*Dimitri Dimoulis*

**M A N U A L D E I N T R O D U Ç Ã O**

**A O** **ES T U D O D O D IR E IT O**

**• D EFIN IÇ Ã O E C O N C EIT O S BÁ SIC O S**

**• N O R M A JU R ÍD IC A**

**• FO N T E S , IN TERPRETA ÇÃ O E R A M O S D O D IREITO**

**• SujEITO DE DIREITO E FATOS JURÍDICOS**

**• R ELA Ç Õ ES ENTRE D IREITO , JU ST IÇ A , M O R A L E PO LÍTICA**

**• D IREITO E LIN GUA GEM**

**4.a edição**

**revista, atualizada e ampliada**

*2.a tiragem*

EDITORA **I M I**

REVISTA DOS TRIBUNAIS

**M A N U A L D E I N T R O D U Ç Ã O**

**A O** **ES T U D O D O D IR E IT O**

**• D E F IN IÇ Ã O E C O N C E IT O S B Á S IC O S**

**• N O R M A J U R ÍD IC A**

**• FO N T E S , IN T E R P R E T A Ç Ã O E R A M O S D O D IREIT O**

**• S UJEITO D E D IR E IT O E FATO S J U R ÍD IC O S**

**• R E L A Ç Õ E S ENTRE D IR E IT O , J U ST IÇ A , M O R A L E P O L ÍT IC A**

**• D IR E IT O E L IN G U A G E M**

|  |  |
| --- | --- |
| **4 .a edição revista,** | **atualizada e ampliada** |
| 2.a | *tiragem* |
| D Í M I T R I D I M O U U S | |

*1.a edição:* 2003; *2.a edição,* 1 .a tiragem: 2007, 2.a tiragem: 2008;

*3.a edição:* 2010, 1**.a**tiragem: janeiro de 2010, 2.a tiragem: junho de 2010; *4.3 edição:* 1. atiragem: janeiro de 2011.

**© desta edição [2011 ]**

**E D I T O R A R E V IS T A D O S T R I B U N A I S LT D /**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **A N T O N IO B E LIN ELO** | ***IO74*** |  |
|  | *Diretor responsável* |  |
| **Rua do Bosque, 820 - Barra Funda** | | |  |
| **Tel. 11** | **3 6 13 -840 0 - Fax 11** | **3613 -8450** |  |
| **CEP 0** | **1 1 36 -000 - São Paulo, SP, Brasil** | |  |

**T O D O S O S D IR E IT O S R E S E R V A D O S .** Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ouprocesso, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e inde­ nizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

**C E N T R A L D E R E L A C IO N A M E N T O R T**

**(atendimento, em dias úteis, das 8 às 1 7 horas) Tel. 0800 -702 -2433**

***e-mai!* de atendimento ao consumidor:** [**sac@rt.com .br**](mailto:sac@rt.com.br) **Visite nosso *-site:*** [**www.rt.com.br**](http://www.rt.com.br)

**Impresso no Brasil [04-2011] Universitário (texto)**

**Fechamento desta edição [11.01.2011 ]**

AUOOAÇiU) MMLtJU M OMIkTO\* RM06tAFlC<

EDITORA ATO IA DA

**ISBN 9 7 8 -8 5 -2 0 3 -3 8 8 4 -1**

**NOTA À 4.a EDIÇÃO**

A nova edição é fruto de cuidadosa revisão e atualização, tanto substancial como bibliográfica, no intuito de oferecer informações e análises claras, atuais e completas. Agradeço a empenhada leitura crítica e as numerosas sugestões da Professora Soraya Gasparetto Lunardi e dos Doutores Flávio Viana Filho e Laudízio Parente, assim como as observações da Professora Dilsa Mondardo, a quem se deve a modificação na ordem das Lições.

São Paulo, janeiro de 2011.

**O A U T O R**

**SU M Á RIO**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| [**NOTA À 4 .a E D IÇ Ã O .................................................................................................................... ........**](#page3) | | | [**5**](#page3) |
| [**INTRODUÇÃO À l . a ED IÇ Ã O ........................................................................................................**](#page11) | | | [**15**](#page11) |
| [**GUIA BIBLIOG RÁFICO .......................................................................................................................**](#page14) | | | [**19**](#page14) |
| [**1.**](#page14) | [**Bibliografia de introdução ao estudo do direito..............................................................**](#page14) | | [**19**](#page14) |
| [**2.**](#page15) | [**Bibliografia específica..................................................................................................................**](#page15) | | [**20**](#page15) |
|  |  | **Lição 1** |  |
|  |  | **DEFINIÇÕES DO DIREITO** |  |
| [**1.**](#page16) | [**Esclarecim entos preliminarese definição d escritiv a ....................................................**](#page16) | | [**21**](#page16) |
| [**2.**](#page18) | [**Dezoito definições.........................................................................................................................**](#page18) | | [**23**](#page18) |
|  | [**2 .1 P la tã o .......................................................... ..............................................................................**](#page18) | | [**23**](#page18) |
|  | **2 .2** | **Á ristóteles.............................................................. ................................................................** | **2 4** |
|  | **2 .3** | **E stoicos ....................................................................................................................................** | **2 4** |
|  | **2 .4** | **Celso e U lpiano....................................................................................................................** | **25** |
|  | **2 .5** | **Tomás de A q u in o ................................................................................................................** | **26** |
|  | **2 .6** | **Thom as H obbes...................................................................................................................** | **26** |
|  | **2 .7** | **Samuel Pufendorf................................................................................................................** | **27** |
|  | **2 .8** | **Baruch Spinoza....................................................................................................................** | **28** |
|  | **2 .9** | **Jean -Jacques Rousseau .....................................................................................................** | **29** |
|  | **2 .1 0** | **Immanuel K an t....................................................................................................................** | **29** |
|  | **2 .11** | **Georg W ilhelm Friedrich H egel..................................................................................** | **30** |
|  | **2 .1 2** | **Friedrich Cari von Savigny............................................................................................** | **30** |
|  | **2 .13** | **Karl Ma gnus B ergb ohm ...................................................................................................** | **31** |
|  | **2 .1 4** | **Eugen E h rlich .......................................................................................................................** | **32** |
|  | **2 .15** | **Hans K elsen ...........................................................................................................................** | **32** |
|  | **2 .16** | **Yevgeniy Bronislavovich Pachukanis........................................................................** | **33** |
|  | **2 .1 7** | **R o b ertA lexy ..........................................................................................................................** | **3 4** |
|  | **2 .18** | **Eros Roberto G ra u .............................................................................................................** | **35** |

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 8 |  | MANUAL DE INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO |  |
| [3.](#page30) | [Convergências nas definições.........................................................................](#page30) | | [35](#page30) |
|  | 3.1 | A relatividade histórica do direito..................................................... ..... | 35 |
|  | 3.2 | O direito como dever ser social............................................................. | 37 |
|  | 3.3 | Direito e coerção..................................................................................... | 38 |
| [4.](#page33) | [Divergências ideológicas nas definições.........................................................](#page33) | | [38](#page33) |
|  | 4.1 | Abordagem apologética........................................................................... | 39 |
|  | 4.2 | Abordagem crítica.................................................................................. | 41 |
|  | 4.3 | Abordagem neutra................................................................................. | 42 |
| 5. | Elementos fixos............................................................................................... | | 43 |
| [6.](#page39) | [Definição normativa.......................................................................................](#page39) | | [44](#page39) |
| • | Para aprofundar o conhecimento.................................................................. | | 47 |
|  |  | Lição 2 |  |
|  |  | DIMENSÕES DO ESTUDO DO DIREITO |  |
| [1.](#page43) | [Tridimensionalidade do direito......................................................................](#page43) | | [48](#page43) |
| [2. Relações entre as três dimensões do direito ..................................................](#page46) | | | [51](#page46) |
| [3.](#page47) | [As disciplinas jurídicas..................................................................................](#page47) | | [52](#page47) |
| • | Para aprofundar o conhecimento.................................................................. | | 55 |
|  |  | Lição 3 |  |
|  |  | DIREITO E MORAL |  |
| [1.](#page51) | [Características da moral.................................................................................](#page51) | | [56](#page51) |
| [2.](#page53) | [Diferenças entre direito e moral nas sociedades modernas...........................](#page53) | | [58](#page53) |
|  | 2.1 | Finalidade............................................................................................... | 58 |
|  | 2.2 | Fonte e critério de reconhecimento....................................................... | 59 |
|  | 2.3 | Tipos de sanções.................................................................................... | 60 |
|  | 2.4 | Conteúdo................................................................................................ | 60 |
|  | 2.5 Conhecimento por parte dos destinatários................................... ......... | | 61 |
| [3.](#page57) | [A influência da moral no direito.....................................................................](#page57) | | [62](#page57) |
| [4.](#page59) | [A influência do direito na moral.....................................................................](#page59) | | [64](#page59) |
| [5.](#page60) | [Possíveis relações entre direito e moral..........................................................](#page60) | | [65](#page60) |
| • | Para aprofundar o conhecimento..... ............................................................. | | 67 |

Lição 4

DIREITO E POLÍTICA

|  |  |
| --- | --- |
| 1. **Política e assuntos políticos** | **69** |

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  |  | SUMÁRIO |  | 9 |
| [2.](#page67) | [O direito da política........................................................................................](#page67) | | |  | [72](#page67) |
| [3.](#page69) | [A política do direito........................................................................................](#page69) | | |  | [74](#page69) |
| [4.](#page72) | [Conclusão...............................](#page72) | | ['........................................................................](#page72) |  | [77](#page72) |
| • | Para aprofundar o conhecimento............................. | | | •...................................... | 77 |
|  |  |  | Lição 5 |  |  |
|  |  |  | DIREITO E JUSTIÇA |  |  |
| [1.](#page73) | [A justiça no mundo jurídico...........................................................................](#page73) | | |  | [78](#page73) |
| [2.](#page80) | [O Estado de direito. Justiça ou formalidade?.................................................](#page80) | | |  | [85](#page80) |
|  | 2.1 | Estado de polícia, Estado legale Estado constitucional.......................... | | | 85 |
|  | 2.2 | Requisitos do Estado de direito.............................................................. | |  | 88 |
| [3.](#page85) | [O direito natural como garantia da justiça?...................................................](#page85) | | |  | [90](#page85) |
|  | 3.1 Definição e fontes do direito natural....................................................... | | |  | 90 |
|  | 3.2 | Relações entre direito naturale direito positivo...................................... | | | 91 |
|  | 3.3 | Críticas ao direito natural....................................................................... | |  | 95 |
| [4.](#page92) | [Conclusão........................................................................................................](#page92) | |  |  | [97](#page92) |
| • Para aprofundar o conhecimento................................................................... | | | |  | 98 |
|  |  |  | Lição 6 |  |  |
|  |  |  | TEORIA DA NORMA JURÍDICA | |  |
| [1.](#page94) | [Significados dos termos “lei”, “norma” e “regra”...........................................](#page94) | | |  | [99](#page94) |
| 2. | Norma jurídica. Definição e principais características................................... | | | | 101 |
|  | 2.1 | Definição................................................................................................. | |  | 101 |
|  | [2.2](#page97) | [Verdade e validade..................................................................................](#page97) | |  | [102](#page97) |
|  | 2.3 | Contrafacticidade............................................................................... | |  | 103 |
| [3.](#page100) | [Classificação das normas jurídicas..................................................................](#page100) | | |  | [105](#page100) |
|  | 3.1 | O problema da classificação.................................................................... | |  | 105 |
|  | 3.2 | Espécies de normas jurídicas.................................................................. | |  | 106 |
|  |  | 3.2.1 | Destinatários................................................. | ............................... | 106 |
|  |  | 3.2.2 Modo de enunciação..................................................................... | |  | 108 |
|  |  | 3.2.3 | Forma de prescrição.......................................................... | ........... | 108 |
|  |  | 3.2.4 Forma de sanção........................................................................... | |  | 111 |
|  |  | 3.2.5 Âmbito de aplicação.................................... | | ................................. | 114 |
|  |  | [3.2.6](#page110) | [Consequências..............................................................................](#page110) |  | [115](#page110) |
|  |  | [3.2.7 Densidade......................................................................................](#page111) | |  | [116](#page111) |
|  |  | [3.2.8 Função..........................................................................................](#page114) | |  | [119](#page114) |

I

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 1 0 |  |  | MANUAL DE INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO |  |
|  |  | 3.2.9 Modo de aplicação....................................................................... | | 121 |
| [4.](#page118) | [Identificação das normas juridicamente válidas............................................](#page118) | | | [123](#page118) |
| [5.](#page120) | [Aplicação das normas jurídicas (subsunçãoe silogismo jurídico)..................](#page120) | | | [125](#page120) |
|  | 5.1 | Definição e estrutura do silogismo........................................................ | | 125 |
|  | 5.2 | Limites lógicos do silogismo.................................................................. | | 127 |
|  |  | 5.2.1 | Fixação das premissas pelo aplicador.......................................... | 127 |
|  |  | 5.2.2 | Críticas ao silogismo.................................................................... | 131 |
| • | Para aprofundar o conhecimento................................................................... | | | 132 |
|  |  |  | Lição 7 |  |
|  |  |  | DIREITO E LINGUAGEM |  |
| [1.](#page128) | [As línguas do direito.......................................................................................](#page128) | | | [133](#page128) |
| [2.](#page130) | [Elementos de linguística.................................................................................](#page130) | | | [135](#page130) |
| [3.](#page134) | [A linguagem jurídica......................................................................................](#page134) | | | [139](#page134) |
|  | 3.1 | Linguagem de poder.............................................................................. | | 140 |
|  | 3.2 | Linguagem técnica................................................................................. | | 141 |
| • | Para aprofundar o conhecimento................................................................... | | | 143 |
|  |  |  | Lição 8 |  |
|  |  |  | INTERPRETAÇÃO DO DIREITO |  |
| [1.](#page139) | [Definição e objetivo da interpretação jurídica................................................](#page139) | | | [144](#page139) |
| [2.](#page140) | [Controvérsias interpretativas..........................................................................](#page140) | | | [145](#page140) |
| [3.](#page142) | [Métodos de interpretação...............................................................................](#page142) | | | [147](#page142) |
|  | 3.1 | Interpretação gramatical........................................................................ | | 147 |
|  | 3.2 | Interpretação sistemática....................................................................... | | 149 |
|  | 3.3 | Interpretação histórica (teleologia subjetiva)....................................... | | 150 |
|  | 3.4 | Interpretação teleológica objetiva.......................................................... | | 151 |
| [4.](#page147) | [Problemas dos métodos de interpretação.......................................................](#page147) | | | [152](#page147) |
| [5.](#page149) | [Possíveis resultados da interpretação.............................................................](#page149) | | | [154](#page149) |
| [6.](#page151) | [O problema da analogia e da restrição............................................................](#page151) | | | [156](#page151) |
| [7.](#page158) | [O papel do legislador na interpretação do direito..........................................](#page158) | | | [163](#page158) |
| [8.](#page159) | [Conclusão........................................................................................................](#page159) | |  | [164](#page159) |
| • | Para aprofundar o conhecimento................................................................... | | | 165 |

Lição 9

FONTES DO DIREITO

1. [Fontes materiais](#page161) [166](#page161)

**r**

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  |  |  | SUMÁRIO | 1 1 |
| 2. | Fontes formais........................... ................................ | | | í.................................... | 167 |
|  | 2.1 | Fontes escritas......................................................................................... | |  | 168 |
|  |  | 2.1.1 Leis no sentido amplo ou material............................................... | | | 168 |
|  |  |  | 2.1.1.1 Leis no sentido estrito ou formal..................................... | | 169 |
|  |  |  | 2.1.1.2 Demais espécies normativas............................................. | | 172 |
|  |  |  | 2.1.1.3 Inflação legislativa............................................................ | | 176 |
|  |  | 2.1.2 Jurisprudência............................................................................... | |  | 177 |
|  |  |  | 2.1.2.1 Decisão isolada.................................................................. | | 177 |
|  |  |  | 2.1.2.2 Jurisprudência assentada.................................................. | | 178 |
|  |  |  | 2.1.2.3 Súmulas............................................................................. |  | 179 |
|  |  | 2.1.3 | Doutrina........................................................................................ |  | 180 |
|  | 2.2 | Fontes não escritas................................................................................. | |  | 183 |
|  |  | 2.2.1 | Costumes jurídicos....................................................................... |  | 184 |
|  |  | 2.2.2 | Princípios gerais de direito........................................................... | | 187 |
|  |  | 2.2.3 Vontade dos particulares (poder negociai)................................... | | | 189 |
| [3.Conclusão............................................................................................................](#page186) | | |  |  | [191](#page186) |
| • | Para aprofundar o conhecimento.................................................................... | | |  | 192 |
|  |  |  |  | **Lição 10** |  |
|  |  |  | **LIMITES DE VALIDADE DA NORMA JURÍDICA** | |  |
| [1.](#page188) | [Validade da norma no tempo (vigência),.......................................................](#page188) | | | | [193](#page188) |
|  | 1.1 | Definição................................................................................................ | |  | 193 |
|  | 1.2 | Revogação.............................................................................................. | |  | 195 |
|  | 1.3 | Ultratividade e retroatividade................................................................ | | | 197 |
|  | 1.4 | Desuso............................................................................................... | | ..... | 199 |
| [2.](#page195) | [Validade da norma no espaço......................................................................](#page195) | | | [.](#page195) | [200](#page195) |
|  | 2.1 | Princípio da territorialidade..................................................................... | |  | 201 |
|  | 2.2 | Princípio da nacionalidade e | | direitointernacional privado..................... | 202 |
| • | Para aprofundar o conhecimento.................................................................... | | |  | 203 |
|  |  |  |  | **Lição 11** |  |
|  |  |  | **CONFLITOS ENTRE NORMAS JURÍDICAS** | |  |
| [1.](#page199) | [O princípio da não contradição no direito.....................................................](#page199) | | | | [204](#page199) |
| [2.](#page201) | [Antinomias aparentes.............................](#page201) | | | [.......................................................](#page201) | [206](#page201) |
| 3. | Critérios de solução de antinomias reais........................................................ | | | | 207 |
|  | 3.1 | Critério da superioridade (ou hierárquico)........................................... | | | 207 |

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| 1 2 |  |  | M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO | |  |
|  |  | 3.1.1 | Conteúdo...................................................................................... |  | 207 |
|  |  | 3.1.2 | Direito internacional..................................................................... |  | 209 |
|  | 3.2 | Critério da posterioridade (ou cronológico).......................................... | |  | 210 |
|  |  | 3.2.1 | Conteúdo........................................... .......................................... |  | 210 |
|  |  | 3.2.2 | O problema da repristinação........................................................ |  | 211 |
|  | [3.3](#page207) | [Critério da especialidade.........................................................................](#page207) | |  | [212](#page207) |
| [4.](#page207) | [Conflitos entre critérios..................................................................................](#page207) | | |  | [212](#page207) |
| [5.](#page210) | [lnaplicabilidade dos critérios e proporcionalidade.........................................](#page210) | | |  | [215](#page210) |
| 6. Superação dos critérios de solução de antinomias pelo “diálogo das fontes”? | | | | | 217 |
| • | Para aprofundar o conhecimento................................................................... | | |  | 218 |
|  |  |  | **Lição 12** |  |  |
|  |  |  | **O SUJEITO DE DIREITO E SEUS DIREITOS** | |  |
| [1.](#page214) | [Definição do sujeito de direito........................................................................](#page214) | | |  | [219](#page214) |
| [2.](#page215) | [Categorias de sujeitos de direito....................................................................](#page215) | | |  | [220](#page215) |
|  | 2.1 | Pessoa física........................................................................................... | |  | 220 |
|  | 2.2 | Pessoa jurídica....................... ................................................................ | |  | 222 |
|  | [2.3](#page220) | [Entes despersonalizados.........................................................................](#page220) | |  | [225](#page220) |
| [3.](#page220) | [Direito subjetivo..............................................................](#page220) | | | [...............................](#page220) | [225](#page220) |
| [4.](#page222) | [Direitos, deveres e garantias fundamentais.............](#page222) | | | [;.......................................](#page222) | [227](#page222) |
| • Para aprofundar o conhecimento............................................................. | | | | ...... | 230 |
|  |  |  | **Lição 13** |  |  |
|  |  |  | **FATO, ATO, RELAÇÃO E NEGÓCIO NO DIREITO** | |  |
| [1.](#page228) | [Fato jurídico....................................................................................................](#page228) | | |  | [231](#page228) |
| [2.](#page226) | [Ato jurídico......................................................................................................](#page226) | | |  | [233](#page226) |
|  | 2.1 | Definição................................................................................................. | |  | 233 |
|  | [2.2](#page229) | [Espécies...................................................................................................](#page229) | |  | [234](#page229) |
|  | 2.3 | Validade, nulidade e anulabilidade........................................................ | |  | 235 |
| 3. | Relação jurídica............................................................................................... | | |  | 236 |
|  | 3.1 | As relações sociais.................................................................................. | |  | 236 |
|  | 3.2 | Seletividade e graus de intensidade darelação jurídica.......................... | | | 236 |
|  | 3.3 | Características e elementos da relação jurídica...................................... | | | 238 |
| [4.](#page235) | [Negócio jurídico..........................................................](#page235) | | | [...................................](#page235) | [240](#page235) |
| [5.](#page237) | [Conclusão........................................................................................................](#page237) | |  |  | [242](#page237) |
| • | Para aprofundar o conhecimento................................................................... | | |  | 243 |

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  |  | SU M Á R IO | 13 |
|  |  |  | **Lição 14** |  |
|  |  | **DIVISÕES DO ORDENAMENTO JURÍDICO** | |  |
| [1.](#page239) | [Introdução......................................................................................................](#page239) | |  | [244](#page239) |
| [2.](#page241) | [Diferenças entre direito público e privado.....................................................](#page241) | | | [246](#page241) |
| [3.](#page244) | [Características e ramos do direito público.....................................................](#page244) | | | [249](#page244) |
|  | [3.1](#page244) | [Definição.................................................................................................](#page244) |  | [249](#page244) |
|  | 3.2 | Direito público interno........................................................................... |  | 250 |
|  | 3.3 Direito internacional público (direito público externo)........................ | | | 252 |
| [4.](#page249) | [Características e ramos do direito privado.....................................................](#page249) | | | [254](#page249) |
| [5.](#page251) | [“Direito misto”?..............................................................................................](#page251) | |  | [256](#page251) |
| • | Para aprofundar o conhecimento................................................................... | |  | 258 |
|  |  |  | **Epílogo** |  |
|  |  | **CRISES E CRÍTICAS DO DIREITO** | |  |
| 1. | Aspectos da crise do direito............................................................................ | |  | 259 |
|  | 1.1 Deficiências na aplicação do direito....................................................... | | | 260 |
|  | 1.2 | Distorções na tutela dos direitos............................................................ | | 260 |
| [2.](#page257) | [A necessidade da visão crítica.........................................................................](#page257) | |  | [262](#page257) |
| [BIBLIOGRAFIA......................................................................................................](#page259) | | |  | [265](#page259) |
| [*SITES* DA INTERNET............................................................................................](#page273) | | |  | [279](#page273) |
| [GLOSSÁRIO DE CINQUENTA TERMOS BÁSICOS.............................................](#page274) | | | | [281](#page274) |
| ÍNDICE DE QUADROS SINÓTICOS............ | | | !....................................................... | 287 |

**INTRODUÇÃO À 1.a EDIÇÃO**

Este livro de introdução ao direito foi construído a partir da minha expe­ riência no ensino universitário. O direito moderno é, muitas vezes, de difícil compreensão para os leigos e para aqueles que iniciam seu estudo. Tomemos como exemplo o art. 1.197 do novo Código Civil brasileiro:

“Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, tem­ porariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra

1. indireto”.
   * evidente que a frase está escrita em bom português. Porém, não é com­ preensível por quem não tem conhecimentos jurídicos. Isso ocorre porque o mundo jurídico utiliza seus códigos de comunicação, que divergem dos ordi­ nários. Com efeito, para entender o art. 1.197 é necessário saber o que significa “posse” e quais suas espécies no direito civil.

Objetivo da presente obra é auxiliar quem ingressa na Faculdade de Direito sem prévios conhecimentos jurídicos e esbarra em normas e conceitos incom­ preensíveis. A introdução ao direito pode ser comparada com a visita guiada a uma fábrica que mostra aos visitantes lugares desconhecidos.1 Por intermédio dos capítulos deste livro, o autor mostrará aos leitores:

* as definições do direito que foram dadas por vários estudiosos em diver­ sos períodos históricos e as características de seu estudo;
* seus conceitos básicos: sujeito de direito, direitos e deveres fundamen­

tais, Estado de direito, fato, ato, relação e negócio jurídico;

• as “salas” e os “andares” do edifício jurídico, isto é, os ramos, as discipli­ nas e as fontes do direito;

•suas ferramentas: normas jurídicas, linguagem e interpretação do direito, modos de solução de conflitos entre normas;

•as relações do direito com seus “vizinhos”, que são a moral, a justiça e a política.

**1. Muitas obras sublinham que a introdução ao direito é parecida com uma visita guiada. Cf. os manuais de Michel Miaille (1 9 9 4 , p. 16 -18) e Alexandre Araújo Costa (2 0 0 1 , p. 1 7 -20 ).**

16 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Quem visita pela primeira vez as instalações de uma fábrica obtém uma ideia vaga de sua estrutura e funcionamento. Para que o visitante conheça per­ feitamente a fábrica, é necessário que volte muitas vezes, converse com os tra­ balhadores e os dirigentes, faça perguntas, sane dúvidas e, sobretudo, se envolva diretamente, trabalhando nos vários departamentos da fábrica.

Quem deseja conhecer a “fábrica do direito” deverá cursar os cinco anos da graduação, fazer experiências práticas nos estágios, começar exercendo uma profissão jurídica e, em seguida, aperfeiçoar seu conhecimento por meio das leituras, da participação em eventos jurídicos e, eventualmente, de cursos de pós-graduação (especialização, mestrado, doutorado). Somente após um con­ tato longo e intensivo com a teoria e a prática do direito podemos dizer que alguém foi realmente “introduzido” ao mundo jurídico.

Com este livro o leitor realizará a primeira etapa desse percurso e talvez volte a consultá-lo quando tiver dúvidas sobre os conceitos básicos. Ninguém garante que o percurso será fácil. O ser humano aprende com esforço e comete sempre erros. Devemos começar estudando, mesmo sem entender tudo, para depois tentar de novo, errando menos e acertando mais. De maneira impercep­ tível adquirimos o domínio de uma matéria. Quem se formou em direito sabe que os ensinamentos dos livros de introdução ao direito, que lhe pareciam tão difíceis e complexos no primeiro ano da faculdade, foram gradualmente assimi­ lados, até que os conceitos “inacessíveis” tornaram-se perfeitamente familiares.

Para superar os problemas de entendimento, o estudante deve encontrar a coragem de dizer “não entendi” e de procurar os professores pedindo expli­ cações. Ao contrário das universidades autoritárias do passado, onde os profes­ sores “pontificavam” e os alunos ouviam (ou dormiam), os professores de hoje ficam felizes com as intervenções dos alunos, porque isso lhes permite melhorar o próprio desempenho e transmitir o conhecimento de forma mais eficaz (...).

Tive a sorte de receber os valiosos ensinamentos de dois professores que me ofereceram uma visão abrangente e interdisciplinar do direito, destacando a importância da reflexão teórica e a necessidade da visão crítica que permite desconfiar das abordagens tecnocráticas do direito. Ambos me ensinaram que não devemos aceitar uma opinião pelo simples fato de ter sido formulada pela “autoridade” do legislador, do juiz, do doutrinador ou do professor. Devemos usar a própria cabeça, pesquisar, refletir, questionar e avaliar.

Por isso dedico este livro à memória do Professor Aristovoulos Manessis, que me deu as primeiras e, de certa forma definitivas, aulas de direito constitu­ cional na Universidade Nacional de Atenas e me encorajou a seguir a carreira acadêmica, e ao Professor Alessandro Baratta, que orientou minha tese de dou­ torado na Universidade do Sarre, na Alemanha, e apoiou meu trabalho como professor e pesquisador na mesma Universidade.

|  |  |
| --- | --- |
| INTRO DUÇÃO À l. a EDIÇÃO | 1 7 |

Meus mais sinceros agradecimentos dirigem-se aos colegas que apoiaram a realização deste livro, especialmente à Professora Ana Lucia Sabadell, que re­ alizou uma completa revisão do texto, fazendo inúmeras críticas e sugestões e lembrando-me da obrigação de ser claro e objetivo. Agradeço igualmente aos Professores Eduardo Fanganiello e Paulo Ribeiro Pacello, que leram o texto, formulando propostas de melhoria e ao Professor André Ramos Tavares, pelas amigáveis e sempre bem humoradas discussões sobre problemas de teoria do direito.

São Paulo, março de 2003.

**O A U T O R**

**GUIA BIBLIOGRÁFICO**

**1. Bibliografia de introdução ao estudo do direito**

No ano 161 d.C., o cidadão romano Gaius publicou um livro denominado Institutiones ou Institutionum *commentarii.1* Objetivo do autor era introduzir ao direito da época jovens que iniciavam a carreira de jurista, de político ou de ora­ dor. O livro definia o direito, indicava suas fontes e apresentava, sucessivamen­ te, os regulamentos sobre o direito das pessoas, das coisas e das ações. A obra de Gaius teve um enorme sucesso graças à sua abrangência, clareza e simplicidade. Foi copiada e estudada por vários séculos, até chegar" ao nosso conhecimento graças a uma cópia manuscrita que foi descoberta em 1816. Esta é a primeira

*Introdução ao estudo do direito* que conhecemos.

Desde então vieram à luz inúmeras outras obras que introduzem ao es­ tudo do direito. Obras muito diferentes na forma e no conteúdo, tal como são diferentes os sistemas jurídicos que vigoraram nos diversos territórios e perío­ dos históricos. Na atualidade, os manuais de Introdução ao direito oferecem um apoio didático para a homônima disciplina, que é ensinada no primeiro ano das Faculdades de Direito em todo o mundo.

Uma advertência: Há livros de “Introdução ao direito” que oferecem ao alu­ no um panorama do direito vigente, de maneira resumida e superficial (exemplo: Kohler, 1919). O presente livro *não* introduz o leitor ao direito vigente. Seu ob­ jetivo é apresentar a estrutura do direito, seus principais conceitos e suas *formas* *de estudo.*

O estudante não deve satisfazer-se com um único livro. A melhor forma para entender a matéria ensinada e aprofundar o conhecimento é utilizar em paralelo os trabalhos de vários autores. A lista bibliográfica que se encontra no final do presente livro indica dezenas de manuais de introdução ao estudo do direito, bem como alguns dos mais importantes livros de teoria do direito. Um complemento indispensável é a leitura de uma *Introdução ao curso de direito* que pode propiciar conselhos e informações teóricas e práticas sobre os estudos jurídicos (Matos, 2007).

1. Texto completo disponível em [<http://www.gmu.edu/departments/fld/CLASSICS/](http://www.gmu.edu/departments/fld/CLASSICS/%e2%80%a8gaius.html) [gaius.html>;](http://www.gmu.edu/departments/fld/CLASSICS/%e2%80%a8gaius.html) [<http://wwwthelatinlibrary.com/gaius.html>;](http://wwwthelatinlibrary.com/gaius.html) tradução para o portu­ guês em Gaius, 2004.

2 0 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

**2. Bibliografia específica**

Dependendo do interesse pessoal e da necessidade de realizar trabalhos de pesquisa sobre determinados tópicos, o leitor pode consultar os estudos que são indicados entre parênteses no texto. Ao final de cada Lição, na seção intitulada *Para aprofundar o conhecimento*, indicamos obras básicas sobre os temas abor­dados na Lição.

As referências bibliográficas são resumidas. Indicamos o último sobrenome do autor e o ano de publicação do trabalho. Quando nos referimos a determi­ nada parte de um livro ou artigo, indicamos também as páginas que interessam.

Exemplo: a indicação “Kelsen, 2000, p. 4-25” significa que o leitor deve consultar as páginas 4 a 25 da obra de Kelsen que foi publicada em 2000. Para localizar a obra, o leitor precisa também conhecer o nome completo do autor, o título, o lugar de edição, a editora (ou o título da revista), o ano de publicação e as páginas do artigo. Estas informações são dadas na bibliografia que se en­ contra no final do livro e compreende, em ordem alfabética, todos os trabalhos citados na presente obra.

O estudo do direito é um processo sem fim. Em cada um dos textos citados no presente livro o leitor encontrará ulteriores indicações bibliográficas que am­ pliam o campo da pesquisa. Aconselha-se também a pesquisa em bibliotecas e na *internet*, que propicia um acesso rápido e econômico ao conhecimento, Para facilitar essa pesquisa, incluímos no livro uma lista de sites que oferecem acesso à doutrina, à jurisprudência e à legislação de vários países.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  |  |  | **DEFINIÇÕES DO DIREITO** |
| **S U M Á R I O : 1. Esclarecimentos preliminares e definição descritiva - 2 . Dezoito** | | | |
| **definições: 2.1** | **Platão; 2 .2 Aristóteles; 2 .3 Estoicos; 2 .4 Celso e Ulpiano;** | | |
| **2 .5 Tomás de Aquino; 2 .6 T h o m a s** | | | **Hobbes; 2 .7 Samuel Pufendorf; 2 .8** |
| **Baruch Spinoza; 2 .9 Jean -Jacques** | | | **Rousseau; 2 . 1 0 Immanuel Kant; 2. 11** |
| **Georg Wilhelm** | **Friedrich Hegel; 2 . 12 Friedrich Cari von Savigny; 2 . 13 Karl** | | |
| **Magnus Bergbohm; 2 . 1 4 Eugen** | | **Ehrlich; 2 . 15 Hans Kelsen; 2 .16Y evgeniy** | |
| **Bronislavovich** | **Pâchukanis; 2 . 17** | **RobertAlexy; 2 . 1 8 Eros Roberto G ra u - 3 .** | |
| **Convergências** | **nas definições: 3.1 A relatividade histórica do direito; 3.2** | | |
| **O direito com o** | **dever ser social;** | **3.3 Direito e coerção - 4 . Divergências** | |

**ideológicas nas definições: 4.1 Abordagem apologética; 4 .2 Abordagem crítica; 4 .3 Abordagem neutra - 5. Elementos fixos - 6. Definição normativa.**

**1. Esclarecimentos preliminares e definição descritiva**

O que é o direito? Uma das tarefas mais simples e, ao mesmo tempo, mais difíceis do mundo é dar uma definição do direito. Tarefa simples: todos os ma­ nuais de direito apresentam uma definição do direito e qualquer estudante ou profissional da área jurídica pode oferecer sua própria definição. Tarefa difícil: nunca houve nem haverá uma única definição do direito. Peçam aos seus cole­ gas de turma para colocar no papel uma definição do direito. É seguro que cada um dará uma definição diferente e isso significa que cada um tem uma ideia diferente sobre o direito.

Não devemos nos desesperar, considerando a definição impossível. Exis­ tem termos que são fáceis de definir porque correspondem a um objeto ou a uma experiência concreta. Podemos, por exemplo, definir a caneta ou a dor de cabeça de forma simples e aceita por todos. Há outros termos que não se defi­ nem com a mesma facilidade. Isso ocorre por uma simples razão. Alguns termos estão carregados de vários significados e as pessoas discordam sobre o melhor deles. A dificuldade em definir o “belo” ou o “correto” decorre da existência de inúmeras opiniões e posições ideológicas sobre estes termos.

O direito faz parte dos conceitos controvertidos porque a sua definição está vinculada a ideias filosóficas e políticas que possuem forte carga emotiva e em relação às quais não é fácil obter um acordo (Nino, 1983, p. 15-16; Villa, 2004, p. 10-11). O estudante do direito deve aceitar essa realidade. Direito significa

2 2 M AN UAL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

sempre controvérsia. E já que as pessoas entendem o direito de várias formas é de se esperar que sobre os problemas concretos de sua aplicação haja muitas opiniões, conflitos e contestações.

Para familiarizar o estudante com essa situação publicamos um estudo que inclui dez opiniões jurídicas diferentes sobre o mesmo tema (Dimoulis, 2009). E não seria difícil um outro autor escrever mais dez opiniões sobre esse mesmo tema! Em resumo: direito não significa unanimidade nem certeza. Significa dú­ vida e controvérsia.

Se não podemos indicar com simplicidade e certeza “o que é direito” (e como interpretá-lo), o melhor caminho é a humildade. Antes de dar a definição, devemos nos perguntar o que as pessoas entendem como direito. Desta forma, podemos reunir um valioso material preliminar.

Este é o caminho da definição *descritiva.* Devemos indicar, com palavras simples, aquilo que as pessoas entendem como direito. A definição descritiva é também denominada definição lexical porque, tal como fazem os dicionários, indica todas as utilizações corretas do termo.1 No caso do direito, devemos ini­ ciar distinguindo *quatro* significados diferentes do termo:

* 1. Direito é o justo, aquilo que cada pessoa deve fazer ou deixar de fazer em uma sociedade bem ordenada e justa. Este significado está relacionado com o termo latino *direçtum*, que significa reto, bem direcionado, correto (como na expressão “fiz tudo direito”). A definição do direito como mandamento justo coloca o problema da relação entre as leis que estão em vigor em determinado país e os ideais de justiça (Lição 5).
  2. Direito é aquilo que alguém pode fazer, exercendo uma faculdade (direi­ to de votar), exigindo uma prestação (direito do vendedor de receber o preço da mercadoria vendida) ou omissão (exigir que os vizinhos deixem de incomodar ouvindo música após a meia-noite). Esta é a definição do “direito subjetivo” (Lição 12, 3).
  3. Direito é o estudo das normas jurídicas. Neste sentido, dizemos que alguém é estudante ou professor de direito. Aqui o termo “direito” designa o conjunto das disciplinas jurídicas, que muitos denominam “ciências jurídicas”.

1. **Se alguém alegar que o direito é um conjunto de normas criadas pelos jacarés, todos dirão que a definição “não faz o menor sentido”, é simplesmente absurda. Isso significa que tal definição é totalmente alheia ao uso do termo direito, ou seja, que não pode ser admitida como definição descritiva. Por outro lado, se uma outra pessoa alegar que direito é um conjunto de normas que correspondem à vontade divina, a definição pode ser criticada, sustentando-se que o direito é criado pelo Estado, mas ninguém dirá que a definição não faz sentido.**

|  |  |
| --- | --- |
| DEFINIÇÕES D O DIREITO | 2 3 |

4. *Direito é o conjunto de normas que objetivam regulamentar o comporta­* *mento das pessoas na sociedade. Essas normas são editadas pelas autoridades com­ petentes e preveem, em caso de violação*, *a imposição de penalidades por órgãos do Estado.2*

Esta é a definição do *direito objetivo.* Os doutrinadores referem-se também ao direito objetivo utilizando como sinônimo os termos: direito positivo; direito em vigor; ordenamento jurídico. Nesta introdução interessa principalmente o quarto significado do termo, porque indica o principal objeto de estudo dos alunos de direito e a matéria de trabalho dos operadores jurídicos.

Essa definição descritiva precisa de melhorias, de acréscimos e de escla­ recimentos. Para formular uma definição mais completa, é, agora, necessário conhecer aquilo que vários estudiosos do direito definem como direito objetivo. Dessa forma, teremos muito mais elementos de reflexão podendo oferecer uma definição mais completa.

**2. Dezoito definições**

Estudaremos aqui dezoito definições do direito que foram dadas nos últi­ mos vinte e quatro séculos por vários autores.3 Depararemos com ideias muito diferentes e frequentemente contraditórias entre si. Veremos, porém, que no final do percurso surgirão alguns elementos comuns que facilitam a tarefa da definição.

*2***.7** *Platão*

Platão (427-348 a.C.), um dos mais notáveis filósofos da Grécia antiga e aluno de Sócrates, tratou de assuntos jurídicos principalmente nas obras *Politeia* (A *república -* 375 a.C.) e *Nomoi* (As *leis* - 350 a.C.) (Platão, 1999 e 2001). Em sua visão, o direito consiste na busca de justiça, ou seja, é definido como regra que indica o justo. O princípio fundamental é dar a cada um aquilo que ele merece. Esse princípio deve ser garantido pelo Estado. Como podemos, porém, saber o que cada um merece? Platão considera que o Estado deve se estruturar conforme os três tipos da natureza humana: há pessoas movidas pelo desejo, outras movidas pela coragem e outras movidas pela razão. O desejo caracteriza o “povo”, que trabalha e situa-se no escalão inferior. Depois vêm as pessoas dotadas de coragem, ou seja, os militares, localizados no escalão intermediário.

1. **O termo “Estado” escreve-se com maiúscula quando indica o governo e seus aparelhos de exercício do poder político. Isso permite diferenciar entre o “Estado” no sentido político e a palavra “estado” que significa “situação” ou “condição”.**

**3. A ideia de apresentar definições do direito dadas por vários autores e, em seguida, buscar os elementos comuns e as divergências é de Uwe Wesel (1993, p. 39 -48).**

2 4 M ANUAL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

No ápice da hierarquia encontram-se os filósofos, que possuem o dom da razão e devem governar a sociedade. Direito significa, então, dar a cada um aquilo que corresponde à sua natureza e função na sociedade.

**2.2** *Aristóteles*

Aristóteles (384-322 a.C.) é o mais famoso entre os filósofos da Grécia antiga. Escreveu, entre muitas outras, as obras *Ética a Nicômacos* (330 a.C.) e *Política* (336 a.C.), que interessam particularmente aos estudiosos do direito(Aristóteles, 2002 e 1997). Segundo o filósofo, o Estado define o que é direito, devendo empregar o critério da justiça. O direito é justo quando protege os interesses gerais da sociedade e, em particular, quando trata de maneira igual as pessoas que se encontram em situação igual. Há duas formas de igualdade. A igualdade aritmética e a igualdade geométrica. A primeira exprime a justiça comutativa (ou sinalagmática); a segunda a *justiça distributiva* (ou atributiva).

A justiça comutativa deve ser aplicada em caso de contratos ou danos. Todos devem cumprir suas promessas e indenizar pelos danos que causaram na exata medida da promessa ou do dano. Este é o princípio da igualdade aritmé­ tica (“um por um”).

A justiça distributiva é uma forma mais elevada de justiça. Fundamenta--se na proporcionalidade e aplica-se na distribuição dos ofícios e das honrarias objetivando determinar a posição social das pessoas. Critério de justiça distribu­ tiva é o valor pessoal, que é diferente para cada indivíduo. Por isso, o resultado da justiça distributiva é a desigualdade social. Cada um deve ter uma posição correspondente ao seu mérito e valor.

Na ótica de Aristóteles, o direito se confunde com a justiça. Mas, por haver duas formas de justiça, deve ser decidido em cada caso se se aplica a justiça co­ mutativa ou a distributiva, sendo os resultados muito diferentes.

**2.3** *Estoicos*

Essa escola filosófica foi fundada por Zenão de Cicio (336-264 a. C.), em Atenas, possuindo discípulos até o século II d.C.4 Além de filósofos gregos, fi­ zeram parte da escola estóica pensadores romanos, como Sêneca e o Imperador Marco Aurélio.

Os estoicos consideravam que o direito não estava ligado ao Estado, mas decorria da natureza. O ser humano, como parte da natureza, deve viver con­ forme as leis que resultam dessa última e são necessariamente iguais para todos,

1. **Matos, 2009 . O termo provém do grego *Stoá* (pórtico) e indica o lugar de Atenas onde se encontravam esses filósofos (a “Stoá Poikíli” = pórtico com pinturas).**

|  |  |
| --- | --- |
| DEFINIÇÕES D O DIREITO | 2 5 |

independentemente da época, do lugar e da condição social. O direito obriga o ser humano a combater suas paixões e fraquezas, cumprir seus deveres e viver livre e tranquilo de acordo com suas inclinações. Nessa ótica, o estudo da natu­ reza humana permite deduzir as regras que constituem o direito, sendo válidas mesmo quando o Estado ou os homens não as respeitam.

*2.4* *Celso e Ulpiano*

Ao contrário da Grécia antiga, onde muitos filósofos refletiam sobre as relações do direito com a justiça, em Roma, os pensadores que escreviam sobre o direito eram juristas atuantes na prática; criavam e aplicavam o direito, sem preocupar-se muito com questões teóricas.

Dois famosos jurisconsultos romanos são Celso (Publius Iuventius Celsus - viveu entre os séculos I e II d.C.) e Ulpiano (Domitius Ulpianus, assassinado em 223 d.C.). Suas opiniões jurídicas gozavam de grande prestígio e foram in­ cluídas na mais influente coletânea do direito romano, o *Digesto* de Justiniano, publicado entre 530 e 533 d.C., em 50 fascículos. Nos fragmentos desses auto­ res incorporados no Digesto, encontramos algumas indicações sobre a natureza do direito.

Ulpiano afirma que o direito é o mesmo para todos. Há um direito natural (ius *naturale*), que a natureza ensina a todos os animais, incluindo os seres hu­ manos. Um exemplo de regra de direito natural é a união entre os dois sexos. Há também um “direito das gentes” (ius *gentium*), aplicável especificamente aos seres humanos. Ao contrário do direito natural que trata todos os seres huma­ nos da mesma forma, o direito das gentes pode dar um tratamento diferenciado a determinados grupos, distinguindo segundo a origem e a condição social da pessoa e permitindo, por exemplo, a distinção entre os livres e os escravos. Temos, finalmente, o “direito civil” (ius *civile*) que é composto pelas normas específicas de determinada sociedade.5

A mais famosa definição do direito é atribuída a Celso. O direito constitui a arte do bem e do justo: “Ius est ars boni et aequi”.6 Infelizmente, essa definição não está acompanhada de uma explicação, para que possamos saber como a entendia o autor. Mesmo assim, sua definição lapidar exerceu muita influência porque combina dois elementos que até hoje estão presentes na visão dos juris­ tas sobre o direito.

1. **Digesto de Justiniano, 1.1 .1 .3; 1.1 .1 .4; 1.1.4; 1.1.6, preâmbulo. O texto original encon­ tra-se em:** [**<http://www.gmu.edu/departments/fld/CLASSICS/digestl .**](http://www.gmu.edu/departments/fld/CLASSICS/digestl%20.html)**html>.**
2. **Digesto de Justiniano, 1.1.1, preâmbulo. Fonte:** [**<http://www.gmu.edu/departments/**](http://www.gmu.edu/departments/%e2%80%a8fld/CLASSICS/digestl%20.html)[**fld/CLASSICS/digestl**](http://www.gmu.edu/departments/%e2%80%a8fld/CLASSICS/digestl%20.html) **.html>.**

2 6 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

A definição de Celso indica que o direito vincula-se à busca pela justiça (o bem e o justo), isto é, aos princípios que permitem ordenar corretamente a so­ ciedade. Indica também que o direito não oferece respostas claras e definitivas. O direito é uma “arte” que permite dar diferentes soluções, dependendo do momen­ to, das pessoas envolvidas, da situação social e política e das opiniões dos juizes. Considerar o direito como arte significa introduzir em sua definição a ideia da política, da ponderação de interesses e da contínua mudança. Podemos dizer que em sua visão a finalidade do direito é a realização da justiça, mas para tanto exis­ tem inúmeros caminhos. O direito seria uma “arte” em perpétua transformação.

*2.5* *Tomás de Aquino*

Teólogo italiano (1225-1274), canonizado como santo pela Igreja Católica e autor de um dos textos mais citados na história ocidental, a *Summa Theologica* publicada em 1270 (Aquinatis, 1952). Tomás de Aquino ensina que as leis são mandamentos da *boa razão*, formulados e impostos por aquele que cuida do bem da comunidade, isto é, pelo Monarca: “definitio legis, quae nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam com-munitatis habet, promulga ta”.7

Trata-se do direito estatuído e escrito, do *ius positivum.* Porém, o príncipe não possui plena liberdade na criação do direito. Deve respeitar os mandamen­ tos divinos, que constituem a lei eterna *(lex aetema*,). Essa lei eterna encontra-se nos ensinamentos da Igreja Católica e inclui o direito natural.

Assim sendo, o príncipe é obrigado a criar normas que derivem da lei eter­ na e protejam o bem comum. Se houver conflito entre a lei positiva e a eterna, isso significa que a lei positiva é “corrupta”, “tirânica”, “perversa” ou “simples violência”. Em tais casos, os súditos são liberados do dever de obediência à lei positiva.

Mas o filósofo católico se apressa a observar que tais casos são extremamen­ te raros, já que o príncipe sempre cuida do bem comum e respeita os manda­ mentos divinos e, em todo caso, o respeito da lei “corrupta” pode ser necessário para evitar as desordens e as revoltas. Essa complacência com os governantes e o direito da época chega a ponto de o autor defender a legitimidade da escravidão.

*2.6* *Thomas Hobbes*

Filósofo inglês (1588-1679) que escreveu a obra *Leviathan*, em 1651 (Hob­ bes, 2000). Em sua opinião, o direito é imposto pelo Estado. Antes da criação do Estado existem os direitos naturais das pessoas: cada um pode fazer aquilo que

**7.** **Summa Theologiae:** [**<http://www .corpusthomisticum .org/sth2090.html>.**](http://www.corpusthomisticum.org/sth2090.html)

|  |  |
| --- | --- |
| DEFINIÇÕES D O DIREITO | 2 7 |

corresponde aos seus desejos e interesses. Isso gera, porém, conflitos e guerras, miséria e destruição mútua. No “estado de natureza”, os indivíduos vivem em uma situação anárquica, em que predominam o desrespeito e a luta pela satisfa­ ção dos interesses egoístas. Temos, segundo uma famosa frase de Hobbes, uma guerra de todos contra todos (“every man is enemy to every man”; “a war with every other man”).8 Com efeito, o grande problema é que os direitos naturais de cada um não correspondem a obrigações dos demais. São direitos incompletos que não oferecem qualquer segurança aos seus titulares.

Por essa razão, os homens reúnem-se criando sociedades organizadas. Ab­ dicam de seus direitos naturais, entregando todo o poder a uma autoridade cen­ tral, ao Estado. Cria-se, assim, um contrato social, cujo objeto é a submissão de todos ao Estado (*pacto de sujeição*). Em virtude desse pacto, o Estado deve distribuir direitos e obrigações, garantindo seu respeito mediante a ameaça de punições. Somente a instauração do direito positivo estatal permite que o ho­ mem viva decentemente, podendo, pelo menos, andar na rua sem medo de ser morto em cada esquina.

Hobbes considera necessário o poder absoluto do Estado, porque só assim é possível organizar a sociedade. Um monarca ou um grupo de pessoas deve estabelecer as leis da convivência pacífica, propiciando segurança e impondo suas decisões por meio da força. A razão humana e o interesse de todos levam a essa escolha.

Hobbes situa o direito *positivo em posição de superioridade com relação ao* *direito natural.* Aqui, o direito é estabelecido por uma *vontade política*. Suas re­gras serão respeitadas não porque são justas ou corretas, mas porque aquele que as impõe tem também o poder de constranger. O Estado é comparado a um poderoso “monstro” que garante o direito por meio da ameaça e da coação.

Em sua visão, mesmo se o direito imposto pelas autoridades do Estado não for justo, os homens devem obedecer, porque assim será garantida a segurança de todos e a prosperidade social. Daí a afirmação que a lei é determinada pelo poder que exerce o Estado e não pela verdade do direito natural (*auctoritas non* *veritasfacit legem).*

Mas isso não significa que Hobbes considera o direito resultado de uma de­ cisão ditatorial. A imposição estatal do direito corresponde ao efetivo e racional interesse de todos, sendo ele requisito para evitar conflitos sociais.

**2.7** *Samuel Pufendorf*

Jurista e político alemão (1632-1694), que atuou como professor de “direi­ to natural e das gentes” na Alemanha e na Suécia. Em 1673, Pufendorf resumiu

**8.** **Hobbes, 1998, capítulos XIII.9 e XXX .3, p. 84, 222.**

2 8 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

seu pensamento na obra *Dos deveres do homem e do cidadão segundo o direito* *natural* (Pufendorf, 2000).

Seu ponto de partida é a liberdade humana que deve ser regulamentada e limitada mediante a lei. O direito natural indica um conflito entre a tendência do homem a unir-se com os demais e sua vontade de preservação de seus inte­ resses egoísticos.

As regras do direito natural podem ser estabelecidas por meio de um exa­ me profundo e racional da natureza humana. Pertencem ao direito natural as normas que estão de acordo com a natureza racional do ser humano e permitem uma convivência social civilizada e pacífica. Resultam, assim, normas, tais como a obrigação de respeitar a vida, a propriedade e a honra dos demais e o dever de honrar seus compromissos. Tais mandamentos da razão são, porém, insuficien­ tes para garantir a vida em sociedade, porque lhes falta a sanção, a possibilidade de aplicar penalidades que intimidem as pessoas, impondo o respeito às regras.

Para tanto, é necessária a criação do Estado por meio do consentimento de todos (contrato social). O direito positivo estabelecido pelo Estado garante a paz, a segurança e o bem-estar, punindo os desvios e possibilitando o desenvol­ vimento da civilização. O Estado é absolutamente soberano e suas leis prevale­ cem sobre aquelas do direito natural.

Segundo Pufendorf, o soberano que cria leis contrárias ao direito natural e à vontade divina comete um pecado. Isso, porém, não é motivo para resistência; Os súditos devem respeitar a vontade dos governantes, que é legitimada pelo contrato de criação do Estado. Desrespeitar a lei que contraria o direito natural só é permitido em um caso: quando a lei obriga o súdito a cometer um pecado e este último não pode exilar-se!

*2.8* *Baruch Spinoza*

Spinoza (1632-1677), filho de judeus que emigraram de Portugal para a Holanda, foi expulso da comunidade judia por ser considerado “herético”. Du­ rante sua vida sofreu muitas privações em decorrência de suas opiniões, consi­ deradas ateístas e subversivas. Morreu quando escrevia a obra *Tratado político*, que estuda detidamente questões jurídicas (Spinoza, 1994).

Para Spinoza, direito significa força, poder, potência (*potentia*). Cada pes­ soa possui um determinado poder e direito é aquilo que corresponde ao seu poder. Em outras palavras, direito é aquilo que a pessoa pode fazer e a força dos outros não consegue impedir. Os governantes podem criar leis conforme seus interesses porque possuem um poder maior que o poder dos demais, porque conseguem dominá-los.

Spinoza considera absurdo acreditar que o direito depende do Estado ou da justiça. Ele pensa que o direito indica somente uma relação de forças. O direito é

|  |  |
| --- | --- |
| DEFINIÇÕES D O DIREITO | 2 9 |

o poder de cada um. Mesmo assim, o filósofo ressalta que os seres humanos são por natureza racionais, querem preservar sua segurança, satisfazer suas necessi­ dades e utilizar a liberdade de pensamento. Nesse sentido, o governo que tenta aniquilar essas características naturais dos seres humanos encontrará grande resistência. Em outros termos, o poder/direito dos governantes encontra um contrapeso no poder/direito das massas, que podem rebelar-se se os governantes impuserem regras contrárias à natureza dos seres humanos.

2.9 *Jean-Jacques Rousseau*

Filósofo de origem suíça (1712-1778), autor de projetos de Constituição e do famoso ensaio *Do contrato social*, publicado em 1762 (Rousseau, 2001). Rousseau constata as grandes desigualdades e injustiças sociais e as atribui à propriedade privada que permite às minorias poderosas explorar e oprimir a maioria. Para remediar essa situação deve ser estabelecido um pacto social dife­ rente. Rejeitando a visão autoritária de Hobbes, que falava de um pacto de su­ jeição ao Estado, Rousseau entende que o pacto social deve permitir que o povo crie suas próprias leis e não se submeta à vontade dos poderosos.

Encontramos, aqui, o ideal da “autolegislação” fundamentado em um pac­ to social *democrático.* O direito deve expressar a soberania do próprio povo e ga­ rantir a ordem e a segurança sem abolir a liberdade dos membros da sociedade. Em outras palavras, o direito deve resultar de decisões da própria coletividade e defender seus interesses (expressão da “vontade geral”).

O direito aparece, assim, como produto de uma vontade política de mu­ dança. Os homens, que são desiguais por natureza, divididos em opressores e oprimidos, podem tornar-se iguais graças à criação de um direito igualitário e democrático, evitando que os ricos possam dominar e até “comprar” os pobres. Isso não significa que o direito favoreça sempre os socialmente fracos, mas, caso o governo não seja corrupto e o povo realmente influencie suas decisões, o di­ reito garantirá a harmonia social e a igualdade.

*2.10 Immanuel Kant*

Filósofo alemão (1724-1804) que publicou, em 1797, a obra A *metafísica* *dos costumes* (Kant, 2003). Kant considera o direito como produto da sociedadee expressão de obrigações morais dos indivíduos. A diferença entre a moral e o direito está no fato de que o direito ameaça com coação em caso de descumpri-mento da norma e não se interessa pelos motivos da ação dos indivíduos, mas somente pelos seus resultados.

O direito deve expressar uma regra básica: devemos atuar de forma que a nossa conduta possa valer como lei geral. Em outras palavras, não devemos fa­ zer aquilo que não gostaríamos que os outros fizessem. Essa é a “regra de ouro”

3 0 M ANUAL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

(ou “imperativo categórico”) que impõe limites aos indivíduos. Queres que os outros te roubem? Não. Então nem tu podes roubar! Disso resulta que o direito deve impor o mandamento “não roubarás” como lei geral.

O objetivo do direito é conciliar a liberdade de cada um com a liberdade dos demais, de forma que a liberdade possa prevalecer como regra geral. Nesse sentido, o direito deve limitar a ação do indivíduo para preservar a liberdade dos demais. Kant afirmou que os juristas não sabem o que é direito. Ele, porém, o definia de forma clara. Para ele, direito é o conjunto de regras estabelecidas pelo Estado para garantir a liberdade de todos os indivíduos e não somente sua sobrevivência, como dizia Hobbes. Assim sendo, Kant sustenta que direito não é simplesmente o útil, mas o certo. O direito positivo é aceitável somente quando respeita a regra de ouro e preserva a liberdade de todos.

**2.7 7** *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*

Um outro grande filósofo alemão, Hegel (1770-1831), apresenta uma defi­ nição bastante diferente do direito em sua obra *Linhas fundamentais da filosofia* *do direito*, de 1821 (Hegel, 1997).

Hegel afirma que não é possível dar uma *única* definição do direito. Cada época elabora um direito com finalidades e características diversas. O direito moderno é o mais elaborado de todos, porque exprime os valores supremos do gênero humano. Isso é devido ao fato de ser produto do Estado e não simples­ mente de acordos entre indivíduos. O Estado exprime o interesse geral, garante a aplicação dos princípios morais e realiza a liberdade humana.

Na filosofia de Hegel, o “espírito do mundo” (Wel tgeist) é a ideia do pro­ gresso, da perfeição e, principalmente, da liberdade. Esse espírito do mundo exprime-se da forma mais perfeita por intermédio do Estado moderno, que in­ corpora, ao mesmo tempo, os valores morais da família, da sociedade e da vida pública: o Estado é a liberdade e a moralidade. Dessa forma, o direito moderno exprime o espírito de uma sociedade, que se realiza na história mediante con­ tínuas conquistas e melhorias éticas. O direito moderno é a plena liberdade, definida e garantida pelo Estado.

**2.72** *Friedrich Cari von Savigny*

Savigny (1779-1861), famoso jurista alemão, de família nobre, reitor da Universidade de Berlim e Ministro de Justiça da Prússia, publicou, em 1814, o famoso estudo *Sobre a tendência da nossa época para a legislação e a ciência* (Sa­ vigny, 1977). Aqui encontramos também uma abordagem histórica do direito.

O autor rejeita a ideia de que o direito estatal seja a única forma de manifes­ tar a identidade política e jurídica de uma nação. Uma fonte muito importante

|  |  |
| --- | --- |
| DEFINIÇÕES D O DIREITO | 31 |

do direito são as formas de organização política e social, presentes na tradição nacional. Cada povo possui seu “espírito”, que cria uma cultura nacional.

Savigny define, assim, o direito como produto histórico decorrente da consciência coletiva de cada povo, que se manifesta em suas tradições e costu­ mes. O espírito do povo revela-se no direito costumeiro que é sistematizado nos trabalhos dos juristas nacionais (“direito científico”). O legislador estatal pode ser um dos veículos de expressão do direito do povo, mas não pode ser o único, nem podemos excluir que determinadas leis entrem em conflito com o espírito do povo.

Este autor critica as tentativas de codificação do direito de forma sistemá­ tica e racional no modelo dos códigos franceses elaborados pelos juristas de Napoleão no começo do século XIX. O direito não pode decorrer de um modelo universal sem pensar nas particularidades do tempo e do espaço. Sendo adepto da visão histórica, Savigny sustenta que o direito deve evoluir com o tempo, sempre de acordo com as particularidades de cada cultura nacional.

Lendo sua obra, percebemos, porém, que o autor não se interessava muito pelo verdadeiro direito do povo. Como jurista e membro da classe dominante, afirmava que a essência do direito alemão é a garantia da propriedade privada e a liberdade dos indivíduos sem muitas interferências estatais. Esses são, po­ rém, os princípios das sociedades capitalistas que contrariavam frontalmente a organização social da Alemanha e de outros países europeus na Idade Média e Moderna!

*2.13 Karl Magnus Bergbohm*

Encontramos, agora, um típico representante do positivismo jurídico do século XIX. Bergbohm (1849-1927) atuou como professor de direito na Alema­ nha. Publicou, em 1892, a obra *Jurisprudência e filosofia do direito* (Bergbohm, 1973). Na opinião do autor, uma norma que regulamenta a atividade humana converte-se em direito positivo quando seu conteúdo é expresso por meio da “forma jurídica” *(Rechtsform*), que caracteriza as leis, os decretos e as decisões dos tribunais. Somente as autoridades do Estado podem dar às normas de con­ duta social a forma jurídica, mediante um ato solene de imposição. Esse é o di­ reito posto e imposto. Disso resulta a seguinte equação: “todo direito é positivo e somente o direito positivo é direito”. Os indivíduos devem obedecer às normas criadas pelo Estado, sob pena de sanção. Normas criadas por outras autoridades sociais (igreja, família etc.) não vinculam o indivíduo juridicamente.

Aqui temos um Hobbes empobrecido. Bergbohm não faz referência ao di­ reito natural, nem às finalidades sociais do direito (segurança, bem-estar etc.). Direito é simplesmente aquilo que o Estado impõe como direito em determi­ nado momento, utilizando para tal efeito a forma jurídica. As qualidades ou

3 2 M ANUAL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

os vícios do direito não influenciam sua validade. Na opinião do autor, mesmo o pior direito é vinculante, se for criado conforme as regras de competência. Como fazem em geral os positivistas, Bergbohm não analisa as razões sociais pelas quais o direito tem determinados conteúdos, nem se preocupa com o di­ reito “ideal”. Considera como tarefa do jurista apresentar aquilo que é imposto pelo direito do Estado.

*2.14 Eugen Ehrlich*

A visão do direito muda bastante na obra do jurista austríaco, Eugen Ehr­ lich (1862-1922). A sua obra maior *Fundamentos da sociologia do direito* (1913) é um dos primeiros trabalhos de sociologia jurídica (Ehrlich, 1986). O autor destaca a origem social e não estatal do direito. Há um *direito vivo* criado, apli­ cado e transformado pelo povo. O direito vivo não se manifesta nos códigos ou nos tribunais. Encontra-se nos costumes que são seguidos pelas pessoas em suas relações.

Mesmo quando se refere especificamente ao direito do Estado, Ehrlich cri­ tica a opinião de que os tribunais aplicam as leis. Em sua perspectiva, o direi­ to surge da “pesquisa livre” do juiz. O resultado dessa “pesquisa” depende da personalidade do juiz, de sua formação e de sua interpretação de tradições e de crenças sobre a justiça. Todos esses elementos são mais importantes do que a interpretação das leis (Ehrlich, 1967).

Ehrlich observou que os camponeses da Europa central seguiam regras costumeiras, ignorando o Código Civil austríaco. Tal fato o fez concluir que o direito não depende da vontade do Estado, nem da ameaça de punição por parte das autoridades estatais. O direito depende do reconhecimento social de certas normas. Esse reconhecimento se realiza por meio da pressão que exerce a co­ munidade sobre o indivíduo. Em outras palavras, o direito nasce e se transforma por meio da ação social que lhe dá força vinculante.

*2.15 Hãns Kelsen*

Esse jurista austríaco (1881-1973), que muitos consideram como o mais importante do século XX, foi vítima da perseguição nazista contra os judeus e, após várias aventuras, encontrou refúgio nos Estados Unidos. Kelsen realizou em suas obras uma leitura exclusivamente jurídica do direito. Seu pensamento foi exposto com particular clareza na obra *Teoria pura do direito*, publicada em primeira edição em 1934 (Kelsen, 2000).

Kelsen é partidário do positivismo jurídico. Em sua opinião, a tarefa da ciência jurídica é explicar como funciona o ordenamento jurídico. As normas em vigor devem ser estudadas pelos juristas sem interferência de outras disci-

|  |  |
| --- | --- |
| DEFINIÇÕES D O DIREITO | 3 3 |

plinas, tais como a sociologia, a história, a ciência política, a psicologia, a teo­ logia ou a filosofia. Essas disciplinas são úteis para entender e avaliar o direito positivo, mas não devem intervir no seu estudo, que deve ser “puro”, como diz o título de sua principal obra.

Kelsen define o direito como organização da força ou ordem de coação. As normas jurídicas são obrigatórias e aplicam-se mesmo contra a vontade dos destinatários por meio do emprego de força física. O direito vigora em determi­ nado território porque consegue ser politicamente imposto e reconhecido pela maioria da população.

Entretanto, o estudioso do direito não deve interessar-se pelas razões so­ ciais da validade do direito, mas tão somente pelos mecanismos jurídicos. A Constituição cria uma hierarquia das fontes do direito (Lição 11, 3.1.1), que são estruturadas de forma escalonada. Essa é a *pirâmide normativa:* as normas inferiores devem ser conformes às superiores.

Assim sendo, na ótica do profissional do direito, a validade de uma norma jurídica não é devida a fatos políticos ou sociais. Eundamenta-se sempre em uma norma superior. A ciência jurídica deve, por um lado, descrever as carac­ terísticas e as relações das normas em vigor (estática do direito) e, por outro lado, examinar quais são as autoridades competentes e os procedimentos para a criação de novas normas (dinâmica do direito).

2 .*16 Yevgeniy Bronislavovich Pachukanis*

O jurista soviético Pachukanis (1891-1937) publicou, em 1924, o estudo *Teoria geral do direito e marxismo* (Pasukanis, 1989). Trata-se do mais impor­tante dos juristas que seguem a teoria marxista. Pachukanis sustentava que o direito é um fenómeno específico da sociedade burguesa, que não existiu antes do capitalismo nem existirá após sua abolição. Em sua opinião, a revolução co­ munista feita na Rússia, em 1917, deveria destruir o direito, substituindo-o pelo poder popular-democrático e por normas técnicas. Essas opiniões não agrada­ ram os dirigentes políticos do período stalinista, que consideravam o direito como elemento básico do regime socialista. Pachukanis foi perseguido, exilado e morreu no exílio, provavelmente executado.

Os marxistas consideram que o direito é um conjunto de regras impostas pelo Estado, que constrange os indivíduos a aceitá-las servindo, assim, aos in­ teresses da classe dominante. Por essa razão, o Estado constitui uma “ditadura de classe”, que impõe as normas jurídicas de forma coativa para garantir a do­ minação de classe.

O autor não se satisfaz com essa resposta genérica. Considera necessário analisar as peculiaridades do direito das sociedades capitalistas, que o diferen-

3 4 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

ciam de todas as demais. O direito capitalista garante a igualdade e a liberdade de todos, ou seja, é constituído por normas abstratas, que valem para todos e consagram a “autonomia da vontade” (cf. Lição 13, 4).

Esses dois princípios explicam-se pela estrutura do sistema capitalista. Como as mercadorias são trocadas igual por igual, no capitalismo todos devem ser iguais para poder trocar as mercadorias igual por igual. Além disso, no capi­ talismo o trabalhador explorado não é constrangido a trabalhar, como acontecia nas sociedades escravocratas e feudais. No capitalismo o trabalhador não possui os meios de produção, pertencentes aos capitalistas, e por isso deve procurar com a própria iniciativa os patrões exploradores, pedindo emprego. Por isso, o direito garante a liberdade de todos.

Trata-se, porém, de uma liberdade e de uma igualdade puramente formais, quase ilusórias. Na prática, o sistema capitalista consagra a violência e a explo­ ração mediante a liberdade e a igualdade jurídica. Para que os membros de uma sociedade sejam realmente livres e iguais, é necessário que a revolução socialista acabe com o capitalismo e com o direito. Foi justamente essa rejeição do direito que levou Pachukanis à morte.

*2.17 RobertAlexy*

Alexy (1945-), professor de filosofia do direito e de direito público na Ale­ manha, apresenta sistematicamente sua definição do direito na obra *Conceito* *e validade do direito*, publicada pela primeira vez, em alemão, em 1992 (Alexy,1994; ver também Alexy 2005). O autor faz parte da escola moralista do direito (Lição 3, 5), sendo particularmente influenciado pelo jurista norte-americano Ronald Dworkin (1931-).

Segundo Alexy, a definição dada ao direito por autores positivistas como Bergbohm e Kelsen não é suficiente. Para reconhecer a validade de uma norma não basta que ela seja criada pelas autoridades competentes conforme a Consti­ tuição e que o ordenamento jurídico seja globalmente aceito pela sociedade. O autor considera que o direito está estritamente vinculado aos preceitos morais vigentes em determinada sociedade.

Isso significa, em primeiro lugar, t is normas “extremamente injustas” não são válidas, mesmo que as autoridade do Estado as apliquem. As normas jurídicas devem manifestar a vontade do legislador de criar regulamentos razoá­ veis e adequados, respeitando os mandamentos da justiça.

Em segundo lugar, o ordenamento jurídico não compreende somente as normas explicitamente criadas pelo legislador, mas também os princípios mo­ rais aceitos pela sociedade. Tais princípios devem guiar a aplicação do direito, satisfazendo as exigências da moralidade e da justiça. Em outras palavras, o di-

|  |  |
| --- | --- |
| DEFINIÇÕES D O DIREITO | 3 5 |

reito não possui somente uma “dimensão real” (normas criadas pelo legislador), mas também uma “dimensão ideal” que lhe dã sentido enquanto conjunto de normas que objetivam satisfazer as exigências de justiça.

2 *.18 Eros Roberto Grau*

Encerramos a peregrinação pela cultura jurídica indicando a definição do direito dada por Eros Roberto Grau (1940-) que foi professor de direito da Uni­ versidade de São Paulo e Ministro do Supremo Tribunal Federal, dedicando-se atualmente à advocacia. Na obra *O direito posto e o direito pressuposto* (Grau, 2000, p. 33-82), o autor distancia-se da visão positivista, que considera insu­ ficiente e contraditória, sem aceitar, porém, a visão moralista. Seu objetivo é construir uma “doutrina real do direito”, fundamentada na observação das fun­ ções do direito na sociedade. Finalidade do direito é a solução de conflitos para encontrar um equilíbrio entre a liberdade do indivíduo e o interesse coletivo. Essa função é cumprida por meio de normas e decisões jurídicas que constituem um sistema.

O legislador não pode estabelecer qualquer tipo de direito. A própria socie­ dade gera um “direito pressuposto”, que é determinado pelo modo de produção (sistema econômico) e pela correlação das forças políticas. O direito pressupos­ to determina os principais conteúdos de cada sistema jurídico, ou seja, oferece as bases para a criação do “direito posto” elaborado e aplicado pelo Estado. O “direito posto” apresenta um grau de autonomia com relação ao direito pressu­ posto e constitui um instrumento necessário para o funcionamento do sistema econômico.

**3. Convergências nas definições**

Definições sem fim... Quem se der ao trabalho de estudar no original as obras dos autores que apresentamos aqui, constatará que a análise feita por cada um é muito complexa e rica em detalhes. Além disso, o estudo de todos os auto­ res que refletiram sobre a definição do direito daria centenas de visões diferen­ tes. Não há motivo de desespero! Se fizermos uma leitura comparativa, veremos que entre os vários autores existem muitos pontos em comum que passamos a indicar.

*3.1* *A relatividade histórica do direito*

A definição do direito não pode ser válida para toda a humanidade e para todos os tempos. Como dizia um autor do começo do século XX, “o ordenamen­ to jurídico encontra-se em permanente fluxo” (Kohler, 1919, p. 2). O direito que conhecia Platão era diferente do direito cristão medieval e este último é

3 6 M A N U A L DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

diferente do direito capitalista da atualidade. Por essa razão, afirmar que o direi­ to atual decorre da vontade de Deus é tão equivocado como dizer que o direito romano-canônico decorre da vontade popular.

Isso simplifica o problema da definição do direito. A nossa definição deve especificar a qual período e a qual ordenamento jurídico nos referimos, levando em consideração *a relatividade histórica do fenômeno jurídico.9*

**O reconhecimento das mudanças do direito no tempo e no espaço, isto é, de sua relati­ vidade, esconde uma divergência de opiniões sobre a *universalidade do direito.* Os partidários da universalidade sustentam que o direito se encontra em todas as sociedades humanas, desde os primórdios da humanidade até os nossos dias, e possui algumas características fundamentais comuns. A grande maioria dos juristas adota essa posição e acrescenta que o direito é impres­ cindível em qualquer forma de organização social.10**

**A posição da universalidade é formulada com um brocardo no idioma latim:11 *ubisocietas* *ibi ius* (onde há sociedade há direito). Mesmo um dos mais inovadores sociólogos do direito, oalemão Niklas Luhmann (1927 -1998) adota essa tese e afirma: "Nunca existiu sociedade sem direito" (Luhmann, 1997, p. 583).**

**Os partidários da *universalidade* não negam que cada época cria seu próprio direito. Mas acreditam que existe uma profunda unidade dos sistemas jurídicos das mais variadas socieda­ des. O direito seria fundamentado na natureza humana, pois somente as regras, as sanções e a coação permitem a convivência social pacífica, a ordem e o progresso, diziam dois juristas alemães no com eço do século XX (Sternberg, 1912, p. 13; Kohler, 1919, p. 1-3) e repete um jurista francês quase um século depois (Terré, 2009, p. 8).**

**Dito de maneira mais filosófica, a universalidade do direito tem uma fundamentação *an­* *tropológica;* é a natureza humana que impõe o direito, tal com o a natureza humana nos impõerespirar ou se alimentar. Nada muito diferente daquilo que afirmava Hobbes (Lição 1, 2.6).**

**Discordamos da visão universalista por dois motivos:**

**1. Rara afirmar que "sempre existiu direito", devemos dar uma definição extremamente ampla, considerando que qualquer regra de comportamento e qualquer ameaça de castigo imposta pela sociedade constitui direito. Ora, uma definição tão ampla não explica o que é direito. Podemos supor que os homens das cavernas não deixariam um estranho comer os alimentos que tinham armazenado a grandes penas, e, se alguém tentasse fazê-lo, reagiriam**

**com violência. Mas faz sentido dizer que esses alimentos são "propriedade particular" dos moradores da caverna, que o estranho que tenta apanhar os alimentos comete furto qualificado e que a reação violenta dos moradores equivale a uma sanção penal? Quem faz tais acrobacias pode alegar que sempre houve direito, que protegia a propriedade privada, punindo o furto.**

1. **Estudamos aqui o *direito ocidental*, criado na Europa e difundido em outras partes do mundo em decorrência da colonização. Este é o modelo de direito adotado hoje no Brasil. O direito tradicional dos países islâmicos e do extremo Oriente, das tribos afri­ canas, dos índios das Américas e dos aborígines da Oceania é totalmente diferente, não se aplicando às definições dadas no texto.**
2. **Cf., por exemplo, Latorre, 1978, p. 40; Cintra et al., 2005, p. 21; Nery, 2008, p. 62.**
3. **“Brocardos jurídicos” são frases proverbiais que indicam regras para resolver problemas jurídicos. A maioria desses brocardos é formulada em latim (cf. Lição 7, 1).**

|  |  |
| --- | --- |
| DEFINIÇÕES D O DIREITO | 3 7 |

**Mas, na realidade, a reação instintiva do homem primitivo que protege sua comida não tem nada a ver com os ordenamentos jurídicos atuais. Um "direito" sem Estado, sem tribunais e mesmo sem escrita não tem nada em comum com aquilo que nós entendemos com o direito (Sabadeil, 2003). Sempre houve normas sociais e sempre os transgressores foram, de alguma forma, castigados pelas vítimas ou pelo grupo. Mas nem sempre houve direito no sentido atual da palavra (cf. Sueur, 2001, p. 45-56).**

**2. Devemos nos perguntar por que tantos doutrinadores repetem o brocardo *u b isocietas* *ibiius,* mesmo se ninguém pesquisou todas as sociedades humanas para saber se havia ou não**

**um sistema jurídico. Os partidários da universalidade do direito não querem analisar o direito de forma isenta, nem desejam informar-nos sobre o passado. O brocardo objetiva *legitimar* o direito moderno. Alega-se que sempre houve direito para sustentar que o direito é absolu­ tamente necessário (Cunha e Dip, 2001, p. 2; Venosa, 2004, p. 24, 33; Nery, 2008, p. 62) e os operadores do direito tão imprescindíveis com o os agricultores e os médicos. Em paralelo, alega-se que o direito moderno é melhor de todos aqueles que existiram no passado. Mas, historiadores do direito demonstram que essas duas posições são absolutamente equivocadas (Sabadeil, 2003; Atienza, 2003, p. 24-30).**

**Por essas razões, é preferível nos concentrarmos no direito de nossa era, que com eça ao final do século XVIII, com a criação das primeiras codificações e das Constituições, ini­ cialmente nos Estados Unidos, após a Declaração da Independência de 1776, e na França, após a Revolução de 1789. Esse direito corresponde às características e às necessidades das sociedades capitalistas, sendo radicalmente diferente das normas de comportamento de so­ ciedades do passado.**

**O estudo de regras de conduta de sociedades do passado é interessante, mas não pode ser realizado sem tomar os cuidados metodológicos da história do direito (Hespanha, 2005, p. 34 -76; Sabadeil, 2003). Cada período histórico tem sua lógica e estrutura e o jurista sim­ plesmente engana-se achando que "sempre houve direito" e que, por exemplo, podemos comparar o nosso Código Penal com o "Código de Hamurabi", que surgiu na Babilônia em torno de 1750 a.C. e, com o demonstram os historiadores, na realidade não era um Código, mas o relato da gestão de um rei.12**

*3.2* *O direito como dever ser social*

Todos concordam que o direito é composto de normas que regulamentam o comportamento das pessoas na sociedade. O direito não descreve aquilo que acontece na realidade nem se interessa pelas ideologias, opiniões, sentimentos ou desejos das pessoas enquanto estes não se exteriorizam. O direito é um con­ junto de regras que indicam aquilo que devemos (ou não devemos) fazer. Em outras palavras, o direito estabelece sempre um *dever ser*, uma série de manda­ mentos que devem ser seguidos pelos destinatários.

Observemos que o termo “dever ser” é utilizado muito frequentemente nos estudos jurídicos porque indica uma característica essencial do direito. O direi­ to não descreve aquilo que realmente acontece, não estuda aquilo que “é”. Des­ creve e impõe aquilo que deve acontecer, aquilo que “deve ser” (Lição 6, 1-2).

**12. Bottéro, 2002, p. 284 -234; Sabadeil, 2002, p. 17, 31 com indicações bibliográficas.**

3 8 MANUAL DE INTRODUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

*3.3* *Direito e coerção*

Um outro elemento comum das várias definições encontra-se na constata­ ção de que o direito é um dever ser de particular natureza. Quando o médico diz ao paciente “pare de fumar” dá uma ordem muito diferente daquela emitida pela lei que proíbe fumar nos edifícios públicos. O médico formula um dever ser, uma regra de conduta que está no interesse do paciente. No entanto, o médico não tem a possibilidade (nem a vontade) de cobrar a sua execução: o paciente é livre para seguir ou ignorar as recomendações médicas.

O direito é um *dever ser* particularmente forte e ameaçador. Sua aplicação não só pode ser exigida, mas é também imposta mediante a ameaça de pena­ lidades que implicam, se for necessário, a utilização de violência física. Os in­ divíduos, a comunidade e o próprio Estado devem respeitar os mandamentos incluídos nas normas jurídicas, existindo mecanismos de *coerção* dos transgres­ sores. O direito é, então, um dever ser, cuja aplicação é garantida pela ameaça de penalidades *(sanções negativas* - Lição 6, 3.2.4), aplicáveis pelas autoridades estatais.

**4. Divergências ideológicas nas definições**

Esses elementos em comum não escondem as grandes divergências entre as definições do direito. Quando se trata de autores que viveram em épocas diferentes podemos explicar as diferenças lembrando-nos da relatividade histó­ rica das experiências jurídicas (Lição 1, 3.1). Como explicar, porém, o fato de autores que atuaram no mesmo período e contexto expressarem opiniões tão diferentes sobre o direito? Por que dois autores que viveram no mesmo período, ambos de cultura germânica, como Hans Kelsen e Eugen Ehrlich, fizeram duas tão diferentes abordagens do direito, inclusive travando violentas polêmicas?13 Será que existe uma visão certa e uma visão errada sobre o direito?

Não parece possível distinguir as definições certas das equivocadas. A di­ vergência é devido ao fato de que cada um adota uma ótica diferente, devido às suas concepções filosóficas e científicas. Kelsen, por exemplo, deseja elaborar uma ciência do direito pura. Por esse motivo não examina as forças sociais que influenciam a criação e a aplicação do direito e considera que o “direito vivo” de Ehrlich é extremamente confuso, porque não distingue entre os fatores de criação e os fatores de validade do direito. Por sua parte, Ehrlich deseja explicar sociologicamente o direito e concentra sua análise na sociedade, empregando para tanto a justificativa óbvia de que o direito nasce na sociedade. Por isso, considera que a ciência de Kelsen é totalmente estéril

**13.** **Cf. os textos em Kelsen e Ehrlich, 2003 e a análise de Carrino, 1998.**

|  |  |
| --- | --- |
| DEFINIÇÕES D O DIREITO | 3 9 |

Como dissemos no início deste capítulo, as controvérsias decorrem da *car­* *ga emotiva* que possui o termo “direito”, vinculado às nossas ideias subjetivassobre o justo e o correto. Constatamos, assim, que as divergências sobre a defi­ nição do direito são em grande parte causadas por opções ideológicas.

Para melhor entender as divergências entre autores, devemos levar em consideração que quando falamos sobre um fenômeno social dizemos também alguma coisa sobre nós. Quem diz que gosta de música sertaneja ou critica a política do governo não fala somente sobre a música sertaneja e a política do go­ verno. Revela também elementos de sua própria personalidade, já que exprime seu posicionamento na vida, suas preferências e desejos.

*4.1* *Abordagem apologética*

A definição do direito é uma questão que preocupa, principalmente, as pessoas que estudaram direito, porque gostavam disso ou, pelos menos, apren­ deram a gostar. Essas pessoas ganham sua vida graças ao direito e adquirem um *status* social, geralmente privilegiado, também graças ao direito. Isso cria umgrave problema de *parcialidade.* As definições que encontramos nos livros jurí­ dicos refletem a ideologia profissional de uma determinada categoria de pessoas. Pedir, então que um jurista defina o direito seria tão arriscado como pedir a um torcedor de futebol que faça uma avaliação objetiva de sua equipe.

Não podemos esperar dos juristas uma definição imparcial, já que o tema não é técnico. Não se trata de perguntar “o que é um prédio”, mas de pedir a uma pessoa que defina um elemento político, que, como já visto, é um con­ ceito carregado de subjetividade. A definição exprimirá necessariamente suas opiniões políticas e sociais e, em geral, defenderá seu projeto de vida, ligado a interesses materiais. Por isso encontraremos, na bibliografia jurídica, muitas definições que tentam justificar o direito. Podemos chamá-las de *apologéticas*, termo decorrente da palavra grega *apologia*, que indica o discurso apaixonado feito para defender e justificar algo.

**Um exemplo é dado por Francisco Acúrsio (1182-1260), professor de direito na Univer­ sidade de Bolonha que redigiu um extenso comentário sobre o direito romano recompilado pelos colaboradores do Imperador Justiniano. Seu comentário, a *Glossa Magna,* foi considerado com o texto básico para a compreensão do direito romano e a formação dos juristas por muitos séculos. Nesse texto, o autor explica que o direito positivo deriva da justiça, que é a verdadeira "matriz" do direito. Em seguida, Acúrsio observa que os juristas são sacerdotes, porque as leis são "sacratíssimas" (*sacratissimae*) e o jurista as administra tal com o o sacerdote administra os sacramentos!14**

1. **Comentário ao Digesto de Justiniano, 1.1.1. Fonte:** [**<http://www.jura.uni-sb.de/Rechts-**](http://www.jura.uni-sb.de/Rechts-)**geschichte/Ius.Rom anum /d\_l\_l\_l.htm l>.**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 4 0 | M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO | ESTUDO D O DIREITO |
| **Entendemos** | **melhor essa defesa apaixonada** | **do direito examinando a posição social** |

**desse "sacerdote" da justiça. "Francisco Acúrsio possui bens em Budrio, em Olmerola e uma esplêndida mansão em Riccardina (...). Possuía em Bolonha, com seus irmãos, uma bela casa com uma torre, que forma a atual ala direita do Palácio Comunal desta cidade. Formou, jun­ tamente com outros doutores, uma sociedade comercial para a venda de livros em Bolonha e no estrangeiro. Praticou a usura em tão grande escala que, na hora da morte, teve que pedir absolvição ao Papa Nicolau IV, que, com o de hábito, a concedeu."15**

**Resulta disso que Acúrsio, como a maioria dos juristas, tinha todo interesse em justificar o direito e a ordem social, que lhe oferecia privilégios, riqueza e prestígio e até a absolvição pelo pecado da usura, que lhe propiciava riqueza em detrimento de outros. Podemos apostar que a visão sobre o direito seria totalmente diferente se perguntássemos a um daqueles camponeses analfabetos que caíram nas malhas da justiça medieval sendo imoderadamente castigados (tortura, amputações, pena de morte).**

**A tradição apologética, fundamentada na identificação entre direito e justiça e na con ­ sideração do jurista com o sacerdote, continuou no decorrer dos séculos. O jurista e principal redator do Código Civil francês ("Código de Napoleão"), Jean-Étienne-Marie Portalis (1746-1807), escreveu, em 1802: "As leis não são puros atos de poder. São atos de sabedoria, de justiça e razão. O legislador exerce menos uma autoridade do que um sacerdócio".16**

**Na doutrina contemporânea são abundantes as definições apologéticas. Sustenta-se que o direito possibilita a liberdade de todos, exprime as ideias de cada época sobre a melhor forma de organização social e ordena as atividades humanas em conformidade com a ideia do justo, realizando o bem comum.**

**Lemos, assim, em manuais, definições tais como: o direito constitui garantia "do bem comum" e "concretização da ideia de justiça" (Reale, 2000, p. 67); o direito é uma realidade cultural que exprime os valores sociais (Diniz, 1998, p. 327-341), uma "ordenação da vida social segundo a justiça" (Chorão, 2000, p. 55) que "possibilita a vida livre e harmônica em sociedade" (Vaz, 2007, p. 21); "a noção de direito objetivo não pode estar divorciada da noção de justiça" (Oliveira, 2 006, p. 111); os cidadãos devem obedecer ao direito estatal, porque garante a igualdade e realiza as ideias sociais sobre o justo (Pawlowski, 1999, p. 271).**

**O que pensa, porém, sobre o sistema jurídico brasileiro um morador de favela que enfrenta *blitz* da polícia em nome da segurança pública, um morador do sertão nordestino, que enfrentaa fome e as omissões do Estado ou, ainda, um trabalhador de classe média baixa que paga ao banco juros de 200% ao ano, em decorrência de regulamentos e decisões de tribunais que legitimam essa prática? Encontramos aqui, de novo, o problema da parcialidade dos juristas.**

**A maior parte dos alunos e dos profissionais do direito adota posições apologéticas, afirmando que o direito exprime a justiça, objetiva o bem comum, o bem-estar das pessoas ou a liberdade. Tais definições apologéticas cometem um erro metodológico. Confundem aquilo**

1. **Le Goff, 1995, p. 97 . A leitura desse livro é recomendada para quem quer entender como formou-se a universidade e como viviam e estudavam os universitários na Idade Média.**

**16. Portalis, 2004, p. 48 . 150 anos mais tarde, o jurista francês Paul Roubier afirmava que a suprema finalidade do direito é realizar o “ideal da justiça”. Mas, logo em seguida, escreve que o direito injusto não perde sua validade e ninguém deve rebelar-se contra o direito injusto (Roubier, 1951, p. 202 -226). Aqui a justiça serve apenas para legitimar o direito, exatamente como em São Tomás de Aquino (Lição 1, 2 .5)..**

|  |  |
| --- | --- |
| DEFINIÇÕES D O DIREITO | 41 |

**que o direito é com os conteúdos que ele deveria ter, segundo os desejos do autor (justiça, bem comum, moral). Não deveríamos, porém, confundir nossos desejos com a realidade!**

*4.2 Abordagem crítica*

O leitor pode perguntar-se se não seria mais realista considerar o direito moderno como um instrumento de dominação, que legitima a exploração eco­ nômica e a exclusão social, já que é aplicado de forma seletiva em detrimento dos grupos socialmente fracos e contribui para a preservação dos privilégios dos poderosos, reproduzindo a desigualdade social.

Não faltam pensadores que adotam esse ponto de vista. Isso ocorre nas definições críticas,17 que emitem um juízo de valor negativo sobre o direito. O número de críticos do direito é muito menor que o número de seus apologistas. O sofista Trasímaco de Calcedônia é tido como fundador da abordagem crítica do direito. Suas palavras nos foram transmitidas por intermédio da *República* de Platão. Em uma polêmica extremamente dura contra as ideias de Sócrates, ocor­ rida em Atenas, em torno de 420 a.C., Trasímaco afirmou que o direito exprime e garante os interesses dos poderosos que querem explorar e oprimir os mais fracos. Por essa razão, definiu o direito como instrumento de poder cuja única função seria manter a dominação dos fortes e prejudicar as classes populares.18

Na tradição crítica que rejeita a vinculação entre direito e justiça encontra­ mos Spinoza e a maioria dos autores marxistas. No âmbito da corrente marxista vale lembrar a famosa definição do direito formulada, em 1848, por Marx e Engels no *Manifesto do partido comunista:* “O vosso direito é somente a vontade de vossa classe erigida em lei, uma vontade, cujo conteúdo é determinado pelas condições de vida materiais de vossa classe” (Marx e Engels, 1978, p. 477).

**Uma visão crítica encontra-se também em Rudolf von Jhering (1818-1892), um dos maio­ res juristas do século XIX, professor de direito romano e autor da extensa obra *A finalidade no* *direito,* publicada na Alemanha entre 1877 e 1883 Ohering, 2002). Nessa obra, o autor defineo direito com base em três elementos.**

**1. A essência do direito é a capacidade de coação, de exercício de violência contra os transgressores, papel esse que é exercido pelo Estado nas sociedades modernas: "Uma norma jurídica sem cogência é uma contradição em si mesma; um fogo que não queima, uma luz**

**que não ilumina" Ohering, 2002, p. 220).**

1. **O termo provém do grego *crisis*, que significa juízo, julgamento, tomada de decisão.**
2. **Trasímaco diz: “Afirmo que a justiça não é outra coisa senão a conveniência do mais**

**forte”. Mais adiante, referindo-se a Sócrates, pergunta: “Desconheces serem a justiça e o justo um bem alheio que na realidade consiste na vantagem do mais forte e de quem governa, e que é próprio de quem obedece e serve ter prejuízo?” (Platão, 2001, § 338c, §343c, p. 23, 32). Sobre a vida e a obra de Trasímaco cf.: Rufino e Meabe, 2001;** [**<http://**](http://%e2%80%a8bfp.sp.unipi.it/bibmori/hometrasym.htm)[**bfp.sp.unipi.it/bibmori/hometrasym**](http://%e2%80%a8bfp.sp.unipi.it/bibmori/hometrasym.htm)**.htm>.**

4 2 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

**2. O direito é produto da força de grupos sociais que conseguem impor certas normas jurídicas. O direito nasce da força, é uma "política da força" (Jhering, 2002, p. 174-177).**

**3. O direito surge de uma "luta de interesses". Os grupos sociais mais poderosos acabam impondo seus próprios interesses. Por essa razão, o direito é desigual, favorece os poderosos e prejudica os mais fracos Uhering, 2002, p. 179, 364).**

**Jhering não era um contestador e muito menos um revolucionário como Marx e Engels. Mas, mesmo assim, considerava necessário analisar o direito de maneira realista, como produto de uma luta social entre grupos desiguais, abandonando os posicionamentos apologéticos que relacionam o direito ao justo e ao bem comum.**

A tradição crítica continua nas últimas décadas. Um exemplo de crítica radical ao direito moderno oferece, nos EUA, o movimento dos *criticai legal* *studies.* Esse movimento foi fundado na década de 1970 e foi ativo até os anosde 1990. Dedica-se à análise das funções políticas e ideológicas do direito. Seus autores destacam as “manipulações” do direito pela doutrina e pela jurisprudên­ cia, que tenta ajustá-lo aos interesses dos poderosos. É também questionada a função do direito como instrumento de poder que impõe a hierarquia social e mantém a opressão e exploração (Unger, 1986).

