

Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Regulação

Plano de Ensino

- **Disciplina:** Fundamentos do Pensamento Jurídico
- **Curso:** Doutorado
- **Tipo Disciplina:** Eletiva Específica
- **Carga Horária:** 45h (3 créditos)

- **Ementa:**

Apresentação: a onipresença da teoria do direito; Positivismo jurídico: caracterização e superação de caricaturas; Positivismo jurídico: Kelsen e Hart; Não-positivismo; O debate metodológico I: análise conceitual; O debate metodológico II: normativismo; O debate metodológico III: consequencialismo e outros caminhos; Investigar o direito sem rótulos; Realismo jurídico norte-americano; O novo realismo jurídico; Critical Legal Studies; Pragmatismo jurídico; Formalismo jurídico; Teoria da argumentação jurídica e o problema fundamental da metodologia do direito; Teoria dos sistemas.

- **Objetivos:**

A disciplina tem dois objetivos:

- ✓ O primeiro é formativo. Nessa dimensão, a disciplina pretende oferecer para os alunos referenciais teóricos para a construção de trabalhos acadêmicos profundos e o desenvolvimento de pensamento crítico, notadamente na área de direito da regulação. Nessa perspectiva, a disciplina almeja possibilitar o aprofundamento de pesquisas e reflexões sobre temas regulatórios a partir das suas conexões com escolas do pensamento jurídico que enfrentam problemas fundamentais do direito, como o conceito de direito, a construção de teorias sobre o direito, a relevância de teorias descritivas, o papel do direito na sociedade a justificação de decisões. Assim, a disciplina pretende fornecer um panorama, ao mesmo tempo amplo e profundo, sobre assuntos que estão diretamente relacionados a debates teóricos sobre regulação, como os que dizem respeito às relações entre regulação e a natureza do direito, a fundamentação de escolhas regulatórias, a justificação de modelos de decisão por parte de controladores, as conexões entre recentes inclinações pragmáticas e o realismo jurídico e o papel do direito da regulação para a promoção de objetivos sociais. A ementa da disciplina, nesse universo formativo, complementa, por fim, a formação do aluno com ferramentas teóricas aplicáveis à construção e crítica de teorias regulatórias, uma vez que o curso já oferece, em outros momentos, oportunidades para o debate de abordagens distintas, como as que envolvem a teoria dos princípios, o institucionalismo, a teoria da escolha racional, a teoria social e o consequencialismo. Para realizar esse objetivo, a disciplina procura conjugar textos clássicos com debates contemporâneos sobre os temas em torno dos quais se organiza.
- ✓ O segundo objetivo é esclarecer as preocupações de diversas escolas do pensamento jurídico e desfazer associações caricatas dos temas trabalhados. Temas de teoria do direito costumam aparecer em trabalhos acadêmicos, inclusive na área de direito da regulação, mas nem sempre são apresentados com rigor. Para lidar com essa carência de referências e os problemas relacionados à reprodução de versões imprecisas de temas como positivismo, formalismo, pragmatismo e realismo, para citar apenas alguns exemplos, o curso também almeja apresentar diversos debates que estão por trás do que se poderia chamar de fundamentos do pensamento jurídico.

▪ **Temas e Bibliografia:**

POSITIVISMO JURÍDICO: caracterização e superação de caricaturas

Bibliografia:

GARDNER, John. Legal positivism: 5 ½ myths. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 46, n.1, p. 199-227, 2001. Disponível em: <https://academic.oup.com/ajj/article/46/1/199/100272>.

POSTEMA, Gerald. The British Tradition of Legal Positivism. In: SPAAK, Torben; MINDUS, Patricia (Eds). **A Companion to Legal Positivism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. No prelo. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3394986_code332996.pdf?abstractid=3394986&mirid=1.

DYZENHAUS, David. The Genealogy of Legal Positivism. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 24, p. 39-67, 2004. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=815078.

LEITER, Brian. Legal Positivism as a Realist Theory of Law. In: SPAAK, Torben; MINDUS, Patricia (Eds). **A Companion to Legal Positivism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. No prelo. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3304243.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa**, v. I, n. 21, p. 209-220, 1998. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/post-positivismo-0/>.

PETROSKI, Karen. Is Post-positivism Possible?. **German Law Journal**, v. 12, n.2, p. 663-692, 2011. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/is-post-positivism-possible/B8ABCCB0DBB1D3FE2BD9239A06AD6FD5>.

POSITIVISMO JURÍDICO: Kelsen e Hart

Bibliografia:

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, cap. 1 e 7.

HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

KELSEN, Hans. Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre. **Juristische Wochenschrift**, v. 58, p. 1723-1726, 1929.

KELSEN, Hans. The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. **Harvard Law Review**, v. 55, n. 1, p. 44-70, nov. 1941.

SHAPIRO, Scott. On Hart's Way Out. In: COLEMAN, Jules (Ed.). **Hart's Postscript**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001, p. 149-191.

PETTIT, Philip. Social Norms and the Internal Point of View: On Elaboration of Hart's Genealogy of Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 39, n. 2, p. 229-258, 2019. Disponível em: <https://academic.oup.com/ojls/article/39/2/229/5288565>.

