

# **IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

**HERMENÊUTICA JURÍDICA, FILOSOFIA,  
SOCIOLOGIA E HISTÓRIA DO DIREITO I**

**ELISAIDE TREVISAM**

**ROGERIO BORBA**

**VALTER MOURA DO CARMO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

---

H553

Hermenêutica jurídica, filosofia, sociologia e história do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Elisaide Trevisam; Rogerio Borba; Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-437-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais – Anais de pôsteres. 2. Hermenêutica jurídica 3. História do direito. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## **IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

### **HERMENÊUTICA JURÍDICA, FILOSOFIA, SOCIOLOGIA E HISTÓRIA DO DIREITO I**

---

#### **Apresentação**

A quarta edição virtual do encontro do CONPEDI, realizado em novembro de 2021, contou com as apresentações de relevantes trabalhos em formato de posters na seara dos “Hermenêutica jurídica, filosofia, sociologia e história do direito, pesquisa, educação jurídica e direito, arte e literatura”, realizado no dia 12.

Mantendo o compromisso com a pesquisa acadêmica jurídica e seu papel social, o CONPEDI, mesmo diante de situação tão peculiar como a pandemia global, realizou o evento em formato inteiramente virtual, com materiais digitais e participantes de todo Brasil.

As pesquisas apresentadas demonstraram maturidade acadêmica por parte dos discentes de todas as regiões do país, no campo da filosofia jurídica, da sociologia e, principalmente, no envolvimento do direito com a arte e literatura. Diante disso, fica clara a mudança que está havendo no estudo do Direito.

O trabalho “A atuação do inconsciente do homem nos processos jurídicos morais segundo a ótica ontopsicológica” trouxe a distinção entre o direito e a moral aliados à interferência do inconsciente humano na formulação e execução de processos, evidenciando a capacidade de criar e modificar a história do povo e as consequências na área jurídica, motivação julgamentos de processos das demandas sobre LGBTQIA+, com fundamento na subjetividade de cada sujeito.

A temática dos direitos naturais foi observada no trabalho “A positivação do termo ‘direitos naturais’”, que apresentou críticas ao positivismo nos conflitos de princípios que podem ocorrer nos tribunais, pela possibilidade de quebra de neutralidade, apontando que o teórico precisa compreender adequadamente os princípios e regras para que não haja conflitos à luz da proporcionalidade e razoabilidade.

Partindo da tragédia grega, o trabalho “Erínias e Eumênides: faces do Ministério Público”, apresentou a traição e a vingança na força tarefa da lava jato, salientando que o Ministério Público tem a função e dever último de cumprir a lei e defender o Estado de Direito e de Justiça, demonstrando que a representação da Justiça é divergente da representação da vingança.

No tocante aos crimes raciais, o trabalho “O direito do diabo e a naturalidade dos crimes raciais: uma abordagem crítica e interpretativa dos homicídios de mulheres negras no Brasil” explicou sobre o crescimento da mortalidade por homicídio no Brasil pela ausência de políticas públicas eficazes e o descrédito dos direitos humanos entre os grupos vulneráveis, com foco no homicídio das mulheres negras a partir da naturalidade dos crimes raciais, apontando que a falta de atenção do poder público agrava o problema gerando injustiças e criando um ambiente conhecido como direito tutelado pelo “diabo”, marcado pela maldade, violência e insegurança.

Retomando a temática do positivismo jurídico e a moral, o trabalho “O Positivismo Jurídico pelo caminho inclusivo com a moral” abordou a discussão de que o direito contemporâneo se firmou como uma noção normativa em que a aplicação deve estar vinculada exclusivamente a uma norma posta, sem relação com pressupostos morais e interpretativos do juízo, debatendo, a partir dos pensamentos de Hart, como o direito se portaria em relação a casos externos a normas, em que se demandaria a aplicação de princípios e regras diante da interpretação de casos em que os princípios se colidem.