Além dessa corrente, temos múltiplas abordagens críticas do direito tanto na Europa como na América Latina. A maioria dos autores críticos recebe in­ fluências da teoria marxista e distancia-se da dogmática jurídica, adotando uma abordagem interdisciplinar, aberta à sociologia, à psicanálise, às correntes da fi­ losofia política que criticam o poder, assim como às reivindicações das minorias políticas (feminismo, antirracismo, movimentos de homossexuais).19

Essa leitura do direito relaciona-se à tentativa de oferecer um ensino ju ­ rídico desmistificador, substituindo as “verdades” do professor pelo contínuo questionamento e pela participação dos alunos, “abolindo a onipotência do pen­ samento jurídico tradicional” (Mondardo, 2000, p. 67).

*4.3* *Abordagem neutra*

Os críticos têm razão em afirmar que o direito constitui, em palavras sim­ ples, uma lei do mais forte. Há milhares de exemplos da vida cotidiana que permitem comprovar essa afirmação. Apesar disso, entendo que os críticos co­ metem um erro metodológico. Antes de criticar e rejeitar o direito como mani­ pulador, incoerente, parcial e opressor, é necessário conhecer o que realmente é o ordenamento jurídico. Por tal razão, a melhor forma de definição do direito é a *definição neutra.*

A opinião pessoal sobre o direito é importante. Seria, porém, um engano apresentar as convicções pessoais como uma definição objetiva do direito. Em

1. **Visão panorâmica em Wolkmer, 2001, p. 16-145; cfr. Miaille, 1994; Mondardo, 2000; Douzinas e Gearey, 2005; Wacks, 2005, p. 309 -353; Mascaro, 2007.**

|  |  |
| --- | --- |
| DEFINIÇÕES D O DIREITO | 4 3 |

outras palavras, a primeira tarefa é esquecer as preferências pessoais sobre o direito e a política e tentar entender como funciona o ordenamento jurídico. Após ter conhecido o nosso objeto, podemos “reativar” as opiniões pessoais para formular eventuais críticas ao conteúdo e ao papel do direito na sociedade.

Por outro lado, sabemos que ninguém é totalmente isento e não parece possível dar uma definição totalmente objetiva de fenômenos controvertidos e de forte carga emotiva. Mesmo assim, devemos fazer todo o possível para ser neutros. Um bom exemplo de definição neutra do direito pode ser encontrado na obra de Kelsen (Lição 1, 2.15), que tentou evitar em sua abordagem as intro­ missões de valores e ideologias pessoais.

**5. Elementos fixos**

Antes de propor uma definição neutra, devemos tirar uma importante lição da controvérsia entre os partidários das definições críticas, apologéticas e neu­ tras. Mesmo parecendo impossível conciliar esses pontos de vista, surge aqui um *critério* para classificar as definições do direito. Dependendo da *postura* te­ mos três tipos de definições e cada autor opta por uma dessas.

O mesmo ocorre com outros critérios de definição que encontramos nos autores estudados. Todos utilizam alguns elementos fixos, fazendo combinações diferentes. Se entendermos quais são esses elementos, conheceremos a “receita” que permite definir o direito. Em seguida, podemos combinar os “ingredientes” da maneira que considerarmos mais adequada, chegando a uma definição do direito. Esses elementos classificam-se segundo *cinco* critérios. Além da postura pessoal do autor (apologética, crítica ou neutra), temos os seguintes critérios:

* Origem do direito: pode ser oriundo do Estado ou das práticas sociais. Na atualidade quase todos consideram que o direito tem sua verdadeira origem na sociedade, mas só passa a vigorar a partir de sua formulação pelas autorida­ des estatais.
* Forma do direito: pode ser escrito (leis e decisões dos tribunais) ou cos­ tumeiro, decorrendo das práticas populares que se repetem no tempo. Como dissemos, nos Estados modernos o direito é quase exclusivamente escrito.
* Conteúdo do direito: pode ser estável no tempo ou sofrer mudanças; ex­ pressar necessariamente os deveres morais dos membros da sociedade ou depen­ der da vontade política dominante, que pode criar normas contrárias à moral ou indiferentes a ela; favorecer a manutenção da hierarquia social e política ou obje­ tivar a igualdade. Os doutrinadores costumam adotar combinações dessas teses.
  + Garantia de aplicação dos mandamentos jurídicos: pode consistir na ameaça de exercício de constrangimento e até violência física, em caso de des-cumprimento, ou no reconhecimento e na aceitação por parte da população, que cumpre espontaneamente os mandamentos jurídicos (consenso).

4 4 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

**Quadro sinótico 1:**

**Critérios e elementos de definição do direito**

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| *Critérios* | **Origem** | **Forma** | **Conteúdo** | **Garantia** | **Postura** |  |
| **de aplicação** | **do autor** |  |
|  |  |  |  |  |
| *Elementos* | Estado | Lei escrita | Estável | Violência | Apologética |  |
|  | Sociedade | Costume | Mutável | Consenso | Crítica |  |
|  |  |  | Dever moral |  | Neutra |  |
|  |  |  | Vontade |  |  |  |
|  |  |  | política |  |  |  |
|  |  |  | Hierárquico |  |  |  |
|  |  |  | Igualitário |  |  |  |

**6. Definição normativa**

Podemos, agora, propor uma definição escolhendo alguns entre esses ele­ mentos. Com efeito, as definições descritivas (ou lexicais) que indicamos até este ponto não são suficientes. Cada um deve defender sua própria posição, indicando a melhor forma para definir o direito e justificando o porquê. Essa é uma forma de definição denominada *normativa* (ou estipulativa), já que o autor indica aquilo que *deve* ser entendido como direito e não simplesmente aquilo que os demais entendem como tal.

Em nossa opinião, para definir o direito devemos adotar a postura neutra. A origem do direito moderno é estatal. Sua forma é quase sempre escrita. Seu conteúdo é mutável no tempo, decorre sempre da vontade política dominan­ te em determinado momento e garante fundamentalmente a hierarquia social, apesar da existência de muitas normas igualitárias. Sua aplicação é garantida por uma combinação de ameaça de punição e de consenso. Disso resulta a se­ guinte definição do direito (no sentido do direito objetivo):

*O direito das sociedades modernas é um conjunto de normas que objetiva regu­ lamentar o comportamento social Suas normas possuem seis características:*

1. são criadas, aplicadas, modificadas e extintas por autoridades que pos­ suem a competência para tanto. Essa competência lhes é conferida mediante uma norma jurídica, proveniente da vontade política dominante que exprime o Estado;
2. são escritas e veiculadas em publicações oficiais a cargo do Estado;
3. objetivam a manutenção da estrutura social, mesmo se, muitas vezes, promovem interesses dos mais fracos;
   1. são, geralmente, respeitadas nas relações sociais, possuindo um grau satisfatório de eficácia social;
   2. sua eficácia social é garantida pela ameaça de coação, ou seja, por meio da possível imposição de sanções;

|  |  |
| --- | --- |
| DEFINIÇÕES D O DIREITO | 4 5 |

f) são reconhecidas como vinculantes pela maioria da população que acre­ dita na legitimidade do direito estatal

Essa definição necessita de alguns esclarecimentos.

*Sobre o* caput: O direito é um conjunto de normas? Ainda não sabemos oque é norma jurídica nem o que significa conjunto de normas. A teoria da nor­ ma jurídica (Lição 6) responde a primeira pergunta. A teoria da interpretação (Lição 8) responde a segunda, explicando por que as normas jurídicas formam um sistema lógico e coerente.

*Sobre a letra a:* O direito cria-se por meio do direito? É fácil dizer que odecreto é baseado na lei e a lei na Constituição. Coloca-se, porém, a questão de saber *por que a Constituição é juridicamente vãlida*, isto é, qual é o fundamento de sua validade se não há norma superior a ela. Para responder devemos pensar no poder político que *impõe* a Constituição em determinado momento histórico (Lição 6,4).

Nas sociedades modernas, o direito válido é criado exclusivamente pelo Estado. Temos, atualmente, um sistema de *monismo jurídico (o Estado é a única* *fonte do direito*). Mas isto não significa que o direito seja o único sistema denormas sociais. Encontramos muitas normas de comportamento que se diferen­ ciam das normas estatais e vigoram nas prisões, nas pequenas comunidades, nas favelas das grandes cidades, nas empresas, nas igrejas, nos clubes, nos condomí­ nios fechados. Nesse sentido, existe, hoje, um pluralismo normativo. Mas essas normas possuem força vinculante muito inferior ao direito do Estado e não são reconhecidas como jurídicas. Mesmo os autores que se referem ao “direito alter­ nativo” e ao “pluralismo jurídico” acabam reconhecendo a superioridade atual do direito estatal que justifica o monismo jurídico.20

*Sobre a letra b:* Direito exclusivamente escrito? No direito moderno há al­gumas normas orais e, muito raramente, encontramos costumes. Mas, como veremos, o fundamento das normas orais e costumeiras é sempre uma norma escrita que as autoriza (Lições 3, 3.2 e 9, 2.2.1).

*Sobre a letra c:* O direito moderno é complexo e, muitas vezes, contraditó­rio: reproduz a hierarquia e a desigualdade social sem descuidar por completo dos mais fracos, sobretudo porque proclama o princípio da igualdade e garante os direitos sociais. Essa peculiaridade remete ao problema da relação entre o direito e a realidade (Lição 6, 2.3) e ao estudo dos direitos fundamentais (Lição 12, 4).

*Sobre a letra d\* O que significa que o direito deve ser eficaz? O termo *eficá­ cia social* indica o cumprimento do direito na prática social quando a norma é

**20.** **Sobre o pluralismo jurídico e o direito alternativo cf. Sabadell, 2002,** p. **98-102, 117-128.**

4 6 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

respeitada pelos seus destinatários ou quando as autoridades do Estado punem os transgressores (Sabadell, 2010, p. 65-74). Mas, mesmo quando uma norma não é eficaz, porque não foi aceita (“não pegou”) ou porque ninguém a respei­ ta mais, esta não deixa de ser válida. As autoridades estatais podem exigir seu cumprimento e aplicar sanções. Quando, porém, o ordenamento jurídico deixa de ser globalmente eficaz, porque a maioria da população não obedece às auto­ ridades estatais, o direito “morre”, perde sua importância social. Assim sendo, o direito só é válido se tiver um grau satisfatório de aplicação nas relações sociais. Caso contrário, transforma-se em “letra morta no papel” sem relevância social.

*Sobre a letra e*: O direito é garantido mediante a ameaça e o emprego decoação, incluindo, em caso de necessidade, o exercício de violência física? Essa é a tese da *coercibilidade* ou *coatividade* jurídica. Muitos autores sustentam que a violência é a verdadeira essência do direito. Mas não podemos esquecer que, na vida social, o direito é frequentemente respeitado sem emprego de penalidades e de violência. A maioria paga o aluguel espontaneamente; mesmo em caso de co­ brança litigiosa o devedor cumprirá a decisão do tribunal sem muita resistência.

As autoridades raramente recorrem à coação física. Na maioria dos casos é suficiente a intimidação (ameaça com penalidades). Em outros casos, o Estado toma providências para impedir a violação do direito. Por exemplo, o registro das propriedades em cartórios permite diminuir o número de fraudes, assim como a iluminação das ruas e o policiamento ostensivo dificultam a prática de certos crimes.

O Estado tenta evitar a violência que tem sempre um elevado custo econô­ mico e humano e pode provocar novos conflitos. Mas, mesmo assim, o direito só pode ser eficaz se o Estado tiver a capacidade de coação. Quantos pagariam impostos sem a ameaça de multas e quantos cometeriam pequenos furtos nas lojas se não tivessem medo dos fiscais e da polícia?

*Sobre a letra f:* O direito é aceito pela população? A referência ao consensopopular parece contradizer a nossa referência à violência como elemento de de­ finição do direito. Seria ingênuo dizer que o direito é aplicado porque as pessoas querem obedecer ou acreditam que as decisões dos políticos que criam as leis beneficiam sempre a população. Além disso, fundamentar a validade do direito no seu reconhecimento pela população é uma afirmação típica dos apologetas (exemplo: Sternberg, 1912, p. 21).

Sabe-se que muitas leis são criticadas e há constantes protestos e discus­ sões sobre reformas do direito. Basta pensar nos recentes debates sobre a refor­ ma tributária, a reforma política e as mudanças no setor da segurança pública. Ora, se perguntarmos à população, constataremos que a grande maioria aceita o direito, isto é, considera-o legítimo, adequado e justificado, apesar das críticas pontuais de determinadas normas.

|  |  |
| --- | --- |
| DEFINIÇÕES D O DIREITO | 4 7 |

Esse consenso *não é espontâneo.* Trata-se de um consenso condicionado pela educação, pelo medo, pela propaganda da mídia, até mesmo pela falta de informação de muitas pessoas que desconhecem o conteúdo, o funcionamento e as finalidades do sistema jurídico. Entretanto, não podemos ignorar que a po­ pulação não se opõe ao funcionamento do sistema jurídico, nem contesta, em linhas gerais, a atuação do Estado. Aquilo que interessa é o *consenso tácito* ou passivo, que se verifica quando as pessoas não se opõem ao direito em vigor e ao Estado, ainda que tenham reclamações pontuais e estejam insatisfeitos com certas normas.

Atualmente, a população considera legítimo o direito que estabelece a li­ berdade e a igualdade. Jã na Grécia antiga, por exemplo, era considerado cor­ reto o direito que estabelecia a escravidão e a exclusão das mulheres. E, talvez, nossos bisnetos considerarão o nosso direito como injusto porque perpetua a desigualdade social. Seja como for, é forçoso reconhecer que existe um amplo consenso sobre o direito e isso aumenta sua eficácia social, diminuindo os con­ flitos.

Agora podemos concluir. A viagem através dos séculos ofereceu uma ideia abrangente sobre aquilo que várias correntes do pensamento entenderam como direito objetivo (ordenamento jurídico). Defendemos aqui a definição que nos parece mais adequada. O estudante de direito não deve satisfazer-se com essa definição. Deve refletir, pesquisar, criticar, fazer suas escolhas e adotar a sua própria definição do direito. Deve, também, saber que a sua definição será enri­ quecida e modificada, conforme for avançando no conhecimento jurídico, mul­ tiplicando suas experiências e entendendo melhor as práticas jurídicas.

*Para aprofundar o conhecimento*

Amselek e Grzegorczyk, 1989; Atienza, 2003, p. 33-58; Bodenheimer, 1994; Cáceres Nieto, 2000; Dimoulis, 2006; Goyard-Fabre, 2002; Hart, 1994; Hespanha, 2005; Hoerster, 2006; Koller, 1997, p. 19-45; Nino, 1983, p. 11-50; Rüthers, 1999, p. 34-48; Sabadell, 2010, p. 21-51; Sundfeld, 2006, p. 121-137; Tamanaha, 2001, p. 133-242; Trotha, 2000; Wesel, 1993, p. 39-48.

**DIMENSÕES DO ESTUDO**

**DO DIREITO**

**S U M Á R I O : 1 .Tridimensionaiidade do direito- 2 . Relações entre as três dimen­ sões do direito - 3 . As disciplinas jurídicas.**

**1. Tridimensionaiidade do direito**

Três amigos leram no jornal que uma jovem de 19 anos, separada, mãe de três filhos, que ganha um salário mínimo trabalhando como empacotadora nas Casas Turquia, foi condenada pelo 1.° Tribunal do Júri de João Pessoa a três anos de prisão por ter cometido aborto.1 Um dos amigos, que cursa o segundo ano de direito, afirma que o aborto constitui crime contra a vida, punível segundo o art. 124 do Código Penal com até três anos de prisão. Nesse sentido, considera que a punição está certa, já que o Tribunal do Júri aplicou corretamente a lei.

O segundo amigo discorda. Sustenta que a condenação foi injustificada, por­ que a lei sobre o aborto não é quase nunca aplicada. Conta que seu irmão, forman­ do em sociologia, escreve, inclusive, uma monografia sobre o assunto; realizou uma pesquisa empírica, constatando que, entre as 1.500 mulheres que realizaram aborto em uma clínica particular no período de um ano, nenhuma foi acusada da prática do delito. Assim sendo, considera “um absurdo” a condenação da mulher

O terceiro amigo diz que o problema é, no fundo, de cunho filosófico, en­ volvendo reflexões sobre o moralmente certo e o errado. Não interessa tanto o conteúdo da lei, nem a impunidade que se constata na prática. Interessa refletir sobre a justificativa da decisão de realizar o aborto. Ninguém pode tirar a vida de um ser humano e o feto é potencialmente um ser humano. Mas, ao lado desse princípio, devemos levar em consideração a dignidade humana. O Tribunal do Júri condenou uma jovem que realizou o aborto porque não tinha condições de oferecer ao filho uma vida digna. Assim, o Tribunal decidiu de forma unilateral, tendo ignorado o princípio da dignidade humana e a falta de assistência social no país. Houve, então, uma injustiça, já que o problema foi resolvido segundo a letra da lei e não segundo as exigências da justiça.

1. **A tridimensionaiidade do direito é estudada a partir de um exemplo parecido em Sabadell, 2005, p. 59 -61 .**

|  |  |
| --- | --- |
| DIMENSÕES D O ESTUDO D O DIREITO | 4 9 |

O aluno de direito admite que o problema é filosófico. Mas observa que já leu vários livros de filósofos sobre problemas morais e não chegou a uma conclusão objetiva. Por isso, é necessário ter uma norma jurídica fixa e clara que oriente as pessoas na vida prática, devendo ser seguida, mesmo quando se revela problemática. O irmão do sociólogo sustenta que isso está totalmente fora da realidade e acusa o amigo de ter se tomado alienado pelo estudo do direito e acreditar cegamente na lei. Insiste que uma lei que não é efetivamente aplicada não passa de um pedaço de papel impresso. O terceiro amigo diz que os dois ou­ tros esquivam-se de suas responsabilidades como cidadãos, não querem pensar com a própria cabeça nem assumir responsabilidade e, por isso, invocam a lei e a realidade social. E aí começa uma briga...

Quem tem razão? Todos! Cada um exprime um ponto de vista diferente. O primeiro explica aquilo que prevê o direito e que o Tribunal do Júri deveria fazer, aplicando a lei. O segundo indica como é aplicado o direito na prática. O terceiro aborda a questão do aborto do ponto de vista filosófico, tentando en­ contrar a melhor solução para o caso concreto.

Os três amigos adotam, assim, as três principais perspectivas de estudo do direito. Podemos examinar o ordenamento jurídico em relação ao caráter justo e adequado de seus conteúdos, à sua validade ou à sua eficácia. Essa é a *tridi-mensionalidade* do direito:

1. Os filósofos do direito examinam a dimensão da *idealidade* ou *legitimi­* *dade* ou dimensão *axiológica*2 do direito: estudam a adequação do direito vigenteaos ideais democráticos e anseios sociais, formulam propostas para a sua refor­ ma e pesquisam os critérios de justiça e o problema da verdade no direito (livro de referência: Morrison, 2006).
2. O estudo dos conteúdos do direito positivo interessa ao intérprete do direito, que cuida da dogmática jurídica. Essa é a dimensão *normativa* ou *dog­* *mática* do estudo do direito sobre a qual devem ser feitos dois esclarecimentos.

Em primeiro lugar, é necessário definir o conceito de *validade* já referido várias vezes.3 Validade é a qualidade da norma vinculante, da norma que deve ser respeitada. Devem ser consideradas como válidas todas as normas que fazem parte do ordenamento jurídico em determinado momento e lugar. Isso indica que a validade da norma é uma questão de pertença, ou não, ao ordenamento jurídico.

Até aqui todos os doutrinadores concordam. As polêmicas concentram-se nos *critérios* de reconhecimento da validade.4 Já indicamos as divergências en-

1. **Do grego *axia -* valor.**
2. **Muitos autores referem-se à validade do direito utilizando os termos: validade formal; vigência; vigor; positividade.**

**4. Várias definições da validade são apresentadas em Castignone, 2001, p. 83 - 125; cf. Troper, 2001, p. 19-34.**

5 0 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

tre um autor positivista como Hans Kelsen e um autor moralista como Robert Alexy (Lição 1, 2.15 e 2.17). Os positivistas consideram que a validade de uma norma depende de sua relação com normas superiores que estabelecem o pro­ cedimento para a criação das inferiores (Lição 6, 4). Os moralistas entendem que a norma válida deve satisfazer também as exigências de justiça (Lição 3, 5).

Em segundo lugar, devemos explicar o conceito de dogmática jurídica, que muitas vezes causa a impressão de que os operadores jurídicos são pessoas que acreditam cegamente em dogmas. Dogmática é uma palavra grega que significa estudo dos dogmas. Dogma não é, porém, uma verdade fora de discussão, como muitos acreditam: é uma *doxa*, isto é, uma opinião ou crença.5 Assim sendo, a dogmática constitui um conjunto de opiniões, doutrinas ou teorias. Estuda e discute as opiniões sobre a validade e a interpretação do direito, sobre aquilo que deve ser aplicado porque corresponde à vontade do legislador.

São tarefas da dogmática: identificar as normas válidas em determinado momento; buscar o sentido de cada elemento do ordenamento jurídico; solucio­ nar os problemas de colisão entre normas e adaptá-las aos problemas concretos; construir um sistema que permita entender os conteúdos do direito em vigor. Seu objeto de conhecimento é a *normatividade* do direito.

3. A sociologia jurídica estuda o direito positivo sob o prisma da *eficácia* *social* das normas jurídicas (dimensão *f ática* do conhecimento do direito). Maisconcretamente examina a dimensão real do fenômeno jurídico, isto é, a *facti-cidade* do direito, analisando as relações entre a sociedade e os ordenamentosjurídicos (influências sociais na criação e na aplicação das normas; postura dos membros da sociedade perante o direito; comportamento e mentalidade dos operadores jurídicos) (livro de referência: Sabadell, 2010).

Os autores que adotam o positivismo jurídico sustentam que as três dimen­ sões do direito devem permanecer separadas, sendo particularmente necessário que a análise dogmática do direito em vigor não se misture com considerações filosóficas ou sociológicas. Essa posição separatista, que já encontramos na obra de Kelsen, é a mais acertada no meu entender (Dimoulis, 2006, p. 85-131, 167-208; cfr. Bobbio, 2001, p. 48-55).

Muitos doutrinadores discordam dessa opinião. Os partidários do mora-lismo sustentam que a interpretação do direito é correta somente se levarmos em consideração as exigências do justo ou do socialmente necessário. Propõem, assim, uma junção ou mesmo fusão dessas três dimensões (Reale, 1994; Venosa, 2004, p. 83-90).

Em todo caso, devemos deixar claro que entre as três dimensões do direito a fundamental é a normatividade jurídica (dogmática jurídica). As perspectivas

1. **As palavras *dogma* e *doxa* provêm do verbo grego *dokein* que significa opinar, acreditar e ensinar.**

|  |  |
| --- | --- |
| DIMENSÕES D O ESTUDO D O DIREITO | 51 |

filosófica e sociológica devem ser comparadas com a análise dogmática permi­ tindo, eventualmente, formular propostas de “ajuste” do direito em vigor por meio da interpretação ou de reformas legislativas.

**2. Relações entre as três dimensões do direito**

Podemos pensar as três dimensões do direito como três esferas separadas:

* Esfera da validade (normativa, dogmática, do dever ser).
* Esfera da realidade (fática, sociológica, do ser).

•Esfera da idealidade-legitimidade (axiológica, filosófica, do querer ser).

A primeira esfera trata do direito positivo, ou seja, do *dever ser* jurídico fi­ xado nas normas jurídicas válidas em determinado momento. Esse é o principal objeto de interesse do estudante de direito e do operador jurídico, que deveiti saber o que prevê o direito em determinado caso concreto.

A segunda esfera trata das relações entre o dever ser jurídico e o ser (relações entre direito e realidade social). O dever ser ordena “não furtar” e o sociólogo do direito descobre, por meio de uma pesquisa empírica que, por exemplo, 30% da população cometeu furto nos últimos dois anos. O ser da sociedade pode ser tam­ bém expressão de um outro dever ser. O membro de um grupo religioso pode, por exemplo, cometer um ato conforme os mandamentos de sua religião, violando, de tal forma, o direito em vigor. É incumbência do sociólogo pesquisar este *ser* social que decorre de um *dever ser* diferente daquele estabelecido pelo Estado.

A terceira esfera elabora um dever ser que é diferente do dever ser jurídico, isto é, diferente do direito vigente. Os autores refletem sobre os regulamentos mais adequados, que deveriam fazer parte do dever ser jurídico segundo a opi­ nião de um pensador ou de um grupo social. Essa é a esfera do *querer ser.*

As três esferas ou dimensões do conhecimento jurídico estão relacionadas entre si. Exemplo: se a sociedade considera que uma lei é injusta, esta prova­ velmente será revogada ou, pelo menos, permanecerá sem efeitos práticos, será ineficaz. O intérprete do direito deve saber que a falta de legitimação de uma lei pode levar à sua revogação ou à sua ineficácia. Por outro lado, o sociólogo e o filósofo do direito não são indiferentes ao tema da interpretação do direito positivo, já que estes necessitam conhecer o conteúdo das normas jurídicas em vigor para poder analisar a realidade e a idealidade-legitimidade do direito.

Em geral, as normas válidas são efetivamente aplicadas na prática, ou seja, possuem um grau de eficácia social relativamente alto. Em paralelo, essas nor­ mas possuem legitimidade, sendo consideradas adequadas pela maioria da po­ pulação. Podemos entender o relacionamento entre as três esferas elaborando um quadro que indica as possíveis reações de uma pessoa diante do dever ser jurídico.

5 2 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

**Quadro sinótico 2:**

**Modos de reação individual diante dos imperativos legais**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **Cumprimento da norma** | **Aceitação da norma** |
|  | **(comparação entre a realidade social e o** | **(comparação entre o querer ser filosófico e** |
|  | **dever ser jurídico)** | **o dever ser jurídico).** |
| 1. | Sim | Sim |
| 2. | Sim | Não |
| 3. | Não | Sim |
| 4. | Não | Não |

Aquilo que interessa principalmente são os casos de coincidência (*inter­* *secção)* das três esferas (validade, eficácia e aceitação da norma). Isso ocorre nahipótese 1 (“sim”, “sim”), quando o destinatário da norma a respeita na prática e a aceita como legítima. Nessa hipótese temos plena coincidência entre valida­ de, eficácia e legitimidade.

Exemplo: Paulo envia seus filhos menores de idade para a escola porque aceita como socialmente necessária a norma constitucional que estabelece a obrigatoriedade do ensino fundamental e não porque tem medo de uma even­ tual punição (art. 208, § 1.°, da Constituição Federal). Aqui a norma válida é cumprida e também aceita.

A coincidência das três esferas é devido à convivência social e à educação que transmite valores comuns aos cidadãos, de forma que as expectativas da maioria da sociedade correspondem aos mandamentos do legislador. Decorre, ainda, da pressão social para que o indivíduo aceite os valores dominantes, expressos na legislação.

Isso não exclui as violações do direito em vigor por parte de pessoas que não concordam com seus regulamentos; também há muitíssimos casos nos quais o cumprimento do direito é devido ao medo da punição. O direito tributário é o ramo do direito que oferece a maior quantidade de exemplos de descumprimen-to (sonegação fiscal, fraudes) ou de cumprimento só pelo medo da fiscalização.

Resumindo: as três esferas do direito são secantes: em parte coincidem e em parte diferem. Quando a situação política e social do país é estável, a parte comum (intersecção) é maior. Em casos de instabilidade social, a parte comum diminui, sendo frequentes as mudanças radicais.

**3. As disciplinas jurídicas**

A distinção das três dimensões do estudo do direito não é suficiente. Deve­ mos também conhecer as várias disciplinas que estudam o fenômeno jurídico, isto é, os diferentes enfoques de estudo do direito.

|  |  |
| --- | --- |
| DIMENSÕES D O ESTUDO D O DIREITO | 5 3 |

O programa de ensino nas faculdades de direito está voltado para a dogmá­ tica jurídica. O futuro *bacharel em direito6* estuda e deve assimilar principalmen­ te as disciplinas dedicadas ao estudo dos vários ramos do direito positivo (Liçáo 14, 3-5). Essa opção tem uma justificativa utilitarista. A formação universitária privilegia as disciplinas que capacitam o aluno para atuar como profissional do direito, ensinando principalmente aquilo que “serve na prática”, ou seja, aquilo que interessa à administração da justiça pelo Poder Judiciário. Assim sendo, são estudados e cobrados, nos vários exames e concursos, quase exclusivamente os conteúdos do direito nacional.

Isso causa um grave desequilíbrio na formação jurídica, já que os alunos entram em contato com uma *pequena parcela* do conhecimento sobre o direito. Permanece fora do foco de interesse dos estudos de graduação: a realidade so­ ciológica do direito; sua avaliação crítica no âmbito da filosofia e da teoria do direito; a perspectiva histórica e os direitos de outras nações; os problemas po­ líticos e sociais da aplicação do direito e a questão das políticas públicas adota­ das para a implementação dos direitos fundamentais; o olhãr de outras ciências sociais (linguística, antropologia, psicologia); o modo de criação das leis pelo Poder Legislativo; as técnicas de trabalho e decisão da administração pública.

A filosofia e a sociologia jurídica são tratadas superficialmente nas facul­ dades de direito, pois a maioria dos professores e dos estudantes crê que são demasiadamente teóricas e “não servem na prática”. Privilegia-se, assim, um estudo utilitarista e tecnocrático que amputa o próprio conhecimento jurídico.

Indicaremos aqui uma série de disciplinas de caráter sociológico ou filosó­ fico, que raramente ensinam nas faculdades. Descreveremos o objeto de estudo e algumas obras introdutórias para cada uma, convidando o futuro operador do direito a dedicar parte de seu tempo e energia a essas matérias.

Entre as disciplinas de cunho filosófico estão as seguintes:

• *Teoria (geral) do direito.* Estudo dos conceitos gerais e do funcionamen­ to dos sistemas jurídicos sem se fixar em um determinado direito nacional. A disciplina analisa a questão da definição do direito e da cientificidade de seu estudo, desenvolve a teoria das normas e das fontes jurídicas e elabora críticas à ideologia jurídica. Essa disciplina é considerada a “grande irmã” da introdução

ao estudo do direito porque aprofunda o estudo dos temas que apresentamos neste livro e propicia aos interessados uma visão global e crítica do direito (livro de referência: Sgarbi, 2007).

Uma parte importante da teoria do direito é a *teoria da interpretação*, que estuda os métodos e os problemas de interpretação das normas jurídicas. O

1. **Bacharel é o título acadêmico que recebe a pessoa que concluiu o curso de graduação em direito. Provém do francês medieval *bacheler* que designava o jovem nobre que aspirava a ser cavaleiro. A utilização moderna do termo indica o prestígio social da profissão jurídica.**

5 4 M ANUAL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

interesse concentra-se nos “casos difíceis” (*harà cases*) que apontam para as in­ seguranças e as contradições do pensamento jurídico. Os elementos básicos e a bibliografia da teoria da interpretação são apresentados na Lição 8.

Uma outra parte da teoria do direito é a *lógica jurídica,* que estuda a estru­ tura das normas jurídicas como proposições de dever ser. A lógica jurídica faz parte da lógica deôntica (do termo grego *deon*, que significa “dever”). A lógica deôntica analisa as particularidades lógicas das proposições do dever ser. No âmbito da lógica jurídica são estudados, ainda, os argumentos empregados na interpretação e aplicação do direito. Apesar de seu caráter “seco” e extrema­ mente complexo, há obras que expõem a lógica jurídica de maneira agradável (Mathieu-Izorche, 2001).

A lógica jurídica está relacionada com a informática jurídica. Essa discipli­ na nasceu nos anos 1960 para formalizar as categorias, as normas e as decisões jurídicas. O objetivo é facilitar o trabalho dos operadores do direito (criação de bases de dados jurisprudenciais com eficientes sistemas de busca) e infor­ matizar a tomada de decisões, permitindo sua racionalização. Um dos mais re­ levantes objetos de pesquisa é a formalização dos parâmetros para fixação das penas criminais, da pensão alimentícia e da indenização por danos morais. São utilizados cálculos matemáticos realizados por computadores para diminuir as grandes disparidades constatadas nas decisões do Judiciário em casos semelhan­ tes (livro de referência: Elmi, 2010).

• *Política e técnica legislativa (legística*). Estudo das técnicas de criação das leis e de questões de conteúdo das reformas legislativas. Essa disciplina funda­ menta-se na observação externa por parte do filósofo do direito, que compara o direito em vigor com normas mais adequadas e justas. Para formular propostas de política legislativa, deve ser levada em consideração a sociologia do direito (anseios da população, pesquisas para testar as reações diante de futuras leis, problemas de implementação das normas em vigor, técnicas de redação que permitem alcançar maior eficácia da norma), bem como dados políticos, rela­ cionados com o funcionamento e as estruturas do poder legislativo (Eskridge et al. 2006, p. 1-217; Soares, 2004).

Em sua parte técnica, a legística preocupa-se com a clareza e a coerência das leis tentando encontrar métodos de redação que facilitem sua exata com­ preensão e aplicação (textos de referência: Bergel, 2001-a, p. 269-330; Carvalho, 2007, p. 79-130).

Hã também disciplinas de caráter sociológico:

• *Criminologia.* Essa disciplina estuda quem e por que é considerado cri­ minoso. A criminologia tradicional propõe-se a estudar as causas da crimina­ lidade, que podem ser biológicas, psicológicas ou sociais (livro de referência: Vold e outros, 2002). A essa direção contrapõem-se os estudos mais avançados e modernos da criminologia crítica, que sustenta não existirem “causas” da cri­

|  |  |
| --- | --- |
| DIMENSÕES D O ESTUDO D O DIREITO | 5 5 |

minalidade. O crime e o criminoso são criados pelo sistema penal (leis, polícia, promotorias, tribunais, prisões), que aplica a certas pessoas o rótulo “crimino­ so” (livro de referência: Baratta, 2002).

• *Psicologia jurídica.* A disciplina aplica o saber psicológico aos fenômenos jurídicos. Seu objetivo é entender a reação dos indivíduos perante o direito, por exemplo, as reações das vítimas de delitos, e estudar o comportamento dos ope­ radores jurídicos, estudando, entre outros, o processo de formação do convenci­ mento dos juizes. Nesse último caso, fala-se em psicologia forense ou judiciária (livro de referência: Wrightsman e Fulero, 2004). De menor interesse prático, mas muito mais profunda e reveladora, é a abordagem *psicanalítica* do direito, que encontramos em alguns estudos inovadores (Legendre, 2000).

Temos, ainda, duas disciplinas que combinam o estudo dogmático com outros saberes e que apesar de seu grande interesse teórico são ignoradas no ensino jurídico atual:

•*Direito comparado.* Estuda em paralelo os ordenamentos jurídicos de vários países para encontrar estruturas comuns e diferenças, constatar as influências que um país recebeu de outros (e explicar o porquê), assim como formular propostas de reforma, inspirando-se no exemplo de outros países. Comparar legislações, doutrinas e decisões judiciais permite melhor entender a lógica e os objetivos de cada ordenamento jurídico. Lamentavelmente essa disciplina é pouco desenvol­ vida no Brasil. Muitos pensam que fazem direito comparado, mas, na realidade, apresentam, de maneira superficial, a legislação de outros países sem reflexão sis­ temática sobre as influências (livro de referência: Sacco, 2001).

• *História do direito.* A disciplina tem um vastíssimo objeto de estudo. In­ teressa-se por todos os ordenamentos jurídicos do passado, em todos os países. É uma tarefa extremamente árdua, que ninguém consegue realizar individual­ mente. Os juristas especializam-se em determinados períodos, povos e ramos do direito, analisando o conteúdo de normas do passado, sua aplicação e suas relações com as respectivas sociedades (livros de referência: Hespanha, 2005; Lopes, 2008). Uma pequena parte da história do direito é estudada em algumas faculdades no Brasil: trata-se da história do direito privado romano que serviu como base para a elaboração do direito civil moderno. O bom senso diz, porém, que para os estudantes seria mais útil conhecer a história do direito brasileiro e os elementos básicos das mais importantes “famílias” jurídicas do mundo.

*Para aprofundar o conhecimento*

Andrade, 1996; Atienza, 1985, p. 289-372; Bobbio, 2001, p. 45-55; Costa, 2001, p. 64-70, 169-185; Gianformaggio, 1993, p. 31-48; Mendonça, 2002, p. 80-99, 117-120; Pettoruti e Scatolini, 2005, p. 91-102; Reale, 1994; Sabadell, 2005, p. 47-63; Troper, 2001, p. 3-16.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  | **DIREITO E MORAL** |
| **S U M Á R I O : 1. Características da** | | **moral - 2 . Diferenças entre direito e moral** |
| **nas sociedades modernas: 2.1** | | **Finalidade; 2 .2 Fonte e critério de reconhe­** |
| **cim ento; 2 .3 Tipos de sanções; 2 .4 Conteúdo; 2 .5 Conhecim ento por parte** | | |
| **dos destinatários -** | **3 . A influência da moral no direito - 4 . A influência do** | |
| **direito na moral -** | **5 . Possíveis relações entre direito e moral.** | |

**1. Características da moral**

Qual a relação entre direito e moral? A resposta depende da nossa visão sobre a definição e a função do direito, não existindo uma única solução certa. Para formar e fundamentar essa opinião, é imprescindível conhecer o que é a moral, para em seguida analisar suas relações com o direito.

A moral (do latim *mores* = modos de comportamento, costumes) define-se como o conjunto de convicções de uma pessoa, de um grupo ou da sociedade inteira sobre o bem e o mal.1 Sobre a origem das convicções morais há várias opiniões. Dependendo da visão de cada autor, a moral decorre da vontade de Deus, da necessidade do convívio social, da reflexão humana sobre o justo ou mesmo da propaganda dos poderosos.

Todos concordam que a moral é composta por regras de conduta que cum­ prem duas funções. Em primeiro lugar, orientam o comportamento dos indi­ víduos na vida cotidiana: todos devem fazer o bem e evitar a prática do mal. Em segundo lugar, servem como critério de avaliação da conduta humana. A sociedade as utiliza para julgar a conduta dos indivíduos, que é aprovada ou reprovada segundo sua correspondência com os imperativos morais.

Exemplo: existindo na sociedade a convicção moral de que os filhos adul­ tos devem sustentar os pais incapazes de trabalhar, essa convicção constitui uma

1. **No vocabulário comum, a “moral” é sinônimo da “ética”. O segundo termo provém do grego antigo *ethos* e significa modo de comportamento, costume. Mesmo assim, os especialistas diferenciam, muitas vezes, entre a ética, que indica o dever de obediência a normas socialmente impostas (ética social, ética profissional), e a moral, que indica o dever de obediência a mandamentos que decorrem da consciência de cada indivíduo e são mais rigorosos do que os mandamentos da ética.**

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E MORAL | 5 7 |

regra de comportamento: “Quem for adulto e filho de pais incapazes de traba­ lhar, deve sustentá-los”. Dita regra deve ser respeitada por todas as pessoas que se encontram nessa situação; a sociedade avaliará o comportamento de cada um de forma positiva ou negativa dependendo do cumprimento dessa regra social.

Isso indica que a moral funciona como um *dever ser* em relação à atuação das pessoas. Fazer o *mal* viola a ordem e acarreta sanções de variadas formas (penitência para os cristãos; remorsos de consciência; desprezo; ruptura de re­ lações sociais; exclusão do grupo etc.).

Comparando a definição da moral com a definição do direito constatamos importantes semelhanças. Em ambos os casos, estamos em presença de regras de conduta, que exprimem um dever ser e, em caso de descumprimento, levam à imposição de sanções.

Muitos doutrinadores consideram que há uma forte relação entre o conteú­ do do direito e os imperativos morais. Para analisar a questão devemos, tal como fizemos estudando a definição do direito, adotar uma postura neutra. Não inte­ ressa saber se o direito deve ou não deve contrariar a moral. Interessa analisar o que realmente acontece nas sociedades modernas.

Devemos partir da constatação de que hoje existem muitos sistemas de re­ gras morais. A pluralidade dos sistemas morais é principalmente devida ao fato de serem as sociedades modernas *individualistas. O* importante é a liberdade do indivíduo, que possui um amplo espaço para desenvolver seu projeto de vida. A pessoa pode, por exemplo, dedicar-se aos estudos ou passar seus dias assistindo à televisão e tomando cerveja no bar; pode ser religioso ou ateu; ter posições políticas progressistas ou conservadoras; ajudar os socialmente fracos ou ser arrogante e explorador. Os vínculos entre os membros das sociedades modernas baseiam-se na combinação de interesses e visões diferentes, no respeito e na tolerância recíproca.

Se as regras de comportamento moral dependem da consciência de cada um, havendo uma pluralidade de sistemas morais é impossível que o direito esteja em conformidade com todos. Por essa razão, o direito moderno limita-se a regulamentar o convívio social, possibilitando a coexistência de pessoas com mentalidades, valores e projetos de vida diferentes.2

1. **A identidade entre a moral e o direito caracteriza as sociedades *holísticas*, em que todos os assuntos da vida são regulamentados e controlados pelo poder político, restringi­ da ao máximo a esfera de liberdade do indivíduo. Em tais sociedades, todos devem adotar os mesmos padrões de comportamento e a vontade do grupo prevalece sobre aquela do indivíduo. Nesse caso temos uma “solidariedade m ecânica”, como dizia o sociólogo francês Émile Durkheim. O contrário acontece no mundo moderno, no qual o indivíduo é considerado livre e cada um pode seguir suas convicções sobre a mora-**

5 8 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

**2. Diferenças entre direito e moral nas sociedades modernas**

Partindo da premissa da *irredutível pluralidade dos sistemas morais*, pode­ mos elaborar uma tipologia das principais diferenças entre as regras jurídicas e as regras morais nas sociedades modernas, indicando cinco elementos de dife­

rença.

\

**2.7** *Finalidade*

As regras morais objetivam o aperfeiçoamento do indivíduo; as regras jurí­ dicas apenas facilitam o convívio social, procurando prevenir e solucionar con­ flitos. Por tal razão, as normas morais regulam principalmente a conduta *interna* da pessoa, e o direito interessa-se pelo comportamento *externo* e não pelos mo­ tivos da ação humana ou pelo pensamento.

Em primeiro lugar, o direito não proíbe pensamentos “pecaminosos” ou “imorais” nem se interessa por que o indivíduo decide respeitar a regra jurídica. Quem não mata por amor ao próximo é uma pessoa que respeita a legalidade tal como aquele que se abstém do homicídio por puro medo da pena, já que o direito quer preservar a vida e os demais bens dos membros da sociedade e não deseja moralizar o comportamento humano.

Certamente o direito interessa-se por aspectos subjetivos ou psicológicos, relacionados à vontade e à personalidade dos envolvidos. Quem comete crime dolosamente é castigado com pena maior daquele que comete o mesmo crime de maneira culposa. Mas sem a exteriorização, mesmo a pior das intenções per­ manece irrelevante.

Em segundo lugar, o direito desinteressa-se pelos atos do indivíduo que não criam problemas aos demais ou à ordem pública. Essa limitação do direito é muito bem expressa pelo art. 19 da Constituição da Argentina, de 1994: “As ações privadas das pessoas que não ofendem de maneira alguma a ordem ou a moral pública nem prejudicam os demais são reservadas a Deus e isentas da autoridade dos magistrados”.3

O direito reprova e sanciona comportamentos que causam problemas so­ ciais, porque contrariam as regras da convivência (a “moral pública”) ou afetam diretamente os direitos dos demais e os interesses da coletividade. Exemplo: a

**lidade. Esse tipo de organização *individualista é* chamado “solidariedade orgânica” por Durkheim (cf. Sabadell, 2010, p. 46 -50). Para uma comparação entre as sociedades holísticas e individualistas cf. Dumont, 1991.**

1. **“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.”**

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E MORAL | 5 9 |

pornografia é considerada por muitos como hábito “depravado”, ou seja, mo­ ralmente reprovável. O direito só proíbe e pune a pornografia se considerar que sua prática causa problemas ao convívio social, por exemplo, porque se baseia na humilhação das mulheres ou porque a venda pública de tal material pode ser prejudicial aos adolescentes.

Uma problemática semelhante refere-se à legislação sobre drogas ilícitas. O direito moderno não proíbe o porte de drogas porque deseja preservar a saúde, a moral e a lucidez do indivíduo que as consome. O legislador não se interessa nem deveria se interessar pela “moralização” do indivíduo que consome drogas; deve cuidar tão somente dos bens coletivos, no caso das drogas, da saúde pú­ blica. Diante dessa situação, muitos criticam - com plena razão - a penalização do usuário de drogas, considerando que isso não gera perigo para nenhum bem coletivo e a pena é injustificada (Greiff e Greiff, 2000).4

2.2 *Fonte e critério de reconhecim ento*

Fonte da moral são as convicções dos membros da sociedade ou os man­ damentos de uma autoridade (religião, razão). Critério de reconhecimento de um mandamento como moralmente imposto é a sua aceitação por um grupo de pessoas.

A moral pode ser autônoma ou heterônoma.5 É autônoma nos casos em que o indivíduo obedece a mandamentos decorrentes da própria consciência. Temos, ao contrário, uma moral heterônoma, quando o indivíduo considera como moralmente vinculantes as regras estabelecidas por uma autoridade. Nos dois casos, porém, a moral só possui validade se o indivíduo reconhecê-la como vinculante.

Exemplo: muitas pessoas consideram o adultério como ato imoral; outros como direito do indivíduo. Essa disparidade repercute na caracterização moral do ato. Só pode qualificar a conduta do adúltero como imoral quem considera o adultério como moralmente reprovável. Isso significa que a avaliação moral é subjetiva. Dependendo de quem opina, a mesma conduta pode ser vista como moral ou imoral.

**4. Cf. as análises em: Greiff e Greiff, 2000. Em 1986, a Suprema Corte da Argentina de­ clarou inconstitucional a penalização do porte de drogas ilícitas em espaços privados para fins exclusivos de consumo pessoal, já que este fato não viola nem a ordem nem a moral pública. Considerou-se, que a penalização contrariava o precitado art. 19 da Constituição da Argentina (Malamud-Goti, 2000, p. 244).**

**5. Ser autônomo significa estabelecer a própria lei, ser independente dos demais (o termo provém das palavras gregas *autos* = mesmo e *nomos -* lei); o contrário da autonomia é a heteronomia *(héteros =* outro).**

6 0 M AN UAL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

O contrário acontece no caso do direito. Sua única fonte é o Estado e por tal razão a avaliação de uma conduta como “legal” ou “ilegal” é objetiva. Em ou­ tras palavras, as normas jurídicas identificam-se por meio do critério de valida­ de formal (criação em conformidade com as normas de competência normativa - Lição 6, 3.2.8). Assim, a avaliação do adultério como legalmente permitido ou proibido é objetiva, dependendo do direito em vigor e não da opinião de cada pessoa. Mesmo quem rejeita os regulamentos jurídicos com argumentos políti­ cos ou morais reconhece objetivamente seu conteúdo.

*2.3* *Tipos de sanções*

As sanções morais são difusas e informais. Não podem ser aplicadas me­ diante coerção. A moral pressupõe a vontade da pessoa de agir de determinado modo. Seria contrário à finalidade da moral constranger uma pessoa a respeitã--la.

As sanções jurídicas são, ao contrário, fixas, formais e, se for necessário, aplicam-se por meio de coação física. O Estado pode obrigar as pessoas a respei­ tar determinadas ordens e agir dentro de certos limites, independentemente de sua vontade ou opinião.

*2.4* *Conteúdo*

As regras morais diferenciam-se das jurídicas. Há regras morais que não se encontram no direito e normas jurídicas sobre temas que são moralmente indi­ ferentes. Além disso, não são raros os casos de contradição entre mandamentos morais e regras jurídicas. Essa disparidade de conteúdo decorre da diferença de finalidade entre ambos os sistemas.

O objetivo do direito é a preservação da ordem de convivência e da es­ trutura do poder. Nesse intuito organiza determinados procedimentos (prazos, repartição de competências, modo de escolha das autoridades, mecanismos de fiscalização etc.) e garante o respeito aos direitos e o cumprimento dos deveres de cada um por intermédio de sanções.

O objetivo da moral é indicar as condutas adequadas, sendo um sistema de alcance bem limitado, já que muitos tópicos de organização da vida social são moralmente irrelevantes. A moral só estabelece princípios gerais sobre temas importantes.

Exemplo: é moralmente necessário respeitar a integridade física dos de­ mais; a moral não indica, porém, qual é a pena adequada em caso de lesão cor­ poral, nem qual tribunal deve pronunciá-la, ou qual deva ser o procedimento para tanto. Temos aqui uma diferença na extensão dos regulamentos: a moral só fixa princípios; o direito insiste nos detalhes organiza tivos.

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E MORAL | **61** |

Por outro lado, a moral objetiva orientar a vida “interna” do indivíduo, sendo muito mais exigente do que o direito, que só fiscaliza o comportamento externo. Dessa forma, a moral apresenta um grau muito maior de intensidade, abrangendo todos os aspectos da conduta individual, inclusive os pensamentos e desejos. Isso é bem expresso por um brocardo do Digesto: “Nem tudo aquilo que é legalmente permitido satisfaz as exigências da integridade moral”.0

Exemplo: para uma pessoa religiosa o fato de desejar algo proibido é um pecado, porque indica uma postura imoral. No Sermão da Montanha, Jesus as­ severou: “Ouvistes que foi dito: não adulterarás. Eu, porém, vos digo: qualquer que olhar para uma mulher com intenção impura no coração já adulterou com ela” (Mateus 5, 27-28). Em todo o Sermão da Montanha são ensinadas regras muito mais rígidas do que as que se encontram no direito em vigor daquela épo­ ca e da nossa. Demonstra-se, assim, que a moral é muito mais intensa, tendendo a disciplinar os motivos de ação e os pensamentos das pessoas.

Podemos, finalmente, encontrar casos de contradição entre as normas ju­ rídicas e morais. Exemplos: matar um sangrento ditador (o famoso tiranicídio) pode ser um ato de elevação moral que muitos admiram; mas, ao mesmo tempo, pode ser um grave delito. Demitir por justa causa um funcionário que tem cinco filhos e mulher doente pode ser moralmente repreensível e, ao mesmo tempo, juridicamente permitido.

*2.5* *Conhecimento por parte dos destinatários*

A moral é simples. Todos conhecem exatamente os mandamentos morais, que são poucos, claros e só oferecem uma orientação geral aos indivíduos. O contrário acontece com o direito. Qual professor de direito pode afirmar que conhece todas as normas jurídicas em vigor? Como exigir, então, que a popu­ lação tenha pleno conhecimento do direito? O direito é um sistema extenso e sofisticado que versa sobre os mais variados temas da vida social, estabelecendo complexas e detalhadas regras de organização e regulamentando o modo de aplicação das sanções.

Essa observação não indica somente uma clara diferença na relação do or­ denamento moral e do ordenamento jurídico com seus destinatários. Indica também que seria errado conceber as relações entre direito e moral como rela­ ções entre duas esferas normativas que, apesar das diferenças, são semelhantes na estrutura. Comparar o direito com a moral não é uma operação semelhante ao exame das diferenças e semelhanças entre dois direitos nacionais, que pos­

1. **“Non omne quod licet honestum est.” Opinião do jurisconsulto Paulo. Digesto dejus-tiniano, 50 .17 .144, preâmbulo. Fonte:** [**<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/**](http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/) **Ak/Corpu s/d-5 0. h tm>.**

6 2 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

suem a mesma estrutura e regulamentam os mesmos assuntos. O direito é um sistema denso e concreto e a moral um sistema “rarefeito” e genérico.

**Quadro sinótico 3:**

**Diferenças entre direito e moral**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **Moral** | **Direito** |
| ***Finalidade*** | Aperfeiçoamento interno | Evitar conflitos sociais |
| ***Fonte*** | Autoridades morais; grupos sociais | Estado |
| ***Critério de reconhecimento*** | Aceitação pelos destinatários | Validade formal |
| ***Sanções*** | Informais; sem coerção física | Formais; coercitivas |
| ***Conteúdo*** | Restrito; rigoroso | Amplo; menos exigente |
| ***Conhecimento*** | Fácil acesso | Difícil acesso |

**3. A influência da moral no direito**

Os legisladores e, sobretudo, os detentores do poder constituinte originário são formalmente livres para estabelecer as normas que considerarem adequadas para determinada sociedade. Entretanto, na prática, essa liberdade é limitada, constatando-se uma múltipla influência da moral sobre o direito.

Em primeiro lugar, o legislador compartilha convicções, valores e ideais difundidos na sociedade e os exprime por meio de suas normas. Se a maioria dos membros da sociedade condenar, por exemplo, o aborto ou a agiotagem, o legislador dificilmente permitirá tais atividades. Em outras palavras, o mais pro­ vável é que o próprio legislador adote e exprima os valores morais da sociedade ou que, pelo menos, tente satisfazer as expectativas da maioria da população, particularmente nos regimes da democracia representativa, em que a eleição dos políticos depende da confiança popular.

Em segundo lugar, o legislador estabelece normas para que estas sejam cumpridas. Uma norma jurídica que contraria fortemente a moral social tem poucas chances de ser aplicada, não podendo legitimar-se. Por tal razão, os le­ gisladores evitam elaborar normas que contrariam a moral, pois sabem que isso criará sérios conflitos, diminuindo a eficácia e a legitimidade do direito.

Exemplo: um legislador muito rígido, que considera imoral tomar bebida alcoólica ou assistir à televisão, dificilmente criará leis nesse sentido, sabendo que haverá fortes reações e as leis não serão cumpridas por chocarem-se com a opinião da grande maioria da população.

Nesse sentido, podemos dizer que existe um *núcleo comum* de regras mo­ rais e jurídicas. Aquilo que corresponde à moral é frequentemente positivado como direito.

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E MORAL | 6 3 |

A constatação dessa influência não invalida o fato de existirem, na mesma sociedade, muitos sistemas morais, específicos de determinados grupos. Basta pensar nas grandes diferenças de mentalidade e de comportamento entre os moradores das grandes cidades e do interior, ou, então, nas diferenças entre religiosos e ateus, ou entre pessoas de opiniões políticas diferentes.

Com efeito, a sociologia analisa as diferenças entre os sistemas morais pro­ curando distinguir, no âmbito da mesma sociedade, as diferentes *subculturas*, próprias dos grupos sociais, que fundamentam diferentes visões sobre o moral­ mente correto (Sabadell, 2010, p. 182-184).

Para entender a relatividade da moral podemos pensar no homicídio. Per­ guntando se existem valores morais absolutos a maioria responderá esponta­ neamente que há pelo menos um valor universal: o respeito à vida humana. Certamente ninguém quer que um ser humano morra, ainda mais de forma vio­ lenta. Assim, por exemplo, um representante atual do direito natural (Lição 5, 3) considera como “regra moral absoluta (...) a proibição do homicídio doloso”.7

Analisando com maior profundidade o tema, percebemos que a maioria das pessoas aceita que alguém possa ser morto por certos motivos. Muitos estão a favor da pena de morte, sendo esta praticada e considerada constitucional em vá­ rios países, entre outros nos EUA e na China. Mesmo no Brasil, a pena de morte é constitucionalmente admitida em caso de guerra declarada (art. 5.°, XLVII, a, da Constituição Federal). Por outro lado, dezenas de Estados consideram a pena de morte cruel e desumana e a proíbem plenamente. Organizações como a *Amnesty* *International* realizam incansáveis campanhas para a sua completa abolição.8

Podemos encontrar outras situações nas quais o fato de “matar alguém” intencionalmente é considerado aceitável pela maioria da população. Em caso de guerra, a preservação da integridade territorial e do interesse nacional é con­ siderada mais valiosa que a vida humana. Essa justificativa é, por sua vez, vigoro­ samente combatida pelos grupos pacifistas que condenam moralmente qualquer luta armada. Percebemos, assim, que não existem regras morais absolutas, do tipo “matar alguém é proibido”. Sempre são feitas distinções, dependendo dos motivos do homicídio. Certamente, todos reprovam o homicídio não justificado. Mas há muitas opiniões sobre a justificativa do homicídio (Posner, 2002, p. 6).

A lista pode estender-se pensando na justificativa ao aborto e à eutanásia, sendo ambas as situações objeto das mais vivas controvérsias morais sobre a possibilidade de pôr fim a uma gravidez ou livrar do sofrimento um doente terminal. Sem aprofundar nessas questões, que são amplamente discutidas nas

1. **Finnis, 1996, p. 148; cf. Gewirth, 1984, p. 108-109.**
2. **Cf. o material informativo em:** [**<http://web.amnesty.org/pages/deathpenalty-coun-tries-**](http://web.amnesty.org/pages/deathpenalty-coun-%e2%80%a8tries-eng)**eng>. Em Portugal, o art. 24 da Constituição prevê: “1. A vida humana é inviolá­ vel. 2. Em caso algum haverá pena de morte”.**

6 4 M ANUAL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

aulas de direito penal e de filosofia do direito, é suficiente constatar aqui a *rela­* *tividade* da moral, cujas regras não possuem universalidade. Cada grupo socialadota suas próprias orientações morais.

Se a moral não é única, revela-se impossível estabelecer suas relações com o direito sem analisar as relações que mantém o direito positivo com cada um dos vários, e contraditórios entre si, sistemas morais vigentes. Tais sistemas não são, porém, equivalentes. Em cada sociedade prevalece determinado sistema de regras morais que é aceito pela maioria da população e, geralmente, corresponde aos interesses dos grupos dominantes. Essa é a *moral (socialmente) dominante*. Na realidade, o direito não é influenciado pela moral em geral, como dizem muitos autores. Aquilo que se constata é a influência da moral dominante sobre o direito.

Assim sendo, quando o direito faz expressa referência à moral, por exem­ plo, no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que submete a administração pública ao princípio da moralidade, o intérprete deve estabelecer critérios para distinguir entre condutas morais e imorais, sendo crucial, para tanto, a opinião que predomina socialmente sobre a moralidade.

**4. À influência do direito na moral**

A aplicação do direito influencia as pessoas que, muitas vezes, passam a considerar aquilo que é legalmente estabelecido como justo e correto. Em ou­ tras palavras, a aplicação cotidiana do direito efetua uma propaganda moral, induzindo seus destinatários a aceitar como moralmente correto aquilo que é legalmente estabelecido. Dessa maneira, o direito contribui na configuração da moral dominante por meio da formalização jurídica e da ameaça de sanções.

Um exemplo atual é oferecido pelos direitos humanos. Os direitos huma­ nos foram colocados, após a Segunda Guerra Mundial, no centro de todos os ordenamentos jurídicos, tanto nacionais como internacionais. A plena consa­ gração jurídica desses direitos levou a uma modificação das opiniões morais da maioria. A igualdade de todos os seres humanos, a liberdade individual e a dignidade humana, que constituem o núcleo dos direitos humanos, transforma­ ram-se em crença geral e passaram a ser considerados como valores morais su­ premos. Desrespeitar os direitos humanos é visto, em nossos dias, não só como violação de regras jurídicas, mas também como ato de imoralidade.

Não é raro ver guerras se justificarem em nome do valor moral dos direitos humanos, como ocorreu com a intervenção armada de países da Organização do Tratado do Atlântico Norte (Otan) na antiga Iugoslávia (1999), no Afeganistão (2001) e no Iraque (2003). Mesmo que essa referência à moral constitua uma manipulação no intuito de apresentar as guerras imperialistas como “interven­ ções humanitárias” (Badiou, 1995), a questão dos direitos humanos não deixa de ser um exemplo de influência das regras jurídicas na moral dominante.

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E MORAL | 6 5 |

**5. Possíveis relações entre direito e moral**

Existem *cinco* teses sobre a relação entre direito e moral:

1. os mandamentos jurídicos e morais coincidem (*tese da identidade*);
2. as regras jurídicas constituem o núcleo das regras morais (*o direito como* *mínimo ético);*
   1. as regras morais constituem o núcleo do direito que compreende muitas normas moralmente indiferentes *(a moral como mínimo jurídico);*
   2. as regras jurídicas são aparentadas com as morais, sendo impossível criar e interpretar o direito sem levar em consideração a moral (*tese da conexão);*
   3. entre ambos os ordenamentos há plena e absoluta separação (*tese da* *separação).*
   4. A tese da identidade não distingue o conceito da moral do conceito do direito. Sustenta-se que existe um único sistema de normas que regulamentam o comportamento social. Essa visão é peculiar de sociedades antigas, principal­ mente de sociedades pequenas e pouco diferenciadas.
   5. A tese do direito como mínimo ético considera o direito como “peça central” (núcleo) das normas morais. Nessa ótica, a moral apresenta-se com­ posta de grande número de normas de comportamento. Algumas entre elas são consideradas socialmente mais relevantes e adquirem o caráter de normas ju ­ rídicas. Assim, tudo aquilo que é juridicamente obrigatório é, também, moral­ mente imposto. Mas o contrário não é verdadeiro, podendo haver violação de regras morais mesmo quando o direito é respeitado. Essa tese foi sustentada por

juristas e teólogos do direito medieval. Todas as normas de conduta correspon­ dem a um mandamento divino, sendo a sua transgressão um pecado. Contudo, somente os pecados mais graves são considerados delitos, acarretando, além da sanção religiosa, certas sanções criminais.

c) A tese da moral como mínimo jurídico considera que os ordenamentos jurídicos regulamentam os mais variados aspectos das relações humanas, incluin­ do normas sobre assuntos que não interessam à moral ou regulamentam ques­ tões moralmente controvertidas. Mesmo assim, no centro de todos os sistemas de normas jurídicas encontram-se alguns princípios fundamentais que decorrem das convicções morais que são aceitas pela sociedade inteira e norteiam o direito (dignidade humana, respeito à vida, igualdade, cumprimento das promessas).

Essas três teses não encontram partidários entre os filósofos e teóricos do direito das últimas décadas. A controvérsia concentra-se, atualmente, entre os partidários da tese da conexão e os adeptos da tese da separação.9

1. **Cf. a abordagem moralista em: Dworkin, 1999 e 2002; Alexy, 1994; Dreier, 1981, p. 180 -216 . Para uma defesa da visão positivista, cf. Hart, 2001, p. 49 -87; Hoerster, 1992 e 2006; Maus, 1989; Villa, 2004; Dimoulis, 2006.**

6 6 M A N U A L DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

d) A tese da conexão é adotada pelos autores *moralistas.* Essa tese apresen­ ta duas variantes. A primeira variante considera que não é possível distinguir claramente entre o direito e a moral. Quando o intérprete deseja entender e aplicar um texto legal deve sempre levar em consideração as crenças morais de sua sociedade (moralismo jurídico radical).

A segunda variante considera que o direito permanece aberto diante da moral, cujos valores o influenciam (moralismo jurídico moderado). Essa aber­ tura pode manifestar-se no aspecto da validade do direito. Uma norma jurídica é válida se respeitar os princípios básicos da moral (*moralismo da validade).* Pode manifestar-se, também, em relação à interpretação jurídica. Devemos in­ terpretar o direito em conformidade com os preceitos morais (*moralismo da* *interpretação).*

Os autores moralistas concluem que o direito deve ser obedecido pela po­ pulação, já que seu conteúdo corresponde aos imperativos da moral, sendo ade­ quado e justo. Quando as normas escritas são pouco claras ou não satisfazem os imperativos básicos da moralidade, devem ser corrigidas pelo intérprete.10 O operador do direito deve tentar conseguir a máxima coerência entre preceitos morais e normas jurídicas, já que o direito está vinculado a ideais superiores e a aplicação de normas inadequadas ou mesmo injustas é uma traição aos ideais da profissão jurídica e das expectativas da sociedade.

e) Essa conclusão é contestada pelas *abordagens positivistas* do direito que adotam a tese da separação. Os positivistas afirmam que o direito é um fenôme­ no normativo diferente da moral. Quando o operador do direito interpreta as normas jurídicas, deve ignorar completamente as convicções morais, tanto as dominantes como as suas próprias. Os positivistas afirmam que as crenças da sociedade e, em particular, dos legisladores sobre a moral influenciam a criação do direito (Lição 3, 3). Mas consideram que a concordância de uma norma jurí­ dica com a moral da sociedade (ou do intérprete) não influencia sua validade e interpretação (Dimoulis, 2006, p. 167-180). Assim sendo, apesar das semelhan­ ças entre os dois sistemas normativos, o operador do direito deve interessar-se apenas pelas normas juridicamente válidas.

Essa posição fundamenta-se em *ào^* argumentos. Primeiro, a pluralidade dos sistemas morais em uma sociedade ±. ssibilita as tentativas de identificar regras morais aceitas por todos, como foi indicado no exemplo do homicídio

1. **Encontramos também moralistas que podem ser caracterizados como céticos. Esses autores consideram a moralidade como fundamento e verdadeiro “sentido” do direito, sem negar, porém, que normas contrárias aos mandamentos morais sejam válidas. Essa é a posição de Ferraz Jr.: “O direito, em suma, privado de moralidade, perde sentido, embora não perca necessariamente império, validade, eficácia” (2001, p. 354).**

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E MORAL | 6 7 |

(Lição 3,3). Segundo, o direito moderno é válido porque é posto em vigor pelas autoridades competentes e não porque respeita a moral. Em conclusão, a forte relação entre o direito e a moral não constitui motivo de validade nem motivo de interpretação das normas jurídicas.

Desse modo, a maioria dos positivistas rejeita o dever de obediência da população e critica o moralismo como ideologia que legitima o direito em vigor, porque impossibilita sua crítica. Na visão dos positivistas, o operador jurídico deve limitar-se à interpretação das normas válidas, deixando as pessoas livres para obedecer ou não às normas em vigor, segundo seus interesses e suas con­ vicções políticas.

O debate é amplo, com argumentos de peso das duas partes. Tudo depende, como já indicamos, da posição pessoal em relação à definição do direito.

*Para aprofundar o conhecimento*

Alday, 2000; Alexy, 1994; Atienza, 2003, p. 87-114; Badiou, 1995; Costa, 2001, p. 75-106; Dimoulis, 2006; Dreier, 1981, p. 180-216; Dworkin, 2002 e 1999; Hart, 2001, p. 49-87; Hoerster, 1992; Kelsen, 2000, p. 25-32, 67-78; Kol-ler, 1997, p. 255-294; Maus, 1989; Nino, 1983, p. 353-436; Pawlowski, 1999, p. 367-388; Posner, 2002, p. 8-38, 108-144; Reale, 2000, p. 33-57; Vásquez, 1998; Venosa, 2004, p. 207-218; Villa, 2004.

**DIREITO E POLÍTICA**

S U M Á R I O : **1. Política e assuntos p o lítico s -2 . 0 direito da política- 3 . A política** **do direito - 4 . Conclusão.**

Sabemos que as leis são criadas pelo Poder Legislativo. Ora, o Poder Legis­ lativo é exercido por pessoas que se ocupam da política de modo profissional e são legitimados pelo voto da maioria dos eleitores. Se amanhã o povo eleger políticos que pertençam a outros partidos, estes poderão realizar profundas mu­ danças no direito, de acordo com as suas opções e interesses.

Por isso podemos afirmar que a criação do direito é um assunto exclusiva­ mente *político*. Todas as decisões sobre a oportunidade de criar ou de modificar uma norma jurídica dependem de avaliações políticas, de ideologias e interesses expressos pelos partidos políticos.

Nesse sentido, o *direito é um produto da política*. Há uma conexão genética que se resume na seguinte regra: quem não possui poder político não pode criar direi­ to. Esse dado deve ser ressaltado para evitar um erro muito comum entre alunos do direito. A missão do operador do direito não é técnica ou científica. É principal­ mente política, porque consiste na execução da vontade política dos legisladores.

Mas esta colocação não esgota o tema da relação entre o direito e a política. Ouvimos todos os dias reclamações sobre o desinteresse, a incapacidade ou até mesmo a corrupção dos políticos, que não cuidam dos interesses da sociedade, e sim do próprio poder e enriquecimento e do favorecimento da classe dominante.

Tais reclamações indicam um outro aspecto da relação entre o direito e a política. Deixam claro que o direito deve limitar a política. Os políticos deve­ riam respeitar o direito, que impõe o princípio da probidade na administração do dinheiro público, pune a corrupção e obriga a cuidar do bem-estar de todos. Dessa forma, o direito aparece como um instrumento mais poderoso do que a vontade política.

Aqui devemos fazer uma observação. Poucos manuais de introdução ao direito estudam as relações entre o direito e a política1 e, alguns negam o caráter

1. **Entre dezenas de manuais consultados encontramos os seguintes: Wiethõlter, 1968; Wesel, 1993, p. 198 -201; Jestaz, 2002, p. 25 -29; Venosa, 2004, p. 259 -268; Braun,**

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E POLÍTICA | 6 9 |

político do direito.2 Mesmo obras que prometem examinar essa relação evitam aprofundar o estudo (Guerra Filho, 2000).

O silêncio da maioria dos doutrinadores é devido à visão apologética que adotam (Lição 1, 4.1). Os estudiosos preferem discorrer sobre as relações entre o direito, a moral e a justiça, que “enobrecem” o direito vinculando-o a ideais, o que não ocorre ao examinar as características políticas do direito. Quem decide tratar deste último tema deve relacionar os regulamentos jurídicos a controvér­ sias e lutas sociais, a interesses de determinados grupos, a pressões e compro­ missos que apresentam o direito sob um ângulo menos vantajoso.

Os críticos do direito (Lição 1, 4.2) fazem uma opção contrária àquela dos partidários da visão apologética. Colocam no centro de seu interesse a análise da relação entre direito e política, considerando que as ligações do direito com a moral e a justiça são ideológicas. Segundo os críticos, a referência à moral e à justiça objetiva ocultar a natureza política do direito. Com efeito, estudar sua re­ lação com a política significa analisar o direito como fenômeno que decorre das relações de poder entre os dominantes e os dominados, como meio de manu­ tenção do poder, longe do mito de um direito neutro a serviço do “bem comum” (Sabadell, 2010, p. 154-166, 218-223). Há mesmo críticos que consideram im­ possível distinguir entre o direito e a política, pois todas as decisões jurídicas têm caráter político, colocando-se a serviço de determinados interesses sociais.

Quais são, porém, as relações exatas entre o direito e a política? Para res­ ponder devemos seguir o mesmo caminho escolhido para a análise das relações entre o direito e a moral. Em primeiro lugar, devemos dar uma definição da polí­ tica para depois examinarmos seu relacionamento com o ordenamento jurídico.

**1. Política e assuntos políticos**

A *política* pode ser definida como *um processo social* que possui *quatro* ca­ racterísticas principais: sua sede é o Estado; influencia a tomada de decisões por meio de ações coletivas; objetiva transformar as relações sociais; constitui uma atividade racional e, em geral, pacífica, mas sem excluir o confronto e a violência.

Em primeiro lugar, a política possui uma *sede institucional* Trata-se do *Es~s* *tado*, cujos órgãos decidem sobre as questões políticas. Disto decorre que a polí­tica é limitada na extensão e nos meios utilizados. Todos podem fazer política na rua, na sala de aula, na própria casa. Entretanto, os particulares possuem

**2007, p. 96 -109; Terré, 2009, p. 29-30. Para uma apresentação dos posicionamentos de juristas e filósofos sobre a relação entre direito e política, cf. D’Auria e Venier, 2005.**

**2.** **Luno, 1997, p. 105 -148; Chorão, 2000, p. 209 -214 .**

7 0 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

poucas possibilidades de influir sobre as decisões políticas. Na maioria dos casos, a política que se discute fora de sua sede institucional é um simples refle­ xo da política do Estado. Os particulares e as organizações não governamentais comentam as ações dos políticos, votam nas eleições que os políticos organi­ zam, querem mudar as políticas públicas definidas pelo Estado etc. Em outras palavras, a política gira em torno do Estado.3

Em segundo lugar, a política tem um *mecanismo de funcionamento*. Fazer política significa tentar influenciar a tomada de decisões nos assuntos que, em cada momento histórico, são considerados políticos mediante uma *ação coleti­* *va.* Fazer política pressupõe ter um mínimo de organização coletiva que permitaexercer pressão sobre a tomada de decisões públicas.

Sabemos que o protesto de uma pessoa pode ter um significado político. Temos, no Brasil, o exemplo do ambientalista Francisco Anselmo Gomes de Barros, que, em 2005, ateou fogo em seu próprio corpo, na cidade de Campo Grande, protestando contra a política governamental de implantar usinas no Pantanal. Esse ato individual tinha um profundo significado político. Mas isso só ocorreu porque existe um movimento de opinião e organizações que lutam em favor da preservação ambiental contra os projetos de expansão capitalista. Sem essa organização e mobilização coletiva nenhum ato individual pode adqui­ rir natureza política.

Em terceiro lugar, a política possui uma clara *finalidade: transformar as ins­* *tituições e as relações sociais.* Se todos concordam que o\_sãlário-mínimo estabe­lecido pelo governo é satisfatório, não teínsentido fazer umà\discussão política, porque não há vontade de mudança. Na política formam-se sempre dois campos principais: os conservadores, que querem manter a situação atual, e os contes-tadores, que objetivam uma mudança mais ou menos radical (modernizadores, reformistas, progressistas, revolucionários).

Em quarto lugar, a política é uma atividade social de tipo *racional* Por tal razão, o meio principal da comunicação política é a discussão entre pessoas que discordam. Tentamos utilizar argumentos para convencer os demais. Mas isso não exclui as tentativas de manipulação, muito frequentes, por exemplo, nas campanhas eleitorais que querem impressionar o eleitor com métodos de propaganda comercial e não convencê-lo racionalmente sobre as virtudes de um candidato. Não falta também na política o emprego da violência para vencer a resistência de adversários, quando seus interesses são tão contrários, a ponto de inexistir possibilidade de discussão racional. Os mais poderosos dispõem de um

1. **Essa limitação é criticável. Quando a política está nas mãos das autoridades estatais, estas acabam privilegiando os grupos sociais mais poderosos. Em outras palavras, a limitação da política ao Estado contraria o ideal democrático.**

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E POLÍTICA | 71 |

enorme potencial de *violência organizada* que, em caso de necessidade, é empre­ gado para fortalecer o regime atual.

Quais são os objetos da política, ou seja, quais são os *assuntos políticos*? Aqui a resposta não é simples. Decidir se um assunto é político não é uma afirmação objetiva, tal como dizer se um livro é vermelho ou azul. A definição de algo como “político” depende da opinião de cada um sobre o que deve ser considerado político.

Exemplo: na visão do movimento feminista, a violência doméstica, cujas principais vítimas são as mulheres, é um problema político porque decorre da dominação que os homens exercem sobre as mulheres, sendo necessária uma luta política para mudar a situação. Para muitos homens a violência doméstica é, ao contrário, um assunto privado, que se refere às relações íntimas, não de­ vendo haver intromissão de estranhos nesse tipo de assunto.

Isso indica que a determinação dos assuntos políticos é extremamente flui­ da e depende da postura da sociedade perante cada tema. Assuntos políticos são aqueles que constituem objeto de controvérsias públicas em determinado mo­ mento histórico. Em outras palavras, são políticas as questões publicamente dis­ cutidas e consideradas como dependentes de uma decisão coletiva. Não é político aquilo que, em determinado momento, depende da decisão dos particulares.

O campo de atuação da política é constituído pelos assuntos que podem ser decididos por meio de uma *escolha pública* entre várias opções possíveis. Exem­ plo: a saúde pública é um assunto político, já que a sociedade e as autoridades do Estado discutem e decidem sobre a melhor estratégia para a prevenção e a cura de doenças, o orçamento destinado ao setor da saúde etc. Ao contrário, a decisão sobre o tratamento que deve seguir um paciente não é política: depende de sua vontade e dos conselhos de seus médicos, não podendo o Estado ou a sociedade interferir sobre essa decisão.

Essa é uma definição *realista* da política. Indica aquilo que é efetivamente considerado como assunto político em determinado momento, e não aquilo que nós *queríamos* que fosse político. Assuntos que hoje não são considerados polí­ ticos podem, no futuro, entrar na cena política, se um grupo conseguir impor o reconhecimento de sua relevância política (*politicidade*). Basta lembrar o exem­ plo dos sindicatos dos trabalhadores, que conseguiram impor a politicidade das condições e da remuneração do trabalho, assuntos estes que, até finais do século XIX, eram considerados privados. Em decorrência disto, as negociações entre empregador e empregado eram privadas sem interferência do Estado, sendo, inclusive, proibida a greve e qualquer outra ação coletiva dos trabalhadores.

Essas mudanças indicam que não existe uma essência da política, nem assuntos naturalmente políticos para todo lugar e tempo. Aquilo que hoje é público era, em outras épocas, privado e vice-versa. Assim, por exemplo, a de-

7 2 M ANUAL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

gradação ambiental tornou-se, nas últimas décadas, assunto político, uma vez que antes era considerado como decisão particular dos proprietários de terras e dos empresários.

De forma contrária, os assuntos religiosos eram considerados políticos em séculos passados, como indica o poder político da Igreja Católica e as inúmeras guerras por motivos religiosos. Em nossos dias, a postura do indivíduo perante a religião é vista como assunto particular e muitos Estados assumem uma pos­ tura de completa neutralidade perante as várias religiões, garantindo a liberdade de consciência e crença de cada indivíduo.4

**2. O direito da política**

O direito foi caracterizado como “instrumento de dominação” (Wesel, 1993, p. 198). Efetivamente, a criação e aplicação de normas jurídicas permitem aos detentores do poder limitar e controlar a atuação de indivíduos e grupos. Dissemos que o direito nasce por decisões políticas. O poder constituinte origi­ nário é a suprema manifestação da visão política vencedora que consegue impor algumas regras fundamentais como jurídicas. O legislador ordinário também cria normas para impor sua vontade política e por isso cada governo legisla de forma diferente.

A atuação dos órgãos do Estado que executam as leis é também determinada pela política. Analisaremos os amplos espaços de discricionariedade que conferem as normas programáticas e de competência normativa às autoridades estatais (Li­ ção 6, 3.2.8). Isso significa que a concretização do direito é questão política: entre as várias escolhas, igualmente legais, que resultam de tais normas, as autoridades estatais optam por aquela que consideram politicamente mais oportuna.

Finalmente, mesmo o exercício de muitos direitos fundamentais por parte dos cidadãos é de natureza política. O modo de exercício do direito de participar em reuniões, de criar associações, de manifestar o pensamento, de votar e ser votado nas eleições depende de escolhas políticas, determinadas pelas opiniões de quem exerce o direito.

Nessa esteira, o direito foi considerado *produto*, *finalidade e instrumento da* *política* (Grimm, 1969). Já sabemos que o direito é produto da política, uma vezque decorre de decisões políticas. O direito constitui também finalidade da polí­ tica, porque os detentores do poder criam um ordenamento jurídico para fixar as

**4. Certos assuntos podem se politizar facilmente. São aqueles relacionados ao governo (poder político) e ao sistema de produção (poder econômico). Assuntos que se referem ao modo de vida de cada um e às relações familiares são, ao contrário, dificilmente politizáveis. Constatamos aqui uma *diferença estrutural no potencial político* dos vários setores da vida social.**

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E POLÍTICA | 7 3 |

regras do regime político e para legitimar suas posições, já que aquilo que é legal acaba sendo aceito pela maioria da população. O direito funciona, finalmente, como instrumento da política porque, por meio de sua aplicação, as autoridades do Estado exprimem escolhas políticas, tomando-as legalmente vinculantes.

Isso permite falar em *direito da política*. O direito pertence à política, tal como a casa pertence ao proprietário. O caráter político (politicidade) do di­ reito é parcialmente contestado na doutrina. Muitos autores sustentam que há normas jurídicas sem caráter político. Como tais, são apontadas as normas que disciplinam matérias “técnicas” ou tutelam o interesse de todos. Como consi­ derar políticas as regras que limitam a velocidade ou as normas que tutelam o direito à vida?

Alega-se, assim, que existe, no sistema jurídico, uma região técnica ao lado da região política. Em outras palavras, considera-se que o direito e a política são duas esferas secantes, existindo uma parte do direito que permanece fora da política.

Essa opinião não convence. Todas as regras jurídicas, mesmo aquelas de aparência técnica, são resultado de um processo político. O direito decorre da manifestação de uma vontade política que conseguiu impor-se sobre as vonta­ des contrárias. Aquilo que um grupo de poder deseja, decide e impõe não deve ser considerado como exclusivamente técnico.

A limitação de velocidade não faz parte dos assuntos claramente políticos. Devemos, porém, pensar que não é possível alcançar um consenso geral sobre a necessidade de limitar a velocidade e o limite adequado. Existem fortes in­ teresses da indústria automobilística e também de uma parte da população no sentido de abolir a limitação da velocidade. Na Alemanha, por exemplo, não há limite de velocidade nas rodovias, porque as indústrias e as associações de “amigos do automóvel” pressionam nesse sentido, reivindicando o que chamam “caminho livre para cidadãos livres”. No entanto, basta que o motorista alemão cruze a fronteira, entrando na Suíça, para deparar-se com um limite de velocida­ de (até 120 km/h em todas as rodovias). Podemos dizer que a decisão relativa ao controle de velocidade é exclusivamente técnica? Evidentemente, não.

Por outro lado, os temas de interesse geral também são de natureza políti­ ca. Como constatamos (Lição 3, 3), o alcance da proteção da vida humana é um assunto fortemente controvertido e também não há acordo sobre as penalidades indicadas. Basta pensar no interminável debate político em torno da pena de morte e da prisão perpétua para se convencer de que, no direito, não há norma de comum aceitação e situada fora dos conflitos políticos.

Por fim, sustenta-se que o direito privado é de natureza não política, pois permite que os indivíduos tomem decisões de maneira autônoma, conforme preferências pessoais e acordos entre interessados, sem interferência do Estado

7 4 M ANUAL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

e de suas finalidades políticas (Braun, 2007, p. 104). Esse argumento é falacio--so. Quem decidiu que temas de grande relevância social devem ser deixados nas mãos de particulares? Quem decidiu, por exemplo, que os proprietários de uma grande empresa podem demitir milhares de funcionários, prejudicando suas vidas e o futuro de suas famílias? A decisão de “privatizar” assuntos de interesse geral é política, sendo uma decisão estatal que amplia a liberdade dos particulares.

Concluindo: mesmo as questões jurídicas aparentemente técnicas, pací­ ficas ou privadas são objeto de uma decisão política, *que põe fim a uma contro­* *vérsia pública sobre a oportunidade de criação de certos regulamentos.* O direitosempre pertence à política. Mesmo quando a politicidade é latente ou fraca, uma análise cuidadosa pode demonstrar o caráter político das normas jurídicas.

Mas isso não significa que a política só se faz por intermédio do direito.

*O ordenamento jurídico é um subconjunto da política*, que é também exercida deforma ilegal e persegue finalidades ilegais. Tanto o Estado como os cidadãos podem agir politicamente para impor transformações sociais além dos limites e dos métodos que impõe o ordenamento jurídico. Para entender as manifesta­ ções ilegais da política, devemos examinar um segundo tópico: sua posição no âmbito do ordenamento jurídico.

**3. A política do direito**

Aqui invertemos a perspectiva, analisando a política a partir do ponto de vista jurídico. Perceberemos que o direito funciona como *critério e limite da po­* *lítica* (Grimm, 1969); é uma “forma particular de política” (Müller, 1997, p. 35),pois tenta controlar e coibir as demais expressões da política, que trata como ilegais. Aqui o ordenamento jurídico passa a ser o “senhor” da política. Isso coloca a questão das formas de atuação políticancom base no direito, ou seja, o problema da *política do direito.*

Em primeiro lugar, as normas jurídicas estabelecem *critérios para a tomada* *de decisões políticas.* Os governantes não podem decidir segundo a própria vonta­de, nem basear-se exclusivamente na legitimidade do voto popular para justificar suas decisões. Qualquer decisão política deve levar em consideração os critérios fixados pelas normas jurídicas programáticas, respeitando também as regras que estabelecem a competência e o procedimento para elaborar determinada decisão.

Exemplo: a política tributária é estabelecida pelo legislador. Este deve, po­ rém, levar em consideração critérios como a proporcionalidade da tributação, a proibição de impostos retroativos, o tratamento igual de contribuintes em iguais condições e os demais parâmetros constitucionais da política tributária. Além disso, o legislador deve respeitar as regras sobre a aprovação das leis tributárias e

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E POLÍTICA | 7 5 |

a repartição de competências tributárias entre os entes da Federação (arts. 145-152 da Constituição Federal).

Em segundo lugar, a importância da orientação jurídica da política revela--se plenamente se consideramos a função do direito enquanto *limite da políti­* *ca.* As normas jurídicas desenham um *quadro normativo* dentro do qual devemover-se a política. Como veremos ao analisar o Estado de direito (Lição 5, 2), a criação das normas jurídicas leva à autolimitação do Estado, configurando um campo de ação dentro do qual deve permanecer no futuro.

Exemplo: o Presidente da República pode considerar necessário decretar de imediato o estado de sítio em caso de guerra, ordenando medidas excepcio­ nais e suspendendo direitos fundamentais. Tal declaração não pode, porém, ser feita sem respeitar certos requisitos e, em particular, sem solicitação prévia de autorização do Congresso Nacional, segundo o art. 137 da Constituição Fede­ ral. Aqui os órgãos estatais não podem atuar segundo sua opinião política pes­ soal; devem seguir as regras fixadas na Constituição com a finalidade de limitar a ação política dos detentores do poder.

O direito funciona como limite da política também em relação aos cidadãos. Todo cidadão possui o direito de lutar para impor suas convicções políticas, parti­ cipando em debate político e nas eleições, fazendo propaganda e crítica. Mas nem toda atividade política é juridicamente permitida. Pensemos em um cidadão anar­ quista, que tem como objetivo a abolição do poder e da propriedade privada e ten­ ta convencer os demais a realizar seu projeto de sociedade. Sua atividade política é legalmente proibida. Segundo a legislação em vigor, quem “incitar à subversão da ordem política ou social” comete um delito e incorre em pena de reclusão de um a quatro anos (art. 23,1, da Lei 7.170, de 14.12.1983).

As proibições políticas podem ser mais ou menos extensas, dependendo do grau de “abertura” do regime. Um regime liberal e democrático só proíbe ações extremistas que colocam em perigo os fundamentos da organização social,5 es­ tabelecendo os regimes autoritários proibições políticas muito amplas.6 Mas, em todos os casos, os ordenamentos jurídicos separam as atividades políticas legais e permitidas daquelas legalmente proibidas (ilegais, subversivas).

1. **Segundo a Constituição Federal, o funcionamento dos partidos políticos é livre, sendo, porém, proibido desrespeitar a soberania nacional, o regime democrático, o pluriparti-darismo e os direitos fundamentais (art. 17, *caput).***
2. **Exemplo: no Brasil, durante a ditadura militar, o Ato Institucional 5, de 13 .12 .1968, conferiu ao Presidente da República o poder de “suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos” quando isso estivesse “no interesse de preservar a Revolução” (os militares denominavam a ditadura de “Revolução”).**

7 6 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

O Professor Marcelo Neves (1957-), ao realizar uma leitura sociológica e histórica dos ordenamentos jurídicos, sustentou que a função do direito como limite da política não é cumprida nos países da periferia do capitalismo, mar­ cados pela inferioridade econômica, nos quais incluiu o Brasil.7 Nesses países ocorre, segundo essa visão, a constante intromissão de interesses políticos e econômicos nas decisões jurídicas. Os interesses de grupos de poder “coloni­ zam” o sistema jurídico, abolindo sua autonomia de ação, isto é, sua capacidade de regulamentar a vida independentemente de interesses alheios ao direito. Os poderosos “sobrecidadãos” manipulam o direito vigente, enquanto os “sub-ci-dadãos” das classes populares são submetidos à repressão “legal”. Em síntese, há “subordinação imediata do sistema jurídico ao código do poder”.8

Essa tese não convence por três razões. Primeiro, porque é necessária sua confirmação empírica, mediante estudo de casos, que, até hoje, não foi feito. Essa verificação enfrentaria grandes dificuldades. A decisão jurídica sempre tem justificativa legal. Como descobrir em quais casos essa justificativa é sincera e em quais foi o resultado da submissão da autoridade a imperativos políticos?

Segundo, a leitura dos jornais mostra que nos países do “centro” capitalista são contínuos os escândalos que envolvem a manipulação do sistema jurídico por elites políticas e econômicas. Porque considerar essa manipulação peculiaridade dos países economicamente fracos ou dotados de grandes desigualdades sociais?

Terceiro, quando o direito de um país sofre constante manipulação por in­ teresses extrajurídicos, isso não afeta a necessidade de aplicar sanções. Tal como o aumento da taxa de homicídios ou da sonegação fiscal não afeta a vigência das normas que proíbem tais condutas e o dever de perseguir os responsáveis, a “colonização” do direito pelos poderosos não apaga a ilegalidade de sua conduta e a obrigação de fazer valer as previsões legais. Isso mostra que, mesmo quando o direito tem baixa eficácia social, permanece vigente, pretendendo submeter a vida real aos seus imperativos, limitando o poder político.

Há uma segunda forma de questionar a função do direito como limite da política. Sabemos que o direito tenta impor a todos uma visão ideal sobre a orga­ nização da sociedade e sobre os limites da mudança política (direito contrafático - Lição 6, 2.3). Mas não são raros os casos em que os ativistas políticos não só evitam a punição por ações políticas ilegais, mas também conseguem impor-se politicamente. A maior prova disso é o modo de *criação* das Constituições. O po­ der constituinte originário que cria uma nova Constituição é sempre *ilegal*, já que sua intenção é abolir a Constituição anterior, ou seja, o texto jurídico supremo.

1. **Essa análise encontra-se em várias publicações do autor. Cf., resumidamente, Neves, 2007, p. 164 -189 .**
2. **Neves, 2007, p. 179.**

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E POLÍTICA | 7 7 |

Assim sendo, o direito que pretende limitar a política revela-se como pro­ duto de atos políticos que contrariam o sistema jurídico vigente. Se conseguir se impor na prática, a política ilegal *cria* um novo direito, podendo, inclusive, criar uma nova Constituição. A independência do Brasil era um ato ilegal para o regime colonial. A Proclamação da República violou a legalidade do Império e todas as sucessivas mudanças de regime expressaram vontades políticas igual­ mente ilegais em relação ao direito então vigente.

Essas constatações não afetam a pretensão (e a capacidade) do direito de limitar a política e ordenar a sociedade. Mas mostram que, em última instância, a política é o polo forte da relação e os interesses políticos predominantes aca--bam se impondo, apesar das proibições legais.

**4. Conclusão**

O direito segue a política e necessita do poder político para ser aplicado. Mas, ao mesmo tempo, o direito funciona como instrumento de crítica do poder político (Mastronardi, 2001, p. 84): tenta limitar a política, submetendo-a a pro­ cedimentos e fixando suas finalidades gerais. Essa função limitadora do direito não deve ser desprezada. O direito prevê uma série de garantias que permitem aos grupos políticos da oposição fiscalizar a atuação da maioria e possibilitam a defesa dos espaços de liberdade dos indivíduos contra intrusões do poder estatal. Basta pensar nas Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3.°, da Constituição Federal) e na garantia do *habeas corpus* (art. 5.°, LXVIII, da Constituição Federal). Em outras palavras, o direito desempenha um importan­ te papel garantista tentando civilizar os conflitos políticos e proteger os direitos dos mais fracos.