NÃO-POSITIVISMO

Bibliografia:

FINNIS, John. Natural Law: The Classical Tradition. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott. (Eds.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002, cap. 1.

ALEXY, Robert. The dual nature of law. **Ratio Juris**, v. 23 n. 2, p. 167-182, jun. 2010. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1467-9337.2010.00449.x>.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986, cap. 1-3.

DWORKIN, Ronald. The concepts of law. In: _____. **Justice in Robes**. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p. 223-240.

DYZENHAUS, David. Dworkin and Unjust Law. In: WALUCHOW, Wil; SCIARAFFA, Stefan. **The Legacy of Ronald Dworkin**. Nova lorque: Oxford University Press, 2016, p. 259-314.

SPAAK, Torben. Robert Alexy and the Dual Nature of Law. **Ratio Juris**, 2020. No prelo. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3348272.

O DEBATE METODOLÓGICO I: análise conceitual

Bibliografia:

COLEMAN, Jules. Methodology. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott. (Eds.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002, cap. 6.

LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin debate: The Methodology Problem in Jurisprudence. **American Journal of Jurisprudence**, v. 48, p. 17-51, 2003. Disponível em: <https://academic.oup.com/ajj/article-abstract/48/1/17/204137?redirectedFrom=fulltext>.

SHAPIRO, Scott J. What Is Law (and Why Should We Care)?. In: _____. **Legality**. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 1-34.

LEITER, Brian. Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis. In: _____. **Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy**. Nova lorque: Oxford University Press, 2007, p. 121-135.

PERRY, Stephen R. Hart's Methodological Positivism. **Legal Theory**, v. 4, n. 4, p. 427-467, dez. 1998. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1136/.

O DEBATE METODOLÓGICO II: normativismo

Bibliografia:

PLUNKETT, David. Robust Normativity, Morality, and Legal Positivism. In: PLUNKETT, David; SHAPIRO, Scott J.; TOH, Kevin (Eds.). **Dimensions of Normativity – New Essays on Metaethics and Jurisprudence**. Nova lorque: Oxford University Press, 2019, p. 105-136.

ALEXY, Robert. On the Concept and the Nature of Law. **Ratio Juris**, v. 21, n. 3, p. 281-299, set. 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1245614.

DWORKIN, Ronald. Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 24, n. 1, p. 1-37, 2004. Disponível em: <https://academic.oup.com/ojls/article/24/1/1/1407020>.

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. 2. ed. Nova lorque: Oxford University Press, 2011, p. 3-22.

PERRY, S. Beyond the Distinction between Positivism and Non-Positivism. **Ratio Juris**, v. 22, n. 3, p. 311-325, set. 2009. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1467-9337.2009.00427.x>.

O DEBATE METODOLÓGICO III: consequencialismo e outros caminhos

Bibliografia:

SCHAUER, Frederick. Normative Legal Positivism (Prólogo). In: SPAAK, Torben; MINDUS, Patricia (Eds). **A Companion to Legal Positivism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. No prelo. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3329061.

DICKSON, Julie. Indirectly Evaluative Theory: Meeting Finnis' Challenge. In: _____. **Evaluation and Legal Theory**. Oxford/Oregon: Hart Publishing, 2001, p. 51-70.

WALDRON, Jeremy. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules (Ed.). **Hart's Postscript**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001, cap. 12.

SCHAUER, Frederick. Positivism as Pariah. In: GEORGE, Robert P. (Ed.). **The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 31-56.

INVESTIGAR O DIREITO SEM RÓTULOS

Bibliografia:

COLEMAN, Jules. The Architecture of Jurisprudence. **The Yale Law Journal**, v. 121, n. 1, 2011. Disponível em: https://www.yalelawjournal.org/pdf/1009_3fnvkd8i.pdf.

_____. Beyond inclusive legal positivism. **Ratio Juris**, v. 22, n. 3, p. 359-394, set. 2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1487838.

RAZ, Joseph. The Argument from Justice, or How not to Reply to Legal Positivism. In: PAVLAKOS, George (Ed.). **Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy**. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2007, cap. 1.

_____. On the Nature of Law. In: _____. **Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason**. Nova Iorque, Oxford University Press, 2009, cap. 4

_____. Authority, Law, and Morality. In: _____. **Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics**. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 194-221.

PLUNKETT, David; SHAPIRO, Scott. Law, Morality and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Meta-Normative Inquiry. **Ethics**, v. 128, n.1, p. 37-68, out. 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2964089.

REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO

Bibliografia:

LLEWELLYN, Karl N. A Realistic Jurisprudence: The Next Step. **Columbia Law Review**, v. 30, n. 4, p. 431-465, abr. 1930. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1114548?seq=1>.

HUTCHESON JR., Joseph C. The Judgment Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decision. **Cornell Law Quarterly**, v. 14, p. 274-285, 1929. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1282&context=clr>.

TAMANAHA, Brian Z. Understanding Legal Realism. **St. John's Legal Studies**, Research Paper No. 08-0133, mai. 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1127178.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The Path of the Law. **Harvard Law Review**, v. 10, p. 457-475, 1897. Disponível em: <http://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>.

