos capazes de tudo descrever, pressupomos a existência da norma fundamental que condiciona toda a produção jurídica.
- . A Norma Fundamental autoriza a criação do sistema escalonado das normas jurídicas, diferentemente dos sistemas estáticos que deduzem as normas da n. fundamental (que nesse caso é um conteúdo e não uma autorização);
- . Se trata de uma norma filosófica, desenvolvida graças a influência da Razão Pura.
- . Sob a condição de pressupormos a norma fundamental devemos conduzi-nos como a Constituição prescreve. Ou seja, em harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte.

Hart

Resumo do texto de apoio

Introdução

- . Era professor de Oxford, liberal, convicto defensor da democracia e dos valores de tolerância.
- . Elabora uma Teoria do Direito que ele define como "Sociologia Descritiva".

Características principais:

I) É geral

- . Busca explicar qualquer sistema jurídico

II) É descritiva

- . Elucida as estruturas e o funcionamento do Direito sem considerar justificção e morais.
- . Apenas descreve, não faz juízos de valor

- . Descreve o modo como os juristas e as pessoas comuns usam a linguagem do Direito.

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

. Diferencia o aspecto interno e externo do Direito

. Para entender o significado das expressões e o funcionamento do Direito, Hart emprega a filosofia analítica.

. Hart fala sobre a estrutura do ordenamento jurídico e sobre a noção de norma jurídica (existência/validade e eficácia).

. Para Hart, o Direito é um Sistema Normativo.

. As principais características desse Sistema são:

I) A Relação com a Linguagem

II) A Coação

III) O Poder

IV) A Moral

. Hart compreende o Sistema Jurídico Contemporâneo como algo complexo.

. Os princípios e os valores morais positivados têm importância superior ao restante do Direito Válido.

3 Teses Básicas do Positivismo Jurídico Metodológico

I) O Direito é uma questão de Fatos Sociais.

. O Direito tem a peculiaridade de ser, ao mesmo tempo, um sistema normativo e um fato social.

. É em razão dessa natureza dual do Direito que, assim como Kelsen, Hart enfrenta o problema de se elaborar uma Teoria da Validade.

II) O Direito e a Moral são dois sistemas normativos distintos.

III) O Direito tem natureza semântica.

A Estrutura do Ordenamento Jurídico

O que é Direito ?

. Para se definir Direito é preciso entender a relação entre: Direito x Coerção/ Direito x Moral/ Direito x Normas.

. Hart conceitua o Direito como um conjunto de práticas sociais.

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

. O Direito é um conjunto de regras que formam parte de um sistema jurídico.

Tipos de Norma que compõe o Ordenamento Jurídico

I) Regras Primárias

. São regras que impõe deveres em sentido positivo e negativo.

. Descrevem o que você pode ou não pode fazer e quando deve se omitir.

II) Regras secundárias

. São os remédios para as regras primárias apresentam falta de certeza, ineficácia ou se tornam antiquadas.

a) Regras de alteração/modificação

. Outorgam competência a determinados sujeitos para ajustarem as normas a realidade social em que operam.

. Faz-se isso por meio da introdução, exclusão e modificação de normas.

b) Regras de adjudicação

. Dão dinamicidade e eficácia ao Ordenamento Jurídico.

. Conferem potestades jurisdicionais.

. Estabelece quem pode julgar os procedimentos.

obs.:

. A tipologia das normas recebeu diversas críticas:

1) Ambiguidade e Imprecisão

2) Rigidez

. É difícil delimitar quando uma norma é regra primária ou secundária.

3) Não incorpora estruturas permissivas

4) Enfoque excessivo nas normas a despeitos dos princípios

. É certamente a crítica mais importante

. Advém do famoso debate entre Dworkin e Hart

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

c) Regras de reconhecimento

- . Hart cria essa noção para complementar a estrutura fundacional da sua teoria.
- . Trata-se também de um remédio para as incertezas das regras primárias, mas além disso é um instrumento de identificação daquilo que é jurídico.
- . A regra de reconhecimento é a que estabelece critérios de validade das normas, ou seja, como uma norma adquire o *status* de norma dentro do sistema.
- . Atribui competência e/ou autoridade a sujeitos para que apliquem as normas jurídicas definindo os limites dos Poderes.
- . Uma regra de reconhecimento, diferentemente das normas subordinadas, não pode ser válida se for rotineiramente desobedecida.
- . A regra de reconhecimento é uma prática social eficaz e complexa e só existe se assim o for.
- . O grau de eficácia da regra de reconhecimento se estabelece pelo cumprimento e pela aceitação por seus destinatários.
- . Podem haver mais de uma fonte da regra de reconhecimento, mas é sempre uma regra.
- . No nosso caso, a fonte é única: a Constituição.
- . Serão suas cláusulas os critérios supremos de validade das normas.
- . É a regra de reconhecimento que distingue o Direito de outros sistemas normativos.

Os Conceitos de Existência, Validade e Eficácia Jurídica

- . Uma norma somente pertencerá a um ordenamento jurídico a regra de reconhecimento desse ordenamento identifica-la como tal, outorgando-lhe validade - *Critério de Filiação*
- . Para uma norma existir ela não precisa ser eficaz.
- . Para um Ordenamento Jurídico existir ele precisa ser eficaz.
- . Para que a Regra de Reconhecimento exista:
 - a) deve ser habitualmente obedecida
 - b) deve ser necessariamente aplicada pelo Órgãos Judiciários
- . A obediência dos destinatários e operadores é que atribui existência e um Sistema Jurídico.

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

A Distinção entre o Ponto de Vista Interno e Externo perante as Regras Jurídicas e os respectivos Enunciados Interno e Externos.

. Tratando-se do Direito, o ponto de vista externo possibilita a sua compreensão como fenômeno social e o ponto de vista interno, a sua explicação como sistema normativo.

Ponto de Vista e Enunciados Internos

. O ponto de vista interno é explicado por Hart de forma descritiva.

. Ele define a conduta daqueles que aceitam as normas jurídicas.

. Essas pessoas *tem uma obrigação*.

. Está diretamente ligado ao conceito de eficácia.

. As atitudes externas que demonstram aceitação apresentam 3 momentos.

. Esses momentos devem ser exteriorizados para adquirirem relevância jurídica.

São eles:

I) Momento de Adequação

. Adequação do comportamento do indivíduo à norma está ligado a aceitação.

II) Momento Linguístico

. A aceitação é expressa da seguinte forma: eu devo agir de tal maneira, eu tenho que fazer tal coisa.

III) Momento Crítico

. A pessoa assume o caráter obrigatório das normas, as aceita como critério de conduta própria e cuja infração justifica a sanção.

. A coerção jurídica se dá pelos enunciados internos criados pela pessoa que aceita as normas.

.Ex: Normalmente as pessoas não matam pelo simples fato de que matar é errado e não porque tem uma norma e uma sanção. O comportamento do indivíduo apenas se adéqua a norma.

Ponto de Vista e Enunciado Externos

. É o ponto de vista das pessoas que se limitam a explicar o Direito em termos Psicológicos/Sociológicos.

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II – IED II

- . O comportamento uniforme é praticado por razões prudenciais.
- . A Pessoa não aceita as normas e só as segue por medo de sofrer sanções.
- . Aqueles que ocupam o ponto de vista externo expressam enunciados externos.
- . Não se pode justificar suas condutas.
- . Essas pessoas *estão obrigadas*