Os limites contidos nas normas jurídicas são, porém, frágeis, podendo ser derrubados por movimentos políticos e até substituídos por um novo direito, con­ forme uma vontade política radicalmente diferente. No binômio direito/política, a política é o fator ativo e determinante. Esta cria o direito e consegue alterá-lo.

*Para aprofundar o conhecimento*

Atienza, 2003, p. 115-143; Beck, 1993; Bercovici, 2003, p. 103-138; Di-moulis, 1996, p. 454-461; Frankenberg, 2003, p. 13-45; Grimm, 1969 e 2006, p. 3-20; Guerra Filho, 2000; Luhmann, 1997, p. 407-439; Neves, 2007; Pawlo-wski, 1999, p. 262-271; Rosenfeld, 1998, p. 74-83; Ryffel, 1972; Schmitt, 1992; Vilanova, 2003; Viola e Zaccaria, 2001, p. 73-85; Voigt, 1989; Wesel, 1993, p. 198-201.

**DIREITO E JUSTIÇA**

S U M Á R I O : **1. A justiça no mundo jurídico - 2 . 0 Estado de direito. Justiça ou** **formalidade?: 2.1 Estado de polícia. Estado legal e Estado constitucional; 2 .2 Requisitos do Estado de direito - 3 . 0 direito natural com o garantia da justiça?: 3.1 Definição e fontes do direito natural; 3 .2 Relações entre direito natural e direito positivo; 3 .3 Críticas ao direito natural - 4 . Conclusão.**

Nesta Lição abordaremos três problemas da filosofia do direito que do­ minam as discussões teóricas e práticas sobre a legitimação e a reforma do or­ denamento jurídico. Trata-se da relação entre a justiça e o direito positivo, do conceito do Estado de direito e da presença do direito natural no mundo jurí­ dico. São questões extremamente complexas e controvertidas. Nosso objetivo é apresentar as principais correntes teóricas.

**1. A justiça no mundo jurídico**

A Constituição do Estado do Amazonas foi promulgada em 1989 “sob a égide da justiça”, conforme anuncia seu Preâmbulo. Mais recentemente, a Cons­ tituição da Venezuela, promulgada em 1999, indica como finalidade “estabele­ cer uma sociedade democrática (...) em um Estado de justiça” (Preâmbulo), e seu art. 2.° refere-se à construção de um “Estado democrático e social de Direito e de justiça”.

Sabemos que o termo “direito” vincula-se etimologicamente com o reto (“direito”), o correto, o adequado (do latim: *directum).* Em paralelo, o termo “justiça” (do latim: justitia) se relaciona diretamente com o direito (em latim: *jus*). Essa vinculação entre o direito (ius) e a justiça está clara em vários termosatualmente utilizados em português: jurídico, juiz, jurista, jurisdição...

Na doutrina, a vinculação da justiça com o direito tem uma longa tradição. Um dos mais conhecidos pensadores da Igreja Católica, Santo Agostinho (354-430 d.C.), indagava em sua obra De *civitate Dei*, terminada no ano de 426, qual o elemento que distingue um Reino de um bando de criminosos.

A pergunta é pertinente, já que qualquer “máfia” tem regras de disciplina, possui estrutura hierárquica, aplica sanções contra os membros que cometem faltas e consegue impor sua vontade mediante a ameaça ou o exercício de vio­

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E JUSTIÇA | 7 9 |

lência física. Resumidamente, exerce poder e aplica regras vinculantes. Nada muito diferente daquilo que faz o Estado! O Estado seria então um poderosís­ simo bando de delinquentes? Ou há elementos que distinguem as “máfias” dos Estados juridicamente organizados?

Santo Agostinho afirmou que o traço peculiar dos Reinos é a busca e reali­ zação da justiça: sem justiça o poder estatal torna-se um bando de criminosos!1 Esta resposta foi adotada pelos juristas na Idade Média, que repetiam o brocar­ do: *justitia fundamentum regnorum* (a justiça é o fundamento dos reinos) e con­ tinua presente em obras apologéticas (Lição 1, 4.1): a justiça “dá sentido e signi­ ficação a todo o direito positivo”, afirmava Franco Montoro (1916-1999).2 Um professor suíço escreveu mais recentemente: “O operador jurídico deve cumprir uma tarefa pública: direcionar o direito à justiça” (Mastronardi, 2001, p. 293).

Além disso, os legisladores, a maioria dos operadores do direito e parte da população acreditam que a criação e a aplicação do direito consistem na bus­ ca, na descoberta e na imposição da justiça. Um adesivo colado nos vidros de automóveis diz: “Sem advogado não se faz justiça”. Aqui a aplicação do direito torna-se sinônimo de decisão justa. Da mesma forma, lemos em uma decisão do Superior Tribunal de Justiça: “O Direito é indissociável do justo. Toda decisão precisa atender a justiça”.3

Nessa perspectiva, o bando de criminosos só cuida dos interesses do grupo, enquanto o Estado se preocupa com a segurança e o bem-estar de todos. Mas será que isso ocorre na prática? Sabemos que há inúmeras reclamações sobre as injustiças toleradas ou mesmo causadas pelo direito estatal. Quantas leis não são consideradas injustas, quantas pessoas não reclamam da falta de acesso ao Judiciário ou de processos injustamente perdidos? Afinal de contas, se o direito guia-se pelo ideal da justiça, como explicar que no Brasil, como em tantos ou­ tros países, o sistema jurídico não combata as gritantes desigualdades sociais e situações de opressão?

Afirma-se que “ao juiz, especialmente, não cabe aplicar a lei, mas fazer jus­ tiça” (Coelho, 2004, p. 388). Temos aqui uma clara expressão do conflito entre o direito e a justiça. Mas antes de perguntar se está correto pedir ao juiz não

**1. “A única diferença entre os bandos de criminosos e os reinos é a justiça. O que seriam os reinos sem justiça senão grandes bandos de criminosos? E o que seriam os ban­ dos de criminosos senão pequenos reinos?” *(De civitate Dei,* 4, 4. Texto original em:** [**<http://www.augustinus.it/latino/cdd/index2.htm>.**](http://www.augustinus.it/latino/cdd/index2.htm)

1. **Monto ro, 1999, p. 282. Cf. Roubier, 1951, p. 202 -226; Bodenheimer, 1994, p. 54; Atienza, 1985, p. 102 -108; Pawlowski, 1999, p. 271; Reale, 2000, p. 67; Chorão, 2000, p. 55; Justo, 2003, p. 36.**

**3. Recurso Especial 36 .279, relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, *DJ* 05 .04 .1999 . Fonte:** [**<http://www.stj.gov.br>.**](http://www.stj.gov.br)

8 0 M ANUAL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

aplicar “a lei”, devemos saber como se define a “justiça”. O termo está presente no nosso cotidiano, desde a criança que considera que o castigo dos pais foi “injusto” até o contribuinte indignado com impostos “injustos”. Mas as pessoas não concordam sobre seu conteúdo. Os estudiosos indicam que há mais de dez modos de definição da justiça,4 e um recente estudo analisou o problema da justiça a partir de oito perspectivas totalmente diferentes.5

Diante dessas dificuldades alguns autores consideram impossível especi­ ficar o conteúdo da justiça e limitam-se ao uso de uma retórica vazia: a justiça seria a “forma jurídica do amor” (Mastronardi, 2001, p. 270), um “valor” sem definição do seu conteúdo (Coelho, 2004, p. 389-397).

Uma outra proposta é definir a justiça como a determinação dos direitos e deveres que devem reger as relações entre os membros de uma comunidade (Koller, 1997, p. 295). Mas a determinação desses direitos e deveres pressupõe a existência de critérios de justiça, que devem, por sua vez, decorrer de valores aceitos como “justos”. Como encontrá-los?

Podemos distinguir três correntes de pensamento:

* Os partidários da *justiça absoluta* (ou justiça material) vislumbram al­ guns valores fundamentais que indicam o justo. Estes valores vigoram em todo tempo e em toda sociedade; coincidem com os mandamentos do direito natural e devem nortear a vida social (Fuchs, 1955, p. 15, 97-103).
* Os partidários do *historicismo* consideram que, apesar da contínua mu­

dança das mentalidades e dos valores sociais no decorrer do tempo, a maioria dos membros de cada sociedade aceita certos valores que devem servir como critério para a determinação das condutas justas (Kriele, 1963).

• Os partidários do *relativismo* insistem na impossibilidade de identificar os valores “justos”. Por isso, recusam-se a formular uma definição objetiva do conceito. Cada pessoa possui seu senso de justiça, sendo impossível avaliar qual destes é o melhor ou o “certo” (Kelsen, 2001).

Com a exceção da teoria da justiça absoluta, que não encontra partidários na atualidade, as demais correntes concordam que os valores da justiça depen­ dem de três fatores: dos fatores tempo e espaço, já que as ideias sobre o justo

1. **Tammelo, 1977, p. 36 -49 Há cinco regras de distribuição justa: a cada um segundo sua necessidade; a cada um segundo seu valor; a cada um segundo seu mérito; a cada um segundo seu trabalho; a cada um segundo os acordos que fez (Vlastos, 1984, p. 44).**

**5. Campbell, 2001. Com base em obras contemporâneas, o autor define a justiça a partir da perspectiva da propriedade privada, dos direitos das minorias, do bem-estar, da eficiência, da justa remuneração, da justiça social, da capacitação dos mais fracos e da democracia.**

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E JUSTIÇA | 81 |

modificam-se dependendo do período histórico e do país, e também do fator social, já que a representação do justo pode divergir segundo o grupo social.

Essa constatação indica o *paradoxo* da justiça. O conceito apresenta-se como absoluto, impondo-se a todos e inclusive ao legislador (“Faça o justo; evite o in­ justo.”). Mas, ao mesmo tempo, revela-se como um conceito relativo, que depen­ de do tempo, do espaço e da opinião das pessoas, sofrendo contínuas mudanças!

Adotando a visão relativista, a justiça perde sua relevância prática. Dizer que o direito deve ser justo torna-se uma frase sem conteúdo normativo quando o “justo” modifica-se constantemente. A visão relativista faz tão somente um uso intrassistemático do conceito de justiça. Isso significa que uma conduta, uma norma jurídica, uma decisão ou uma instituição são “justas” quando cor­ respondem a determinado tipo de organização social. Em uma palavra, é justo aquilo que corresponde aos valores de cada sistema. Aqui a justiça indica o *ajus­* *te,* torna-se uma “justiça conforme o sistema” (*Systemgerechtigkeit*).6

Exemplo: se uma sociedade admite a escravidão por motivos econômi­ cos, então as leis que autorizam a escravidão são justas, na medida em que se ajustam às opiniões e interesses predominantes nessa sociedade. Se a evolução social e econômica levar à criação de um forte movimento abolicionista, até o ponto de a grande maioria rejeitar a escravidão, então as normas jurídicas que mantêm o sistema escravocrata tornam-se injustas, porque não estão mais em consonância com a situação social.

Esse conceito de justiça carece de interesse. Se algo pode ser considerado justo e injusto dependendo do momento histórico e das características de um sistema social, a justiça torna-se *vazia*, revelando que é impossível definir ou avaliar o direito por meio da justiça. A justiça só serve para avaliar se determi­ nada decisão ou conduta se ajusta ao próprio sistema jurídico que, por sua vez, deve ajustar-se à situação social.

Coloca-se aqui o problema da definição *objetiva* da justiça. Se perguntar­ mos os legisladores e a maioria dos aplicadores do direito, assim como os juristas apologetas, todos dirão que as leis são “justas” e a justiça constitui finalidade dos processos legais e do sistema jurídico em geral. Mas essas afirmações são vazias enquanto não há critérios objetivos para comprovar o caráter justo de uma deci­ são. Sem critérios objetivos, a afirmação sobre o justo tem tão pouco valor como a afirmação do torcedor de que o time de sua predileção “é o melhor”.

Devemos, então, definir a justiça de forma absoluta-objetiva ou abando­ nar o conceito. Encontramos um ponto de partida em Ulpiano: “Justiça é a

1. **Referências em Dimoulis, 1996, p. 384 -389 . Para uma defesa da visão intra-sistemática da justiça cf. principalmente Luhmann, 1997, p. 214 -238, e 1999, p. 388 -410 .**

8 2 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

constante e perpétua vontade de atribuir a cada um aquilo que lhe pertence”.7 Mas esta definição faz depender o justo de um critério de distribuição: “dar a cada um o seu”. Por isso, tal definição não resolve o problema: como saber o que pertence a cada um? Como decidir o que *deve* pertencer a cada um?

O critério mais indicado parece ser o princípio da igualdade. Como dizia Aristóteles (Lição 1, 2.2), faz parte da essência do direito tratar os iguais de for­ ma igual e os desiguais de forma desigual, de acordo com o grau e a intensidade de suas diferenças. Exemplo: duas pessoas que executam o mesmo trabalho com os mesmos resultados devem receber o mesmo pagamento; se o primeiro trabalhou oito horas e o segundo só quatro, o primeiro deve receber o dobro da remuneração do segundo.

Mas o critério da igualdade tampouco resolve o problema. A igualdade im­ põe tratar os iguais de forma igual. Mas não mostra qual é o melhor critério para definir quem é igual com quem. Por essa razão a igualdade é um conceito *vazio* (Westen, 1982). Graças ao princípio da igualdade sabemos que duas pessoas devem ser tratadas da mesma forma *se forem iguais*. Mas como saber se são real­ mente iguais, já que os seres humanos sempre apresentam pontos em comum e diferenças e na vida real não existem “clones”.

Em nosso exemplo, dissemos que os dois trabalhadores que executam o mesmo trabalho devem receber o mesmo salário. Mas não existe só o critério do trabalho executado. Um dos trabalhadores pode ter mais anos de serviço, uma família maior ou sofrer uma enfermidade que lhe cause despesas adicionais. Não seria justo pagar-lhe um salário maior, mesmo se executa o mesmo serviço que o outro? O que deve prevalecer na comparação? O critério da necessidade de cada um ou o critério de sua contribuição efetiva? Como medir a contribui­ ção efetiva? Segundo o resultado ou segundo as horas de trabalho?8

**O problema complica-se ainda mais quando se deve decidir sobre o tratamento de pessoas que são socialmente desiguais. Seria conforme aos requisitos da justiça tratar os socialmente desiguais de forma que possa compensar a desvantagem dos mais fracos? E como responder à crítica que isso viola o princípio da igualdade porque discrimina pessoas que dão uma maior contribuição? Encontramos aqui o problema da denominada "discriminação positiva'' ou "ação afirmativa" *(affirmative action),* que gera debates em muitos países, inclusive no Brasil (Gomes, 2001).**

**A ação afirmativa impõe dar preferência aos grupos socialmente desfavorecidos, oferecer, por exemplo, uma vaga de trabalho ou uma bolsa de estudos a uma mulher, a um negro ou a uma**

1. **“Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.” Digesto de Justiniano, 1 .1 .10, preâmbulo. Fonte:** [**<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/**](http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/%e2%80%a8Ak/Corpus/d-01.htm)[**Ak/Corpus/d-01.htm**](http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/%e2%80%a8Ak/Corpus/d-01.htm) **>. Essa definição já se encontrava nos textos de Platão e continua sendo adotada por pensadores modernos (Vlastos, 1984, p. 60).**
2. **Alexy, 1996, p. 357 -393; Dimoulis, 1996, p. 266 -271 .**

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E JUSTIÇA | 8 3 |

**pessoa com deficiência física, mesmo que os concorrentes possuam as mesmas ou até mel hores qualificações, considerando que isso recompensará a desigualdade social e contribuirá, em médio prazo, para a erradicação do preconceito e da discriminação.9 A intenção é "justa", mas como responder à queixa de um homem que se preparou, por exemplo, para um concurso, obteve a mesma nota de uma concorrente do sexo feminino e perdeu a vaga com a única justificativa de que deve ser dada preferência ao sexo feminino?10**

São discussões sem fim que mostram a impossibilidade de determinar de forma consensual o que é “igual”, logo, “justo”. Diante do impasse da definição de critérios de justiça absolutos e da inutilidade da elaboração de critérios de justiça intrassistemáticos, ou seja, meramente orientados ao direito positivo, a maioria dos autores modernos optou por um terceiro caminho. Em vez de elaborar critérios que garantiriam uma decisão justa (realizando a denominada *justiça finalista* ou justiça dos resultados), muitos autores só definem critériosque permitam deliberar corretamente sobre um problema, sem que isso garanta que o resultado seja justo.

Foram, assim, elaboradas as teorias da *justiça procedimental* Seu objetivo é encontrar os procedimentos mais adequados para chegar a uma conclusão justa. O maior obstáculo para tanto é a falta de neutralidade dos debatedores, ou seja, a existência de interesses e posições ideológicas diferentes. Por exemplo, em um debate político sobre a distribuição justa da terra é evidente que um fazendeiro terá uma posição diferente daquela de um trabalhador rural sem terra, devido à posição social de cada um.

Para resolver o problema foram analisadas as condições que permitem deliberar de forma neutra. Segundo o filósofo político John Rawls (1929-2002), as pessoas podem discutir sobre a organização da sociedade de forma imparcial se não souberem qual será a futura posição social de cada um. Se to­ dos forem cobertos por um “véu de ignorância” sobre sua posição social, serão inclinados a propor regras de organização social que, por um lado, ofereçam oportunidades de ascensão conforme o mérito de cada um e, por outro lado, excluam o risco de fortes desigualdades. Em outras palavras, a organização social é justa quando as desigualdades decorrem do exercício da liberdade de

1. **O direito brasileiro impõe as ações afirmativas em prol dos portadores de deficiência (art. 37, VIII, da Constituição Federal e art. 2.°, III, da Lei 7 .853 de 1989); das mulhe­ res (conforme o art. 10, § 3.°, da Lei 9 .504 de 1997, 30% dos candidatos às eleições devem ser de sexo feminino); dos afrodescendentes e dos indígenas brasileiros (Lei 10 .558 de 2002, que cria o “Programa Diversidade na Universidade” dando embasa­ mento a leis estaduais e programas de Universidades).**
2. **É interessante a esse propósito o estudo dos acórdãos *Kalanke, Marschall* e *Badeck* do Tribunal de Justiça da União Europeia, analisados em Ityaso, 2003. Ver também as decisões da Suprema Corte dos EUA traduzidas na *Revista brasileira de estudos consti­* *tucionais*, n. 13, 2010, p. 75-311 .**

8 4 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

cada um e, ao mesmo tempo, permitem melhorar a posição dos mais desfavo­ recidos (Rawls, 1999).

A abordagem procedimental é mais satisfatória, mas apresenta dois proble­ mas. Em primeiro lugar, seus princípios são extremamente abstratos e pouco ajudam na solução de problemas concretos; em segundo lugar, esses princípios não exprimem verdades gerais nem são neutros, mas reproduzem a ideologia dos regimes capitalistas.

Não podemos aprofundar nas teorias da justiça. Supondo que seja possível definir os critérios de justiça de forma satisfatória, isto é, objetiva, o problema jurídico é saber o que acontece quando uma norma do direito positivo revela-se contrária a mandamentos de justiça. Em outras palavras, o decisivo é estabele­ cer a relevância *normativa* do discurso sobre a justiça.

Exemplo: se chegarmos à conclusão de que a penalização do consumo de drogas é injustificada, porque causa problemas sociais maiores dos que os pre­ tende resolver (cf. Lição 3, 2.1), como deve reagir o operador do direito? Vere­ mos (Lição 5, 3) que os autores jusnaturalistas e moralistas consideram que as normas em vigor que contrariam exigências da justiça não possuem validade. Para aceitar essa visão devemos pressupor que a opinião dos doutrinadores so­ bre o justo pode ser mais correta que a opinião do legislador, apesar deste último ter recebido, pela Constituição, o poder de criar normas e ser legitimado pelo voto popular.

Essa posição não convence em um ordenamento jurídico estruturado se­ gundo rigorosas normas de competência normativa (Lição 6, 3.2.8). A Adminis­ tração pública e os juizes receberam da Constituição a tarefa de executar as leis em vigor e não podem, alegando supostas exigências da justiça, deixar de apli­ car certas normas ou tentar “corrigi-las”, segundo seus entendimentos pessoais, mesmo quando estes forem respaldados por elaborações teóricas sobre a justiça. Caso contrário, a Constituição teria confiado o poder legislativo a reconhecidos filósofos e juristas e não aos políticos escolhidos pelo povo!

Disso resulta que as referências à justiça não apresentam particular utili­ dade. Quando são usadas de forma apologética, para exaltar o caráter justo do direito positivo, objetivam simplesmente legitimar aquilo que já é juridicamente válido. Em outras palavras, os juristas, os filósofos e os políticos que sustentam que o direito positivo é justo realizam simplesmente uma defesa *pro domo* (em favor da própria casa). Instrumentalizam a justiça, colocando-a a serviço do direito positivo (cf. Lição 1, 4.1).

A referência ao justo pode também ser feita para criticar o direito positivo. Mas para que uma norma jurídica mude não são suficientes as elaborações teó­ ricas que invocam o ideal da justiça. Para impor uma transformação do ordena­ mento jurídico é necessário que a população se mobilize e pressione os deten­

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E JUSTIÇA | 8 5 |

tores do poder. Com efeito, a experiência histórica indica que o direito positivo nunca mudou simplesmente porque alguém o considerou injusto. Ao contrário, muitas vezes ocorreram mudanças radicais, apesar de a maioria da população considerá-las injustas - como ilustra o caso das ditaduras.

Por essas razões, podemos concluir que a vinculação do direito à justiça constitui uma opção ideológica que objetiva fortalecer ou enfraquecer a legiti­ midade do direito positivo, avaliando-o em termos de justiça, que, por ser um conceito emocionalmente forte, pode mobilizar a opinião pública a favor ou contra determinados regulamentos.

O empresário que afirma que o direito prejudica seus interesses, porque o obriga a pagar uma quantia excessiva de impostos, não consegue chamar a aten­ ção da opinião pública, da mesma forma que um professor de direito tributário, que escreve um artigo de jornal, afirmando que a distribuição da carga tributária no país é “injusta” e invoca algumas das mais conhecidas teorias da justiça. Mas, na realidade, ambos sustentam um ponto de vista determinado por interesses econômicos. A “injustiça” é um termo maleável que oferece uma roupagem eru­ dita a preferências pessoais.

Essa visão crítica não ignora que os seres humanos desejam a justiça e, muitas vezes, sentem-se injustiçados. A justiça é um valioso ideal, pelo qual as pessoas lutam e até estão dispostas a morrer. Mas a justiça é só isso: um ideal abstrato, fluido e mutável. A justiça não possui textos que o definam nem há autoridades que possam falar em nome da justiça (Moor, 2005, p. 262-263). A *justiça é de todos e de ninguém.* É um ideal que nunca será atingido pelo direitopositivo, como mostra o filósofo Jacques Derrida (1930-2004) em um difícil e belo texto (2007), reiterando teses de Kelsen sobre a justiça como um “sonho” da humanidade (Kelsen, 2001).

Isso significa que os operadores e estudiosos devem analisar o direito na sua realidade, tentando entender suas funções sociais: “O direito como ele é, é expressão dos mais fortes não dos mais justos” (Bobbio, 1991, p. 67).

**2. O Estado de direito. Justiça ou formalidade?**

Um conceito que permite examinar as relações entre direito e justiça é o de Estado de direito. Examinaremos aqui seus significados.

**2.7** *Estado de polícia, Estado legal e Estado constitucional*

Hobbes sustentava que o Estado cria as leis para ordenar e pacificar a so­ ciedade, mas que o próprio Estado não está submetido a nenhuma norma. Por ser soberano, exercendo um poder ilimitado e independente de qualquer ou­ tro, o Estado pode reformar a qualquer momento as leis em vigor, segundo sua

8 6 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO A O ESTUDO D O DIREITO

conveniência (Hobbes, parte II, cap. 26, 2000, p. 194). Conforme essa visão, o direito criado pelo Estado garante a segurança dos particulares perante ameaças oriundas de outras pessoas, mas não protege os direitos do indivíduo contra o próprio poder estatal.

Exemplo: na concepção hobbesiana, a legislação penal e civil protege a nossa propriedade contra agressões dos demais, já que o Estado nos socorrerá em caso de agressão. Se, porém, o Estado decidir confiscar nossos bens, porque precisa de recursos ou porque os governantes querem vingar-se de um opositor político, o direito não oferece nenhuma proteção.

Para que esta limitação seja superada, o Estado deve ser não só criador, mas também servidor da lei. Isso significa que não devem governar os homens; devem governar as leis! “A *government of laws and not of men*”, proclama o art. 30 da Constituição de Massachusetts de 1780.11 O Estado submetido ao próprio direito foi denominado *Rechtsstaat* (Estado de direito), segundo o termo cunha­ do na Alemanha a finais do séc. XVIII. O termo indica a oposição entre o Estado submetido ao direito positivo, no intuito de garantir aos indivíduos seus direitos e o Estado autoritário e opressor, que atua de forma arbitrária, sendo um “Esta­ do de polícia” (*Polizeistaat*) ou “Estado autoritário” (M*achtstaat).*

Em paralelo, surgiu na Inglaterra, nas últimas décadas do século XIX, o termo *rule of law* (literalmente: dominação da lei ou império do direito) para designar o tipo de organização política e jurídica daquele país, segundo os prin­ cípios da igualdade de todos perante a lei, do respeito dos direitos individuais por parte do Estado e da submissão do executivo às normas jurídicas criadas pelo Parlamento e pelo Poder Judiciário.

O Estado de direito oferece uma importante garantia de *segurança jurídica,* que, por sua vez, constitui precípua finalidade do direito moderno. “A segu­ rança jurídica exige (...) que as disposições jurídicas sejam aplicadas a todos os casos, e somente àqueles casos para os quais valem; segurança do direito de um lado, segurança perante o direito por outro; de um lado ordem, do outro liber­ dade” (Radbruch, 1999, p. 228).

Assim sendo, a característica central da segurança jurídica é a *previsibilida­* *de* das consequências jurídicas de qualquer conduta humana ou situação social(certeza do direito). O indivíduo não só conhece aquilo que pode e não pode fazer e as consequências da eventual violação da norma, mas sabe também que o Estado nunca o surpreenderá. Se os governantes forem submetidos ao direito, a segurança jurídica não será garantida só nas relações entre particulares, mas

**11. Fonte:** [**<http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/bill\_of\_rightss6.html>.**](http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/bill_of_rightss6.html) **A redação do artigo é atribuída ao advogado e político John Adams (17 3 5 -1 82 6), que em 1797 tornou-se Presidente dos Estados Unidos.**

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E JUSTIÇA | 8 7 |

também perante o Estado que se compromete a não atuar de forma arbitrária, garantindo-se, assim, a previsibilidade em todas as relações sociais e oferecendo uma sensação (ainda que relativa) de segurança.12

Dessa forma, o Estado deixa de ser a manifestação de uma força bruta, um “monstro” como dizia Hobbes. Passa a exercer um poder limitado e regulamen­ tado, permitindo que os indivíduos gozem de seus direitos de forma segura e es­ tável. Em outras palavras, o Estado limitado pelo direito é um Estado garantidor dos direitos fundamentais, um Estado *garantista.*

Essa doutrina clássica submete à lei o Poder Executivo e o Poder Judiciá­ rio. Cria-se, assim, o *princípio da legalidade:* as autoridades estatais só podem agir quando a lei previr e dentro dos limites por ela fixados. Aqui o Estado de direito toma a forma de um *Estado legal* (*Gesetzesstaat; État légal*). Todos devem cumprir os mandamentos do legislador.

O princípio da legalidade não oferece, porém, garantias contra o próprio legislador que pode, a qualquer momento, revogar as leis em vigor e mudar a situação legal, restringindo ou abolindo direitos dos indivíduos. Nesse sentido, o Estado legal não se diferencia muito do Estado absoluto descrito por Hobbes. O legislador continua sendo soberano e as garantias oferecidas aos indivíduos são bem frágeis.

Retomando o exemplo anterior, o princípio da legalidade garante que o Es­ tado não poderá efetuar desapropriações sem lei prévia. Mas, se o Poder Legis­ lativo pode editar livremente leis de desapropriação, os indivíduos continuam dependendo da vontade dos detentores do poder estatal.

A solução encontrada foi submeter o próprio legislador ao *princípio da* *constitucionalidade.* Criou-se, assim, uma nova forma de Estado de direito: oEstado constitucional *(Verfassungsstaat; État constitutionnel)*. Quando a Cons­ tituição garante os direitos fundamentais dos indivíduos e a alteração do tex­ to constitucional é dificultada (rigidez constitucional) ou mesmo parcialmente proibida (imutabilidade constitucional) (Lição 9, 2.1.1.2), temos uma garantia da segurança jurídica muito mais forte e duradoura que a garantia oferecida pelo Estado legal. Com efeito, no Estado constitucional o próprio legislador está

**12. Latorre, 1978, p. 45 -54; Luno, 1994; Chorão, 2000, p. 106 -118; Dimoulis, 2006, p. 195 -201 . A segurança jurídica se fortalece quando: a) a abrangência das normas é geral, incluindo todas as situações semelhantes (*generalidade*, que decorre do princí­ pio da igualdade); b) a descrição das condutas e de suas consequências é concreta e detalhada (*taxatividade);* c) as normas não têm efeito retroativo, evitando surpresas e lesões de direitos adquiridos *(não retroatividade*); d) são previstos meios de fiscalização para garantir o respeito à legalidade ou, pelo menos, a aplicação de sanções contra os transgressores das normas (controle); e) as normas jurídicas são duráveis (*estabilidade*).**

8 8 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

submetido ao “império do direito”, devendo executar e concretizar os manda­ mentos constitucionais.

O Estado constitucional é a forma de Estado de direito atualmente adotada em quase todos os países. Preservando a segurança jurídica, o Estado cons­ titucional oferece uma considerável garantia de justiça: todos conhecem seus direitos e deveres e a submissão aos mandamentos constitucionais limita o risco de decisões arbitrárias das autoridades estatais. Em outras palavras, o Estado constitucional é uma forma de exercício realmente limitado do poder estatal.

Mesmo assim não desaparecem os perigos de arbitrariedade; não se con­ segue evitar plenamente o risco de um “governo dos homens”, que se sobrepo­ ria ao “governo de leis”. Para que o legislador seja efetivamente submetido à Constituição, suas decisões devem ser fiscalizadas pelos demais poderes, prin­ cipalmente pelo Judiciário. Isso ocorre no âmbito do controle de constitucio-nalidade: o respeito aos mandamentos constitucionais depende principalmente da interpretação que será dada pelo Poder Judiciário tanto à lei como à própria Constituição.

Desse modo, o Judiciário torna-se o verdadeiro árbitro dos direitos funda­ mentais e da segurança jurídica, causando o perigo de que o Estado constitu­ cional se transforme, na prática, em um “Estado de juizes” (*Richterstaat*) (Lição 9, 2.1.2, 5).

2.2 *Requisitos do Estado de direito*

Para que um Estado seja qualificado como Estado de direito (Estado legal ou Estado constitucional) é suficiente que as autoridades estatais e os indiví­ duos sejam submetidos ao direito positivo seja qual for seu conteúdo? Ou as normas jurídicas em vigor devem também satisfazer determinados requisitos para que possa existir um verdadeiro Estado de direito?

Suponhamos que uma norma constitucional preveja que qualquer pessoa considerada “suspeita” pela polícia possa ser presa e detida em delegacias de polícia por um prazo de até 10 anos. Se as autoridades policiais não detiverem nenhum suspeito por mais de 10 anos, diremos que respeitam o direito em vi­ gor. Podemos também dizer que estamos em presença de um Estado de direito?

Os partidários do *conceito formal* do Estado de direito respondem “sim”. Quem adota essa visão não confunde a avaliação do caráter justo ou adequado do direito com o problema da existência de um Estado de direito. O Estado de direito não é um “Estado de justiça”, mas simplesmente uma forma de organi­ zação política e social que garante a previsibilidade das decisões. Mesmo se a norma válida for claramente injusta, como no referido exemplo, não deixa de

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E JUSTIÇA | 8 9 |

ser juridicamente válida e, se as autoridades a respeitarem, o Estado de direito estará preservado.13

Os partidários de um *conceito material* (ou substancial) do Estado de direi­ to sustentam que o conceito formal é inútil. Se qualquer ditador pode denomi­ nar seu regime de “Estado de direito” pela simples razão de que as autoridades estatais executam suas investidas em forma de leis ou decretos, o conceito do Estado de direito perde sua utilidade, tornando-se vazio de conteúdo.

Em decorrência disso, considera-se que o Estado de direito deve satisfazer determinados requisitos, tais como o caráter democrático da legislação, a garan­ tia da separação dos poderes e, particularmente, a independência do Judiciário, o controle de constitucionalidade, a previsão de uma série de direitos funda­ mentais, a inclusão de normas asseguradoras do bem-estar da população etc.14 Assim sendo, o “Estado de direito” torna-se um sinônimo de “Estado justo” (Finnis, 1980, p. 272; Canotilho, 2002, p. 245; Chorão, 2000, p. 215).

O conceito material padece de *três* problemas (Dimoulis, 1996, p. 101-102). Em primeiro lugar, não há acordo sobre o conteúdo do conceito material do Estado de direito. Em segundo lugar, aceitar a concepção material significa ampliar o poder discricionário do Judiciário, admitindo que os juizes possam corrigir ou mesmo invalidar as normas jurídicas que considerarem contrárias às exigências do Estado de direito material. Em terceiro lugar, a concepção material não preserva a segurança jurídica, já que o Judiciário pode *flexibilizar* as normas em nome de algum “valor”, anulando a limitação do Estado pelo direito.15

Diante das incertezas e dos problemas do conceito material parece-nos pre­ ferível manter a definição *formal* do Estado de direito. Essa definição oferece um critério para avaliar a atuação das autoridades estatais, verificando se respeitam ou não os princípios da constitucionalidade e da legalidade.16

1. **Para Kelsen (2000, p. 352 -353) não só a existência do Estado de direito independe do caráter justo ou injusto de suas normas, mas também todos os Estados são considera­ dos como Estados de direito, pois as normas emitidas pelas autoridades competentes são juridicamente válidas e vinculam as autoridades inferiores e a população. Cf. Tro-per, 2001, p. 275 -281 .**

**14. Essa é a posição da maioria dos dou trinadores (Chevallíer, 1999).**

1. **No período nazista na Alemanha, muitos juristas sustentavam que o regime era o único verdadeiro “Estado de direito”, porque não se submetia à lei escrita, mas cumpria com os deveres superiores da nação alemã. Referências a juristas adeptos do nazismo em Baratta, 1977, p. 12, 18-19.**
2. **O constituinte brasileiro compreende o conceito de Estado de direito no sentido for­ mal. A Constituição Federal qualifica a República como um “Estado democrático de direito” (art. 1.°, *caput*). O adjetivo “democrático” foi colocado justamente porque o constituinte entendia que a simples referência ao “Estado de direito” não garante a natureza democrática do regime.**

9 0 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Uma outra questão é estudar os resultados do funcionamento de certo Estado de direito, por exemplo, seu papel no desenvolvimento econômico, na superação das desigualdades sociais ou na preservação dos recursos naturais (Vieira e Dimoulis, 2011). Por fim, cada cidadão pode dizer se as normas de um Estado de direito merecem aprovação e obediência.

**3. O direito natural como garantia da justiça?**

O debate sobre o direito natural articula-se em torno de três problemas: sua definição e origem, suas relações com o direito positivo e as críticas endereçadas ao conceito.

3. 7 *Definição e fontes do direito natural*

O termo “natural” sugere duas ideias. Em primeiro lugar, a imutabilidade ou, pelo menos, a forte estabilidade. Sabemos que os processos e as regras da natureza não mudam. Mesmo quando temos uma evolução natural, ela é extre­ mamente lenta e gradual. Em segundo lugar, o termo “natural” sugere a ideia da perfeição, da existência de regras objetivas e necessárias, ao contrário das normas “artificiais”, impostas pela simples vontade do legislador político.

Nesse sentido, o direito natural apresenta-se como conjunto de normas de dever ser que são estáveis, necessárias, adequadas e regulamentam o com­ portamento de todos os seres da natureza. Assim sendo, o “direito natural” apresenta-se como a melhor forma de direito, que assegura a perfeita ordem e harmonia.

Quais são, porém, as fontes do direito natural? Quem estabelece o conteú­ do de um direito perfeito e imutável? Três são as principais respostas dadas pe­ los doutrinadores que admitem a existência do direito natural (jusnaíuraíistas).

A primeira resposta considera como fonte do direito natural a própria na­ tureza que, no dizer de Ulpiano, ensina a todos o justo e o necessário (Lição 1, 2.4). Aqui o termo “direito natural” é interpretado literalmente *(jusnaturalismo* *no sentido estrito*). Decorre da própria natureza e, principalmente, da nature­za do ser humano. Dessa forma, os jusnaturalistas no sentido estrito atribuem à natureza uma particular força normativa; natural não é somente aquilo que existe, mas também aquilo que deve guiar o nosso comportamento e merece ser respeitado por todos.

Exemplo: a obrigação da mãe de cuidar dos filhos menores ou a tendência dos seres humanos em unirem-se para protegerem-se mutuamente.

A segunda resposta é conhecida como *jusnaturalismo teológico* e sustenta que o direito natural decorre da vontade divina. G Ser Supremo, que criou e ordenou o mundo, dita as regras que devem guiar o comportamento do ser humano.

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E JUSTIÇA | 91 |

Exemplo: na cultura cristã, a fonte mais conhecida do direito natural são os Dez Mandamentos. É “natural” não matar e não roubar porque Deus o ordenou.

A terceira resposta encontra-se nos autores racionalistas da Idade Moder­ na e pode ser qualificada como *jusracionalismo.* Os mandamentos do direito natural decorrem da razão humana. Parte-se do pressuposto que todos os seres humanos possuem a capacidade de pensar e de atuar de modo racional. Sendo satisfeitas as necessidades básicas para o seu desenvolvimento e tendo acesso à educação, qualquer ser humano pode entender o sentido do mundo e seus próprios direitos e deveres. A capacidade de pensar racionalmente é a razão hu­ mana. Assim sendo, os homens podem descobrir o que é certo e errado e devem fazer o certo para possibilitar o convívio social civilizado e pacífico, como dizia Pufendorf (Lição 1, 2.7).

Exemplos da visão jusracionalista:

1. Os redatores da Declaração da Independência das colônias inglesas da América do Norte proclamaram em 4.7.1776: “Consideramos como verdades evidentes que todos os homens foram criados iguais, que foram dotados pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis e que fazem parte destes a vida, a liberdade e a procura da felicidade”. Aqui a razão humana descobre os direitos inalienáveis e os proclama como verdadeiros e necessários.
2. Um autor contemporâneo, o Professor Jacy de Souza Mendonça (1931-) define e defende o direito natural da seguinte maneira: “Direito natural é um conjunto de princípios práticos que emergem da natureza racional, livre e social do homem, descobertos pela razão, reguladores das relações inter-hu-manas, visando a conformá-las em função do bem comum” (Mendonça, 2002,

p. 52-53). ;

*3.2* *Relações entre direito natural e direito positivo* **.**

O segundo ponto fundamental diz respeito às relações entre o direito na­ tural e o direito positivo. Os partidários do direito natural adotam uma visão *dualista* do direito (Luno 1997, p. 71; Troper, 2003, p. 16; Matos, 2005, p. 189-190). Consideram que, ao lado do direito natural, existe o direito positivo, isto é, um conjunto de regras de comportamento criado pela vontade política de um povo ou de seus chefes. O direito positivo nunca corresponde plenamente aos mandamentos do direito natural. Quem cria o direito positivo sempre acrescen­ ta ou retira algo do direito natural, como observava Ulpiano.17

1. **“Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est**

9 2 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Essa discrepância de conteúdo cria o problema da relação entre ambos os direitos. Quando o direito positivo estabelece regras técnicas moralmente irre­ levantes não há problemas. Decidir se um processo será julgado pela primeira ou pela segunda Vara Criminal de uma cidade e se o prazo de prescrição será de quatro ou cinco anos é objeto de normas de direito positivo, que não entram em conflito com o direito natural, mas simplesmente o complementam. Os pro­ blemas começam quando o direito positivo pretende derrogar regras do direito natural, por exemplo, proibindo a defesa do acusado. : ^

Em tais casos, os jusnaturalistas são taxativos. Havendo conflito, preva­ lece sempre o direito natural.18 Como dizia Santo Agostinho, na obra De *libero* *arbitrio* (427 d.C.), somente a lei justa deve ser considerada como lei.19 Assimsendo, o jusnaturalismo adota uma visão do direito que não é só dualista, mas também *hierarquizada.*

Para ilustrar a prevalência do direito natural, os filósofos do direito costu­ mam citar a trágica opção de Antígona. Antígona é a heroína central da homô­ nima tragédia que o poeta da Grécia antiga Sófocles (497-406 a.C.) apresentou ao público de Atenas, em 441 a.C. Nessa tragédia, Antígona enfrenta o conflito entre a lei divina, que ordena sepultar decentemente os parentes falecidos, e a ordem do rei de Tebas, Creonte, de deixar insepulto o irmão de Antígona, Poli-nices, morto na luta pelo poder e considerado como traidor da pátria. Antígona escolhe obedecer a lei divina, mesmo que isso acarrete uma sentença de morte. Diante das ameaças do rei Creonte, Antígona formula a mais famosa defesa do direito natural na história do Ocidente:

“Não *me parece que tuas determinações tivessem força para aos mortais impor* *até a obrigação de transgredir divinas normas, não escritas, inevitáveis; não é de hoje nem é de ontem, é desde os tempos mais remotos que elas vigem*.”20

Encontramos aqui todos os elementos do jusnaturalismo: o dualismo entre o direito positivo e o direito natural; a imutabilidade e necessidade do direito natural, que é “inevitável” e vale “desde os tempos mais remotos”; e, princi-

**civile efficimus.” Digesto de Justiniano, 1.1.6, preâmbulo. Fonte:** [**<http://webu2.upmf--grenoble.fr/Hai ti/Co urs/Ak/Corpus/d-01**](http://webu2.upmf-%e2%80%a8-grenoble.fr/Hai%20ti/Co%20urs/Ak/Corpus/d-01%20.htm) **.htm>.**

1. **Mesmo assim os jusnaturalistas medievais são reticentes em admitir um direito de resistência contra o direito positivo, como vimos no caso de Tomás de Aquino (Lição 1, 2 .5). Em geral, alegam o dever de obediência ao príncipe que, por ter sido escolhido pela vontade de Deus, não pode errar nem deve ser contrariado pelos súditos.**
2. **“Nam mihi lex esse non videtur, quae iusta non fuerit.” *De libero arbitrio,* I, 5, 11. Fon ­ te:** [**<http://www.augustinus.it/latino/libero\_arbitrio/index2.htm>.**](http://www.augustinus.it/latino/libero_arbitrio/index2.htm)

**20. *Antígona* de Sófocles, versos 514 -519; Sófocles, 1970, p. 23.**

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E JUSTIÇA | 9 3 |

palmente, a absoluta prevalência de seus mandamentos em relação a qualquer ordem dos detentores do poder político.

Pode ser sustentada essa visão em nossos dias? Já no início do século XIX muitos filósofos do direito abandonaram o vocabulário do direito natural, en­ tendendo que o ideal de um direito imutável e necessário não tinha lugar em sociedades submetidas a contínuas mudanças, rejeitando as mais sagradas tradi­ ções do passado. Mesmo assim, a maioria dos juristas continuou acreditando na existência de princípios de justiça, que deveriam guiar o legislador. Essa visão foi denominada “jusnaturalismo disfarçado” (Ross, 2000, p. 292).

Uma versão renovada do jusnaturalismo encontramos na teoria do “direito justo” (*richtiges Recht*) elaborada pelo filósofo do direito alemão Rudolf Stamm-ler (1856-1938). Em sua opinião, o direito natural indica o justo e o adequado para a natureza humana, impondo, principalmente, o respeito à liberdade hu­ mana e a convivência pacífica em comunidades solidárias.

Os princípios do direito justo vinculam o legislador, mas não são imutá­ veis. O direito justo sofre importantes transformações, porque acompanha as mudanças sociais, dependendo da mentalidade e da moralidade de cada período histórico. Temos, assim, um “direito natural com conteúdo variável” (*Natur-recht mit wechselndem Inhalt),* cuja forma concreta depende da situação social(Stammler, 1902, p. 93-103).

Encontramos aqui uma quarta resposta em relação à fonte do direito natu­ ral. Trata-se do *jusnaturalismo social*, que diverge dos três precedentes, e, de cer­ ta forma, esvazia o direito natural de seus conteúdos, limitando-se a referências abstratas sobre o “justo” e a necessidade de realizá-lo.

Estudando as obras de filosofia do direito das últimas décadas, o leitor difi­ cilmente encontrará partidários do direito natural. As poucas exceções referem--se a autores que exprimem pontos de vista teológicos, sendo principalmente influenciados pelos ensinamentos da Igreja Católica na tradição de Tomás de Aquino (Lição 1, 2.5).21 Este é, aliás, o motivo pelo qual atualmente encontra­ remos pouquíssimos professores de direito natural nas faculdades de direito, apesar de a cadeira de direito natural ter sido uma das principais nos cursos dê direito até o século XIX (Dimoulis, 2006, p. 78-85).

**21. Entre os autores de língua portuguesa cf. Cunha e Dip, 2001; Mendonça, 2002, p. 32-59; Nery, 2008 . Os mais conhecidos partidários do direito natural nas últimas décadas são os filósofos do direito Michel Villey (1914 -1988), na França, John Finnis (1940 -), nos EUA, e Ernst Bloch (1885 -1977), na Alemanha. O último autor realizou uma das poucas leituras progressistas do direito natural, combinando a inspiração católica com referências ao marxismo. Cf. Villey, 1998; Finnis, 1980; Bloch, 1980. Para uma discus­ são crítica em torno do direito natural na atualidade, cf. George, 1996.**

9 4 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Mas o abandono do direito natural e de seu dualismo não foi completo. Os partidários contemporâneos do moralismo jurídico podem ter deixado de em­ pregar o termo “direito natural”, mas não se distanciam completamente de seus pressupostos. Referem-se a princípios “morais” que são vigentes em determi­ nada sociedade e devem influenciar, e, se necessário, corrigir o direito positivo (Lição 1, 2.17; Lição 3, 5).

No âmbito do moralismo jurídico moderno, uma clara defesa da existência de um direito superior e melhor em relação ao direito do Estado encontra-se na obra do filósofo do direito e penalista alemão Gustav Radbruch (1878-1949). Em 1946, vivendo ainda sob o impacto das atrocidades cometidas pelo regime nazista, Radbruch afirmou que o positivismo jurídico foi um dos responsáveis pela aceitação do direito daquela época, que, entre outras barbaridades, privou os judeus de quase todos seus direitos, os expôs a perseguições e previu a apli­ cação da pena de morte a adolescentes.

Na visão de Radbruch, o positivismo é indiferente em relação ao conteú­ do das normas jurídicas e leva os operadores do direito a obedecer a qualquer lei, seguindo o brocardo *Gesetz ist Gesetz* (“lei é lei”) (Radbruch, 1946, p. 105-106).

Radbruch sustentou que, por razões de segurança jurídica, o direito posi­ tivo deve manter sua validade mesmo se for injusto e inadequado. Há, porém, casos nos quais a contradição entre o direito positivo e as exigências da justiça é tão intensa que se torna “insuportável”. Em outros casos, constata-se que o legislador não tinha nem mesmo a intenção de servir a justiça e atuou como um criminoso. Segundo Radbruch, tanto no caso da injustiça insuportável, como no caso da negação proposital da justiça, as normas do direito positivo perdem sua validade, devendo recuar diante dos imperativos da justiça (Radbruch, 1946, p. 107).

Esse posicionamento ficou conhecido como *fórmula de Radbruch.* Consti­ tui uma versão “fraca” do jusnaturalismo. Ela é fraca porque reconhece como central o direito criado e aplicado pelo Estado, opina pela sua prevalência na maioria dos casos e relativiza os valores da justiça, em nome da segurança jurí­ dica. A fórmula de Radbruch não deixa, porém, de submeter o direito positivo a um exame de concordância com os princípios da justiça. Essa visão é aceita pelos moralistas modernos que admitem a superioridade do “direito justo”.22 Os moralistas não são puros dualistas porque não acreditam na existência de um direito natural. Mas desejam corrigir o direito estatal com base em imperativos morais.

***22.* Análises e bibliografia em Dimoulis, 2006,**p.**85 -99 .**

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E JUSTIÇA | 9 5 |

**Quadro sinótico 4:**

**Tipologia do direito natural**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **Possíveis fontes** |  | **Possíveis características** |
| • | Natureza | • | Imutabilidade |
| • | Vontade divina | • | Estabilidade |
| • | Razão humana | • | Conteúdo variável |
| • | Ideias sociais sobre o justo |  |  |

**Possível relação com o direito positivo**

* Primazia absoluta do direito natural
* Primazia do direito positivo, a não ser em casos de injustiça "insuportável" ou proposital

*3.3* *Críticas ao direito natural*

Uma posição de clara rejeição do direito natural encontra-se na aborda­ gem do positivismo jurídico. Sabemos que os positivistas adotam uma visão claramente monista e definem como direito somente as normas (im)postas pela vontade política dominante e reconhecidas como válidas pela maioria da popu­ lação, independentemente de seu caráter moralmente adequado, justo, correto. Os mandamentos que não são acompanhados pela capacidade de imposição não constituem normas jurídicas, mas simples desejos pessoais, normas morais, regras de decoro etc.

Os positivistas não ignoram que o direito positivo apresenta falhas, discri­ mina e prejudica pessoas e grupos, chegando, muitas vezes, a ser claramente in­ justo. Se assim não o fosse, não se explicariam as incessantes reformas legislativas nem as frequentes revoluções políticas que criam um direito radicalmente novo. Mas, na visão positivista, as discordâncias sobre a adequação do direito positivo não afetam sua validade jurídica. Mesmo o pior direito do mundo não deixa de ser válido. A crítica formula-se sempre desde o ponto de vista *externo*: constitui uma proposta *de legeferenda* (sobre a lei a ser criada), que reivindica um direito melhor, não podendo ser considerada como descrição do direito em vigor.

A visão do positivismo jurídico nos parece a mais convincente,23 porque permite superar quatro problemas da visão jusnaturalista, a saber:

1. *Vaguezci.* Os partidários do direito natural indicam como regras básicas os deveres de respeitar a vida e a liberdade de todos, de cumprir os contratos, de tomar decisões coerentes, de tratar os iguais de forma igual e o direito à ampla defesa e o devido processo legal. Tais regras são louváveis, mas não deixam de

**23. Dimoulis, 2006, p. 99 -131 . Permaneço, assim, fiel aos ensinamentos que recebi, já no primeiro ano da Faculdade de Direito, pelo Professor Doutor Aristovoulos Manessis (1 92 2 -2 000), um ferrenho crítico do direito natural (Manessis, 1980, p. 34 -55).**

9 6 M ANUAL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

ser extremamente vagas. O ordenamento jurídico não é composto de colocações genéricas e de boas intenções, mas de normas concretas, que permitem resolver conflitos. Nenhuma das referidas regras de direito natural pode dar respostas satisfatórias a conflitos sociais. O direito natural não indica, por exemplo, o que significa respeitar a liberdade de outrem, porque não indica os limites concretos da liberdade de cada um, nem explica o que deve ocorrer nos inúmeros casos de conflito entre a liberdade de várias pessoas. Para responder tais questões preci­ samos, primeiro, de normas dotadas de sanção e, segundo, de decisões do Poder Judiciário que realizem ponderações dos direitos em conflito (Lição 11, 5).

1. *Subjetivismo.* Os partidários do direito natural sustentaram as mais va­riadas opiniões sobre a origem e o conteúdo do direito natural. Não esqueçamos que o direito natural foi utilizado para justificar e legitimar: a) a escravidão, por exemplo, na obra de Aristóteles; b) os sanguinários príncipes da Idade Média como representantes de Deus e a dominação dos colonizadores sobre os coloni­ zados, como sustentavam os jusna tu ralis tas católicos; c) as ditaduras do século XX, como diziam muitos partidários do direito natural na Europa, apregoando a submissão à vontade de Hitler, de Mussolini, de Franco ou de Salazar; d) a submissão das mulheres, que era apresentada como “natural” pelos juristas e filósofos até o começo do século XX. Tudo foi dito em nome do direito natural e as piores injustiças foram justificadas invocando “princípios superiores”.24
2. *Conservadorismo*. O direito natural é caracterizado pela estabilidade, jáque se refere ao poder normativo da natureza humana que dificilmente se trans­ forma. Isso indica o caráter conservador das teorias do direito natural Enquan­ to os conteúdos do direito positivo dependem de decisões políticas e ajustam-se às demandas da maioria, o direito natural permanece fixado no tempo e fiel na tradição, negando o poder transformador dos cidadãos. Dessa forma, revela-se como um conjunto normativo autoritário, geralmente a serviço dos mais po­ derosos, que apresentam seus interesses como consagrados pelo tempo e pela suposta “natureza humana”.

“Natural” é o direito do mais forte que domina os mais fracos, tanto na selva como na concorrência do mercado. Devemos aceitar esse “destino natural” ou, ao contrário, lutar pela abolição das distinções e discriminações sociais, in­ clusive por meio de mudanças jurídicas? Em nosso entender, o direito foi criado para transformar a ordem natural, para civilizar a convivência humana, para combater as fatalidades naturais e para limitar o poder social. Em uma palavra,

**24. As manipulações históricas do direito natural autorizaram o filósofo do direito dina­ marquês Alf Ross (1899 -1979) a afirmar: “Como uma prostituta, o direito natural está à disposição de todos” (Ross, 2000, p. 304).**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | DIREITO E JUSTIÇA | 9 7 |
| o direito é um fenômeno contrafático e não uma “cópia” da organização natural | | |
| do mundo (Lição 3, 2.3). | |  |
| 4. | *Irrelevância*. Mesmo quem aceita a existência de mandamentos de direito | |

natural deve admitir que a pertença de uma regra ao direito natural não permite afirmar sua validade jurídica. O direito natural só pode ser imposto se for res­ paldado pela vontade política dominante. Quando o legislador positivo decide incorporar no ordenamento jurídico normas que correspondem a mandamentos do direito natural, tais normas passam a vigorar porque correspondem à vonta­ de do legislador e não porque são justas ou “naturais”.

Mesmo nos pouquíssimos casos em que o legislador remete diretamente ao direito natural,25 a validade desse último é devida à vontade do legislador que o eleva à condição de direito válido, podendo revogá-lo, quando o considerar conveniente.

Muitos autores sustentam, finalmente, que o jusnaturalismo e a referência à justiça garantem que jamais serão aplicadas normas extremamente injustas. Como constatamos, esse foi o argumento de Radbruch, que acusou o positivis­ mo de ter legitimado o direito nazista. Na realidade, porém, o argumento não convence (Dimoulis, 2006, p. 257-264). São raríssimos os juizes e promotores que têm a coragem de contestar a validade das normas jurídicas de uma ditadu­ ra, enquanto esta estiver no poder. Os pouquíssimos integrantes do Judiciário que não se curvaram às ordens das ditaduras, negando-se a aplicar normas que consideraram injustas, simplesmente perderam seus cargos, foram perseguidos e punidos. Isso corrobora a irrelevância jurídica do jusnaturalismo. “Justo” ou “injusto”, o direito respaldado pelo poder consegue se aplicar.

**4. Conclusão**

Neste capítulo estudamos as relações entre o direito positivo e a justiça, enfocando a problemática da definição da justiça, do Estado de direito e do direito natural.

O exame de vários aspectos da problemática da justiça em sua relação com o direito positivo conduziu-nos a resultados negativos. O conceito da justiça é extremamente controvertido e não parece possível dar uma definição que per­ mita operacionalizá-la para avaliar o caráter justo ou injusto do direito em vigor.

**25. O exemplo mais conhecido encontra-se no Código Civil austríaco (“Código Civil Ge­ ral”) de 1812 (ainda vigente). Seu § *7°* determina que quando um caso concreto não pode ser resolvido por meio da interpretação literal ou teleológica da norma nem com o emprego da analogia, “deve ser decidido segundo os princípios de direito natural após pesquisa cuidadosa e ponderação madura das circunstâncias”. Fonte: chttp:// w w w . internet4jurists. a t/gese tze/bg\_abgbO 1 .htm>.**

9 8 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Diante dessa situação, a persistência da doutrina em reivindicar a vinculação do direito positivo com a justiça revela-se como tentativa para legitimar ou deslegi-timar determinados regulamentos mediante o apelo emocional à justiça.

Por sua vez, o conceito do Estado de direito apresenta utilidade se for en­ tendido no sentido formal da limitação do Estado por meio do direito. Nessa perspectiva, o conceito permite avaliar se a atuação dos aparelhos estatais se mantém dentro do quadro traçado pelas normas em vigor. Isso não garante o caráter justo do ordenamento jurídico, mas preserva a segurança jurídica, isto é, a previsibilidade das decisões estatais.

O conceito do Estado de direito material é, ao contrário, problemático. As tentativas de “enriquecimento” do conceito, no intuito de considerar como Esta­ do de direito somente o ordenamento que satisfaz os requisitos da justiça, estão fadadas ao fracasso, já que não parece possível definir o que é um Estado “justo”.

Finalmente, a referência ao direito natural, como conjunto de regras supe­ riores e estáveis no tempo e no espaço que exprime os valores da justiça, é uma constante da filosofia e da doutrina jurídica ocidental, mas revela-se também repleta de problemas. Não havendo acordo sobre o conteúdo do direito natural, a posição dos jusnaturalistas de que o direito natural prevalece em caso de con­ flito com o direito positivo, pelo menos quando esse último provoca extremas injustiças, revela-se como uma tentativa ideológica para legitimar (ou deslegiti-mar) o direito vigente, segundo opiniões subjetivas.

*Para aprofundar o conhecimento*

Sobre a justiça e o direito natural:

Atienza, 2003, p. 173-206; Bodenheimer, 1994, p. 54-69, 125-225; Cam­ pbell, 2001; Cortese, 1962, p. 37-141; Costa, 2001, p. 247-286; Derrida, 2007; Finnis, 1980; George, 1996; Hòffe, 1991; Kelsen, 2001; Koller, 1997, p. 31-36, 131-144, 295-316, e 2001; Kriele, 1963; Latorre, 1978, p. 151-183; Luhmann, 1999, p. 374-418; 1997, p. 214-238; Machado, 1997, p. 286-357; Mendonça, 2002, p. 32-59; Montoro, 1999, p. 123-282; Ross, 2000, p. 267-334; Rúthers, 1999, p. 195-228, 237-260; Villey, 1998; Viola e Zaccaria, 2003, p. 96-117; Vlas-tos, 1984; Wacks, 2005, p. 14-36, 243-267; Welzel, 1965.

Sobre o Estado de direito:

Baratta, 1977; Bòckenfõrde, 1991, p. 143-208; Carothers (org.), 2006; Che-vallier, 1999; Costa e Zolo (org.), 2002; Forsthoff, 1976; Luno, 1994; Raz, 1979; Schmitt, 2001, p. 141-163; Sobota, 1997; Sundfeld, 2006, p. 37-58; Tamanaha, 2004. Troper, 2001, p. 267-281; Vieira, 2008; Vieira e Dimoulis (orgs.), 2011.

**Lição 6**

**TEORIA DA NORMA JURÍDICA**

S U M Á R I O : **1. Significados dos term os "lei", "norm a" e "regra" - 2 . Norma** **jurídica. Definição e principais características: 2.1 Definição; 2 .2 Verdade e validade; 2 .3 Contrafacticidade - 3 . Classificação das normas jurídicas; 3.1 O problem a da classificação; 3 .2 Espécies de normas jurídicas: 3 .2 .1 Destinatários; 3 .2 .2 M odo de enunciação; 3 .2 .3 Forma de prescrição; 3 .2 .4 Forma de sanção; 3 .2 .5 Âmbito de aplicação; 3 .2 .6 Consequências; 3 .2 .7 Densidade; 3 .2 .8 Função; 3 .2 .9 M odo de aplicação - 4 . Identificação das normas juridicamente v álid a s -5 . A plicação das normas jurídicas (subsunção e silogismo jurídico): 5.1 Definição e estrutura do silogismo; 5 .2 Limites lógicos do silogismo: 5 .2 .1 Fixação das premissas pelo aplicador; 5 .2 .2 Críticas ao silogismo.**

**1. Significados dos termos "lei" "norma" e "regra"**

No cotidiano dizemos que o direito é composto de “leis”; que certas pes­ soas violam “as leis”; que os políticos as criam e os tribunais as aplicam. Dize­ mos também que “lei é lei” ou que a Constituição é a “lei suprema”. A identifi­ cação do direito com a lei é muito comum, mas não satisfaz uma análise teórica rigorosa, pois na teoria do direito o termo “lei” tem significados específicos (Lição 9, 2.1.1).

Nesse capítulo analisaremos a estrutura dos comandos jurídicos, utilizan­ do dois termos mais adequados. Trata-se dos termos “norma” e “regra”.

A palavra latina *regula* significa régua, indicando um instrumento utilizado para medir. Essa é a origem do adjetivo “regular”, empregado para indicar que algo está dentro de um padrão de referência. Ser regular significa satisfazer de­ terminados requisitos, não ser nem inferior, nem superior ao padrão de referên­ cia, à regra. Assim podemos dizer que um aluno é regular. De forma semelhante, o verbo “regular” (ou “regulamentar”) significa estabelecer e impor regras: pode indicar a regulamentação de um assunto por meio da criação de normas de con­ duta e também o conserto, que ajusta algo aos padrões desejáveis, garantindo seu bom funcionamento.

Não são diferentes os significados da palavra *norma*, que indicava em latim o esquadro que utiliza o pedreiro para medir e ajustar a construção. O adjetivo “normal” significa atuar em conformidade com aquilo que habitualmente acon­ tece. Podemos, por exemplo, dizer que é normal para o paulistano, ou o carioca,

100 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

ficar parado por muito tempo nas grandes avenidas por causa do trânsito, mesmo lamentando essa normalidade. Podemos, também, utilizar o termo para indicar aquilo que deveria acontecer em determinadas circunstâncias. Quando dizemos que o comportamento de um amigo não é normal indicamos que ele “passou dos limites” e deveria conformar-se às normas sociais de comportamento.1

Dessa forma, o termo “norma” possui dois significados na linguagem co­ mum:

1. *Norma descritiva*. Indica aquilo que acontece em decorrência de uma lei natural ou social. Temos aqui a constatação de uma situação, de um “ser” e enunciamos a sua “lei”, indicando as regularidades constatadas nos fenômenos naturais ou sociais.

**Algumas íeis, sobretudo as relacionadas com fenômenos naturais, são absolutas, ou seja, são sempre válidas. Exemplo: a pedra arremessada deve cair no chão porque sua trajetória está submetida à lei da gravidade. Se isso acontecer, diremos que é normal. Se a pedra ficar no ar, diremos que o ocorrido não é normal e investigaremos o porquê. Seria um truque?**

**Por sua vez, as leis relacionadas com fenômenos sociais são quase sempre de natureza *tendencial*. Indicam tendências e possíveis evoluções em termos de probabilidade, que decorremda observação dos comportamentos sociais e de cálculos de probabilidade estatística. Exemplo: é normal que os filhos adotem a religião dos pais. Aqui o termo "normal" tem o sentido do habitualmente esperado. Nada impede que um filho mude de religião. Mas um cientista pode demonstrar, por meio da coieta de dados, que é muito alta a probabilidade estatística de os filhos seguirem a religião dos pais.**

2. *Norma imperativa (ou prescritiva).* Indica aquilo que deve acontecer em decorrência de uma vontade ou ordem superior. A norma estabelece o padrão de referência moral, jurídica, técnica, econômica etc. As situações reais são me­ didas e avaliadas de acordo com a norma, que estabelece um *dever ser.*

Exemplo: um escritor fixa uma norma sobre seu trabalho: “nos próximos meses devo acordar às seis horas da manhã para escrever o meu romance”. Se um dia o escritor acordar às nove horas, diremos que seu comportamento está fora da norma estabelecida, que ele violou o dever ser.

Há uma categoria de normas imperativas que associam sanções ao seu des-cumprimento. Ao contrário do escritor que pode violar sua própria norma sem que ocorra uma mudança no mundo externo (ninguém vai se preocupar com o fato de ter descansado até as nove!), os regulamentos militares estabelecem penas para os soldados que acordam após o horário previsto. Isso indica que a norma imperativa pode.ser respeitada ou desrespeitada; o desrespeito pode cau­ sar uma reação ou permanecer sem consequências.

1. **Um outro sinônimo da regra e da norma é o termo “medida”, também utilizado no direito. Exemplo: No Brasil, o Presidente da República edita medidas provisórias.**

|  |  |
| --- | --- |
| TEORIA DA N O R M A JURÍDICA | **101** |

**Constatamos, assim, que os termos "norma" e "regra" possuem dois significados princi­ pais. Podem descrever a normalidade do comportamento (ser) ou indicar aquilo que deve ser considerado normal (dever ser) (Ferraz Jr., 2001, p. 103). Tanto a norma que indica a situação ou comportamento corriqueiro como a norma que indica o comportamento desejável permitem avaliar aquilo que ocorre: é normal ou anormal? Permitem, também, prever aquilo que deve acontecer por via de força natural, de regra estatística, de necessidade moral, de dever jurídico etc. Nesse sentido, o conhecimento da norma e sua comparação com a realidade permitem distinguir o normal do anormal e o regular do irregular.**

**2. Norma jurídica. Definição e principais características**

*2.1* *Definição*

A maioria dos doutrinadores do direito emprega os termos “norma” e “re­ gra” como sinônimos. Seguindo essa orientação passaremos a analisar suas ca­ racterísticas e espécies.2 Em primeiro lugar, a norma jurídica é uma construção de linguagem dotada de *sentido,* ou seja, uma *proposição* que pode ser entendida pelos seus destinatários.

Exemplo: “O advogado, no exercício da profissão, deve manter indepen­ dência em qualquer circunstância” (art. 31, § 1.°, da Lei 8.906, de 04.06.1994). Não há no direito normas do tipo “o advogado circunstância vermelha deve cravo”, como poderia escrever um poeta surrealista.

A principal característica das normas imperativas é o fato de descrever de­ terminada conduta, ordenando que seja seguida. Na maioria dos casos, o des-cumprimento da norma está associado a penalidades. A norma jurídica resulta da interpretação das fontes do direito (Lição 9, 2). O intérprete encontra nas fontes do direito uma proposição de linguagem que se denomina *enunciado nor­* *mativo, dispositivo*, *disposição, proposição de norma (Normsatz)* ou *texto de norma (Normtext*).3

Exemplo: encontramos na Constituição Federal o seguinte enunciado: “Compete privativamente ao Presidente da República: nomear e exonerar os Ministros de Estado” (art. 8 4 ,1).

Esse enunciado deve ser transformado em norma jurídica mediante o tra­ balho do intérprete que deverá entender o seu significado: “Segundo o art. 84 da

**2. Muitos doutrinadores consideram que o termo “norma jurídica” indica uma categoria geral que é subdividida em duas espécies: as *regras* jurídicas (concretas) e os *princípios* jurídicos (abstratos). Cf. Rothenburg, 1999, p. 17-49; Tavares, 20 06 -a, p. 86 -97 . Não seguimos essa opção porque consideramos impossível a distinção entre princípios e regras (Dimoulis, 2006, p. 60 -61).**

**3. Guastini, 1990; Müller, 1997, p. 131 -144, 186 -189; Alexy, 1996, p. 42 -47; Canotilho, 2002, p. 1187 -1188 .**

**102** M AN U AL DE INTRODUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Constituição Federal, o Presidente da República é a única autoridade que pode nomear e exonerar os Ministros de Estado”.

A norma deve ser explicitada de forma detalhada para permitir sua apli­ cação em casos concretos. O operador jurídico deve indicar quais órgãos são considerados “Ministros de Estado” e o que significam os verbos “nomear” e “exonerar” nesse contexto. Esse é o trabalho da interpretação jurídica (Lição 8), que resolve dúvidas em relação à aplicação das normas. Para identificar o texto de norma e em seguida formular a norma, o intérprete parte de um problema concreto. Pergunta-se, por exemplo, quem pode demitir um Ministro de Estado que está envolvido em um escândalo de corrupção. Com base nesta pergunta concreta, o intérprete busca nas fontes do direito (Constituição, leis etc.) as disposições pertinentes e, em seguida, formula a norma.

Podemos, agora, dar uma definição. *Norma jurídica é uma proposição de* *linguagem) incluída nas fontes do direito válidas em determinado espaço (texto de norma); seu significado é fixado pela interpretação jurídica; a norma jurídica re­ gulamenta o comportamento social deform a imperativa, estabelecendo proibições, obrigações e permissões*. *Na maioria dos casos, o descumprimento da norma está associado a sanções negativas*.

**2.2** *Verdade e validade*

**As normas descritivas indicam as regularidades do mundo físico e social. A confrontação dessas normas com a realidade, sobretudo por meio de experimentos, de observações e de cálculos, permite decidir se uma norma é verdadeira ou não.**

**As normas imperativas (normas de dever ser) não podem, ao contrário, ser avaliadas com relação à sua veracidade ou falsidade. Se a norma do dever ser for violada, isso não per­ mite considerá-la como falsa; tampouco podemos dizer que é verdadeira quando está sendo respeitada.**

**Exemplo: em uma avenida movimentada uma placa de sinalização indica: "É proibido estacionar. Os carros serão guinchados". Se alguém observar o trânsito se deparará com três situações: motoristas que tentam estacionar, mas percebendo a placa se afastam; outros que estacionam, terminam rapidamente seu trabalho e partem antes que os fiscais do trânsito cons­ tatem a infração e chamem o guincho; outros, finalmente, que estacionam por mais tempo e têm seus carros guinchados.**

**No primeiro caso a norma intimidou os motoristas; no segundo caso foi violada sem que houvesse reação dos guardas; no terceiro caso a violação foi acompanhada da sanção legalmente prevista. Em nenhuma das três hipóteses podemos, porém, dizer se a norma indi­ cada na placa é verdadeira ou falsa. Quando constatamos a sua violação, podemos dizer que o *Ser* (a realidade social) contraria a norma. Mas não podemos afirmar que esse Ser invalida o *Dever ser* da norma. Mesmo após milhões de furtos e homicídios, a lei penal continua válidaenquanto norma.**

**Em relação às normas jurídicas, que fazem parte das normas imperativas não podemos emitir um juízo de verdade. Isso ocorre porque falta referência objetiva para tanto. Se alguém perguntar se o copo em cima da mesa é "verdadeiro", responderemos que a pergunta não**

|  |  |
| --- | --- |
| TEORIA DA N O R M A JURÍDICA | 103 |

**faz sentido. O copo existe ou não existe, mas não há critério para saber se é "verdadeiro". Da mesma maneira, em relação às normas não temos critério de referência para saber se são verdadeiras. Mas podemos emitir um *juízo de validade*, constatando sua *existência* no âmbito do ordenamento jurídico.4 Para tanto, devemos examinar se a norma é válida em determinado período, país e território, segundo os critérios de validade que resultam da nossa definição do direito. Quem considera com o direito todas as normas criadas conforme o procedimento estabelecido pela Constituição examinará se a norma entrou e continua em vigor, se não foi declarada inconstitucional, se é aplicável em determinado Estado ou Município etc.**

**O juízo de validade indica se determinado mandamento possui (ou não possui) a quali­ dade de norma jurídica, se deve (ou não deve) ser considerado como parte do direito em vigor. Lendo o artigo de uma lei devemos nos perguntar: a norma contida nesse artigo faz parte do ordenamento jurídico brasileiro? Se a resposta for positiva, a norma é válida. Caso contrário, a norma é inexistente, porque nunca entrou em vigor, porque foi revogada ou mesmo porque faz parte de outro ordenamento.**

**Além do exame da validade, do ponto de vista da dogmática jurídica, a norma jurídica pode ser avaliada do ponto de vista jus-sociológico, examinando se é obedecida e se alcança as finalidades que persegue. Aqui a norma é comparada com a realidade social. Isso permite constatar o grau de eficácia e de adequação da norma (Sabadell, 2010, p. 69-76).**

**Finalmente, a norma pode ser avaliada do ponto de vista jusfilosófico, por meio de sua comparação com o dever ser filosófico, que indica se a norma é conforme ideais de justiça e aceita pela população (considerada legítima).**

*2.3* *Contrafacticidade*

O fato de a norma jurídica ter validade mesmo quando violada, considera­ da ilegítima ou inadequada, permite elaborar a teoria do *caráter contra/ático do* *direito?* Contrafático significa “contrário aos fatos reais”. As normas jurídicassão contrárias aos fatos reais em *quatro* sentidos.

1. **Kelsen, 2000, p. 20-21. A lógica ensina que não é possível avaliar a verdade de uma norma, porque o *dever ser* é independente do *ser.* Nenhum dos dois pode ser deduzido do outro. Essa lei lógica, conhecida como *lei de Hume,* pode ser formulada da seguinte forma: “Da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser não se segue que algo seja” (Kelsen, 2000, p. 6; cf. Kelsen, 1986, p. 70 -109; Ross, 1971, p. 98 -100; Bechillon, 1997, p. 195 -199). Ver tam­**

**bém a análise crítica em Mastronardi, 2001, p. 92 -101 . Primeiro: é impossível deduzir o dever ser do ser, porque a constatação do ser não indica se isso deve ou não deve ser aceito. Há pessoas que vendem farinha e outros que vendem cocaína. O fato de ambas as substâncias serem vendidas não indica se isso é ou não é permitido. Só o conhecimento das normas criadas pelo legislador permite avaliar determinada venda como legal ou ilegal. Segundo: o ser não pode ser deduzido do dever ser. Quem sabe que o Código Pe­ nal proíbe o furto não pode concluir que nunca ninguém furtará. Ao contrário, sabemos que muitas pessoas violam essa norma e a maior parte não chega a ser punida.**

**5. Elaboramos essa visão com base nas análises de Luhm ann, 1983, p. 5 3 -6 6 ; 1997, p. 1 3 1 -1 4 3 ; 1999, p. 7 3 -9 1 ; Maus, 1991; cf. também Ferraz Jr., 20 0 1 , p. 1 0 1 -1 1 2; Sabadell, 2010, p. 103 -126 .**

1 0 4 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

*Primeiro*, como já constatamos, a norma continua válida mesmo quandoestá sendo violada. Por tal razão, as autoridades do Estado e os cidadãos devem cobrar seu respeito alegando sua validade, que persiste mesmo quando a norma contraria a realidade.

*Segundo*, a norma jurídica é contrafática porque exprime um dever ser queobjetiva mudar a realidade social, transformar o comportamento dos homens e as relações sociais. O direito contraria frequentemente os fatos sociais porque deseja que estes sejam alterados. Temos aqui a *função progressista* ou transfor­ madora do direito que se manifesta claramente em momentos de crise e ruptura, por exemplo, quando acontece uma revolução para instituir uma nova ordem social e jurídica. Mas, mesmo quando não ocorrem revoluções, encontramos inúmeras normas contrafáticas que objetivam mudar as mentalidades e os com­ portamentos sociais, impondo condutas que o legislador considera necessárias. Exemplo: a proclamação da igualdade dos sexos, a penalização da tortura e do racismo e a proibição do trabalho infantil na Constituição Federal.6 Em todos esses casos as normas constitucionais querem provocar mudanças sociais.

*Terceiro*, as normas jurídicas têm uma função contrafática indireta, mas nãomenos importante. Manifestam a vontade de manutenção da atual situação, ou seja, das instituições políticas, das relações sociais e das posições dos indivíduos. Por isso afirma-se que o direito assume um papel *conservador*. Seu objetivo é impedir mudanças sociais, reprimindo as tentativas de alteração da organização social. O elemento mais importante da função contrafática do direito é a ameaça de sanções contra tentativas de mudar a situação social. Exemplos: perseguição e punição de crimes de terrorismo e subversão que podem desestabilizar o po­ der político; proteção da propriedade privada no direito civil e penal.

*Quarto*, o direito é contrafático porque seus mandamentos valem mesmoquando contrariam a lógica e o senso comum. Isto ocorre com as *ficções jurí­* *dicas* que impõem considerar como verdadeiro algo que não é. A ficção jurídi­ca não admite prova em contrário, sendo uma “mentira técnica”.7 Exemplo: o Decreto 6.871 de 2009 determina que a cerveja com teor alcoólico menor que 0,5% é uma “cerveja sem álcool” e pode ser vendida sem indicar o teor alcoólico no rótulo. Aqui o direito transforma uma cerveja com pouco álcool em cerveja sem álcool...

Por todas essas razões podemos dizer que as normas jurídicas são contra­ fáticas porque possuem validade mesmo contrariando a realidade e suas ten­ dências. Isso ocorre quando o direito quer mudar a realidade social ou deseja impedir que a atuação de pessoas e grupos coloque em perigo a ordem social.

1. **Art. 5.°, *caput*, III e XLII; art. 7.°, XXXIII.**
2. **Coelho, 2004, p. 285. Sobre as ficções cf. Perelman e Foriers, 1974; Chiassoni, 2001 .**

|  |  |
| --- | --- |
| TEORIA DA N O RM A JURÍDICA | 1 0 5 |

Ressaltamos que, mesmo nos casos em que o direito não consegue impor sua vontade contrafática, as normas não perdem sua validade. Isso significa sim­ plesmente que devem ser intensificados os esforços para implementar o direito em vigor.

1. **Classificação das normas jurídicas**
   1. *O problema da classificação*

Após ter indicado as características gerais das normas jurídicas, podemos identificar as várias espécies de normas para melhor entender sua estrutura e suas funções. Para tanto é necessário falar sobre as classificações e sua utilidade no direito.

O estudo do direito fundamenta-se em *classificações.* Praticamente em to­ das as Lições deste livro apresentamos e comentamos várias classificações dos fenômenos jurídicos e dos posicionamentos dos autores sobre características do direito.

A classificação é uma operação lógica que consiste na distribuição de de­ terminados elementos em categorias. Exemplo: uma pessoa divide (classifica) suas meias em três categorias, distinguindo segundo a cor entre meias brancas, pretas e azuis e colocando as meias de cada cor em uma gaveta diferente.

A lógica ensina que uma classificação é satisfatória se corresponder a duas condições. Primeiro, deve ser possível inserir todos os elementos nas categorias existentes. Exemplo: as categorias criadas devem corresponder às cores de todas as meias dessa pessoa, não podendo sobrar uma meia, porque é verde e não foi prevista uma gaveta para essa cor.

Segundo, nenhum elemento pode fazer parte de duas ou mais categorias. Exemplo: se houver uma meia com quadradinhos brancos e pretos, a classifi­ cação não é pertinente porque impõe colocar a mesma meia em duas gavetas. Deve, nesse caso, ser criada a categoria das meias bicolores.

As classificações permitem alcançar uma compreensão mais completa e profunda do funcionamento do direito. Sabemos, por exemplo, que todas as normas jurídicas emitem um mandamento. Mas o nosso conhecimento toma--se mais concreto após constatar, nessa Lição, que há três formas de prescrição (proibição, permissão e obrigação), analisando as peculiaridades de cada uma.

Para realizar uma classificação estabelecemos, em primeiro lugar, o nos­ so *universo de referência*, isto é, identificamos os elementos que devem ser classificados. Em segundo lugar, elaboramos um *critério* de classificação. Em terceiro lugar, definimos as *categorias* (classes) que devem ser criadas com base no critério de classificação. Em quarto lugar, realizamos a *distribuição* dos ele-

**106** M ANUAL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

mentos do universo de referência entre as várias categorias. Finalmente, avalia­ mos se as categorias são *adequadas* ao nosso universo de referência, segundo a regra que cada elemento deve pertencer a uma única categoria.8

Grande parte do trabalho dos estudiosos do direito é dedicada à classifi­ cação dos fenômenos jurídicos e das opiniões da doutrina. Após a proposta de uma classificação, outros estudiosos avaliam sua utilidade e coerência e exami­ nam se os elementos do universo de referência foram inseridos nas várias cate­ gorias de forma correta. Assim sendo, muitas controvérsias entre os estudiosos do direito referem-se à pertinência das classificações propostas.

*3.2* *Espécies de normas jurídicas*

Utilizaremos aqui *nove* critérios de classificação. Trata-se dos critérios do destinatário, do modo de enunciação, da forma de prescrição, da forma de san­ ção, do âmbito de aplicação, das consequências, da densidade normativa, da função e do modo de aplicação de cada norma.

Uma classificação segundo esses critérios encontra-se no Quadro sinótico 6. Neste capítulo utilizamos vários símbolos para explicar a estrutura das nor­ mas. Para facilitar a leitura elaboramos o Quadro sinótico 7, indicando o signi­ ficado dos símbolos empregados.

1. *Des tinatários*

O destinatário geral da norma jurídica é o ser humano.9 A norma é um de­ ver ser que objetiva influenciar o nosso comportamento. A norma possui duas partes: a parte descritiva e a parte prescritiva.

1. **Sobre as classificações, cf. Mathieu-Izorche, 2001, p. 29 -76 . Exemplo: podemos clas­ sificar os eleitores brasileiros (universo de referência) segundo o critério de sua posi­ ção política. Para tanto, criaremos três categorias: eleitores de direita, de centro e de esquerda. Aqui devemos definir o conteúdo de cáda categoria, decidindo se a posição política dependerá do voto nas últimas eleições, da opinião do próprio eleitor expressa em questionário, da avaliação do pesquisador após entrevista etc. Em seguida, será efe­ tuada a inclusão de cada eleitor em uma das categorias escolhidas. Finalmente, exami­ naremos se as três categorias são adequadas ao nosso universo de referência, avaliando se não seria melhor aumentar ou diminuir o número de categorias ou modificar sua definição.**

**9. Normas que se referem a animais ou plantas têm, evidentemente, como destinatário seres humanos que devem se comportar de alguma forma em relação a essas plantas ou animais (deveres de cuidado, responsabilização por danos causados por animais). Por exemplo, a proibição de entrada de cães em uma praça pública tem como destinatário o dono dos animais que devem respeitar a proibição, podendo sofrer sanções. Uma norma jurídica que se endereçasse a espécies não humanas seria formalmente válida, mas não teria sentido em uma sociedade secularizada e racionalista como a nossa.**

|  |  |
| --- | --- |
| TEORIA DA N O RM A JURÍDICA | 1 0 7 |

Tomemos o exemplo do art. 1.303 do Código Civil: “Na zona rural, não será permitido levantar edificações a menos de três metros do terreno vizinho”. Inicialmente, a norma *descreve* determinada conduta humana, algo que pode ocorrer na realidade: “levantar edificações a menos de três metros do terreno vizinho na zona rural”.

Lendo atentamente esse artigo vemos que, além da descrição, o legislador emite uma ordem em relação à situação descrita na norma. Diz que “não será permitido”, ou seja, proíbe levantar edificações a menos de três metros do ter­ reno vizinho na zona rural. Essa é a prescrição emitida pelo legislador. Quem deve seguir essa prescrição? A norma em exame não define explicitamente seus destinatários. Entendemos, porém, que são destinatários da norma todos aque­ les que desejam construir em qualquer zona rural do país.

O número e as características dos destinatários dependem do tipo da nor­ ma. A norma pode dirigir-se a todos os seres humanos, aos nacionais, aos fun­ cionários públicos, aos aposentados, aos índios, aos presos, até a uma única pessoa. Podemos, assim, distinguir entre normas gerais e individuais.

As normas *gerais* abrangem grupos muito amplos, cujos integrantes não são conhecidos no momento da criação da norma. Exemplos: os seres humanos possuem o direito à vida; os funcionários públicos devem respeitar o princípio da probidade administrativa; quem furtar será castigado. Tais normas estabele­ cem como destinatários um número indeterminado de pessoas, aplicando-se a todos aqueles que pertencem ou pertencerão no futuro a certo grupo.

As normas *individuais* destinam-se a pessoas previamente conhecidas. De­ pendendo da norma, o destinatário pode ser um único indivíduo (exemplo: o Tribunal do Júri condena a ré Maria de Oliveira a dez anos de prisão por ho­ micídio) ou um grupo, cujos membros são conhecidos (exemplo: decreto de desapropriação que atinge vários proprietários de terrenos).

A grande maioria das normas criadas pelo legislador é de natureza geral. A maioria das normas criadas pelo Poder Executivo é de cunho individual. São os denominados “atos administrativos de efeito concreto”. Mas temos também atos executivos de caráter geral (decretos, portarias etc.). Finalmente, as normas editadas pelo Poder Judiciário são quase sempre de caráter individual.

O leitor pode estranhar a afirmação de que a condenação de uma pessoa por tribunal constitui *criação* de norma jurídica. Não seria uma simples *apli­* *cação* da norma que pune o homicídio? Na verdade, nunca temos uma simplesaplicação de normas. Para aplicar as normas em vigor, a autoridade competente cria uma *nova* norma. A sentença do tribunal, primeiro, decreta que alguém ma­ tou e, segundo, determina uma pena para isso. Nem a constatação de que Maria

1 0 8 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

de Oliveira matou, nem a sua punição com dez anos de prisão estão na lei penal. Ambas foram estabelecidas pela sentença do tribunal.

A diferença entre a norma geral do legislador e a norma individual do apli-cador está no alcance de cada uma. O legislador possui ampla liberdade para configurar, por exemplo, a norma que proíbe e pune o homicídio. O juiz, ao con­ trário, deve mover-se dentro das previsões legais para criar a norma concreta que punirá uma pessoa por homicídio. O mesmo vale para os órgãos do Poder Exe­ cutivo, que devem respeitar as leis quando criam normas sobre casos concretos.

**3.2.2** *Modo de enunciação*

Sendo proposições de linguagem, as normas jurídicas podem ser escritas ou orais. No direito moderno, a esmagadora maioria das normas está contida em textos oficiais. Isto corresponde a uma importante característica cultural de nosso tempo, em que a escrita é considerada muito mais importante do que a palavra falada.

Do ponto de vista jurídico, a preferência pelo direito escrito corresponde a duas exigências: por um lado, atende o requisito da segurança jurídica (Lição 5, 2.1), já que a palavra escrita permite a comprovação da existência da norma e sua interpretação de forma muito mais objetiva do que a comunicação oral. Por outro lado, a forma escrita satisfaz a exigência da publicidade, podendo o escrito alcançar a todos os interessados, sendo divulgado de forma rápida, eficaz e segura.

As normas orais são raras e pertencem sempre aos escalões inferiores da hierarquia de normas. Isso significa que se referem à execução de normas escri­ tas em casos individuais. Exemplo: a ordem emitida por um policial em caso de “voz de prisão” (“pare”, “você está preso”) executa as normas superiores que conferem ao policial tal competência.

Algumas normas jurídicas são expressas de modo não verbal. Isso ocorre com a utilização de imagens (sinalização nas ruas), de gestos (fiscal do trânsi­ to) ou de aparelhos (semáforo). Todas essas normas “mudas” podem, porém, ser manifestadas com palavras. Quando o semáforo está vermelho, o motorista entende a mudança da cor como uma ordem juridicamente relevante: “Pára, senão cometerás infração grave”. Além disso, as normas não verbais são funda­ mentadas em normas escritas, que estabelecem a competência para criar as não verbais, indicam seu significado legal e as sanções em caso de descumprimento.

**3.2.3** *Forma de prescrição*

A norma jurídica prescreve algo aos seus destinatários, ou seja, emite um *mandamento*. Para tanto utiliza um verbo que indica um dever ser (verbo deôn-

|  |  |
| --- | --- |
| TEORIA DA N O R M A JURÍDICA | 1 0 9 |

tico). Temos três tipos de prescrição que recorrem a verbos deônticos (proibir, permitir, obrigar):10

* Proibir: “não pode entrar na zona militar” (norma proibitiva). •Permitir: “pode entrar na zona militar” (norma permissiva).
* Obrigar: “deve entrar na zona militar” (norma preceptiva).

Antes de formular a prescrição, a norma jurídica realiza, como dissemos, a descrição de uma *conduta.* É importante saber que o termo “conduta” indica duas modalidades de comportamento: a *ação* e a *omissão.* Ambas podem possuir significado jurídico. Exemplo: é proibida a ação de matar (homicídio); é tam­ bém proibida a omissão de pagar impostos (sonegação fiscal). Simbolizaremos as condutas descritas nas normas com a letra C. Em nosso exemplo, é descrita a conduta de adentrar em um espaço sob administração militar.

A norma relaciona a conduta descrita com certa prescrição, dizendo ao destinatário aquilo que deve fazer em relação à conduta descrita. Assim sendo, a norma relaciona uma situação real (“entrar na zona militar”) com o dever ser de certas prescrições. As normas que indicamos relacionam a conduta C com uma Proibição (Pr), uma Permissão (Pe) ou uma Obrigação (Ob). Resulta, assim, o seguinte esquema lógico que exprime a estrutura básica de *todas* as normas jurídicas:

* C é Pr (exemplo: caluniar é proibido).
* C é Pe (exemplo: manifestar seu pensamento é permitido).
* C é Ob (exemplo: pagar impostos é obrigatório).

À primeira vista, poderíamos pensar que as normas jurídicas interessam-se somente por proibir ou obrigar. Não teria sentido uma norma que autorizasse as pessoas a dormirem, a comerem ou a se divertirem, e muito menos seriam úteis normas que permitissem pagar impostos ou ajudar os necessitados!

Nos ordenamentos jurídicos encontramos, contudo, muitas normas per­ missivas. Isso ocorre em duas situações:

* 1. A norma *permite* um comportamento, porque *proíbe* outros parecidos.

1. **O termo *prescrição* possui dois significados no vocabulário jurídico. Na teoria das nor­ mas, prescrição significa imposição ou recomendação, tal como dizemos que o médico prescreve um medicamento. No direito positivo, o termo prescrição indica a extinção de um direito ou de uma pretensão após o decurso de determinado prazo. Exemplos: a pretensão de receber aluguel prescreve em três anos, não podendo ser exigido o paga­ mento após esse prazo (art. 206, § 3.°, do Código Civil); se o autor de um delito não for punido em determinado prazo, o Estado não pode mais exercer sua pretensão punitiva, ocorrendo extinção da punibilidade (arts. 107, IV e 109 do Código Penal).**

110 M ANUAL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Exemplo: o art. 36 da Lei 9.504 de 30.09.1997 estabelece: “A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição”. Essa disposição estabelece uma permissão e, ao mesmo tempo, uma proibição. A disposição estabelece os limites de exercício de um direito e pode ser dividida em duas normas:

• A propaganda eleitoral após o dia 5 de julho do ano da eleição é Pe.

•A propaganda eleitoral até o dia 5 de julho do ano da eleição é Pr.

2. A norma permissiva autoriza determinada conduta de seu destinatár impondo a todos os demais que a respeitem.

Exemplo: a norma que prevê “é permitido criar associações”, reconhece um direito e, ao mesmo tempo, impõe a todos a proibição de interferir no fun­ cionamento das associações, preservando o espaço de liberdade do titular do direito de criar associações.

De forma semelhante, o art. 84, XII, da Constituição Federal (“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) XII - conceder in­ dulto...”), significa, por um lado, que “é permitido ao Presidente da República conceder indulto”, e, por outro lado, que nenhuma outra autoridade estatal pode conceder indulto e o legislador não pode proibir ao Presidente conceder indulto.

A maioria das normas permissivas (C é Pe) encontra-se na Constituição e nas leis que reconhecem direitos ou distribuem competências. Como dissemos, as normas permissivas possuem também um lado negativo: *estabelecem uma* *proibição.*

Tendo esclarecido a natureza das normas permissivas, podemos utilizar um exemplo mais complexo, analisando a seguinte disposição: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5.°, II, da Constituição Federal).

Essa disposição contém *quatro* normas:

* Fazer aquilo que a lei não proíbe e deixar de fazer aquilo que a lei não impõe é Pe (C é Pe). Destinatários: todos.
* Fazer aquilo que a lei proíbe e deixar de fazer aquilo que a lei impõe é Pr (C é Pr). Destinatários: todos.
* Obrigar alguém a fazer aquilo que a lei não proíbe ou a deixar de fazer aquilo que a lei não impõe é Pr (C é Pr). Destinatários: todos.
* Proibir que alguém faça algo ou obrigar alguém a deixar de fazer algo é Pe (C é Pe). Destinatário: o legislador.