LEITER, Brian. American Legal Realism. **University of Texas Law**, Public Law Research Paper No. 42, 2002. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=339562.

HALE, Robert L. Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State. **Political Science Quarterly**, v. 38, n. 3, p. 470-494, set. 1923. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/2142367.pdf>.

LEITER, Brian. What is a Realist Theory of Law? **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 334-345, jan./abr. 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3517589.

O NOVO REALISMO JURÍDICO

Bibliografia:

MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. The New Legal Realism. **University of Chicago Law Review**, v. 75 p. 831-851, 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1070283.

LEITER, Brian. Legal Realisms, Old and New. **Valparaiso University Law Review**, v. 47, p. 949-963, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2079819.

SCHAUER, Frederick. Legal Realism Untamed. **University of Virginia School of Law Public Law and Legal Theory**, Research Paper Series 2012-38, mai. 2012 Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2064837.

TAMANAHA, Brian Z. **Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging**. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2010.

CRITICAL LEGAL STUDIES

Bibliografia:

UNGER, Roberto M. **The Critical Legal Studies Movement**. New York: Verso, 2015.

HUNT, Alan. The Theory of Critical Legal Studies. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 6, n. 1, p. 1-45, 1986. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/764467>.

KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication**. Cambridge/London: Harvard University Press, 1997.

KENNEDY, Duncan; KLARE, Karl E. A Bibliography of Critical Legal Studies. **The Yale Law Review**, v. 94, p. 461-490, 1984. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/796234>.

PRAGMATISMO JURÍDICO

Bibliografia:

POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism, and Democracy**. London/Cambridge: Harvard University Press, 2003.

RORTY, Richard. The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice. **Southern California Law Review**, v. 63, p. 1811-1819, 1990.

FISH, Stanley. Almost Pragmatism: Richard Posner's Jurisprudence. **University of Chicago Law Review**, v.57, p.1447-1475, 1990. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4694&context=uclev>.

FARBER, Daniel A. Legal Pragmatism and the Constitution. **Minnesota Law Review**, v. 72, pp. 1343-1345, 1988. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2083&context=mlr>.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: SARMENTO, Daniel; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Orgs.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 171-211.

FORMALISMO JURÍDICO

SUNSTEIN, Cass R. Must formalism Be Defended Empirically?. **The University of Chicago Law Review**, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 70, 1999. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1329&context=law_and_economics.

SCHAUER, Frederick. Formalism. **The Yale Law Journal**, v. 97, n. 4, p. 509-548, mar. 1988. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/vlj/vol97/iss4/1/>.

ALEXANDER, Larry. Law and Formalism. **University of San Diego School of Law Legal Studies Research Paper Series**, San Diego Legal Studies Paper No. 07-18, 2005. Disponível em: <http://ssrn.com/abstractID=829327>.

MATCZAK, Marcin. Why Judicial Formalism is Incompatible with the Rule of Law. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, v. 31, n. 1, p. 61-85, fev. 2018. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/canadian-journal-of-law-and-jurisprudence/article/why-judicial-formalism-is-incompatible-with-the-rule-of-law/F1192A032424D36137AD7634F6BAE690>.

WEINRIB, Ernest. Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law. **The Yale Law Journal**, v. 97, n. 6, p. 949-1016, mai. 1988. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7140&context=ylj>.

RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **A justificação do formalismo jurídico: Textos em debate**. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAZ, Joseph. The Law's Own Virtue. **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 39, n. 1, p. 1-15, 2019. Disponível em: <https://academic.oup.com/ojls/article/39/1/1/5288143>.

LEAL, Fernando. O formalista expiatório: leituras impuras de Kelsen no Brasil. **Revista Direito GV**, v. 10, n. 1, jan. 2014, p. 247. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/43570>.

TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Bibliografia:

ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1978.

WROBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification. **Logique & Analyse**, v. 14, n. 53-54, p. 409-419, 1971. Disponível em: <http://virthost.vub.ac.be/lnaweb/ojs/index.php/LogiqueEtAnalyse/article/view/551>.

TOULMIN, Stephen. **The Uses of Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.

AARNIO, Aulis; ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. The Foundation of Legal Reasoning. **Rechtstheorie**, v. 21, n. 2, pp. 133-158, n. 3 pp. 257-279, n. 4, pp. 423-448.

WALTON, Douglas. Legal Reasoning and Argumentation. In: BONGIOVANNI, Giorgio; POSTEMA, Gerald; ROTOLO, Antonino; SARTOR, Giovanni; VALENTINI, Chiara; WALTON, Douglas (Eds.). **Handbook of Legal Reasoning and Argumentation**. Dordrecht: Springer, 2018, p. 47-75.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

LUHMANN, Niklas. Legal Argumentation: Na Analysis of its Form. **The Modern Law Review**, v. 58, n. 3, p. 285-298, mai. 1995. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-2230.1995.tb02011.x>.

TEORIA DOS SISTEMAS

Bibliografia:

LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1993.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 1993.