O trabalho “Reflexões éticas sobre a tutela dos direitos da personalidade nos casos de produção independente de filhos”, a reflexão foi em torno da evolução da ciência e como as mulheres têm optado pela reprodução assistida. O enfoque foi sobre essa produção independente que assegura a liberdade de planejamento familiar dando a possibilidade à mulher de uma escolha ética com a necessidade da ética da religião de Edgar Morin para configurar o respeito pela dignidade da mãe e da criança.

Outra problemática enfrentada foi a respeito da necessidade da pesquisa em saúde, na área do direito, com o trabalho “Concepções de saúde na pesquisa jurídica: um estudo de revisão sistemática”, foram investigados vários periódicos e chegou-se ao resultado de que o tema saúde é pouco recorrente nas revistas jurídicas analisadas, ficando a necessidade de maior aprofundamento na pesquisa nos campo da saúde como direito humano e fundamental.

Com o trabalho “ Núcleo de mentoria científico-acadêmica” foi apresentado um projeto que propõe desenvolver habilidades de docência nos alunos e ex-alunos que desejam auxiliar e contribuir social e academicamente na área de pesquisa científica, permitindo aos estudantes defrontar com a realidade e permitir vivenciar a liderança contribuindo para o fortalecimento do aprendizado a partir das mentorias impactando na redução da evasão acadêmica e na melhoria do trabalhos de conclusão de curso e demais trabalhos de pesquisa.

Mais uma vez a arte se relaciona com o direito no trabalho “Abandono afetivo de idosos: uma análise a partir da música ‘couro de boi’ que relaciona a música com a problemática do abandono afetivo de idosos no Brasil com fundamento na Constituição, que prevê o dever de

cuidado ao idoso pela família, a sociedade e o estado, defendendo sua dignidade e garantindo o direito à vida com dignidade.

No âmbito da literatura, o trabalho “Entre a literatura de Andrea Jeftanovic e a realidade: uma reflexão sobre as políticas públicas pela busca de pessoas desaparecidas”, com base na obra ‘Não aceite caramelos de estranhos’ a pesquisa buscou analisar as ações para o enfrentamento do desaparecimento de pessoas sob o problema de enfrentamento por meio de políticas públicas eficazes no combate desses fatos. O resultado foi o de que as redes sociais e plataformas atuam como instrumento de maior visibilidade do que o Cadastro nacional de pessoas desaparecidas criado em 2019 pela Lei n. 13.812.

Continuando na relação entre literatura e direito, o trabalho “Feminismo, direito e literatura: entre o público e privado em Antígona” explica que, ainda que a luta feminina tenha garantido a igualdade formal, ainda inexistente a igualdade material. Visando explorar a divisão da esfera pública e privada, questiona-se as relações de gênero e compreensão dos reflexos políticos desta relação de poder no Brasil, com base na obra Antígona.

Retornando ao campo da música e direito, o trabalho “Segurança do trabalhador a partir da análise da música ‘construção’ de Chico Buarque” sob o enfoque da análise da segurança do trabalho no ordenamento jurídico brasileiro observando o papel das normas regulamentadoras e a fiscalização para a prevenção dos acidentes.

Partindo para a área da educação jurídica, o trabalho “Panorama atual da educação jurídico-ambiental no Brasil” aponta a necessidade de uma disciplina de educação ambiental após a verificação da ineficiência da educação ambiental, uma vez que essa se encontra diluída entre outras disciplinas, de forma transversal.

Na seara da política, o trabalho “A representatividade pelo modelo do ‘Distritão’ no sistema eleitoral brasileiro e o retorno das coligações em eleições proporcionais” busca analisar de que forma o modelo do ‘Distritão’ interfere no sistema eleitoral brasileiro, tratando-se de um sistema onde as minorias pouco são ouvidas, podendo atrapalhar o modelo democrático de estado de direito.