Constatamos aqui que a mesma norma pode cumular previsões negativas e positivas, ou seja, combinar a proibição com a permissão.

|  |  |
| --- | --- |
| TEORIA DA N O R M A JURÍDICA | **111** |

Para estabelecer o significado exato de uma norma, devemos fazer uma com­ pleta interpretação jurídica (Lição 8). Em nosso exemplo, a interpretação indicará o que significa exatamente “lei” (norma emitida pelo Congresso Nacional e san­ cionada pelo Presidente da República ou qualquer norma criada por autoridades estatais?). Por meio da interpretação saberemos até onde a lei pode proibir algo (problema da inconstitucionalidade) e qual o significado jurídico das palavras utilizadas na norma (por exemplo, o que significa juridicamente a palavra “nin­ guém”, cujo significado jurídico no art. 5.° da Constituição Federal não coincide com o seu significado no idioma comum - Dimoulis, 2001, p. 17-20).

*3.2.4* *Forma de sanção*

A sanção é a consequência jurídica de certa conduta. Muitas normas esta­ belecem penalidades em caso de transgressão do mandamento. Isso vale para as normas de proibição e de obrigação. A penalidade é denominada, no vocabu­ lário jurídico, *sanção negativa* (ou repressiva ou punitiva). Definimos a sanção negativa como *consequência jurídica gravosa* que deve ser aplicada quando se verifica a violação da norma, ou seja, conduta contrária àquela imposta pela norma. A sanção negativa pode consistir na privação da liberdade (prisão), pode afetar o patrimônio (multa, indenização) ou suspender outros direitos do inte­ ressado (perda dos direitos políticos, proibição de exercício de uma profissão etc.).11 Para indicar que a sanção negativa consiste na imposição de consequên­ cias jurídicas gravosas a simbolizamos com S-.

Utilizando o símbolo para indicar a consequência jurídica do descumpri-mento da norma, resulta o seguinte esquema lógico:

• C é Pr. Se ocorrer C -» S-.

• C é Ob. Se não ocorrer C S-.

Essa é a estrutura *hipotética* da norma jurídica.12 Efetivamente, após a des­ crição e a prescrição de uma conduta, muitas normas utilizam uma suposição. Se o destinatário não se conformar com a proibição ou a obrigação de conduta, deverá ser aplicada a sanção negativa.

A previsão de sanções negativas objetiva aumentar as chances de eficácia da norma. A experiência ensina que a maioria das pessoas será mais inclinada a respeitar a norma que ameaça o infrator com multa de alto valor do que a norma que simplesmente recomenda adotar um comportamento. Um cartaz que gentil­ mente pede “mantenha a cidade limpa” ou adverte “quem ama a vida usa cinto

1. **Sobre as espécies de sanção cf. Chorão, 2000, p. 131 -136; Ascensão, 2001, p. 58 -74.**
2. ***Hypóthesis* significa em grego *suposição.* Sobre a estrutura hipotética das normas cf.Kelsen, 1986, p. 25 -28 .**

**112** M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

de segurança” tem muito menos chances de influenciar o comportamento hu­ mano do que um cartaz que diz “abandonar detritos em lugares não apropriados, multa de R$ 200,00” e “dirigir sem cinto de segurança, multa de R$ 300,00”.

Exemplos de normas de sanção negativa: pena privativa de liberdade, mul­ ta, suspensão dos direitos políticos, demissão com justa causa.

As normas permissivas (C é Pe) não preveem sanções negativas. Seria ab­ surdo punir quem exerce seu direito ou mesmo quem não deseja exercê-lo. Há, porém, uma categoria especial de normas de permissão cujo cumprimento se associa a consequências jurídicas. Trata-se das *normas promocionais (de recomen­* *dação*), que não se limitam a autorizar uma conduta, mas também encorajam odestinatário a adotá-la. Nesse caso a conduta não é só permitida, mas também recomendada (Re). Para tanto, as normas promocionais oferecem incentivos e recompensas, que constituem uma *sanção positiva* (premiai, recompensatória). Definimos a sanção positiva como *consequência jurídica favorável* para quem adota a conduta descrita na norma permissiva promocional.13 Podemos simbo-lizá-la com S+.

Assim sendo, temos a seguinte estrutura da norma promocional e de sua sanção: C é Pe e Re. Se C S+.

Exemplos de normas sanção positiva: quem presta relevantes serviços à co­ letividade recebe uma condecoração (recompensa moral); o primeiro aluno da classe ganha uma viagem ao exterior (recompensa de valor pecuniário); quem emprega pessoas com enfermidades físicas paga menos impostos (isenção par­ cial da obrigação tributária).

Entre a sanção positiva e a sanção negativa há evidentes diferenças. A san­ ção negativa estabelece uma consequência gravosa para o indivíduo e aplica-se quando o comportamento está em desacordo com a norma. Inversamente, a sanção positiva estabelece uma consequência favorável a ser aplicada em caso de comportamento de acordo com a norma.

Mas é importante saber que entre a sanção positiva e a sanção negativa existe um ponto em comum. Em ambos os casos, quem segue o mandamento da norma de conduta está em posição favorável em relação a quem desobede­ ce, porque receberá uma recompensa (sanção positiva) ou evitará uma punição (sanção positiva) (Viola e Zaccaria, 2003, p. 23).

A crise da energia elétrica em 2001 (“risco de apagão”) ofereceu um exem­ plo de combinação de sanções positivas e negativas. O governo federal esta­

1. **A maioria dos doutrinadores modernos reconhece o fenômeno da sanção positiva, mas há ainda quem considere equivocado denominar de “sanção” os prêmios e as recom ­ pensas (Machado, 2004, p. 106 -107).**

|  |  |
| --- | --- |
| TEORIA DA N O R M A JURÍDICA | 1 1 3 |

beleceu um sistema de racionamento, principalmente com a Resolução 4, de 22.05.2001, da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica. Para a maio­ ria dos consumidores ficou estabelecida uma meta de consumo sensivelmente menor do que o consumo habitual. Quem consumisse acima da meta estaria sujeito a penalidades (pagamento de tarifas muito altas, advertência, suspensão temporária do fornecimento de energia). Quem, ao contrário, tivesse um con­ sumo abaixo da meta ganharia “bônus”, podendo até ser isento do pagamento da conta.

Nesse caso temos as seguintes fórmulas:

• Consumir energia elétrica até a meta de consumo é Pe. Não há sanção.

• Consumir acima da meta de consumo é Pr. Se C S- (aumento das tari­

fas, advertência, corte de eletricidade).

• Consumir abaixo da meta de consumo é Re. Se C S+ (descontos, isen­

ção).

**Quadro sinótico 5:**

**Formas de prescrição e tipos de sanções**

**Forma de prescrição** **Tipo de sanção**

Permissão (Pe) Não há

Obrigação (Ob) Negativa (S-)

Proibição (Pr) Negativa (S-)

Recomendação (Re) Positiva (S+)

Podemos hierarquizar a intensidade dos deveres que impõem aos seus des­ tinatários uma norma jurídica da seguinte maneira:

* A norma permissiva (Pe) é a menos intensa, já que não impõe nenhum dever ao titular. O ordenamento jurídico simplesmente oferece uma oportuni­ dade de atuar.
* A norma de recomendação (Re) é mais intensa, uma vez que o ordena­ mento jurídico prevê recompensas para determinado comportamento. Aqui o destinatário é incentivado a comportar-se de certa forma, ficando, porém, a seu critério seguir ou não a recomendação.
  + A norma de proibição (Pr) é muito mais exigente, porque indica aquilo que o destinatário não deve fazer e ameaça com sanções negativas em caso de descumprimento.
  + A norma preceptiva (Ob) impõe as maiores exigências, já que obriga a ter determinada conduta, ameaçando com penalidades se o destinatário não atuar da forma prescrita.

1 1 4 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Assim sendo, constata-se uma obrigatoriedade crescente dos quatro tipos de normas que regulamentam a conduta dos destinatários: Pe < Re < Pr < Ob.

**3.2.5** *Âmbito de aplicação*

Do ponto de vista lógico, as normas de dever ser dividem-se em incondi­ cionais e condicionais. As incondicionais são aplicáveis sem nenhuma restrição ou limitação. Talvez alguns dos mandamentos da Bíblia (“não matarás”; “não roubarás” - Êxodo, XX, 13 e 15) sejam incondicionais, já que todos, em todo lugar, em qualquer condição e para sempre ficam proibidos de matar e roubar. A fórmula “C é Pr” corresponde à norma incondicional.

As normas condicionais estabelecem condições, sob as quais (e *somente* sob as quais) a norma é aplicada:

• Se X *->* C é Pr.

Exemplo: é proibido o uso de telefone celular por quem dirige automóvel. A estrutura lógica da norma é:

•Se X (= o destinatário da norma dirige automóvel) C (= usar o telefone celular) é Pr.

Agora podemos entender melhor a bipartição da norma em parte descriti­ va e prescritiva. A parte descritiva indica as condições de aplicação da norma, podendo especificar, além do destinatário, o lugar, a situação, o horário, o terri­ tório etc. A parte prescritiva estabelece a proibição, permissão ou obrigação de determinada conduta, só quando se reunirem as condições indicadas na parte descritiva da norma.

Combinando as explicações anteriores, podemos completar a estrutura ló­ gica da norma jurídica:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| • Se | X | C é Pr. Se C S-. |  |
| • Se | X | C é Ob. Se não C | S-. |
| • Se | X ^ | Cé Pe. |  |
| • Se | X | C é Pe e Re. Se C | S+. |

Nos ordenamentos jurídicos não encontramos normas gerais de caráter incondicional. Mesmo quando o direito proíbe uma conduta, por exemplo, a venda de certas drogas, são previstas exceções. Por exemplo, a legislação bra­ sileira autoriza a venda de tais substâncias se houver autorização legal.14 Assim sendo, as normas gerais são sempre condicionais. Ao contrário, costumam ser incondicionais as normas individuais, principalmente, as decisões dos tribunais

**14. Arts. 31 e 33 da Lei 11 .343, de 23 .08 .2006 .**

|  |  |
| --- | --- |
| TEORIA DA N O R M A JURÍDICA | 1 1 5 |

que estabelecem normas concretas e específicas (João é condenado a pagar in­ denização de R$ 1.000,00).

*3.2.6* *Consequências*

As normas jurídicas podem ser divididas em normas de conduta e normas de sanção. Enquanto as normas de conduta estabelecem explicitamente uma proibição, obrigação, permissão ou recomendação, as normas de sanção indi­ cam as consequências do descumprimento da norma de conduta.

Para ser completo, o texto da norma jurídica deve, primeiro, descrever a conduta; segundo, vinculá-la a uma das três formas de prescrição; terceiro, indi­ car a sanção cabível. Mas isso não ocorre sempre. Podemos encontrar normas de conduta sem normas de sanção (a), assim como normas de sanção sem normas de conduta (b):

a. A estipulação de sanção não faz necessariamente parte da norma jurídi­ ca. Isso *se verifica sempre nas normas de permissão*, *que*, *como dissemos*, *não podem* *ser associadas a sanções (salvo no caso de normas de recomendação).* Encontra­mos, também, normas que, apesar de estabelecerem obrigações, proibições ou recomendações, não preveem uma sanção. São as *normas imperfeitas* que care­ cem de um elemento decisivo da norma jurídica (Bechillon, 1997, p. 59-72). A consequência da falta de sanção é a diminuição das chances de eficácia social. Tais normas são frequentes no direito internacional público e no direito consti­ tucional (Sabadell, 2010, p. 171). A maioria das normas imperfeitas (descrição da conduta sem sanção) faz parte da categoria das normas programáticas (Lição 6, 3.2.7).

Ora, analisando melhor as normas imperfeitas veremos que, muitas vezes, estão indiretamente associadas a sanções. Exemplo: a Constituição Federal não prevê sanção para quem violar o sigilo da correspondência (art. 5.°, XII). Mas o Código Penal (art. 151) estabelece sanções para quem violar a correspondência alheia, concretizando a norma constitucional.

b. Muitos textos normativos não formulam explicitamente a norma de con­ duta, limitando-se a indicar a sanção, caso se verifique determinada conduta:

* Se C S-. Exemplo: quem furtar estará sujeito à pena de reclusão.
* Se não C S-. Exemplo: quem não pagar os devidos impostos estará sujeito à pena de multa.
* Se C S+. Exemplo: os cinco melhores alunos da classe terão desconto na mensalidade.

Mas todas essas normas de sanção pressupõem, logicamente, a existência de uma norma que associe a conduta a uma proibição, obrigação ou recomendação:

• C é Pr (furtar é Pr).

1 1 6 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

* C é Ob (pagar impostos é Ob).
* C é Pe e Re (ter um excelente desempenho escolar é Pe e Re).

Assim sendo, quando o legislador só formula a norma de sanção, devemos entender que a norma de conduta está implicitamente contida no ordenamento jurídico. Lendo a disposição “matar, 6 a 20 anos de prisão” entendemos que “matar é proibido”. As normas de conduta implicitamente contidas no ordena­ mento jurídico denominam-se *normas secundárias.* São normas subentendidas que explicam por que, caso se verifique determinado comportamento, o desti­ natário incorrerá em sanção negativa ou será beneficiado por sanção positiva. As normas de sanção são denominadas *normas primárias*, dada a sua importância e o fato de se encontrarem explicitamente formuladas nas normas vigentes.15

*3.2.7* *Densidade*

Muitas normas são abstratas porque não descrevem determinada conduta nem estabelecem uma obrigação ou proibição concreta. Se limitam a indicar a meta que os destinatários devem perseguir, mas não a definem concretamente; não descrevem os *meios* a serem empregados nem a *intensidade* dos esforços que deve fazer o destinatário para alcançar a meta; muitas vezes, falta também a pre­ visão de sanções em caso de descumprimento. Essas são as *normas programáticas* (Ferrari, 2001, p. 153-240). Simbolizando o destinatário da norma com a letra D e a finalidade descrita na norma com a letra F, temos a seguinte estrutura lógica:

• D é Ob a utilizar os meios adequados para alcançar F.

Exemplo: o art. 3.° da Constituição Federal fixa os objetivos fundamentais do Estado, incluindo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza e da marginalização. Constatamos, porém, o caráter abs­ trato das metas, a ausência de descrição dos meios (principalmente dos recursos econômicos que devem ser disponibilizados) e também a falta de sanções se as metas não forem alcançadas.

As normas que tutelam os direitos sociais são, quase sempre, do tipo pro­ gramático porque faltam sanções e os governantes têm liberdade para fixar o nível de proteção social.

Exemplo: segundo o art. 7.°, XII, da Constituição Federal os trabalhado­ res de baixa renda devem receber “salário-família” em razão do número de de­

1. **Essa terminologia é usada por Kelsen (1986, p. 68, 181 -183). O mesmo autor chama também as normas de sanção de autônomas e as normas de proibição de não autôno­ mas (Kelsen, 2000, p. 61). Outros autores chamam primárias as normas de proibição, porque são logicamente anteriores às normas de sanção, e secundárias as normas de sanção, porque indicam as consequências de uma conduta (Bobbio, 1971; Carvalho, 2002, p. 44 -45).**

|  |  |
| --- | --- |
| TEORIA DA N O R M A JURÍDICA | 1 1 7 |

pendentes. A norma não indica os critérios para definir a baixa renda, nem o montante do salário-família ou pelo menos os parâmetros econômicos para sua fixação. Dessa forma, as autoridades estatais podem decidir com grande liberda­ de sobre o valor e os beneficiários do salário-família. Em novembro de 2010, era considerado como de baixa renda o trabalhador que ganhava até R$ 810,18 e o salário-família era de, no máximo, R$ 27,64 por filho de até 14 anos ou inváli­ do.16 Esse valor não cobre nem o mínimo das necessidades de uma pessoa. Mas dificilmente pode ser considerado inconstitucional, dado o caráter totalmente abstrato do termo “salário-família” empregado na Constituição.

O caráter abstrato e a falta de sanções permitem concluir que a maioria das normas referentes aos direitos sociais e às demais normas programáticas é juridicamente *fra ca .* O contrário ocorre com os direitos políticos e individuais, caso em qúe o Estado assume obrigações concretas e o indivíduo pode exigir judicialmente seu cumprimento, configurando-se tais normas como juridica­ mente *fortes.* Exemplo: ocorrendo uma prisão arbitrária qualquer pessoa pode conseguir por meio da garantia do *habeas corpus* sua imediata soltura.17

Dito de outra forma, as normas programáticas oferecem ao destinatário um amplo espaço de *discricionariedade.* Este termo indica a possibilidade de uma autoridade do Estado decidir conforme seu juízo de valor sobre a conveniência e o conteúdo da decisão entre várias alternativas (Mello, 2000). A norma pro­ gramática permite ao destinatário escolher os meios que lhe parecem adequados para atingir o fim juridicamente estabelecido. Por essa razão, a norma progra­ mática possui também a estrutura:

• Ao D é Pe utilizar os meios adequados para alcançar E

No caso das normas programáticas, a discricionariedade do aplicador do direito se manifesta em dois níveis: na concretização da finalidade e na concre­ tização dos meios para alcançá-la.

Em primeiro lugar, o destinatário da norma programática deve *concretizar* *a finalidade.* Exemplo: criar uma sociedade livre, justa e solidária é uma metaextremamente abstrata, que pode ser entendida de várias maneiras, inclusive contraditórias, como indica o fato de os governantes que se sucederam desde a entrada em vigor da Constituição aplicarem diferentes políticas econômicas e sociais.

Em segundo lugar, a discricionariedade da autoridade estatal é ainda maior no que tange à *concretização dos meios* que permitirão atingir a finalidade.

1. **Ver:** [**<http://www.previdenciasocial.gov.br/conteudoDinamico.php?id=25>.**](http://www.previdenciasocial.gov.br/conteudoDinamico.php?id=25)
2. **“Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de so­ frer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5.°, LXVIII, da Constituição Federal).**

1 1 8 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Exemplo: o art. 170, VIII, da Constituição Federal indica entre as finalidades da política econômica a “busca do pleno emprego”. Para concretizar essa dis­ posição, o governo pode adotar muitas estratégias: aumentar o número de fun­ cionários públicos, absorvendo todos os desempregados (como acontecia nos países socialistas); diminuir a duração do trabalho semanal sem perda salarial, possibilitando novas admissões; estabelecer a aposentadoria precoce com valor pleno para certas categorias de trabalhadores; prever isenções fiscais para quem aumentar o número de empregados; assumir o pagamento de parte do salário de trabalhadores “excedentes” para evitar demissões; oferecer cursos de qualifica­ ção remunerados para desempregados etc.

Para melhor entender a estrutura das normas programáticas, devemos in­ troduzir o conceito da *densidade normativa.18* “É a medida na qual os conceitos gerais e abstratos que compõem a norma possuem a capacidade de conformar a dimensão concreta e individual do caso específico que regulamentam”.19

Podemos pensar as normas jurídicas como se fossem filtros de porosidade diferente, que deixam passar um maior ou menor número de interpretações. Há normas muito concretas, taxativas e “densas” que não deixam lugar a incertezas nem conferem um poder discricionário ao aplicador. Exemplo: os arts. 77 e 82 da Constituição Federal estabelecem que a eleição do Presidente da República será realizada a cada quatro anos no primeiro domingo de outubro. Pelo seu “filtro” passa uma única interpretação: domingo é domingo, outubro é outubro e quatro anos são quatro anos! Por isso são de alta densidade normativa.

Outras normas são menos densas, permitindo interpretações divergentes e deixando um espaço discricionário ao aplicador que deve concretizar a norma. Tais normas são mais porosas e de menor espessura, permitindo que passem pelo seu filtro várias interpretações. Nesse caso, diremos que a norma possui menor grau de densidade normativa, gerando dúvidas quanto ao modo de cum­ primento de seus mandamentos. Exemplo: a norma “a casa é asilo inviolável” (art. 5.°, XI, da Constituição Federal) permite dúvidas quanto à extensão da proteção: entende-se como casa também o barraco, o escritório, o automóvel, o barco de passeio particular?

As normas programáticas apresentam o maior grau de generalidade e o menor grau de densidade normativa (baixa densidade normativa). Isso significa

* 1. **O termo densidade normativa é utilizado na Suíça (Moor, 2005, p. 39, 63 -65) e no Brasil (por exemplo, Barcellos, 2002, p. 90 -91). Um doutrinador português diferencia entre “normas abertas” e “normas densas” (Canotilho, 2002, p. 1167). Finalmente, a doutrina alemã usa o termo “conteúdo normativo” *(normativer Gehalt)* (Koch, 1977, p. 23 -27) ou “densidade regulamentar” *(Regelungsdichte -* Moor, 2005, p. 63).**

1. **Moor, 2005, p. 39.**

|  |  |
| --- | --- |
| TEORIA DA N O RM A JURÍDICA | 1 1 9 |

que seu conteúdo concreto é muito reduzido, necessitando que normas inferio­ res concretizem seu sentido e modo de cumprimento.

Resumindo: quanto menor for a densidade normativa, mais claro fica o caráter programático da norma e aumenta o espaço de liberdade das autoridades incumbidas de sua concretização e aplicação. Não devemos, porém, confundir o discricionário com o arbitrário. As normas programáticas são juridicamen­ te obrigatórias e vinculantes, tal como todas as demais. As autoridades devem implementá-las da forma mais eficiente possível e não aproveitar de seu poder discricionário para desrespeitar o direito em vigor.20

*3.2.8* *Função*

O conteúdo das Constituições pode ser dividido em duas partes principais: há normas que conferem *direitos* aos indivíduos e outras que fixam as *competên­* *cias* das autoridades estatais.

Exemplo de norma que confere direitos: “É livre a manifestação do pensa­ mento” (art. 5.°, ly da Constituição Federal).

Exemplo de norma que confere competências: “À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei” (art. 124, *caput*, da Cons­ tituição Federal).

Nos dois casos temos normas permissivas, que autorizam o exercício de determinada atividade.21 Mas, enquanto o exercício do direito só depende da

**20. Estudando o direito constitucional, muitos alunos ficam decepcionados quando apren­ dem que a Constituição configura os direitos sociais como direitos fracos, dependen­ do sua efetivação da vontade dos governantes. Isso acontece porque os constituintes não tiveram a *vontade política* de configurar os direitos sociais como direitos fortes. Exemplo: em vez de redigir uma norma abstrata sobre o salário-mínimo (art. 7.°, IV, da Constituição Federal), os constituintes poderiam prever que o salário mínimo não seria inferior a um décimo do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (que recebem a maior remuneração do setor público, segundo o art. 37, XI, da Constituição Federal) e conceder aos tribunais a competência de ajustar automatica­ mente o salário mínimo, cada vez que aumenta o salário dos Ministros. Providências semelhantes poderiam ser tomadas para todos os demais direitos sociais. Mas apesar desses problemas, o direito moderno possui instrumentos para combater as omissões legislativas e tentar resolver problemas de efetivação dos direitos sociais (Rothenburg, 2005). Isso significa que os alunos preocupados com as injustiças sociais não devem se decepcionar, pensando que o direito “não serve para nada”. Certo é que o direito pode “servir para tudo”. Quem não concorda com seus conteúdos atuais deve lutar para que o direito mude.**

**21. A doutrina utiliza muitas vezes os termos *instituto* e *instituição* para designar um con­ junto de competências estatais ou de direitos dos particulares. Exemplos: o “instituto**

120 M AN U AL DE INTRODUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

vontade de seu titular,22 as normas que indicam as competências das autorida­ des estatais são, ao mesmo tempo, normas permissivas e preceptivas. Por exem­ plo, o juiz pode e deve julgar determinados delitos, tendo a obrigação de seguir as normas jurídicas pertinentes ao caso e devendo sempre tomar uma decisão.23

Em resumo, as normas que conferem direitos são do tipo C é Pe; as normas de competência combinam a permissão e a obrigação: C é Pe e Ob.

As normas que estabelecem direitos e competências são, segundo Kelsen (Lição 1, 2.15), normas estáticas: indicam aquilo que o ordenamento jurídico permite ou proíbe em determinado momento de sua existência.

Podemos, porém, nos perguntar como ocorre a evolução do ordenamento jurídico, ou seja, quais são os mecanismos de criação de normas para regula­ mentar novos assuntos, para transformar ou abolir regulamentos anteriores e também para aplicar as normas gerais em casos concretos.

A resposta é dada pelo estudo das normas de natureza dinâmica. Estas reconhecem competências estatais para a criação de novas normas. Trata-se das normas de *competência normativa*. Simbolizando a norma jurídica com N temos a seguinte estrutura lógica:

• Se D criar N *->* N vale como norma jurídica.

Nos Estados democráticos, a competência para a criação de normas ge­ rais incumbe principalmente ao Poder Legislativo. Em outras palavras, o Poder Legislativo exerce as mais importantes competências normativas. Mas, como constatamos (Lição 6, 3.2.1), o Executivo e o Judiciário também criam novas normas, mediante a aplicação das leis em casos específicos.

Exemplo: o legislador é competente para criar normas que estabeleçam obrigações tributárias. Pode, assim, prever que a pessoa física com renda anual até R$ 30.000,00 deve pagar imposto de 10%. A Receita Federal aplica essa nor­ ma em casos concretos, decidindo, por exemplo, que o funcionário João, cuja renda anual foi de R$ 25.000,00 deverá pagar R$ 2.500,00.

As normas que estabelecem a competência para criar novas normas são de importância crucial para o direito. Tal como os seres vivos possuem um apare-

**da anistia”; a “instituição do casamento”. É uma opção terminológica sem importância teórica.**

**22. São raros os casos em que o direito constitui também um dever do titular, funcionando como norma permissiva e preceptiva (C é Pe e Ob)). Isso ocorre com o direito de voto, cujo exercício é obrigatório entre os 18 e os 70 anos (art. 14, § 1.°, I, da Constituição Federal).**

1. **Indicamos aqui a nossa opinião sobre as normas de competência. Na teoria do direito há grandes controvérsias sobre a questão (detalhadamente: Sgarbi, 2007, p. 168 -172).**

|  |  |
| --- | --- |
| TEORIA DA N O R M A JURÍDICA | 121 |

lho reprodutivo, que lhes permite perpetuar a espécie, o direito positivo possui seu sistema reprodutivo, que consiste nas normas que permitem a criação de novas normas. Assim, o direito não contém somente normas que regulam o comportamento humano, mas também normas que indicam como serão criadas novas normas.

*3.2.9* *Modo de aplicação*

Muitas normas estabelecem a conduta e/ou a sanção de forma clara e con­ creta, permitindo, assim, decidir com relativa segurança sobre sua aplicação em casos reais.

Exemplo: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos” (art. 3.° do Código Civil). A nor­ ma indica com toda a clareza desejável que certa categoria de pessoas não pode exercer pessoalmente certos atos. A referida norma é de caráter *absoluto*, já que permite responder com “sim” ou “não” à pergunta a respeito de sua capacidade. Isso ocorre porque a norma emprega um critério *qualitativo.* Alguém é ou não é maior de 16 anos!

Uma outra categoria de normas não permite decidir de forma absoluta so­ bre o modo de sua incidência em casos concretos. Trata-se de normas que fazem depender sua aplicação de critérios *quantitativos.*

Exemplo: “A indenização mede-se pela extensão do dano” (art. 944, *caput*, do Código Civil). Suponhamos que alguém causou um dano patrimonial A aplicação do referido artigo não pode ser automática. Não é possível que o juiz simplesmente determine que o autor deve indenizar a vítima. A norma deve ser aplicada de forma *comparativa*, fixando-se o montante da indenização em função da extensão do dano.Quanto maior for o dano, ou seja, quanto mais intensa for a ocorrência do critério previsto na norma (“extensão”), mais alta deverá ser a indenização.

Disso resulta que as normas de comparação concedem um espaço de dis-cricionariedade à autoridade competente, por meio da previsão de um critério quantitativo, em nosso exemplo o critério da extensão do dano. Termos como “gravidade”, “proporcionalidade”, “duração”, “valor”, “complexidade”, “magni­ tude”, “situação econômica”, “anos de serviço” etc. são indicativos de normas de comparação. Em outras palavras, as normas de comparação conferem uma competência ou direito, fazendo depender seu exercício da intensidade com que se verifica determinada circunstância.

A estrutura lógica das normas de comparação é:

• C é Pe e Ob, sendo que C depende da intensidade de X (quanto maior for o grau de cumprimento da condição X, mais intensa será a C).

122 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

c*n*

**u**

is

*p in*

**O c**

**0>**

aj o

\*T3 i(0

OPS \*13 U

re

o \*« U" c

3

LU

**m**

**\*13**

**«**

**rs**

**U)**

**C**

**V**

G

V)**ra**

**u c «V**

3

***U"***

**a>**

**c o u**

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | **o** | **5** |  |  |  |
|  | **iro** |  | **'8-** *Q* | |  |
|  | **c** | **e** |  | |  |
|  | **D** | **ro** |  |  |  |
|  | **O** | **Q. T3 'TO** | | |  |
| **\_Q** | **E** | **E** | **c** |  |  |
|  |  |  | Oro | |  |
| **<** | **‘t/i** | **o** | <j | > |  |
|  |  | **u** |  |  |  |
| ro |  |  |  | ro |  |
|  |  |  | **y ’c** | |  |
| O | **O** |  |  | |  |
| **.y** |  |  | **E** | **‘S** |  |
| 'i3 | cp0) | |  |  |  |
| *LU* | **.1=** | **Q\_** | **E** | **S-** |  |
| *t n* |  |  | **O** | **i** |  |
|  | **3** | **Eo** |  |  |  |
|  |  | **u** |  | **u** |  |
| ro | **nj ^** | | **.y** | **a>** |  |
| **£** |  | | **'g** | **grt** |  |
| **<->—** | | **3?** | **E** | **-a** |  |
| **C** | **Ww)** | | **2 \_g «** | |  |
| **O** |  | **C** | £ | ^ |  |
| U |  | « |  |  |  |
|  |  |  | **g»\* 5** | |  |
| **a>** |  | 0 ) |  |  |  |
| **■D** | **ro** | **■o** | **n** |  |  |
| **O** |  | **o** |  |  |  |
| **iro** | 73 | **iro** | **iro** |  |  |
| **U'** | **TJ** | **U"** | **l/'** |  |  |
| **'i\_** | **r** | **‘i\_** | **c** |  |  |
| **u** | **o** | **u** | **ro** |  |  |
| **l/)** |  | u i | **l/l** |  |  |
| **a>** |  | **tu** |  |  |  |
| **ca­** |  | **Q\_** |  |  |  |

**o**

**o S a 'D**

**'c** ***[fi***

’Ê75 OJ O *Q)*

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| ***o*** | **o** | **f0** | ro |  |
|  |  | **c** |  |  |
| ***-o*** | **Í«** | **o** | **c** |  |
| **o** | **V>** | **T3"y** | **O** |  |
|  | **«** |  | **‘y** |  |
| **-o .y** | | **c** | **c** |  |
| E | **Q.** | **O** |  |  |
| **<<** | ra | **u** | **O** |  |
|  |  | **c** | **U** |  |

**-o 2** tero**D** ,n3o

1. **u t/5 t/5 u 0>**

"D

**.2**

**'C**

**k.**

**u**

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  | **o** | **£** | O55 | |  |
|  |  | **iro** | **.—** |  |  |  |
|  |  | w\* ro | | RJ | O |  |
|  |  | \*3 Q) | | CO | Q \_ |  |
|  |  | **^** | **c** |  |  |  |
|  | **O** | £ | *&* | \_Q | |  |
| **\*5** | C.L |  | **O** |  |
| **T5** | **o** | O |  | O |  |
| **w u\*** | |  |  |
| g \*C | | U" | LU |  | **U"** |  |
| cE | <«u | **iro** | iro |  | **iro** |  |
| **-Q** | LU |  | **ro** |  |
| Os | |  | E |  | DD |  |
| “■a | | **O** | QJ |  |  |  |
|  |  |  | **ü\_** |  | *O* |  |
|  |  |  |  |  |  |
| **u** | **o** |  |  |  | ro |  |
| **ire** |  |  |  |  |
| **"D** | **U\*** |  |  | **\_Q** | |  |
| **o** | ra |  |  |  |  |  |
| **.a** |  |  |  |  |  |
|  | **\*ü** |  |  |  | **O** |  |
| I I**a>** | |  |  |  |  |
|  |  |  | ÍH3 |  |
|  |  |  | **Z** |  |

ro

— D

**2** **"D**

<u > o ^ **c**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **o** | ro |  |
| **iro** |  |
| **c** | **ro .tí** |  |
| **E** *£* |  |

**LO O 0) E C Q-a> w E to —**

O a> **iro**

U" **o** ro **iro ■a t-O c**

**.!£ 0)**

b **h** a> o Ü\_ 0)

*Cd*

**a>**o O0) ■“

im L/J

**QJ** t **Q.**

* 1. **E**

1. **o u**

|  |  |
| --- | --- |
| **O** | Lrj ro |
| **'Z** | **•Ü P** |
| **'Cí** | 'QuJ O5 |
|  | **CL c** |

|  |  |
| --- | --- |
| TEORIA DA N O RM A JURÍDICA | 1 2 3 |

**Quadro sinótico 7:**

**Símbolos utilizados na teoria das normas**

|  |  |
| --- | --- |
| Símbolo | Explicação |
| —> | Então (indica a consequência de uma prescrição) |

1. Conduta
2. Destinatário

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| N | Norma |  |  |
| Ob | Obrigatório - Obrigação | |  |
| Pe | Permitido - | Permissão |  |
| Pr | Proibido - | Proibição |  |
| Re | Recomendado - Recomendação | |  |
| S- | Sanção negativa (penalidade) | |  |
| S+ | Sanção positiva (prêmio) | |  |
| X | Condições que devem ser reunidas para a aplicação da | |  |
| norma |  |  |
|  |  |  |

**4. Identificação das normas juridicamente válidas**

A descrição das espécies de normas permite melhor entender o mecanismo de funcionamento do direito. Não indica, porém, quais normas jurídicas vigo­ ram em determinado momento, ou seja, qual é o critério que permite identificar as normas válidas. Sabemos que “não matar” é uma norma de dever ser, que todos reconhecem como obrigatória. Mas essa norma vale porque consta entre os mandamentos da Bíblia, porque foi ensinada por nossos pais e professores ou porque se encontra no art. 121 do Decreto-lei 2.848, de 07.12.1940, assinado por Getúlio Vargas, que instituiu o Código Penal brasileiro?

A resposta à questão depende da nossa definição do direito. Isto é, de­ pende do critério de validade que adotamos: direito do Estado ou direito dos vários grupos sociais (igrejas, empresas, comunidades locais e até organizações criminosas)? Os critérios da origem, da forma, do conteúdo e da garantia de aplicação do direito que estudamos (Lição 1, 5) permitem identificar as normas em vigor.

Exemplo: “não matar” é uma norma jurídica porque se encontra no Códi­ go Penal em vigor no Brasil. O mandamento do Antigo Testamento que tem o mesmo conteúdo não é uma norma jurídica para quem considera que o direito é criado em conformidade com as previsões do poder constituinte originário.

1 2 4 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Tendo resolvido o problema da origem do direito, que hoje só pode ser es­ tatal, podemos reconhecer as normas válidas, aplicando os critérios de compe­ tência normativa, contidos principalmente na Constituição: quem e como pode criar leis, decretos e outras normas, quem as interpreta e as executa. Em outras palavras, para constatar se determinada norma é juridicamente válida, deve­ mos examinar se foi criada em conformidade com os requisitos do processo de criação normativa, isto é, de acordo com as normas de competência normativa, vigentes em determinado momento e país.

Exemplo: quando o policial que participa de uma *blitz* levanta a mão dian­ te de uma Brasília amarela, cria uma norma individual: “Motorista da Brasília amarela, pare”. Para saber porque o policial tem o poder de criar essa norma, devemos examinar as sucessivas normas de competência, estabelecidas nas or­ dens de seus superiores, nos decretos, nas leis, nas Constituições estaduais, até chegarmos à norma suprema do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal. Esta última estabelece a competência dos Estados-membros para criar Constituições estaduais, que regulam assuntos de segurança pública, permitin­ do a criação de leis sobre a Polícia Militar e assim por diante, até chegar nova­ mente à ação do policial, como órgão que pode criar certas normas em virtude de uma “cadeia genealógica”.

Assim sendo, as normas de competência normativa permitem identificar as normas jurídicas válidas. São válidas todas as normas editadas em conformidade com as normas que fixam os titulares, os procedimentos, os prazos e as demais condições de exercício da competência normativa.

Essa visão é expressa na seguinte definição: “As normas jurídicas são aque­ las criadas ou sancionadas ou identificadas conforme outras normas jurídicas” (Troper, 1999, p. 531). Na maioria dos casos é fácil identificar essas “outras” normas. As decisões dos tribunais valem em virtude das leis, as leis em virtu­ de da Constituição etc. Isso resolve o problema da validade das normas *infra-constitucionais*, ou seja, das normas hierarquicamente inferiores à Constituição.Pergunta-se, porém, por que vale a Constituição, se não pode ser fundamentada em normas superiores?

Para resolver o problema da validade jurídica da Constituição devemos recorrer ao critério *político.* A Constituição válida é identificada por meio de uma norma, que podemos denominar *norma fundamental* ou *norma de reconhe­* *cimento*,24 Essa norma exprime a vontade política que conseguiu se impor em

**24. Norma fundamental ( *Grundnorm*) é o termo usado por Kelsen (2000, p. 217 -228). Norma de reconhecimento (*rule of recognition*) é o termo usado por um outro grande positivista do século XX, Herbert Lionel Adolphus Hart (1907 -1992) (Hart, 2001, p. 359 -360). Sobre o significado e a pertinência desses termos há infinitas controvérsias, cujo estudo não deve preocupar o aluno que se inicia no direito.**

|  |  |
| --- | --- |
| TEORIA DA N O R M A JURÍDICA | 1 2 5 |

determinada sociedade como juridicamente obrigatória, mediante a combina­ ção de violência e de ideologia, isto é, graças à hegemonia política de um grupo social. A norma fundamental (ou norma de reconhecimento) ordena: “Obedeça às normas produzidas por determinadas autoridades. Isto será seu direito”.

Afirmar que o direito decorre do poder político, de uma correlação de for­ ças sociais que permite a determinadas pessoas criar regras aplicadas e obede­ cidas na prática, é uma opção realista. Indica que o trabalho do operador do direito é político, já que a política cria o direito. Para melhor entendermos essa afirmação, devemos estudar as relações entre política e direito (Lição 4).

**5. Aplicação das normas jurídicas (subsunção e silogismo jurídico)**

5. 7 *Definição e estrutura do silogismo*

A norma jurídica é aplicada por meio de uma operação lógica. Trata-se do *silogismo* jurídico. Silogismo é uma palavra grega que significa “raciocínio”, mais exatamente o fato de combinar várias proposições pelo pensamento. O si­ logismo permite deduzir uma conclusão a partir de determinadas proposições, chamadas *premissas*.

Exemplo de silogismo:

* Todos os moradores do edifício “Doce Lar” podem usar gratuitamente a piscina.
* Renata é moradora deste edifício.
* Renata pode usar gratuitamente a piscina.

O silogismo é fundamentado na *subsunção.* O verbo *subsumere* significa em latim “acolher algo sob uma categoria mais geral”. A subsunção permite saber se uma norma de dever ser é aplicável a certa situação ou pessoa. No caso do silogismo jurídico, a subsunção consiste na *leitura dos fatos reais à luz do direito*. Subsumir significa constatar que determinado fato corresponde a uma norma jurídica.

O operador do direito nunca se interessa pelos fatos reais enquanto tais. Sua tarefa é avaliar o significado desses fatos segundo as normas jurídicas. Não se interessa, por exemplo, pela morte como fenômeno natural, como faz um médico, mas só pelas suas consequências jurídicas: responsabilidade penal do homicida, direitos de herança, cessação da relação de emprego, destino do cor­ po do falecido etc.

Para determinar as consequências jurídicas, o operador do direito deve ini­ cialmente buscar a norma que poderia ser aplicada. Depois de tê-la encontra­ do, subsumirá (ou não) o fato real a essa norma, decidindo quais consequên-

1 2 6 M A N U A L DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

cias jurídicas dele decorrem. Após a realização da subsunção, o operador jurídico deve tirar uma conclusão a partir da norma jurídica e da proposição de fato.

Exemplo: quando se afirma que Zé Pedro tem direitos políticos e pode votar nas eleições no Brasil e Hans-Ulrich não pode votar, isso implica o seguin­ te raciocínio: em primeiro lugar, é necessário identificar a norma jurídica que regulamenta o direito de voto. Essa norma funciona como *premissa maior* do si­ logismo. No presente caso temos a norma: “Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros (...)” (art. 14, § 2.°, CF).

A premissa maior indica que, para decidir se determinada pessoa pode exercer o direito de voto, devemos saber se possui a nacionalidade brasileira. Em caso afirmativo, a pessoa pode ser acolhida sob a categoria “brasileiro” que a norma contempla como decisiva para o voto. Assim será realizada a subsunção.

Examinando agora a nacionalidade de duas pessoas podemos ter as seguin­ tes proposições:

• Zé Pedro é brasileiro.

•Hans-Ulrich é alemão.

Trata-se de duas *premissas menores*, isto é, de duas proposições de fato re­ ferentes a duas pessoas. Relacionando cada uma delas com a premissa maior, podemos deduzir duas conclusões que permitem realizar o silogismo jurídico:

•Zé Pedro pode votar.

•Hans-Ulrich não pode votar.

Essas conclusões permitem aplicar a norma que regulamenta o direito de voto em casos concretos. Será assim criada uma nova norma individual que au­ torizará (ou não) a pessoa a participar nas eleições.

Resumidamente, temos a seguinte estrutura:

•Premissa maior: Os brasileiros podem votar.

•Premissa menor: Zé Pedro é brasileiro.

• Conclusão: Zé Pedro pode votar.

Vejamos, agora, um exemplo mais complexo. Queremos saber se Rober­ to, que esfaqueou Carlos, causando sua morte, deve ser punido. Em primeiro lugar, devemos identificar a norma, ou seja, a premissa maior: “M*atar alguém:* *Pena- reclusão*, *de seis a vinte anos*” (art. 121 do Código Penal). A norma deveser comparada com a situação real, examinando~se se esta última enquadra-se no comportamento descrito pela norma. Averiguando todas as provas consta­ tamos que efetivamente Roberto matou Carlos. Após ter feito essa subsunção, será criada uma norma individual, que permite aplicar a norma geral ao caso concreto: Roberto deve ser condenado a pena entre seis e vinte anos de reclusão.

A estrutura lógica do silogismo jurídico é:

|  |  |
| --- | --- |
| TEORIA DA N O RM A JURÍDICA | 1 2 7 |

1. Premissa maior de conduta: para todos os destinatários (D) que se en­ contram na condição X, C é Pr (matar alguém é proibido para todas as pessoas que se encontram nas condições que estabelece a legislação penal, como a idade mínima de 18 anos, a falta de justificativas como a legítima defesa etc.).

2. Premissa menor de conduta: certa pessoa faz parte do grupo D e encon­ tra-se na condição X (Roberto é um dos destinatários da norma satisfazendo todas as condições de responsabilidade penal previstas pela legislação).

3. Conclusão (norma individual de conduta): C é Pr para essa pessoa (é

proibido para Roberto matar alguém).

4. Premissa maior de sanção: se C S- (quem matar será condenado a

pena entre seis e vinte anos de reclusão).

5. Premissa menor de sanção: certa pessoa teve a conduta C (Roberto ma­ tou Carlos).

6. Conclusão (norma individual de sanção): a essa pessoa será aplicada S- (Roberto é condenado a pena entre seis e vinte anos de reclusão).25

*5.2* *Limites lógicos do silogismo*

O silogismo é um meio lógico para estabelecer as consequências de um fato ou ato que interessa ao direito. Na prática, o silogismo funciona após o aplicador ter estabelecido a premissa maior e a premissa menor. Isso introduz no tratamento do silogismo o problema da *subjetividade* do aplicador do direito. Analisaremos aqui a atuação do aplicador para em seguida comentar duas críti­ cas que foram formuladas contra o silogismo.

**5.2.7** *Fixação das premissas pelo aplicador*

O estudo do silogismo demonstra que o operador jurídico segue um rigo­ roso esquema lógico na aplicação do direito. Se as condições de aplicação forem reunidas, o julgador deve aplicar automaticamente a previsão legal. Em nosso exemplo, se o juiz afirmasse que Roberto cometeu o delito, mas que não deve ser punido, isso seria uma ilegalidade.

Apesar disso, o operador jurídico não trabalha como uma “máquina de subsunção”. Em primeiro lugar, a realização de um silogismo pressupõe a *inter­* *pretação das normas jurídicas* que se relacionam com o caso concreto para saberseu conteúdo exato, seus destinatários e condições de aplicação, o período de validade e também para resolver eventuais conflitos entre as normas em vigor. Nesse âmbito podem ocorrer erros se, por exemplo, o juiz equivocadamente

**25. Para estabelecer exatamente a duração da pena devem ser feitos outros silogismos, com base nos critérios de fixação da pena no direito penal.**

1 2 8 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

aplicar uma norma que não estava mais em vigor ou se interpretar erroneamente os termos da lei.

Exemplo: Marisa, logo após o parto, sob a influência do estado puerperal, mata o recém-nascido. Trata-se, segundo o art. 123 do Código Penal, do delito de infanticídio, castigado com pena de dois a seis anos de detenção, isto é, bem inferior àquela do homicídio, prevista no art. 121. Se Marisa for condenada por homicídio e não por infanticídio, estaremos diante de um erro de subsunção.

Em segundo lugar, o silogismo pressupõe a *investigação da realidade.* No exemplo do homicídio partimos do pressuposto de que Roberto matou Carlos. Isso não é, porém, um dado claro e objetivo. Na maioria dos homicídios o agen­ te tenta destruir as provas e quase sempre nega a autoria. Mesmo se a autoria for evidente (o que só acontecerá após um paciente trabalho de investigação da polícia), o autor pode invocar vários argumentos para negar ou pelo menos minimizar sua responsabilidade.

Assim sendo, as autoridades encarregadas da apuração do crime devem in­ vestigar os fatos antes de chegar a essa constatação. Quem é Roberto? Ele matou efetivamente alguém? Em quais circunstâncias e por quais motivos? Foi provo­ cado pela vítima? Estava se defendendo? Tem antecedentes criminais? Qual era sua idade e situação mental no momento do crime? Após ter feito todas essas averiguações, é fácil o tribunal decidir se as normas de conduta e as normas de sanção que se relacionam com o homicídio aplicam-se ou não ao caso concreto.

Mas, para que isso possa ocorrer, o aplicador do direito deve percorrer um longo caminho repleto de riscos de erro. Encontramos aqui o problema da *prova* no direito.26 Para saber se Roberto matou, os julgadores - que não presenciaram os fatos e, às vezes, devem reconstituí-los muitos anos depois - devem seguir as regras de produção da prova jurídica.

A primeira questão refere-se aos modos de realização da prova. Definimos como prova os meios juridicamente reconhecidos como aptos a demonstrar a existência de um fato ou a verdade de uma alegação.27 Os *meios de prova* lícitos são aqueles considerados idôneos para comprovar a existência ou a verdade de algo no âmbito de um processo. Esses meios são definidos de forma diferente em cada ramo do direito.

Exemplo: o Código Civil estabelece uma série de regras sobre as provas que são admitidas para comprovar a ocorrência de um fato jurídico (arts. 212-232).

**26. Lévy-Bruhl, 1964; Perelman e Foriers, 1981; Giuliani, 1988; Santos, 2002, p. 331 -513; Lunardi/Dimoulis, 2007; Schauer, 2009, p. 203 -233; Terré, 2009, p. 477 -567 .**

**27. Segundo Lévy-Bruhl (1964, p. 15), a prova constitui “um mecanismo destinado a esta­ belecer uma convicção sobre um ponto incerto”.**

|  |  |
| --- | --- |
| TEORIA DA N O R M A JURÍDICA | 1 2 9 |

Os meios de prova mais comuns são a confissão, os documentos, os testemu­ nhos, as presunções e as perícias.

Uma segunda questão relacionada com as provas é saber *quem* deve produ­ zi-las. Temos aqui o problema do ônus da prova (do termo latim *onus* = carga, peso). No direito brasileiro vale a regra geral que os fatos ou alegações devem ser comprovados pela parte do processo que as invoca em seu favor.

Exemplos: o Código de Processo Civil prevê no art. 333 que o ônus da prova incumbe: “I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. Assim, quem alega ter direito a receber o pagamento de uma quan­ tia em dinheiro em virtude de um contrato (fato constitutivo de direito) deve comprovar que o contrato foi efetivamente concluído e previa a prestação ora demandada. Se o outro contratante alegar que já realizou o pagamento, deve comprovar esse fato que o favorece (fato extintivo de direito).

A mesma regra vale no processo penal. Quem faz uma alegação deve prová--la e o juiz, quando o considerar necessário, determina diligências para averi­ guar a verdade (art. 156, II, do Código de Processo Penal). Essa regra se com­ pleta com a presunção de inocência do réu. O réu não é obrigado a comprovar sua inocência, porque a inocência é o ponto de partida do processo. Não deve, por exemplo, demonstrar que não se encontrava no lugar do crime quando da sua ocorrência. São os aparelhos da justiça penal, incluindo o próprio juiz, que devem comprovar a veracidade de tais alegações. Caso contrário, o réu deverá ser absolvido, pois nada foi comprovado.

Uma última questão refere-se ao *modo de avaliação* das provas pelo julga­ dor. Há dois sistemas principais de apreciação que se diferenciam pelo grau de liberdade concedido ao julgador. O sistema das provas legais é mais restritivo. Estabelece taxativamente as provas admissíveis e também a força probatória de cada uma. Dependendo da natureza das provas reunidas, comprova-se ou não determinado fato ou alegação. Esse sistema foi empregado no direito europeu entre os séculos XII e XV11I.

Exemplos: em um sistema de provas legais a confissão do réu pode ter va­ lor de prova plena, ou seja, comprova automaticamente a veracidade dos fatos confessados. O testemunho de uma pessoa que presenciou o fato pode ter valor de meia prova, ou seja, comprovar 50% da verdade. Nesse caso, bastaria ter a confissão do réu ou dois testemunhos concordantes para comprovar plenamente um fato.

O sistema do livre convencimento do julgador (ou sistema da prova moral) é mais aberto. Em seu âmbito, os meios de prova são indicados de forma gené­ rica e não se estabelece o valor de cada um. A comprovação ocorre se os meios invocados permitirem que o julgador se convença da veracidade de certos fa­

1 3 0 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

tos. Essa convicção pode ser independente de qualquer justificativa (sistema da íntima convicção) ou então exigir uma fundamentação (sistema da livre con­ vicção racionalmente motivada ou da persuasão racional).

No sistema do livre convencimento é decisiva a postura psicológica do juiz perante as provas produzidas. Ele pode ser convencido plenamente por uma única testemunha ou rejeitar os testemunhos concordantes de dez pessoas por considerá-las suspeitas de mentir. O sistema do livre convencimento não é ar­ bitrário quando se exige que o juiz fundamente seu convencimento, explicando por que aceitou determinadas provas (sistema da livre convicção racionalmente motivada). Mas, mesmo assim, o juiz possui uma grande margem de liberdade para estabelecer os fatos e alegações que constituirão a premissa menor do silo­ gismo, não evitando os perigos do subjetivismo.

O direito brasileiro adota o sistema do livre convencimento racionalmente motivado. O julgador avalia livremente as provas, mas deve indicar os motivos de seu convencimento (arts. 155, *caput*, do Código de Processo Penal, 131 do Código de Processo Civil). Mesmo assim, o legislador estabelece critérios taxa­ tivos no que tange à admissão e apreciação das provas. Exclui as provas obtidas por meios ilícitos28 e fixa o valor de outras provas.29 Além disso, as garantias processuais, como o julgamento em duas (ou mais) instâncias e a ampla defesa do réu, diminuem sensivelmente a liberdade do juiz da causa. Finalmente, a obrigação constitucional de fundamentar todas as decisões do Judiciário30 per­ mite certo controle sobre o modo de estabelecimento da premissa menor.

Disso resulta que também no âmbito do exame das provas para estabelecer a premissa menor do silogismo o julgador pode se equivocar. Em tais casos di­ zemos que houve erro judicial.

**28. Art. 5.°, LVI, da Constituição Federal; art. 157 do Código de Processo Penal. Isso sig­ nifica que são proibidas provas que violem os direitos fundamentais dos interessados (Avolio, 2003). O exemplo mais discutido é a escuta telefônica clandestina, que, salvo casos excepcionais, não é admitida como prova, mesmo quando for fidedigna e com ­ provar fatos relevantes para o processo. Mais importante é, porém, refletir sobre um outro meio ilícito para obter provas que parece ser frequentemente usado no Brasil. Trata-se do emprego de *tortura.* A tortura foi legalmente usada em outras épocas para conseguir uma confissão do acusado (Sabadell, 2006). Hoje, a tortura é absolutamente proibida e constitui crime hediondo (Constituição Federal, art. 5.°, III e XLIII). Haven­ do indícios que alguém deu informações sob tortura, as provas devem ser descartadas do processo.**

**29. Exemplo: os “fatos notórios”, ou seja, os conhecidos com absoluta certeza em deter­ minado meio social ou localidade (por exemplo, a data de um feriado municipal), são admitidos no processo como verdadeiros proibindo-se a prova contrária (art. 3 3 4 ,1, do Código de Processo Civil).**

**30. Art. 93, IX, da Constituição Federal. O art. 131 do Código de Processo Civil também impõe ao juiz “indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.**

|  |  |
| --- | --- |
| TEORIA DA N O R M A JURÍDICA | 13 1 |

Constatamos, assim, que a aplicação correta do silogismo não garante uma decisão isenta de falhas. O silogismo é uma fórmula lógica que orienta o raciocí­ nio do operador do direito: indica qual conclusão deve ser tirada de determina­ das premissas. Mas não garante que estas premissas sejam certas. A fórmula do silogismo deve ser preenchida por conteúdos concretos (o que prevê a lei; o que aconteceu na realidade). Esses conteúdos são dados pelo trabalho do aplicador e não pela estrutura do silogismo.

5.2.2 *Críticas ao silogismo*

**Diante dessa situação, os doutrinadores formulam duas críticas ao silogismo jurídico, alegando sua inutilidade e questionando seu valor lógico (cf. Gianformaggio, 1999). A *primeira* *é* que o operador jurídico muitas vezes toma a decisão com base em preconceitos, interessesou preferências pessoais. Depois tenta "encaixar" essa decisão no esquema do silogismo, para justificar juridicamente a decisão que já tomou anteriormente com base em critérios subjetivos.**

**Isso ocorre regularmente com os advogados que devem defender seus clientes. Para tanto, procuram fatos, normas e decisões de tribunais que lhes permitirão sustentar a tese (conclusão do silogismo) mais favorável ao seu cliente. O mesmo pode acontecer com os juizes quando decidem de forma intuitiva e, em seguida, tentam "mascarar" o resultado, dando-lhe forma jurídica por meio da aplicação do silogismo. Aqui estaríamos diante de um silogismo *regres­* *sivo:* inicialmente é fixada a conclusão e, em seguida, o aplicador procura as premissas parajustificá-la (Bergel, 2 0 0 1 -a, p. 147).**

**Essa é uma crítica *ociológica,* elaborada por três escolas de pensamento jurídico: pelo realismo jurídico que floresceu nos Estados Unidos,31 pela escola do "direito livre"32 e pelos teóricos da "pré-compreensão",33 correntes, estas últimas, que surgiram na Alemanha.**

**A afirmação básica é que os juizes sempre decidem de forma subjetiva, segundo suas preferências e opiniões, e não mediante a interpretação das normas escritas e a aplicação do silogismo. Afirma-se, assim, que o direito é *imprevisível*, já que depende principalmente da vontade e da mentalidade dos juizes.**

**A essa crítica podemos responder que o operador jurídico deve decidir segundo as normas jurídicas em vigor. Se decidir segundo sua preferência, interesse ou ideologia e depois apresentar a decisão com roupagem jurídica, então fez mal o seu trabalho. Deve ser criticado e, se for o caso, sancionado por descumprimento de seu dever de aplicar exatamente as normas válidas.**

**A *segunda* crítica afirma que as normas do "dever ser" são sempre atos de vontade da autoridade competente. Desse modo, o art. 181 do CTB " Estacionar o veículo: I - nas esquinas e a menos de cinco metros do bordo do alinhamento da via transversal: (...) multa" é enunciada por um sujeito que possui o poder de impô-la.**

**De forma igual, a sentença do juiz "Jorge estacionou seu veículo em desacordo com o art. 1 8 1 ,!, do CTB sendo condenado à multa de R$ 100,00" não é uma simples conclusão lógica fundamentada no silogismo jurídico. Vale porque corresponde à vontade do juiz competente,**

**31. Cf. os textos de seus protagonistas em Fisher e outros (org.), 1993, p. 164 -227 . 32. Ehrlich, 1967; Larenz, 1989, p. 69-74.**

**33. Também conhecidos como partidários do “círculo hermenêutico”. A obra mais expres­ siva é do filósofo alemão Hans-Georg Gadamer (1900 -2002) (Gadamer, 1997).**

1 3 2 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

**Em outros termos, a norma concreta criada pelas autoridades do Executivo e do judiciário não pode ser deduzida de normas mais gerais, por meio do silogismo. A norma concreta existe porque a autoridade competente *quis* criá-la.34 Essa é uma crítica de tipo *lógico.***

**Podemos responder que as normas jurídicas são sim criadas pelos detentores de poder, mas, para que a norma seja válida, o detentor do poder não basta "querer". Deve decidir também de acordo com o direito vigente, pois foi este que lhe deu a competência. A norma "Jorge é condenado a multa de R$ 100,00" decorre da vontade do juiz. Mas de sua vontade poderia também decorrer uma condenação a multa de R$ 100 .000,00! A diferença não está na manifestação da vontade; está no fato que na segunda hipótese o juiz quer algo que con­ traria a vontade do legislador, ou seja, contradiz a premissa maior. Por isso, sua decisão deve ser reformada35 e, inclusive, enseja responsabilidade disciplinar do juiz, cuja obrigação legal é "cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais (...)" (art. 35, I, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, de 1979).**

**O silogismo jurídico vincula o apíicador às normas vigentes e indica a *necessidade de* *respeitar o princípio da legalidade* na aplicação do direito. O operador jurídico deve formulara conclusão em conformidade com as normas em vigor que incidem sobre o caso. Isso é o conteúdo essencial do princípio da legalidade (decisão *secundum* /egem).36 O operador jurídico não tem liberdade para expressar sua vontade pessoal, devendo manifestar uma vontade imposta pelo dever ser jurídico e fundamentar qualquer decisão, indicando as normas que a justificam.**

**O silogismo jurídico permite distinguir as normas concretas que estão em conformida­ de com a legislação em vigor das normas concretas que desrespeitam a legislação. Assim, o silogismo obriga os operadores jurídicos a pensar e decidir segundo as normas vigentes e não lhes autoriza expressar uma vontade pessoal.**

*Para aprofundar o conhecimento*

Barroso, 2000, p. 91-120; Bechillon, 1997; Bergel, 2001-a, p. 143-162, 361-374; Bobbio, 2001, p. 69-189; Braun, 2007, p. 366-392; Costa, 2001, p. 43-64; Engisch, 1988, p. 75-164; Ferraz Jr., 2001, p. 92-130; Kelsen, 1986 e 2000, p. 4-25, 121-140; Koller, 1997, p. 65-94; Luno, 1997, p. 179-202; Mathieu-Izor-che, 2001, p. 26-76, 195-219; Moreso e Vilajosana, 2004, p. 61-93, 175-189; Nino, 1983, p. 65-147; Pawlowski, 1999, p. 68-83, 133-142; Pettoruti e Scato-lini, 2005, p. 45-73; Sgarbi, 2007, p. 111-194, 226-246; Ross, 1971, p. 78-170; Rüthers, 1999, p. 59-87, 383-391; Vesting, 2007, p. 77-98; Weinberger, 1981.

**34. Kelsen, 1986, p. 299 -306 . O autor define a norma nessa obra póstuma da seguinte for­ ma: “O dever ser - a norma - é o sentido de um querer, de um ato de vontade” (Kelsen, 1986, p. 3). Cf. Troper, 1994, p. 57 -64; Weinberger, 1981.**

|  |  |
| --- | --- |
| **35.** | **Às vezes isso não acontece por falta de interesse das partes ou porque o direito não** |
|  | **prevê mais recursos. Nem por isso a decisão deixa de ser ilegal.** |
| **36.** | **Em alemão o princípio da legalidade é denominado *Gesetzmãfiigkeitsprinzip:* princípio** |
|  | **de conformidade à lei.** |

**Lição 7**

**DIREITO E LINGUAGEM**

S U M Á R I O : **1 .As línguas d o d ire ito -2 . Elementos de linguística- 3 . A linguagem** **jurídica: 3.1 Linguagem de poder; 3 .2 Linguagem técnica.**

**1. As línguas do direito**

Todas as fontes do direito brasileiro são redigidas em idioma português. As aulas de direito são ministradas na mesma língua, que é também utilizada pela administração pública e pelos tribunais. Isso corresponde, aliás, a uma obriga­ ção constitucional: “A língua portuguesa é o idioma oficial da República Fede­ rativa do Brasil” (art. 13, *caput,* da Constituição Federal).

Pode então parecer que o estudante de direito não deve se preocupar muito com questões de língua, já que domina o português. Essa aparência engana por completo. Em primeiro lugar, como já indicamos na Introdução, muitos termos utilizados no direito são desconhecidos pela maioria da população. Basta con­ sultar o índice alfabético do novo Código Civil na letra “A” para encontrar pa­ lavras como “acessão”, “adjunção”, “álveo”, “anticrese”, “aquestos” e “avulsão”.

Em segundo lugar, muitas palavras da língua ordinária adquirem signifi­ cados particulares no direito. Exemplo: a palavra “ação” é utilizada no direito processual para indicar o direito de invocar a tutela jurisdicional1 e não para designar qualquer ato ou efeito de atuar, como no idioma comum.

Em terceiro lugar, o estilo de redação utilizado nos vários documentos ju ­ rídicos (linguagem jurídica ou linguagem forense) apresenta muitas particu­ laridades e, para ser dominado e utilizado corretamente, pressupõe longos e pacientes exercícios. Todos os alunos de direito passam pela desagradável ex­ periência de ler a decisão de um tribunal sem conseguir entender quase nada, justamente porque não estão acostumados com a linguagem forense.

Exemplo: “Esta Corte firmara entendimento no sentido de que o serven­ tuário de serventia não oficializada era servidor público”.2

1. **A definição clássica está nas Instituições de Justiniano, publicadas em 533 d.C .: “Actio autem nihil aliud est quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur” (4 .6) (Fonte:** [**<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/just4.htm#iv:vi>)**](http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/just4.htm%23iv:vi)**.**
2. **Acórdão do Supremo Tribunal Federal, RE 187.753-7/PR , j. 26 .03 .1999, *Revista de* *Direito Constitucional e Internacional* 35/313, 2001.**

1 3 4 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Assim sendo, não estranha o fato que muitas faculdades de direito inclu­ am nas matérias da graduação aulas de “português jurídico” para introduzir os alunos a esse novo idioma com seu vocabulário e suas estruturas sintáticas particulares.

O português não é o único idioma que o operador jurídico deve dominar. Os regulamentos e a doutrina jurídica de muitos países apresentam grandes se­ melhanças com o direito brasileiro e, por essa razão, são utilizados na vida foren­ se e, principalmente, nas pesquisas teóricas. Quem deseja ampliar e aprofundar o conhecimento jurídico deve adquirir a capacidade de ler em outros idiomas.

Para o aluno de graduação, o primeiro alvo linguístico deve ser o idioma castelhano. Mesmo quem nunca teve aulas de castelhano pode, com um pouco de dedicação e com a ajuda de um bom dicionário, ler livros e artigos jurídicos escritos na Espanha e nos países da América Latina. As dificuldades iniciais de­ saparecem rapidamente e o castelhano torna-se uma valiosíssima ferramenta de trabalho porque oferece acesso ao direito de dezenas de países, além do acesso a milhares de livros traduzidos para o castelhano (e não para o português).

Para quem deseja continuar seus estudos é necessário dominar outros idiomas. O francês e o italiano são as opções mais comuns pela proximidade linguística. Dependendo, porém, da área de interesse, pode ser necessário tra­ balhar também com o inglês (língua de referência em disciplinas como o direito internacional e comercial, a filosofia e a sociologia do direito) e o alemão, que dá acesso aos mais avançados estudos na área do direito civil, penal e constitu­ cional e também a textos clássicos de filosofia e de sociologia jurídica.

Finalmente, um adequado conhecimento do direito pressupõe o acesso ao latim. O latim, que lamentavelmente desapareceu do ensino médio brasileiro, é considerado língua morta porque ninguém o utiliza como língua materna. Na realidade, porém, o latim foi, desde a criação do Império Romano até o século XVII, o único idioma científico da Europa. Temos, assim, um enorme acervo de trabalhos científicos redigidos nessa língua. Adquirir a capacidade de ler em latim é importantíssimo para os juristas, já que, além do direito romano, toda a doutrina e a legislação da Igreja Católica e dos Reinos foram redigidas nesse idioma, que cedeu o lugar aos idiomas nacionais só a partir do século XVII.

O domínio do latim não é só necessário para o historiador do direito ociden­ tal, mas também para todos operadores do direito que desejam melhor entender a cultura jurídica ocidental. A prova mais evidente da influência do latim no direito moderno é o grande número de brocardos e termos utilizados até hoje em latim nos tribunais e na doutrina. No intuito de familiarizar os leitores com a terminologia jurídica em latim, utilizamos ao longo do texto muitas expressões nesse idioma, indicando em paralelo a tradução em português.

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E LINGUAGEM | 1 3 5 |

Para quem inicia o estudo do direito e “luta” com matérias novas e concei­ tos difíceis, a obrigação de dominar outros idiomas pode parecer excessiva. O autor garante, porém, que o esforço para aprendê-los é infinitamente menor que os benefícios acadêmicos e profissionais que traz o acesso ao direito estrangeiro. Como se diz em latim, *volenti nihil difficile* (nada é difícil a quem quer)!

**2. Elementos de linguística**

A linguagem é a mais valiosa e versátil ferramenta da humanidade. Serve para comunicar, para transmitir informações, emoções, ordens, para intimidar e para se divertir. Em sua maior parte, os contatos entre os seres humanos são feitos mediante a utilização de idiomas naturais, de forma oral ou escrita. Mesmo os nossos pensamentos e até os nossos sonhos são feitos por meio da utilização da linguagem.

Para que a língua possa servir como instrumento de comunicação, o des­ tinatário (*auditório*) deve entender o *locutor* (ou autor). Muitos tiveram a expe­ riência desesperadora de tentar pedir informações em um país estrangeiro, cujo idioma lhes era desconhecido. O essencial da linguagem é se fazer entender. A linguística analisa os mecanismos que permitem a comunicação por meio da língua. Por que, por exemplo, quando alguém pede uma faca, o seu interlocutor lhe dá uma faca e não um garfo ou um travesseiro?

Desde crianças aprendemos que há determinadas palavras que devem ser utilizadas para indicar certos objetos ou situações. O objeto utilizado para cortar a carne chama-se “faca” e se uma criança o chamar de “fraca” ou de “espada” os adultos vão corrigir, até que aprenda a palavra certa. Da mesma forma, a criança aprende que, para agradecer alguém, a expressão certa é “muito obrigado” e não “pouco obrigado” ou “muito ligado”.

Essa forma de aprendizagem nos faz crer que existe uma correspondência natural entre palavras, objetos e situações. A palavra faca corresponde a deter­ minados objetos metálicos, a palavra garfo a outros e assim por diante. Essa é a visão *naturalista* da linguagem. Mas as aparências enganam. Basta pensar que, para os alemães, as palavras “faca” e “garfo” não fazem o menor sentido e o correto é usar, respectivamente, as palavras *Messer* e *Gabei* que, por sua vez, não fazem sentido em português!

Além disso, a mesma palavra pode ser utilizada de variadas formas e com sentidos que mudam no tempo e no espaço. O melhor exemplo para isso é o próprio termo “direito”, cujo significado gera as intermináveis controvérsias que estudamos na Lição 1.

Podemos, assim, concluir que o sentido de uma palavra depende de con­ venções sociais e da situação concreta na qual está sendo empregada. Não exis-

1 3 6 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

tem correspondências naturais entre as palavras e o mundo, nem certezas ab­ solutas. Basta pensar que o dicionário atribui à palavra “pé” 28 significados diferentes e indica 91 expressões que utilizam a palavra, inclusive de forma que não se relaciona com seus próprios significados (“em pé de igualdade”, “pé quente”).3

Por essas razões, a linguística moderna considera que a comunicação hu­ mana, realizada principalmente por meio da linguagem, é um assunto de con­ venção, decorre de um “jogo” ao qual participamos todos. Adota-se, assim, a visão *convencionalista* da linguagem (Struchiner, 2002, p. 11-32). Há corres­ pondência entre a palavra “faca” e determinados objetos metálicos não porque isso seja “natural”, mas porque milhões de pessoas durante séculos adotam essa convenção. Se, amanhã, a maioria dos brasileiros decidir chamar o mesmo obje­ to de “baruapó”, será criada uma nova convenção.

**Aquilo que deve ser estudado são, então, os fatores que criam e transformam o significado das palavras e as circunstâncias que lhes dão sentido, permitindo, por exemplo, entender se o locutor entende com a palavra "pé" uma parte do corpo humano, uma planta, a parte inferior de uma página, a situação de um negócio etc.**

**A com unicação humana é feita por meio de *signos.* "Signo, em termos bem simples, é algo que significa alguma coisa para alguém" (Guerra Filho, 2001, p. 103). Signo pode ser uma palavra, um grito, um sinal de mão, a marca de um produto, um som e qualquer outro sinal, verbal ou não, que permite a comunicação.**

**Os signos são quase sempre *poiissêmicos,* isto é, possuem vários significados. Uma coisa é dizer "comer abacaxi", outra coisa "descascar um abacaxi" em seu significado metafórico. Mesmo quando um termo possui um único significado podem surgir dúvidas sobre os objetos e situações às quais se refere. Todos sabem o que significa "frio", mas é impossível definir a partir de qual limite de temperatura, umidade, velocidade do vento etc. com eça o frio. Nesses casos temos o fenômeno da vagueza da linguagem.**

**Os linguistas insistem na importância das circunstâncias da comunicação para que o auditório possa compreender aquilo que está sendo dito. Para tanto é muitas vezes citado o exemplo do pedido no restaurante (por exemplo, Bechillon, 1997, p. 1 75-1 76). Se o cliente pedir "picanha com arroz, por favor" e o garçom lhe entregar uma tonelada de carne crua acompanhada de vinte cinco sacos de arroz, qualquer pessoa sensata dirá que o pedido não foi atendido, mesmo se o garçom realmente entregou "picanha com arroz". Nenhum cliente tem o cuidado de especificar que quer um prato com 285 gramas de picanha mal passada acompanhada de arroz branco cozido, de acordo com os costumes culinários brasileiros. Mas todos entendem essas especificações implícitas na comunicação, já que, nos restaurantes brasi­ leiros, "picanha com arroz" é sempre servida dessa forma. Se o mesmo cliente quisesse comprar uma tonelada de picanha e arroz cru procuraria uma loja de atacado, e não um restaurante.**

**Disso resulta que a linguagem, como conjunto de letras, palavras e frases, nunca é clara. As palavras adquirem seu significado pelo contexto da comunicação: "Aquilo que uma frase**

**3. Cf. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001 . p. 2.158^ 2 .159.**

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E LINGUAGEM | 1 3 7 |

***diz*, isto é, aquilo que dá a entender aos outros depende da forma de sua utilização comum"(Koch, 1977, p. 39). A palavra "abacaxi", com o qualquer outra, não tem um significado fixo; seu entendimento depende do com o está sendo usada em determinadas situações e adquire um significado só graças ao uso constante. A frase "descascar um abacaxi" ganhou um sig­ nificado metafórico, porque milhões de pessoas, por muito tempo, a empregam para indicar dificuldades e não porque descascar um abacaxi é realmente a coisa mais difícil do mundo!**

**O meio para manifestar e veicular significados é o *discurso* (ou *texto).* O discurso é uma combinação de elementos que fazem parte de um sistema de signos. O locutor deve seguir as regras do sistema de comunicação, que foram fixadas pelo uso constante, para se fazer entender. Essas regras indicam com o e onde pode ser utilizada determinada palavra e quais relações lógicas deve manter com as demais para que o seu sentido seja "claro". Quanto mais cuidado tiver o locutor na escolha de suas expressões, maiores são as chances de que ele se faça entender de forma correspondente às suas intenções. Quem comete erros, utiliza expressões genéricas, ambivalentes ou "fora do lugar", aumenta as probabilidades de mal-entendidos.**

**Mesmo assim, o entendimento não depende exclusivamente das intenções, do cuidado e do preparo do locutor. Os destinatários do texto (auditório) são os verdadeiros intérpretes do discurso. O auditório pode cometer erros de entendimento porque escutou mal, porque desco­ nhece o exato sentido dos termos empregados ou porque não compreende a estrutura da frase.**

**Ainda que a comunicação seja tecnicamente perfeita, o sentido dado ao discurso de­ pende das intenções, dos preconceitos e das ideologias do auditório. Por isso, afirma-se que a comunicação linguística é marcada por problemas, confusões e interpretações múltiplas. Não há comunicação natural ou automática. A comunicação é um "processo de atribuição de sentido"/ que depende tanto do locutor como do auditório.**

**Segundo os ensinamentos do linguista Charles Morris, podemos realizar três abordagens da linguagem (Sgarbi, 2007, p. 36). Primeiro, a abordagem *sintática.* Trata-se das relações que devem existir entre os signos para que estes adquiram um sentido (sintaxe e gramática), permitindo que os outros os entendam. A frase "eu gosto de você" é gramaticalmente correta e entende-se facilmente. A frase "eu gosto para você" cria certa perplexidade porque desvia das regras sintáticas. O interlocutor deve corrigi-la mentalmente, entendendo "de" no lugar de "para". Finalmente, a frase "eu gostavam indo gelo" não é compreensível: todas as palavras existem em português, mas a sua combinação desrespeita por completo as regras sintáticas.**

**A segunda abordagem é a *semântica.* Cada um dos signos tem seus significados parti­ culares porque se refere a determinados objetos ou situações. Os dicionários são a fonte de consulta mais comum para constatar os vários significados de uma palavra. Em nosso exemplo, o verbo "gostar" deve ser usado para indicar determinados sentimentos (amar, estimar, preferir, achar agradável etc.). Sua utilização para indicar sentimentos como a indiferença, o ciúme ou o ódio não permite que o auditório compreenda o locutor.**

**A terceira abordagem é a *pragmática.* Estuda as condições e situações nas quais uma expressão pode ser utilizada de forma adequada, bem como as circunstâncias reais que dão sentido ao discurso. A frase "eu gosto de você" é sintaticamente correta e possui um significa­ do bastante claro. Não deve, porém, ser utilizada em determinadas situações porque quebra convenções e expectativas sociais. Um advogado não deveria, por exemplo, endereçá-la a um juiz durante uma audiência, porque a intimidade que indica a frase não se ajusta às regras e finalidades da comunicação forense. Além disso, o exato significado da frase depende da**

**4.** ***Semantísierungsvorgang* na terminologia alemã (Müller, 1997, p. 189).**

1 3 8 M AN U AL DE INTRODUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

**situação concreta em que é utilizada. Se for empregada na conversa entre dois amigos assume um significado bastante diferente da mesma frase utilizada na conversa entre dois namorados.**

**No âmbito da interpretação jurídica interessa principalmente a abordagem semântica, já que objetivo do intérprete é entender o significado das normas jurídicas. Mas, para tanto, o intérprete deve também levar em consideração o aspecto sintático das normas e, em menor medida, o aspecto pragmático.**

Os linguistas demonstram que as línguas faladas e escritas, que se deno­ minam “naturais” ou “ordinárias”, não permitem exprimir-se de forma clara e unívoca. Há *quatro* situações que criam problemas na comunicação (cf. Koch, 1977, p. 41-55):

* + *Polissemia.* Como constatamos no exemplo das palavras “pé” e “abacaxi”,a polissemia verifica-se quando uma palavra ou expressão pode ser utilizada em vários contextos com significados diferentes e incompatíveis entre si, cabendo ao auditório decidir qual é o sentido que deve ser atribuído no contexto concreto.
  + *Ambiguidade sintática.* Muitas vezes, o modo de construção de uma frasepermite vários entendimentos incompatíveis entre si, sendo possível que o au­ ditório entenda algo diferente daquilo que quis dizer o locutor. Exemplo: lendo a frase “gasolina e álcool a preço promocional” não podemos ter certeza se a promoção refere-se a ambos os produtos ou somente ao álcool.
  + *Vagueza.* Caracterizamos assim os termos que não permitem ao audi­tório decidir com certeza sobre o alcance de seu significado, isto é, saber se a sua utilização é procedente ou não no caso concreto. Exemplo: o cliente diz ao vendedor que o produto é “caro”. O vendedor pode discordar porque o termo “caro” permite interpretações subjetivas. Em tais casos, é necessário precisar os termos. Se o cliente disser “o produto é caro, porque o encontrei em outra loja 10% mais barato”, o vendedor dificilmente poderá discordar. A vagueza pode ser de maior ou menor alcance, mas sempre existe nas línguas naturais. Mesmo uma constatação clara e objetiva como “a capa do livro é azul” permite contro­ vérsias, se, por exemplo, a capa tiver algumas pontinhas pretas ou se o azul for muito esverdeado.5 Em muitos casos, a vagueza é causada pela combinação de termos razoavelmente claros. Sabemos o que é “valor” e o que significa “brasi­ leiro”. Mas quais são os “valores brasileiros”?

1. **O emprego de termos vagos pode colocar o auditório diante de três situações (Koch, 1977, p. 43): a) sabe-se com certeza que o termo foi bem utilizado, já que algumas capas de livros são, sem dúvida, azuis (“candidato aprovado”); b) sabe-se com certeza que a utilização do termo está errada: a capa preta nunca pode ser qualificada de azul (“candidato reprovado”); c) o problema está nos “candidatos duvidosos”: as capas de uma tonalidade azul que se aproxima de outra cor não permitem decidir com certeza se a utilização do termo é adequada. Os “candidatos duvidosos” indicam os problemas da vagueza.**

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E LINGUAGEM | 1 3 9 |

• *Dificuldade de avaliação*. Quando são empregados termos que indicam características psicológicas do indivíduo, não temos somente o problema da vagueza, mas também o problema da comprovação. Como ter certeza se uma pessoa merece a qualificação de “honesta”, “fiel” ou “inteligente”?

Podemos distinguir quatro formas de utilização da linguagem.6

* Uso *emotivo*, quando o locutor transmite sentimentos e emoções (“foi um rio que passou em minha vida e meu coração se deixou levar” - Paulinho da Viola).
* Uso *descritivo*, que oferece informações ou interpretações (“ontem acon­

teceu um terremoto no Japão”) ou explicações (“o paciente sofre de artrite”).

* Uso *performativo* que permite realizar algo através da pronúncia de certas palavras. Quem diz “peço perdão” realiza o ato de pedir perdão com a simples pronúncia dessas palavras, não sendo necessário fazer mais nada.
* Uso *prescritivo*, que emite ordens, procurando influenciar o comporta­ mento dos demais (“abra a janela”). Essa é a forma de utilização da linguagem que mais interessa no direito.

No caso das prescrições, o elemento crucial é a presença do verbo deôntico que deixa clara a intenção de emitir uma ordem (proibir, permitir ou obrigar). O verbo deôntico pode ser utilizado de maneira implícita (“não fume” ou “apa­ ga o cigarro” significa: “é proibido fumar”). Não há, porém, uso prescritivo da linguagem sem a presença (ou suposição) do verbo deôntico.

Como sabemos, as normas jurídicas fazem um uso prescritivo da lingua­ gem (“é proibido estacionar”), enquanto o intérprete do direito faz um uso des­ critivo da linguagem (“a lei proíbe o estacionamento”).

**3. A linguagem jurídica**

O ponto de partida é a tese de que a linguagem jurídica se diferencia dos idiomas naturais. A linguagem jurídica é um idioma técnico ou artificial, utiliza­ do e entendido pelo grupo socioprofissional dos operadores jurídicos. Da mes­ ma forma que um físico ou matemático redige uma monografia em português empregando uma terminologia bastante específica, o operador do direito utiliza o português de forma particular.

O estudo aprofundado da linguagem jurídica é realizado no âmbito da *lin­* *guística jurídica,* desenvolvida em extensos tratados (Cornu, 2000). Esses traba­lhos estudam com detalhes a estrutura do vocabulário jurídico, suas particula­ ridades gramaticais e sintáticas e as espécies de enunciados jurídicos. Limitar--nos-emos aqui a indicar duas características centrais da linguagem jurídica.

**6. Modugno, 2000, p. 15 -16; Sgarbi, 2007, p. 32.**

1 4 0 M ANUAL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

*3.1* *Linguagem de poder*

O direito é um idioma de poder. Não é utilizado para a simples comunica­ ção humana, isto é, para passar informações, instruir ou divertir O direito emite mandamentos, ou seja, utiliza a ferramenta da linguagem para influenciar o comportamento das pessoas, convencendo-as de se comportarem da forma que este determina (“faça”, “não faça”). Esse é o uso *prescritivo* da linguagem que indica que o direito é um meio de exercício do poder.

A natureza prescritiva da linguagem jurídica deve ser levada em considera­ ção para interpretar corretamente as normas jurídicas. Vejamos dois exemplos:

• “Não pode” significa “pode”. Um escrivão do tribunal informa no dia da audiência: “o juiz não pode comparecer hoje porque sofreu um acidente e está internado”. O art. 211 do Código Civil prevê: “Se a decadência for convencio­ nal, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação”. Do ponto de vista sintático, as duas frases são idênticas. Indicam aquilo que uma pessoa (o juiz) não pode fazer. Do ponto de vista pragmático apresentam, porém, uma grande diferença.

A primeira frase descreve aquilo que aconteceu indicando a impossibilida­ de de comparecimento do juiz, que realmente “não pode” locomover-se e atuar profissionalmente. A segunda frase só pode ser entendida se a traduzirmos em termos prescritivos, isto é, em termos de dever ser. O art. 211 do Código Civil não informa sobre a impossibilidade de o juiz levar em consideração a decadên­ cia por iniciativa própria, isto é, sem alegação do interessado. Sabe-se que o juiz pode fazê-lo e ordena-se que não o faça. O intérprete do direito entende o verbo “não pode” como “pode, *mas* não *deve fazê-lo”.*

• “É” significa “deve ser”. Em um livro de geografia está escrito: “Brasília é a Capital Federal”. O art. 18, § 1.°, da Constituição Federal prevê: “Brasília é a Capital Federal”. As duas frases são idênticas, mas também divergem totalmente em seu significado. A primeira frase informa qual é a capital do país. Se, ama­ nhã, Salvador voltasse a ser a capital do Brasil, os redatores do livro deveriam atualizá-lo, informando qual é a nova capital. Quando, porém, a Constituição utiliza o verbo “é” não quer informar os leitores sobre a capital do país; emite implicitamente uma ordem, proibindo que qualquer outra cidade seja procla­ mada como capital. Nesse caso, o verbo “é” tem o sentido de: “deve ser, e even­ tual decisão de mudar a capital será inconstitucional”.

Esses exemplos indicam que sem levar em consideração a natureza prescri­ tiva da linguagem jurídica enquanto idioma de exercício de poder não é possível entender a estrutura de suas normas, ou seja, o sentido do direito em vigor.

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E LINGUAGEM | 14 1 |

*3.2* *Linguagem técnica*

Poucos são os documentos jurídicos e os textos de doutrina de fácil com­ preensão e de estilo agradável. Isso não é devido à incapacidade literária de quem trabalha na área do direito, mas a exigências do sistema jurídico. A lin­ guagem jurídica não é utilizada para informar e muito menos para agradar o público. Seu objetivo é formular com precisão, brevidade, clareza e certeza de­ terminadas prescrições e, no caso da doutrina, expor de forma sistemática os regulamentos e os conceitos jurídicos.

O discurso jurídico utiliza modos de expressão técnicos, concisos, repe­ titivos e “secos”, no intuito de evitar os problemas das linguagens naturais in­ dicados no item 2, desta Lição. Quanto mais rigorosa for a linguagem jurídica, menor será o espaço deixado à polissemia, à ambiguidade sintática, à vagueza e às avaliações subjetivas e maiores serão as garantias para a segurança jurídica. Em outras palavras, a tecnicidade e o rigor da linguagem jurídica objetivam mi­ nimizar os problemas da comunicação, permitir ao locutor transmitir de forma fiel sua vontade e diminuir os espaços de interpretação subjetiva por parte do auditório, isto é, dos aplicadores do direito (cf. Bergel, 2001, p. 297; Pettoruti e Scatolini, 2005, p. 137-139).

Exemplo: o legislador que deseja regulamentar a taxa de juros pode esco­ lher expressões mais ou menos vagas. Pode estabelecer um valor (10% ao ano), remeter a índices econômicos (inferior ao dobro da inflação) ou fazer indicação vaga (taxa de juros razoável). A escolha não é questão de preferência literá­ ria; depende da vontade do legislador de controlar efetivamente os juros ou de deixá-los à discrição do mercado e do Poder Judiciário, utilizando para tanto termos vagos e ambíguos.

Da mesma forma, o operador do direito recorre ao rigor da linguagem téc­ nica para se fazer entender e para evitar que o adversário no processo se apro­ veite das ambiguidades e vaguezas da linguagem para atribuir a determinadas alegações o sentido que mais lhe favorece. O leigo pode, por exemplo, conside­ rar que queixa, denúncia e “notícia-crime” são sinônimos. Mas a comunicação forense só é satisfatória se todos conhecerem o significado técnico de cada um dos termos e os usarem de forma correta.

Estas colocações indicam qual é o ideal de construção da linguagem jurí­ dica. Na prática, porém, as formas de redação dos documentos estão distantes desse ideal.

Em primeiro lugar, o estudo das fontes do direito revela que, muitas vezes, os autores não se exprimem de forma satisfatória. A leitura do próprio texto constitucional revela uma série de flutuações na terminologia (termos diferentes

1 4 2 M A N U A L DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

são usados para indicar a mesma competência ou direito),7 de repetições inúteis,8 de erros conceituais9 e de termos vagos e ambíguos.10 Essas imperfeições dificul­ tam a compreensão e aplicação do texto.

Em segundo lugar, muitos textos normativos utilizam uma linguagem de difícil compreensão para os cidadãos, apesar de ser possível utilizar for­ mulações mais acessíveis. É interessante que na França foi editada em 2009 a Lei 526 “para a simplificação e melhor compreensão do direito e a facilitação dos procedimentos”.11 A lei modificou centenas de dispositivos legais para facilitar sua compreensão e aplicação, tendo em particular eliminado termos jurídicos incompreensíveis.

Em terceiro lugar, a leitura de peças processuais demonstra que os opera­ dores jurídicos utilizam um estilo retórico, repetitivo, repleto de argumentos de autoridade (Lição 9, 2.1.3) e, na realidade, vazio de conteúdo, que dificulta indevidamente a compreensão, ignorando as exigências do rigor jurídico.

Exemplo: “Na linha evolutiva de sua extensão, extingue-se temporaria­ mente o *ius puniendi* do Estado, que passa ao patamar da dispensabilidade, en­ quanto durar o bom comportamento do beneficiado. Esse é o ponto revitaliza-dor da aplicação do instituto condicionador de natureza normativa”.12

Observamos, finalmente, que a tecnicização da linguagem jurídica não de­ corre só da preocupação de clareza e, por consequência, de segurança jurídica. Como toda linguagem de “iniciados”, a linguagem jurídica é um instrumento de poder, manuseado pelos operadores jurídicos que conseguem, assim, adquirir um prestígio social (“o Doutor fala bonito”) e manter o monopólio de acesso ao sistema de justiça. O resultado é distanciar a população do universo jurídico e manter as vantagens sociais dos operadores do direito.

1. **Isso ocorre com os numerosos termos utilizados no texto constitucional para designar as mesmas categorias de direitos fundamentais (Dimoulis, 2001, p. 13).**

**8.** **Exem plo: as múltiplas referências à justiça social (Preâm bulo; art. 3 .°, I; art. 170; art. 193).**

1. **Exemplo: o direito à associação profissional encontra-se entre os direitos sociais (art. 8.°), apesar de ser um clássico direito de defesa (cf. Lição 12, 4), semelhante ao direito de associação, garantido no art. 5.°, XVII-XXI.**
2. **Isso ocorre no caso das normas programáticas (Lição 6, 3 .7).**
3. **Texto em:** [**http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT0000206**](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT0000206) **04162& fastPos=l& fastReqId=449522971& categorieLien=id& navigator=naturetexte navigator&modifier=LOI&fastPos=l&fastReqId=449522971&oldAction=rechTexte.**
4. **Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, RSE 1 .317 .317 -1, l . a Câmara Criminal, rei. Laércio Laurelli, 12 .09 .2002, *Boletim IBCcrim, Jurisprudência* 122/676, 2003.**

|  |  |
| --- | --- |
| DIREITO E LINGUAGEM | 1 4 3 |

Isso não significa que os operadores do direito devem abandonar a termi­ nologia técnica e usar expressões coloquiais, que sempre causam confusões e incertezas. Mas não deve servir de pretexto para a retórica e o “fechamento” do sistema jurídico. Os operadores do direito possuem o dever de popularizar o co­ nhecimento jurídico e, principalmente, de explicar às partes do processo, com palavras simples, o andamento das causas que os interessam.

*Para aprofundar o conhecimento*

Bergel, 2001, p. 289-312; Bittar, 2001; Bix, 1996; Castignone, 2001, p. 5-32; Goodrich, 1987; Jackson, 1987; Koch, 1977; Nino, 1983, p. 248-272; Pettoruti eScatolini, 2005, p. 125-150; Ross, 2000, p, 135-187; Rüthers, 1999, p. 88-123; Sanchís, 2005, p. 41-52, 249-258; Sgarbi, 2007, p. 26-51, 81-104; Struchiner, 2002; Tamayo y Salmorán, 1993; Terré, 2009, p. 338-345; Warat e Rocha, 1995; Wesel, 1993, p. 165-176.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  |  |  | **Lição 8** |
|  |  | **INTERPRETAÇÃO DO DIREITO** | |
| S U M Á R I O : **1. Definição e objetivo da interpretação jurídica- 2 . Controvérsias** | | | |
| **interpretativas - 3** | **. Métodos de interpretação: 3.1** | | **Interpretação gramatical;** |
| **3 .2 Interpretação** | **sistem ática; 3 .3** | **Interpretação** | **histórica (teleologia sub­** |
| **jetiva); 3 .4 Interpretação teleológica objetiva - 4 . Problemas dos métodos** | | | |
| **de interpretação -** | **5. Possíveis resultados da interpretação - 6. O problema** | | |
| **da analogia e da restrição *- 7 . 0*** | | **papel do legislador na interpretação do** | |
| **direito - 8 . Conclusão.** | |  |  |

**1. Definição e objetivo da interpretação jurídica**

Segundo a nossa definição, o direito das sociedades modernas é um *conjun­* *to* de normas válidas que objetiva regulamentar o comportamento social. Issosignifica que o direito não é simplesmente composto de normas: constitui um *sistema*, cujos elementos são interligados e ordenados, cumprindo determinadasfunções. Portanto, as regras do direito só podem ser entendidas e aplicadas se forem combinadas entre si.

Para entender o direito como conjunto ordenado de normas devemos efe­ tuar uma interpretação, que objetiva captar o sentido de cada norma emitida pelo legislador. Comecemos com um exemplo. A palavra professor indica, segundo o *Dicionário Aurélio*, “aquele que professa ou ensina uma ciência, uma arte, umatécnica, uma disciplina”. Podemos, assim, subsumir ao termo professor atividades tão diferentes como o ensino do direito agrário, da biologia molecular, da capoei­ ra, do nado sincronizado, da ópera chinesa e da culinária venezuelana.