Por fim, o trabalho “O ativismo judicial como consequência da judicialização da política no Brasil e a lawfare” procurou conceituar e explicitar as consequências da judicialização da política no Brasil e diferenciar do ativismo judicial em relação com a lawfare, questionando-se se seria necessário acatar a intervenção ilimitada do judiciário nas esferas dos poderes públicos.

Considerando todas essas pesquisas relevantes para o Direito, observou-se que os temas

analisados são capazes de promover mudanças sociais e garantir o estado democrático de direito, justo e igualitário. Fica em nós o sentimento de alegria por verificar o empenho na pesquisa do Direito e os agradecimentos ao CONPEDI pela oportunidade oferecida aos acadêmicos.

Rogério Borba da Silva

Elisaide Trevisan

Valter Moura do Carmo

## **O Positivismo Jurídico pelo caminho inclusivo com a moral**

**Alberto de Moraes Papaléo Paes<sup>1</sup>**  
**Matheus de Siqueira Mendes Barbalho**  
**Lucas de Siqueira Mendes Barbalho**

### **Resumo**

Introdução: O Direito contemporâneo se firmou como uma noção normativa, em que a aplicação deve está vinculada exclusivamente a uma norma posta, sem relação com pressupostos morais e interpretativos do juízo, a esse mecanismo se chamou de positivismo jurídico, todavia, o positivismo jurídico possui diversas versões e bem distantes de tal “caricatura” mencionada. Uma das versões mais contundentes e debatidas atualmente, é que o Direito tem como base responder a três questões persistentes: 1) a relação do Direito e coerção; 2) a relação do Direito e a moral e 3) a natureza e o seu funcionamento. Herbert Hart, inicialmente define que o Direito não seriam ordens coercitivas e sim regras postas a uma sociedade, ao segundo ponto o autor define que o Direito possui uma relação contingente com a moral e não necessária, nos aspectos do seu conteúdo, propósito e aplicação, todavia no que diz respeito à validade, deve haver uma separação necessária, para que não se ocorra abusos e correções morais. Com base nesse breve resumo, sobre alguns pontos da obra de Herbert Hart, podemos entender que a natureza do Direito e seu funcionamento, se faz a partir de regras com diferentes níveis de aplicação. A partir do ponto 2 e 3 da obra de Hart, se gerou um intenso debate em como o Direito se portaria em relação a casos externos a normas, em que se demandaria a aplicação de princípios, que por definição não são regras e possuem uma interpretação ampla e de cunho moral, assim como em casos em que certos princípios se colidem com outros, casos esses usuais em debates no Supremo Tribunal Federal.

Problema: Nesse cenário, a respeito do Direito, o positivismo “reagiu” de algumas formas, a primeira foi no sentido de considerar tais críticas como mal entendido e não haver respostas a serem dadas. No segundo aspecto, reconhecem tal lacuna em relação aos princípios, mas se argumenta que uma vez que os princípios estão dispostos na lei (como na constituição brasileira), logo o direito a partir de suas regras o reconhecem, dessa forma a moral estaria ligada a tal regra de validade, todavia, outros autores discordam e reafirmam a não relação do Direito e moral em sua validade, mas tal linha distingue exclusivamente o que seria o pensamento jurídico e o que seria a sua aplicação pelo juiz.

Objetivo: A partir desse debate, o objetivo do presente trabalho é debater o positivismo jurídico, no que abrange o segundo aspecto mencionado, a respeito da ligação entre direito e moral, a partir da vertente atual denominada inclusiva.

Método: O presente trabalho é um projeto teórico crítico a partir de pesquisas e consultas bibliográficas de artigos e livros sobre a temática, tanto em língua portuguesa como inglesa.

---

<sup>1</sup> Orientador(a) do trabalho/resumo científico

Em que visa analisar as respostas do positivismo a tais críticas, especialmente a vertente inclusiva. A vertente inclusiva defende a tese da separabilidade em que a relação Direito e moral, a nível de validade existe em certas situações, a partir de interpretação dos princípios, independente se o mesmo possui ou não valor moral, nesse contexto o positivismo jurídico inclusivo debate conceitos das obras do próprio Herbert Hart em seu pós escrito, assim como, Kenneth Himma, Matthew Kramer, Jules Coleman e Wilfred Walluchow.

Resultados alcançados: As críticas ao positivismo jurídico surgem a partir das mudanças constantes ocorridas no século XX, em que se atribuiu ao positivismo o resultado de alguns governos totalitários. Somado a isso, vieram críticas ao neoconstitucionalismo, interpretativismo e, especialmente no Brasil, se teve uma ideia de “falência” do positivismo jurídico. Tal diagnóstico é errôneo, além de atribuir fatos que não possuem relação ao positivismo. Todavia, de fato, o positivismo apresentou outras versões das tradicionais teorias de John Austin, Hans Kelsen, Norberto Bobbio e até mesmo de Herbert Hart, demonstrando toda a força e vitalidade em uma “renovação” do positivismo. Desta forma, no que diz respeito ao positivismo jurídico inclusivo, o mesmo demonstra uma teoria robusta e contundente no âmbito internacional, apesar de ser pouco difundido no Brasil. Tais alegações iniciais da versão inclusivista já eram vistas no debate Hart-Fuller iniciado em 1958, com as críticas de Hart ao realismo escandinavo e americano, assim como ao jusnaturalismo. Atualmente, a principal obra inclusivista é de Walluchow, que foi aluno de Hart. Em síntese, tal defesa aborda que a moral pode possuir relação contingente com o direito em quatro aspectos. Primeiro, no seu nível de conteúdo, como no caso dos princípios legais expressos ou interpretados; segundo, pode ter relação no seu nível de propósito, tendo em vista que princípios e regras tomam como bases os costumes de uma sociedade; terceiro, no seu nível de aplicação, para aquela sociedade que está sujeita às sanções do sistema jurídico em que ela está inserida. Entretanto, no quarto, a respeito da validade, o positivismo jurídico inclusivo destaca uma separação necessária com a moral, buscando evitar abusos e ativismo judicial, além de decisões com amparos legais sem discricionariedade livre. Com base nesses quatro pressupostos, o positivismo jurídico inclusivo acredita que críticas à teoria positivista como a de Dworkin, e até mesmo de Alexy, estariam sanadas e, de certa forma, seriam uma espécie de versão inclusivista do próprio positivismo, contudo com certas lacunas. Desta forma, destacamos que o positivismo jurídico ainda permanece forte e como a teoria dominante no direito, em suas diferentes versões. No presente trabalho, foi abordada a versão inclusivista.

**Palavras-chave:** Direito, Moral, Positivismo Jurídico Inclusivo

### **Referências**

BARZOTTO, Luís Fernando. O Positivismo Jurídico Contemporâneo: Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2ªed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007.

Coleman, J. (1982). Negative and Positive Positivism. *Journal of Legal Studies* 11: 139.

HART, Herbert. *O Conceito do Direito*. Ed. Pós-escrito e organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão de tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Luiz Vergílio Dalla-Rosa. Ed. Martins Fontes. São Paulo – SP. 2012.

\_\_\_\_\_. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*. 71: 593, 1958.

HIMMA, Kenneth. H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis. *Legal Theory* 6: 1, 2000.

KRAMER, Matthew. *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*. Oxford: Oxford University Press, London, 1999.

\_\_\_\_\_. H.L.A. HART. 1ªed. Polity, New York, 2018.

MACCORMICK, Neil. *HLA Hart*. Elsevier, Rio de Janeiro – RJ, 2010.

WALUCHOW, W.J. *Inclusive legal Positivism*, Oxford: Clarendon Press, London, 1994.

\_\_\_\_\_. Legal Positivism, inclusive versus exclusive. *Routledge Encyclopedea of Phylosophy*. 2001.

\_\_\_\_\_. Herculean Positivism, *Oxford Journal of Legal Studies* 5: 41, 1985.