Quando uma norma jurídica utiliza a palavra professor cria-se o problema de seu significado. Utilizaremos como exemplo a seguinte norma (fictícia):

“Art. 3.° Todos os professores possuem direito a dois meses de férias re­ muneradas”.

Devemos fazer uma interpretação do termo professor, para estabelecer a extensão do grupo de pessoas que se beneficiam desse regulamento. A interpre­ tação começa estabelecendo os *significados da palavra* na linguagem comum. Isso permite excluir do campo de aplicação da norma pessoas que evidentemente não ensinam. Ficam, por exemplo, excluídos os faxineiros e os gerentes de banco. O significado da palavra na linguagem comum não permite, porém, determinar quais categorias de professores serão incluídas no regulamento (tipo e nível de

|  |  |
| --- | --- |
| INTERPRETAÇÃO D O DIREITO | 1 4 5 |

ensino). Tampouco permite solucionar dúvidas em casos difíceis: o diretor de uma escola está incluído no regulamento apesar de não ensinar efetivamente?

Para fixar o significado jurídico do termo professor devem ser interpre­ tadas as disposições jurídicas em seu conjunto. Exemplos: o título da lei pode especificar o âmbito de aplicação (“Estatuto dos professores de ensino médio”). Também pode ocorrer que uma disposição da lei ofereça uma definição do ter­ mo professor (“são considerados professores para os efeitos desta Lei todos os docentes de escolas municipais”). Além disso, a combinação de vários artigos pode concretizar o significado do termo. Por exemplo, um artigo que estabelece como tarefa principal do professor “supervisionar e orientar atividades esporti­ vas” permite entender que a lei refere-se a professores de educação física.

O exemplo permite definir a interpretação jurídica. Trata-se de um proces­ so de *atribuição de sentido aos enunciados normativos jurídicos (textos de norma).*

Evidentemente, o operador do direito não atribui aos textos de norma o signifi­ cado que quiser, mas busca entender o sentido objetivo que possuem aplicando os *métodos* da interpretação jurídica.

A finalidade da interpretação jurídica é *constatar a vontade do autor da nor­* *ma*, tal como esta foi *fixada* em dispositivos jurídicos. Como dizia Savigny, “a in­terpretação (...) é reconstrução do pensamento estampado na lei” (1949, p. 82). Mais concretamente, o intérprete tenta entender aquilo que o autor da norma queria que acontecesse em determinada situação. No nosso exemplo deve ser feita a tentativa de saber quem é professor e quais seus direitos (o empregador deve lhe conceder dois meses de férias remuneradas).

A necessidade de constatar a vontade do legislador é fundamental na inter­ pretação do direito. Como dissemos, o aplicador do direito não tem a liberdade de decidir de acordo com sua consciência ou opinião política. Sua tarefa é enten­ der os dispositivos vigentes para construir a norma jurídica e aplicar em determi­ nada situação, *da forma mais fiel possível*, aquilo que os legisladores determinam.

Isso é devido ao princípio da separação dos poderes, garantido pela Cons­ tituição Federal de 1988. A Constituição reconhece ao legislador (parlamentar) a competência de criar normas gerais e obrigatórias que as demais autoridades do Estado devem aplicar, não podendo ignorar ou contrariar o legislador (a não ser quando esse último viola a Constituição, caso no qual cabe censura - Lição 9, 2.1.2). Nas democracias, o legislador exerce esse poder superior porque é legitimado pelo voto popular, devendo os demais poderes seguir de forma fiel seus mandamentos (Maus, 1989; Rüthers, 1999, p. 397-399).

**2. Controvérsias interpretativas**

José, professor de aeróbica na Academia Athlos, cuja proprietária é Danie-la, entra com ação trabalhista contra a academia, pedindo o reconhecimento do direito a dois meses de férias remuneradas. O juiz trabalhista deve decidir se

1 4 6 M ANUAL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

José é professor no sentido da referida lei, para, posteriormente, realizar o silo­ gismo jurídico (Lição 6, 5) e deferir ou indeferir o pedido.

Para tal efeito, o juiz deve utilizar a norma “todos os professores possuem direito a dois meses de férias remuneradas” como premissa maior. Responder a questão se José é professor significa decidir se os professores de educação física que trabalham no setor privado são incluídos no grupo de pessoas ao qual se aplica o direito a férias de dois meses.

Temos aqui um problema de interpretação jurídica. Esses problemas geram grandes controvérsias, devido a três razões:

1. *Vagueza da linguagem.* A linguagem humana apresenta *caráter vago* (Li­ção 7, 2): as palavras podem ser interpretadas de várias maneiras e quase sempre há dúvidas, incertezas e controvérsias.
2. *Abstração dos regulamentos legais*. Em segundo lugar, as finalidades so­ciais da norma jurídica impõem a criação de regulamentos abstratos. O legisla­ dor não quer regulamentar um caso concreto, mas um conjunto amplo de situa­ ções que podem ocorrer no futuro. Mesmo se a lei desse uma lista completa de todas as atividades que podem ser exercidas por professores, na vida real sempre se apresentaria um novo caso, criando dúvida sobre a aplicação da lei.

Exemplo: se a lei especificar que se inclui na categoria do professor quem ensina um esporte, criar-se-ia a dúvida quais são os esportes legalmente reco­ nhecidos. Para resolver essa dúvida a lei deveria também incluir uma longa lista de todos os esportes reconhecidos. Mesmo assim, poderiam aparecer no futuro novas modalidades esportivas, criando dúvidas sobre a sua inclusão nos espor­ tes reconhecidos.

Assim, uma lei que quisesse solucionar todas as dúvidas de interpretação, deveria conter inúmeros artigos, especificando intermináveis detalhes. Isso tor­ naria extremamente complexo o sistema jurídico e o distanciaria ainda mais da população. E mesmo assim o problema não se solucionaria, porque o legislador nunca pode prever todas as situações futuras.1

Diante dessa situação, o legislador limita-se a estabelecer regras gerais, dei­ xando aos operadores jurídicos o cuidado de decidir, mediante a interpretação, qual será o modo de sua aplicação em casos concretos.

1. **Isso é devido à “porosidade” da terminologia (Koch, 1977, p. 45; Struchiner, 2002, p. 68 -84). Mesmo o termo mais concreto e bem definido pode gerar dúvidas se se apresentar no futuro uma situação que ninguém previa no momento da criação da lei, como ocorre com os progressos das ciências que modificam a situação real. Qual le­ gislador previu, por exemplo, que o progresso da biogenética permitiria o nascimento de crianças com mais de dois genitores por meio de manipulação genética? E como aplicar a tais situações os conceitos de parentesco do Código Civil, que se baseia no modelo da procriação natural?**

|  |  |
| --- | --- |
| INTERPRETAÇÃO D O DIREITO | 1 4 7 |

3. *Conflitos de interesses*. As controvérsias relacionadas com a interpretação jurídica são causadas por conflitos de interesses de grupos e pessoas. Se dois pro­ fessores de direito do trabalho discutissem teoricamente sobre o caso de José, po­ deriam talvez concordar. Na realidade social, porém, a interpretação do direito é dada em função do interesse de cada uma das partes envolvidas. O professor José não processa a empregadora Daniela porque os dois discordam teoricamente sobre

o sentido dos dispositivos jurídicos. José quer gozar do direito a férias remuneradas de dois meses e Daniela não quer concedê-las, porque deseja diminuir as despesas. Em outras palavras, as partes discordam sobre a interpretação da lei porque têm in­ teresses opostos. Se José fosse patrão e Daniela funcionária, muito provavelmente sustentariam perante o tribunal opiniões contrárias sobre o “sentido” da lei!2

**3. Métodos de interpretação**

Os juristas desenvolveram métodos de interpretação das normas jurídicas que permitem dar respostas relativamente satisfatórias, mesmo se persistem as controvérsias sobre o sentido de cada método e, principalmente, sobre a solução que deve ser adotada quando os métodos levam a resultados contraditórios ou não permitem chegar a uma conclusão.

Os principais instrumentos que possui o operador do direito para resolver os problemas de interpretação são os quatro métodos da interpretação, desen­ volvidos pela doutrina e, geralmente, vinculados ao nome de Savigny:3

•interpretação gramatical (textual ou literal);

•interpretação sistemática (lógica);

* teleologia subjetiva (histórica);
* teleologia objetiva.

*3* **.7** *Interpretação gramatical*

Esse método busca identificar o significado das palavras utilizadas pelo legislador, tentando entender o que ele quis ordenar por intermédio da lei. Às vezes, a lei facilita o entendimento dos dispositivos, oferecendo a definição de seus principais termos.4

1. **Além desses três problemas, o intérprete pode se deparar com dificuldades técnicas, como a existência de normas contraditórias entre si (antinomias - Lição 11) ou a au­ sência de normas aplicáveis (lacunas - Lição 8, 6, c).**
2. **Savigny (1949, p. 82 -89) não se refere à teleologia objetiva, considerando que a busca pela finalidade da lei ocorre em todo o processo da interpretação. Sobre a relação entre os métodos de interpretação e a obra de Savigny, cf. Dimoulis, 2006, p. 241 -242 .**
3. **Exemplo: o art. 2.° da Lei 9 .432, de 09 .01 .1997 (Ordenação do Transporte Aquaviário) define o termo “navegação de cabotagem”: “Para os efeitos desta Lei, são estabelecidas**

1 4 8 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Em outros casos, o legislador indica que emprega um termo com signifi­ cado específico, que pode ser diferente do ordinário5 ou mesmo oposto a este.6 O que deve ocorrer, porém, quando a legislação não oferece indicações sobre o sentido dos termos que emprega? Em tais casos, o intérprete deve partir do pres­ suposto que os termos utilizados possuem o significado da linguagem comum. Já que a legislação destina-se à população em geral e não só ajuízes e advogados, o mais provável é que seus criadores adotem o significado comum das palavras.

Essa regra não é absoluta. Sabemos que no direito muitos termos adquirem significados próprios.7 Também encontramos na legislação o emprego de termos técnicos oriundos de outras áreas do conhecimento.8 No caso da terminologia técnica de cunho jurídico, o intérprete, que é formado em direito, conhece o sig­ nificado específico dos termos. Em se tratando de termos de outras áreas, o intér­ prete deve procurar seu sentido na bibliografia da área ou consultar especialistas.

O método gramatical constitui o *início* da interpretação. Antes de tudo de­ vemos entender as palavras. Estabelecer, por exemplo, o que significam as pala­ vras “professor” e “férias”. Além disso, o significado gramatical dos termos legais funciona como *limite* da interpretação. O resultado da aplicação de outros méto­ dos de interpretação deve ser sempre comparado com o significado literal das pa­ lavras. Se um método de interpretação indicar, por exemplo, que seria bom que os secretários de uma universidade fossem incluídos na categoria de professor, gozando das mesmas férias, devemos rejeitar essa interpretação porque contraria o significado gramatical da palavra “professor”.9

**as seguintes definições: (...) IX - navegação de cabotagem: a realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores”.**

1. **Exemplo: o Código Civil de 2002 utiliza o termo solidariedade em sentido específico, oferecendo uma definição: “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda” (art. 264). A Constituição Federal utiliza o termo “sociedade solidária” (art. 3.°, I) sem oferecer uma definição. Nesse caso devemos entendê-lo no significado comum da palavra, indicado nos dicionários.**
2. **Exemplo: o Código Civil considera como bem imóvel a edificação que, após ter sido**

**separada do solo, foi removida para outro local sem demolição (art. 8 1 ,1 ). Essa defini­ ção é juridicamente válida e vincula o aplicador, mesmo se contraria o sentido comum, por declarar “imóvel” algo que já foi desligado do solo e transportado para outro lugar!**

1. **Exemplos: “mandado de segurança”, “agravo de instrumento”, “revisão criminal”.**
2. **Exemplos da Constituição Federal: “radioisótopos” (art. 21, XXIII,** *b)\* **“produtos psi-coativos” (art. 200, VII); “agrotóxicos” (art. 220, § 4.°).**
3. **Duas observações. Em primeiro lugar, é possível conceder férias de dois meses também aos secretários de escolas por razões de igualdade de tratamento. Isso não resultaria, porém, da norma que garante férias aos professores, mas da norma que estabelece a**

|  |  |
| --- | --- |
| INTERPRETAÇÃO D O DIREITO | 1 4 9 |

Outro exemplo: podemos discutir sobre o ponto exato em que termina a vida humana, já que os critérios empregados (morte cardíaca, morte cerebral?) são su­ jeitos a controvérsias científicas e jurídicas. Não se pode, porém, dizer que faleceu uma pessoa que ainda respira, mesmo sabendo que ela sofre de doença incurável! Aqui encontramos uma importantíssima função da interpretação gramatical. *Res­* *peitar a vontade do legislador significa respeitar os termos que ele emprega.*

*3.2* *Interpretação sistemática*

A interpretação sistemática objetiva *integrar e harmonizar* as normas jurídi­ cas considerando-as como um conjunto. Para melhor entender o mandamento legislativo, devemos analisar a norma dentro do contexto da regulamentação legal, levando em consideração as relações lógicas e hierárquicas entre as várias normas. Com efeito, não é possível entender a maioria das disposições jurídicas sem analisar o direito como um todo.

Exemplo: o art. 59, II da Constituição italiana prevê “O Presidente da Re­ pública pode nomear como senadores vitalícios cinco cidadãos A norma parece muito clara. Mas surge a dúvida. Cada novo Presidente da República pode nomear “seus” cinco senadores? Ou o número cinco indica o total dessa categoria? A resposta não pode ser dada pela leitura da norma, mas depende de considerações sobre o regime democrático que repudiaria um número elevado de senadores escolhidos sem o voto popular e do papel limitado do Presidente da República no parlamentarismo italiano. A segunda interpretação prevaleceu por décadas na Itália, foi abandonada por um tempo e voltou a ser seguida (Ver­ go ttini, 2001, p. 254-255). Isso mostra a necessidade de iluminar a interpreta­ ção gramatical com argumentos sistemáticos.

A vontade do legislador é considerada como única e coerente, ou seja, *ra­* *cional*. E o ordenamento jurídico é considerado como sistema coerente e semcontradições (“unidade do ordenamento jurídico” - Rüthers, 1999, p. 154-157, 416-429). Isso constitui uma importante *ficção* da interpretação jurídica.10 Não podemos partir do pressuposto de que o legislador, ao mesmo tempo, queria e não queria que José gozasse de férias! Se uma norma leva à conclusão que ele goza de férias e outra permite entender o contrário, devemos harmonizar am­ bas, para chegar a uma única conclusão.

**igualdade. Em segundo lugar, existem casos em que a interpretação não respeita o li­ mite do significado gramatical. Trata-se dos casos da analogia e da restrição de sentido, que serão estudados no item 6.**

1. **Ficção significa aqui que o intérprete deve admitir (mesmo se isso não for verdade) que o legislador que regulamenta um assunto tem uma única vontade, mesmo se os regulamentos forem obscuros ou contraditórios. Sobre o legislador racional, cf. Nino, 1983, p. 328 -332; Ost, 1999, p. 93.**

1 5 0 M ANUAL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

A combinação de disposições legais permite também *solucionar dúvidas de* *interpretação:* se a disposição em questão não define o termo professor, pode serque uma outra o faça. A combinação permitirá dar uma resposta.

*3.3* *Interpretação histórica (teleologia subjetiva)*

Esse método vai além da interpretação das palavras empregadas no texto da norma. Busca a vontade do legislador histórico, ou seja, as intenções que ele tinha quando estabeleceu determinado regulamento. A interpretação histórica baseia-se, em primeiro lugar, no estudo das discussões parlamentares na época da elaboração da lei, dos anteprojetos da lei e da exposição de motivos que, em muitos casos, acompanha as leis de certa relevância e procura explicar suas finalidades.

Um outro instrumento no âmbito do método histórico é a utilização de co­ mentários e eventuais polêmicas em tomo da criação de uma lei (pareceres e tra­ balhos científicos de juristas, comentários dos responsáveis políticos nos jornais).

Finalmente, a interpretação histórica recorre ao estudo do direito compara­ do da época de criação da lei na busca de eventuais “empréstimos” do legislador nacional que permitam melhor entender a norma em vigor estudando a legisla­ ção e a jurisprudência de outros países que enfrentaram problemas semelhantes.

A pergunta central é: por que o legislador editou uma norma? Qual foi sua finalidade? Por essa razão a doutrina denomina também a interpretação histórica de interpretação “teleológica”. Teleologia significa *busca de finalidade* e provém da palavra grega *telos* (= término e escopo).11 O método histórico fundamenta-se na teleologia subjetiva, porque se interessa pelas intenções do legislador histórico e não pela finalidade objetiva da lei.

Esclarecemos, finalmente, que a busca da vontade do legislador histórico não significa fazer uma pesquisa biográfica para entender o que exatamente desejou determinado legislador. Isso é impossível nos Estados democráticos, já que a lei é o produto de deliberações, negociações e compromissos de centenas de deputados que compõem o Poder Legislativo, sendo impossível identificar a vontade de cada um. Mesmo se isso fosse possível não teria relevância para o trabalho da interpretação, já que aquilo que interessa não é a pretensão subjetiva que permaneceu na cabeça do legislador e sim o entendimento dos motivos e das finalidades da edição da lei mediante o debate político e científico da época.

Desse modo, aquilo que se procura verificar por meio da interpretação his­ tórica não é a *mens legislatoris* (a intenção ou o espírito do legislador), e sim a

1. **Por isso diz-se, também, que os métodos teleológicos estão fundamentados na busca da *ratio legis,* da razão que motivou a criação da lei.**

|  |  |
| --- | --- |
| INTERPRETAÇÃO D O DIREITO | 15 1 |

*mens legis* (a intenção ou o espírito da lei), que resulta da reconstrução do con­texto de criação da norma.

*3.4* *Interpretação teleológica objetiva*

O último método é a teleologia objetiva. Aqui o intérprete busca a finalidade social das normas jurídicas, tentando propor uma interpretação que seja conforme a critérios e exigências atuais. O raciocínio é o seguinte: ao criar a lei, o legislador pretendia tutelar determinados interesses ou bens e alcançar certas finalidades. Se entre a criação da lei e o momento atual houve mudanças sociais, devemos aplicar a norma após termos identificado qual seria a vontade do mesmo legislador se ele legislasse em nossos dias. Em outras palavras, esse método propõe interpretar a norma de acordo com aquilo que o legislador teria decidido se conhecesse a situa­ ção atual. Tenta-se, assim, atualizar os textos normativos pensando qual é o me­ lhor caminho para alcançar, hoje, a finalidade que o legislador tinha estabelecido.

Mesmo quando a lei não necessita de atualização e adaptação à situação atual, a teleologia objetiva pode ser empregada quando há dúvidas em relação ao seu sentido. Entre várias interpretações possíveis, deveríamos escolher aque­ la que melhor se ajusta à finalidade da lei. Por essa razão sustenta-se, frequen­ temente, que a interpretação teleológica não se atém à letra da lei e sim ao seu “espírito”. Constitui, assim, um outro método para constatar a *mens legis* (a intenção ou o espírito da lei).12

A esse método de interpretação faz referência o art. 5.° da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro:13 “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins so­ ciais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Esse artigo indica que, em

* 1. **A contraposição entre a letra da lei *(verba)* e seu espírito (mens) é frequente nos tra­ tados jurídicos sobre a interpretação (referências em Schròder, 2001, p. 56 -71, 144-**
     1. **. O Digesto afirma que o sentido da lei não se encontra em suas palavras, e sim na compreensão de sua vontade: “Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim**

**ac potestatem”, opinião do jurisconsulto Celso, Digesto de Justiniano, 1.3 .17 . Fonte:** [**<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-**](http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-01.htm)**01.htm>).**

1. **No Brasil vigora desde 1942 o Decreto-Lei 4 .657, cujo título é “Lei de introdução ao Código Civil”. Veremos que seus dispositivos são de grande importância para a inter-pre-tação jurídica. A Lei 12 .376 de 2010 manteve inalterado o Decreto-Lei de 1942, mas mudou seu título para: “Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro”. A mu­ dança é justificada, pois as normas em questão se aplicam também fora do direito civil. Mas pode gerar confusões, já que o recurso dessa lei a métodos teleológicos, à analogia e aos princípios gerais de direito não condizem com ramos de direito público, como o penal e o tributário. O correto, em nossa opinião, seria elaborar uma nova legislação, sistemática e unificada, sobre todos os problemas de redação, interpretação e aplicação do direito, resolvendo dúvidas que atormentam o aplicador do direito na atualidade, causando insegurança jurídica.**

1 5 2 M AN UAL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

caso de dúvida sobre o sentido de uma lei, o aplicador pode recorrer à teleologia objetiva e optar pela interpretação que permite alcançar objetivos fundamentais do ordenamento jurídico. Alguns autores consideram que o recurso à teleologia deve ser feito mesmo quando a lei for clara, mas não atende finalidades sociais, particularmente as previstas na Constituição.14

Para estabelecer os “fins sociais” das leis podemos pensar no art. 3.° da Cons­ tituição Federal que indica os “objetivos fundamentais” do Estado: “I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; 11 - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

**4. Problemas dos métodos de interpretação**

Savigny observava que para realizar uma interpretação satisfatória da lei de­ vem ser levados em consideração todos os métodos de interpretação (Savigny, 1949, p. 84). Essa colocação não corresponde à experiência dos intérpretes do direito, que constatam os sérios problemas e as limitações dos métodos de interpretação.

Em primeiro lugar, os métodos são extremamente abstratos. Como procu­ rar, por exemplo, a “finalidade” da lei que não está escrita em nenhum lugar? Afinal de contas falar da finalidade não equivale a dar “carta branca” aos enten­ dimentos subjetivos do aplicador? E como procurar a “vontade” do legislador histórico quando o material reunido revela-se bastante contraditório e consta­ tamos que no Congresso Nacional os oradores sustentaram várias versões sobre os objetivos da lei?

Em segundo lugar, os métodos de interpretação podem levar a resultados contraditórios entre si. No referido caso da presunção de violência contra me­ nores, a teleologia objetiva aconselha não aceitar a presunção quando a menor consente e entende perfeitamente o significado dos atos sexuais. A teleologia histórica e a interpretação gramatical apontam para a solução contrária. Qual solução é a mais indicada? Para escolher, deveríamos saber qual método preva­ lece em caso de conflito. A doutrina sublinha, porém, que não é possível hierar­ quizar os métodos de interpretação!

1. **Cf. Barroso, 1999, p. 138 -139 . Exemplo: a Lei 12 .212 de 2010, estabelece os critérios para que o consumidor de baixa renda possa usufruir descontos nas tarifas de energia elétrica. Os descontos diminuem conforme aumenta o consumo de energia, cessando a partir dos 220 kWh/mês. Já que finalidade da lei é ajudar os consumidores mais po--bres, atendendo a um objetivo fundamental da Constituição, poderíamos alegar que devem usufruir o desconto também pessoas carentes cujo consumo mensal é superior ao estabelecido pela lei.**

|  |  |
| --- | --- |
| INTERPRETAÇÃO D O DIREITO | 1 5 3 |

Aqui não há uma resposta satisfatória. Os métodos de interpretação funcio­ nam como instrumentos de pensamento e de argumentação que tornam possí­ vel a interpretação. Não oferecem, porém, soluções definitivas, claras e automá­ ticas. Os métodos de interpretação indicam simplesmente alguns caminhos para se aproximar do pensamento do legislador e permitem tão somente estabelecer os limites de uma interpretação aceita.

Isso não é, na realidade, um defeito dos métodos de interpretação. As dúvi­ das dos intérpretes não são devido a problemas dos métodos, mas a *escolhas do* *próprio legislador*. Quando o legislador quer ser concreto utiliza termos claros etaxativos; cria normas de *alta densidade normativa* (Lição 6, 3.2.7), minimizan­ do as dúvidas. Além disso, não faltam os casos em que o legislador indica até mesmo o método de interpretação que deve ser empregado.

Exemplos: o art. 111 do Código Tributário Nacional prevê: “Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I - suspensão ou exclu­ são do crédito tributário (...)”. O art. 2.° do Código de Processo Penal Militar de 1969 estabelece: “A lei de processo penal militar deve ser interpretada no sentido literal de suas expressões (...)”, indicando, em seguida, uma série de ex­ ceções e critérios de interpretação. De maneira semelhante, o Código Civil fixa regras de interpretação de certos negócios jurídicos, optando pela interpretação restritiva (arts. 114, 819, 843).

A falta de indicação do método de interpretação e o emprego de termos abstratos e pouco claros indicam que o legislador quis conceder um amplo po­ der discricionário ao aplicador, criando normas de baixa densidade normativa.

Exemplo: a Constituição Federal reconhece em seu art. 5.°, *caput*, o “direi­ to à vida”. Não estabelece, porém, o início e o fim da vida, deixando aos cuida­ dos do legislador ordinário e do Poder Judiciário a fixação desses limites, sem os quais se toma impossível aplicar uma série de normas de direito penal e civil.15

Em tais casos, o intérprete não deve “forçar” a interpretação. Deve deixar a responsabilidade da decisão aos aplicadores do direito e, em última instância, ao Poder Judiciário. Por sua parte, os juizes não podem decidir segundo suas preferências. Devem *sempre justificar* sua opção com argumentos racionais, que possam convencer os cidadãos. A fundamentação das decisões do Judiciário constitui obrigação constitucional: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, scb pena de nuli­ dade (...)” (art. 93, IX, da Constituição Federal).

**15. Às vezes o legislador autoriza expressamente o aplicador a decidir segundo seu arbí­ trio. Exemplo: no âmbito da jurisdição voluntária, o Código de Processo Civil prevê: “(...) o juiz não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente e oportuna” (art. 1.109).**

1 5 4 M ANUAL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Lendo decisões de tribunais brasileiros, constatamos que, infelizmente, a maioria não oferece fundamentações adequadas. Os argumentos empregados são frequentemente retóricos (“não cabe dúvida”, “é preclaro”), não oferecem uma avaliação detalhada das várias opções interpretativas ou se satisfazem com refe­ rências a autoridades (famosos juristas, tribunais superiores), considerando que o prestígio pode justificar uma opinião. Isso é um grave defeito da cultura jurídica. Somente decisões fundamentadas em argumentos sérios satisfazem os requisitos constitucionais e convencem as partes de que a justiça é bem administrada.

**5. Possíveis resultados da interpretação**

Quando analisamos um poema, a interpretação pode ser fiel ao texto ou “livre”. Mesmo se aquilo que consideramos como sentido do poema for total­ mente alheio às intenções do autor no momento da redação e mesmo se um especialista considerar que a nossa interpretação está totalmente equivocada, nada muda no mundo externo e ninguém sai prejudicado.

A situação é totalmente diferente no caso da interpretação jurídica, que é realizada para permitir a tomada de decisões em casos concretos. Por esse motivo tem crucial importância a escolha do intérprete a favor de uma interpre­ tação mais ou menos fiel ao texto. Dessa escolha dependerá se uma pessoa será condenada ou absolvida, se deverá pagar uma indenização, se será demitida, despejada, admitida em um concurso, se tem direito à aposentadoria.

Conforme indica a doutrina jurídica, desde o século XV, há *cinco* modos para interpretar uma palavra de forma mais ou menos fiel ao texto (Schrõder, 2001, p. 56-78):

* interpretação declarativa;
* interpretação extensiva; •interpretação restritiva;
* analogia;
* restrição de sentido.

Para analisar essas cinco possibilidades de interpretação, usaremos um exemplo fictício. Suponhamos que na entrada da biblioteca da OAB de São Pau­ lo encontra-se o seguinte cartaz: “Entrada permitida somente para advogados”.

Os funcionários da biblioteca devem saber qual é o grupo de pessoas que possui o direitc de entrada, ou seja, quais pessoas podem ser consideradas como advogados. O termo “advogados” pode ser interpretado de cinco modos diferen­ tes, que correspondem às cinco possibilidades de interpretação acima indicadas.

1. *Interpretação declarativa.* Trata-se da interpretação normal, segund significado comum dos termos na linguagem natural ou jurídica. A preferência para essa forma de interpretação é devido à necessidade de respeitar a vontade

|  |  |
| --- | --- |
| INTERPRETAÇÃO D O DIREITO | 1 5 5 |

do legislador. Não é adequado ampliar ou restringir o significado dos termos utilizados pelo mesmo se não há sério motivo para tanto.

Em nosso exemplo, deve ser considerado advogado aquele que possui a habilitação para exercer a profissão de advogado, sendo inscrito na OAB.

2. *Interpretação extensiva.* Aqui o termo é interpretado de maneira extensi­ va, não habitual, sem, porém, que a interpretação se torne incompatível com o significado literal do termo. A interpretação extensiva dilata o significado até o ponto máximo que o termo permite. Pode ser admitida se o intérprete indicar os motivos pelos quais a interpretação declarativa não corresponde à verdadeira vontade do legislador. Para tanto, o intérprete deve comprovar que o legislador disse menos do que pretendia (em latim: *lex minus dixit quam voluit),* devendo o intérprete corrigir esse problema, ajustando a norma às intenções do legislador.

Em nosso exemplo, a interpretação extensiva permite incluir na definição do termo todas as pessoas que tenham a possibilidade de exercer a profissão de advogado, mas que não a desempenham efetivamente, por exemplo, porque são juizes ou promotores ou porque se aposentaram.

3. *Interpretação restritiva.* No caso da interpretação restritiva, o aplicador reduz o significado de um termo legal, considerando que devem ser excluídas de sua aplicação certas pessoas ou situações, apesar de serem compreendidas no significado habitual do termo. Aqui o intérprete faz uma seleção entre os possíveis significados do termo. A interpretação restritiva pode ser admitida se for comprovado que o legislador disse mais do que pretendia, abrangendo no regulamento pessoas e situações que, dada a finalidade da lei, não deviam ser abrangidas pela mesma (em latim: *lexplus dixit quam voluit).*

Em nosso exemplo teríamos uma interpretação restritiva se considerásse­ mos como advogados somente os membros da OAB de São Paulo, excluindo os advogados que atuam em outros Estados da Federação.

4. *Analogia.* No caso da analogia, o intérprete excede o limite do possível significado dos termos legais (Atienza, 1986; Romeo, 1990). A analogia *começa* *onde termina a possibilidade de interpretação extensiva.* Temos uma interpretaçãoanalógica quando se considera que uma norma rege determinadas situações, apesar da impossibilidade de subsumir essas situações aos termos da norma. A analogia se justifica pela constatação de que os casos contemplados pela norma apresentam grandes semelhanças com os não contemplados. A aplicação da lei deve ser estendida porque ocorre “identidade da razão jurídica”: *ubi eadem ratio,* *ibi idemjus* (quando a razão for a mesma, a lei deve ser a mesma).16 Em outras

**16.** **Sobre a história do brocardo, cf. Cortese, 1962, p. 297 -337 .**

1 5 6 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

palavras, a analogia se justifica pelo emprego de métodos teleológicos, que con­ sideram decisiva a finalidade e não a letra da lei.

Em nosso exemplo, faria analogia quem sustentasse que a norma se aplica também a pessoas que exercem profissões semelhantes à do advogado (conta­ dores, administradores de empresas) ou que possuem formação jurídica sem se­ rem habilitados para o exercício da advocacia (bacharéis em direito, candidatos ao exame da OAB).

5. *Restrição de sentido.* Aqui o intérprete opera de modo parecido ao da analogia; os resultados são, porém, *exatamente opostos.* A interpretação é dada

de forma contrária ao sentido do termo, excluindo de sua aplicação situações que, sem dúvida alguma, são abrangidas pelo regulamento legal. A justificativa é a mesma dada no caso da analogia: a finalidade da lei impõe que seja feita uma interpretação que contrarie o conteúdo da norma (sua “letra”) para refletir o “espírito” do legislador.

Em nosso exemplo, teríamos uma restrição de sentido se excluíssemos da aplicação da norma um grupo de pessoas que indubitavelmente são compreen­ didas no significado do termo advogado. Poderia, por exemplo, ser proibida a entrada na biblioteca de quem não pagou a anuidade exigida pela OAB/SP

Criam-se, assim, cinco círculos de possíveis resultados da interpretação, desde o maior, que é a analogia, até o menor, que é a restrição de sentido: Ana­ logia > Interpretação extensiva > Interpretação declarativa > Interpretação res­ tritiva > Restrição de sentido.

**6. O problema da analogia e da restrição**

Como escolher a interpretação mais adequada? Devemos respeitar a letra da lei, realizando interpretações declarativas ou seria mais indicado recorrer a ope­ rações de “correção”, estendendo ou restringindo o âmbito de aplicação das nor­ mas, segundo as circunstâncias e as peculiaridades dos casos que se apresentam?

Antes de escolher, devemos averiguar se o próprio legislador manifestou sua preferência por determinado modo de interpretação.17 Quando isso não

1. **Isso ocorre com os denominados “contratos de adesão”. Trata-se de contratos elabora­ dos pelos serviços jurídicos de grandes empresas aos quais adere quem deseja receber os produtos ou os serviços da empresa. O consumidor não pode negociar os termos do contrato. Deve aceitar seu conteúdo, que quase sempre inclui cláusulas a favor da empresa, ou desistir do contrato *(take* ít *or leave it).* Na prática, o consumidor acaba aceitando, principalmente quando as empresas que praticam contratos de adesão são as únicas prestadoras do serviço (caso da eletricidade) ou quando todas as empresas de um setor adotam contratos semelhantes (caso das companhias de transporte e dos bancos). No intuito de proteger o consumidor, o art. 423 do Código Civil prevê que, havendo cláusulas ambíguas ou contraditórias no contrato de adesão, deve ser escolhi-**

|  |  |
| --- | --- |
| INTERPRETAÇÃO D O DIREITO | 1 5 7 |

ocorre, devemos partir do entendimento de que o objetivo da interpretação é encontrar a vontade do legislador, fixada em dispositivos legais. Por tal razão, o intérprete deve preferir a *interpretação declarativa*, efetuando uma rigorosa análise do sentido da norma em seu contexto (interpretação gramatical e siste­ mática). Dependendo das peculiaridades do caso, podemos efetuar uma inter­ pretação extensiva ou restritiva que corrija a extensão da lei sem desrespeitar por completo sua formulação. Isso pressupõe, como observamos, que o apli-cador justifique de forma plausível a necessidade da correção, referindo-se às finalidades da própria lei.

Em regra geral, o operador jurídico deve *evitar* o emprego da analogia e da restrição de sentido. Esses modos de interpretação se chocam frontalmente com o significado da norma, que, como constatamos, deve ser o limite da pos­ sível interpretação. Decidir se a analogia e a restrição são permitidas depende de três fatores: (a) das características gerais do ordenamento jurídico; (b) do ramo do direito ao qual pertence a norma em exame e, finalmente, (c) das características da própria norma que pode ser mais ou menos pertinente para o caso concreto.

**a) *Características do ordenamento jurídico.* Devemos levar em consideração que, em países que reconhecem a supremacia do legislador, como no Brasil, os métodos de analogia**

**e restrição são, em geral, *rejeitados.* Trata-se de ordenamentos jurídicos *legicêntricos,* ou seja, fundamentados no direito escrito, que só pode ser criado e modificado pelas autoridades competentes segundo as regras do processo legislativo. O intérprete deve respeitar a vontade do legislador, que é indicada de forma solene no texto da lei, e não usurpar a competência normativa "corrigindo" as palavras do legislador.**

**O contrário acontece em países de tradição jurídica fundamentada no papel criativo da jurisprudência, com o ocorre na Inglaterra e - em menor medida - nos Estados Unidos (Eisen-berg, 1988; Struchiner, 2 0 0 *2,* p. 43 -63; Schauer, 2009, p. 36 -60, 103-123). Naqueles países faltam, frequentemente, disposições legais que possam ser utilizadas com o premissa maior do silogismo jurídico (Lição 6, 5). O juiz deve decidir após ter comparado o caso concreto com decisões anteriores, que analisaram casos semelhantes.**

**Trata-se de sistemas fundamentados na solução de casos precedentes pelos tribunais. O julgador deve respeitar as decisões do mesmo tribunal ou de tribunais superiores (*stare decisis* ou *binding precedents).* Se entender que o problema jurídico é o mesmo, deve adotar (ainda que não a aprove pessoalmente) a solução que deram, no passado, outros tribunais. No caso de falta de lei, o silogismo jurídico assume a seguinte forma:**

**Premissa maior: "Um tribunal decidiu no passado que no caso C1 cabe a solução S1".**

**Premissa menor: "Não há razão para tratar o caso em exame C2 de forma diferente".**

**Conclusão: "Então se aplica no caso C2 a solução S1".**

**da a interpretação que mais favorece ao consumidor. Aqui o interesse de uma das par­ tes toma-se critério para a aplicação restritiva ou extensiva das cláusulas contratuais.**

1 5 8 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

**A necessidade de comparar casos particulares, que necessariamente são em parte se­ melhantes e em parte diferentes, faz com que o juiz deva aplicar um raciocínio analógico para decidir se prevalecem ou não as semelhanças. Essa é a técnica do direito casuístico (case *law technique*) que impõe o uso da analogia, já que o juiz não possui uma norma geral paraaplicá-la ao caso concreto.**

**Exemplo: os tribunais ingleses condenaram, no passado, pessoas que se expressaram de modo desrespeitoso e ofensivo sobre as crenças cristãs, considerando que cometeram o delito da blasfêmia. Em 1989, um tribunal superior da Inglaterra julgou um caso de ofensa blasfematória da religião muçulmana supostamente cometida pelo escritor Salman Rushdie, autor do romance *O s versos satânicos*. A decisão foi tomada com a aplicação do raciocínio da analogia.**

**O tribunal constatou que houve, no passado, condenações por blasfêmia contra a religião cristã, mas que nunca havia sido julgado na Inglaterra um caso de ofensa à religião muçulmana. Piara decidir sobre o caso concreto, os juizes examinaram se entre as duas religiões prevaleciam, do ponto de vista jurídico, as semelhanças ou as diferenças. Havendo mais semelhanças, os precedentes seriam aplicáveis e Rushdie deveria ser condenado. Prevalecendo, ao contrário, as diferenças, o autor deveria ser absolvido, apesar de ter ofendido as crenças dos muçulmanos.**

**O tribunal decidiu que prevaleciam as diferenças, por ser o cristianismo religião oficial do Estado britânico e suas crenças claramente conhecidas pelos juizes. Como a religião mu­ çulmana não é religião oficial naquele país, sua tutela no caso de blasfêmia criaria problemas de prova por desconhecerem os juizes britânicos seus dogmas. Dessa forma, decidiu-se que os precedentes não eram aplicáveis, por não caber analogia/ e Rushdie foi absolvido.18**

O problema foi posto nesses termos por duas razões. Primeiro, porque o direito inglês admite a força vinculante dos precedentes jurisprudenciais que regem os casos concretos na ausência de norma legal. Segundo, porque não ha­ via legislação sobre a questão. Se tal lei existisse, o juiz deveria interpretar seus termos, decidindo se o caso concreto pode ser subsumido à lei, sem se preocu­ par se houve ou não condenação no passado por casos semelhantes. Em 2008, o *Criminal Justice and Immigration Act* aboliu o crime de blasfêmia, tornando semvalor jurídico as decisões judiciais anteriores.19

**Em um país legicêntrico como o Brasil, a falta de lei penalizadora da blasfêmia indica que o ato *não* pode ser penalizado. Na Inglaterra, ao contrário, os precedentes jurisprudenciais podem fundamentar a responsabilidade penal.**

**b) *Características do ramo do direito*. A possibilidade de aplicar a analogia ou a restri de sentido depende também das peculiaridades de cada *ramo do direito* (Lição 14, 3-5). No Brasil, como em muitos outros países, a analogia não é aceita no direito penal. Nesse ramo, prevalece o princípio "em dúvida a favor do réu" (/'n *dubio pro reo),* que decorre do princípio**

**18. Acórdão da *High Court* da Inglaterra, de 09 .04 .1990, reproduzido em Dartevelle, Denis**

* 1. **Robyn, 1993, p. 93 -99 .**

1. **N . 7 9 ( l ) : “The offences of blasphemy and blasphemous libel under the common law of England and Wales are abolished”. Fonte:** [**http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2008/**](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2008/)
   1. **k p ga \_ 20080004 \_ en \_ 17# p tl2 -llgl54 .**

|  |  |
| --- | --- |
| INTERPRETAÇÃO D O DIREITO | 1 5 9 |

**da legalidade.20 Faltando clara definição legislativa, um ato não pode ser considerado punível por meio de uma interpretação analógica.**

**Exemplo: se a vítima de um acidente automobilístico sofrer de gravíssimas lesões cere­ brais que causarem a irreversível perda de suas capacidades intelectuais e a paralisia geral, podemos afirmar que essa pessoa está praticamente morta. Não podemos, porém, acusar o motorista de homicídio, uma vez que a vítima sobreviveu. A analogia sempre estende a aplicação da norma a casos não previstos e isso contraria o princípio da prévia definição legal do delito.21**

**Também deve ser excluída no direito penal a restrição de sentido da norma, mesmo quando isso favorece o réu. O direito penal objetiva preservar bens jurídicos das demais pessoas, atuando a favor da coletividade *{pro societate).* Por essa razão, uma interpretação contra a letra da lei no intuito de favorecer o réu prejudicaria essa finalidade. Exemplo: é inadmissível o juiz aplicar pena menor que a prevista em lei, mesmo quando há importantes atenuantes.22**

**No direito constitucional prevalece o princípio "em caso de dúvida a favor da liberdade do indivíduo e contra os interesses do Estado" *{In dubio pro libertate).* Assim sendo, os direitos fundamentais devem ser interpretados de forma ampla em caso de conflito entre o indivíduo e o Estado. Aqui a analogia é *permitida* a favor dos titulares de direitos fundamentais, sendo excluída a restrição de sentido. Esclarecemos que essa regra não se aplica em caso de conflito entre os direitos fundamentais de duas ou mais pessoas, já que não podemos preferir a liberdade de um contra a liberdade do outro.**

**No direito civil, ao contrário, a analogia e a restrição de sentido podem eventualmente ser aceitas, já que não existe nenhum interesse claro a favor ou contra o emprego das mesmas. Tudo depende da justificação que será dada pelo intérprete.**

**O mesmo vale no direito do trabalho, processual e material, que autoriza a interpretação extensiva e a analogia em caso de ausência de norma específica (art. 8.° da Consolidação das**

**Leis do Trabalho), assim com o no processo civil e no processo penal (art. 3.° do Código de Processo Penal; art. 126 do Código de Processo Civil).**

**c) *Características da norma aplicável.* Estudando o problema da densidade normativa (Lição 6, 3.2.7), constatamos que o ordenamento jurídico não é homogêneo. Há normas par­ ticularmente claras, concretas e taxativas; outras são obscuras, abstratas e abertas: concedem amplo poder discricionário a quem aplica a norma e não permitem afirmar qua! foi exatamente**

**a vontade do legislador.**

**20. “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” - art. 5.°, XXXIX, da Constituição Federal.**

**21. A maioria dos penalistas considera que a analogia é permitida no direito penal quan­ do favorece o réu levando à sua absolvição ou diminuição da pena (analogia in *bonam* *partem*) (Fiandaca e Musco, 2000, p. 95 -96). Essa opinião fundamenta-se no princípio“em dúvida a favor do réu”. O argumento não é convincente, já que a analogia procede quando um comportamento indubitavelmente não “se enquadra” na norma. Por isso consideramos mais adequado insistir na proibição absoluta da analogia no direito penal.**

**22. Ver a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça: “A incidência de circunstância ate­ nuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.**

1 6 0 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

**O problema da restrição e da analogia surge quando as normas não estabelecem algo concreto sobre um caso. Suponhamos que o cartaz do exemplo anterior afirmasse: "Entrada permitida somente para membros da OAB/SP". Nesse caso dificilmente colocar-se-ia o proble­ ma da analogia ou da restrição de sentido, já que a norma é muito mais concreta. E o espaço para dúvidas e correções seria ainda menor se o cartaz indicasse os nomes de todas as pessoas autorizadas a entrar!**

**Quando a lei utiliza termos muito genéricos, surge com maior frequência a necessidade de propor interpretações que se afastem do texto legal. Prevendo tais casos, o legislador, às vezes, estabelece o caminho que deve ser seguido pelo operador jurídico para solucionar os problemas de interpretação. No direito brasileiro, a norma mais conhecida é o art. 4.° da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro *in verbis* (literalmente): "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".**

**Os costumes e os princípios gerais de direito serão analisados no âmbito do estu­ do das fontes do direito (Lição 9, 2 .2). Aqui analisaremos o problema da analogia, cujo emprego é autorizado pela referida norma nos casos em que lei for omissa. Quando a lei for omissa, o direito apresenta uma *lacuna* e, para poder decidir, o aplicador do direito deve preenchê-la.**

**Definimos a lacuna como situação de *incompletude* do ordenamento jurídico, quando este não dispõe algo sobre um caso concreto, ou seja, não permite, não proíbe, nem impõe certo comportamento (Bobbio, 1991, p. 115). O problema das lacunas é um dos mais contro­ vertidos da teoria do direito.23 Aqui nos limitaremos a algumas observações.**

**Em primeiro lugar, devemos descartar as denominadas *lacunas ideológicas* (Bobbio, 1991, p. 139 -140). Existe uma lacuna ideológica quando o direito em vigor não inclui uma norma que o observador considera necessária, mas que o legislador não desejou positivar.**

**Exemplos: a Constituição Federal discrimina os empregados domésticos (que não por acaso pertencem quase todos ao sexo feminino) por não lhes reconhecer certos direitos tra­ balhistas, com o a limitação do trabalho semanal a 44 horas (art. 7.°, inciso XIII e parágrafo único). Aqui temos um vestígio da mentalidade escravocrata que deveria ser extinto, mediante revisão constitucional. Mas não se trata de uma lacuna, pois é clara a vontade do constituinte.**

**O direito penal brasileiro não pune as relações sexuais entre parentes consanguíneos (incesto), sendo essa conduta punida pelo Código Penal de outros países, como a Alemanha (§ 1 73) e a Grécia (art. 345). Quem considerar necessária a punição do incesto pode sustentar que há uma "lacuna" na proteção da família e da moralidade no Brasil. Do ponto de vista jurídico, porém, não existe lacuna, já que a Constituição prevê que não há crime sem lei prévia que o defina, sendo absolutamente proibido que um juiz venha a suprir a falta de norma punitiva (art. 5.°, XXXIX, da Constituição Federal).**

**Teremos, ao contrário, uma lacuna verdadeira (e não ideológica) quando o silêncio do legislador não é devido à sua vontade, mas em uma omissão, relacionada à impossibilidade de prever todos os casos.**

**A doutrina sugere duas formas para tratar o problema das lacunas. Alguns doutrinadores sustentam que o ordenamento jurídico é aberto e incompleto (tese da *incompletude*). Existiriam**

**23. Cf. entre a extensa bibliografia: Bobbio, 1991, p. 115 -160; Modugno, 2000, p. 112 -116; DAlessio, 2000; Chiassoni, 2001 -a; Engisch, 1988, p. 275 -309; Larenz, 1989, p. 447 - 502; Rüthers, 1999, p. 456 -513; Pawlowski, 1999, p. 210 -214; Diniz, 1995; Dantas, 2005 .**

|  |  |
| --- | --- |
| INTERPRETAÇÃO D O DIREITO | 1 6 1 |

**casos em que não se pode dar resposta a um problema de aplicação do direito (Bobbio, 19 9 1 *,* p. 139). Em tais casos, o juiz deveria decidir livremente, criando novas normas para preencher a lacuna (Ascensão, 2001, p. 488 -489; Sgarbi, 2007, p. 272 -284).**

**Outros doutrinadores consideram, ao contrário, que o ordenamento jurídico é fechado e completo e oferece sempre uma resposta (tese da *completude).* Isso ocorre porque o direito contém normas dinâmicas que distribuem competências e direitos (Lição 6, 3.2.8). Havendo dúvidas sobre a vontade do legislador, a decisão cabe à autoridade competente ou fica à dis­ crição dos titulares dos direitos fundamentais (Kelsen, 2000, p. 273 -277).**

**Exemplos: o direito brasileiro não autoriza nem proíbe expressamente o consumo de cerveja; devemos entender que essa conduta é lícita, já que aquilo que a lei não proíbe é per­ mitido aos indivíduos (art. 5.°, II, da Constituição Federal). Quando a Constituição não atribui uma competência à União ou aos Municípios, devemos entender que esta pertence aos Estados que exercem os "poderes remanescentes" (art. 25, § 1 .°).**

**Concordamos com a segunda posição. O intérprete do direito constata frequentemente que as normas em vigor não oferecem uma solução. Isso ocorre porque o legislador exprimiu-se de forma obscura, inadequada ou porque não percebeu as particularidades de certas situações. Mas o ordenamento jurídico com o um todo sempre possibilita uma resposta, por meio das referidas regras de distribuição de competências e direitos.**

**A tese da completude baseia-se no *argumento do limite.* O direito não regulamenta mi­ nuciosamente todos os casos porque deseja preservar um espaço de liberdade para indivíduos e grupos. Assim sendo, quando se constata uma lacuna, o aplicador não deve tentar "inventar" um regulamento. Antes disso, deve verificar se o legislador silenciou para permitir que os in­ divíduos exerçam seu arbítrio, conforme a regra de que tudo que não é proibido é permitido (art. 5.°, II, da Constituição Federal). Em tal caso, o direito não apresenta lacuna, mas impõe uma limitação às autoridades estatais em prol da liberdade dos indivíduos.24**

**Além disso, temos a regra que proíbe a "denegação de justiça" (proibição de *non liquet*): "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito" (art. 126 do Código de Processo Civil). Assim sendo, o Poder Judiciário é obrigado a responder sempre e a todas as demandas e não pode alegar "lacuna de lei". Isso significa que o próprio direito positivo brasileiro considera impos­ sível a existência de lacunas, obrigando as autoridades e, principalmente, o Poder Judiciário a resolver todos os casos duvidosos.25**

**A proibição da denegação de justiça é uma norma de *extrema importância.* Primeiro, mostra que o ordenamento jurídico *sempre* oferece uma solução a conflitos, dúvidas e demandas (mesmo se essas últimas forem irrelevantes, irritantes ou extravagantes). Segundo, deixa claro que o juiz decide em última instância, resolvendo conflitos e colmatando lacunas.**

**Um dos principais instrumentos para tanto é a aplicação da analogia, que o precitado art. 4.° da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro recomenda expressamente. O critério da analogia é sempre a finalidade da norma, que permite estender sua aplicação em casos semelhantes aos expressamente regulamentados. Se a finalidade do cartaz da OAB fosse**

**24. D’Alessio, 2000, p. 278 -288 .**

**25. A proibição da denegação de justiça foi formulada no art. 4 do Código Civil francês de 1804 (*déni de justice)* que inspirou a maioria dos ordenamentos jurídicos. Na França, a denegação de justiça constitui inclusive crime (Terré, 2009,** p. **285).**

1 6 2 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

**possibilitar o acesso à biblioteca dos bacharéis em direito que possuem um interesse particular em consultar livros jurídicos, deveríamos então fazer uma interpretação ampla, beneficiando, além dos advogados, todos aqueles que têm formação jurídica.**

**Se, ao contrário, o intérprete demonstrar que a finalidade de quem criou a norma era beneficiar os membros da OAB de São Paulo, permitindo um atendimento mais rápido e uma consulta mais confortável àqueles que financiam a biblioteca por intermédio de suas contri­ buições, então devemos fazer uma interpretação restritiva do termo "advogado".**

**Isso indica também as dificuldades para justificar o emprego da analogia. Do ponto de vista lógico, quando a lei silencia sobre um assunto, podemos utilizar dois "argumenta":26 o *argumentum a simili ad simile* e o *argumentum a contrario.* O primeiro sustenta que aquiloque não está previsto em lei pode ser regido pela lei se apresentar grandes semelhanças com os casos expressamente regulamentados, aconselhando a analogia. O *argumentum a contrario* sustenta que aquilo que o legislador quis incluir na norma foi expressamente dito; o restante deve ficar fora.**

**Não se pode decidir de forma segura entre a analogia e o *argumentum a contrario* (Mo-dungo, 2000, p. 115-119). Será que o redator do regulamento não se expressou adequadamente ou mesmo não pensou no caso em questão? Em tais hipóteses, deveríamos aplicar a analogia, considerando advogados todos aqueles que trabalham na área jurídica. Será que o redator da norma usou o termo advogado para excluir quem não fosse membro da OAB? Nesse caso, deveríamos descartar a analogia.**

**O argumento em favor da analogia é sempre um argumento de *igualdade.* Se dois casos são semelhantes, então a igualdade impõe aplicar a mesma norma a ambos. Dois casos são, porém, análogos quando não são exatamente iguais, mas possuem pontos em comum. Ou seja, apesar das semelhanças, há também diferenças. Quem trabalha na área jurídica pode ser considerado com o semelhante ao advogado, mas não é advogado. Aliás, se não existisse nenhuma diferença importante entre os dois casos, não seria necessário o emprego da analo­**

**gia! *Para aplicar analogia o intérprete deve, então, justificar porque a semelhança é mais forte* *e decisiva do que a diferença entre os casos em tela.***

**26. *Argumenta* são regras lógicas utilizadas na interpretação jurídica (Tarello, 1980, p. 345 - 396; Ferraz Jr., 2001, p. 330 -339; Eskridge et al., 2006, p. 257 -294). Dois conhecidos *argumenta* são:**

1. **“O menor está incluído no maior” (a *maíorí ad minus).* Exemplo: se a lei proíbe a entrada de “adolescentes” em uma casa noturna, devemos entender que com maior razão a lei quis proibir a entrada de crianças.**
2. **“Devemos rejeitar a interpretação absurda” (*argumentum ab absurdo* ou *reductío ad* *absurdum).* Exemplo: o Decreto 1 exige que o estrangeiro que deseja trabalhar no Brasilesteja em posse de um visto de residência. O Decreto 2 prevê que o visto de residência só será concedido a quem trabalhar legalmente no país. Interpretando literalmente os dois decretos o resultado é absurdo, já que requisito do visto é o trabalho legal e requi­ sito do trabalho legal é o visto! Por esse motivo, deve ser dada uma interpretação que possibilite a harmonização das duas normas.**

**Alguns *argumenta* foram transformados em normas jurídicas. Exemplo: o *argumentum* “lei superior prevalece sobre lei inferior” resulta da Constituição, que estabelece a hie­ rarquia das normas jurídicas, prevendo a declaração de inconstitucionaüdade de leis que contrariam o próprio texto constitucional (Lição 11, 3 .1).**

|  |  |
| --- | --- |
| INTERPRETAÇÃO D O DIREITO | 1 6 3 |

**7. O papel do legislador na interpretação do direito**

Os problemas da interpretação podem se amenizar se o legislador tiver o cuidado de criar normas claras e objetivas e oferecer definições dos conceitos empregados. A interpretação é também facilitada quando o legislador indicar os métodos de interpretação a serem adotados.

O exemplo mais avançado é a lei chinesa n. 31 de 2000 que estabelece regras detalhadas sobre a redação e interpretação de normas, a solução de an­ tinomias entre textos e de conflitos de competência entre corpos legislativos.27

Em primeiro lugar, o legislador deve utilizar *técnicas de redação* que permi­ tam a manifestação de sua vontade de forma clara e objetiva. Para tanto, os concei­ tos devem ser definidos e utilizados uniformemente no texto da lei. As hipóteses de aplicação da norma e as sanções devem ser indicadas de forma precisa. Faz-se também necessário evitar expressões genéricas que ampliem a discricionariedade do aplicador.28 Os métodos para conseguir maior clareza e certeza na formulação das leis são detalhadamente estudados no âmbito da legística (Lição 2, 3).

No direito brasileiro as normas básicas sobre a redação de leis estão con­ tidas no art. 11 da Lei Complementar 95, de 1998, que especifica as técnicas a serem usadas pelo legislador ordinário brasileiro para facilitar e uniformizar a interpretação:

* No intuito de obter clareza, o legislador deve seguir as seguintes orienta­ ções: formular frases curtas; expressar-se de forma sintaticamente clara, usando a pontuação de forma simples; empregar os termos em seu sentido técnico ou então no sentido comum.
* No intuito de dar orientações precisas ao aplicador, o legislador deve: indicar claramente o objetivo e o âmbito de aplicação da norma; evitar o uso de sinônimos e de termos ambíguos; limitar-se à utilização de siglas notórias.

•No intuito de apresentar o texto com ordem lógica, o legislador deve adotar subdivisões que facilitem a compreensão e cuidar de um único assunto ou princípio em cada artigo.

Em segundo lugar, o legislador pode oferecer *definições de conceitos*, di­ minuindo a margem para dúvidas e controvérsias, como vimos ao se referir à interpretação gramatical (Lição 8, 3.1).

**27. Tradução para o inglês em:** [**http://www.gov.cn/englisMaws/2005-08/20/content\_29724.htm.**](http://www.gov.cn/englisMaws/2005-08/20/content_29724.htm)

**28. O art. 169 do CTB dispõe: “Dirigir sem atenção ou sem os cuidados indispensáveis à segurança: Infração - leve; Penalidade-m ulta”. Como interpretar os termos “atenção” e “cuidados indispensáveis à segurança”? Por serem extremamente genéricos podem dar lugar a interpretações muito subjetivas, devido à “falta de cuidado” do próprio legislador na redação da norma.**

1 6 4 M ANUAL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Em terceiro lugar, o legislador deve orientar o aplicador sobre os *métodos* *de interpretação,* criando dispositivos específicos, nas denominadas “leis sobreo método” *(Meihodengesetze* - Rüthers, 1999, p. 396). Um exemplo oferece o direito australiano, através do *Acts interpretation Act* (Estatuto de Interpretação de normas), promulgado em 1901 e, por último, reformado em 2008.29 Entre suas previsões destacamos o art. 15AB, que impõe a utilização do método da interpretação histórica em caso de lei com significado ambíguo ou obscuro.

No Brasil, temos as referidas normas do Código Tributário Nacional e do Código de Processo Penal Militar a favor da interpretação gramatical e as nor­ mas do Código Civil sobre a interpretação restritiva de certos negócios jurídi­ cos. De sua parte, o art. 5.° da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro impõe ao juiz aplicar o método da teleologia objetiva, já que considera necessá­ rio que sejam levados em consideração os “fins sociais” da lei e as “exigências do bem comum”. De forma semelhante, o art. 6.° do Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, estabelece como critérios de interpretação de suas nor­ mas, os “fins sociais” da lei, as “exigências do bem comum”, os direitos e deve­ res fundamentais, e a condição peculiar das crianças e dos adolescentes. E o art. 4.° da Lei 11.340, de 2006, que combate a violência doméstica contra a mulher prevê: “Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”.

Por outro lado, o art. 11 da Lei Complementar 95, de 1998, que pormeno­ riza as técnicas para obtenção de clareza, precisão, concisão e ordem lógica na formulação da lei, deve ser entendido como indicação da opção do legislador em favor da interpretação literal e sistemática. Dessa forma, impede-se que o intérprete, aproveitando-se de possíveis obscuridades e vaguezas do texto legal, substitua a vontade do legislador pela sua própria.

Por ser essa lei mais recente e regulamentar especificamente a redação e interpretação de todas as demais leis, entendemos que devem prevalecer, no Brasil, os métodos gramatical e sistemático. Mesmo assim, a decisão sobre os métodos a serem adotados depende principalmente do ramo do direito.

**8. Conclusão**

O operador jurídico faz interpretações na sua atividade cotidiana; portan­ to, é necessário o conhecimento dos métodos de interpretação e das técnicas para resolver problemas e suprir deficiências do ordenamento jurídico.

**29.** [**http://www .comlaw .gov.au/ComLaw/Legislation/ActCompilationl.nsf70/659955F671**](http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/ActCompilationl.nsf70/659955F671) **AB316B C A 257 67F0081C 1E C/$ file/Ac tslnterp 1901 \_WD 02.pdf.**

|  |  |
| --- | --- |
| INTERPRETAÇÃO D O DIREITO | 1 6 5 |

Ao contrário, porém, da impressão que pode ter o leigo, o operador jurídico não enfrenta no seu cotidiano muitos problemas de interpretação. Os principais problemas práticos do advogado são ligados a questões de prova, à escolha da estratégia processual que melhor serve aos interesses de seu cliente, aos proble­ mas de execução das decisões dos tribunais. Por outro lado, o juiz preocupa-se com a solução de conflitos da forma mais adequada ao caso concreto.

Aquilo que preocupa o operador jurídico não é a interpretação correta e sim o conhecimento da opinião que é aceita pela maioria dos tribunais (em particular pelos tribunais superiores) e muito provavelmente será seguida na prática (Lição 9, 2.1.2).

Isso significa que são raros os casos juridicamente complicados ou casos difí­ ceis *(hard cases).* Temos um caso difícil quando: a) apresentam-se dificuldades na construção da premissa maior, isto é, na interpretação das normas pertinentes, por termos conflitos normativos, lacunas, dificuldade de entendimento das normas ou dúvidas sobre sua aplicabilidade no caso concreto; b) há dificuldade em construir a premissa menor em razão dos problemas na apuração da situação fática.

Nesses casos, a solução não resulta da simples aplicação de uma norma, sendo necessário realizar pesquisas doutrinárias aprofundadas e elaborar argu­ mentações sofisticadas para achar a solução. Encontrando um caso difícil, o profissional do direito deve recorrer aos trabalhos da doutrina e, se for necessá­ rio, solicitar o parecer de juristas especializados em determinada área, além de pedir auxílio de especialistas para a apuração de questões fáticas. Isso pode ser um pequeno alívio para quem inicia o estudo do direito, sentindo-se confuso perante as dificuldades da interpretação e as acirradas controvérsias entre os especialistas.

*Para aprofundar o conhecimento*

Alexy, 2001, p. 179-291; Barroso, 1999, p. 103-281; Bergel, 2001-a, p. 231-263, 295-330; Dimoulis, 2006, p. 209-255; Engisch, 1988, p. 165-274; Eskridge et al., 2006, p. 219-307; Ferraz Jr., 2001, p. 251-304; França, 1999, p. 3-57; Koller, 1997, p. 197-238; Larenz, 1989, p. 375-441; Machado, 1997, p. 173-218; Marmor, 2000; Müller, 1997; Puceiro, 2003; Rüthers, 1999, p. 392-536; Schauer, 2009, p. 148-170; Schrõder, 2001; Sgarbi, 2007, p. 427-576; Tarello, 1980; Troper, 2001, p. 69-97; Vernengo, 1977; Vesting, 2007, p. 99-127; Viola e Zaccaria, 2001, p. 105-155, 175-310.

**FONTES DO DIREITO**

S U M Á R I O : **1. Fontes materiais -** **2 . Fontes formais: 2.1** **Fontes escritas: 2.1.1**

**Leis no sentido amplo ou material; 2 . 1 . 2 Jurisprudência: 2. 1. 2. 1 Decisão isolada; 2 . 1 . 2 . 2 Jurisprudência assentada; 2 . 1 . 2 . 3 Súmulas; 2 . 1 . 3 Doutrina; 2 .2 Fontes não escritas: 2. 2. 1 Costumes jurídicos; 2 . 2 . 2 Princípios gerais de direito; 2 . 2 . 3 Vontade dos particulares (poder negociai) - 3. Conclusão.**

De onde surge o direito? Onde podemos encontrá-lo? “Onde está escrito”? A resposta a esta indagação é dada pela teoria das fontes do direito. Fonte (em latim: *fons)* é o lugar de surgimento da água, a nascente. O termo *fonte do direito*1 possui vários sentidos (Sanchís, 2005, p. 152-153), entre os quais os mais rele­ vantes são os de fonte material e de fonte formal. Neste capítulo, analisaremos esses significados e as espécies das fontes do direito.

**1. Fontes materiais**

Por fontes *materiais* ou genéticas entendemos os fatores que criam o di­ reito, dando origem aos dispositivos válidos. São fontes materiais todas as au­ toridades, pessoas, grupos e situações que influenciam a criação do direito em determinada sociedade.

A identificação das fontes materiais do direito é particularmente contro­ vertida. Há autores que preferem dar uma resposta descritiva, indicando uma interminável série de valores sociais, de necessidades humanas e de elementos culturais que influenciam a criação das normas jurídicas (Diniz, 1998, p. 281-282). Podemos, por exemplo, dizer que em uma sociedade tecnológica, em que há necessidade de conhecimentos especializados, o Estado deve oferecer amplo acesso à educação. Neste intuito serão criadas normas possibilitando o acesso de todos ao ensino básico e organizando os estudos técnicos e universitários. Assim sendo, as necessidades do sistema de produção podem ser consideradas como fonte material das normas que organizam um sistema de educação pública.

1. **A metáfora da “fonte” se encontra já em autores romanos (Justo, 2003, p. 183). Mas**

**não é muito feliz. Não existe uma nascente das normas jurídicas; existem somente suas raízes na realidade social e seus “recipientes”, quer dizer, os veículos escritos, nos quais encontramos as normas.**

|  |  |
| --- | --- |
| FONTES D O DIREITO | 1 6 7 |

Outros autores, e principalmente os sociólogos do direito, consideram que essa descrição é insuficiente e empenham-se na pesquisa das forças políticas e dos grupos sociais que determinam o conteúdo do direito. Dependendo da visão sociológica de cada autor pode ser considerada como fonte material do direito a vontade de um povo, de uma classe social ou de um grupo de poder.

A esse respeito se contrapõem as teorias funcionalistas e as teorias do con­ flito social (Sabadell, 2010, p. 83-85, 159-160, 174-190). Em palavras simples, as teorias funcionalistas consideram o direito como expressão dos interesses gerais da sociedade (harmonia, paz, segurança). As teorias do conflito social discordam radicalmente, analisando o direito como resultado da contínua luta entre interesses opostos. Os interesses dos mais fortes acabam prevalecendo, sendo tutelados pelo direito.

Consideramos que a verdadeira fonte do direito é indicada pelas teorias do conflito social. O direito não se cria com base em valores, ideais ou necessida­ des da sociedade em geral. O direito é um fenômeno histórico, que exprime a vontade política dominante em determinado momento. Não cabe aqui o apro­ fundamento da questão. O estudo das fontes materiais é objeto da sociologia do direito e, em parte, da teoria do Estado e da ciência política. O operador jurídico que deseje identificar e interpretar o direito em vigor não deve se preocupar, na sua prática cotidiana, com a pesquisa das fontes materiais.

São objeto de interesse da dogmática jurídica os dispositivos juridicamente válidos, independentemente das situações e dos interesses que deram o impulso para a sua criação. Esses dispositivos são criados pelas autoridades que possuem competência para tanto e devem seguir o procedimento previsto.

**2. Fontes formais**

Cada ordenamento jurídico possui suas *fontes formais.* O termo indica os “lugares” nos quais se encontram os dispositivos jurídicos e onde as pessoas devem pesquisar sempre que desejem tomar conhecimento do direito em vigor. Essas fontes são denominadas formais porque dão forma ao direito, porque “for­ mulam” os dispositivos válidos. Cabe ao intérprete/aplicador do direito encon­ trar dispositivos, para, em seguida, interpretá-los e formular as normas jurídicas aplicáveis no caso concreto. Dito de outra maneira, as fontes formais incluem os dispositivos que serão utilizados para construir a premissa maior do silogismo jurídico (Lição 6, 5).

As fontes formais dependem da natureza do ordenamento jurídico de cada época. A fonte formal pode ser escrita e acessível a todos, mas também pode ser oral e de difícil constatação. Como sabemos, o direito moderno é de origem es­ tatal e privilegia a forma escrita, produzindo documentos que permitem a todos constatar com relativa facilidade e certeza as regras vigentes.

1 6 8 M ANUAL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Além disso, as fontes formais apresentam diferenças entre os vários orde­ namentos jurídicos nacionais. As fontes do direito argentino são, por exemplo, diferentes das fontes do direito uruguaio, mesmo se os ordenamentos jurídicos que pertencem a uma mesma “família” jurídica apresentam grandes semelhan­ ças em suas fontes formais. Realizaremos em seguida uma apresentação das fon­ tes formais no direito federal brasileiro.

**2***.1* *Fontes escritas*

Em sua prática, os estudantes de direito e os operadores jurídicos utilizam como principal fonte de conhecimento do direito as coletâneas de Códigos, leis e outras espécies de normas publicadas por editoras jurídicas. Essas coleções facilitam o acesso do interessado ao direito, mas não possuem valor oficial; não são as verdadeiras fontes formais do direito. Constituem fiéis reproduções do texto oficial das normas, inicialmente publicado em meios de divulgação oficiais. Por isso, encontramos nas coletâneas de leis a anotação “Lei publicada no *Diário* *Oficial da União*” (ou de um Estado ou Município), com indicação da data de pu­blicação. Essa anotação permite identificar a fonte formal das normas jurídicas.

Devemos esclarecer que os dispositivos publicados em veículos oficiais não adquirem sempre e necessariamente validade jurídica. Na hipótese de publi­ cação por erro, ou na tentativa de fraude, o texto publicado não possui força jurídica, é juridicamente inexistente. Isso indica que a verdadeira fonte formal do direito não é o veículo oficial onde se encontram estampados os dispositivos, mas a autoridade que possui a força de criar esses dispositivos.2

Como veremos em seguida, fazem também parte das fontes escritas do direito a jurisprudência e a doutrina jurídica, que interpretam as leis em vigor.

*2.1.1* *Leis no sentido amplo ou material*

O termo *lei* provém do latim *lex*3 e tem muitas acepções fora e dentro do mundo jurídico. No direito moderno, o termo é utilizado no sentido amplo *(lato* *sensu*) ou material, para indicar todas as normas jurídicas que satisfazem quatrorequisitos:

•são escritas;

* + entraram em vigor por decisão das autoridades estatais competentes;

1. **Sobre um texto publicado no Diário Oficial da União sem ter sido votado pelo Con­ gresso Nacional, cf. a decisão do Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 77 .724,**

**relator Ministro Marco Aurélio, *DJ* 02 .02 .2001, p. 74.**

**3. O termo *lex* deriva, provavelmente, do verbo lego, que significa falar, ler e também ligar e vincular.**

|  |  |
| --- | --- |
| FONTES D O DIREITO | 1 6 9 |

* foram estabelecidas em conformidade com o procedimento fixado em normas superiores;
* objetivam regulamentar direta ou indiretamente a organização da socie­ dade, apresentando alto grau de generalidade e abstração.

Dessa forma, ficam excluídas do conceito de lei no sentido material as regras criadas por meio de costumes populares, de decisões do Judiciário ou de opiniões dos juristas, que podem fazer parte do direito em vigor, sendo fontes formais, mas não fazem parte do conceito de lei.

A distinção provém da época da Roma imperial, em que se distinguia en­ tre dois termos. *Lex* indicava as normas emitidas pelo imperador ou pelos seus funcionários e íus indicava o direito em geral, composto por tradições, textos de jurisconsultos e decisões dos tribunais.

Podemos classificar as leis no sentido material em duas categorias: por um lado, as leis no sentido estrito (stricto *sensu*) ou no sentido formal e, por outro lado, as demais espécies normativas. O estudo detalhado das leis no sentido formal e dos requisitos para a sua criação e alteração compete ao direito consti­ tucional. As demais espécies normativas são analisadas pelo direito administra­ tivo. Aqui nos limitaremos a uma breve apresentação.

2.1.1.1 Leis no sentido estrito ou formal

As leis no sentido estrito (ou formal) constituem a coluna vertebral dos ordenamentos jurídicos modernos. Critério de definição é a sua *origem:* todas as leis no sentido formal são produto de decisão majoritária dos integrantes do poder legislativo, que, nos regimes de democracia representativa, são escolhidos pelo povo por meio de sufrágio (voto) universal.4 Textos normativos oriundos de outras autoridades estatais e, principalmente, do Poder Executivo não são leis no sentido formal.

Afirma-se, muitas vezes, que as leis no sentido formal devem ter caráter geral e abstrato. A generalidade indica que a norma regulamenta a conduta de numerosos e *a priori* desconhecidos destinatários. Já a abstração indica que a norma de conduta inclui descrições genéricas, abrangendo grande número de possíveis casos. A lei não é feita só para determinadas pessoas, mas deve ser

1. **Nos regimes ditatoriais as leis são estabelecidas pelo grupo que controla o poder sem consulta popular. Devemos, porém, saber que mesmo nas democracias o sufrágio nun­ ca é realmente “universal”. Muitos grupos sociais foram, no passado, excluídos da participação política (mulheres, pobres, escravos) e, até hoje, continuam sendo ex­ cluídos os estrangeiros, os adolescentes e aqueles que perderam os direitos políticos, principalmente após uma condenação penal.**

1 7 0 M ANUAL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

geral, escrevia Ulpiano.5 Séculos depois, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada na França em 1789, proclamava em seu art. 6.°: “A lei deve ser a mesma para todos, quer ela proteja, quer ela castigue”.

Desse modo, as leis devem estabelecer regras para o futuro (textos *pros­* *pectivos*), utilizando descrições bastante genéricas para indicar seus destinatá­rios e as situações regulamentadas, sem indicar nomes ou situações conheci­ das. Exemplos de designações genéricas dos destinatários: trabalhador, cidadão, funcionário, idoso. Exemplos de designações genéricas de situações: contrato, testamento, licitação, sequestro.

Com efeito, não encontraremos leis prevendo: “Se José sequestrar Josefina será punido com dois anos e três meses de reclusão”; e sim normas que pre-veem: “Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado: Pena - reclusão, de um a três anos” (art. 148 do Código Penal).

Esse requisito da generalidade não é, porém, absoluto, já que as leis devem tratar pessoas e situações diferentes de forma diferenciada (Neumann, 1980, p. 246-257; Modugno, 2002, p. 24-29; Bechillon, 1997, p. 19-38). A generalidade não significa que todos devem ser tratados da mesma forma, mas que o legislador deve respeitar o princípio da igualdade em direitos e obrigações (art. 5.° *caput,* da Constituição Federal), que impõe tratar os iguais de forma igual e vice-versa.

No entanto, uma lei que reconhece direitos ou estabelece obrigações para uma restrita categoria de pessoas não é sempre inconstitucional. Deve ser con­ siderada “suspeita” de inconstitucionalidade e só se harmoniza com a Consti­ tuição se o critério utilizado para o tratamento diferenciado pode ser justificado pelas particularidades de certa categoria de pessoas ou situações. Exemplo: isen­ tar do serviço militar os deficientes visuais é justificada; prever a mesma isenção para os brancos seria claramente inconstitucional.6

Mesmo uma lei que prevê indenização para vítimas de um acidente ou catástrofe, indicando os nomes dos beneficiários, não é necessariamente incons­ titucional se há motivo para tratar de forma peculiar as vítimas. Exemplo: a Lei 10.821 de 2003 indeniza as famílias das vítimas de acidente com foguete ocor­ rido em base militar brasileira, indicando os nomes das vítimas. Não padece de inconstitucionalidade em razão do caráter excepcional do evento.

**5. “lura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur” (Digesto de Justiniano, 1.3.8. Fonte:** [**<http://www.gmu.edu/departments/fld/CLASSICS/digestl .**](http://www.gmu.edu/departments/fld/CLASSICS/digestl%20.html)**html>).**

1. **A doutrina emprega também a distinção entre leis em sentido material e formal para diferenciar duas espécies de leis formais. As leis formais que apresentam generalidade são também leis no sentido material. Já as leis formais que regulamentam casos espe­ cíficos são “tão somente formais” (nur formelle Gesetze) ou “leis de efeito concreto”, sendo, do ponto de vista material, atos administrativos. Exemplo: lei estadual que desapropria imóvel é “tão somente formal”, é um ato administrativo em forma de lei (Bõckenfõrde, 1981; Dimoulis, 1996, p. 72 -90, 132- 151) .**

|  |  |
| --- | --- |
| FONTES D O DIREITO | 1 7 1 |

Isso significa que o melhor critério de definição da “lei” não é seu conteúdo (a generalidade e abstração), mas o critério de sua *origem.*

Cada ordenamento constitucional distingue várias categorias de leis for­ mais, conforme o tema e o procedimento de sua edição *(“plurimodalidade* legis­ lativa” - Canotilho, 2002, p. 692-693). No direito federal brasileiro, encontra­ mos três categorias de leis:

• *Lei ordinária.* Deve ser aprovada pela maioria simples do Congresso Na­ cional (Câmara dos Deputados e Senado)7 e aceita (“sancionada”) pelo Presi­ dente da República (arts. 47, 59, 61, 65 e 66 da Constituição Federal). A lei ordinária pode regulamentar qualquer assunto que não seja de competência pri­ vativa de outras autoridades, devendo sempre estar em conformidade com os mandamentos constitucionais.

• *Lei complementar.* Distingue-se da lei ordinária pela exigência de um *quorum* de maioria próprio e pela especificidade de suas matérias. Em primeirolugar, a lei complementar necessita da aprovação da maioria absoluta dos de­ putados e senadores,8 sendo, em seguida, assim como a ordinária, sancionada pelo Presidente da República (arts. 59, 61, 65, 66 e 69 da Constituição Federal). Em segundo lugar, a lei complementar limita-se a regulamentar alguns assuntos importantes, indicados pela própria Constituição.

Exemplos: criação de um novo Estado Federal (art. 18, § 3.°); fixação do número total dos membros da Câmara dos Deputados (art. 45, § 1.°). Quando a Constituição não exige a edição de lei complementar, é suficiente a lei ordinária. O fato de a lei complementar necessitar da aprovação da maioria absoluta dos parlamentares indica que é hierarquicamente superior à ordinária, não podendo ser revogada por essa última.9

1. **A maioria simples consiste no voto positivo do primeiro número inteiro superior à metade dos parlamentares presentes. Mas o número dos presentes não pode ser infe­ rior ao primeiro número inteiro superior à metade dos membros da Casa (art. 47 da Constituição Federal). Exemplo: tendo a Câmara dos Deputados 513 membros, devem estar presentes 257 deputados (513/2 = 256,5 . Portanto, o primeiro número inteiro superior à metade é 257). Se estiverem presentes 257 deputados, a maioria simples é alcançada com o voto positivo de 129 entre estes (257/2 = 128,5. Logo, o primeiro nú­ mero inteiro superior à metade é 129). Assim sendo, as leis podem ser aprovadas com o voto positivo de aproximadamente 25% do total dos parlamentares.**

**8. A maioria absoluta consiste no voto positivo do primeiro número inteiro superior à metade dos membros das Casas Legislativas (art. 69 da Constituição Federal). Exem ­ plo: tendo a Câmara dos Deputados 513 membros, devem dar voto positivo 257 entre eles (513/2 = 256,5 . O primeiro número inteiro superior à metade é 257).**

1. **A maioria da doutrina e o STF sustentam que inexiste hierarquia entre a lei comple­ mentar e a lei ordinária, pois cada uma incidiria em campo diferente: a lei comple­ mentar nas matérias especificadas pela Constituição, a lei ordinária nas demais (cfr.**

1 7 2 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

• *Lei delegada.* Trata-se de ato normativo elaborado pelo Presidente da Re­ pública após específica autorização do Congresso Nacional, por meio de resolu­ ção. Existem restrições quanto às matérias que podem ser regulamentadas por lei delegada. Essas restrições são indicadas pelo art. 68, § 1.°, da Constituição Federal.10 A lei delegada possui a mesma força jurídica da lei ordinária. Trata--se, porém, de espécie legislativa em desuso: as últimas leis delegadas foram editadas em 1992.11

2.1.1.2 Demais espécies normativas

Além das leis no sentido estrito, fazem parte das leis no sentido material as seguintes categorias (espécies normativas):

• *Constituição.* É o produto do poder constituinte originário e entra em vi­ gor mediante uma decisão dos detentores do poder político. A Constituição fixa as regras básicas de organização do poder estatal e da vida social e econômica e configura as relações do Estado com os indivíduos e com os demais Estados do mundo. A Constituição é o texto normativo que possui a maior força jurídica no âmbito do ordenamento nacional, devendo todas as demais espécies normativas e atos de autoridades do Estado estar em conformidade com os mandamentos constitucionais.

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Bacha, 2004; Tavares, 2006, p. 1. 103- 1. 109; STF; Recurso Extraordinário 377 .457, j.** |
|  | **17 .09 .2008, relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:** [**<http://www.stf.jus.br/**](http://www.stf.jus.br/%e2%80%a8portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=377457&classe=RE)) |
|  | [**portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=377457&classe=RE)>.**](http://www.stf.jus.br/%e2%80%a8portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=377457&classe=RE)) **Esse entendi­** |
|  | **mento não é correto como mostra o seguinte caso: o art. 59, parágrafo único, da Cons­** |
|  | **tituição Federal prevê que uma lei complementar disporá sobre a elaboração, redação,** |
|  | **alteração e consolidação das leis. A Lei Complementar editada com base neste artigo** |
|  | **(LC 95 de 1998) estabelece regras de técnica legislativa que limitam o poder do legis­** |
|  | **lador ordinário, impondo, por exemplo, que cada lei deve tratar de um único assunto** |
|  | **(art. 7.°, I). Suponhamos que uma lei ordinária editada em 2011 trate de dois assuntos** |
|  | **diferentes. Teríamos um conflito entre a Lei Complementar de 1998, que o proíbe, e a** |
|  | **lei ordinária de 2011, que o faz. Se ambas estiverem no mesmo escalão da hierarquia,** |
|  | **deve prevalecer a lei ordinária, por ser mais nova. Dessa forma, desrespeitaríamos a** |
|  | **vontade do poder constituinte que reservou à lei complementar, votada com maioria** |
|  | **absoluta dos parlamentares, a regulamentação da técnica legislativa. Por isso, a lei** |
|  | **complementar é hierarquicamente superior à ordinária. A favor da tese da hierarquia** |
|  | **cf. Machado, 2004, p. 118-122.** |
| **10.** | **“§ L ° Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso** |
|  | **Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Fede­** |
|  | **ral, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I - organização** |
|  | **do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;** |
|  | **II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III - planos** |
|  | **plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.”** |
| **11.** | **Fonte:** [**<http://www.planalto.gov.br>**](http://www.planalto.gov.br) **(item “Legislação”).** |

|  |  |
| --- | --- |
| FONTES D O DIREITO | 1 7 3 |

• *Emenda à Constituição.* Esta espécie normativa altera o texto da Cons­ tituição, criando novas normas ou revogando as existentes (reforma constitu­ cional). O processo e as limitações de criação das emendas constitucionais são regulamentados no art. 60 da Constituição Federal. A emenda deve ser aprovada pelo Congresso Nacional, sendo exigido o voto de três quintos dos deputados e senadores e a observância de uma série de requisitos processuais. Além disso, o alcance do poder de emenda é limitado, não podendo abolir as normas funda­ mentais da Constituição, as denominadas *cláusulas pétreas.*

Essas limitações indicam que a Constituição Federal é *rígida,* já que as nor­ mas constitucionais só podem ser alteradas mediante um processo demorado e particularmente exigente. Além disso, a Constituição é em parte *imutável*, pois certas normas, consideradas como fundamentais, não estão sujeitas ao poder de reforma constitucional. A doutrina denomina essa combinação de rigidez com imutabilidade constitucional de *super-rigidez constitucional* Mas isso não impe­ de as frequentes mudanças, sobretudo em relação a problemas econômicos. Até dezembro de 2010 foram promulgadas 66 Emendas constitucionais.

* + - *Tratados internacionais.* São normas criadas por acordo internacional coma participação de autoridades brasileiras. Incorporam-se ao direito brasileiro mediante lei ou ato equivalente a Emenda constitucional (cf. Lição 11, 3.1.2).
    - *Medida provisória.* Trata-se de atos normativos que, apesar de criados peloPoder Executivo sem a autorização do Legislativo, possuem força de lei formal. A medida provisória pode ser editada pelo Presidente da República em casos de relevância e urgência, para introduzir um novo regulamento ou revogar leis ordi­ nárias anteriores. A medida provisória deve ser aprovada pelo Congresso Nacio­ nal no prazo de 120 dias após a sua edição (sem computar os períodos de recesso parlamentar). Se for aprovada, converte-se em lei ordinária; se não, perde sua validade. Finalmente, não é permitida a edição de medidas provisórias em maté­ rias, tais como a nacionalidade e os direitos políticos, o direito penal e eleitoral, nem a sua reedição na mesma sessão legislativa (art. 62 da Constituição Federal).
  + notório o abuso das medidas provisórias no Brasil: entre 1988 e 2001 foram editadas 6.110 medidas provisórias (média de 35 por mês). Na maioria dos casos não havia relevância ou urgência. Dessa forma, decisões importantes de natureza legislativa eram tomadas pelo Presidente da República. E após a expiração do prazo de validade, a medida era reeditada, eternizando uma situa­ ção inaceitável. A Emenda Constitucional 32, de 2001, tentou limitar o uso de medidas provisórias, estabelecendo as restrições acima expostas. Em razão disso só foram editadas 510 medidas provisórias entre setembro de 2001 e outubro de 2010 (média de 5 por mês).12

1. **Fonte dos dados:** [**<http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/MPV/Quadro/\_Quadro%20**](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Quadro/_Quadro%20) **Geral.htm#posterioremc>.**

1 7 4 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

* + *Decreto legislativo.* Ato normativo emitido pelo Congresso Nacional quenão necessita de sanção do Presidente da República. Regulamenta os assuntos de exclusiva competência do Congresso Nacional (e não de cada uma das Casas Legislativas), indicados no art. 49 da Constituição Federal. Exemplo: autorizar referendo.
  + *Resolução.* Ato normativo utilizado em assuntos de exclusiva competên­cia da Câmara dos Deputados, do Senado (arts. 51, 52, 155, § 2.°, IV e *V,* da Constituição Federal) ou do Congresso Nacional (art. 68, § 2.°). Não necessita de sanção do Presidente da República. Exemplo: eleição dos membros do Con­ selho da República pela Câmara dos Deputados.
  + *Decreto e regulamento.* Normas elaboradas pelo Presidente da Repúblicacom o objetivo de concretizar as leis no sentido formal, providenciando o neces­ sário para sua aplicação (art. 84, *IV,* da Constituição Federal).
  + *Instrução.* Norma emitida por um Ministro de Estado para regulamentara execução de leis, decretos e regulamentos (art. 87, parágrafo único, II, da Constituição Federal).
    - *Portaria, circular, ordem de serviço.* Normas criadas por autoridades doPoder Executivo para orientar a atividade da administração na execução das leis.
    - *Súmula vinculante.* Em matérias constitucionais, o Supremo TribunalFederal pode editar tais súmulas vinculando os demais tribunais e o Poder Executivo (art. 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei 11.417 de 2006).13 Uma forma de atribuir indiretamente valor de súmula vinculante a súmulas tradicionais foi introduzida em 2006 no Código de Processo Civil. O art. 518, § 1.°, prevê que os juizes não devem receber o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Isso limita a possibilidade de con­ testar decisões do Judiciário que estão de acordo com orientações dos tribunais superiores. Limita a liberdade decisória dos julgadores e agiliza os processos.
      * *Poder normativo da Justiça do Trabalho.* Em princípio, o Judiciário temcompetência para aplicar leis, não podendo criar atos normativos gerais e abs­ tratos. Caso contrário, usurparia as competências das demais autoridades esta­ tais, violando o princípio da separação dos poderes. Uma das exceções está no art. 114, § 2.°, da Constituição Federal, em caso de fracasso das negociações coletivas e da arbitragem entre os empregadores e os empregados, a Justiça do Trabalho pode regulamentar assuntos trabalhistas (horário, salários, segurança, higiene etc.). Nesse caso, o Judiciário cria direito, mas não pode alterar disposi­

1. **Comentários em Tavares, 2009; Leite, 2007.**

|  |  |
| --- | --- |
| FONTES D O DIREITO | *175* |

ções legais que protegem os interesses dos trabalhadores nem acordos anteriores em convenções coletivas (Nascimento, 2001, p. 174-176).

• *Declaração de inconstitucionalidade.* O Poder Judiciário exerce, no Brasil, uma importante competência, podendo determinar a não aplicação de normas criadas pelos demais Poderes *(controle judicial de constitucionalidade*).

A Constituição Federal brasileira admite duas formas de controle de cons­ titucionalidade pelo Judiciário.14 Temos, em primeiro lugar, o *controle concreto* *de constitucionalidade* exercido por qualquer tribunal do país e consistindo nadecisão de não aplicar certo dispositivo ao caso *subjudice* (submetido ao Judiciá­ rio). Fundamento dessa forma de controle é o art. 97 da Constituição Federal.

Em segundo lugar, a Constituição prevê o *controle abstrato de constitucio­* *nalidade,* exercido pelo Supremo Tribunal Federal, que pode declarar a nulidadedas normas incompatíveis com o texto constitucional. Fundamento dessa forma de controle são os arts. 102 e 103 da Constituição Federal.

Essa competência gera grandes polêmicas. Os partidários do controle judi­ cial de constitucionalidade alegam que sem essa fiscalização o legislador pode impunemente violar a Constituição. Os críticos dizem que essa competência do Judiciário cria perigos para o regime democrático. Os juizes não possuem mandato político, nem são responsáveis perante o povo. Quando o Judiciário invalida as decisões do Poder Legislativo, forma-se um “Estado de juizes” (Ri-*chterstaat*) ou “governo de juizes” *(gouvemement desjuges*) que poderia aliar-secom minorias políticas e desrespeitar as decisões da maioria do Congresso Na­ cional, este sim eleito pelo voto popular.

Ambas as posições são questionáveis porque partem do pressuposto de que o Judiciário não é um Poder político, mas um Poder neutro. Os partidários do controle de constitucionalidade consideram que os juizes, graças à sua neutra­ lidade, são os mais indicados para resguardar a supremacia constitucional. Seus adversários consideram que o Judiciário, por não ser um poder político, não está legitimado a avaliar as decisões do Legislativo.

Na realidade, tanto o Executivo e o Legislativo como o Judiciário são Pode­ res políticos, que muitas vezes cedem às pressões dos grupos dominantes. Basta lembrar que o Judiciário, ao se posicionar nas últimas décadas em questões emblemáticas, muitas vezes cedeu a pressões políticas.

Um exemplo é o apoio que ofereceu o Supremo Tribunal Federal à política econômica do governo Collor (1990-1992), inclusive às medidas de sequestro da poupança popular, que eram claramente inconstitucionais. A análise desse caso e de outros parecidos indica que o controle de constitucionalidade das leis

1. **Apresentação das técnicas e dos problemas de controle de constitucionalidade em Tavares, 2006, p. 183-401.**

1 7 6 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

pelo Judiciário nem sempre impede as violações da Constituição pelos demais Poderes. Tudo depende dos interesses políticos que estão em jogo e da postura política que assume o Judiciário.15

Podemos concluir que os mecanismos atuais de controle de constituciona-lidade *não resolvem* de forma satisfatória o problema do respeito à Constituição e à soberania popular. Quem se preocupa com a efetivação da soberania popular e o aprofundamento da democracia deveria pensar em modelos que possam garantir a *participação direta e intensiva dos próprios cidadãos* tanto no processo de elaboração de leis como no processo de controle de constitucionalidade. Esse é o caminho para sair do impasse criado pelos atuais modelos de elaboração e fiscalização das leis.

**2.1.1.3 Inflação legislativa**

No Brasil constata-se, tal como em muitos outros países, um contínuo cres­ cimento do número de atos normativos emitidos pelo Legislativo e Executivo. Entre 1822 e 1889 (67 anos) foram promulgadas menos de 500 leis no sentido formal (Martins Filho, 2000, p. XVIII, XX). Entre 1946 e 2010 (64 anos) foram promulgadas mais de 12.400 leis pelo Congresso Nacional.16

Publicam-se, em média, 200 leis federais por ano, isto é, aproximadamente uma lei por dia útil! Em 2002, o Congresso Nacional chegou a publicar um anún­ cio publicitário, afirmando que um país grande, populoso e em contínuas mudan­ ças necessita de muitas leis e se orgulhando de ter votado 682 leis em 14 meses.17 Isso significa que em 14 meses foi aprovado um número de leis federais maior do que o total de leis editadas nos 67 anos de duração do Império brasileiro!

A essa produção se acrescentam as incontáveis leis estaduais e municipais. Para dar um exemplo, só no Estado de São Paulo foram publicadas mais de 3.500 leis entre 2000 e 2010.18

Isso gera uma situação de insegurança jurídica. Parece que hoje ninguém sabe exatamente quantas leis estão em vigor! Uma estimativa oficial é que den­ tre os 200.000 textos legislativos *federais* que entraram em vigor desde a Inde­ pendência, continuam em vigor aproximadamente 45.000 (Martins Filho, 2000, p. XXV). Essa situação se repete em outros países, sendo que na França vigoram aproximadamente 10.000 leis e quase 200.000 decretos do governo central (Ter-ré, 2009, p. 348).

1. **Cf. a análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Vieira, 1994, p. 97-147; Arantes, 1997, p. 153-209; Lunardi, 2005, p. 591-597. Sobre os problemas de legitimidade da justiça constitucional cf. Tavares, 2005; Agra, 2005.**
2. **<** [**http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_Ato2007-2010/2010/Lei/\_leis2010.htm>.**](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/_leis2010.htm)
3. **Revista Classe, ano XVII, n. 93, 2002.**
4. **Pesquisa nos sites:** [**<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>.**](http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm)

|  |  |
| --- | --- |
| FONTES D O DIREITO | 1 7 7 |

O fenômeno está relacionado a uma tendência de desvirtuamento da função da lei. Quem pesquisa as publicações oficiais percebe que muitas leis dedicam-se a modificar os valores dos orçamentos, a dar nomes a aeroportos e viadutos, a estabelecer “dias nacionais” e “patronos” de várias atividades, sendo normas que carecem de interesse geral e cujo conhecimento não é necessário para a esmaga­ dora maioria dos operadores do direito. Mas, mesmo ignorando tais normas, per­ manece o problema da inflação legislativa. É *impossível* para o operador do direito conhecer o conteúdo dos atos normativos em vigor e acompanhar as contínuas mudanças legislativas. Dessa forma, a inflação legislativa, a falta de harmonização das leis e as imperfeições técnicas de leis redigidas e modificadas com velocidade vertiginosa são fatores que dificultam sobremaneira a aplicação do direito.

**2.7.2** *Jurisprudência*

Uma outra fonte escrita do direito moderno encontra-se nas decisões dos tribunais (também denominadas sentenças ou acórdãos). Devemos distinguir três figuras de decisões do Poder Judiciário.

**2.1.2.1** **Decisão isolada**

Sabemos que o direito é de natureza *impositiva.* Não se limita a ordenar um comportamento, mas também ameaça com sanções e as aplica, em caso de descumprimento da norma. De forma impositiva são também resolvidos pelos tribunais os conflitos entre pessoas e grupos que alegam possuir um direito.

Isso pressupõe que os tribunais possam dizer a “última palavra”, resolven­ do de forma definitiva as controvérsias sobre fatos e alegações juridicamente relevantes. Sem esse poder da última palavra nunca chegaríamos a decisões de­ finitivas, nem seria possível a aplicação do direito. Por esse motivo, as decisões do Judiciário são vinculantes para as partes do processo. Podemos derrubar uma sentença somente por meio de um recurso que será julgado por outro tribunal, até chegar à última instância de julgamento. Sempre, porém, haverá uma deci­ são do Judiciário resolvendo o conflito.

A decisão definitiva possui força de *coisa julgada* (Lição 10, 1.3). Essa deci­ são pode ser contestada como injusta, juridicamente errada ou demasiadamente rigorosa pelas pessoas envolvidas no conflito e por estudiosos, que eventual­ mente publicarão comentários criticando as soluções dadas pelo tribunal. A de­ cisão definitiva não pode, porém, ser juridicamente contestada. Por essa razão, afirma-se que constitui a última palavra do ordenamento jurídico, equivalendo

* verdade (em latim: *res iudicata pro veritate accipitur) } 9*
  1. **Opinião de Ulpiano. Digesto de Justiniano, 1.5.25. Fonte:** [**<http://ebu2.upmf-grenoble.**](http://ebu2.upmf-grenoble) **fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-01 .htm>.**

1 7 8 M ANUAL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Isso indica que a jurisprudência constitui uma importante fonte do direito, já que permite resolver dúvidas jurídicas e pacificar conflitos sociais. Para saber o que deve acontecer em tais casos, a única fonte fidedigna é a decisão do Poder Judiciário. Isso significa, porém, que os tribunais criam normas jurídicas indivi­ duais, aplicáveis em casos concretos (cf. Lição 6, 3.2.1).

Entre as leis no sentido material e as decisões do Poder Judiciário encon­ tramos duas diferenças no ordenamento jurídico brasileiro. Em primeiro lugar, as decisões dos tribunais são vinculantes somente para as partes de determinado processo (efeito *intra partes).* Ao contrário da lei, a decisão judiciária não obriga os demais tribunais nem o próprio tribunal em relação a futuras decisões, sendo sua força jurídica particularmente limitada (salvo em casos peculiares, como o controle concentrado de constitucionalidade que analisaremos em seguida).

Em segundo lugar, o legislador possui um extenso poder discricionário quando cria um dispositivo, podendo configurar seu conteúdo e as sanções, segundo avaliações de oportunidade e seguindo suas opções morais, políticas etc. O Poder Judiciário possui, ao contrário, o *dever* de aplicar o direito em vigor. Conforme prevê o já indicado art. 35, I, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, de 1979, constitui dever do magistrado “cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais”.

Apesar dessa limitação, o Poder Judiciário realiza a assim chamada *inte­* *gração* do ordenamento jurídico: além de resolver conflitos concretos, os juizesoferecem soluções em casos de dúvidas na interpretação, suprem lacunas e con­ cretizam os princípios gerais do direito.

2.1.2.2 Jurisprudência assentada

Podemos entender a jurisprudência como um conjunto de decisões uni­ formes dos tribunais, resultantes da aplicação das mesmas normas em casos semelhantes. Se muitos tribunais decidirem por um longo período da mesma forma, seu entendimento passa a possuir uma força vinculante maior do que a de uma decisão isolada. Quando temos decisões uniformes, provenientes de vários tribunais, é muito provável que casos semelhantes sejam decididos da mesma forma no futuro. Em tal hipótese, temos uma jurisprudência assentada, também denominada jurisprudência dominante, predominante ou entendimen­ to pacífico. Essa jurisprudência desempenha, muito mais do que as decisões isoladas, o papel de integração do ordenamento jurídico, impondo na prática certas interpretações do direito vigente.

Nada pode excluir que um tribunal decida, no futuro, de forma diferente, já que isso não é legalmente proibido. As mudanças de jurisprudência são, po­ rém, estatisticamente raras. Os tribunais inferiores sabem que eventual decisão contra uma jurisprudência “assentada” não será admitida nas instâncias supe­

|  |  |
| --- | --- |
| FONTES D O DIREITO | 1 7 9 |

riores, por considerarem que as mudanças de entendimentos comprometem tanto a segurança jurídica como a autoridade do próprio Poder Judiciário. Por essas razões, a jurisprudência assentada influencia de forma decisiva as futuras decisões dos tribunais.

Nesse sentido tem particular importância a publicação da jurisprudência nas revistas jurídicas e principalmente a sua *ementa,* que indica resumidamente a solução dada ao caso. As ementas indicam aos possíveis pleiteantes qual é o entendimento dos tribunais, sendo frequentemente citadas em outras decisões e na doutrina.

Exemplo de *ementa:* “Recurso Ordinário em *Habeas Corpus.* (...) 1. Para a configuração do delito previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/03, basta que o agen­ te porte a arma de fogo sem autorização ou em desacordo com a determinação legal, o que torna irrelevante o fato de a arma encontrar-se desmuniciada. Pre­ cedentes do Superior Tribunal de Justiça. 2. Recurso desprovido”.20

**2.1.2.3 Súmulas**

Os tribunais contribuem para a segurança jurídica uniformizando a juris­ prudência. Um importante meio de uniformização encontra-se na publicação das *súmulas de jurisprudência predominante.21* As súmulas são proposições sobre a interpretação do direito que resultam de uma jurisprudência assentada no tri­ bunal sobre temas controvertidos. Dessa forma, as súmulas formalizam as teses adotadas pelo tribunal.

O art. 479 do Código de Processo Civil prevê que toda decisão tomada pela maioria absoluta dos membros de um tribunal deve ser formulada e pu­ blicada em forma de súmula e constitui um “precedente na uniformização da jurisprudência”, devendo ser utilizada como ponto de referência para as futuras decisões do tribunal em casos parecidos.22

Apesar de sua importância, as súmulas não vinculam plenamente o tri­ bunal que as emite nem os tribunais inferiores. Como já sabemos, os juizes brasileiros são submetidos tão somente ao “império da lei” e as suas decisões simplesmente *interpretam* e aplicam normas gerais. Não criam tais normas ge­

1. **Supremo Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Habeas Corpus 20136/SC, 5.a Tur­ ma, relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 13.11.2006, p. 275.**
2. **São utilizados também os termos “jurisprudência uniforme” e “jurisprudência domi­ nante”. Outras regras de uniformização da jurisprudência são contidas nos arts. 476-478 do Código de Processo Civil.**
3. **Ver também o art. 38 da Lei 8.038, de 28.05.1990, e o art. 896, a, da Consolidação das Leis do Trabalho.**

1 8 0 M ANUAL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

rais nem vinculam o próprio tribunal e os inferiores. Além disso, cada tribunal pode reformar ou abolir suas súmulas.23

Mas, na prática, o tribunal que formula uma súmula compromete-se a se­ guir a solução no futuro e os tribunais inferiores sabem que uma decisão dife­ rente daquela adotada pela súmula de um tribunal superior, muito provavel­ mente, será modificada nas instâncias superiores.24

Por essa razão, podemos dizer que o conteúdo das súmulas possui rele­ vância semelhante àquela dos atos normativos, por ser vinculante na prática e apresentar caráter geral. Isso explica por que as súmulas dos tribunais supe­ riores são publicadas nas coletâneas de legislação e não só nas coletâneas de jurisprudência.

Isso não impede, porém, que uma lei disponha no futuro de forma diferen­ te ao entendimento da Súmula. Exemplo: a Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça prevê que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. Uma lei pode limitar ou até excluir o direito das pessoas jurídicas a pedirem indenização por danos morais.

*2.1.3* *Doutrina*

A doutrina jurídica pode ser definida como o conjunto da produção in­ telectual dos juristas que se empenham no conhecimento teórico do direito. Trata-se dos ensinamentos e entendimentos de pessoas que possuem formação jurídica e dedicam-se à análise de problemas de interpretação do direito.

**O termo doutrina provém do latim *doctrina,* que deriva do verbo *docere* (ensinar). A partir do século IV a.C., os juristas romanos, conhecidos como "jurisconsultos"/ tomavam posição em controvérsias jurídicas, elaborando pareceres fundamentados (*responsa*) (Cannata, 1996, p. 30-42). Esses pareceres eram considerados com o fonte do direito pelos tribunais. Os imperadores reconheciam esse poder dos juristas, editando, inclusive, as chamadas "leis das citações", que indicavam quais jurisconsultos podiam ser citados como autoridades perante os tribunais e qual opinião prevalecia em caso de conflito entre eles.25**

1. **Um exemplo oferece a Súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça: “No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena”. O art. 157,**
   * + **2.°, 1, do Código Penal prevê aumento da pena por roubo “se a violência ou ameaça**
   * **exercida com emprego de arma”. A arma de brinquedo é arma no sentido legal? A questão causou acirradas controvérsias na doutrina e na jurisprudência. A súmula equi­ parou a verdadeira arma com a arma de brinquedo. A doutrina continuou criticando a equiparação e o Tribunal decidiu mudar sua posição em 2001, abolindo a súmula.**
2. **Sobre as características das súmulas cf. Streck, 1998; Mancuso, 2001; Costa, 2002; Tavares, 2006, p. 356-368.**
3. **O decreto dos Imperadores Teodósio II e Valentiniano III promulgado em 426 d.C. proclamou vinculantes para os tribunais somente as opiniões de cinco jurisconsultos:**

|  |  |
| --- | --- |
| FONTES D O DIREITO | 18 1 |

**O renascimento do direito romano na Idade Média levou à criação da figura do doutor em direito *(doctor iuris),* que, após longos estudos, obtinha o privilégio de emitir pareceres e ensinar nas universidades. A *communis opinio doctorum* era o entendimento ao qual conver­**

**giam vários doutores. Esse entendimento considerava-se vinculante, ou seja, constituía uma verdadeira fonte do direito (Schrõder, 2001, p. 46-48).**

Não há definição oficial do doutrinador nem existe uma hierarquia em relação à importância de suas opiniões. Os doutrinadores atuam principalmente como professores universitários, combinando o ensino com a pesquisa jurídica. Sua capacitação é realizada principalmente por meio de estudos de pós-gradua-ção (mestrado, doutorado), que permitem aprofundar o conhecimento, apren­ der as técnicas de pesquisa e produzir estudos universitários. Em vários países constata-se a tendência de profissionalização da pesquisa jurídica, dedicando-se os doutrinadores quase exclusivamente à carreira universitária. No Brasil, ainda prevalece a antiga tendência de combinar o trabalho docente com a prática do direito.

A produção bibliográfica dos doutrinadores compõe-se de trabalhos com finalidades diferentes. Podemos indicar os seguintes tipos: obras acadêmicas (dissertações e teses para obter títulos de pós-graduação); tratados jurídicos que analisam profundamente um assunto; manuais didáticos dedicados às várias disciplinas e ramos do direito; artigos de doutrina, publicados em coletâneas e revistas jurídicas; comentários da legislação e da jurisprudência.

O direito moderno, fundamentado no “império da lei” e na completude do ordenamento jurídico, fez diminuir a importância da doutrina enquanto fonte do direito. Nenhum tribunal deve considerar a opinião dos doutrinadores como fonte do direito, ou seja, não possui a obrigação de decidir conforme os enten­ dimentos da doutrina.

Em outras palavras, os escritos da doutrina não possuem formalmente for­ ça jurídica: são opiniões pessoais sobre a interpretação do direito em vigor. Mes­ mo assim, a doutrina continua sendo um elemento extremamente importante para o conhecimento e a aplicação do direito, porque os juristas reconhecidos exercem um considerável poder enquanto grupo social (“comunidade dogmáti­ ca” - Calsamiglia, 1986, p. 132-146). Como foi observado, a doutrina sustenta e fortalece as fontes formais tal como o concreto reveste a armação de um prédio, sendo impossível dizer se a armação sustenta o concreto ou o concreto a arma­ ção (Jestaz, 2002, p. 59).

**A doutrina desempenha seu papel nas seguintes condições:**

**Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gaio e Modestino (Codex Theodosianus, 1.4.3). Fonte:**

[**<http://www.ucLac.Uk/history/volterra/texts/cthlibl.htm#tl>.**](http://www.ucLac.Uk/history/volterra/texts/cthlibl.htm%23tl)

1 8 2 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

**1. *Prestígio institucional.* Nem todos os doutrinadores gozam do mesmo reconhecimento. Quem pode se prevalecer do prestígio de uma função ou de títulos acadêmicos possui maiores chances de ver suas opiniões adotadas pelos tribunais e suas propostas de reforma seguidas pelos legisladores. Mesmo critérios aparentemente secundários, com o o renome das editoras e das revistas em que um autor costuma publicar, a personalidade que escreve o prefácio do livro de um jovem pesquisador, o prestígio das universidades onde o doutrinador estudou e ensina, são fatores que incidem sobre a repercussão prática de seu trabalho.**

**O prestígio permite empregar o denominado *argumento de autoridade (argumentum ab* *auctoritate).26* Quem o utiliza procura justificar certa opinião não por meio de argumentos deconteúdo, mas invocando o prestígio de um doutrinador. O raciocínio é o seguinte: já que X é um dos mais reconhecidos juristas do país, as posições que ele sustenta devem estar certas.**

**O uso desse argumento é muito comum nos trabalhos jurídicos e nas decisões dos tribu­ nais. Lemos inúmeras vezes frases do tipo: "com o prelecionou o ilustre mestre X" ou "conforme inesquecível lição do preclaro doutor Y". O argumento de autoridade não tem valor metodo­ lógico. É um expediente retórico que esconde a incapacidade de justificar uma opinião pelo seu conteúdo. Quem não pode convencer os demais do caráter correto de sua opinião tenta intimidá-los com a referência a autoridades (Müller, 1997, p. 278).**

**No estudo do direito, como em qualquer outra atividade de pesquisa, interessam os argumentos de fundo e não a pessoa que os utilizou. Se uma opinião for convincente, não ganha nada pelo fato de ter sido sustentada por Rui Barbosa. Da mesma forma, aquilo que está errado não deixa de sê-lo porque Rui Barbosa o sustentou! Por essa razão, os alunos de direito devem, desde o início de seus estudos, rejeitar a tentação dos argumentos de autoridade. Devem pensar com a própria cabeça e justificar suas posições com argumentos bem fundamentados.**

**Como escreveu Thomas Paine (1 71 7-1809) ao publicar de forma anônima a obra *Common* *sense* "o autor desse livro é totalmente ininteressante para o público, pois objeto de atenção éprópria doutrina e não o homem" (Paine, 1997, p. 2).**

**2. *Qualidade da pesquisa.* Os trabalhos que são embasados em profundas pesquisas, que apresentam críticas detalhadas das posições anteriormente sustentadas, levando em con­ sideração as contribuições da doutrina internacional e utilizando argumentos originais, podem tornar-se mais influentes do que trabalhos superficiais, repetitivos e retóricos, mesmo se os autores desses últimos gozem de prestígio institucional.**

**3. *Formação de opinião dominante.* A influência dos doutrinadores na aplicação do direito exprime-se principalmente com a formação de uma opinião dominante, também denominada opinião comum ou entendimento pacífico. Quanto maior o número e o prestígio de doutri­ nadores que adotam certo posicionamento sobre temas polêmicos, maiores são as chances de vê-lo adotado pelos operadores jurídicos. É muito comum os tribunais citarem obras da doutrina para justificar seu entendimento.27 Mas a simples referência à opinião dominante não**

1. **Além da referência às opiniões dominantes na doutrina, no discurso jurídico são em­ pregados outros argumentos de autoridade: a invocação do legislador; do orador; do auditório; dos números e das estatísticas; da tradição; dos fatos comprovados. Cf. Ma-thieu-Izorche, 2001, p. 357-366.**
2. **Exemplo: “As hipóteses de rejeição da denúncia previstas no artigo 43 do Código de Processo Penal não são taxativas, conforme já prelecionava Câmara Leal e, recente­ mente, veio a recordar Xavier de Aquino em seu Manual de processo penal” (Tribu-**

|  |  |
| --- | --- |
| FONTES D O DIREITO | 1 8 3 |

**passa de um acúmulo de argumentos de autoridade que, como dissemos, não pode convencer, mas tão só intimidar.**

1. ***Atividade legislativa dos doutrinadores*. Uma forma direta de participação dos doutri-nadores na criação do direito consiste na elaboração de projetos de reformas legais. Juristas especializados em determinada área são frequentemente nomeados pelas autoridades estatais para elaborarem anteprojetos de lei. Essas comissões exercem uma forte influência na pro­ dução legislativa, incorporando nas reformas legais os ensinamentos da doutrina nacional e estrangeira.28**
2. ***Atividade de ensino e extensão.* A aprendizagem básica do direito ocorre nas facul­dades de direito. Os professores transmitem o conhecimento teórico e as opiniões da doutrina que analisa, sistematiza e critica o direito positivo. Dessa forma, o futuro operador jurídico aprende o direito por meio do prisma da doutrina, fato que marca a sua formação jurídica. Além disso, as atividades de extensão, que divulgam o pensamento teórico sobre o direito (se­ minários, conferências, congressos), comunicam aos operadores jurídicos a visão da doutrina sobre assuntos controversos.**

**Basta pensar que após cada reforma do direito vigente de certa relevância são realizados inúmeros eventos, cursos e publicações no intuito de preparar os operadores jurídicos para a aplicação do novo direito. Isso indica que o operador jurídico não aprende o direito lendo simplesmente o texto das leis, mas recebendo os ensinamentos dos doutrinadores, mesmo após o fim de seus estudos universitários.**

**Finalmente, os estudos de pós-graduação, principalmente voltados para a capacitação dos professores de direito, veiculam novas teorias e análises doutrinárias, que os alunos de pós-graduação passarão para os próprios alunos nos cursos de graduação.**

Resumindo: nos ordenamentos jurídicos modernos a doutrina não possui força vinculante porque não faz parte da hierarquia das normas jurídicas reco­ nhecidas pela Constituição. Mesmo assim, constitui uma *fonte formal indireta*, uma vez que as opiniões e argumentos doutrinários influenciam de forma deci­ siva a cultura jurídica de um país e, consequentemente, a aplicação do direito.

1. *Fontes não escritas*
   * comum ler nos manuais que as principais fontes do direito são as leis e os costumes. Isso não vale para o direito moderno que, a princípio, não admite

**nal de Alçada Criminal de São Paulo, 05.06.2000, *Boletim Ibccrim* (Jurisprudência) 98/512, 2001).**

1. **Lemos na Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal de 1983: “Com efeito, acolhe o Projeto, nos arts. 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dog­ mática alemã: erro sobre elementos do tipo (Tatbestandsirrtum) e erro sobre a ilicitude do fato (Verbotsirrtum)”. Isso indica que a verdadeira fonte da mudança legal sobre o erro não foi o voto da maioria dos deputados e senadores que aprovou a reforma do Código Penal por meio da Lei 7.209, de 1984. Os deputados e senadores simplesmente aprovaram as teorias dos doutrinadores alemães acolhidas no anteprojeto pelos pena-listas brasileiros.**

1 8 4 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO

as fontes não escritas, das quais faz parte o costume. Isso ocorre, como dissemos (Lição 6, 3.2.2), por razões de segurança jurídica e de publicidade das normas.29

**2.2. 7** *Costumes jurídicos*

Quando constatamos que muitos membros da sociedade comportam-se de certa forma, dizemos que isso é um *hábito social.*

Exemplo: a grande maioria dos brasileiros toma café na primeira refeição do dia que, justamente por isso, chama-se “café da manhã”. Quem observa no restaurante de um hotel uma pessoa que, às 7 da manhã, toma chá, não vai estranhar, já que o hábito de tomar café não é considerado obrigatório pelos membros da sociedade. A reação do observador será muito diferente se a mes­ ma pessoa tomasse cerveja. Não porque o consumo de bebidas alcoólicas seja socialmente rejeitado, mas porque se considera que quem inicia seu dia com be­ bida alcoólica é uma pessoa alcoólatra ou desequilibrada. Mesmo se aquele que toma cerveja no café da manhã assegurasse que essa é a única bebida alcoólica que tomará durante o dia, não deixaríamos de reprovar seu comportamento.

Em tais casos, estamos em presença de um *costume social.* O termo provém do latim *consuetudo.* Indica uma regra de comportamento social que não só é corriqueira, como ocorre com o hábito, mas é considerada obrigatória pelos membros da sociedade.

Aqui é necessária atenção, pois muitos estudantes de direito confundem o costume social com o costume jurídico. Na verdade, a maioria dos costumes sociais não possui caráter de costume jurídico, isto é, validade no âmbito do ordenamento jurídico. Quem toma cerveja no café da manhã pode ser submeti­ do a sanções sociais, por exemplo, a comentários desagradáveis a seu respeito, mas não viola uma regra jurídica. Ao contrário, a Constituição garante a todos em seu art. 5.°, *caput*, o direito à liberdade, que inclui a possibilidade de tomar qualquer bebida alcoólica em qualquer horário do dia.30

**O costume jurídico define-se como norma válida no âmbito do ordenamento jurídico, e seu descumprimento acarreta sanções negativas de natureza jurídica. Rara entender a posição do costume jurídico, devemos fazer uma breve digressão histórica (cf. Gilissen, 1988, p. 250-291).**

1. **Do ponto de vista histórico, a marginalização dos costumes jurídicos e das tradições populares é devido à imposição política do poder central-es ta tal que detém o monopó­ lio da força física e impede que as fontes não escritas do direito enfraqueçam ou mesmo anulem as normas emitidas pelas autoridades legislativas.**
2. **Há normas limitadoras, por exemplo, a limitação do consumo de álcool por adolescen­ tes ou a proibição de dirigir automóvel após o consumo de álcool (art. 165 e 306 do Código de Trânsito de 1997). Mas seu objetivo não é abolir a liberdade de consumo de álcool, e sim harmonizá-la com a proteção de outros bens e interesses.**

|  |  |
| --- | --- |
| FONTES D O DIREITO | 1 8 5 |

**Os doutrinadores do direito romano e medieval afirmavam que uma *consuetudo* consolidada possuía força de lei e quanto mais velha fosse *(consuetudo longa*, *inveterata, immemorialis),* maior seria sua força.31**

**Dessa forma, os ordenamentos jurídicos do passado reconheciam que regras tradicional­ mente seguidas adquiriam particular autoridade. O raciocínio éra o seguinte: o costume nasceu no seio da sociedade e regulamenta as relações sociais de forma satisfatória; caso contrário, a própria sociedade o rejeitaria. Os tribunais e os legisladores devem respeitá-lo, seguindo as regras que demonstram sua capacidade de responder às expectativas sociais.**

**Isso significa que o costume é uma fonte *espontânea* do direito. Não se cria pela vontade de um legislador, cujo mandamento entra vigor imediatamente. O costume cria-se de forma gradual e silenciosa pela sociedade; somente após o longo uso é que as pessoas passam a considerá-lo juridicamente vinculante.**

Podemos perguntar quem (e como) constata a existência e o conteúdo do costume jurídico. A primeira resposta é que isto é tarefa dos juizes. Mas, por ser de natureza oral, o costume pode não ser claro nem certo. Na Europa, ante os tribunais da Idade Média, os pleiteantes sustentavam versões diferentes sobre o conteúdo dos costumes. Para resolver o problema foram criados métodos para provar a existência dos costumes. Mesmo assim persistiam as controvérsias. A partir do século XIII, os juristas e, em seguida, os senhores feudais e os reis deci­ diram fixar por escrito os costumes de cada território, fazendo uma seleção e re­ formulação dos costumes. Dessa forma, o costume deixou de ser oral e começou a ser aplicado com base em textos escritos. Por isso, alguns autores consideram o costume como uma das fontes escritas do direito (Jestaz, 2002, p. 48).

Os autores iluministas do século XVIII defenderam a tese que uma legisla­ ção nova, sistemática, escrita e de aplicação geral seria capaz de eliminar a ar­ bitrariedade dos senhores feudais e dos juizes e permitir a todos viverem felizes em uma sociedade justa.32 Essa visão desacreditava totalmente os costumes por garantirem os privilégios dos poderosos e, com sua obscuridade, favorecerem as decisões arbitrárias. As codificações que começaram a se realizar em vários países europeus no final do século XVIII aboliram os antigos costumes, consa­ grando o monopólio jurídico dos legisladores que detêm o poder político.

Podemos dizer que, em nossos dias, os costumes são fontes formais do direito? E se a resposta for positiva, qual é a relação do costume com as demais fontes do direito, isto é, qual é a posição do costume na hierarquia das fontes do direito?

1. **Digesto de Justiniano, 1.3.32—1.3.38. Fonte:** [**<http://www.gmu.edu/departments/fld/**](http://www.gmu.edu/departments/fld/%e2%80%a8CLASSICS/digestl%20.html)[**CLASSICS/digestl .html>.**](http://www.gmu.edu/departments/fld/%e2%80%a8CLASSICS/digestl%20.html)
2. **Adotando essa visão, Volta ire escreveu, em 1764: “Quereis ter boas leis? Queimem as vossas e criem novas” (Cannata, 1996, p. 178).**

1 8 6 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Em relação à primeira pergunta, a maioria dos doutrinadores sustenta que o costume pode ser juridicamente válido, desde que satisfaça dois requisitos:

* Deve ser produto de uma prática social relativamente longa e constan­ temente repetida (usus ou *diutumitas*). Esse requisito é de natureza objetiva ou social.
* Os membros da sociedade devem estar convencidos da necessidade da regra costumeira, isto é, de seu caráter obrigatório e não somente conveniente. Considerar o costume como juridicamente vinculante e necessário (*opinio iuris* *vel necessitatis*) é um requisito subjetivo ou psicológico de sua validade. Esse re­quisito indica o caráter problemático do costume. Enquanto a lei escrita indica claramente sua obrigatoriedade, no caso do costume é muito difícil averiguar a “consciência” das pessoas e saber o que ocorrerá se alguns o considerarem obrigatório e outros não.

Sobre a questão da posição do costume na hierarquia das fontes do direito (Lição 11, 3.1.1), devemos partir da constatação que os costumes atuam de duas formas. Primeiro, completam as normas do direito escrito. Isso ocorre com o costume *secundum legem* ou *praeter legem*. Segundo, podem revogar normas escritas anteriores. Isso acontece com o costume *contra legem*.

O costume *secundum legem (conforme a lei)* vale porque há previsão legal que autoriza sua validade. Isso ocorre quando um dispositivo vigente prevê que certa questão será regulamentada com base nos costumes. O costume *praeter* *legem (supletivo da lei)* não se baseia em uma previsão do direito escrito, massurge na prática. Seu objetivo é bastante concreto e limitado: trata-se de suprir uma lacuna do direito escrito. Essas duas espécies de costume complementam o ordenamento jurídico e sua validade não contraria a vontade do legislador.

A legislação brasileira autoriza a aplicação de costumes (jurídicos), se hou­ ver lacuna do direito. O art. 4.° da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e o art. 126 do Código de Processo Civil estabelecem que, em caso de lei omissa, o juiz deve aplicar a analogia e, se esta não for cabível, decidir con­ forme “os costumes”. Aqui o costume desempenha uma função *exclusivamente* *subsidiária (praeter legem);* é utilizado somente após o esgotamento das possibi­lidades de aplicação de normas escritas de forma direta ou mesmo indireta, por meio da analogia.

O costume pode, também, ser aplicado quando isso for explicitamente pre­ visto por normas escritas. Desse modo, o art. 113 do Código Civil estabelece como um dos critérios de interpretação dos negócios jurídicos “os usos do lugar de sua celebração”, para evitar que o formalismo inviabilize acordos concluídos segundo os costumes locais. De forma semelhante, o art. 597 do Código Civil

|  |  |
| --- | --- |
| FONTES D O DIREITO | 1 8 7 |

autoriza a aplicação de “convenção ou costume” com relação ao modo de paga­ mento do prestador de serviços.33 Em tais casos, o próprio legislador autoriza o recurso aos costumes *(secundum legem*). Não considera oportuno impor um único regulamento e permite que a própria sociedade encontre a solução por meio de seus costumes.

O costume *contra legem* não pode ser acolhido no direito brasileiro, mesmo se alguns autores defendem-no como “expressão viva da sociedade” (Vaz, 2007, p. 251). Aceitar essa forma de costume significaria admitir que um processo social informal possa levar à revogação de normas estabelecidas pelas autorida­ des legislativas. Isso seria inconstitucional, já que o constituinte estabeleceu os modos de criação das normas jurídicas em todos os níveis de governo (federal, estadual, municipal), mediante as normas de competência normativa (Lição 6, 3.2.8). Assim, o costume encontra-se no *último lugar* da hierarquia das normas jurídicas, podendo ser aplicado somente se não contrariar as normas do direito escrito.34

Devemos, finalmente, lembrar que nas sociedades atuais, que conhecem vertiginosas e incessantes mudanças e em que se constata uma “inflação” de leis sem precedentes, não há possibilidade de formação de costumes, que surgem de forma lenta e paulatina. Dessa forma, hoje não existem praticamente costumes (Costa, 2001, p. 191-192) - a não ser com relação a questões secundárias, sobre as quais o legislador não quis legislar. Isso significa que o costume encontra-se em processo de extinção, algo que gera protestos dos juristas mais conservado­ res (Justo, 2003, p. 211).

*2.2.2* *Princípios gerais de direito*

Uma outra fonte do direito à qual se recorre em caso de silêncio do le­ gislador são os “princípios gerais de direito” (art. 4.° da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro; art. 126 do Código de Processo Civil). Tal como os costumes, os princípios gerais constituem uma fonte subsidiária do direito, sendo aplicáveis só em caso de falta de normas escritas.

Os princípios apresentam duas características básicas. Em primeiro lugar, são *abstratos e genéricos,* não permitindo, assim, decidir com certeza sobre sua aplicação no âmbito de uma subsunção (Lição 6, 5.1). Exemplo: a Constituição

1. **Referências semelhantes encontramos nos arts. 5 9 6 e615 do Código Civil.**
2. **Alguns constitucionalistas sustentam, por exemplo, que a longa prática das autorida­ des e a opinião dominante na doutrina podem alterar o sentido das normas constitu­ cionais. Trata-se do fenômeno da mutação constitucional informal que procura “atua­ lizar” a Constituição sem mudar o seu texto (análise e crítica em Lunardi e Dimoulis, 2008, p. 225-233).**

1 8 8 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Federal garante o direito à moradia no art. 6.°. Não especifica, porém, quem é titular desse direito. Os sem-teto? Quem mora em construção precária ou em casa muito pequena pelo tamanho da família? Tampouco indica qual au­ toridade deve efetivar esse direito e as características da moradia que deve ser oferecida.

Em segundo lugar, constata-se muito frequentemente a *colisão* entre dois ou mais princípios. Exemplo: o art. 170 da Constituição Federal prevê, como princípios da ordem econômica, o pleno emprego e a livre concorrência. O que deverá acontecer se uma empresa demitir 50% de seus funcionários, alegando que, se não diminuir os gastos com a folha de pagamento, será levada à falência? Aqui o aplicador do direito deve *ponderar* os princípios conflitantes, tentando harmonizar os interesses em jogo ou, se isso não for possível, aplicar o princípio que apresenta a maior importância no caso concreto.

O aplicador encontra os princípios gerais de direito por meio da interpre­ tação das normas jurídicas escritas. Estas revelam que o ordenamento jurídico fundamenta-se em orientações gerais, que devem ser levadas em consideração na aplicação do direito por corresponder à ideologia política, às opções e valo­ res dos legisladores. Às vezes, os princípios são expressamente enunciados nas fontes escritas do direito. Encontramos, assim, uma série de princípios “funda­ mentais” de organização do Estado e da sociedade expressamente formulados nos arts. 1.° a 4.° da Constituição Federal (soberania popular, liberdade e solida­ riedade social, paz, desenvolvimento econômico, bem-estar da população etc.). Outros princípios encontram-se formulados em normas infraconstitucionais. Exemplos: a proibição de alegar desconhecimento de lei (art. 3.° da Lei de In­ trodução às normas do Direito Brasileiro; art. 21 do Código Penal); o princípio da boa-fé e da probidade (arts. 422 e 1.268 do Código Civil).

Em caso de lei omissa, tais princípios devem nortear a aplicação do direito, permitindo solucionar uma questão conforme os valores e o “espírito” do orde­ namento jurídico. O recurso aos princípios gerais de direito parece justificado. O que há de melhor que solucionar um conflito respeitando as linhas mestras do ordenamento jurídico? Na prática, porém, a identificação e a aplicação dos princípios gerais criam problemas.

Para o aplicador do direito é arriscado colocar-se em posição de árbitro su­ premo, decidindo sobre o que é conforme ao “espírito” do direito. Tais decisões são sempre subjetivas, e cada pessoa tenderá a ver como valor do direito aquilo que corresponde às suas opiniões.

Além disso, o ordenamento jurídico exprime frequentemente valores e objetivos contraditórios: liberdade empresarial e redução das desigualdades so­ ciais; ordem pública e liberdade do indivíduo; defesa nacional e internaciona-

|  |  |
| --- | --- |
| FONTES D O DIREITO | 1 8 9 |

lismo. Por essa razão, revela-se impossível identificar um único princípio que regulamente determinada matéria e que possa ser aplicado sem causar contro­ vérsias.

Por serem vagos e imprecisos, os princípios gerais de direito permitem vá­ rias interpretações e não garantem a aplicação do direito conforme as exigências de segurança jurídica. O juiz que, por ordem legal expressa, em caso de omissão do legislador, deve recorrer à aplicação de tais princípios, necessita estar cons­ ciente dessas dificuldades, tentando limitar ao máximo o subjetivismo. Para tanto deve fundamentar sua decisão de forma detalhada e completa, permitindo aos interessados controlar como e por quais razões foi aplicado determinado princípio de direito.

Além de seu papel como fonte subsidiária do direito, os princípios desem­ penham outras funções no ordenamento jurídico. Grande parte da doutrina entende que a Constituição não é composta somente por regras jurídicas, mas também por princípios. A definição desses princípios, seu poder vinculante e o modo de sua aplicação causa grandes controvérsias entre os teóricos do direito.35

Observamos, finalmente, que o art. 102, § 1.°, da Constituição Federal reconhece ao Supremo Tribunal Federal a competência para avaliar se determi­ nada decisão do legislador ou de outra autoridade causou o “descumprimento de preceito fundamental” que decorre da Constituição. Em tais casos, a decisão deve ser invalidada. O conceito de preceito fundamental não é muito diferente do conceito de princípio (Tavares, 2001, p. 102-161). Isso indica que o des­ cumprimento de princípios do ordenamento jurídico pode ensejar uma ação específica em prol de seu respeito.

1. *Vontade dos particulares (poder negociai)*

Quando dois particulares assinam um contrato de compra e venda, ocor­ rem importantes alterações no ordenamento jurídico. O comprador deve pagar o preço ná forma acordada e o vendedor deve transferir o domínio da coisa (art. 481 do Código Civil). Se uma das partes não cumprir as obrigações que assumiu por meio do contrato, poderá ser acionada judicialmente e condenada a realizar a prestação, pagando inclusive as custas do processo, juros ou indenizações.

1. **Dworkin, 2002, p. 23-203; Alexy, 1985 e 1996, p. 71-157; Bergel, 2001, p. 101-129; Viola e Zaccaria, 2001, p. 366-407; Canotilho, 2002, p. 1.145-1.173; Rothenburg, 1999; Ávila, 2003; Sarmento, 2002; Leite (org.), 2008; Tavares, 2006-a, p. 85-123. Críticas ao conceito dos princípios encontram-se em Alexander e Kress, 2000; Lopes, 2003; Martins, 2008; Dimoulis e Lunardi, 2008.**

1 9 0 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Isso significa que as partes passam, pela simples assinatura de uma folha de pa­ pel, a ter direitos e assumir obrigações que não existiam antes. O ordenamento jurídico reconhece essa situação e o Estado se compromete a prestar a assistên­ cia à parte eventualmente lesada coagindo a outra a cumprir o contrato.

Assim sendo, a vontade de um particular, que não exerce o poder público, pode criar normas jurídicas. Da mesma forma que a Prefeitura pode exigir o pagamento de uma quantia em dinheiro a título de imposto predial, o particular pode exigir o pagamento do preço da venda fundamentando-se no contrato de compra e venda.

A doutrina reconhece que a vontade dos particulares constitui fonte for­ mal de direito e a denomina de *normação privada* ou *poder negociai.* Entre as demais fontes formais do direito e o poder negociai existem duas importantes diferenças de alcance. Em primeiro lugar, as autoridades estatais criam normas de forma unilateral, impondo-as a todos, e os particulares só podem vincular outros se houver acordo. Enquanto o Estado pode desapropriar uma casa sem consentimento do proprietário e mesmo contra sua resistência, um particular não pode obrigar alguém a lhe vender sua casa.

A segunda grande diferença encontra-se no fato de o poder negociai ser fortemente limitado por normas estatais, que fixam condições para a manifesta­ ção da vontade dos particulares. Desse modo, a legislação estabelece requisitos para a conclusão de contratos em próprio nome (capacidade de exercício), indi­ ca os objetos lícitos do contrato, proíbe cláusulas abusivas, impõe o pagamento de impostos em caso de compra e venda ou de recebimento de herança etc.36

Uma forma peculiar do poder negociai dos particulares são as *convenções* *coletivas* no direito do trabalho. Trata-se de acordos concluídos, geralmente apóstrabalhosas negociações, por representantes dos empregados e dos empregado­ res de determinado setor da atividade econômica, no intuito de resolver, sem intervenção estatal, conflitos relativos às condições e à remuneração do traba­ lho. As convenções coletivas são hierarquicamente superiores a futuros acordos individuais entre os empregados e os empregadores cobertos pela convenção, desde que estes acordos não sejam mais favoráveis ao trabalhador (princípio da “norma favorável”). Exemplo: se na convenção coletiva for estabelecido salário mínimo de R$ 500,00 para determinada profissão, um posterior contrato de tra­ balho individual que estabeleça um salário de R$ 300,00 não possuirá validade,

1. **Os contratos classificam-se entre as fontes não escritas porque na maioria dos casos são feitos oralmente. Mas o contrato pode ter a forma escrita se as partes assim o desejarem ou quando há explícita exigência legal.**

|  |  |
| --- | --- |
| FONTES D O DIREITO | 19 1 |

podendo o empregado exigir judicialmente o pagamento do salário acordado na convenção coletiva (Nascimento, 2001, p. 204-210, 254-255).

**Quadro sinótico 8:**

**Tipologia das fontes do direito**

**Fontes materiais**

* Valores sociais
* Necessidades humanas
* Elementos culturais
* Costumes sociais
* Vontade do povo
* Vontade de certas classes sociais
* Vontade dos grupos de poder

**Fontes formais (no direito federai brasileiro)**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| *Diretas* |  | *Indiretas* |  |
| *Escritas* | *Não escritas* | *•* Doutrina |  |
| Constituição | Costumes jurídicos | • Precedentes judiciais |  |
|  |  | e súmula não |  |
| Emenda à Constituição | Princípios gerais de |  |  |
|  |  | vinculante |  |
|  | direito |  |  |
| Lei no sentido estrito |  |  |  |
|  |  |  |  |
| Tratados internacionais | Vontade dos |  |  |
|  | particulares |  |  |
| Medida provisória |  |  |  |
|  |  |  |  |
| Decreto legislativo |  |  |  |
| Resolução |  |  |  |
| Decreto e regulamento |  |  |  |
| Instrução |  |  |  |
| Portaria |  |  |  |
| 1Circular |  |  |  |
| Ordem de serviço |  |  |  |
| 1Decisões do Judiciário |  |  |  |
| (incluindo súmulas |  |  |  |
| vinculantes, exercício |  |  |  |
| do poder normativo |  |  |  |
| da justiça de trabalho |  |  |  |
| e declarações de |  |  |  |
| inconstitucionalidade) |  |  |  |

**3. Conclusão**

As fontes materiais do direito constituem a verdadeira causa de criação dos sistemas jurídicos. Por isso atraem o interesse da sociologia do direito e de ou­ tras disciplinas extraj uri dicas, preocupadas com a compreensão da origem e da função social do direito. O operador do direito interessa-se principalmente pelas fontes formais, que contêm os regulamentos juridicamente válidos.

Os ordenamentos jurídicos modernos são marcados pela multiplicidade das fontes formais, que podem ser tanto escritas como não escritas, tanto diretas

192 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

como indiretas. Contudo, constata-se a clara prevalência das fontes escritas e, principalmente, das normas oriundas do legislador constitucional e ordinário. As demais fontes do direito (jurisprudência, costumes, vontade dos particula­ res, princípios gerais não escritos, doutrina jurídica) encontram-se em posição subordinada; só desenvolvem efeitos normativos quando isso estiver previsto na legislação em vigor.

Temos aqui uma importante característica dos ordenamentos jurídicos modernos, notadamente dos ordenamentos da Europa continental e dos países que, em decorrência da colonização, foram marcados por essa cultura jurídica, como na América Latina. Nesses casos, o caráter legicêntrico do direito limita fortemente o poder normativo do Judiciário, da doutrina jurídica e da própria sociedade (costumes e vontade dos particulares).

*Para aprofundar o conhecimento*

Arnaud, 1993; Ascensão, 2001, p. 247-305, 325-343; Bergel, 2001, p. 53-130; Canotilho, 2002, p. 689-701; Carvalho, 2007, p. 163-187; Coelho, 2004, p. 256-271; Costa, 2001, p. 187-213; Diniz, 1998, p. 278-323, 447-468; Terré, 2009, p. 161-171, 199-327; França, 1999, p. 61-92,135-225; Gusmão, 2001, p. 101-136; Justo, 2003, p. 183-222; Machado, 2004, p. 116-159; Modugno, 2002; Montoro, 1999, p. 321-365; Oliveira, 2006, p. 161-192; Ross, 2000, p. 101-134; Roya, 1991; Rüthers, 1999, p. 123-151; Vaz, 2007, p. 227-263; Venosa, 2004, p. 139-169; Viola e Zaccaria, 2001, p. 156-171, 311-332, e 2003, p. 162-177, 207-211.

**Lição 10**

**LIMITES DE VALIDADE**

**DA NORM A JURÍDICA**

S U M Á R I O : **1 .Validade da norma no tempo (vigência): 1.1 Definição; 1** ***.2*** **Revo­** **gação; 1.3 Uitratividadee retroatividade; 1 .4 D esuso- 2 . Vai idade da norma no espaço: 2.1 Princípio da territorialidade; 2 .2 Princípio da nacionalidade e direito internacional privado.**

1. **Validade da norma no tempo (vigência)**
   1. *Definição*

Um estudante de direito encontra na biblioteca de seu avô, juiz aposenta­ do, um Código Penal. Será que ele pode utilizá-lo para seu estudo? Será que o amarelado livro corresponde ao direito em vigor? A resposta é negativa. O livro está totalmente desatualizado, pois ocorrem anualmente várias modificações da legislação penal. Assim sendo, o nosso aluno deve comprar a edição mais recen­ te e ficar atento às contínuas mudanças da legislação.

Isso indica que antes de o profissional de direito aplicar uma lei deve sem­ pre responder a duas questões:

• A partir de quando uma lei entrou em vigor?

•Até quando possui validade?

Essas questões são tratadas sob a rubrica da *validade temporal* ou *vigência* do texto normativo. Trata-se de uma característica da norma que indica o lapso de tempo no qual a conduta por esta prescrita é exigível. Em outras palavras, a vigência indica o período no qual as prescrições jurídicas têm efeito, sendo este período delimitado pela entrada e a retirada da norma do ordenamento jurídico.

O momento de entrada em vigor de um texto normativo é quase sempre estabelecido em seu último artigo. As fórmulas utilizadas são: “Esta lei entra em vigor na data de sua publicação” ou “este decreto entra em vigor no prazo de X dias, contado da data de sua publicação”.

No primeiro caso, temos uma norma de *efeito imediato.* No segundo, uma norma de *efeito diferido.* As normas de efeito diferido estabelecem um prazo entre a data de publicação e sua entrada em vigor. Esse período de carência é

1 9 4 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

denominado *vacatio legis* (vacância de lei). Justifica-se por razões de divulga­ ção das novidades jurídicas, permitindo que os operadores jurídicos prepara­ rem-se para a aplicação da nova regulamentação. A fixação do lapso temporal da vacância é particularmente necessária quando entra em vigor uma lei ino­ vadora e de impacto, que promove significativas alterações no ordenamento jurídico.1

O art. 1.° da Lei Complementar 107/2001 precisou a contagem do prazo de vacância das leis para garantir maior certeza sobre o momento de entrada em vigor das leis. Pode parecer detalhe insignificante saber se uma lei entra em vigor hoje ou amanhã. Mas em muitos casos, o destinatário pode sofrer graves prejuízos ou, ao contrário, se beneficiar dependendo do momento da entrada em vigor. Isso vale em particular em relação a leis tributárias, previdenciárias e penais.

Valem as seguintes regras. Primeiro, as leis que estabeleçam período de vacância devem utilizar a cláusula: “Esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial” (art. 1.°, § 2.° da LC 107/2001). Isso promove a segurança permitindo um cálculo preciso. Mas ainda são editadas leis que respeitam essa previsão, fixando o prazo de vacância em meses e não em dias. Por exemplo, a Lei 11.417/2006 prevê a entrada em vigor “três meses após a sua publicação”. Nesse caso, o mais plausível é entender como “mês” os 30 dias.

Segundo, a contagem do prazo para a entrada em vigor se faz com a inclu­ são da data da publicação e do último dia do prazo. A lei entra em vigor no dia após o fim do prazo (art. 1.°, § 1.° da LC 107/2001). Exemplo: uma lei é publi­ cada no dia 5 com vacância de “15 dias”. A vacância termina no dia 19, entrando em vigor a lei no dia 20.

O art. 8.° da Lei Complementar 95/1998, impõe que as leis indiquem ex­ pressamente a data de início de sua vigência. Segundo a mesma norma, as leis de pequena repercussão podem entrar em vigor na data de sua publicação; nos demais casos, a lei deve estabelecer “prazo razoável para que dela se tenha amplo

1. **A *vacatio legis* pode criar situações de extrema complexidade. Um exemplo oferece a verdadeira “aventura” do art. 374 do Código Civil. O Código Civil, cujo texto foi publicado no dia 11 de janeiro de 2002, deveria entrar em vigor no dia 11.01.2003. A Medida Provisória 75, de 24.10.2002, revogou o art. 374. Essa Medida Provisória foi rejeitada pelo Congresso Nacional em 18.12.2002. Assim sendo, o art. 374, revogado antes de sua entrada em vigor, voltou a valer. Mas, no dia 9.01.2003, dois dias antes da entrada em vigor do Código Civil, a Medida Provisória 104 revogou novamente o art.**
   1. **Esta última Medida Provisória foi aceita pelo Congresso Nacional (Lei 10.677, de 22.05.2003), eliminando definitivamente o art. 374 do Código Civil.**

|  |  |
| --- | --- |
| LIMITES DE VALIDADE DA N O R M A JURÍDICA | 1 9 5 |

conhecimento”. Exemplo: o novo Código Civil, promulgado em 10.01.2002, esta­ beleceu, em seu art. 2.044, que só entraria em vigor um ano após a sua publicação.

Devemos sublinhar que o art. 8.° da Lei Complementar 95/1998 *revogou* o art. 1.° da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que regulamentava de maneira diferente o início da vigência das leis. Mas há livros didáticos que ignoram a Lei Complementar 95 e continuam ensinando as regras de entrada em vigor das leis com base na legislação anterior.2

*1.2* *Revogação*

Em alguns casos a norma estabelece um lapso temporal de vigência. Isto ocorre nas seguintes hipóteses:

* Normas transitórias, que regulamentam o modo de passagem de um an­ tigo a um novo regulamento, estabelecendo um prazo para que a administração pública ajuste-se às novas exigências ou preservando direitos adquiridos.
* Normas de direito financeiro e tributário que costumam ser de validade

anual.

* Normas que regulamentam situações excepcionais. Exemplo: o decreto que proclama o estado de sítio, cuja duração total não deve ser superior a ses­ senta dias (trinta dias prorrogáveis uma vez por mais trinta, se persistirem as razões que justificaram a decretação - art. 136, § 2.°, da Constituição Federal).

Nessas hipóteses, a perda da validade da norma denomina-se *caducidade*. O transcorrer do prazo estabelecido provoca a “saída” da norma do ordenamento jurídico, sem necessidade de edição de outra norma.

A maioria das normas jurídicas é de validade indeterminada. Quando o legislador não estabelece nada sobre a duração da norma, a sua vigência se es­ tende até que norma posterior venha a aboli-la ou substituí-la. Nesse sentido, o art. 2.° da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro prevê: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.

Os princípios da hierarquia e da posterioridade (Lição 11, 3.1 e 3.2) indi­ cam que a nova norma deve ser de nível igual (ou superior) à anterior. Quando o legislador modifica a sua vontade, a norma anterior perde a validade.

O ato que dá fim à vigência de uma norma denomina-se *revogação*. Pode­ mos distinguir várias formas de revogação (Sgarbi, 2006). Com base no critério

**2. Machado, 2004, p. 99-100; Oliveira, 2006, p. 276-278; Vaz, 2007, p. 281.**

1 9 6 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

da *extensão*, a revogação pode ser total se o dispositivo for totalmente abolido (*ab-rogação*) ou parcial, se somente uma parte se tornar sem efeito (*derrogação*).

Exemplo: A norma que prevê a isenção do imposto de renda de quem mora no exterior, possuindo rendas no Brasil, pode ser ab-rogada se o legislador con­ siderar que a isenção não se justifica mais. Teríamos uma derrogação se uma nova norma previsse que a isenção só se aplica para quem mora por mais de três anos no exterior.

Com base no critério do *modo de revogação* temos a revogação *explícita* quando a nova norma indica os dispositivos revogados e a *tácita* quando o le­ gislador cria uma norma que conflita com anteriores sem prever nada sobre a revogação, ficando aos cuidados do aplicador constatar a revogação.

O legislador brasileiro utilizava, às vezes, a técnica da revogação explícita, estabelecendo uma *cláusula de revogação* “fica revogada a lei x”. Na maioria dos casos, porém, a revogação expressa era genérica, empregando-se a fórmula: “re­ vogam-se as disposições em contrário”. É evidente que tal fórmula nada passa de uma revogação tácita, deixando a critério do aplicador decidir quais normas e em qual medida foram revogadas.

A Lei Complementar 95/1998, remediou essa situação de insegurança. Proibiu a revogação genérica e a tácita, estabelecendo que *o legislador deve indi­* *car expressamente e enumerar as disposições revogadas*.3Se não houver tal revoga­ção explícita devemos entender que o dispositivo anterior continua vigorando.

Essa regra pode causar situações curiosas. Imaginemos que a Lei A prevê “O curso de direito terá duração de 5 anos”. A Lei B, posterior, prevê “O curso de direito terá duração de 4 anos” e, por descuido, não revoga expressamente a Lei A. Como admitir que a Lei B, adotada pelo mesmo legislador e expressando sua atual vontade, não prevalece da Lei A? Não seria preferível continuar acei­ tando a revogação tácita? Diante da formulação da Lei Complementar 95/1998 a resposta deve ser negativa. Cabe ao legislador ter o cuidado de verificar a legislação anterior e revogar expressamente normas contrárias à sua vontade.

Há uma hipótese na qual nos parece ainda possível a revogação tácita.4 Se a norma mais recente que entra em conflito com a anterior for hierarquicamente superior, prevalece mesmo não prevendo a revogação. Caso contrário teríamos violação do princípio fundamental da hierarquia das fontes.

Exemplo: o art. 105,1, i, da Constituição Federal, adotado em 2004, pre­ vê que a homologação de sentenças estrangeiras deve ser feita pelo Superior

1. **Art. 9.° da Lei Complementar 95, de 26.02.1998, modificado pela Lei Complementar 107, de 26.04.2001.**
2. **Agradeço a observação do Dr. Rafael Toni Silva.**

|  |  |
| --- | --- |
| LIMITES DE VALIDADE DA N O R M A JURÍDICA | 1 9 7 |

Tribunal de Justiça. Esse artigo entra em conflito com o art. 15 da Lei de Intro­ dução às normas do Direito Brasileiro que prevê que tal homologação será feita pelo Supremo Tribunal Federal. A norma constitucional não revoga expressa­ mente o dispositivo da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, mas deve prevalecer por ser hierarquicamente superior.

*1.3* *Ultratividade e retroatividade*

Em regra geral, a nova norma substitui a anterior a partir de sua entrada em vigor. Nesse caso, dizemos que a norma possui vigência *ex nunc*, isto é, vigência imediata. Esta regra conhece duas exceções: a preservação parcial da norma an­ terior (ultratividade) e a retroatividade.

1. *Ultratividade*. A antiga lei pode continuar sendo aplicada em determina­ dos casos após a cessação de sua vigência. Isto está previsto no art. 5.°, XXXVI, da Constituição Federal que proíbe que as normas infra constitucionais prejudi­ quem os direitos adquiridos, os atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada. Nesses casos, a norma posterior não pode mudar a situação em detrimento de direitos que as pessoas já possuem.

Essa regra era prevista antes da entrada em vigor da Constituição, no art. 6.° da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que define os referidos termos da seguinte maneira:

•Temos direito adquirido quando seu titular pode exercê-lo sem necessitar de autorização do Estado ou de terceiros. Exemplo: um funcionário, após ter completado os 30 anos de serviço previstos em lei, passa a receber aposentado­ ria plena. Uma lei posterior que exigir serviço de 35 anos para aposentadoria plena não pode prejudicar o direito do funcionário que já recebe a aposentado­ ria.

* + O ato jurídico (Lição 13, 2) é considerado perfeito a partir do momen­ to de sua conclusão. Exemplo: um contrato feito oralmente continua valendo, mesmo se após sua conclusão uma nova lei exigir a forma escrita para contratos dessa espécie.
  + Coisa julgada é a decisão judicial não sujeita a recursos, isto é, a deci­ são que resolve de forma definitiva um conflito. Exemplo: o tribunal condena o devedor inadimplente de um banco a pagar juros de 12% ao mês segundo a legislação em vigor. Se uma lei posterior diminuir retroativamente os juros a 6% ao mês para casos de inadimplência, o banco não perde o direito a receber juros de 12%, já que a lei não pode alterar a coisa julgada.

1. *Retroatividade.* São retroativas as disposições que têm efeitos sobre situa­ções ocorridas antes de sua entrada em vigor (vigência *ex tunc*, já no passado).

1 9 8 M ANUAL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Certamente, nenhuma norma pode mudar o passado. As normas influenciam o presente e o futuro. A diferença está no fato que as normas retroativas modi/icam a previsão legal sobre situações ocorridas no passado: a demissão considerada lícita é revertida, uma taxa devidamente paga deve ser devolvida. A retroativida-de das leis causa sérios problemas porque desmente a confiança das pessoas no ordenamento jurídico, gerando insegurança e prejudicando as atividades sociais (Schlink, 2002, p. 50-53).

Por outro lado, em sociedades complexas que vivenciam contínuas mu­ danças, se faz, às vezes, necessário alterar as regras jurídicas em relação ao pas­ sado. Exemplo: a evolução dos costumes fez com que muitos países introdu­ zissem a possibilidade do divórcio.5 Quem contraiu núpcias sob o regime da indissolubilidade não pode se prevalecer eternamente dessa regra, proibindo que seu cônjuge peça o divórcio possibilitado por uma lei que entrou em vigor após a celebração do casamento.

O legislador deve encontrar um equilíbrio entre a necessidade de evitar leis retroativas, para garantir a segurança jurídica, e a de admitir a retroatividade, quando for necessária. Por esse motivo, a proibição geral da retroatividade, que se encontrava, no Brasil, nas Constituições do século XIX e ainda se encontra na França,6 não foi incluída na Constituição Federal de 1988.

Em matéria de retroatividade, aplicam-se as seguintes regras no ordena­ mento jurídico brasileiro:

•Como dissemos, a Constituição proíbe a retroatividade da lei quando isso prejudica as situações consolidadas mencionadas no art. 5.°, XXXVI. Já que a maioria das leis gera direitos adquiridos, a retroatividade deve ser considerada como excepcional.

• As normas jurídicas podem ser retroativas, se isso for expressamente pre­ visto em seu texto. Isso decorre da exigência de segurança jurídica, que impõe evitar as “surpresas”. Quando o legislador simplesmente prevê que a lei entra em vigor na data de sua publicação, devemos concluir que ela não tem efeito retroativo.7

•No âmbito do direito penal valem duas regras absolutas sobre a retroati­ vidade. Em primeiro lugar, é proibida a retroatividade quando isso prejudique o

1. **No Brasil, o divórcio foi introduzido pela Lei 6.515, de 26.12.1977.**
2. **Na prática francesa a proibição de retroatividade prevista no Código Civil conhece muitas exceções (Terré, 2009, p. 435-454).**
3. **O Supremo Tribunal Federal decidiu que a Constituição é retroativa somente quando o determina expressamente (Barroso, 1999, p. 87-88). Essa regra vale, com maior razão, para as normas de força jurídica inferior (normas infraconstitucionais).**

|  |  |
| --- | --- |
| LIMITES DE VALIDADE DA N O R M A JURÍDICA | 1 9 9 |

réu, por exemplo, quando é aumentada, após o cometimento do delito, a pena prevista na lei (pena cominada). Em segundo lugar, a nova lei penal deve retroa-gir se beneficiar o réu (art. 5.°, XL, da Constituição Federal; art 2.° parágrafo único, do Código Penal).

* + Leis que criam ou aumentam tributos não podem ser retroativas nem aplicadas no exercício financeiro no qual foram criadas e só podem ser cobradas em relação a fatos geradores que ocorreram no mínimo 90 dias após a publica­ ção da lei (art. 150, III, da Constituição Federal).
  + A lei que altera o processo eleitoral pode ser aplicada a partir das elei­ ções organizadas um ano após a sua entrada em vigor (art. 16 da Constituição Federal).

1. *Desuso*

As sociedades que conhecem rápidas evoluções tecnológicas são submeti­

das a contínuas mudanças de regras: os costumes mudam, profissões e ativida­ des sociais desaparecem e novas se criam, os meios de comunicação se trans­ formam. Basta pensar que pessoas que nasceram em bairros sem eletricidade podem hoje, por meio da Internet, escolher e comprar produtos armazenados nos países mais longínquos, recebê-los em casa em poucos dias e pagar a conta informando eletronicamente o número de seu cartão de crédito.

Nesse âmbito, muitas leis deixam de ser aplicadas porque a realidade mu­ dou e não encontram mais objeto de aplicação. Podemos dizer que uma norma que não é aplicada por muitos anos, porque “envelheceu”, deve ser considerada extinta de forma natural? Eis a questão do *desuso* das leis (em latim: *desuetudo*).

Em geral, as leis que não correspondem a exigências atuais são derrogadas ou modificadas para se adaptarem às novas situações. Entretanto, temos muitos casos de leis que, apesar de serem socialmente superadas, continuam em vigor. Qual é a influência do fator temporal nesses casos? Podemos considerar que o longo desuso causa a ab-rogação de uma lei?

Devemos distinguir os motivos pelos quais uma lei não é aplicada:

* As violações da norma não são levadas ao conhecimento das autoridades competentes. Exemplo: os proprietários de supermercados quase nunca denun­ ciam o furto de produtos de pequeno valor.
* As pessoas desrespeitam a lei em suas relações. Exemplo: o mercado pede juros maiores que os permitidos e os consumidores aceitam essa situação por necessidade econômica ou falta de informação.
* Os tribunais deixam de utilizar uma alternativa que lhes oferece a lei. Exemplo: uma lei prevê pena de prisão ou multa, mas os tribunais aplicam sem­ pre a pena de multa.

2 0 0 M ANUAL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

No direito romano era aceita a ab-rogação por desuso. No Digesto encon­ tramos a regra que “as leis não se ab-rogam só pela decisão do legislador, mas também pelo consenso tácito de todos que leva ao desuso”.8

Nos ordenamentos modernos, a validade da norma não deve ser confun­ dida com a sua eficácia social, que depende do comportamento social e não da vontade do legislador. A violação de normas válidas deve acarretar as previstas sanções, mesmo se for muito frequente e as autoridades competentes foram omissas no passado. Ninguém pode alegar a seu favor o fato de que outras pes­ soas em situações semelhantes não foram punidas, por não ser possível invocar a igualdade na ilegalidade.

Tampouco podemos ter desuso simplesmente por falta de casos de aplica­ ção da lei. Se, por exemplo, nas últimas décadas ninguém concluiu uma espécie de contrato prevista no Código Civil, isso não significa que as normas que o regulamentam perderam sua validade. Se, no futuro, apresentar-se tal caso, as respectivas normas devem ser aplicadas.

A única possibilidade de ab-rogação da norma por meio do desuso seria a formação de um costume ab-rogatório, quando as pessoas, além de deixarem de aplicar a lei, deixam de considerá-la obrigatória. Isto constituiria, porém, um costume *contra legem*, que não é admitido nos ordenamentos jurídicos moder­ nos (Lição 9, 2.2.1).

Disso resulta que o longo desuso não influencia diretamente a validade da norma. Pode, porém, afetá-la de forma indireta. Isto ocorrerá se a pessoa, acusa­ da de violar uma norma há muito tempo não aplicada, alegar desconhecimento e for isenta de penalidade.

Exemplo: suponhamos que, nos últimos cinquenta anos, as autoridades de um país tenham tolerado o porte e consumo de pequenas quantidades de *can-nabisy*apesar de expressa proibição legal. Se um jovem for preso em posse des­sa substância, poderá alegar de forma plausível o desconhecimento da norma incriminadora, sendo provável sua absolvição. Nesse caso, a norma não deixa de valer formalmente, mas, devido ao desuso, não pode produzir seus efeitos.9

**2. Validade da norma no espaço**

Estudando a legislação de vários países constataremos que existem grandes disparidades. A idade mínima para o exercício dos direitos políticos varia; os

1. **“Leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per de-suetudinem abrogentur”; opinião do jurisconsulto Juliano. Digesto de Justiniano,**
   1. **Fonte:** [**<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-01.htm>.**](http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-01.htm)
2. **O art. 21 do Código Penal brasileiro prevê que o réu não deve ser punido se o desco­ nhecimento da proibição era “inevitável”.**

|  |  |
| --- | --- |
| LIMITES DE VALIDADE DA N O RM A JURÍDICA | 2 0 1 |

requisitos para o casamento e para a redação de um testamento são diferentes; as penas previstas para os mesmos delitos são de duração e de natureza diversa e assim por diante. Como decidir qual legislação se aplica em um caso concreto, se, por exemplo, um casal de chilenos quiser casar na Venezuela? Coloca-se aqui o problema da validade da norma jurídica no espaço.

**2.7** *Princípio da territorialidade*

Os ordenamentos jurídicos modernos possuem caráter *estatal-nacional.* Titulares da soberania são os povos organizados em Estados. Nesse sentido, a regra geral é que as normas emitidas no âmbito de um ordenamento jurídico possuem validade na área em que o respectivo Estado exerce sua soberania.

Temos aqui o princípio da *territorialidade* do direito. A validade de uma norma no espaço depende basicamente dos limites da soberania de cada Estado. Em outros termos, as normas de cada ordenamento jurídico nacional possuem, em princípio, validade no território do respectivo Estado. Exemplo: um furto cometido na Espanha será punido segundo o direito espanhol e um furto come­ tido em Portugal será punido conforme as leis lusitanas, não importando qual é a lei mais branda ou mais nova. Disso resulta que, quando há conflito entre nor­ mas de vários países, não se aplica o critério da validade das normas no tempo e sim o critério da validade da norma no espaço.

Espaço de aplicação da lei é principalmente o espaço geográfico que se situa entre as fronteiras terrestres do país (solo, subsolo, lagos, rios etc.). Além disso, cada país exerce sua soberania em partes que se situam fora de suas fron­ teiras terrestres, no denominado espaço nacional *ultraterritorial*. Em relação a este último temos as seguintes regras:

* A maioria dos países considera como parte do território nacional os na­ vios e aviões nacionais.
* O direito nacional e internacional estabelece complexas regras sobre a nacionalidade do mar e do ar. Nestes casos fala-se em “mar territorial” e “espaço aéreo nacional”.

•Em zonas fronteiriças podem ser aplicáveis regras específicas. Exemplos: a *no man's land* (terra de ninguém), que separa os exércitos durante um conflito armado, sendo considerada zona neutra e fora da jurisdição dos países beli­ gerantes; as zonas de livre comércio, criadas em portos ou nas imediações de fronteiras e submetidas à jurisdição conjunta de dois ou mais Estados ou a uma autoridade específica.

• As representações diplomáticas e as bases militares mantidas por exér­ citos estrangeiros são submetidas a regimes específicos, que criam privilégios e imunidades para os integrantes destes serviços.

2 0 2 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

•Há regulamentos especiais para as colônias (figura jurídica em extinção), para os territórios que estão sob controle internacional e para a Antártica.

No âmbito de uma introdução ao direito não é necessário estudar essas regras, cuja relevância para o cotidiano do operador jurídico é limitada. Só in­ dicamos dois exemplos:

* O Código Penal brasileiro estabelece em seu art. 5.°, § 1.°, que as embar­ cações e aeronaves brasileiras são consideradas como extensão do território na­ cional, desde que sejam de propriedade pública ou estejam a serviço do governo brasileiro. As demais embarcações e aeronaves são consideradas como extensão do território nacional somente quando se encontram no espaço aéreo brasileiro ou fora do mar territorial dos demais Estados.
* O alto-mar é tradicionalmente considerado como espaço que se situa fora do alcance da soberania dos Estados. Essa regra foi reiterada pelo art. 89 da Convenção das Nações Unidas sobre o direito do mar concluída em Montego Bay, em 10.12.1982, e incorporada no direito brasileiro pelo Decreto Legislativo 5 de 1987. A escolha do direito nacional que será aplicado aos navios que se en­ contram no alto-mar depende principalmente da “bandeira” que utilizam (arts. 92 e 94 da mesma Convenção).

Observamos, finalmente, que o princípio da territorialidade aplica-se tam­ bém no âmbito das Federações, quando se deve escolher entre normas emitidas por vários Estados ou por vários Municípios. Os Estados e os Municípios pos­ suem, em princípio, competência no âmbito de seu território. Ocorrendo con­ flito entre normas federais, estaduais e municipais, vale principalmente a regra hierárquica (subordinação dos Estados ao direito federal e dos Municípios ao direito estadual), mas há muitas exceções.

2.2 *Princípio da nacionalidade e direito internacional privado*

Em muitos casos, o princípio da territorialidade do direito é completa­ do ou substituído pelo critério da nacionalidade. Em tais hipóteses, as normas do ordenamento jurídico nacional são aplicadas aos cidadãos do país, mesmo quando estes se encontram fora do território nacional.

Isso vale, em primeiro lugar, para os direitos e obrigações relacionados com a nacionalidade (direitos políticos, serviço militar, nacionalidade dos filhos etc.). Exemplos: a possibilidade de voto nas embaixadas ou nos consulados para cidadãos que se encontram no exterior (art. 225 do Código Eleitoral).

Em segundo lugar, o Estado pode reservar-se o direito de punir seus na­ cionais, mesmo quando eles cometem crimes no exterior. O art. 7.° do Código Penal brasileiro prevê que os crimes cometidos por brasileiros no exterior serão punidos conforme a lei brasileira, existindo também exceções, estudadas no âmbito do direito penal.

|  |  |
| --- | --- |
| LIMITES DE VALIDADE DA N O RM A JURÍDICA | 2 0 3 |

Uma consequência da soberania nacional é que cada país estabelece suas próprias normas em relação à aplicação do direito, em casos que envolvem mais países ou pessoas de várias nacionalidades.

Isso pode ocorrer no direito comercial. Exemplo: uma empresa brasileira assina com uma empresa alemã um contrato de exportação e comercialização, nos Estados Unidos, de produtos agrícolas provenientes de países do Mercosul, sendo o contrato concluído na representação da empresa alemã na Argentina e prevendo utilizar os serviços de uma transportadora japonesa. Semelhantes situações são muito frequentes nas últimas décadas, quando mesmo países tra­ dicionalmente autárquicos, como o Brasil, abrem-se ao comércio internacional e, em paralelo, o desenvolvimento dos transportes e das comunicações diminui o custo das exportações.

Situações análogas encontram-se no direito das pessoas físicas. Exemplo: um brasileiro, que possui também a nacionalidade portuguesa por ser filho de imigrantes lusitanos, celebra casamento na Espanha, país de origem de seu côn­ juge, e, posteriormente, ambos encontram trabalho e se instalam na França, onde também nascem seus filhos. Qual direito vale para suas relações pessoais e patrimoniais e para a nacionalidade dos filhos?

As regras do direito internacional privado (Lição 14,3.2) permitem delimi­ tar o âmbito de incidência de cada ordenamento jurídico, por meio da indicação do direito nacional que será aplicado no caso concreto. Cada país pode decidir se aplicará o princípio da nacionalidade, o princípio da territorialidade ou uma combinação de ambos para resolver um conflito. No Brasil, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro fixa as regras básicas para a aplicação do direito privado em casos “internacionais” (arts. 7.° a 19).

O problema surge quando as regras dos vários direitos nacionais são in­ compatíveis entre si, levando, por exemplo, a decisões contraditórias dos tribu­ nais de dois (ou mais) países sobre o mesmo caso. O problema se ameniza com a assinatura de acordos bilaterais sobre a aplicação do direito em determina­ dos casos. Para dar uma solução definitiva seria necessário que todos os países adotassem as mesmas regras. Mas, até hoje, apesar das tentativas de juristas e organismos internacionais, não foi possível uniformizar o direito internacional privado.

*Para aprofundar o conhecimento*

Ascensão, 2001, p. 305-324, 575-620; Barroso, 1999, p. 51-102; Bergel, 2001-a, p. 195-203; Cardoso, 1995; Diniz, 1998, p. 385-394, e 2004, p. 42-77; França, 1999, p. 93-129; Machado, 1997, p. 219-251; Nunes, 2002, p. 197-222; Oliveira, 2006, p. 287-310; Sgarbi, 2006; Terré, 2009, p. 435-454.

**CONFLITOS ENTRE**

**NORMAS JURÍDICAS**

S U M Á R I O : **1 . 0 princípio da não contradição no direito—2 . Antinomias aparen-t e s - 3 . Critérios de solução de antinomias reais: 3.1 Critério da superioridade**

|  |  |
| --- | --- |
| **(ou hierárquico): 3.1.1 Conteúdo; 3 .1 .2** | **Direito internacional; 3 .2 Critério** |
| **da posterioridade (ou cronológico): 3.2.1** | **Conteúdo; 3 .2 .2 O problema da** |

**repristinação; 3 .3 Critério da especialidade - 4. Conflitos entre critérios - 5. Inaplicabilidade dos critérios e proporcionalidade - 6. Superação dos critérios de solução de antinomias pelo "diálogo das fontes"?**

**1. O princípio da não contradição no direito**

Um princípio fundamental da lógica clássica é a *não contradição:* uma coisa não pode existir e inexistir ao mesmo tempo e uma afirmação não pode ser ver­ dadeira e falsa.1Se alguém afirmar que a água da banheira está gelada e quente, isso será considerado, dependendo da situação, como brincadeira, desconhe­ cimento do significado das palavras (no caso de um estrangeiro) ou indício de problema mental.

Traduzindo o princípio da não contradição na linguagem da lógica, temos uma *alternativa:* “Se é verdade que a água da banheira é quente, então é neces­ sariamente falso que seja gelada” (e vice-versa). Devemos escolher! Aplica-se esse princípio ao direito? Já sabemos que as normas jurídicas não podem ser qualificadas como verdadeiras ou falsas, mas somente como válidas ou inválidas (Lição 6, 2.2). Poderíamos, então, pensar que o princípio da não contradição, aplicável em todas as afirmações do ser, não encontra aplicação nas normas do dever ser. Com efeito, nada impede o legislador emitir duas ordens contraditó­ rias para a mesma pessoa e o mesmo caso. Ambas serão formalmente válidas.

Isso é correto em princípio. Na prática, porém, a situação é bem diferente, já que o legislador procura regulamentar a vida social e não quer fazer brinca­ deiras e jogos de palavras. Por isso não encontraremos lei cujo art. 1.° preveja,

1. **Os três princípios fundamentais da lógica clássica são: a *identidade* (A é A); o terceiro excluído ou a *bivalência* (A é ou não é; não há outra possibilidade); a *não contradição* (A não pode ser e não ser ao mesmo tempo).**

|  |  |
| --- | --- |
| CONFLITOS ENTRE NORM AS JURÍDICAS | 2 0 5 |

por exemplo, que o voto é obrigatório, uma vez que o art. 2.° da mesma lei es­ tabelece que o voto é facultativo. Tal contradição pode, no máximo, ser um erro de redação, que deve ser imediatamente corrigido.

A contradição entre normas jurídicas apresenta-se principalmente em duas situações. Primeiro, quando o legislador cria uma norma contrária à lei anterior e, por desconhecê-la, não prevê explicitamente sua revogação. Se alguém invo­ car a velha norma, as autoridades competentes devem resolver o conflito.

Segundo, quando uma autoridade estatal toma uma decisão que contraria normas jurídicas de força superior. Exemplos: uma lei tributária desrespeita normas constitucionais; um decreto do Presidente da República entra em con­ tradição com uma lei. Em tais casos não temos um erro, mas a expressão da vontade de desrespeitar as normas superiores.

Os teóricos,do direito reconhecem a existência de contradições entre nor­ mas jurídicas. O termo que designa tais contradições é *antinomia.2* Definimos como antinomia a existência de duas ou mais normas jurídicas que apresentam três características:

•fazem parte do mesmo ordenamento jurídico;

* são válidas e aplicáveis ao mesmo tempo e no mesmo caso;
* revelam-se incompatíveis entre si porque “uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento” (Bobbio, 1991, p. 86).

Como dissemos, as normas jurídicas podem conter contradições, já que pertencem ao mundo imaginário do dever ser. Mas, no mundo real do compor­ tamento humano, a contradição leva a consequências sociais indesejáveis. Gera insegurança jurídica e mina a confiança na capacidade do ordenamento jurídico de regulamentar a vida social. Se a mesma pessoa deve e não deve pagar uma dívida, o direito falha em sua principal promessa: organizar o convívio pacífico, definindo os direitos e as obrigações de cada um. Nesse sentido, o ordenamento jurídico é um sistema fechado que, apesar das antinomias, sempre permite che­ gar a uma decisão clara e definitiva.

Em outras palavras, a antinomia jurídica impõe escolher o dispositivo (ou a combinação de partes de dispositivos) a ser aplicado. Para tanto, devemos possuir critérios de resolução das antinomias. Esses critérios são, muitas vezes, indicados por normas de competência normativa (Lição 6, 3.2.8) e sistematiza­ dos pela doutrina.

1. **Termo de origem grega que significa existência de normas contraditórias *( anti* = contra, nomos = lei).**

2 0 6 M ANUAL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Ponto de partida constitui a tese de que o legislador é *racional*, não po­ dendo ter emitido ordens contraditórias. Todos sabem que a realidade é bem diferente. No entanto, os operadores do direito fundamentam seu trabalho na *ficção* de que as normas jurídicas não podem ser contraditórias entre si (Lição 8,3.2). Isto significa que deve prevalecer uma das normas contraditórias ou uma combinação harmônica entre elas.

A pergunta é: *qual norma vale no caso concreto, devendo ser utilizada como* *premissa maior na construção do silogismo jurídico?* Diante de um caso, o opera­dor jurídico identifica as normas jurídicas que, *prima jacie* (à primeira vista), podem ser aplicadas e, em seguida, decide qual e como será aplicada.

**2. Antinomias aparentes**

Muitos conflitos entre normas são somente *aparentes*, podendo ser resol­ vidos com o bom senso do aplicador. Temos uma antinomia aparente quando as normas conflitantes aplicam-se em âmbitos diferentes. Neste caso, as normas não apresentam a primeira, ou a segunda, característica da definição da antino­ mia que indicamos acima.

Isso ocorre, em primeiro lugar, quando as normas pertencem a ordenamen­ tos jurídicos diferentes.

Exemplo: o Código Penal brasileiro pune a violação de correspondência com pena de detenção de até seis meses (art. 151). O Código Penal português prevê para o mesmo delito pena de até um ano (art. 194). Essas normas não são contraditórias, pois fazem parte de ordenamentos diferentes. Basta saber qual dos dois incide no caso concreto para resolver facilmente o problema da pena cabível. Aqui se aplicam os critérios de delimitação da validade das normas no espaço (Lição 10, 2).

Em segundo lugar, a antinomia aparente verifica-se quando normas que pertencem ao mesmo ordenamento jurídico valem para pessoas ou situações diferentes.

Exemplos: entre duas leis municipais que estabelecem diferentes alíquotas de imposto predial não há antinomia porque se aplicam em espaços diferentes. É suficiente saber em que município situa-se o imóvel para decidir qual norma é aplicável.

Se o regulamento de uma biblioteca permite o empréstimo de livros aos alunos por uma semana e aos professores por quinze dias não há contradição. Basta saber se o usuário é professor ou aluno para aplicar a norma correspon­ dente, uma vez que cada uma possui destinatários diferentes.

Esses exemplos referem-se a normas que estabelecem claramente seu âm­ bito de validade. Se isso não for claro, devem ser aplicados os critérios de reso­ lução de conflito entre normas que analisaremos no item 3.

|  |  |
| --- | --- |
| CONFLITOS ENTRE NORM AS JURÍDICAS | 2 0 7 |

Haverá também antinomia aparente se uma das normas em conflito tiver algum vício que impeça sua aplicação. Isso ocorre se uma das normas for in­ constitucional ou ilegal, porque foi editada por autoridade incompetente, ou em desrespeito ao processo legislativo, ou porque contraria o conteúdo de normas superiores. Semelhante é a situação na qual se constata que uma das normas em conflito não entrou ainda em vigor ou foi revogada. Aqui temos uma aparência de antinomia que se revela sem fundamento após o exame cauteloso do material normativo.

Por fim, o aplicador deve tentar *harmonizar* as normas conflitantes antes de afirmar a existência de antinomia real. Quando há, por exemplo, suspeita de in-constitucionalidade de uma lei (antinomia entre Constituição e lei), o aplicador deve tentar “salvar” a lei, interpretando-a de maneira conforme à Constituição (Tavares, 2006, p. 250-254, e 2006-a, p. 133-150). Em outros casos, o aplicador pode evitar a antinomia fazendo interpretação restritiva de um dos dispositivos para evitar o conflito com o outro.3

**3. Critérios de solução de antinomias reais**

Temos uma antinomia real quando o aplicador constata que os legisladores manifestaram duas vontades contraditórias a respeito do mesmo assunto. Para resolver as antinomias reais, a teoria do direito elaborou uma série de critérios que apresentamos a seguir.

*3.1* *Critério da superioridade (ou hierárquico)*

1. *Conteúdo*

As normas jurídicas constituem um sistema porque são hierarquizadas, existindo entre elas relações de superioridade e subordinação. Como diz um conhecido brocardo: *lex superior derogat legi inferiori* (a norma superior revoga a inferior). Esse critério permite resolver muitas antinomias.

Para aplicar o critério da superioridade precisamos conhecer a hierarquia de normas em determinado ordenamento jurídico. Dita hierarquia reflete as re­ lações *genéticas* no âmbito do ordenamento jurídico. A criação de uma norma é

1. **Parte da doutrina dá uma definição ampla das antinomias aparentes. Considera como tais todas as antinomias que podem ser resolvidas com a aplicação dos critérios que apresentaremos em seguida e denomina de “reais” só as antinomias insolúveis (Bobbio,**

**1991, p. 92; Engisch, 1988, p. 314; Diniz, 2004, p. 71-72). Essa visão nos parece equi­ vocada. Primeiro, porque não há antinomias insolúveis no direito. O juiz sempre deve e pode decidir algo. Segundo, porque a presença de duas normas incompatíveis entre si é uma antinomia real causada por um conflito de vontades legislativas.**

2 0 8 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

autorizada pelas superiores, devendo estar em conformidade com estas (Kelsen, 2000, p. 215-238).

Isso significa que uma norma é válida quando satisfaz dois requisitos. Pri­ meiro, seu emissor deve estar autorizado por normas superiores para editar essa espécie de norma. Segundo, não pode contrariar as normas dos escalões supe­ riores da pirâmide normativa. Em caso de conflito entre o conteúdo de duas normas prevalece a hierarquicamente superior, que possui maior força formal: lei ordinária contrária ã Constituição é inconstitucional; decreto que desrespeita disposição legislativa é ilegal etc.

Nos Estados federais funcionam em paralelo dois sistemas de hierarquia normativa:

1. Hierarquia de normas no âmbito de cada entidade federativa. Essa hie­ rarquia é fixada no texto normativo maior da respectiva entidade (Constituição Federal, Constituição Estadual, Lei Orgânica do Distrito Federal e dos Municí­ pios). Temos, assim, no Brasil, a hierarquia das normas federais, a hierarquia das normas estaduais e a hierarquia das normas municipais.

No direito federal brasileiro a pirâmide das normas resulta da interpretação sistemática de várias normas da Constituição e compõe-se dos seguintes esca­ lões:

* Constituição;
* emenda à Constituição ou tratado internacional a ela equiparado (art. 5.°, § 3.°, da Constituição);
* tratado internacional sobre direitos humanos;4
* lei complementar;
  + lei ordinária e delegada, medida provisória, demais tratados internacio­

nais;

* + decreto;

•portaria, instrução e demais regulamentos administrativos.5

2. Hierarquia das normas das diferentes entidades federativas. Aqui as nor­ mas oriundas das várias entidades são comparadas e hierarquizadas no intuito de resolver eventuais conflitos. As bases do sistema são estabelecidas na Consti­ tuição Federal, que é o texto normativo supremo da Federação. Em regra geral,

1. **O Supremo Tribunal Federal considera superiores às leis nacionais os tratados interna­ cionais que versam sobre direitos humanos, abandonando sua anterior posição (Lição**

11,3.1.2).

1. **Entre os regulamentos administrativos existe uma hierarquia interna, que depende da posição de cada autoridade na hierarquia administrativa.**

|  |  |
| --- | --- |
| CONFLITOS ENTRE NORM AS JURÍDICAS | 2 0 9 |

o direito federal prevalece sobre o estadual e este último sobre o municipal. Encontramos, no entanto, exceções previstas na própria Constituição Federal, que, em alguns casos, prevê que a entidade superior não pode desrespeitar a autonomia das inferiores.

Exemplos: a União não pode alegar a superioridade de seu direito e cobrar impostos que a Constituição Federal determina como municipais ou estaduais (arts. 155 e 156). Uma lei federal não pode fixar as regras de organização dos Municípios, que, por previsão constitucional, possuem a competência exclusiva para votar a sua Lei Orgânica (art. 29, *caput*).

O critério da superioridade encontra sua justificação na finalidade do orde­ namento jurídico. A vontade política que impõe e mantém a Constituição como norma suprema estabelece regras de competência e de conteúdo. O legislador comum e as demais autoridades do Estado são seus mandatários. Quando deci­ dem de forma contrária ao mandato que lhes deu o texto supremo contradizem a suprema vontade no mundo jurídico e suas normas não devem ser aplicadas.

*3.1.2* *Direito internacional*

O princípio da superioridade encontra seu maior desafio jurídico e políti­ co quando é chamado para resolver conflitos entre normas de direito nacional e internacional. Desde o início do século XX, o direito internacional público sofreu muitas transformações, devido ao fortalecimento e a proliferação dos or­ ganismos internacionais em um mundo sempre mais interligado pela facilitação das comunicações e pelos interesses econômicos de expansão do comércio e da especulação financeira.

No âmbito da doutrina jurídica, o problema das relações entre o direito internacional e os direitos nacionais recebeu duas respostas diferentes, dadas pelas'correntes do monismo e do dualismo.

O *monismo* considera que existe uma única pirâmide de normas jurídicas. Uma subcorrente do monismo sustenta a superioridade do direito nacional em face das normas internacionais; a outra subcorrente monista admite a primazia do direito internacional.

O *dualismo* considera, por sua parte, que entre ambos os ordenamentos não existem relações hierárquicas. Cada um é independente, sobretudo porque o fundamento de sua validade é diferente. Assim, como não há hierarquia entre dois direitos nacionais e os conflitos resolvem-se por meio de acordos políticos e - infelizmente - de guerras, não há hierarquia entre o direito internacional e o direito nacional. As relações entre ambos é problema de política internacional e não de interpretação jurídica.

Essas doutrinas são estudadas com profundidade pelo direito internacio­ nal público. Aqui interessa indicar que os ordenamentos nacionais estabelecem

2 1 0 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

quase sempre a prevalência da Constituição nacional em relação às normas de direito internacional. Alguns países reconhecem a prevalência das regras de di­ reito internacional em relação às leis ordinárias e as demais normas infraconsti-tucionais. Isso ocorre, por exemplo, na Alemanha (art. 25 da Lei Fundamental) e na França (art. 55 da Constituição).

No Brasil, por muito tempo foi considerado que as regras de direito inter­ nacional posicionam-se no nível hierárquico da lei ordinária. Por serem incor­ poradas no direito interno mediante decisão do Congresso Nacional (art. 49, I, da Constituição Federal), possuem a força jurídica de leis ordinárias e uma lei ordinária mais nova pode ab-rogar ou derrogar norma internacional anterior (posição monista com prevalência do direito nacional). O Supremo Tribunal Federal adotou por muito tempo esse entendimento, que nos parece correto (Sabadell e Dimoulis, 2003). Essa posição encontrou a oposição de parte da doutrina e, recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu que os tratados internacionais que garantem direitos humanos são superiores às leis ordinárias brasileiras (tese da *supralegalidade* dos tratados internacionais).6

Além disso, segundo o art. 5.°, § 3.°, da Constituição Federal, os trata­ dos sobre direitos humanos adquirem força de emenda constitucional se fo­ rem aprovados com o procedimento previsto no art. 60 da Constituição Federal (aprovação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, com o voto positivo de três quintos dos membros de cada Casa).

*3.2* *Critério da posterioridade (ou cronológico)*

1. *Conteúdo*

Quando as normas conflitantes possuem a mesma força jurídica (encon­ tram-se no mesmo “escalão” da hierarquia), mas foram promulgadas em tempos diferentes, prevalece a norma mais nova. Nesse caso, utiliza-se o brocardo *lex* *posterior derogat legi priori* (a norma posterior revoga a anterior).7

A sua justificativa é óbvia. O fato de o legislador ter introduzido posterior­ mente um regulamento diferente sobre a mesma questão significa que este quis revogar o anterior. Da mesma forma que o garçom traz ao freguês a bebida que acabou de pedir e não aquela que tinha pedido na semana passada, seria con-

1. **Cf., por exemplo, Recurso Extraordinário 349.703, relator Ministro Carlos Britto, jul­ gamento em 03.12.2008** [**(<http://www.stf.jus.br>)**](http://www.stf.jus.br)**.**
2. **Encontramos a regra formulada em grego antigo pelo jurisconsulto Mo destino no Digesto de Justiniano, 1.4.4. Fonte:** [**<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/**](http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/%e2%80%a8Corpus/d-01.htm)[**Corpus/d-01.htm>.**](http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/%e2%80%a8Corpus/d-01.htm)

|  |  |
| --- | --- |
| CONFLITOS ENTRE NORM AS JURÍDICAS | 2 1 1 |

trário à lógica considerar que a lei anterior continua valendo mesmo após uma nova manifestação de vontade do legislador sobre a mesma matéria.

Exemplo: uma lei tributária aumenta a alíquota do imposto sobre veículos. Mesmo se o texto da lei não indicar que a lei anterior perde sua validade, isso deve acontecer por estarmos diante da manifestação de vontade mais recente da mesma autoridade estatal.

Para resolver tais conflitos devemos conhecer qual é a norma mais nova, isto é, qual foi criada posteriormente. Tratando-se de normas escritas, conside­ ramos que é decisivo o momento de sua *publicação* oficial, que indica a conclu­ são do processo de elaboração e torna definitiva a manifestação da vontade das autoridades competentes.

Sabemos que, desde 1998, no Brasil a revogação da lei anterior deve ser expressa (Lição 10, 1.2). Isso acabará inutilizando o critério da posterioridade. Com efeito, se a lei posterior não revogar expressamente a anterior, presume--se que essa última continua vigorando, apesar de contrariar a norma mais recente.

Em caso de conflito entre dois costumes, a constatação do mais novo é muito mais difícil. Dada, porém, a pouca relevância jurídica do costume (Lição 9, 2.2.1), o tema carece de interesse prático.

3.2.2 O *problem a da repristinação*

**Um problema particular cria-se quando uma norma revoga outra que, por sua vez, ti­ nha sido editada para substituir norma anterior. Se a norma mais recente limitar-se a revogar a anterior sem estabelecer um novo regulamento, voltaria a ser válida a norma inicial? Eis a questão da *repristinação* ou do *efeito repristinatório* (do verbo repristinar que significa restaurar, fazer valer de novo).**

**Exemplo fictício: lei de 1990 estabelece um saiário-família para quem possuir no mínimo dois filhos; lei de 2000 a revoga, prevendo que o saiário-família é concedido aos trabalhadores de baixa renda, independentemente do número dos filhos. Se uma lei de 20 1 0 ab-rogar a lei de 2000 sem prever nada sobre o saiário-família, será de novo aplicável a lei de 1990?**

**Os casos de repristinação são muito raros, pois os dispositivos legais têm quase sempre duas partes: a negativa (revogação de normas anteriores) e a positiva (nova regulamentação). A repristinação pode ser cogitada somente se a norma revogar a anterior sem estabelecer nada novo, algo muito raro.**

**O ordenamento jurídico brasileiro admite a repristinação se for expressamente prevista pela lei revogadora: "Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência" (art. 2.°, § 3.°, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). No exemplo dado, a lei de 2010 não prevê o retorno à lei de 1990 . Por essa razão, não é possível a repristinação da lei originária. Em outras palavras, no direito brasileiro só é aceita a repristinação expressamente prevista na lei (repristinação explícita). Se não houver repristinação, cria-se uma lacuna jurídica. Esta deverá ser preenchida por meio dos métodos já estudados (Lição 8, 6) e, preferencialmente, pela aplicação analógica de outras normas.**

2 1 2 M ANUAL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

**Há uma situação em que, apesar da referida norma da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro ocorre a repristinação tácita, restaurando-se a norma originária sem previsão legal. Isso ocorre quando o SupremoTribunal Federal declara a inconstitucionalidade de certas normas. Pode essa declaração "ressuscitar" a regulamentação anterior que tinha sido revogada pela norma ora declarada inconstitucional?**

**A resposta é positiva. Se não fosse assim, a lei inconstitucional - e por isso inválida - poderia anular uma lei que vigorava em plena conformidade com a Constituição (Barroso, 1999, p. 90 -95; Francisco, 2007).**

**Exemplo fictício: lei de 2009 concede aos genitores solteiros auxílio mensal para a edu­ cação dos filhos menores de 16 anos. Lei de 20 1 0 derroga a lei de 2009 e prevê um auxílio do mesmo valor só para as mães solteiras. Se a lei de 201 0 for declarada inconstitucional por violar o princípio da igualdade entre homens e mulheres e se for repristinada a lei de 2009, o resultado seria extremamente injusto, causando prejuízo tanto para as mães como para os pais solteiros. A lei de 20 0 9 volta a vigorar por meio de repristinação *tácita.***

*3.3* *Critério da especialidade*

Em casos de antinomia entre normas do mesmo escalão da pirâmide ju ­ rídica, prevalece a norma específica, isto é, aquela que regulamenta de forma particular determinados casos. Aqui se aplica o brocardo *lex specialis âerogat legi* *generali:* a norma específica revoga a geral.

Exemplo: em caso de desapropriação a Constituição Federal impõe o paga­ mento de indenização justa, prévia e em dinheiro (art. 5.°, XXIV). Tratando-se, porém, de imóvel rural desapropriado para fins de reforma agrária, outra norma constitucional dispõe especificamente que a indenização justa e prévia não será paga em dinheiro, mas em títulos da dívida agrária resgatáveis no prazo de até 20 anos a partir do segundo ano de sua emissão (art. 184, *caput*). No caso de imóveis rurais, prevalece a norma específica, não podendo o proprietário exigir a indenização em dinheiro que constitui a regra nas desapropriações.

O princípio da especialidade também possui justificação lógica. Sendo o legislador racional, devemos entender que quando trata de forma específica um assunto prevalece sua vontade concreta e não a regra geral. Caso contrário, teria se contentado em estabelecer a regra geral!

**4. Conflitos entre critérios**

Analisados separadamente, os referidos critérios permitem resolver confli­ tos, indicando qual norma e como deve ser aplicada. Assim sendo, os critérios permitem salvaguardar a coerência e a certeza do ordenamento jurídico, não deixando os operadores do direito e a população desamparados diante de incoe­ rências ou de conflitos entre as normas válidas.

A situação complica-se quando o emprego desses critérios leva a resulta­ dos diferentes. Nesse caso temos um conflito de segundo grau (Sgarbi, 2007, p. 662). Qual deverá prevalecer? Valem as seguintes regras:

|  |  |
| --- | --- |
| CONFLITOS ENTRE N O RM AS JURÍDICAS | 2 1 3 |

* *Prevalência absoluta do critério da superioridade*. Pelas razões já indicadas,em caso de conflito entre os referidos critérios prevalece sempre o hierárquico. A norma superior impõe-se às inferiores, mesmo quando forem mais novas ou específicas. Seria um claro desrespeito à vontade do constituinte admitir que o legislador comum pudesse abolir partes da Constituição, emitindo normas mais recentes ou específicas. O sistema de controle de constitucionalidade objetiva impedir que uma norma infraconstitucional mais recente ou específica possa introduzir alterações na ordem constitucional.8
* *Relações entre os critérios da especialidade e da posterioridade.* Temos con­flito entre esses dois critérios quando o mesmo caso for regulamentado por uma norma anterior e especial e uma outra, posterior e mais geral.9 Aqui se revela muito mais difícil a resolução da antinomia.

Exemplo:10 a Lei 1 prevê que para o crime de tráfico de drogas a pena de prisão será integralmente cumprida sem nenhum benefício para o condenado. A Lei 2 (posterior) prevê que todas as penas de prisão inferiores a quatro anos serão substituídas por penas alternativas, como a prestação de serviço à comu­ nidade. Se alguém for condenado a três anos de prisão por tráfico de drogas, é aplicável a Lei 1, que se refere à punição de um delito em específico, ou a Lei 2 que institui uma regra mais geral, mas não prevê explicitamente a revogação da Lei 1?

A maior parte da doutrina sustenta que deve prevalecer a norma especial, mesmo sendo anterior: *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* (ou

1. **Mais frequente é a *coexistência* de normas superiores genéricas e de normas inferiores especificadoras. Exemplo: a lei concretiza um direito fundamental previsto na Consti­ tuição. Nesse caso, o aplicador deve dar preferência à norma inferior e específica. Isso explica por que os tribunais aplicam os artigos do Código Penal que tipificam o homi­ cídio e não a norma constitucional, que garante o “direito à vida” (art. 5.°, *caput*). An­ tes de optar pela aplicação da norma inferior especificadora, o operador jurídico deve examinar sua concordância com a superior, impedindo que a norma inferior restrinja indevidamente a superior. Isso mostra que a prevalência da norma superior é absoluta, mesmo quando a inferior a concretiza. Parte da doutrina considera possível aplicar a norma inferior que contraria as superiores, invocando a “adaptabilidade” do direito (Ferraz Jr., 2001, p. 207; Diniz, 2004, p. 80-81; Mascaro, 2007, p. 177). Essa sugestão ignora a hierarquização das normas jurídicas, que constitui fundamento do Estado de direito.**
   1. **Não há problema se a norma posterior for também mais específica. Nesse caso, tanto o critério da especialidade como o critério da posterioridade dão preferência à norma posterior e especial.**
   2. **O exemplo apresenta de forma simplificada o problema da execução da pena nos cri­ mes hediondos que criou grandes controvérsias na jurisprudência e na doutrina. Cf. as referências em Franco, 2001, p. 1.202-1.208.**

2 1 4 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

*generalia specialibus non derogant).11* Outra corrente doutrinária considera que oreferido brocardo só cria uma *presunção interpretativa:* em geral deve prevalecer a lei especial mesmo sendo anterior, mas, dependendo das circunstâncias, po­ derá ocorrer o contrário.12 Há também autores que consideram preferível deixar a decisão ao Judiciário, em vista das peculiaridades de cada caso (Sgarbi, 2007, p. 675).

Parece-nos correto considerar que, em regra geral, deve prevalecer a lei mais recente (cf. Ross, 2000, p. 160-161). Se no nosso exemplo o legislador achou correto, do ponto de vista da política criminal, conceder benefícios aos condenados a penas de curta e média duração, entendemos que deve ser con­ siderada tacitamente revogada a norma anterior e mais rígida sobre a punição de determinado delito. A lei mais recente que está no mesmo nível hierárquico da anterior possui maior legitimidade democrática e não deve ser afastada pela anterior, mesmo sendo esta específica.

É importante ressalvar aqui três pontos:

Primeiro, deve ser examinada a finalidade da lei mais nova. Se for claro que o legislador não quis revogar um regulamento específico anterior, este deve permanecer em vigor.

Segundo, o aplicador do direito deve levar em consideração e resguardar eventuais direitos adquiridos sob a vigência do regulamento anterior.

Terceiro, devemos lembrar que desde 1998, no Brasil, a norma mais nova só revoga a anterior se isso for expressamente previsto (Lição 10, 1.2). Isso significa que, em caso de silêncio, continuará vigorando a lei anterior, indepen­ dentemente de seu caráter mais genérico ou mais específico em relação à norma posterior.

**11. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 5.344, de 1991, relator Min. Eduar­ do Ribeiro; Recurso Especial 266.741 de 2002, relator Min. Felix Fischer. Fon­ te:** [**<http://www.stj.gov.br>.**](http://www.stj.gov.br) **Ver entre a doutrina Bergel, 2001-a, p. 195; Mascaro, 2007, p. 177.**

1. **Essa é a jurisprudência da Corte constitucional italiana. Acórdão 41, de 1992. Fonte:** [**<http://www.giurcost.org/decisioni/1992/0041s-92.html>.**](http://www.giurcost.org/decisioni/1992/0041s-92.html) **No mesmo sentido, Bobbio, 1991, p. 108; Modugno, 2000, p. 109; Castignone, 2001, p. 134-135; Diniz, 2004, p. 80; Sanchís, 2005, p. 141.**

|  |  |
| --- | --- |
| CONFLITOS ENTRE NORM AS JURÍDICAS | 2 1 5 |

**Quadro sinótico 9:**

**Solução de conflitos entre os critérios de prevalência de normas**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| *Tipo de norma:* |  | **Posterior** | **Superior** |
| **Posterior** |  |  | Prevalece a superior |
| **Especial** | Opinião | dominante: prevalece | Prevalece a superior |
|  | sempre a especial | |  |
|  | Outra | opinião: prevalece a |  |
|  | especial, havendo exceções | |  |
|  | Opinião do autor: prevalece a | |  |
|  | posterior, havendo exceções | |  |

Exemplo real de solução de conflitos de prevalência: o Código Penal Mi­ litar de 1969 configura como delito as relações sexuais em lugares sujeitos à administração militar, mesmo se os envolvidos são adultos e consentem (art. 235). A norma conflita com o Código Penal que não criminaliza tais atos. Pre­ valece o Código Penal Militar, porque é específico para os militares e os luga­ res sob administração militar. Além disso, o Código Penal foi promulgado em 1940, e o Código Penal Militar data de 1969, sendo mais novo. Por isso não há conflitos entre os princípios da especialidade e da posterioridade. Mas, ainda que o Código Penal Militar fosse anterior ao Código Penal, prevaleceriam suas disposições por ser clara a vontade do legislador de introduzir regulamentos específicos, preservando a disciplina e ordem militar.

Por outro lado, a penalização da prática de atos sexuais entre adultos que consentem plenamente, sem que haja nenhuma forma de pressão ou de publi­ cidade que poderia causar escândalo público, viola os direitos fundamentais à liberdade, à vida privada e à intimidade (art. 5.°, *caput* e inciso X, da Consti­ tuição Federal). Por essa razão, revela-se inconstitucional. Havendo conflito, prevalecem as normas constitucionais que são hierarquicamente superiores, não se aplicando as normas específicas do Código Penal Militar.

**5. Inaplicabilidade dos critérios e proporcionalidade**

O que deverá ocorrer se nenhum dos três critérios de prevalência puder ser aplicado em caso de antinomia? Isso se verifica quando as normas conflitantes possuem o mesmo valor hierárquico, foram promulgadas simultaneamente e apresentam o mesmo grau de generalidade. Semelhante situação encontra-se frequentemente nos conflitos entre normas constitucionais.

Exemplo: os membros de um sindicato organizam uma passeata no cen­ tro da cidade, no horário comercial. Isto impõe fortes restrições ao trânsi­ to, impedindo que uma parte da população locomova-se livremente. Aqui

2 1 6 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

o direito de reunião, garantido pela Constituição Federal (art. 5.°, XVI), entra em conflito com a liberdade de locomoção, também garantido pela Constitui­ ção (art. 5.°, XV). O que deverá fazer a polícia? Qual dos dois direitos deverá ser sacrificado?

Ambas as normas conflitantes são de nível constitucional, foram promul­ gadas no mesmo dia (05.10.1988) e não podem ser classificadas conforme o critério da especialidade, já que tratam de assuntos diferentes. Por tal razão, a antinomia não pode ser resolvida com os critérios geralmente aplicáveis.

Isso ocorre quase sempre nos conflitos entre direitos fundamentais ou en­ tre normas constitucionais de baixa densidade normativa (“princípios”). O apli-cador do direito deve resolver a antinomia analisando os interesses que entram em contradição. Em vez de afastar a aplicação de uma das normas, como acon­ tece nas demais antinomias, deve tentar, na medida do possível, a *harmonização*. O aplicador deve otimizar todos os direitos ou princípios, sabendo que todos merecem a mesma proteção e nenhum pode ser sacrificado em prol do outro.13

A principal ferramenta para realizar a harmonização em casos de anti­ nomias é a proporcionalidade, utilizada pela jurisprudência constitucional de vários países.14 Avaliando um caso de conflito entre direitos fundamentais ou princípios sob o prisma da proporcionalidade, é possível encontrar um ponto de equilíbrio. Examina-se, notadamente, se a limitação feita em um direito ou princípio para preservar um outro direito ou princípio é:

* adequada (permite alcançar a finalidade proposta) e
* necessária (não há um outro meio que permita alcançar a mesma finali­ dade, limitando menos o direito fundamental ou o princípio).

Exemplo: o pagamento de impostos é uma obrigação prevista na Consti­ tuição Federal. A mesma Constituição garante, porém, o direito de propriedade, uma vez que os impostos diminuem o patrimônio e, quando a alíquota for parti­ cularmente alta, pode causar o confisco do patrimônio. Se o contribuinte alegar a inconstitucionalidade da alíquota de um imposto, o tribunal deverá examinar sua adequação e, principalmente, sua necessidade, evitando uma injustificada restrição do direito de propriedade.

O exame da proporcionalidade gera problemas. As regras da adequação e da necessidade não se baseiam em critérios absolutamente certos e fixos, crian­ do-se o risco de uma avaliação subjetiva por parte do juiz. Aqui também se faz

1. **Alexy, 1994, p. 162.**
2. **Clérico, 2001; Barros, 2000; Steinmetz, 2001; Sarmento, 2002, p. 27 -40; Silva, 2002; Sanchís, 2005, p. 143 -150; Dimoulis e Martins, 2010, p. 122 -209 .**

|  |  |
| --- | --- |
| CONFLITOS ENTRE NORM AS JURÍDICAS | 2 1 7 |

necessária a detalhada *fundamentação* da decisão que resolve o conflito, para diminuir os riscos do subjetivismo e possibilitar a crítica.

Além disso, o aplicador do direito deve demonstrar a máxima cautela (“au-tolimitação”) durante o exame da proporcionalidade, evitando que suas posi­ ções subjetivas se sobreponham a avaliações constitucionais ou a medidas le­ gislativas que delimitam o exercício dos direitos fundamentais e concretizam os princípios constitucionais (Martins, 2003).

Finalmente, quando há conflitos, dúvidas e controvérsias persistentes so­ bre a melhor forma de tratar antinomias reais no âmbito da Constituição, a solu­ ção mais condizente com a segurança jurídica e o princípio democrático é a in­ tervenção do poder constituinte reformador. Uma emenda constitucional pode resolver de maneira autorizada e clara uma série de problemas que atormentam a prática do direito, tal como ocorre atualmente no Brasil com os problemas da reforma agrária, do salário mínimo ou do aborto.

1. **Superação dos critérios de solução de antinomias pelo "diálogo das fon­ tes"?**

Alguns autores sustentam que, na atualidade, os critérios para solução de antinomias estariam superados. No conflito entre normas que regulamentam o mesmo tema, o aplicador não deveria optar por uma norma de acordo com os quatro critérios indicados. O certo seria realizar o “diálogo das fontes”, aplican­ do concomitantemente as normas ou optando pela norma ou combinação de normas que melhor atende as finalidades de proteção de determinados grupos de pessoas (Marques, 2005, p. 663-701; Marques, 2007).

Essa teoria nos parece em parte desnecessária (a) e em parte equivocada (b).

a) *Diálogo das fontes como sinônimo da interpretação sistemática*. A sugestão de harmonizar e adaptar mutuamente as normas (Marques, 2007, p. 91, 96; Marques, 2005, p. 693-701) está correta, mas não constitui novidade. Os auto­ res mais tradicionais da teoria da interpretação jurídica insistem na necessidade de realizar interpretação sistemática (Lição 8, 3.2), preservando e harmonizan­ do as normas jurídicas, quando isso for possível. Nesse aspecto, o “diálogo das fontes” usa um vocabulário diferente para apresentar a tradicional ideia da in­ terpretação sistemática.

b) *Diálogo das fontes como equívoco teórico.* O problema surge quando não é possível harmonizar as normas. Havendo incompatibilidade, uma das normas deve ceder o lugar, total ou parcialmente. Exemplo: há frequentes conflitos en­ tre o Código de Defesa do Consumidor (CDC) de 1990 e o Código Civil (CC) de 2002. Parte da doutrina e jurisprudência segue a proposta do diálogo das fontes e sugere dois critérios: optar pelo CDC, pois ele protege de maneira mais

2 1 8 M ANUAL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

intensa os direitos do consumidor do que o CC; verificar qual norma melhor protege o consumidor em cada caso, devendo ser aplicada sem levar em con­ sideração os critérios rígidos da especialidade e da posterioridade (Marques, 2005, p. 689-693).

O art. 27 do CDC prevê que a pretensão do consumidor para reparação de danos causados pelo produto ou serviço prescreve em 5 anos. Já o art. 205 do CC prevê prazo prescricional de 10 anos sem, contudo, derrogar o dispositivo do CDC. Já que não podemos harmonizar, pergunta-se qual é a norma aplicável.

Pela proposta do diálogo das fontes se aplica o prazo maior do Código Civil porque melhor protege os consumidores (Marques, 2006, p. 430). Ora, a pro­ teção do consumidor é um preceito da Constituição Federal (art. 5.°, XXXII); ao lado da livre iniciativa na economia (art. 170) e da proteção da propriedade privada (art. 5.°, XXII). A proteção do consumidor não é um valor constitu­ cional superior aos demais (como equivocadamente se afirma, comparando o Código Civil como os espaços comuns de um prédio e o Código de Defesa do Consumidor com um apartamento de cobertura que dá privilégios especiais aos consumidores - Marques, 2007, p. 93-94). *Todos* os direitos proclamados na Constituição são igualmente fundamentais e todos os seus titulares merecem a mesma proteção.

No caso do prazo prescricional, aplica-se o art. 27 do CDC. Segundo o referido art. 9.° da Lei Complementar 95 de 1998, modificado pela Lei Com­ plementar 107 de 2001, aplica-se a lei mais nova se houver revogação expressa. Se não, continua aplicável a lei anterior para os assuntos específicos que ela re­ gulamenta. Nesse caso, o Código Civil não revogou expressamente o art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, que, por isso, permanece em vigor.

*Para aprofundar o conhecimento*

Bergel, 2001-a, p. 169-175; Bobbio, 1991, p. 71-114; Celotto, 2000; Diniz, 1998, p. 385-394; Engisch, 1988, p. 309-342; Ferraz Jr., 2001, p. 202-211; Justo, 2003, p. 365-392; Marques, 2007; Modugno, 2000, p. 104-112; Perelman, 1965.

**Lição 12**

**O SUJEITO DE DIREITO**

**E SEUS DIREITOS**

S U M Á R I O : **1. Definição do sujeito de direito - 2 . Categorias de sujeitos de di­** **reito: 2.1 Pessoa física; 2 .2 Pessoa jurídica; 2 .3 Entes despersonalizados- 3 . Direito subjetivo - 4. Direitos, deveres e garantias fundamentais.**

**1. Definição do sujeito de direito**

O direito regulamenta o nosso comportamento e nos considera como “su­ jeitos de direito”. “Sujeito” provém do latim *subjectus*, que indica o indivíduo ou grupo que é *submetido* ao poder de outrem, ou seja, designa uma situação de subordinação, de submissão. Nesse sentido, dizemos que alguém está sujeito a sanções.

O termo “sujeito” adquiriu na filosofia ocidental um segundo sentido, qua­ se oposto: passou a indicar o ser humano que pode raciocinar e agir livremente, tendo a capacidade de dominar as coisas e o mundo. O sujeito transforma-se em elemento que domina os objetos. Quando a propriedade se define como relação exclusiva entre um sujeito e um objeto, o, sujeito não é o elemento submetido, mas indica aquele que exerce o poder, o domínio da coisa.

Na área jurídica, o termo “sujeito de direito” possui basicamente o segun­ do significado. Indica o titular de um direito, ou seja, a pessoa ou entidade que possui a capacidade de adquirir um direito ou assumir uma obrigação, impondo sua vontade e preservando seus interesses.

O primeiro sentido do termo (sujeição a um poder superior) continua pre­ sente no direito. Com efeito, só pode ser sujeito de direito quem for reconhecido como tal pelo ordenamento jurídico, por meio de normas que lhe conferem essa capacidade.

Isso significa que o termo não indica a superioridade e a independência, nem é um atributo natural do ser humano. É uma qualidade conferida única e exclusivamente pelo ordenamento jurídico, que pode reconhecer ou não a de­ terminadas pessoas a qualidade de sujeito de direito. Basta lembrar dos escravos que, durante séculos, não eram sujeitos, mas simples objetos de direito, uma situação que perdurou até o final do século XIX, no Brasil. Por outro lado, o di-

2 2 0 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

reito pode conferir a qualidade de sujeito de direito a seres inanimados ou ima­ ginários, como acontece com as pessoas jurídicas, que estudaremos em seguida.

A figura do sujeito de direito tem particular importância no ordenamento jurídico das sociedades capitalistas, onde, como sublinhava Pachukanis (Lição 1, 2.16), é fundamental a liberdade para realizar trocas econômicas e a igual­ dade entre as pessoas que as realizam. A figura do sujeito de direito reflete essa situação e constitui um elemento central dos sistemas jurídicos atuais. Nesse sentido, o sujeito de direito foi definido “como a representação jurídica da au­ tonomia de vontade e da liberdade, que possibilita as relações sociais” (Miaille, 1991, p. 105).

No âmbito da sociologia e da filosofia do direito há estudos que analisam de forma crítica o sujeito de direito, demonstrando sua função ideológica: o su­ jeito de direito procura legitimar o sistema capitalista, porque esconde as desi­ gualdades sociais e a realidade da exploração, da dominação e da discriminação atrás da suposta liberdade e igualdade de todos.1

Resumindo: no âmbito jurídico, o termo sujeito de direito indica as enti­ dades às quais um ordenamento jurídico atribui a faculdade de adquirir e exer­ cer direitos e também de assumir e cumprir obrigações. Não podemos, porém, esquecer as críticas à função social desse conceito, feitas pelas disciplinas que realizam leituras externas do direito.

**2. Categorias de sujeitos de direito**

**2.7** *Pessoa física*

No direito moderno *todos* os seres humanos são sujeitos de direito. Trata--se das pessoas físicas, às vezes denominadas de “naturais” (como no art. 149, § 3.°, da Constituição Federal). O Código Civil brasileiro determina, já em seu início, que toda pessoa física é capaz de adquirir direitos e assumir obrigações (deveres) no âmbito civil, ou seja, é dotada de *personalidade*. A personalidade, também denominada *capacidade de direito* ou *capacidade de gozo* (em alemão:

*Rechtsfähigkeit*), começa com o nascimento e termina com a morte do ser huma­no (arts. l.°,2 .°e6 .°d o Código Civil).

Antes do nascimento não temos um sujeito de direito. Mesmo assim, o ordenamento jurídico reconhece determinados direitos e obrigações do nasci­ turo, ou seja, de quem foi concebido e ainda não nasceu. A diferença está no fato de que os direitos e obrigações do nascituro são exercidos por pessoas que o representam.

**1. Preuss, 1979; Miaille, 1991; Müller-Tuckfeld, 1994 e 1994-a.**

|  |  |
| --- | --- |
| O SUJEITO DE DIREITO E SEUS DIREITOS | 2 2 1 |

O sujeito de direito deixa de existir com a morte, que pode ser tanto a na­ tural (devidamente constatada por médico) como a presumida (arts. 6.° e 70 do Código Civil).2 Mas isso não significa que o falecido deixe de se beneficiar de tutela jurídica; Continua sendo protegida a sua honra e os seus restos mortais devem ser tratados de forma digna. Da mesma forma, as obrigações que a pessoa assumiu em vida não se extinguem completamente com a morte. As obrigações de cunho patrimonial devem ser cumpridas pelos herdeiros (nos limites da he­ rança, como será estudado no direito civil).

Os progressos da pesquisa científica nas últimas décadas mudam radical­ mente a nossa concepção sobre o ser humano e o sujeito de direito. Clonagem, transplantes, criônica, testes genéticos, formas de eutanásia e outras possibi­ lidades de manipular o começo, o fim e mesmo o significado da vida estão no centro de reflexões filosóficas e jurídicas sobre o sujeito de direito. Temos aqui um campo de pesquisa ainda pouco explorado e que merece a atenção dos es­ tudantes.3

Voltando ao direito positivo, vale a regra que todos os seres humanos pos­ suem a qualidade de sujeito de direito (capacidade de direito ou capacidade de gozo) a partir do nascimento e até a morte, mas nem todos podem exercer pessoalmente seus direitos e assumir obrigações. Aqui o ordenamento jurídico leva em consideração características da pessoa: idade, situação mental, condição física e nacionalidade, sendo que, em séculos passados, eram também analisa­ dos os critérios do sexo, da cor da pele e da situação econômica.

A aptidão de exercer pessoalmente direitos e assumir obrigações denomina--se *capacidade de exercício* (ou *de fato)* (em alemão: *Handlungsfähigkeit).* Essa capacidade é conferida por normas jurídicas específicas em cada ramo do direito.

* + O Código Civil prevê que antes dos 16 anos ninguém pode exercer pes­ soalmente seus direitos no âmbito civil nem assumir obrigações; já a capacidade de exercício plena começa aos 18 anos (arts. 3.° e 5.°).
  + A idade mínima para que a pessoa possa ser responsabilizada penalmente são os 18 anos; antes só podem ser aplicadas medidas de proteção ou socioedu-cativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 228 da Consti­ tuição Federal).

1. **No passado existiu a figura jurídica da *morte civil.* Em caso de grave delito a pessoa perdia todos seus direitos civis e políticos, ou seja, sua personalidade jurídica era con­ siderada extinta, sendo juridicamente equiparado ao morto. Essa pena era prevista no Código Civil francês de 1804 (arts. *22* a 33) e foi abolida em 1854. Fonte:** [**<http://**](http://%e2%80%a8fr.wikipedia.org/wiki/Mort_civile)[**fr.wikipedia.org/wiki/Mort\_**](http://%e2%80%a8fr.wikipedia.org/wiki/Mort_civile)**civile>. No Brasil, a morte civil vigorou até 1855 (Cunha, 2007, p. 72).**

**3. Edelman, 1999 e 2009; Sarlet e Leite (orgs.), 2008.**

2 2 2 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

- A capacidade trabalhista começa aos 14 anos, tornando-se plena a partir dos 18 (art. 7.°, XXXIII, e 227, § 3.°, I, da Constituição Federal).

- A capacidade para o exercício do direito de voto começa aos 16 anos e a idade mínima para se candidatar depende do cargo pretendido, aumentando em função de sua relevância política (art. 14, §§ 1.° e 3.°, VI, da Constituição Federal).

Regras específicas valem em relação aos índios não “integrados” na socie­ dade brasileira (Cunha, 2007, p. 81). Mas a análise constitucional mostra que o tratamento dos índios como incapazes não está em consonância com a Cons­ tituição de 1988, que atribuiu direitos específicos aós índios, mas não desejou excluí-los da possibilidade de exercer direitos que valem para todos (Anjos Fi­ lho, 2007, p. 188).

2.2 *Pessoa jurídica*

Sabemos que o ordenamento jurídico também confere direitos e obriga­ ções a entidades “inanimadas”. Nesse caso temos um sujeito de direito que não apresenta a qualidade de ser humano. Surge, assim, a figura da pessoa jurídica, também denominada pessoa coletiva ou pessoa moral.

Definimos a pessoa jurídica como unidade organizada de pessoas físicas e/ou de patrimônios que visa a determinados fins, sendo juridicamente tratada como sujeito de direito.

Vejamos a justificativa dessa construção jurídica. Comprando em uma loja de eletrodomésticos somos atendidos por um funcionário que nos entrega, por exemplo, um fogão e recebe o pagamento. O funcionário não é, evidentemente, proprietário do fogão que entregou nem pode legalmente embolsar o dinheiro recebido, já que não atua por conta própria, como seria o caso se nós comprás­ semos o fogão usado de um amigo. Apesar disso, o funcionário é habilitado a realizar transações de compra e venda em nome dos proprietários.

Suponhamos agora que a loja pertença a cinco sócios, detendo cada um 20% do capital. Um sócio pode, ao final do dia, levar 20% do dinheiro que se encontra na loja ou mercadorias correspondentes a 20% do total da loja? A resposta é não, e isso indica que a loja é algo independente de seus sócios. Do ponto de vista jurídico, é uma empresa que possui personalidade própria. É uma pessoa jurídica que não se confunde com seus fundadores, sócios ou emprega­ dos; tem vida e regras particulares e continua existindo mesmo se um dos sócios falecer ou sair da empresa.

O mesmo vale em relação ao Estado. Um brasileiro cansado de pagar im­ postos para financiar os juros da dívida externa não pode “pedir a conta”, exi­ gindo que o Estado lhe dê a parte do patrimônio nacional que lhe corresponde

|  |  |
| --- | --- |
| O SUJEITO DE DIREITO E SEUS DIREITOS | 2 2 3 |

para se desligar do país. Tampouco pode o diretor de uma repartição pública admitir como funcionário seu filho, como poderia fazê-lo em sua empresa par­ ticular. Em outros termos, o Estado é também uma entidade independente de seus cidadãos, representantes e funcionários.

Tanto a empresa como o Estado se distinguem de seus membros porque constituem uma pessoa jurídica. Poderíamos dizer que a pessoa jurídica é ima­ ginária ou fictícia. Com efeito, nunca encontraremos na rua uma pessoa jurídi­ ca, nem assinaremos um contrato com ela, já que não existe como ser humano.

Para quem inicia o estudo do direito isso pode parecer estranho e de difícil entendimento. A pessoa humana é viva e visível e todos entendem por que o direito lhe oferece a possibilidade de exercer direitos, assumir obrigações e ser responsabilizada por atos ilícitos. Nada disso ocorre no caso da pessoa jurídica, que é literalmente inexistente.

A dificuldade desaparece quando pensamos que o conceito jurídico da pes­ soa física não se refere aos homens como seres biológicos. O direito determina quais seres humanos serão considerados pessoas físicas, podendo excluir alguns da qualidade de sujeito de direito (como acontecia antigamente) ou conceder--lhes somente uma parte de direitos, como ocorre até hoje com as crianças. Dito de maneira mais simples. Um ser humano pode assinar um contrato ou ser condenado não porque é um ser humano, mas porque o direito prevê que ele é ser titular de certos direitos e obrigações. Por isso devemos entender o sujeito de direito não em termos naturalistas, mas de maneira jurídica. “Pessoa, para o ordenamento jurídico, é um conjunto de direitos e deveres” (Sundfeld, 2006, p. 60).

Entendendo dessa forma a pessoa física podemos compreender a função da pessoa jurídica, que é também tratada pelo direito como conjunto de direitos e deveres. Tanto a pessoa física como a pessoa jurídica existem juridicamente em decorrência de normas do dever ser que fazem parte do ordenamento jurídico. O direito determina que um conjunto de indivíduos e bens que perseguem certa finalidade deve ser tratado como pessoa que pode adquirir direitos e assumir obrigações. Esse reconhecimento é devido a razões econômicas, já que facilita as transações e promove a segurança jurídica (Prado, 2007). Se, no exemplo da loja de eletrodomésticos, o produto comprado estiver com defeito, é mais sim­ ples para o consumidor processar a pessoa jurídica (empresa) do que procurar saber quais são seus donos, acionar cada um e correr o risco de nunca receber uma indenização porque os sócios poderiam alegar que a culpa foi do produtor ou de algum funcionário da loja.

A pessoa jurídica pode perseguir as mais variadas finalidades. Segundo o critério da finalidade, as pessoas jurídicas se dividem em dois grandes grupos: as pessoas jurídicas de direito privado e as de direito público. Entre as duas cate­

2 2 4 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

gorias há diferenças na extensão da capacidade de exercer direitos e de assumir obrigações.

As *pessoas jurídicas de direito privado* são as mais numerosas. Segundo o art. 44 do Código Civil (CC) dividem-se em:

* associações (união de pessoas organizadas para fins não econômicos - art. 53 do CC);
* sociedades (união de pessoas e/ou capitais organizadas no intuito de exercer atividades econômicas - art. 981 do CC);
* fundações (conjunto de bens doados e destinados a finalidades religiosas, morais, culturais ou assistenciais - art. 62 do CC);
* organizações religiosas (art. 44, § 1.°, do CC);
* partidos políticos (regidos pela Lei 9.096, de 1995).

Para cada categoria valem regras específicas, estudadas pelo direito civil e comercial e, no caso dos partidos políticos, pelo direito constitucional e elei­ toral. Aqui é suficiente dizer que as pessoas jurídicas de direito privado são legalmente constituídas a partir do registro público que deve indicar o nome, a finalidade, a sede, a duração, o modo de administração e outros elementos, se­ gundo as formas exigidas para cada categoria de pessoa jurídica (arts. 45 e 46 do CC). Sua existência termina de forma voluntária após decisão de seus membros ou como penalidade em caso de constatação de graves irregularidades em seu funcionamento.

As *pessoas jurídicas de direito público* dividem-se em duas categorias: as de direito interno e as de direito externo. As pessoas jurídicas que fazem parte do setor público brasileiro pertencem à primeira categoria (União, Estados da Fe­ deração, Distrito Federal, Municípios, autarquias), sendo que o legislador pode criar novas pessoas jurídicas de direito público interno (art. 41 do CC). Na segunda categoria (pessoas jurídicas de direito público externo) situam-se os Estados estrangeiros e as autoridades regidas pelo direito internacional público (art. 42 do CC). As regras de funcionamento das pessoas jurídicas de direito pú­ blico são estudadas no âmbito do direito constitucional, administrativo e direito internacional público.

Isso mostra a principal diferença entre as pessoas jurídicas de direito priva­ do, criadas por iniciativa de particulares e somente supervisionadas pelo Estado, e as de direito público, criadas por leis brasileiras ou estrangeiras e submetidas a um estrito controle. As pessoas jurídicas de direito público possuem obrigações e deveres muito mais amplos, pois perseguem finalidades de relevância e utili­ dade pública, sendo financiadas pelos contribuintes. Já as pessoas jurídicas de direito privado, atendem interesses de particulares e, mesmo quando atuam no setor filantrópico, realizam a vontade dos particulares.

|  |  |
| --- | --- |
| O SUJEITO DE DiREITO E SEUS DIREITOS | 2 2 5 |

Comparando a pessoa jurídica com a física, percebemos que o alcance dos direitos e obrigações da pessoa segunda é mais amplo. A pessoa jurídica não pode praticar atos de natureza pessoal como a pessoa física que casa, constitui família e dispõe de seus bens por meio de testamento, não exerce direito polí­ ticos e não pode ser responsabilizada com base em critérios subjetivos. Como dizer que uma pessoa jurídica teve “dolo” ou “culpa”?

Essa constatação é verdadeira só em parte. Certamente, a pessoa jurídica não pode praticar atos pensados para pessoas físicas, como os relacionados com a órbita familiar. Do resto, porém, a pessoa jurídica não se diferencia da física.

Em primeiro lugar, nada impede que a pessoa jurídica possa ser penalmen­ te responsabilizada. Isso ocorre em vários países, inclusive no Brasil para alguns crimes, como os ambientais (art. 3.° da Lei 9.605, de 1998). Em segundo lugar, as pessoas jurídicas de direito público exercem competências de cunho político, não podendo esquecer que o Estado exerce o direito de voto no âmbito dos or­ ganismos internacionais.

*2.3* *Entes despersonalizados*

Além das pessoas físicas e jurídicas, os ordenamentos jurídicos conhecem uma categoria de quase-sujeitos de direito. Trata-se de conjuntos de pessoas e patrimônios que, apesar de não possuírem personalidade jurídica, porque'não satisfazem os requisitos essenciais para tanto, podem ingressar em juízo para proteger seus interesses, quando isso for previsto pelo direito processual. São os entes (ou grupos) despersonalizados.

Pertencem a essa categoria (Mello, 2003-a, p. 131-139): as sociedades que não forem legalmente reconhecidas como pessoas jurídicas; a massa falida (conjunto de bens e obrigações, sendo que um administrador judicial exerce os direitos do falido e deve cumprir com suas obrigações); o espólio (elementos patrimoniais da herança antes da partilha entre os herdeiros) ; a herança jacente (herança sem herdeiro conhecido); a herança vacante (quando inexistem her­ deiros ou todos os chamados tiverem renunciado).

Exemplo: o art. 12, V, do Código de Processo Civil, prevê que o espólio pode ser representado em juízo pela pessoa responsável pelo inventário.

**3. Direito subjetivo**

Sabemos que o termo “direito” indica o direito objetivo, isto é, o conjunto de normas jurídicas que vigoram em determinado espaço e momento (ordena­ mento jurídico). Sabemos, igualmente, que o termo é empregado para indicar o direito subjetivo (Lição 1,1). Quem afirma que “o direito regulamenta o dever de cuidado dos pais em relação aos filhos menores de idade” descreve aquilo

2 2 6 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

que preveem as normas jurídicas vigentes. Quem afirma que “o filho menor tem direito de receber os cuidados dos pais” indica aquilo que o filho pode exigir dos pais, isto é, seu direito subjetivo.

A distinção entre direito objetivo e subjetivo é necessária em português, como em muitos outros idiomas, nos quais não há termos diferentes para indi­ car essas realidades diversas. O contrário acontece em inglês, em que se distin­ gue claramente entre o termo *law* (ordenamento jurídico objetivamente válido) e o termo *right* (direito subjetivo de determinada pessoa).

Os direitos subjetivos eram desconhecidos até o final da Idade Média. Os ordenamentos jurídicos do período não adotavam a visão individualista, inte­ ressando-se pela situação dos grupos e pelos deveres dos súditos e não pelos direitos individuais. O conceito começou a ser elaborado pelos autores jusra-cionalistas da Idade Moderna, preocupados com os direitos dos seres humanos, que consideravam “naturais”, e com a tutela desses direitos perante o poder político (Dimoulis, 2000, p. 217-218). Posteriormente, o conceito de “direito subjetivo” foi elaborado sistematicamente na Alemanha, por doutrinadores de direito civil, no século XIX.

O direito subjetivo indica uma situação particular da pessoa em relação ao ordenamento jurídico que lhe confere um direito, o faz *titular* de um direito. Há dois modos para definir o direito subjetivo. A teoria da vontade, associada a Savigny, considera importante o *conteúdo* do direito subjetivo e o define como “poder para manifestar sua vontade” em relação ao destino de pessoas e coisas, podendo impedir a interferência dos demais *(Willensmacht)*. Nessa perspectiva, o direito subjetivo consiste na capacidade do indivíduo de impor determinada norma ou decisão.

O segundo modo de definição é conhecido como teoria do interesse e se associa a Jhering. Considera decisiva a *finalidade* do direito subjetivo que é defi­ nido como interesse juridicamente protegido e objetivando assegurar os funda­ mentos da existência do indivíduo (*Sicherung von Existenzgrundlagen*) (Jhering,

**2002**).

Consideramos que a primeira definição é mais adequada porque indica a função jurídica do direito subjetivo. A definição de Jhering preocupa-se mais com a origem e a justificativa social do direito subjetivo e, por isso, interessa à filosofia e à sociologia do direito e não à dogmática jurídica (Lição 2, 2).4 Além disso, a definição de Jhering é restritiva. A pessoa perde o direito se não demonstrar “interesse”? Quem decide isso? Se as autoridades estatais podem impedir o exercício de direitos em caso de falta de “interesse” ou em caso de

**4. Sobre as definições do direito subjetivo cf. Pawlowski, 1999, p. 7; Luno, 1997, p. 53-55; La Torre, 1996, p. 314 -332, 362 -367; Justo, 2003, p. 39 -45 .**

|  |  |
| --- | --- |
| O SUJEITO DE DIREITO E SEUS DIREITOS | 2 2 7 |

falta de finalidade “existencial”, os indivíduos serão submetidos a uma tutela paternalista do Estado.

O conceito de direito subjetivo não é isento de críticas (La Torre, 1996, p. 245-307). A mais conhecida é a de Kelsen. O jurista advertiu que sua utiliza­ ção pode levar ao equivocado entendimento de que o indivíduo possui direitos imanentes ou “naturais” que seriam impostos ao próprio Estado (Kelsen, 2000, p. 212-213). Na realidade, o direito subjetivo não indica uma qualidade ou um poder do indivíduo que lhe permitiria fazer algo contra o direito objetivo. Só o direito objetivo cria os direitos subjetivos e pode extingui-los ou modificá-los, se o considerar conveniente.

Isso significa que o direito subjetivo depende *plenamente* do direito objeti­ vo. Nada mais é do que uma faculdade que o direito objetivo confere a determi­ nados titulares em determinadas situações, estabelecendo quem será titular de direitos subjetivos (pessoa física e/ou jurídica, grupo ou categoria de pessoas), qual o alcance desses direitos e os requisitos para o seu exercício.

Analisando os elementos do direito subjetivo, a doutrina realiza múltiplas classificações (Gusmão, 2001, p. 263-267). Distingue-se, assim, entre direitos subjetivos privados e públicos. Estes últimos são os direitos fundamentais que examinaremos em seguida. Podemos também distinguir entre direitos patrimo­ niais e não patrimoniais. Os primeiros referem-se a bens econômicos, podendo ser reais, obrigacionais ou de crédito. Seu estudo pertence ao direito civil e co­ mercial. Entre os direitos não patrimoniais distinguimos os direitos personalís­ simos (direito ao nome) e os direitos pessoais, relacionados com as relações no âmbito da família. Cada categoria de direitos apresenta peculiaridades em seu modo de aquisição, de extinção e de tutela jurídica.

**4. Direitos, deveres e garantias fundamentais**

As Constituições garantem uma série de direitos subjetivos. Sua importância é dupla. Primeiro, porque vinculam o próprio Estado e não somente outros par­ ticulares. Nesse sentido, fala-se em “direitos públicos subjetivos” (Duarte, 2009).

Segundo, porque são garantidos no mais elevado escalão da hierarquia das fontes do direito, não podendo em princípio, sofrer restrições pela legislação ordinária ou pela vontade dos particulares.

Exemplo: quando a Constituição garante o direito dos trabalhadores ao 13.° salário (art. 7.°, VIII), nem o Estado nem um acordo entre empregado e empregador pode limitar esse direito, alegando dificuldades econômicas da em­ presa ou qualquer outro motivo.5

1. **Um direito fundamental garantido na Constituição sofre restrições quando conflita com outros direitos constitucionais (Lição 11, 5). A limitação dos direitos é também**

2 2 8 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Há muitos termos para indicar os direitos subjetivos garantidos pelas Cons­ tituições. Fala-se, assim, em liberdades individuais, liberdades públicas, liberda­ des fundamentais, direitos humanos, direitos constitucionais, direitos públicos subjetivos ou direitos da pessoa humana (Luno, 1999, p. 29-44). O Título II da Constituição Federal denomina esses direitos de “fundamentais”, adotando um termo comum na Alemanha *(Grundrechte*).

Esse termo indica que, na Constituição, encontramos os direitos que fazem parte dos fundamentos da organização política e social, sendo imprescindíveis e intangíveis. O legislador infraconstitucional pode garantir outros direitos subje­ tivos que não são fundamentais.

Assim sendo, podemos definir os direitos fundamentais como direitos sub­ jetivos garantidos na própria Constituição e, portanto, dotados de supremacia jurídica. Os direitos fundamentais *limitam o poder do Estado no intuito de garan­* *tir a liberdade individual*

Essa definição indica a natureza jurídica e a função dos direitos funda­ mentais. Seu estudo pertence ao direito constitucional. Limitamo-nos a indicar que os direitos fundamentais dividem-se em quatro categorias principais, que definiremos dando exemplos da Constituição Federal:

•Direitos de *status negativus* ou de resistência à intervenção estatal: prote­ gem a liberdade da pessoa contra uma possível atuação do Estado. São denomi­ nados negativos porque sua essência está na proibição de intromissões estatais na esfera do indivíduo. Exemplo: é proibida a interferência do Estado na criação e no funcionamento das associações, desde que estas persigam fins lícitos (art. 5.°, XVII e XVIII).

* + Direitos de *status positivus* ou sociais: permitem ao indivíduo exigir de­ terminadas prestações por parte do Estado. A essência desses direitos está na obrigação de atuação estatal em prol da melhoria nas condições de vida da po­ pulação (política social). Exemplo: é dever do Estado garantir a todos o direito
* saúde mediante políticas de prevenção e oferecimento de serviços de atendi­ mento e tratamento médico (art. 196).
  + Direitos de status *activus* ou políticos: oferecem aos cidadãos a possibili­ dade de influenciar e fiscalizar a política do Estado. Trata-se de direitos ativos porque possibilitam a atuação do indivíduo na esfera da política decidida pelas

**possível no caso da *reserva legal*, isto é, quando a própria Constituição autoriza expres­ samente o legislador infraconstitucional a limitá-los. Exemplo: todos podem entrar e sair do país “nos termos da lei” (art. 5.°, XV). Aqui a Constituição autoriza o legislador ordinário a limitar esse direito, prevendo a obrigação de visto ou passaporte, proibindo a entrada de estrangeiros indesejáveis etc.**

|  |  |
| --- | --- |
| O SUJEITO DE DIREITO E SEUS DIREITOS | 2 2 9 |

autoridades do Estado. Exemplo: o direito a ser eleito a cargos públicos (art. 14,

* **§ 3 . ° a 9 . ° ) .**
  + Direitos *coletivos:* definem-se pelo fato de terem como titular um grupo de pessoas. Na Constituição Federal encontramos duas espécies de direitos co­ letivos. A primeira compreende direitos de defesa, sociais ou políticos, que só podem ser exercidos por um grupo de pessoas. Exemplo: o direito de criação de partidos políticos (art. 17) é um direito político que, diferentemente do direito

ao voto, só pode ser exercido por um coletivo.

A segunda espécie abrange os *direitos difusos*, que começaram a ser garan­ tidos nas últimas décadas. Os exemplos mais conhecidos são os direitos dos consumidores e o direito à preservação do meio ambiente. Existem também os direitos de solidariedade, que exprimem valores comuns e deveres de mútuo respeito, tais como o direito ao desenvolvimento econômico e social e o direito à paz, garantidos em tratados e declarações de direito internacional (ver também o art. 4.° da Constituição Federal). Aqui, o exercício do direito é necessariamen­ te coletivo e, por essa razão, a legislação e a doutrina fazem referência a direitos transindividuais, de natureza indivisível.6

Escutamos muito frequentemente, sobretudo de pessoas com posiciona­ mentos conservadores, que a excessiva preocupação com os direitos faz esque­ cer os deveres, favorecendo o egoísmo e até mesmo a criminalidade. Segundo essa opinião, a Constituição Federal se apressa a conferir direitos, sem formular os deveres das pessoas enquanto membros da sociedade e sem disciplinar as condutas individuais.

Essa crítica carece de fundamento. Em primeiro lugar, o Capítulo I do Tí­ tulo 11 da Constituição Federal não garante só direitos. Refere-se expressamente aos “deveres individuais e coletivos”. E isso constitui, na realidade, uma exigên­ cia lógica e jurídica. Afirmar que André tem o direito de ser proprietário de seu apartamento não faz sentido se não admitirmos, ao mesmo tempo, que todos os demais, e, principalmente, as autoridades do Estado, têm o dever de respeitar a propriedade de André. Negar esse dever geral significaria abolir o direito, afir­ mando que André tem o direito de ser proprietário de sua casa, mas qualquer um pode invadi-la! Assim sendo, existirão no direito tantos deveres implícitos quantos forem os direitos explicitamente declarados.

Em segundo lugar, a efetivação dos direitos fundamentais e, principalmen­ te, dos direitos sociais constitui dever fundamental do Estado, a ser cumprido

1. **O Código de Defesa do Consumidor define os direitos difusos como “os transindivi­ duais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (art. 8 1 ,1). Cf. Mazzilli, 2002; Barroso, 2000,** p. **101 -102, 216 -220 .**

2 3 0 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

por meio de medidas apropriadas. Exemplo: construção de hospitais e organiza­ ção dos serviços médicos para garantir direito social à saúde.

Finalmente, encontraremos no texto constitucional deveres dos cidadãos e da sociedade. Exemplos na Constituição Federal: o serviço militar obrigatório (art. 143) e a educação enquanto dever da família (art. 205).

Os direitos e deveres fundamentais podem permanecer sem efeitos práticos se não houver mecanismos efetivos para sua *implementação* (Barroso, 2000; Sarlet, 2009). No âmbito do direito privado, o art. 75 do antigo Código Civil formulava uma regra de grande importância: “A todo o direito corresponde uma ação que o assegura”. Essa norma7 exprime a preocupação do legislador com a implementação dos direitos subjetivos. Encontramos aqui a necessidade de associar as normas de conduta, que estabelecem direitos e deveres, a normas de sanção (Lição 6, 3.2.6).

No âmbito dos direitos fundamentais, o papel de proteção é assumido pelas garantias fundamentais, presentes em disposições constitucionais que objeti­ vam prevenir e/ou reparar e castigar possíveis violações de direitos e deveres. A doutrina constitucional distingue entre as garantias preventivas, que objetivam impedir a ocorrência de violações e lesões, e as garantias repressivas, cuja fina­ lidade é reparar a violação ou punir seu autor.

Exemplos na Constituição Federal: o veto do Presidente da República em caso de lei inconstitucional (art. 66, § 1.°) é um meio para impedir lesões de direi­ tos fundamentais causadas por leis inconstitucionais (garantia preventiva). O *ha-beas corpus* impetrado em caso de privação ilegal da liberdade de ir e vir (art. 5.°,LXVIII) possibilita a soltura da pessoa injustamente detida (garantia repressiva).

Além dessas garantias fundamentais, a legislação infraconstitucional es­ tabelece normas de sanção voltadas para a garantia dos direitos fundamentais. Assim sendo, o Código Penal constitui um conjunto de normas de sanção para reprimir violações de direitos fundamentais.

*Para aprofundar o conhecimento*

Alexy, 1996; Castignone, 2001, p. 151-202; Coelho, 2004, p. 211-232; Cunha, 2007; Descombes, 2004, p. 401-449; Dimoulis e Martins, 2010; Edel-man, 1999; Justo, 2003, p. 37-63; Kelsen, 2000, p. 140-162, 188-213; Mello, 2003-a, p. 88-162; Mendonça, 2002, p. 126-165, 177-207; Nery, 2008, p. 267-303; Nino, 1983, p. 195-208, 217-235; Oliveira, 2006, p. 375-439, 444-480; Prado, 2007; Preuss, 1979; Ross, 2000, p. 203-238; Sarlet, 2009; Steinmetz, 2001; Tavares, 2006, p. 403-476.

**7. O Código Civil prevê: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão (...)” (art.**

**1 8 9 ).**

**Lição 13**

**FATO, ATO, RELAÇÃO**

**E NEGÓCIO NO DIREITO**

**Sumário: 1. Fato jurídico - 2. Ato jurídico: 2.1 Definição; 2.2 Espécies; 2.3**

**Validade, nulidade e anulabilidade - 3. Relação jurídica: 3.1 As relações sociais; 3.2 Seletividade e graus de intensidade da relação jurídica; 3.3 Características e elementos da relação jurídica - 4 . Negócio jurídico - 5. Conclusão.**

Neste capítulo apresentaremos quatro conceitos fundamentais dos sistemas jurídicos modernos. Começaremos pelo mais genérico, o fato jurídico, passan­ do depois ao estudo de uma categoria específica de tais fatos, os atos jurídicos. Em seguida, cuidaremos da relação jurídica, decorrente de fatos jurídicos que envolvem pelo menos dois sujeitos de direito. Finalizaremos a exposição com o negócio jurídico, que constitui uma espécie de relação jurídica.

Esses quatro conceitos referem-se a todo o ordenamento jurídico. Foram, porém, desenvolvidos no âmbito do direito civil, tendo sua origem na doutrina civilista alemã do século XIX, que distinguiu entre o fato jurídico (*Rechtstatsa­* *che*), o ato jurídico (*Rechtshandlung*), a relação jurídica (*Rechtsverhältnis*) e onegócio jurídico (*Rechtsgeschäft*). Remetemos o leitor a essa disciplina para um estudo mais aprofundado.

**1. Fato jurídico**

*Tudo* aquilo que interessa ao direito e a seus operadores constitui fato jurí­dico. Podemos definir o fato jurídico como qualquer ocorrência da vida real que recebe qualificação jurídica. Em outras palavras, são considerados fatos jurídi­ cos todos os acontecimentos que interessam ao ordenamento jurídico, sendo re­ gulamentados por este e, principalmente, associados a consequências jurídicas.

O fato jurídico pode ter qualquer natureza, origem e finalidade. É possível propor uma classificação dos fatos jurídicos em quatro categorias:

• Ato de vontade humana que gera consequências previstas pelo ordena­ mento jurídico. Essa é a forma mais comum de ocorrência de um fato jurídico, baseada em norma permissiva. Exemplo: redação de um testamento (art. 1.857

do Código Civil).

2 3 2 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

* Omissão do sujeito de direito que acarreta sanções quando viola um de­ ver de agir (norma de obrigação). Exemplo: o eleitor que não vota está sujeito a sanções, como o pagamento de multa (art. 7.° do Código Eleitoral).
* Ação humana que, apesar de realizada involuntariamente, gera conse­ quências jurídicas. Exemplo: o homicídio culposo causado pelo motorista de um veículo constitui delito segundo o art. 302 do Código de Trânsito brasileiro, apesar de o agente não querer nem prever o resultado. O fato de alguém dirigir sem os devidos cuidados e causar acidente acarreta uma sanção prevista em norma de proibição.

•Acontecimento natural que gera consequências jurídicas. Exemplo: um incêndio causado por um raio pode gerar o direito a indenização do proprietário pela seguradora, se isso for previsto no contrato de seguro. Mesmo o simples passar do tempo pode criar um fato jurídico. Exemplo: o direito dos maiores de 65 anos de não pagar passagem nos meios de transporte coletivo urbano (art. 230, § 2.°, da Constituição Federal) (norma permissiva). O sexagésimo quinto aniversário gera um direito, sendo um fato com relevância jurídica. Essas con­ sequências jurídicas podem estar previstas em normas permissivas, de proibição ou de obrigação.

Essa classificação pode ser reduzida em *duas categorias.* Por um lado, os fatos jurídicos gerados pela conduta humana (ação ou omissão), que, conforme veremos no item 2, configuram os atos jurídicos. Por outro lado, os aconte­ cimentos naturais que apresentam relevância jurídica. Trata-se de ocorrências fáticas que independem de condutas humanas. Os doutrinadores denominam estes acontecimentos de *fatos jurídicos em sentido estrito,* entendendo que se trata de fatos jurídicos que não constituem atos jurídicos, pois não há conduta humana.

Os fatos jurídicos envolvem acontecimentos da vida real. A conclusão de um contrato materializa-se por meio de certos acontecimentos: contato inicial dos interessados, negociações, redação das cláusulas contratuais, leitura do tex­ to, assinatura, aposição de carimbos, pagamento de taxas, aperto de mãos etc. Mas, a conclusão de um contrato é um fato jurídico que gera direitos e obriga­ ções e se distingue dos fatos reais por duas razões.

Em primeiro lugar, o mesmo tipo de fato real pode ter consequências ju ­ rídicas diferentes. Quem assina um papel pode estar treinando sua assinatura, o que é permitido mas mão gera direitos e obrigações. Já quem assina um con­ trato imitando a assinatura de outra pessoa comete um ato ilícito, podendo ser responsabilizado. Por fim, quem assina um contrato de compra e venda com a sua verdadeira assinatura assume obrigações e adquire direitos. Em segundo lugar, o direito realiza uma *seleção* entre os aspectos do fato real que interessam juridicamente e os indiferentes. No caso da assinatura do contrato, a cor da tinta

|  |  |
| --- | --- |
| FATO, ATO, RELAÇÃO E NEGÓCIO N O DIREITO | 2 3 3 |

e a forma da assinatura fazem parte do acontecimento real. Porém, o direito só se interessa pela aposição da assinatura, sendo indiferentes as características da tinta ou a forma da assinatura.

Para saber quais aspectos dos fatos reais são juridicamente relevantes deve­ mos realizar um silogismo jurídico (Lição 6, 5). O disparo de um tiro é um fato real. Para saber suas consequências jurídicas, devemos analisar o tratamento dado pelo direito positivo. É o ato ilícito de “matar alguém” previsto no Código Penal ou um ato permitido (tiros que dã um policial durante um treino)?

2. **Ato jurídico**

*2* .7 *Definição*

O antigo Código Civil definia o ato jurídico no art. 81: “Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extin­ guir direitos, se denomina ato jurídico”.

O Código Civil atual preferiu não definir o ato jurídico. Com razão, pois, nesse caso, a definição legal não tem relevância para o aplicador do direito. Independentemente da definição, são atos jurídicos são todos aqueles que as normas vigentes configuram como tais. Isso decorre do critério da posteriori-dade (Lição 11, 3.2), pois uma futura lei pode regulamentar atos jurídicos não incluídos na definição do Código Civil.

Mesmo assim, a definição dada pelo antigo Código Civil indica uma im­ portante característica do ato jurídico: seu caráter de ato de vontade humana. Por isso, o ato jurídico é uma subcategoria dos fatos jurídicos, já que exclui os fatos jurídicos em sentido escrito, isto é, aqueles que ocorrem sem manifestação de ação humana.

O termo “vontade humana” deve ser entendido aqui em sentido amplo. A vontade de um sujeito de direito não se manifesta somente por meio de formas públicas e solenes, como o famoso “sim” do casamento. Para ter manifestação de vontade basta verificar qualquer conduta humana ativa ou omissiva, explícita ou implícita. Em outras palavras, o ato jurídico é um produto da *conduta huma­* *na* sem que seja necessária a manifestação de uma concreta e explícita vontade.

Exemplos de atos omissivos e implícitos: o não comparecimento do estu­ dante às aulas constitui omissão que pode ensejar a sua reprovação por faltas; a permanência do locatário no imóvel após a expiração do contrato pode ser considerada causa de prorrogação do contrato.

Para caracterizar um ato jurídico, não é necessário que o agente tenha de­ sejado ou previsto os resultados de sua conduta. O advogado que prejudica, por imperícia ou falta de cuidado, os interesses de seu cliente, responde pela sua conduta, mesmo se ficar comprovado que não teve a intenção de causar dano. O

2 3 4 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

direito reprova nesse caso a atuação faltosa do advogado, apesar de ele não ter almejado ou previsto o prejuízo do cliente.

A definição do ato jurídico no antigo Código Civil acrescentava uma se­ gunda característica fazendo referência ao “ato lícito”. Dito Código relacionava exclusivamente o ato jurídico com os direitos de um sujeito que os adquire, os exerce de forma lícita e pode perdê-los mediante transferência, modificação ou extinção. Dessa forma, o antigo Código Civil não considerava como atos jurídicos os atos ilícitos, isto é, aqueles que geram a responsabilidade (política, disciplinar, penal, civil etc.) do agente.

O novo Código Civil não se manifestou explicitamente a esse respeito, mas parece adotar essa visão. Suas disposições regulamentam os atos jurídicos lícitos e, em seguida, os “atos ilícitos”, que não são explicitamente denominados “atos jurídicos ilícitos”.

A doutrina observa, porém, que o caráter ilícito de um ato não o priva do elemento da juridicidade.1A ilicitude não é o contrário do ato jurídico. É uma sua característica que indica a avaliação negativa do ato ilícito. O termo “jurí­ dico” não se opõe ao termo “ilícito”, mas ao termo “não jurídico”. É jurídico aquilo que é regulamentado pelo direito; não jurídico aquilo que o direito con­ sidera indiferente.

O termo “ilícito” só indica uma avaliação negativa de determinados atos jurídicos. O ilícito ou ilegal não se situa fora do direito. É regulamentado por normas jurídicas que o reprova, associando-o a sanções negativas.

Em resumo, os atos jurídicos constituem uma ampla categoria de mani­ festações da ação humana com interesse jurídico, englobando tanto condutas aprovadas pelo ordenamento jurídico (atos jurídicos lícitos) como condutas re­ provadas e negativamente sancionadas (atos jurídicos ilícitos).2

**2.2** *Espécies*

Uma distinção básica dos atos jurídicos refere-se ao *número de pessoas* que devem atuar para a conclusão de determinado ato. Distinguimos assim entre:

1. **Rodrigues, 1996, p. 161; Reale, 2000, p. 204. O termo “juridicidade” indica que algo faz parte do ordenamento jurídico ou é avaliado pelo direito como relevante.**
2. **Parte da doutrina caracteriza os atos ilícitos como atos “de efeitos jurídicos involun­ tários”, ao passo que os atos lícitos seriam “de efeitos jurídicos voluntários” (Abreu Filho, 1995, p. 6-7). Essa contraposição ignora o caráter *objetivo* da distinção entre o lícito e o ilícito. A definição do lícito e do ilícito depende da definição legal e não dos desejos de certa pessoa. O fato de um homicida se arrepender, se entregar à polícia e pedir que lhe seja aplicada a “pena merecida” não toma o homicídio lícito pelo fato de desejar a pena. Tampouco um contrato de compra e venda torna-se ilícito pelo fato de a maioria dos compradores não desejar pagar o preço e só fazê-lo por medo das sanções.**

|  |  |
| --- | --- |
| FATO, ATO, RELAÇÃO E NEGÓCIO NO DIREITO | 2 3 5 |

* atos *unilaterais*, que dependem de uma única manifestação de vontade, como o testamento; e
* atos *bilaterais* e *multilaterais* (também denominados de coletivos), que pressupõem a atuação de duas ou mais pessoas, como no caso de um contrato de locação (ato bilateral) ou quando da criação de um sindicato (ato multilate-ral).

Uma outra distinção importante diz respeito à natureza das regras aplicá­ veis. Distinguimos, assim, entre:

* atos de *direito público;* e
* atos de *direito privado*, de acordo com a pertença das regras que regula­ mentam o ato jurídico a um dos dois grandes setores dos ordenamentos jurídi­ cos modernos.

*2 3* *Validade, nulidade e anulabilidade*

De suma importância são os requisitos de validade dos atos jurídicos. Ini­ cialmente, devem ser respeitados os requisitos legalmente previstos para que o ato jurídico não apresente defeitos. Os principais requisitos estão relacionados com a forma de manifestação da vontade humana, que, dependendo do ato, pode ser oral, transmitida por telefone ou Internet, escrita e mesmo solene, como ocorre no caso da escritura pública.

Uma outra categoria de requisitos refere-se à *qualidade das pessoas* que po­ dem participar da criação de determinado ato. Para que o ato seja válido é neces­ sário que o particular tenha a capacidade de exercício e a autoridade do Estado possua a competência para realizá-lo.

Finalmente, há requisitos legais relativos ao *objeto* e às *condições da mani­* *festação de vontade.* Não se configura, por exemplo, o ato ilícito do homicídio, seo agente atirar na escuridão contra um animal, pensando que é seu adversário. Por sua vez, os atos lícitos não podem ter como objeto o que a lei proíbe e tam­ pouco podem estabelecer condições ilícitas.

Exemplos: os “bens de uso comum do povo” (rios, mares, ruas, praças etc.) são inalienáveis, não podendo ser vendidos (art. 100 do Código Civil). O contrato de compra e venda não é válido se a fixação do preço for deixada ao arbítrio exclusivo de uma das partes (art. 489 do Código Civil).

A regra é que atos jurídicos com defeitos não possuem validade. A esse respeito a legislação e a doutrina utilizam o conceito da nulidade, que se divi­ de em *nulidade absoluta* (ou simplesmente “nulidade”) e *nulidade relativa* (ou anulabilidade). A nulidade absoluta ocorre se o ato for ilegal ou sofrer de vício essencial, e provoca a eliminação completa do ato. A nulidade relativa é de al­ cance limitado, j)or ser o vício do ato de menor gravidade.

2 3 6 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

As exatas diferenças entre a nulidade absoluta e a anulabilidade dependem do ramo do direito e da espécie do ato. Aqui é suficiente observar que a anulação é aplicável em caso de vícios menores; só pode ser invocada pelas pessoas preju­ dicadas; produz efeitos a partir de sua declaração *(ex* nunc) e pode ser proposta dentro de determinado prazo (pretensão sujeita a prescrição). Ao contrário, a nulidade refere-se a vícios essenciais; pode ser arguida por qualquer interessado; produz efeitos retroativos *(ex tunc*) e não está sujeita a prescrição.

1. **Relação jurídica**
2. **7** *Relações sociais*

O mundo é feito de relações. Relação significa encontro entre pessoas, lia­ me, contato, influência recíproca, determinação de uma situação por outra. Se alguém decidir “cortar relações” com os demais, isolando-se completamente, morrerá em poucos dias! Aquilo que somos e seremos é devido ao contínuo relacionamento com outros seres humanos e com elementos da natureza.

**O simples gesto de beber água constitui uma relação do homem com a natureza. Extra­ ímos dela a água e a consumimos, sendo isto imprescindível para a nossa sobrevivência. Não devemos esquecer que, nas sociedades modernas, a relação do homem com a água (e com qualquer outra fonte de vida) é extremamente complexa. Rara que a água chegue ao nosso copo deve passar por uma série de relações sociais: encontrar água potável em quantidade suficiente; realizar as complexas obras que são necessárias para o abastecimento de uma grande cidade; fazer tratamentos e controles de qualidade; transportar a água até as residências (tubulações subterrâneas, depósitos etc.); medir o seu consumo e cobrar o pagamento.**

**Temos aqui elementos de um processo extremamente complexo, que envolve conheci­ mentos científicos e técnicos, investimentos e*,* principalmente, o contínuo trabalho de gránde número de pessoas. Assim sendo, o nosso copo de água não é resultado de uma simples relação com a natureza, como ocorreria se a pessoa fosse pessoalmente até a fonte buscar água. A nossa relação com a água pressupõe inúmeras outras relações entre instituições, pessoas e elementos físicos, ou seja, tudo aquilo que direta ou indiretamente contribui para que a água chegue até o nosso copo, sem esquecer aqueles que confeccionam e comercializam o próprio copo!**

**O mesmo ocorre com quase todos os relacionamentos nas sociedades modernas. Essas sociedades são denominadas pelos sociólogos de "complexas" porque se [caracterizam pela organização do trabalho segundo os princípios da especialização e da cooperação em sofis­ ticadas redes de conexão.**

*3.2* *Seletividade e graus de intensidade da relação jurídica*

O direito se interessa por *determinados aspectos* das relações sociais, pre­ vendo direitos e deveres dos envolvidos e formas de responsabilização. Configu­ ram-se, assim, as relações jurídicas como sub-categoria do fato jurídico.

Definimos a relação jurídica como relação social que se realiza entre sujei­ tos de direito (pessoas físicas ou jurídicas) ou assemelhados (entes despersona-

|  |  |
| --- | --- |
| FATO, ATO, RELAÇÃO E NEGÓCIO NO DIREITO | 2 3 7 |

lizados), sendo regulamentada por meio de normas jurídicas. A relação jurídica consiste em um vínculo entre dois ou mais sujeitos de direito, segundo formas que são previstas pelo ordenamento jurídico e geram direitos e/ou obrigações para as partes.3

O direito intervém em *todas* as relações sociais. Mesmo quem dorme sozi­ nho, trancado em um quarto, é regido por relações jurídicas (direito à privacida­ de e à inviolabilidade do domicílio, caráter lícito ou ilícito de sua permanência no quarto, eventual obrigação de pagar aluguel etc.). Por isso, os juristas se referem à *onipresença* ou *ubiquidade* do direito moderno (Bobbio, 1991, p. 130-132; Luno, 1997, p. 20-21).

A regulamentação jurídica das relações sociais é *seletiva*. O direito regula­ menta aqueles aspectos das relações sociais que considera relevantes, podendo, inclusive, deixar de regulamentar certas relações. Alguns teóricos afirmam que há relações sociais desenvolvidas em um “vazio jurídico” ou no espaço do “não direito” (Edelman, 1999, p. 30-35; Jestaz, 2002, p. 74-76; Nasser, 2005, p. 38, 40), pois não geram consequências jurídicas (Terré, 2009, p. 172). Se a expres­ são “não direito” indica que há normas não jurídicas (morais, políticas etc.) aplicáveis nas relações sociais, concordamos que existe um “não direito”. Se a expressão indica que há ações e omissões humanas que o direito não regula­ menta, isso está equivocado. Quando falta previsão jurídica concreta sobre uma conduta não temos vazio jurídico. O silêncio mostra que o ordenamento jurí­ dico permite certa conduta, pois aquilo que não é proibido por lei é permitido (art. 5.°, II, da Constituição Federal).

Entendendo a relação jurídica como geradora de consequências jurídicas, podemos distinguir *cinco graus de intensidade.*

• Situações que não podem gerar consequências jurídicas. Isso ocorre quan­ do a conduta corresponde a uma norma permissiva ou de proibição. Exemplo: José entra no supermercado, examina alguns produtos e sai sem comprar (nem furtar!) nada. Seu comportamento é permitido e não viola normas de proibição. Pode ser juridicamente avaliado, mas não muda nada no mundo jurídico. Aqui temos juridicidade de baixíssima intensidade.

• Situações que poderiam gerar consequências jurídicas. Nesse caso, a conduta deveria gerar consequências jurídicas, mas isso ocorre. Exemplo: José entra em outro supermercado, furta um produto e sai sem ser incomodado por ninguém. Há normas jurídicas que preveem uma série de consequências, desde a prisão em flagrante até o eventual cumprimento de pena e o pagamento de

1. **O termo “relação jurídica” é muito difundido, mas seria preferível empregar o termo “relação de direito”. Já que o termo alemão *Rechtssubjekt* é traduzido como “sujeito de direito”, o termo *Rechtsverhältnis* deveria ser traduzido como “relação de direito”.**

2 3 8 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

indenização. Mas ninguém acionou os mecanismos de sua aplicação. Aqui a in­ tensidade da situação jurídica é maior, pois não há só possibilidade de avaliação jurídica, mas também possibilidade de mudança no mundo jurídico.

* Situações de conflito sobre as consequências jurídicas. Nesse caso sur­ gem questionamentos extrajudiciais e judiciais sobre a aplicação do direito. Exemplo: José fraturou o braço dentro do supermercado. Pretende processar a empresa, alegando que a queda foi devida à falta de manutenção das escadas e seu advogado envia uma notificação extrajudicial pedindo indenização. A inten­ sidade jurídica é maior, porque há alegações e são tomadas medidas em vista da aplicação do direito.
* Situações que geram consequências jurídicas da maneira voluntária. In­ cluímos aqui as condutas que modificam o mundo jurídico por iniciativa dos interessados. Exemplo: José adquire no supermercado uma série de produtos, assumindo os direitos e obrigações decorrentes do contrato de compra e venda.

•Situações que geram consequências jurídicas mediante imposição estatal. Nesse caso, a intensidade jurídica é a maior possível, pois a mudança do mundo jurídico é definitiva. Exemplo: José é condenado a pena de prisão pelo furto no supermercado. Enquanto no caso da compra e venda, a mudança no mundo jurídico poderia ser revertida após questionamento judicial do contrato, no caso da condenação temos uma mudança definitiva.

*3 3* *Características e elementos da relação jurídica*

A relação jurídica apresenta *três características:*

1. Pressupõe a ocorrência de eventos sociais ou naturais que recebem uma qualificação jurídica, tomando-se fatos jurídicos.

Exemplo: o relacionamento social de dois comerciantes que, após longas negociações, decidem associar-se para criar uma empresa instaura uma relação jurídica entre ambos, cujos direitos e deveres são regulamentados pelo ordena­ mento jurídico.

2. Permite ao aplicador do direito avaliar acontecimentos reais, impondo sanções em caso de descumprimento.

Exemplo: pagamentos decorrentes de um contrato se efetuam, em geral, no domicílio do devedor (art. 327 do Código Civil). Se o devedor propuser efetuar o pagamento no exterior, no intuito de adiar o pagamento porque sabe que o credor não aceitará, podemos dizer que não cumpriu a obrigação decorrente da relação jurídica estabelecida. O aplicador do direito deve examinar quais são as sanções cabíveis contra o devedor.

3. Orienta as pessoas induzindo-as a adotar ou evitar determinados com­ portamentos.

|  |  |
| --- | --- |
| FATO, ATO, RELAÇÃO E NEGÓCIO N O DIREITO | 2 3 9 |

Exemplo: a obrigação de pagamento de 13.° salário decorrente da relação jurídica trabalhista (art. 7.°, YI11, da Constituição Federal) incentiva as pessoas ao seu pagamento.

A relação jurídica possui, no mínimo, três elementos (Reale, 2000, p. 217-222): sujeitos, vínculo e objeto.

1. *Sujeitos*. São as pessoas, físicas ou jurídicas, que participam da relação (princípio da intersubjetividade). A doutrina divide os participantes em ativos (beneficiários da relação) e passivos (devedores de uma prestação). Essa divisão raramente encontra-se na prática de forma clara. Na maioria dos casos temos reciprocidade de direitos e obrigações.

Exemplo: o comprador paga ao vendedor o preço do imóvel para adquirir o direito de propriedade, não sendo possível dizer qual dos dois é o sujeito ativo.

Em alguns casos, constata-se a confusão desses papéis. Exemplo: todos de­ vemos preservar o meio ambiente; ao mesmo tempo todos somos beneficiários da preservação ambiental (art. 225 da Constituição Federal).

Para que alguém possa ser sujeito de uma relação jurídica deve, em pri­ meiro lugar, possuir personalidade jurídica (Lição 12, 1). Em seguida, deve sa­ tisfazer os requisitos legalmente previstos para a participação em cada relação jurídica (idade, nacionalidade, sexo, condição profissional etc.).

2. *Vínculo.* Trata-se do título ou situação a partir do qual a parte deve fazer ou pode exigir algo. O vínculo que leva à criação da relação jurídica é variado. Pode se tratar de um fato natural (nascimento que gera direitos patrimoniais e pessoais) ou ato de vontade de um sujeito de direito (ato jurídico), lícito (con­ trato) ou ilícito (inadimplência que gera a responsabilidade do devedor).

Em muitos casos, a relação cria-se pela vontade das partes. Nas relações entre o Estado e os particulares, o vínculo surge, em regra, de forma unilateral com base na vontade do Estado. Exemplo: a testemunha intimada para depor deve comparecer à audiência (art. 412 do Código de Processo Civil).

Em outros casos, a relação é imposta a partir de normas jurídicas que con­ sideram uma ocorrência fática como geradora de relação jurídica. Isso ocorre geralmente quando o vínculo for um fato natural ou um ato ilícito.

3. *Objeto.* O objeto da relação jurídica pode ser definido de duas formas. Do ponto de vista externo constitui o motivo de criação da relação jurídica. A parte que tem o poder de criar uma relação jurídica a instaura para receber ou impedir algo. Não assinamos um contrato porque gostamos da transação ou queremos agradar o vendedor, mas porque desejamos receber uma mercadoria.

Do ponto de vista interno é objeto da relação jurídica tudo aquilo que pode ser exigido no seu âmbito. Pode se tratar de um objeto material (compra de casa), imaterial (serviço de uma agência de turismo) e mesmo de um ser vivo (compra

2 4 0 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

de um cavalo), incluindo a pessoa humana (contrato de trabalho). Podem tam­ bém ser objetos da relação jurídica ações (o taxista deve conduzir o cliente ao seu destino), omissões (a obrigação do comprador de um livro de não reproduzi-lo com finalidade comercial) ou promessas de prestação (a seguradora promete pa­ gar indenizações de certo valor em determinados casos de acidente).

Exemplo: Elementos da relação jurídica de doação (art. 538 do Código Civil). Seus sujeitos são o doador e o donatário. Vínculo é o contrato que estabe­ lece as condições de transferência de bens ou vantagens, decorrente da vontade do doador e do beneficiado que aceita a doação. Objeto da relação são determi­ nados bens e vantagens.

**4. Negócio jurídico**

O termo negócio jurídico (do latim *negotíum*, que significa ocupação, tra­ balho, afazer) indica uma subcategoria de relações jurídicas de particular im­ portância. Define-se como qualquer estipulação de consequências jurídicas, realizada por sujeitos de direito no âmbito do exercício da autonomia privada. Seu fundamento é a *manifestação de vontade das partes*, isto é, dos sujeitos de uma relação jurídica. Ao contrário de outras relações jurídicas que, como cons­ tatamos, independem da vontade de alguns dos sujeitos envolvidos, a particula­ ridade do negócio jurídico está na sua dependência da vontade das partes, que entram em acordo sobre o objeto, os efeitos e as condições da relação negociai. Por esse motivo há necessidade de coincidência da vontade de todas as partes envolvidas no negócio.

Exemplo: a manifestação de vontade do comprador que diz “quero com­ prar este computador e prometo pagar R$ 2.000,00 em cinco prestações” cria a relação jurídica negociai (contrato de compra e venda) a partir do momento em que outra pessoa, o vendedor, exprime uma vontade que coincide em seu resul­ tado com a primeira: “aceito vender este computador recebendo R$ 2.000,00 em cinco prestações”.

A relação negociai fundamenta-se no princípio da *autonomia privada (ou* *autonomia da vontade)* dos sujeitos de direito. Definimos como autonomia priva­da o poder dos sujeitos de direito para decidir livremente sobre seus interesses, administrando seus bens, adquirindo e alienando direitos, assumindo e cum­ prindo obrigações por meio de atos jurídicos, independentemente de autoriza­ ção do Estado ou de terceiros.

A autonomia privada deixa aos particulares um espaço extremamente am­ plo para a livre atuação, conforme seu arbítrio e a avaliação de seus interesses pessoais. Mas não é absoluta, encontrando-se submetida a limites e controles estatais. Assim, por exemplo, o art. 421 do Código Civil introduziu, em 2003, uma regra de particular importância: “A liberdade de contratar será exercida

|  |  |
| --- | --- |
| FATO, ATO, RELAÇÃO E NEGÓCIO NO DIREITO | 2 4 1 |

em razão e nos limites da função social do contrato”. Dita norma introduz uma fundamental limitação na visão individualista porque vincula os particulares a exigências sociais (Santos, 2004; Mancebo, 2005, Godoy, 2009).

O contrato e a liberdade individual não podem ser exercidos única e exclu­ sivamente para satisfazer interesses pessoais dos envolvidos. Devem levar em consideração suas consequências sociais, adequando-se às finalidades de cada atividade social. Um caso extremo de abuso da autonomia privada é a sua utili­ zação para cometer atos ilícitos, por exemplo, comprando objetos furtados. Isso configura o crime de receptação (art. 180 do Código Penal), não podendo ser justificado pela autonomia privada dos envolvidos.

Examinemos agora as características da relação negociai. Se a manifestação de vontade das partes constitui o vínculo que permite criar a relação negociai, isso não significa que o negócio jurídico depende principalmente dessa vonta­ de. Como ocorre nas demais relações jurídicas, o modo de criação do vínculo negociai, a forma de realização do negócio, seu objeto, a capacidade das partes para concluí-lo, sua interpretação e muitas de suas consequências em caso de descumprimento são estabelecidas pela legislação.

Exemplo: o art. 104 do Código Civil estabelece as seguintes condições ge­ rais para a validade dos negócios jurídicos:

“I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei”.4

Os negócios jurídicos são divididos em várias categorias estudadas detalha­ damente no âmbito do direito civil. Distinguimos entre negócios (cf. Gusmão, 2001, p. 278-279; Abreu Filho, 1995, p. 65-100; Mello, 2003, p. 193-215):

•típicos (cujos objeto e forma são previstos na legislação) e atípicos (cria­ dos pelo acordo das partes, faltando uma padronização legal);

* + bilaterais ou multilaterais (o vínculo resulta do acordo de vontade de duas ou mais pessoas) e unilaterais (fundamentados na manifestação de vonta­ de de uma pessoa) ;
  + solenes (exigem determinadas formas de conclusão) e informais (criam-se pelo simples acordo entre as partes);
  + causais (dependentes da ocorrência de determinado acontecimento) e abstratos (independentes de acontecimentos concretos);

1. **Outras condições de validade e critérios de interpretação dos negócios jurídicos en-contram-se nos arts. 105 a 184 do Código Civil.**

2 4 2 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

• a título oneroso (reciprocidade nas prestações) e a título gratuito (vanta­ gem sem contrapartida);

•patrimoniais e não patrimoniais.

Disso resulta que o negócio jurídico, além de ser uma subcategoria das rela­ ções jurídicas, constitui uma subcategoria dos atos jurídicos lícitos. Examinado sob esse último prisma, o negócio jurídico é um ato jurídico lícito, caracterizado pela manifestação da vontade humana de pelo menos um dos sujeitos envolvidos. Os atos jurídicos lícitos que não envolvem a manifestação de vontade, são deno­ minados *atos jurídicos meramente lícitos* (ou atos não negociais). Seu fundamento é um ato humano que causa efeitos jurídicos não perseguidos pelo sujeito, ou seja, causados sem manifestação de sua vontade (Rodrigues, 1996, p. 161).

Exemplo de ato jurídico meramente lícito: o “achado de tesouro” (art. 1.264 do Código Civil). Se um conjunto de coisas preciosas, esquecidas pelo dono, for encontrada casualmente, o tesouro será dividido entre o proprietário do imóvel e quem o achou, e essa aquisição de propriedade não depende da manifestação da vontade das partes.

**5. Conclusão**

A nossa apresentação se resume em três equações, que indicam a relação entre as figuras jurídicas estudadas neste capítulo (cf. Rodrigues, 1996, p. 162):

• Fatos jurídicos = Atos jurídicos + Fatos jurídicos em sentido estrito.

* Atos jurídicos = Atos jurídicos lícitos + Atos jurídicos ilícitos.
* Atos jurídicos lícitos = Negócios jurídicos + Atos jurídicos meramente

lícitos.

Unificando essas equações resulta a seguinte fórmula que permite visuali­ zar as relações entre as várias categorias dos fatos jurídicos:

• *Fatos jurídicos = Fatos jurídicos em sentido estrito* + *Atos jurídicos ilícitos +* *Atos jurídicos meramente lícitos* + *Negócios jurídicos.5*

Devemos indicar que essas classificações dos fatos e atos jurídicos apresen­ tam dois problemas. Em primeiro lugar, não há concordância entre os doutrina-dores sobre a definição dos conceitos.6

1. **A relação jurídica permanece fora desse esquema porque pode decorrer dos mais varia­ dos fatos jurídicos, com ou sem ação humana, lícitos ou ilícitos, negociais ou não.**
2. **Apresentação de classificações em Tavares, 2006, p. 131-132. Para um estudo das gran­ des dificuldades para criar classificações satisfatórias dos fatos e atos jurídicos, cf. Mo ore, 1997.**

|  |  |
| --- | --- |
| FATO, ATO, RELAÇÃO E NEGÓCIO NO DIREITO | 2 4 3 |

Em segundo lugar, as definições e classificações são baseadas nas carac­ terísticas do direito privado, pois, como dissemos no início do capítulo, foram desenvolvidas por civilistas. Isso dificulta sua aplicação no âmbito do direito público, cujos doutrinadores pouco se ocupam do tema.7

Como classificar o exercício de um direito fundamental? Aplicando as de­ finições que encontramos na doutrina civilista devemos concluir que as pessoas que participam de uma passeata realizam um negócio jurídico, já que se trata de atos lícitos fundamentados na coincidência da vontade dos titulares do direito à reunião! Essa visão é estranha, mostrando que o conceito de negócio jurídico não se concilia com a estrutura dos direitos fundamentais.

Os estudiosos deveriam repensar as classificações, levando em consideração as peculiaridades dos atos de direito público.

*Para aprofundar o conhecimento*

Abreu Filho, 1995; Azevedo, 2002; Ferraz Jr., 2001, p. 142-167; Gusmão, 2001, p. 253-259, 277-284; Kelsen, 2000, p. 182-188; Mello, 2003, p. 105-258, e 2003-a, p. 168-220; Moore, 1997; Nery, 2008, p. 104-137; Nunes, 2002, p. 134-151; Oliveira, 2006, p. 347-370; Reale, 2000, p. 199-226; Rodrigues, 1996; Tavares, 2006, p. 129-166.

1. **Uma das poucas tentativas de aplicação no direito público encontra-se em Tavares, 2006, p. 129-166.**

**Lição 14**

**DIVISÕES DO**

**ORDENAMENTO JURÍDICO**

S U M Á R I O : **1. Introdução -** **2 . Diferenças entre direito público e privado - 3.**

**Características e ramos do direito público: 3.1 Definição; 3 .2 Direito públi­ co interno; 3 .3 Direito internacional público (direito público externo) - 4. Características e ramos do direito privado - 5. "Direito misto"?**

**1. Introdução**

Uma das mais relevantes classificações dos fenômenos jurídicos utiliza o critério do *conteúdo* das normas jurídicas e considera possível classificá-las em duas categorias: as normas de natureza pública e as normas de natureza priva­ da.1Surgem, assim, duas grandes áreas, setores ou “hemisférios” (Justo, 2003, p. 288) do sistema jurídico: o direito público e o direito privado.

A origem da distinção encontra-se na época romana. Discorrendo sobre as espécies do direito positivo, Ulpíano distinguia entre o ius *publicum*, que regula­ va os assuntos de interesse público da sociedade romana, e o ius *privatum*, que se referia ao interesse dos particulares.2

Os historiadores do direito observam que os termos de Ulpiano são utili­ zados no debate moderno com significado radicalmente modificado. O direito público romano tinha natureza religiosa, ao contrário do atual direito público que é laico. Por outro lado, o direito privado romano não conhecia a figura do indivíduo que exerce seus direitos pessoais e patrimoniais, como ocorre no atual direito privado. A distinção entre público e privado que conhecemos hoje surge

1. **Muitos doutrinadores denominam de “natureza jurídica” a classificação de competên­ cias, de direitos ou de atos jurídicos. Exemplo: examinar a “natureza jurídica” da me­ dida provisória significa analisar a qual poder estatal esta pertence (Poder Legislativo? Poder Executivo?).**
2. **“Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim”. Digesto de Justi-niano, 1.1.1.2. Fonte:** [**<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-01.**](http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-01.%e2%80%a8htm)[**htm>.**](http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-01.%e2%80%a8htm) **O termo *publicum* é oriundo do *populus* (povo) e indica aquilo que interessa à coletividade; o termo *privatum* provém do *privatus,* que designa a pessoa afastada do grupo, isto é, o particular.**

|  |  |
| --- | --- |
| DIVISÕES D O ORDENAMENTO JURÍDICO | 2 4 5 |

no período medieval e se consolida com a construção do Estado nas sociedades capitalistas (Seelaender, 2007).

Atualmente a divisão entre o público e o privado tem forte presença no ensino jurídico. Muitas Faculdades de direito são divididas em departamentos de direito público e de direito privado; os estudantes aprendem que essa é uma distinção crucial; a maioria dos professores se especializa em uma dessas áreas, havendo mesmo introduções específicas ao direito público (Sundfeld, 2006) e ao direito privado (Púschel, 2007). Encontramos também normas jurídicas que diferenciam entre o direito público e o direito privado, por exemplo, no trata­ mento das pessoas jurídicas (Lição 12, 2.2).

Além disso, a distinção constitui um elemento básico da filosofia política libe­ ral. Sustenta-se que existem, na vida social, duas esferas com diferentes finalidades e regras de funcionamento: por um lado, a esfera privada, em que os indivíduos atuam livremente segundo sua vontade e interesse; por outro lado, a esfera pública, em que os cidadãos decidem de forma coletiva sobre assuntos de interesse geral.3

Dependendo do caráter público ou privado de certo tema, o legislador efetua regulamentos diferentes. Quando o assunto só interessa aos particulares, o legis­ lador não tem razões para intervir. Presume-se que os particulares cuidarão de seus interesses e que um regulamento detalhado seria *paternalista,* contrariando os direitos fundamentais que garantem a autonomia dos indivíduos. Basta, então, estabelecer os limites que são imprescindíveis para garantir a segurança jurídica nas transações (exemplo: condições de validade dos contratos) e proibir atos que violem direitos dos demais (exemplo: proibir a cobrança de juros abusivos).

A situação muda quando o assunto for de relevância política, atingindo grande número de pessoas ou a sociedade inteira. Nesse caso, o legislador deve tomar todos os cuidados para evitar que decisões equivocadas, temerárias ou interesseiras das autoridades públicas prejudiquem a população.

Basta pensar na diferença entre um empréstimo concedido por um banco a uma pessoa física para financiar a compra de um automóvel e um empréstimo público de bilhões de reais, concedido ao governo federal por bancos estran­ geiros. Em ambos os casos temos um empréstimo livremente contraído, mas o tratamento jurídico deve ser diferenciado.

O particular presume-se capaz de cuidar de seus interesses. No segundo caso, as condições de concessão do empréstimo devem ser submetidas a meti­ culosos controles, já que um acordo inoportuno pode causar gravíssimos danos

1. **Muitos autores referem-se a essa distinção de esferas utilizando o termo “separação entre Estado e sociedade”: o Estado constitui a esfera pública e a sociedade é o campo de ação dos particulares: Bobbio, 1987, p. 13-52. Para uma crítica da distinção cf. Dimoulis, 2002, p. 40-52.**

2 4 6 M A N U A L DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

para a economia popular e o bem-estar de todos. Daí a necessidade de diferen­ ciar as regras jurídicas que regulamentam assuntos particulares daquelas que se referem a questões de relevância geral e interesse público.

Fazendo um exame cuidadoso da problemática percebemos, porém, que a distinção entre o direito privado e o direito público não é tão simples e tão clara quanto pode parecer à primeira vista. O nosso problema não é só definir de forma aproximativa o que é público e o que é privado. No âmbito do direito, a distinção deve permitir a classificação de cada norma e de cada ato jurídico no direito público ou no direito privado. Se não for assim, as duas categorias perdem sua pertinência.

Se, por exemplo, constatarmos que uma norma faz parte tanto do direito público como do direito privado ou que algumas normas não podem ser in­ seridas em nenhuma das categorias, a classificação perde sua utilidade. Dessa forma, tudo depende da definição dada às duas categorias e da possibilidade de efetuar uma clara classificação.

**2. Diferenças entre direito público e privado**

Para distinguir entre o direito público e o direito privado, os dou trina dores elaboraram cinco critérios de definição, que apresentaremos em seguida, indi­ cando seus pontos problemáticos:

1. *Natureza do interesse.* O critério resulta da referida definição de Ulpiano. Se o interesse tutelado pela norma diz respeito ao particular, estamos no domí­ nio do direito privado. Sendo o interesse de natureza geral, estamos no domínio do direito público.

O critério não é satisfatório porque encontramos inúmeros assuntos de in­ teresse particular regulamentados na Constituição, que todos consideram como base do direito público. A inviolabilidade do domicílio interessa aos indivíduos, porque protege sua privacidade, mas está garantida pela Constituição Federal (art. 5.°, XI). A proteção dos direitos fundamentais não deixa de preocupar a coletividade, já que os direitos fundamentais são conquista política e elemento crucial dos regimes políticos liberais. Disso resulta que não pode ser estabeleci­ da uma clara distinção entre interesses públicos e privados.

2. *Qualidade dos sujeitos envolvidos*. São de direito público as relações jurídi­ cas nas quais se encontra envolvido o Estado (ou outra pessoa jurídica de direito público); pertence ao direito privado a regulamentação das demais relações.

Esse critério não explica por que as pessoas jurídicas de direito público são submetidas frequentemente ao regime das pessoas jurídicas de direito pri­ vado, como ocorre com as empresas públicas, que devem seguir o regime das empresas privadas, apesar de prestarem serviços públicos (art. 173, § 1.°, da Constituição Federal).

|  |  |
| --- | --- |
| DIVISÕES D O ORDENAMENTO JURÍDICO | 2 4 7 |

Tampouco explica por que as pessoas físicas e as pessoas jurídicas de direi­ to privado exercem, em determinadas situações, poderes análogos aos estatais, por exemplo, em decorrência de uma delegação, ou quando um particular exer­ ce função pública de fato, sem ter sido investido na função.

3. *Tipo de relação*. Quando as partes de uma relação jurídica encontram-se em situação de igualdade, estamos no domínio do direito privado. Quando uma das partes pode sujeitar a outra à sua vontade, gozando de prerrogativas,4 estamos no domínio do direito público. Em outras palavras, temos uma relação de direito público quando uma das partes exerce o poder estatal (*imperium* ou *ius imperii).*

Esse critério é problemático porque oculta a verdadeira natureza de muitas relações consideradas de direito privado. Quando uma pequena cooperativa de agricultores faz um contrato com uma rede de supermercados para fornecer seus produtos, temos uma relação de direito privado. Nem por isso deixa de existir uma forte desigualdade entre as partes, já que os agricultores não podem, na prática, negociar os preços e as condições do contrato.

Inversamente, constatamos que também fazem parte do direito público certas relações entre sujeitos que se encontram em posição de igualdade. Se dois Estados federados limítrofes realizarem um acordo para a construção de um hospital público que atenderá pacientes de ambos os Estados, não temos sub­ missão de uma das partes, mas nem por isso se pode negar a natureza pública das regras que disciplinam a atuação dos Estados.

4. *Politicidade.* Considera-se decisivo o caráter político da relação jurídica: os assuntos de relevância política são regidos pelo direito público e os demais pelo direito privado.

Aqui podemos fazer duas críticas. Em primeiro lugar, sabemos que a linha de separação entre os assuntos políticos e os não políticos é fluida e mutável no tempo (Lição 4, 1). Em segundo lugar, sabemos que temas de interesse dos particulares são regulamentados no texto constitucional (privacidade, família, atividade empresarial etc.), evidenciando-se que não é possível separar os as­ suntos políticos dos não políticos.

5. *Imperatividade.* São de direito público as normas que apresentam caráter imperativo, ou seja, são obrigatórias, em geral impostas pelo Estado (ius *cogens* - direito coercitivo ou impositivo). O direito privado tem, ao contrário, feição de *ius dispositivum.* É um direito flexível, que se aplica se os interessados não decidirem de forma diferente de maneira contratual.

1. **O termo indica os direitos especiais de uma categoria de pessoas, físicas ou jurídicas. É oriundo do termo latim *praerogativa,* que indicava, na Roma antiga, a tribo ou a centúria que votava primeiro (era “rogada” primeira) nas Assembleias populares, podendo influen­ ciar o voto das demais. Daí o termo ter se tomado sinônimo de vantagem, de privilégio.**

2 4 8 M ANUAL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Esse critério parece plausível. Pagamos os impostos legalmente previstos, não cabendo negociação sobre a alíquota ou a data de vencimento. Ao contrário, o valor do aluguel e a forma de pagamento depende do acordo entre as partes. Em geral, os regulamentos jurídicos em assuntos que envolvem o Estado e o in­ teresse geral são rígidos e impositivos. No Código Civil, ao contrário, não só os regulamentos são genéricos, deixando amplos espaços de liberdade de decisão, mas também a vontade dos particulares prevalece sobre a previsão legislativa, sendo frequentes cláusulas do tipo: “salvo estipulação em contrário” (art. 296); “salvo se as partes convencionarem diversamente” (art. 327).

Contudo, muitos assuntos de interesse particular são regulamentados por regras que não permitem exceção nem negociação. Exemplo: o Código Civil estabelece os prazos para a prescrição de pretensões contratuais, proibindo que sejam alterados por acordo entre as partes do contrato (arts. 192, 205 e 206).

De forma inversa, a aplicação de muitas normas de direito público depende da vontade dos particulares. Exemplo: a perseguição de muitos crimes tipifi­ cados no direito penal, que integra o direito público, depende de ação privada promovida pelo ofendido (art. 100 do Código Penal).

**Quadro sinótico 10:**

**Diferenças entre direito público e privado**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Critério de definição** | **Direito público** | **Direito privado** |  |
| *Interesse:* | Geral | Particular |  |
| *Sujeitos envolvidos:* | Presença de autoridade | Particulares |  |
| estatal |  |
|  |  |  |
| *Relação:* | Submissão dos particulares | Paridade |  |
| ao Estado |  |
|  |  |  |
| *Politicidade:* | Forte | Fraca |  |
| *Imperatividade:* | Forte | Fraca |  |

Constatamos, assim, que *nenhum* dos critérios de definição propostos pe­ los doutrinadores é totalmente satisfatório. Todo o direito moderno é de ori­ gem pública e, ao mesmo tempo, resguarda interesses particulares. Mesmo um assunto claramente público e administrado exclusivamente pelo Estado, como a segurança nacional, garante, em última instância, os bens e interesses de cada brasileiro. De forma semelhante, o direito penal, que todos consideram de natureza pública porque é puramente repressivo e consiste no exercício da pretensão punitiva do Estado, não exerce um suposto “direito” do Estado, mas objetiva reprimir (e, se possível, prevenir) atos que violem direitos dos indivíduos.

|  |  |
| --- | --- |
| DIVISÕES D O ORDENAMENTO JURÍDICO | 2 4 9 |

Disso decorre que não podemos decidir com certeza se uma norma ou um ato pertence exclusivamente ao direito público ou privado. A classificação nas categorias do público e do privado não apresenta o necessário rigor, clare­ za e segurança. Nesse caso, como em muitos outros, o operador jurídico deve aceitar que *as fronteiras entre as categorias do direito são permeáveis e fluidas.*

Não permitem classificações logicamente satisfatórias nem evitam as contradi­ ções (Mathieu-Izorche, 2001, p. 61-62). Isso fez muitos juristas abandonarem a distinção, considerando-a como “impropriedade científica” (Carvalho, 2002, p. 190) ou algo “meramente ideológico” (Venosa, 2004, p. 42).

Tais reações de decepção não são justificadas. As dificuldades da classifica­ ção não significam que é impossível distinguir entre o direito público e o direito privado.

A solução está na *combinação* dos referidos critérios de definição. Podemos, assim, afirmar que o direito privado está muito mais marcado pela natureza par­ ticular do interesse, pela ausência do Estado nos negócios concluídos sob a égide do Código Civil, pelo equilíbrio entre as partes, pela não politicidade dos assuntos e pela possibilidade de as partes configurarem livremente suas relações.

Ao contrário, o direito público está muito mais marcado pela natureza pú­ blica do interesse, pela participação de pessoas jurídicas de direito público nas relações jurídicas, pelo desequilíbrio entre as partes da relação (submissão dos particulares ao Estado), pela natureza política dos assuntos e pelo caráter clara­ mente imperativo das normas.

Em outras palavras, não há uma área jurídica puramente pública ou pu­ ramente privada. Mas existe um conjunto de dispositivos em que prevalece a natureza pública e um outro marcado por características privadas. Disso resulta que a distinção entre direito público e privado não é uma “verdade” absoluta, mas oferece uma orientação para que o estudante do direito possa entender a estrutura básica do sistema jurídico, segundo o critério do *conteúdo* das normas. Para tanto é necessário analisar as características fundamentais e as subdivisões (ramos) do direito público e do direito privado.

**3. Características e ramos do direito público**

**3.7** *Definição*

O direito público regulamenta basicamente a atividade do Estado. Esta­ belece suas funções e a forma de organização de seus poderes e dos serviços públicos, bem como suas relações com os particulares e os demais Estados. Os princípios que estruturam o direito público são:5

**5. Cf. a análise dos princípios do direito público em Sundfeld, 2006, p. 152-186.**

2 5 0 M A N U A L DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

* Superioridade do Estado e de sua vontade diante dos particulares. O Estado legisla; exerce o poder de punir e de tributar; controla os aparelhos de repressão e de defesa nacional; é dotado de prerrogativas em comparação com os particulares.
* Garantia dos direitos dos particulares diante do poder estatal em forma de direitos fundamentais, que limitam a atuação do Estado.
* Igualdade nas relações entre os Estados soberanos.
* Caráter imperativo das normas jurídicas, cuja aplicação não depende da vontade das partes envolvidas na relação, sejam estas autoridades estatais, sejam particulares (ius *cogens).*

Vale lembrar que todo direito moderno é um direito público, no sentido amplo do termo, já que é posto pelo Estado e vincula a todos em determinado território. No sentido estrito, porém, o termo indica as normas jurídicas criadas pelo Estado para regulamentar e limitar suas próprias atividades. Isso significa que o Estado se autorregula e, não raramente, inclui nas normas jurídicas privi­ légios e isenções em seu favor.

Os doutrinadores e os filósofos do direito justificam o *status* jurídico privi­ legiado do poder estatal com referência ao interesse “público” ou “nacional”. O Estado concentra o poder e goza de prerrogativas não para favorecer os políticos e os funcionários públicos, mas para cuidar de forma eficiente do bem comum como, aliás, indicam as inúmeras obrigações do poder estatal, que deve preser­ var os direitos fundamentais e garantir o bem-estar da população.

No âmbito do direito público distinguimos dois ramos principais: o direito público interno e o direito público externo. O primeiro estabelece regras no âmbito do espaço de soberania de um Estado, sendo oriundo das autoridades nacionais que exercem o Poder Legislativo. Já o direito público externo organiza as relações internacionais, sendo principalmente criado por acordos entre os Estados e decisões de organizações internacionais.

**3.2** *Direito público interno*

O direito público interno divide-se em vários ramos, que são estudados ao longo do curso de graduação em direito. Indicaremos em seguida o objeto de cada ramo e sua principal fonte legislativa, esclarecendo que, além do texto normativo principal, há muitas leis esparsas para cada ramo do direito.

• *Direito constitucional.* Estabelece os princípios básicos de organização das autoridades do Estado e suas competências, configura as relações do Estado com os particulares, por meio dos direitos e deveres fundamentais e, finalmente, for­ mula os princípios que devem nortear a atuação do Estado na esfera internacio­ nal. No Brasil, fonte principal é a Constituição da República Federativa do Brasil,

|  |  |
| --- | --- |
| DIVISÕES D O ORDENAMENTO JURÍDICO | 2 5 1 |

vigente desde 1988. Cada Estado da Federação possui sua própria Constituição, que regulamenta a organização e o exercício do poder no respectivo território.6

• *Direito administrativo*. Regulamenta a atividade da administração pública, exercida principalmente pelo Poder Executivo. Para tanto, o direito adminis­ trativo fixa os meios e a forma de ação do Estado, seu poder de polícia, as mo­ dalidades de criação e a fiscalização dos atos administrativos, a administração dos bens públicos, o funcionamento dos serviços públicos e o estatuto dos ser­ vidores públicos. Os princípios básicos da administração pública encontram-se na Constituição, existindo muitas leis esparsas e decisões administrativas que regulamentam o funcionamento das autoridades administrativas e o modo de prestação dos serviços públicos.

Entre o direito constitucional e o administrativo desenvolveram-se, no sé­ culo XX, muitos ramos que possuem relativa autonomia e regulamentam deter­ minados setores de atividade do Estado. Temos os seguintes ramos:

* + *Direito eleitoral.* Trata-se das normas que organizam o procedimento deeleição das autoridades do Poder Executivo e Legislativo e sua fiscalização. Fon­ tes: Código Eleitoral de 1965; Lei 9.504, de 1997.
  + *Direito dos partidos políticos.* Regulamenta a criação, o funcionamento,as competências e as formas de fiscalização dos partidos políticos. Fonte: Lei Orgânica dos Partidos Políticos de 1995.
  + *Direito financeiro e tributário*. Regulamenta a receita e a despesa públi­ca, isto é, o modo de criação e recolhimento dos vários tributos e a gestão dos recursos econômicos públicos. Fontes: Lei 4.320, de 1964; Código Tributário Nacional de 1966.
    - *Direito judiciário.* Estabelece as regras de organização e funcionamentodo Poder Judiciário e regulamenta o estatuto dos magistrados, dos integrantes do Ministério Público e dos advogados. Fontes: Lei Orgânica da Magistratura Nacional de 1979; Lei Orgânica Nacional do Ministério Público de 1993; Esta­ tuto da Advocacia de 1994.
    - *Direito ambiental.* Inclui as normas que regulamentam a utilização dosrecursos naturais e tutelam a integridade do meio ambiente natural e cultural. Podemos indicar como uma de suas fontes a Lei 6.938 de 1981.
    - *Direito do consumidor.* Fixa as regras referentes à qualidade e aos preçosdas mercadorias e à responsabilidade do produtor e do fornecedor. Fonte: Códi­ go de Defesa do Consumidor de 1990.

1. **As Constituições estaduais são pouco estudadas nas Universidades, pois se considera, em parte injustificadamente, que suas regras são de menor importância para entender a organização do Estado brasileiro. Seus textos encontram-se reunidos em** [**<http://www.**](http://www) **presidencia.gov.br/legislacao/constituicao>.**

2 5 2 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

O rol dos ramos do direito público que se situam entre o direito consti­ tucional e o administrativo pode ser estendido, incluindo conjuntos de nor­ mas voltadas para a implementação dos vários direitos fundamentais (direito da criança e do adolescente, direito dos deficientes, da imprensa, da radio televisão, das associações etc.) e também para a regulamentação de atividades da adminis­ tração pública (concursos, licitações, subvenções etc.).

* *Direito penal* Define os delitos, que constituem as violações mais gravesdo ordenamento jurídico e estabelece as penas criminais, regulamentando os modos de sua fixação e execução. Fontes: Código Penal de 1940, profundamen­ te reformado em sua parte geral em 1984; Código Penal Militar de 1969; Lei 7.210, de 1984.
* *Direito processual* Disciplina os vários tipos de processos judiciais, esta­belecendo a competência dos tribunais, os tipos de ações e recursos, o fluxo dos processos, os meios de prova e os efeitos das decisões judiciais. Em uma palavra, o direito processual organiza a prestação jurisdicional que deve realizar o Esta­ do, principalmente por intermédio do Poder Judiciário.

O direito processual é estruturado segundo algumas regras básicas, estu­ dadas pela teoria geral do processo, e subdivide-se em direitos processuais es­ pecíficos dos vários ramos do direito. Temos assim: o processo constitucional (fontes: Constituição Federal de 1988, Lei 9.868 de 10.11.1999 e Regimento In­ terno do Supremo Tribunal Federal de 1980); o processo civil (fonte: Código de Processo Civil de 1973) ; o processo trabalhista (fonte: Consolidação das Leis do Trabalho de 1943); o processo penal (fonte: Código de Processo Penal de 1941); o processo penal militar (fonte: Código de Processo Penal Militar de 1969).

• *Direito internacional privado.* Indica as regras para a solução de conflitos entre normas oriundas de diferentes países, principalmente em relação à nacio­ nalidade e à situação familiar, aos direitos patrimoniais e às transações comer­ ciais. Regulamenta também os modos de solução de conflitos de jurisdição, o reconhecimento de sentenças estrangeiras e a aplicação de normas tributárias. Sua principal finalidade é estabelecer o direito nacional que será aplicado em caso de conflito de normas no espaço (Lição 10, 2). Apesar de sua denominação, trata-se de um ramo de direito público interno, já que é constituído de regras que são obrigatórias para todos e oriundas do legislador nacional. Fontè: Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro de 1942.

*3.3* *Direito internacional público (direito público externo)*

O direito internacional público regulamenta os direitos e obrigações dos Estados soberanos em suas relações internacionais, o funcionamento das orga­ nizações internacionais e também as relações entre os Estados e os particulares no âmbito internacional.

|  |  |
| --- | --- |
| DIVISÕES D O ORDENAMENTO JURÍDICO | 2 5 3 |

Suas principais fontes são os tratados assinados por Estados, os costumes internacionais reconhecidos como obrigatórios pela maioria dos Estados e as decisões das organizações internacionais, que geralmente são dirigidas por re­ presentantes de Estados.

Tradicionalmente, o direito internacional público reconhecia como sujei­ tos de direito os Estados. Desde o início do século XX, foram reconhecidos como sujeitos também as organizações internacionais. Após a Segunda Guerra Mundial, a preocupação com a proteção dos direitos humanos levou a propostas no sentido de incluir os indivíduos no rol dos sujeitos de direito internacional. A inclusão dos indivíduos é, hoje, admitida por grande parte dos doutrinadores e da jurisprudência, mesmo se as garantias e as possibilidades de ação dos indi­ víduos no plano internacional permanecem particularmente limitadas.

O direito internacional público compreende normas de alcance limitado, como acontece em caso de acordo entre dois Estados, que vincula só os contra­ tantes. Outras normas são de alcance maior. Isso ocorre no caso das organizações internacionais que possuem dezenas de membros. Temos, assim, as organizações com finalidades econômicas (Fundo Monetário Internacional - FMI; Organização Mundial do Comércio - OMC) e as organizações regionais (Organização dos Es­ tados Americanos - OEA; Organização do Tratado do Atlântico Norte - OTAN).

Existem, finalmente, algumas normas de direito universal. Nessa categoria encontram-se os costumes internacionais, vinculantes para todos,7 os princípios gerais de direito internacional e as normas oriundas da Organização das Nações Unidas (ONU). A ONU é a maior organização do mundo: em 2009 totalizava 192 Estados-membros.

O direito internacional é muito menos desenvolvido do que o direito inter­ no, principalmente porque enfrenta graves problemas de implementação. Mes­ mo se em nossos dias não há mais contestações em relação à validade do direito internacional, sua eficácia é limitada pelo fato de não estar respaldado por um poder político. Além disso, a maioria das normas de direito internacional não é associada a sanções. Assim sendo, sua aplicação depende dos interesses dos Es­ tados nacionais e, principalmente, dos mais poderosos, que aplicam as normas internacionais de forma seletiva, criando-se incessantes conflitos.

No âmbito do direito internacional podemos distinguir áreas temáticas, tais como: direito comercial, econômico, ambiental, penal, humanitário (em

1. **O direito internacional público é o único ramo do direito em que o costume ainda constitui uma das mais importantes fontes de direito. Isso deve-se ao fato de inexistir um legislador internacional, já que os Estados, zelando pela sua soberania, não o ad­ mitem, preferindo os acordos e o denominado *soft law* (Nasser, 2005, p. 54-57, 70-75, 92-93). Exemplos de costume internacional: a proibição da escravidão e do emprego de violência para resolver conflitos entre Estados.**

2 5 4 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

caso de conflitos armados), direito do mar e do espaço, direito das representa­ ções diplomáticas, proteção dos direitos humanos. Esses ramos não apresentam o desenvolvimento dos ramos do direito público interno. Encontram-se, porém, em considerável expansão, multiplicando-se os tratados e as organizações que promovem a implementação das regras internacionais.

A partir da Segunda Guerra Mundial, foi criado no âmbito do direito in­ ternacional público um novo ramo que, progressivamente, ganhou relevância e autonomia. Trata-se do *direito da integração regional.* Aqui encontramos os denominados blocos econômicos, como a União Europeia, a Nafta (Acordo de Livre Comércio da América do Norte) e o Mercado Comum do Sul (Mercosul). O Mercosul foi criado em 1991 com a participação da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai, tendo ingressado, em 2006, a Venezuela. Outros Estados latino-americanos têm o *status* de associados.

O direito da integração regional objetiva criar uma sempre mais estreita união dos países-membros, abolindo, progressivamente, as barreiras e fronteiras econômicas, políticas e culturais que separam esses países. O primeiro passo é a união econômica com a criação de um mercado comum, no qual circulam livre­ mente mercadorias, capitais e trabalhadores sem controles de fronteira, impostos e outras limitações. Em seguida, projeta-se a introdução de uma moeda comum que unifique, no âmbito do bloco, a política de juros e de paridade monetária. Objetivo final é a criação de uma união política nos moldes dos Estados federais.

O direito da integração regional é caracterizado pela *supranacionalidade*, já que sua criação e implementação não dependem exclusivamente da vontade dos Estados nacionais, como ocorre no direito internacional tradicional. Os blocos regionais possuem autoridades legislativas, executivas e judiciárias que podem impor suas regras mesmo contra a vontade dos Estados-membros, mesmo se isso cria novas e complexas antinomias jurídicas entre normas nacionais e in­ ternacionais (Celotto, 2000, p. 227-260).

A União Europeia constitui o exemplo mais avançado de integração re­ gional: a supranacionalidade é muito forte, foi realizada a união econômica, introduziu-se uma moeda comum e, atualmente, estão em discussão propostas para a criação de uma Constituição Europeia no modelo do Estado Federal, apesar das crises e dos retrocessos.

Ao contrário, o Mercosul encontra-se ainda nas primeiras fases de desen­ volvimento, em parte devido às contínuas crises econômicas que enfrentam os países da América Latina.

**4. Características e ramos do direito privado**

O direito privado regulamenta principalmente a situação jurídica e as re­ lações entre particulares (pessoas físicas e pessoas jurídicas de direito privado). Três princípios estruturam o direito privado:

|  |  |
| --- | --- |
| DIVISÕES D O ORDENAMENTO JURÍDICO | 2 5 5 |

* *Igualdade* entre os sujeitos que participam das relações privadas, não ha­vendo relações de superioridade e inferioridade dos participantes nem privilé­ gios de determinados sujeitos.
* Primazia da *liberdade individual*, garantindo-se a autonomia da vontade dos particulares, que podem assumir obrigações e adquirir direitos mediante contratos, cujo conteúdo e sanções são fixados pelos próprios contraentes.
* *Flexibilidade*, pois, em muitos casos, as normas legais são aplicáveis àsrelações jurídicas privadas de forma supletiva, isto é, somente se as partes não decidirem de forma diferente (ius *dispositivum).* Há, porém, muitas normas vin-culantes que restringem a atuação dos particulares.

Estes princípios justificam-se pelo fato de se tratar de relações voltadas para a satisfação de interesses particulares, sendo o acordo da vontade dos en­ volvidos suficiente para configurar a relação. Isso significa que o caráter privado se mostra principalmente nos resultados da aplicação dessas normas, pois ga­ rantem aos indivíduos amplos espaços de liberdade de atuação. Mas o direito privado é de natureza pública em sua origem (normas criadas pelo legislador estatal) e também em sua finalidade, pois, como dissemos, a legislação “priva­ da” limita a liberdade dos particulares.

O direito privado divide-se em vários ramos, que são estudados ao longo do curso de graduação em direito. Indicaremos, em seguida, o objeto de cada ramo e sua principal fonte legislativa:

•*Direito civil.* Regulamenta a capacidade e o estado dos sujeitos de direito, bem como suas relações jurídicas, sobretudo nos aspectos patrimoniais (direi­ to das obrigações, das coisas e das sucessões) e familiares (direito de família e grande parte do direito das sucessões). A fonte principal é o Código Civil, que entrou em vigor em 2003, substituindo o Código de 1917.

O direito civil é a matriz do direito privado e por essa razão denomina-se também de direito privado comum. Com o passar do tempo, criaram-se novos ramos, cujos regulamentos divergem daqueles do direito civil e encontram apli­ cação em determinados setores de atividade dos particulares. Segundo o critério da especialidade, as regras específicas desses ramos derrogam os regulamentos do direito civil. Trata-se principalmente dos seguintes ramos:

•*Direito comercial* ou *direito empresarial.* Disciplina as relações jurídicas no âmbito das atividades empresariais. Ficam assim regulamentados os atos reali­ zados com fins lucrativos, o *status* das pessoas que exercem habitualmente ativi­ dades empresariais com intuito lucrativo (empresários) e as regras de funciona­ mento das empresas. No intuito de se adequar às peculiaridades das atividades empresariais, o direito comercial fixa regras que divergem daquelas do direito privado comum. Principal fonte legislativa é o Código Civil (Parte Especial,

2 5 6 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Livro II, “Do Direito de Empresa”) e a Lei 11.101 de 2005, sobre a recuperação e falência dos empresários e das sociedades empresariais.

•*Direito do trabalho*. Disciplina as relações de trabalho subordinado, regu­ lamentando as condições de trabalho (segurança, higiene, férias), a remunera­ ção dos assalariados e a representação coletiva dos empregados e empregadores. Assim como o direito comercial, o direito do trabalho é um ramo especial em relação ao direito civil, porque visa a oferecer proteção ao trabalhador, que se presume muito mais fraco do que o empregador, sendo, portanto, necessário relativizar os princípios da igualdade e da autonomia das partes vigentes no direito privado.

Doutrinadores idealistas sustentam que o direito do trabalho visa a “im­ possibilitar a exploração do trabalhador” (Gusmão, 2001, p. 196). Na realidade, o direito do trabalho não deseja abolir a exploração da força de trabalho, que, aliás, constitui a base do sistema econômico capitalista. O direito do trabalho só tenta amenizar a exploração humana e evitar suas formas selvagens, que asse­ melham o capitalismo a um sistema escravocrata.

Assim, o direito do trabalho não só protege os trabalhadores, mas também preserva o sistema econômico atual, evitando tensões e conflitos que seriam causados por uma exploração sem limites. Sua principal fonte é a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, constantemente submetida a alterações.

• *Direito agrário.* Trata-se da regulamentação da propriedade, da posse e do uso dos bens rurais e das formas de produção no campo. O direito agrário auto­ nomizou-se progressivamente do direito civil, na tentativa de garantir a função social da propriedade e produção rural, por meio de regras menos “livres” e consensuais do que as regras do direito civil. Isso é decorrência da fragilidade social dos trabalhadores rurais, da extrema relevância social da produção agro­ pecuária e, no caso do Brasil, das fortíssimas desigualdades na distribuição das terras. Fontes legais de particular importância: a Lei 4.504 de 1964 (Estatuto da Terra), a Lei 4.947 de 1966, e a Lei Complementar 76 de 1993.

**5. "Direito misto"?**

Sabemos que a distinção entre o direito público e privado não é rigorosa, já que essas categorias não podem ser definidas de forma plenamente satisfató­ ria. A solução encontrada foi combinar os critérios de definição propostos pela doutrina para poder decidir, mesmo de forma aproximativa, se determinados conjuntos de normas e atos pertencem ao direito público ou ao direito privado (Lição 14, 2).

Mesmo assim, os ordenamentos jurídicos compreendem grupos de normas cuja natureza pública ou privada permanece extremamente controvertida. Em

|  |  |
| --- | --- |
| DIVISÕES D O ORDENAMENTO JURÍDICO | 2 5 7 |

tais casos, os critérios indicados no item 2, desta Lição, encontram-se em uma situação de “empate”, impossibilitando a classificação.

**Isso é devido a quatro tendências de evolução do direito.**

**a. Vi venci amos, desde o início do século XX, uma tendência de "publicização" do direito privado com a contínua e intensa intervenção do Estado, que decidiu impor fortes limitações à atuação dos particulares. Um exemplo expressivo é o direito do consumidor, hoje considerado como predominantemente público, apesar do fato de regulamentar relações jurídicas entre particulares, que anteriormente eram regidas pelo direito privado.**

1. **A partir dos anos 1980 observamos tendências de "privatização" do direito público. No âmbito da crise do Estado social e da adoção de políticas neoliberais que objetivam reduzir as atividades do Estado, deu-se em muitos países a privatização de serviços públicos essenciais e o recuo do Estado que deixou de regulamentar vastos campos da atividade econômica. Dessa forma, muitos serviços públicos são oferecidos por empresas privadas, coexistindo regras e finalidades de direito público e de direito privado. Isso ocorre com as empresas estatais de economia mista, as concessões de serviços públicos oferecidos e administrados por particulares sob a supervisão do Estado (energia elétrica, telecomunicações, radiotelevisão) (Bucci, 2002; Derani, 2002) e também com as "parcerias público-privadas" (Sundfeld, 2005).**
2. **A diminuição do papel do Estado no período neoliberal levou à criação de uma cate­ goria híbrida de sujeitos de direito. Trata-se das organizações não governamentais (ONGs) que são administradas por particulares, mas assumem tarefas de interesse público, atuando como voluntários na preservação ambienta! e na assistência a pessoas necessitadas. A relevância púbiica das atividades do terceiro setor e o fato de ser em grande parte subvencionado pelo Estado, apesar de se tratar formalmente de organizações privadas e independentes do Estado, aumentaram a confusão quanto aos critérios de distinção entre público e privado.8**
3. **Sempre houve ramos do direito cujas características não permitiam distinguir entre interesses públicos e privados. Pensemos no direito de família. Suas normas pertencem ao direito privado e são ensinadas em todas as faculdades no âmbito do direito privado. No entanto, os aspectos básicos das relações familiais são regulamentados de forma impositiva pela Constituição Federal (arts. 226 -230). Mesmo o Código Civil, que é a coluna vertebral do direito privado, regulamenta a maioria dos temas do direito de família de forma impera­ tiva, protegendo interesses da sociedade em geral, com o ocorre com os impedimentos do casamento (art. 1.521) e o reconhecimento da paternidade de filhos menores de idade (arts. 1 .597 -1 .613).**

Diante dessa situação, parte da doutrina vislumbrou a formação de um *terceiro setor* ao lado do direito público e do direito privado. Se um conjuntode normas for marcado pela coexistência de características de direito público e privado, devemos concluir que estamos no setor do “direito misto”.9 Alguns autores denominam esse setor de “direito social”, considerando que sua caracte­ rística preponderante é a regulamentação das relações entre grupos sociais (pro­ dutores e consumidores, trabalhadores e empregadores etc.) e não das relações entre o Estado e os indivíduos.

**8. Leonardis, 1998; Ebberly (org.), 2000; Dimoulis, 2002, p. 48 -52 .**

**9.** **Terré, 2009, p. 99 -100 .**

2 5 8 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

Fariam parte desse setor o direito do trabalho, o direito de família, o direito do consumidor e o direito agrário, que se separaram do direito civil para tutelar, simultaneamente, direitos dos particulares e interesses gerais.

Como constatamos no item 1, desta Lição, os estudiosos do direito devem avaliar a pertinência das categorias de classificação e, se estas se revelarem in­ satisfatórias, não permitindo classificar com clareza todos os elementos, devem ser propostas novas categorias e definições.

Consideramos que a proposta de introdução da categoria do “direito mis­ to” não deve ser aceita por duas razões. Primeiro, os autores que se referem ao direito misto não definem uma nova categoria com novos critérios de classifica­ ção, mas simplesmente usam um termo novo para esconder a impossibilidade - de encontrar uma definição satisfatória. Quando, porém, alguém se parece com homem e com lobo, a solução não é chamá-lo de “lobisomem”. Devemos pes­ quisar o fenômeno e chegar a uma conclusão objetiva!

Segundo, a referência ao direito misto ou social cria a falsa impressão de que as categorias do direito público e privado são, na maioria dos casos, sa­ tisfatórias e a introdução de uma nova categoria resolve os problemas que ex­ cepcionalmente se apresentam. Sabemos, porém, que a distinção entre os dois setores do direito é sempre problemática e “aproximativa”. A impossibilidade de oferecer definições satisfatórias não pode ser suprida pela introdução de uma terceira categoria “mista”.

Diante desse impasse teórico, concluímos que a distinção entre normas de direito público e de direito privado deve ser mantida, porque corresponde a uma tendência fundamental de organização do direito moderno.

Para distinguir os dois setores, aplicam-se, de forma cumulativa e nem sempre satisfatória, os critérios indicados no item 2, desta Lição. Em casos de dificuldade, a solução não está na fuga para novas categorias, nem na busca de classificações perfeitas. A solução está no estudo detalhado das normas jurídicas vigentes e da prática de sua aplicação.

*Para aprofundar o conhecimento*

Ascensão, 2001, p. 345-373; Braun, 2007, p. 151-352; Coelho, 2004, p. 88-107; Ferraz Jr., 2001, p. 130-142; Gusmão, 2001, p. 145-212; Justo, 2003, p. 228-258; Latorre, 1978, p. 207-247; von Münch, 1988, p. 15-22; Neumann, 1980, p. 37-42; Nunes, 2002, p. 120-134; Oliveira, 2006, p. 55-63, 114-125; Ra-dbruch, 1999, p. 37-213; Reale, 2000, p. 341-372; Roubier, 1951, p. 291-316; Se-elander, 2007; Sundfeld, 2006; Terré, 2009, p. 88-103; Troper, 1994, p. 183-198.

**Epílogo**

**CRISES E CRÍTICAS DO DIREITO**

S U M Á R I O : **1. Aspectos da crise do direito: 1.1 Deficiências na aplicação do** **direito; 1.2 Distorções na tutela dos d ireitos-2 . A necessidade da visão crítica.**

Até aqui estudamos conceitos, problemas e teorias jurídicas. O leitor co­ meçou seu passeio pelas salas e os andares da labiríntica fábrica do direito, fami­ liarizando-se com seu ambiente e funcionamento. Podemos agora convidá-lo a fazer aquilo que os alemães chamam “pausa para reflexão” (*Denkpause*).

Isso é necessário porque o esforço para conhecer e aplicar o direito é tão grande que, muitas vezes, quem estuda ou trabalha na área jurídica se perde com os detalhes e deixa de refletir sobre alguns problemas centrais, que podem ser resumidos em uma frase: qual é a função social do direito? Isso obriga a olhar o direito “de fora”, refletindo sobre a sua crise e a necessidade de abordá-~lo de forma crítica.

**1. Aspectos da crise do direito**

O direito promete, como constatamos ao longo de nosso estudo, paz, se­ gurança, bem-estar e justiça. Apesar disso, quase ninguém parece satisfeito com o funcionamento do sistema jurídico. O direito moderno está em crise! Muitos doutrinadores afirmam que o direito atravessa uma gravíssima crise porque não consegue cumprir suas promessas; torna-se caótico, inflacionário, ultrapassa­ do, ineficaz e, frequentemente, injusto. Estaríamos diante de um “declínio do direito”, que não pode mais disciplinar a realidade social ou a regulamenta de forma inadequada (Ripert, 1949; cf. Arnaud, 1991, p. 171-184). Houve mesmo autores que anunciaram “a morte do direito” (Carnelutti, 2004). Outros acon­ selham basear o ensino do direito no estudo da crise de seus institutos (Püschel, 2007-a, p. 22).

Tal diagnóstico pode ser fatal. Um direito impotente perante a realidade social perde sua razão de ser; simplesmente “não serve”. Um direito que não consegue regulamentar as relações sociais de forma que corresponda aos anseios da população não encontra aceitação e perde sua legitimidade. A crise do direito apresenta dois aspectos principais:

2 6 0 M ANUAL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

7. 7 *Deficiências na aplicação do direito*

O ensino universitário do direito é centrado na “teoria”, isto é, no aprendi­ zado do conteúdo das normas em vigor e na discussão de “casos práticos” sim­ plificados. Olhando para a realidade social, percebemos, porém, que as pessoas que procuram os advogados ou os tribunais não querem simplesmente saber se têm juridicamente razão e se um dia sua pretensão será satisfeita. Interessa-lhes saber em quanto tempo e a qual custo será atendido seu pleito e quando será executada a decisão.

Os aspectos práticos obrigam a refletir sobre a morosidade e o alto custo da administração da justiça que atualmente dificulta, quando não inviabiliza, a aplicação do direito. A consequência é que uma parte significativa da população desiste de recorrer ao Judiciário em caso de lesão de seus direitos ou abandona os processos. O quadro agrava-se se pensarmos que o sistema de administração da justiça é também seletivo, já que, na maioria dos casos, somente as pessoas com boas condições financeiras podem dar-se ao “luxo” de esperar vários anos pela resposta dos tribunais, assumindo os altos gastos que comporta um pro­ cesso.

As causas da crise na administração da justiça são múltiplas e vivenciamos muitas tentativas de reforma (Sabadell, 2010, p. 244-255). Aqui interessa que as disfunções na administração da justiça tornam sem efeito muitas normas. O estudante deve ter consciência do problema e não se deixar “levar” pelo aspecto puramente técnico do direito, cometendo o equívoco de considerar que, para fazer justiça, basta a criação de certas normas.

Ao lado da morosidade e do alto custo da justiça, situa-se o problema dos preconceitos e da corrupção de autoridades estatais, cujo resultado é a discrimi­ nação e a parcialidade na aplicação do direito. As notícias sobre tais casos são quase cotidianas e fazem acreditar que a “justiça” é questão de poder social e econômico e não de fiel aplicação do direito em vigor.

Aqui também enfrentamos o problema da seletividade. Pela Constituição todos são iguais em direitos e obrigações, mas, na prática, reina a discriminação e a exclusão que mina a aplicação do direito e a confiança da população em suas “promessas”.

7.2 *Distorções na tutela dos direitos*

Um segundo aspecto da crise do direito encontra-se na implementação seletiva dos mandamentos constitucionais. Constatamos aqui a ausência de normas infraconstitucionais que efetivem todos os direitos sociais garantidos na Constituição Federal, assim como as notórias omissões do Poder Executivo

|  |  |
| --- | --- |
| CRISES E CRÍTICAS D O DIREITO | 2 6 1 |

na implementação desses direitos. Propiciar a todos pleno acesso a hospitais e medicamentos, à educação gratuita, à cultura, oferecer trabalho, segurança, alimentação satisfatória e assistência aos necessitados não é, porém, questão de boa vontade e de opção política dos governantes.1É um mandamento reiterado várias vezes no texto constitucional que permanece em grande parte letra mor­ ta, devido a omissões inescusáveis das autoridades estatais.

Com efeito, ainda há uma grande parcela de brasileiros que sofrem de sub­ nutrição e de múltiplas privações de seus direitos fundamentais. Conforme ava­ liação do “Programa das Nações Unidas pelo Desenvolvimento” em 2010, o Brasil é o *terceiro pior país do mundo em desigualdade social2* E pesquisa do IBGE mostrou que, em 2009, aproximadamente 35% da população brasileira não dis­ punha de quantidade suficiente de alimentos.3

Uma legislação que tutelasse os direitos sociais poderia levar a significati­ vas melhorias da situação das camadas desfavorecidas, que, inclusive, se senti­ riam em condições de exigir a efetiva tutela de seus direitos por intermédio do Judiciário.4

Em paralelo a essa deficiência temos o problema da inflação legislativa e da edição de leis confusas e mal preparadas, que, como constatamos no texto, compromete gravemente a segurança jurídica, desestabilizando os próprios di­ reitos fundamentais.

Além disso, a inflação legislativa pode indicar que o legislador faz um uso puramente simbólico do direito. Cada vez que um problema social passa a ser discutido publicamente, são criadas leis, cujo destino é permanecer sem efeito prático (falta de eficácia). Isso se denomina “direito simbólico”, cuja finalidade

* gerar na opinião pública a sensação de que algo está sendo feito.
  1. **No discurso de posse no dia 01.01.2003, o Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva disse: “A gente vai garantir que todo brasileiro e brasileira possa, todo santo dia, tomar café, almoçar e jantar, porque isso não está escrito no meu programa. Isso está escrito na Constituição brasileira, está escrito na Bíblia e está escrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos”. Fonte:** [**<http://www.radiobras.gov.br/integras/03/in-tegra\_010103\_4.htm>.**](http://www.radiobras.gov.br/integras/03/in-%e2%80%a8tegra_010103_4.htm) **Lamentável que ainda há uma parcela considerável de brasilei­ ros que sofrem de subnutrição e de múltiplas privações de seus direitos fundamentais.**
  2. ***O Estado de São Paulo*, 24-7-2010.**
  3. ***O Estado de São Paulo*, 23-6-2010.**
  4. **Não são raros os casos nos quais as autoridades estatais privam as camadas populares de seus direitos sociais e, em seguida, tentam oprimir as reações populares, violando os de­ mais direitos fundamentais e principalmente o direito à segurança, à integridade corporal e à própria vida dos excluídos. Temos assim um círculo vicioso. Quem protesta pela falta de direitos e políticas sociais acaba sendo caluniado, perseguido, preso e maltratado pelas autoridades estatais, causando, assim, uma dupla vitimização (Sabadell, 2001).**

2 6 2 M A N U A L DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

**2. A necessidade da visão crítica**

O aluno deve ter consciência desses problemas e lembrar sempre que o operador do direito não é um simples técnico. Para cumprir sua missão não é suficiente conhecer o que é descriminante putativa ou prescrição intercorrente, responder sem erro às “1.000 perguntas de direito financeiro”, ter memorizado graças a manuais “simplificados”, “resumos” e “resumões” incontáveis informa­ ções sobre leis e jurisprudência e mesmo ter se aprofundado nos debates sobre problemas técnicos.

Já que o direito surge de opções políticas e sua aplicação influencia as lutas políticas, é necessário superar os limites da dogmática jurídica e desenvolver uma visão ampla e crítica dos problemas jurídicos. Isso pressupõe estudar as relações do direito com a realidade social e preocupar-se com as consequências da aplicação do direito. Dois importantes elementos da visão crítica encontram--se na reflexão sobre a função ideológica e econômica do direito:

• *Função ideológica.* O direito funciona como símbolo, que legitima os detentores do poder, suas opções e decisões (Sabadell, 2010, p. 74, 132-137). Quando dizemos “me explique direito” ou consideramos que uma pessoa é “muito legal”, empregamos, inconscientemente, um vocabulário que associa o direito ao bem e ao correto. Inversamente, chamar alguém de “bandido” não é a simples constatação de que ele violou um artigo do Código Penal. Expressa desprezo e estigmatiza, sugerindo que a pessoa “de bem” só faz aquilo que as leis autorizam (mesmo quando sonega impostos e destrói o meio ambiente para aumentar os lucros: os delitos de “colarinho branco” não “contam” ideologica­ mente como delitos).

O estudioso e o operador do direito não podem se satisfazer com uma ex­ plicação técnica, esquecendo a função ideológica do direito. Devem analisar os interesses a que o direito serve e, ao mesmo tempo, encobre, quando, por exem­ plo, permite aos bancos cobrar juros que se fossem cobrados por uma pessoa física acarretariam sua condenação por crime de usura.

• *Função econômica*. Os interesses econômicos levam à criação e modifica­ ção das normas jurídicas e influenciam de forma decisiva sua aplicação. Em vez de o direito regulamentar a economia, como oficialmente pretende, os interesses econômicos revelam-se como a sua verdadeira matriz. O estudioso do direito deve redimensionar a visão doutrinária. Primeiro, deve entender as finalidades e as formas de intervenção do direito na vida econômica. Segundo, deve analisar os fatores sociais que dão origem ao ordenamento jurídico e influenciam suas decisões. Desde as críticas marxistas ao direito das sociedades capitalistas (Lição 1, 2.16) até a avaliação do direito em termos de custo feita pela “análise eco­ nômica do direito” *(Law and economics*) (Cooter e Ulen, 2010; Salama, 2010) temos tentativas de entender o papel econômico do direito.

|  |  |
| --- | --- |
| CRISES E CRÍTICAS D O DIREITO | 2 6 3 |

Dito de outra forma, a aprendizagem do direito passa necessariamente pela busca de seu sentido econômico. Devemos deixar de nos apresentar como téc­ nicos, como cientistas ou “servidores da justiça”. Em uma sociedade dividida em classes e repleta de violência, devemos ser conscientes do papel do direito, isto é, de nosso próprio papel. Em um momento de autocrítica devemos nos perguntar se não colaboramos na imposição da “lei dos mais fortes” e, por meio disso, na perpetuação das desigualdades e dos círculos de violência que mantêm a exclusão social (e jurídica).

Como advertia o filósofo do direito Gustav Radbruch, “um bom pro­ fissional do direito é somente aquele que exerce a profissão jurídica com *má* *consciência”.5* Isso incomoda, porque lembra que o direito não corresponde aosonho dourado de uma sociedade equilibrada, feliz e justa, como diziam os teó­ ricos do iluminismo jurídico e continuam afirmando muitos juristas.

Ser profissional do direito com má consciência significa ter consciência da realidade social. Por um lado, o operador do direito deve aplicar aquilo que as leis ordenam. Por outro lado, não deve se esquecer da realidade na qual está inserido tanto ele como a própria lei. Radbruch convida o operador do direito a ser lúcido, mesmo se o preço a pagar é perder a falsa inocência e a tranquilidade de espírito. Pelo menos até que o direito e a sociedade mudem...

1. **“Ein guter Jurist kann nur der werden, der mit einem schlechten Gewissen Jurist ist.” Aforismo que repetia, como conselho e advertência para os seus alunos e leitores, o Professor Alessandro Baratta (1933-2002). Cf. Baratta, 1998, p. 145.**

**BIBLIOGRAFIA**

**ABREU FILHO, José. *0 negócio jurídico e* sua *teoria geral.* São Paulo: Saraiva, 1995.**

**AGRA, Walber de Moura. A *reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal* Rio de Janeiro: Forense, 2005.**

**ALDAY, Rafael Escudero. Positivismo *y moral interna dei derecho.* Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2000.**

**ALEXANDER, Larry; KRESS, Kenneth. Contra os princípios jurídicos. In: MARMOR, Andrei (Org.). *Direito e interpretação.* São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 419-492.**

**ALEXY, Robert. Rechtsregeln und Rechtsprinzipien. *Archiv fü r Rechts- und Sozialphilosophie,* Beiheft 25, p. 13-29, 1985.**

**\_\_\_\_\_\_ . *El concepto y la validez del derecho.* Barcelona: Gedisa, 1994.**

**\_\_\_\_\_\_ . *La institucionalización de lajusticia.* Granada: Comares, 2005.**

**\_\_\_\_\_\_ . *Teoria da argumentação jurídica.* São Paulo: Landy, 2001.**

**\_\_\_\_\_\_ . *Theorie der Grundrechte.* Frankfurt: Suhrkamp, 1996.**

**AMSELEK, Paul; GRZEGORCZYK, Christophe (Org.). *Controverses autour de Vontologie du* *droit.* Paris: PUF, 1989.**

**ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica.* Escorço *de sua configuração e identi­* *dade.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.**

**ANJOS Filho, Robério Nunes dos. índios. In: DIMOULIS, Dimitri (Coord, geral). *Dicionário* *brasileiro de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 187-188.**

**ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil* São Paulo: Educ, 1997. AQUINATIS, Sancti Thomae. *Summa theologiae.* Taurini: Marietti, 1952. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco.* Bauru: Edipro, 2002.**

**\_\_\_\_\_\_ . *Política.* Brasília: UnB, 1997.**

**ARNAUD, André-Jean. *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codifica*-*zione ai giomi nostri.* Napoli: Jovene, 1993.**

**\_\_\_\_\_\_ . (Org.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.**

**\_\_\_\_\_\_\_. *O direito traído pela filosofia.* Porto Alegre: Fabris, 1991.**

**ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito. Introdução e teoria geral.* Rio de Janeiro: Renovar,**

**2001**.

**ATIENZA, Manuel. *El sentido dei derecho.* Barcelona: Ariel, 2003.**

**\_\_\_\_\_\_ . *Introducción al derecho.* Barcelona: Barcanova, 1985.**

**\_\_\_\_\_\_ . *Las razones dei derecho.* Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1991.**

**\_\_\_\_\_\_ . *Sobre la analogia en el derecho.* Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico. Madrid: Civitas, 1986.**

2 6 6 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

**ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios.* São Paulo: Malheiros, 2003. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas.* São Paulo: RT, 2003.**

**AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico.* Existência, validade e eficácia. São Pau­ lo: Saraiva, 2002.**

**BACHA, Sérgio Reginaldo. *Constituição Federal: leis complementares e leis ordinárias.* Hierar­ quia? Belo Horizonte: Forum, 2004.**

**BADIOU, Alain. *Ética.* Um ensaio sobre a consciência do mal. Rio de Janeiro: Relume Du-mara, 1995.**

**BALIBAR, Étienne. *La proposition de Végaliberté.* Paris: Les Conférences du Perroquet, 1989. v. 22.**

**BARATTA, Alessandro. El Estado de derecho. Historia del concepto y problemática actual. *Sistema*, n. 17-18, p. 11-23, 1977.**

**\_\_\_\_\_\_ . Das Theater des Rechts und die Dramaturgie des Lebens. Zur Zurechnung von Verantwortlichkeit im Strafprozeß. In: JUNG, Heike (Org.). *Das Recht und die schönen* *Künste. Heinz Müller-Dietz zum 65. Geburtstag.* Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 133-159.**

**\_\_\_\_\_\_ . *Criminologia crítica e crítica do direito penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2002.**

**BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.**

**BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalida*-*de das leis restritivas de direitos fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000.**

**BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1999.**

**\_\_\_\_\_\_ . *O direito constitucional e a efetividade de* suas *normas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000. BECHILLON, Denys de. *Qu’est-ce qu'une règle de droit.* Paris: Odile Jacob, 1997.**

**BECK, Ulrich. *Die Erfindung des Politischen.* Frankfurt: Suhrkamp, 1993.**

**BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. In: SOU­ ZA NETO, Claudio Pereira et al. *Teoria da Constituição.* Ensaios sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 75-150.**

**BERGBOHM, Karl. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen*. Glashütten im Taunus: Auvermann, 1973.**

**BERGEL, Jean-Louis. *Méthodologie juridique.* Paris: PUF, 2001-a.**

**\_\_\_\_\_\_ . *Teoria geral do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2001.**

**BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Linguagem jurídica.* São Paulo: Saraiva, 2001.**

**BIX, Brian. *Law, language and legal determinacy.* Oxford: Clarendon University Press, 1996.**

**BLOCH, Ernst. *Derecho natural y dignidad humana.* Madrid: Aguilar, 1980.**

**BOBBIO, Norberto. *Estado*, governo, *sociedade.* Para uma teoria geral da política. Rio de Ja­ neiro: Paz e Terra, 1987.**

**\_\_\_\_\_\_ . Nouvelles reflexions sur les normes primaires et secondaires. In: PERELMAN, Chaïm (Org.). *La règle de droit.* Bruxelles: Bruylant, 1971. p. 104-122.**

**\_\_\_\_\_\_ . *O positivismo jurídico.* São Paulo: ícone, 1999.**

**\_\_\_\_\_\_ . *Teoria da norma jurídica.* Bauru: Edipro , 2001.**

**\_\_\_\_\_\_ . *Teoria do ordenamento jurídico.* Brasília: UnB, 1991.**

|  |  |
| --- | --- |
| BIBLIOGRAFIA | 2 6 7 |

**BÖCKEN FÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Gesetz und gesetzgebende Gewalt.* Berlin: Duncker & Humblot, 1981.**

**\_\_\_\_\_\_ . *Recht*, *Staat*, *Freiheit.* Frankfurt: Suhrkamp, 1991.**

**BODENHE1MER, Edgar. *Teoria dei derecho.* México: Fondo de Cultura Económica, 1994.**

**BOTTÉRO, Jean. Mésopotamie. Lécriture, la raison et les dieux. Paris: Gallimard, 2002.**

**BRAUN, Johann. Ein/ührung in *die Rechtswissenschaft.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas.* São Paulo: Saraiva,**

**2002.**

**CÁCERES NIETO, Enrique. *Qué es el derecho? Iniciación a una concepción linguística.* Mé­ xico: UNAM, 2000. Disponível em:** [**<http://www.bibli**0**juridica.**0**rg/libr**0**s/l/**5 **i/tc.pdf>.**](http://www.bibli0juridica.0rg/libr0s/l/5i/tc.pdf)

**CALSAMIGLIA, Albert. *Introducción a la ciência jurídica.* Barcelona: Ariel, 1986.**

**CAMPBELL, Tom. *Justice.* New York: St. Martin’s Press, 2001.**

**CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de la ciência jurídica europea.* Madrid: Tecnos, 1996. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito *constitucional e teoria da Constituição.* Coimbra:**

**Almedina, 2002.**

**CARDOSO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei.* São Paulo: RT, 1995.**

**CARNELUTTI, Francesco. A morte do direito. In :\_\_\_\_\_\_ et al. *A morte do direito.* Belo Ho­ rizonte: Líder, 2004.**

**CAROTHERS, Thomas (Org.). *Promoting the rule of law abroad.* Washington D.C.: Carnegie Endownment, 2006.**

**CARRINO, Agostino. Stato e società in Ehrlich e Kelsen. In: CARRINO, Agostino. *Sovranità* *e Costituzione nella arise dello Stato modemo.* Torino: Giappichelli, 1998. p. 205-243.**

**CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica legislativa.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007.**

**CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária.* São Paulo: Max Limonad, 2002.**

**CASTIGNONE, Silvana*.'Introduzione alia filosofia dei diritto.* Roma: Laterza, 2001.**

**CELOTTO, Alfonso. Coerenza deH’ordinamento e soluzione delle antinomie nell’applicazione giurisprudenziale. In: MODUGNO, Franco (Org.). *Appunti per una teoria generale del di­* *ritto.* La teoria dei diritto oggettivo. Torino: Giappichelli, 2000. p. 131-270.**

**CHEVALLIER. Jacques. *HÉtat du droit.* Paris: Montchrestien, 1999.**

**CHIASSONI, Pierluigi. Finzioni giudiziali. Progetto di voce per un vademecum giuridico.**

***Analisi e diritto*, p. 71-94, 2001.**

**\_\_\_\_\_\_ . Lacune nel diritto. Appunti per una tipologia realistica. In: TRIOLO, Lucia. *Prassi* *giuridica e controllo di razionalità.* Torino: Giappichelli, 2001-a. p. 23-71.**

**CHORÃO, Mário Bigotte. *Introdução ao direito.* O conceito do direito. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1.**

**CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* São Paulo: Malheiros, 2005.**

**CLÉRICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit.* Baden-Baden: Nomos, 2001.**

**COELHO, Luiz Fernando. *Aulas de introdução ao direito.* Barueri: Manole, 2004.**

**COMMAILLE, Jacques. Droit et politique. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane (Orgs.).**

***Dictionnaire de la culture juridique.* Paris: Puf-Lamy, 2003. p. 477-481.**

**COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia.* São Paulo: Artmed, 2010.**

2 6 8 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

**CORNU, Gérard. *Linguistique juridique.* Paris: Montchrestien, 2000.**

**CORTESE, Ennio. *La norma giuridica.* Spunti teorici nel diritto comune classico. Milano: Giuffré, 1962.**

**COSTA, Alexandre Araújo. *Introdução ao direito. Uma perspectiva zetética das ciências jurídi­* *cas.* Porto Alegre: Fabris, 2001.**

**COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *Lo Stato di diritto.* Storia, teoria, critica. Milano: Fel-trinelli, 2002.**

**COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula vinculante e reforma do Judiciário.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.**

**CUNHA, Alexandre dos Santos. Pessoa humana, personalidade e capacidade jurídica. In: PÜSCHEL, Flávia Portella (Org.). *Organização das relações privadas.* São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 65-84.**

**CUNHA, Paulo Ferreira da; DIP, Ricardo. *Propedêutica jurídica.* Uma perspectiva jusnatura-lista. Campinas: Millenium, 2001.**

**DANTAS, Aldemiro. A plenitude do ordenamento jurídico. In: LOTUFO, Renan (Org.). *La­* *cunas no ordenamento jurídico.* Barueri: Manole, 2005. p. 1-90.**

**DARTEVELLE, Patrice; DENIS, Philippe; ROBYN, Johannes (Org.). *Blasphèmes et libertés.* Paris: CERF, 1993.**

**D’ALESSIO, Rosalia. Completezza, chiusura e integrazione dell’odinamento giuridico. In: MODUGNO, Franco (Org.). *Appunti per una teoria generale del diritto.* La teoria del di­ ritto oggettivo. Torino: Giappichelli, 2000. p. 273-322.**

**D’ÀURIA, Aníbal, VENIER, Carlos (orgs.). *Derechoy política.* Buenos Aires: La Ley, 2005.**

**DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos.* As *ações do Estado na produção econômi­* *ca.* São Paulo: Max Limonad, 2002.**

**DERRIDA, Jacques. *Força de lei.* O fundamento místico da autoridade. São Paulo: Martins Fontes, 2007.**

**DESCOMBES, Vincent. *Le complément du sujet.* Enquête sur le fait d’agir de soi-même. Paris: Gallimard, 2004.**

**DIMOULIS, Dimitri. Da “política criminal” à política da igualiberdade. *Revista Brasileira de* *Ciências Criminais*, n. 29, p. 209-231, 2000.**

**\_\_\_\_\_\_ . *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive. Rechtsphilosophische, verfassungs- und* *strafrechtliche Problème.* Berlin: Duncker & Humblot, 1996.**

**\_\_\_\_\_\_ . Dogmática dos direitos fundamentais. Conceitos básicos. *Caderno de Comunicações*, v. 5, n. 2, p. 11-30,2001.**

**\_\_\_\_\_\_ . O *caso dos denunciantes invejosos.* Introdução prática às relações entre direito, moral e justiça. São Paulo: RT, 2009.**

**\_\_\_\_\_\_ . Positivismo *jurídico.* Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.**

**\_\_\_\_\_\_ . Sociedade civil, direitos fundamentais e emancipação. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). Verso *e reverso do controle penal.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 37-60.**

**\_\_\_\_\_\_ e LUNARDI, Soraya Gasparetto. O positivismo jurídico diante da principiologia. In DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional.* Su­ peração ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008, p. 179-199.**

|  |  |
| --- | --- |
| BIBLIOGRAFIA | 2 6 9 |

**\_\_\_\_\_\_ e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais.* São Paulo: RT, 2010. DINIZ, Maria Helena. As *lacunas no direito.* São Paulo: Saraiva, 1995.**

**\_\_\_\_\_\_ . *Compêndio de introdução à ciência do direito.* São Paulo: Saraiva, 1998.**

**\_\_\_\_\_\_ . *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 2004.**

**DOUZINAS, Costas; GEAREY, Adam. *Critical jurisprudence. The political philosophy of justi­* *ce.* Oxford: Hart, 2005.**

**DREIER, Ralf. *Recht, Moral*, *Ideologie.* Frankfurt: Suhrkamp, 1981.**

**DUARTE, Clarice Seixas. O direito público subjetivo. História do debate. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita et al. (org.). Direitos humanos, *democracia e república.* São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 229-268.**

**DUMONT, Louis. Essais sur *Vindividualisme. Une perspective anthropologique* sur *Yidéologie* *moderne.* Paris: Seuil, 1991.**

**DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.**

**\_\_\_\_\_\_ . O *império do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1999.**

**EBBERLY, Don (Org.). *The essential civil society reader.* Lahnam: Rowman & Littlefield, 2000.**

**EDELMAN, Bernard. *La personne en danger.* Paris: PUF, 1999.**

**\_\_\_\_\_\_ . Ni *chose ni personne.* Le corps humain en question. Paris: Hermann, 2009.**

**EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito.* Brasília: UnB, 1986.**

**\_\_\_\_\_\_ . Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft (1903). In: \_\_\_\_\_\_ . *Recht und* *Leben.* Berlin: Duncker <Sr Humblot, 1967, p. 179-202.**

**EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law.* Cambridge Mass.: Harvard Uni­ versity Press, 1988.**

**ELMI, Giancarlo Taddei. *Corso di informatica giuridica.* Napoli: Simone, 2010.**

**ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.**

**ESKRIDGE, William et al. *Legislation and statutory interpretation.* New York: Foundation Press, 2006.**

**FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2001.**

**FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas.* São Paulo: RT,**

2001.

**FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale.* Parte generale. Bologna: Zanichelli, 2000**.

**FINNIS, John. Natural law and legal reasoning. In: GEORGE, Robert (Org.). *Natural law* *theory. Contemporary essays.* Oxford: Clarendon Press, 1996. p. 134-157.**

**\_\_\_\_\_\_ . *Natural law and natural rights.* Oxford: Oxford University Press, 1980.**

**FISCHER, William III; HORWITZ, Morton; REED, Thomas (Org.). *American legal realism.* New York: Oxford University Press, 1993.**

**FORSTHOFF, Ernst. *Rechtsstaat im Wandel.* München: Beck, 1976.**

**FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica.* São Paulo: Saraiva, 1999.**

2 7 0 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

**FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. In: \_\_\_\_\_\_ ; STOCO, Rui (Org.). *Leis penais* *especiais e sua interpretação jurisprudential.* São Paulo: RT, 2001. v. 1, p. 1.165-1.358.**

**FRANCISCO, José Carlos. Repristinação. In: DIMOULIS, Dimitri (Coord, geral). *Dicionário* *brasileiro de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 328-329.**

**FRANKENBERG, Günter. *Autorität und Integration.* Frankfurt: Suhrkamp, 2003.**

**FUCHS, Josef. *Lex naturae.* Zur Theologie des Naturrechts. Düsseldorf: Patmos, 1955.**

**GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método.* Traços fundamentais de uma hermenêutica filo­ sófica. Petrópolis: Vozes, 1997.**

**GAIUS. *Instituías do jurisconsulto Gaio.* Trad. J. Cretellajr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2004 (Coleção RT Textos Fundamentais, v. 9).**

**GEORGE, Robert (Org.). *Natural law theory. Contemporary essays.* Oxford: Clarendon Press, 1996.**

**GEWIRTH, Alan. Are there any absolute rights? In: WALDRON, Jeremy (Org.). *Theories of* *rights.* Oxford: Oxford University Press, 1984. p. 91-109.**

**GIANFORMAGGIO, Letizia. Diritto e ragione tra essere e dover essere. In :\_\_\_\_\_\_ . (Org.).**

***Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli.* Torino: Giappichelli, 1993. p.**

**25-48.**

**\_\_\_\_\_\_ . Silogismo jurídico. In: ARNAUD, André-Jean (Org.). *Dicionário enciclopédico de te­* *oria e de sociologia do direito.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 721-723.**

**GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.**

**GIULIANI, Alessandro. Prova in generale - Filosofia del diritto. *Enciclopédia del diritto.* Mi­ lano: Giuffrè, 1988. v. 37, p. 518-579.**

**GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato.* São Paulo: Saraiva, 2009.**

**GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade. O* *direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA.* Rio de Janeiro:**

**Renovar, 2001.**

**GOODRICH, Peter. *Legal discourse. Studies* in linguistics, *rhetoric, and legal analysis.* London: Macmillan, 1987.**

**GOYARD-FABRE, Simone. Os *fundamentos da ordem jurídica.* São Paulo: Martins Fontes, 2002**.

**GRAU, Eros Roberto. O *direito posto e o direito pressuposto.* São Paulo: Malheiros, 2000. GREIFF, Pablo de; GREIFF, Gustavo de (Org.). *Moralidad, legalidady drogas.* México: Fondo**

**de Cultura Económica, 2000.**

**GRIMM, Dieter. Constituição e *política.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006.**

**\_\_\_\_\_\_ . Recht und Politik. Juristische Schulung, n. 8, p. 501-510, 1969.**

**GUASTINI, Ricardo. Disposizione vs. norma. *Studi in memoria de Giovanni Tarello.* Milano: Giuffrè, 1990. v. 2, p. 235-251.**

**GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica.* São Paulo: Saraiva, 2001.**

**\_\_\_\_\_\_ . *Teoria política do direito. Uma introdução política ao direito.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000**.

**GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito.* Rio de Janeiro: Forense, 2001.**

|  |  |
| --- | --- |
| BIBLIOGRAFIA | 2 7 1 |

**HART, Herbert Lionel Adolphus. *Essays in jurisprudence and philosophy.* Oxford: Clarendon Press, 2001.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *O conceito de direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.**

**HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito.* São Paulo: Martins Fon ­ tes, 1997.**

**HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005 .**

**HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.* São Paulo: ícone, 2000.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *Leviathan.* Oxford: Oxford University Press, 1998.**

**HOERSTER, Norbert. En *defensa dei positivismo jurídico.* Barcelona: Gedisa, 1992.**

**H ÖFFE, O tfried. *Justiça política. Fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado.***

**Petrópolis: Vozes, 1991.**

**ITYASO, María Elósegui. Las *acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales* *entre mujeresy hombres.* Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2003.**

**JACKSON, Bernard. *Semiotics and legal theory.* London: Routledge, 1987. JESTAZ, Philippe. *Le droit.* Paris: Dalloz, 2002.**

**JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito.* Campinas: Bookseller, 2002. v. 1.**

**JUSTO, António dos Santos. *Introdução ao estudo do direito.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003.**

**KANT, Immanuel. A *metafísica dos costumes.* Bauru: Edipro, 2003.**

**KELSEN, Hans. *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 2001.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *Teoria geral das normas.* Porto Alegre: Fabris, 1986.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *Teoria pura do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.**

**\_\_\_\_\_\_\_ ; EHRLICH,** **Eugen.** ***Rechtssoziologie*** ***und*** ***Rechtswissenschaft.* Eine** **Kontroverse**

**(1915/17). Baden-Baden: Nomos, 2003.**

**KOCH, Hans-Joachim. Einleitung: über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht. I n :\_\_\_\_\_\_\_ . (Org.). *Seminar. Die juristische Methode im Staatsrecht.* Frankfurt: Suhrkamp, 1977. p. 15-157.**

**KOHLER, Josef. *Einführung in die Rechtswissenschaft.* Leipzig: Deichert, 1919. KOLLER, Peter. *Theorie des Rechts. Eine Einführung.* Wien: Böhlau, 1997.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . (Org.). *Gerechtigkeit im politischen Diskurs der Gegenwart.* Wien:Passagen Verlag,**

2001.

**KRIELE, Martin. *Kriterien der Gerechtigkeit.* Berlin: Duncker & Humblot, 1963.**

**LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.**

**LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito.* Coimbra: Almedina, 1978.**

**LA TORRE, Massimo. *Disavventure del diritto soggettivo.* Una vicenda teorica. Milano: Giu-ffrè, 1996.**

**LEGENDRE, Pierre. *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le Père.* Paris: Flammarion, 2000. LE GOFF, Jacques. Os *intelectuais na Idade Média.* São Paulo: Brasiliense, 1995.**

**LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais.* Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Método, 2008.**

2 7 2 M ANUAL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

**LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira.* Rio dejanei-ro: Forense, 2007.**

**LEONARDIS, Ota de. In un *diverso welfare.* Sogni e incubi. Milano: Feltrinelli, 1998. LÉVY-BRUHL, Henri. *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique.* Paris: PUF, 1964.**

**LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e regras. *Revis­* *ta de Informação Legislativa*, n. 160, p. 49 -64, 2003.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *O direito na história.* Lições introdutórias. São Paulo: Atlas, 2008.**

**LUHMANN, Niklas. *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechts­* *theorie.* Frankfurt: Suhrkamp, 1999.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . Das *Recht der Gesellschaft.* Frankfurt: Suhrkamp, 1997.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *Sociologia do direito I.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.**

**LUNARD1, Soraya Gasparetto. Mitos e ideologias constitucionais. Reflexões sobre a “neutra­ lidade” do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 6, p. 585 -600, 2005.**

**\_\_\_\_\_\_\_ ; e DIMOULIS, Dimitri. A verdade e a justiça constituem finalidades do processo judicial? *Seqüência*, n. 55, p. 175 -194, 2007.**

**\_\_\_\_\_\_\_ ; e DIMOULIS, Dimitri. Efeito transcendente, mutação constitucional e reconfigura­ ção do controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitu­* *cionais,* n. 5, p. 217 -238, 2008.**

**LUNO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de derechoy Constitución.* Madrid: Tecnos, 1999.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *La seguridad jurídica.* Barcelona: Ariel, 1994.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *Teoria dei derecho.* Una concepción de la experiencia jurídica. Madrid: Tecnos, 1997.**

**MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador.* Coimbra: Almedi-na, 1997.**

**MACHADO, Hugo de Brito. *Introdução ao estudo do direito.* São Paulo: Atlas, 2004.**

**MALAMUD-GOTI, Jaime. Entre la vigilancia y la privacidad: dei castigo de la tenencia de drogas para consumo personal. In: GREIFF, Pablo de; GREIFF, Gustavo de (Org.). *Mo-ralidad, legalidady drogas.* México: Fondo de Cultura Económica, 2000.**p.**243 -260 .**

**MANCEBO, Rafael Chagas. *A função social do contrato.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.**

**MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.* São Paulo: RT, 2001.**

**MANESSIS, Aristovoulos. *Direito constitucional I.* Tessaloniki: Sakkoulas, 1980 (em idioma grego).**

**MARMOR, Andrei (Org.). *Direito e interpretação.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.**

**MARQUES, Claudia Lima. Artigo 27. In: MARQUES, Claudia Lima et al. *Comentários ao* *Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: RT, 2006, p. 430 -439 .**

**\_\_\_\_\_\_\_ . Contratos no *Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: RT, 2005.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antônio Her man et al. *Manual de direito do con­* *sumidor.* São Paulo: RT, 2007, p. 87 -97.**

**MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério do controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. *Cadernos* *de Direito*, v. 3, n. 5, p. 15 -45, 2003.**

|  |  |
| --- | --- |
| BIBLIOGRAFIA | 2 7 3 |

**\_\_\_\_\_\_\_ . Da distinção entre regras e princípios e seus problemas epistemológicos, metodoló­ gicos e teórico-jurídicos. In: LEITE, George Salomão (Org.). Dos *princípios constitucio­* *nais.* São Paulo: Método, 2008, p. 327 -350 .**

**MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O ordenamento jurídico brasileiro. In: Editora Sa­ raiva (Org.). *Regras de elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.* São Paulo: Saraiva, 2000 . p. XIII-XXV**

**MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manifest der kommunistischen Partei. *Marx-Engels-Werke.* Berlin: Dietz Verlag, 1978. v. 4, p. 461 -493 .**

**MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito.* São Paulo: Quartier Latin, 2007.**

**MASTRONARDI, Philippe. Juristisches *Denken.* Bern: Paul Haupt, 2001 .**

**MATHIEU-IZORCHE, Marie-Laure. Le *raisonnement juridique.* Paris: PUF, 2001.**

**MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Direito. Perguntas e respostas. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . O *estoicismo imperial como momento da ideia de justiça.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.**

**MAUS, Ingeborg. Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts. *Rechtstheorie,* *v.* 20, n. 2, p. 191 -210, 1989.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . Plädoyer für eine rechtsgebietsspezifische Methodologie oder: wider den Imperialis­ mus in der juristischen Methodologie. *Kritische Vierteljahresschrift fixr Gesetzgebung und* *Rechtswissenschaft,* v. 74, n. 2, p. 107 -122, 1991.**

**MAZZILLI, Hugo Nigro. A *defesa dos interesses difusos em juízo.* São Paulo: Saraiva, 2002. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional.* São Paulo:**

**Malheiros, 2000.**

**MELLO, Marcos Bemardes de. *Teoria do fato jurídico.* Plano da eficácia. São Paulo: Saraiva, 2003-a.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *Teoria do fato jurídico.* Plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2003 .**

**MENDONÇA, Jacy de Souza. *Introdução ao estudo do direito.* São Paulo: Saraiva, 2002.**

**MIAILLE, Michel. Le sujet du droit. De la pluralité à la plurialité? In: ROBATEL, Natalie (Org.). *Le citoyenfou.* Paris: PUF, 1991. p. 105-137.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *Introdução crítica ao direito.* Lisboa: Estampa, 1994.**

**MODUGNO, Franco (Org.). *Appunti delle lezioni sullefonti dei diritto.* Torino: Giappichelli,**

**2002**.

**\_\_\_\_\_\_\_ . *Appunti per una teoria generale dei diritto.* La teoria dei diritto oggettivo. Torino: Giappichelli, 2000.**

**MOND ARDO, Dilsa. 20 anos rebeldes. O direito à luz da proposta filosófico-política de L. A. Warat. Florianópolis: Diploma, 2000.**

**MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito.* São Paulo: RT, 1999.**

**MOOR, Pierre. *Pour une théorie micropolitique du droit.* Paris: PUF; 2005.**

**MOORE, Benoit. De l’acte et du fait juridique ou d’un critère de distinction incertain. *Revue* *juridique Thémis*, n. 31, p. 277 -313, 1997.**

**MORESO, José Juan e VILAJOSANA, Josep Maria. *Introducción a la teoria dei derecho.* Ma­ drid: Marcial Pons, 2004.**

2 7 4 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

**MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito.* Dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.**

**MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik.* Berlin: Duncker & Humblot, 1997.**

**MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. Die Geburt des Subjekts aus dem Gest des Rechts. Z., n. 18, p. 65 -79, 1994.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . Gesetz ist Gesetz. Anmerkungen zu einer Theorie der juridischen Anrufung. In: BÖKE, H enning;; REINFELDT, Sebastian (Org.). *Denk-Prozesse nach Althusser.***

**Hamburg: Argument, 1994-a. p. 182 -205.**

**MÜNCH, Ingo von. Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Re­ chtsstaat. In ERICHSEN, Hans-Uwe; MARTENS, Wolfgang (Orgs.). *Allgemeines Verwal­* *tungsrecht.* Berlin: de Gruyter, 1988, p. 1-62.**

**NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2001. NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional.* São Paulo: Atlas, 2005. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito***

***privado.* São Paulo: RT, 2008.**

**NEUMANN, Franz. *Die Herrschaft des Gesetzes.* Frankfurt: Surhkamp, 1980. NEVES, Marcelo. A *constitucionalização simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2007. NINO, Carlos Santiago. *Introducción ai análisis dei derecho.* Barcelona: Ariel, 1983.**

**NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Manual de introdução ao estudo do direito.* São Paulo: Saraiva,**

**2002**.

**OLIVEIRA, Leoni Lopes de. *Introdução ao direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.**

**OST, François. Ciência do direito. In: ARNAUD, André-Jean (Org.). *Dicionário enciclopédico* *de teoria e de sociologia do direito.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 91 -96 .**

**PAINE, Thomas. *Common sense.* Mineola: Dover, 1997.**

**PASUKANIS, Eugeny. A *teoria geral do direito e o marxismo.* Rio de Janeiro: Renovar, 1989. PAWLOWSKI, Hans-Martin. *Methodenlehre für Juristen.* Theorie der Norm und des Gesetzes.**

**Heidelberg: Müller, 1999.**

**PERELMAN, Chaim (Org.). *Les antinomies en droit.* Bruxelles: Bruylant, 1965.**

**\_\_\_\_\_\_\_ ; FORIERS, Paul (Org.). *Lapreuve en droit.* Bruxelles: Bruylant, 1981.**

**\_\_\_\_\_\_\_ ; FORIERS, Paul (Org.). *Les presomptions et les fictions en droit.* Bruxelles: Bruylant, 1974.**

**PETTORUTI, Carlos Enrique; SCATOLINI, Julio César. *Elementos de introducción al derecho.***

**Buenos Aires: La Ley, 2005 .**

**PLATÃO. *As leis, ou da legislação e* epinomis. Bauru: Edipro, 1999.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . A *república.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.**

**PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Discurso *preliminar, Código Civil francês.* Buenos Aires: La Ley, 2004.**

**POSNER, Richard. *The problematics of moral and legal theory.* Cambridge: Harvard Univer­ sity Press, 2002.**

**PRADO, Viviane Müller. Pessoa jurídica, separação patrimonial e estrutura organizacio­ nal. In: PÜSCHEL, Flávia Portella (Org.). *Organização das relações privadas.* São Paulo: Quartier Latin, 2007,** p. **151 -163.**

|  |  |
| --- | --- |
| BIBLIOGRAFIA | 2 7 5 |

**PREUSS, Ulrich K. *Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des sub­***

***jektiven Rechts.* Frankfurt: Suhrkamp, 1979.**

**PUCEIRO, Enrique Zuleta. *Interpretación de la ley.* Buenos Aires: La Ley, 2003.**

**PUFENDORF, Samuel. *On the duty of man and citizen according to natural law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.**

**PÜSCHEL, Flávia Portella. Apresentação, ln: PÜSCHEL, Flávia Portella (Org.). *Organização* *das relações privadas.* São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 21 -45 .**

**PÜSCHEL, Flávia Portella (Org.). *Organização das relações privadas.* São Paulo: Quartier Latin, 2007.**

**RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. *Süddeutsche Juris­* *tenzeitung,* v. 1, p. 105 -108, 1946.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *Introdução à ciência do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1999.**

**RAWLS, John. *Uma teoria da justiça.* São Paulo: Martins Fontes, 1999.**

**RAZ, Joseph. The rule of law and its virtue. In: RAZ, Joseph. *The authority of law.* Oxford: Oxford University Pres, 1979, p. 210 -229 .**

**REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* São Paulo: Saraiva, 2000 .**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *Teoria tridimensional do direito.* São Paulo: Saraiva, 1994. RIGAUX, François. *A lei dos juizes.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.**

**RIPERT, Georges. *Le déclin du droit.* Études sur la législation contemporaine. Paris: LGDJ, 1949.**

**RODRIGUES, Silvio. *Direito civil:* parte geral. São Paulo: Saraiva, 1996.**

**ROMEO, Francisco. *Analogia.* Per un concetto relazionale di verità nel diritto. Padova: Mi-lani, 1990.**

**ROSS, Alf. *Direito e justiça.* Bauru: Edipro, 2000.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *Lógica de las normas.* Madrid: Tecnos, 1971.**

**ROSENFELD, Michel. *Just interpretations.* Berkeley: University of California Press, 1998.**

**ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito. A* perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: RT, 2005.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *Princípios constitucionais.* Porto Alegre: Fabris, 1999.**

**ROUBIER, Paul. *Theorie génerale du droit.* Paris: Recueil Sirey, 1951.**

**ROULAND, Norbert. *Introduction historique au droit.* Paris: PUF, 1998.**

**ROUSSEAU, Jean-Jacques. O *contrato social.* São Paulo: Martins Fontes, 2001.**

**ROYA, Javier Perez. *Lasfuentes del derecho.* Madrid: Tecnos, 1991.**

**RUFINO, Salvador Rus; MEABE, Joaquin. *Justicia, derecho y fuerza.* El pensamento de Trasi-maco acerca de la ley y la justicia y su función en la teoria del derecho. Madrid: Tecnos,**

2001.

**RÜTHERS, Bernd. *Rechtstheorie.* München: Beck, 1999.**

**RYFFEL, Hans. Recht und Politik. *Zeitschrift für schweitzerisches Recht, v.* 91, p. 459 -480, 1972.**

**SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica.* Introdução a uma leitura externa do direito. São Paulo: RT, 2010 .**

2 7 6 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

**\_\_\_\_\_\_\_ . Mecanismos de dupla violação dos direitos humanos no caso dos conflitos de pro­ priedade rural no Brasil dos anos 90. Conferência no Seminário Internacional O *impacto***

***da globalização sobre os direitos e as instituições nacionais de controle e da justiça,* Rio de**

**Janeiro, 24 .08 .2001 .**

**\_\_\_\_\_\_\_ . Problemas metodológicos na história do controle social: o exemplo da tortura. *Re­* *vista Brasileira de Ciências Criminais,* n. 39, p. 265 -288, 2002.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . Reflexões sobre a metodologia na história do direito. *Cadernos de Direito, v.* 2, n. 4, p. 25 -39, 2003.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *Tormenta juris permissione.* Rio de Janeiro: Revan, 2006.**

**\_\_\_\_\_\_\_ ; e DIMOULIS, Dimitri. Tribunal penal internacional e direitos fundamentais.Proble­ mas de constitucionalidade. *Cadernos de Direito,* v. 3, n. 5, p. 241 -259, 2003.**

**SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado.* São Paulo: RT, 2001.**

**SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). *Direito e economia.* Textos escolhidos. São Paulo: Saraiva,**

2010.

**SANCHÍS, Luis Prieto. *Apuntes de teoria dei derecho.* Madrid: Trotta, 2005. SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004.**

**SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil* São Paulo: Saraiva, 2002. v. *2.***

**SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Ad­ vogado, 2009.**

**\_\_\_\_\_\_\_ ; LEITE, George Salomão (orgs.). *Direitos fundamentais ebiotecnologia.* São Paulo: Método, 2008.**

**SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal* Rio de Janeiro: Lu­ men Juris, 2002.**

**SAV1GNY, Friedrich Karl von. Los fundamentos de la ciência jurídica, ln: KANTOROW1CZ; K1RCHMANN;\_\_\_\_\_\_\_ ; ZITTELMANN. *La ciência dei derecho.* Buenos Aires: Losada, 1949. p. 27 -246 .**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciência dei derecho.* Buenos Aires: Heliasta, 1977.**

**SCHAUER, Frederik. *Thinking like a lawyer. A* new introduction to legal reasoning. Cam­ bridge: Harvard University Press; 2009.**

**SCHL1NK, Bernhard. *Vergangenheitsschuld und gegenwärtiges Rechts.* Frankfurt/M.: Suhrkamp, 2002 .**

**SCHMITT, Carl. O *conceito do político.* Petrópolis: Vozes, 1992.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *Teoria de la Constitución.* Madrid: Alianza, 2001.**

**SCHRÖDER, Jan. *Recht als Wissenschaft. Gechichte der juristischen Methode vom Humanismus* *bis zur historischen Schule.* München: Beck, 2001.**

**SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. O contexto o texto. Notas introdutórias à história do direito público na idade moderna. *Seqüência,* n. 55, p. 253 -286, 2007.**

**SGARB1, Adrian. “Revogação”. Uma abordagem pragmática. *Direito*, *Estado e Sociedade,* n. 29, p. 14-27, 2006.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *Teoria do direito.* Primeiras lições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.**

**SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *RT, v.* 798, p. 23 -49, 2002 .**

|  |  |
| --- | --- |
| BIBLIOGRAFIA | 2 7 7 |

**SIMON, Dieter. Jurisprudenz und Wissenschaft. *Rechtshistorisches Journal*, n. 7, p. 141 -156, 1988.**

**SOARES, Fabiana de Menezes. *Teoria da legislação.* Formação e conhecimento da lei na idade tecnológica. Porto Alegre: Fabris, 2004 .**

**SOBOTA, Katharina. Das *Prinzip Rechtsstaat. Verfassungs-und verwaltungsrechtliche Aspekte.***

**Tübingen: Mohr, 1997.**

**SÓFOCLES. *Antigona.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.**

**SPINOZA, Benedictus de. *Tratado político.* São Paulo: ícone, 1994.**

**STAMMLER, Rudolf. *Die Lehre von dem richtigen Rechte.* Berlin: Guttentag, 1902.**

**STEINMETZ, Wilson Antonio. Colisão *de direitos fundamentais e princípio da proporcionalida­* *de.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001 .**

**STERNBERG, Theodor. Ein/ührung in *die Rechtswissenschaft.* Leipzig: Göschen, 1912.**

**STRECK, Lenio Luiz. Súmulas *no direito brasileiro. Eficácia, poder e função.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.**

**STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem.* Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.**

**SUEUR, Jean-Jacques. *Une introduction à la théorie du droit.* Paris: LHarmattan, 2001. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público.* São Paulo: Malheiros, 2006.**

**\_\_\_\_\_\_\_ (Org.). *Parcerias público-privadas.* São Paulo: Malheiros, 2005.**

**TAMANAHA, Brian. A *general jurisprudence of law and society.* Oxford: Oxford University Press, 2001.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *On the rule of law.* History, politics, theory. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.**

**TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. Lenguaje del derecho y demiurgia jurídica. *Crítica Jurí­* *dica,* n. 13,p.195 -225, 1993.**

**TAMMELO, Ilmar. *Theorie der Gerechtigkeit.* Freiburg: Alber, 1977. TARELLO, Giovanni. *Vinterpretazione della legge.* Milano: Giuffrè, 1980.**

**TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2006.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *Fronteiras da hermenêutica constitucional.* São Paulo: Método, 2006-a.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *Nova lei da súmula vinculante.* São Paulo: Método, 2009.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . Teoria *da justiça constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2005.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *Tratado da argüição de preceito fundamental.* São Paulo: Saraiva, 2001. TERRÉ, François. *Introduction générale au droit.* Paris: Dalloz, 2009. TROPER, Michel. *La théorie du droit, le droit, VÉtat.* Paris: PUF, 2001.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . Norma (em teoria do direito). In: ARNAUD, André-Jean (Org.). *Dicionário enci­* *clopédico de teoria e de sociologia do direito.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 530 -531 .**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *Philosophie du droit.* Paris: PUF, 2003.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . Pour une théorie juridique de PEtat. Paris: PUF, 1994.**

**TROTHA, Trutz von. Was ist Recht? Von der gewalttätigen Selbsthilfe zur staatlichen Recht­ sordnung. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, v. 21, n. 2, p. 327 -354, 2000.**

**UNGER, Roberto Mangabeira. *The critical legal studies movement.* Cambridge: Harvard Uni­ versity Press, 1986.**

2 7 8 M AN U AL DE INTRO DU ÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

**VÁSQUEZ, Rodolfo (Org.). *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporâneo.* Barce­ lona: Gedisa, 1998.**

**VAZ, Anderson Rosa. *Introdução ao direito.* Juruá: Curitiba. 2007. VENOSA, Silvio. *Introdução ao estudo do direito.* São Paulo: Atlas, 2004. VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto costituzionale.* Padova: Cedam, 2001. VERNENGO, Roberto. *La interpretación jurídica.* México: UNAM, 1977.**

**VESTING, Thomas. *Rechtstheorie.* Beck: München, 2007.**

**VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de direito. In: SARMENTO, Daniel et al. (Orgs.). *Igualdade, diferença e direitos humanos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 191-218.**

**\_\_\_\_\_\_\_ . *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência política.* São Paulo: RT, 1994.**

**VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOUL1S, Dimitri (orgs.). *Estado de direito e o desafio do desenvol­* *vimento.* São Paulo: Saraiva, 2011 (no prelo).**

**V1LANOVA, Lourival. Política e direito: relação normativa. I n :\_\_\_\_\_\_\_ . *Estudos jurídicos e* *filosóficos.* São Paulo: Ibet, 2003, p. 367 -375 .**

**VILLA, Vittorio. *II positivismo giuridico.* Metodi, teorie e giudizi di valore. Torino: Giappi-chelli, 2004.**

**V1LLEY, Michel. *Le droit et les droits de Vhomme.* Paris: PUF, 1998.**

**VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria er-meneutica dei diritto.* Bari: Laterza, 2001 .**

**\_\_\_\_\_\_\_ . Le ragioni dei diritto. Bologna: II Mulino, 2003.**

**VLASTOS, Gregory. Justice and Equality. In: WALDRON, Jeremy (Org.). *Theories of rights.* Oxford: Oxford University Press, 1984. p. 41 -76 .**

**VOIGT, Rüdiger (org). *Recht als Institution der Politik.* Opladen: Westdeutscher Verlag, 1989. VOLD, George; BERNARD, Thomas; SNIPES, Jeffrey. *Theoretical criminology.* New York:**

**Oxford University Press, 2002 .**

**WACKS, Raymond. *Understanding jurisprudence.* An introduction to legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2005.**

**WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. O *direito e sua linguagem.* Porto Alegre: Fa­ bris, 1995.**

**WEINBERGER, Ota. *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Ausei­* *nandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen.* Berlin: Duncker & Humblot, 1981.**

**W ELZEL, Hans. Diritto *naturale e giustizia materiale.* Milano: Giuffrè, 1965.**

**WESEL, Uwe. *Juristische Weltkunde. Eine Einführung in das Recht.* Frankfurt: Suhrkamp, 1993.**

**WESTEN, Peter. The empty idea of equality. *Harvard Law* Review, v. 95, n. 3, p. 537 -596, 1982.**

**WIETHÖLTER, Rudolf. *Rechtswissenschaft.* Frankfurt/M .: Fischer, 1968.**

**WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico.* São Paulo: Saraiva,**

2001.

**WR1GHTSMAN, Lawrence; FULERO, Solomon. *Forensic Psychology.* Belmont: Wadsworth,**

**2004.**

***SITES* DA INTERNET**

**Indicamos os endereços de alguns sites que são particularmente úteis para as pesquisas do estudante de direito.**

**X.** ***Pesquisa geral***

[**http://www.google.com**](http://www.google.com) **http ://www. findlaw. com**

1. ***Legislação brasileira***

[**http://www.senado.gov.br/legisla.htm**](http://www.senado.gov.br/legisla.htm)

[**http://www.presidencia.gov.br/legislacao**](http://www.presidencia.gov.br/legislacao)

**3.** ***Doutrina e jurisprudência brasileira***

[**http://conjur.com .br**](http://conjur.com.br) **http ://www. s tf.j us. br** [**http://jus.uol.com .br**](http://jus.uol.com.br)

**4. *Legislação*, *doutrina e jurisprudência estrangeira***

[**http://www.loc.gov/law/guide/nations.html**](http://www.loc.gov/law/guide/nations.html) **(sites jurídicos ordenados por país)** [**http://jurist.law.pitt.edu**](http://jurist.law.pitt.edu) **(Estados Unidos)**

[**http://supct.law.cornell.edu**](http://supct.law.cornell.edu) **(Estados Unidos)** [**http://www.al-islam.org/laws**](http://www.al-islam.org/laws) **(direito muçulmano)**

[**http://www.servat.unibe.ch/icl/**](http://www.servat.unibe.ch/icl/) **(Constituições de mais de 100 países)**

**5. Bases *de dados para pesquisas bibliográficas (sites sem finalidade comercial)***

[**http://biblioteca.senado.gov.br:8991**](http://biblioteca.senado.gov.br:8991)

[**http://bibliotecas~cruesp.usp.br/unibibliweb**](http://bibliotecas~cruesp.usp.br/unibibliweb)

[**http://catalog.loc.gov**](http://catalog.loc.gov)

[**http://www.ubka.uni-karlsruhe.de/kvk\_span.html**](http://www.ubka.uni-karlsruhe.de/kvk_span.html)

**GLOSSÁRIO DE**

**CINQUENTA TERMOS BÁSICOS**

***Ação* (no direito processual). Direito subjetivo de invocar a tutela jurisdicional para defenderinteresses próprios ou gerais.**

***Analogia.* Procedimento interpretativo que objetiva suprir as omissões da lei, aplicando nocaso concreto normas que regulamentam casos semelhantes. Fundamenta-se no princí­ pio da identidade da razão jurídica *(ubi eadem ratio, ibi idemjus*).**

**Antinomia. Conflito entre duas ou mais normas jurídicas que fazem parte do mesmo ordena­ mento jurídico, são aplicáveis ao mesmo tempo e no mesmo caso e revelam-se incom ­ patíveis entre si. A antinomia se resolve pela aplicação de critérios de prevalência, por exemplo, preferindo a aplicação da norma hierarquicamente superior.**

***Anulabilidade.* Qualidade de ato jurídico que apresenta vícios de menor gravidade, sendodeclarado inválido por decisão judicial ou administrativa.**

***Ato jurídico.* Fato jurídico baseado na manifestação de uma conduta humana.**

***Capacidade.* 1. Capacidade de direito (ou de gozo). Aptidão juridicamente reconhecida deser titular de direitos e sujeito a obrigações. A capacidade de direito é atribuída a todos os sujeitos de direito.**

**2. Capacidade de exercício (ou de fato). Possibilidade de adquirir direitos e assumir obrigações por si. A capacidade de exercício é atribuída a quem satisfaz determinados requisitos (idade mínima, saúde mental).**

***Cidadania.* 1. (sentido formal). Qualidade de quem exerce os direitos políticos em determi­nado país ou região. A cidadania depende de condições como a nacionalidade, a idade e a idoneidade.**

**2. (sentido material). Qualidade de quem possui a capacidade real de participar na vida política e social, podendo influenciar as decisões políticas e usufruir efetivamente de seus direitos fundamentais. O contrário é a exclusão e a marginalização.**

***Código.* Conjunto de dispositivos que regulamentam determinado ramo do direito e são apre­sentados de forma ordenada e sistemática. O Código é elaborado por juristas e constitui obra única. Distingue-se da *Consolidação de Leis* que reúne e harmoniza a legislação já em vigor em determinado ramo do direito. As disposições legais que não fazem parte dos Códigos ou das Consolidações de Leis constituem a *legislação esparsa* ou *extravagante*.**

***Competência.* Possibilidade e dever de determinados sujeitos, principalmente de autoridadesestatais, de editar um regulamento ou resolver um conflito. A competência deve estar fundamentada em regras jurídicas, que especificam o titular e a extensão da competên­ cia.**

***Constituição.* 1. (sentido formal). Conjunto de normas jurídicas que se encontram no topoda hierarquia das normas, devendo as demais normas estar em conformidade com os mandamentos constitucionais (supremacia ou primazia da Constituição).**

2 8 2 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

**2. (sentido material). Conjunto de normas jurídicas que estabelecem as regras básicas de organização do poder estatal e da vida social e econômica, e configuram as relações do Estado com os indivíduos e os demais Estados do mundo. A maioria das normas da Constituição no sentido material encontra-se na Constituição no sentido formal.**

***Contrato.* Acordo de vontade de dois ou mais sujeitos de direito, no intuito de conduzir-sede determinado modo, principalmente com a finalidade de adquirir, preservar, modificar ou extinguir direitos. Pelo menos uma das partes do contrato deve assumir obrigações de dar, fazer ou não fazer.**

***Democracia.* 1. (sentido material pleno). Regime de soberania popular que vigora quando ogoverno é exercido para todo o povo e pelo próprio povo, ou seja, quando todos delibe­ ram e tomam as decisões que interessam à própria vida.**

***2.* (sentido material limitado). Regime em que os governantes são legitimados pelo votopopular, mas permanecem separados do povo, que não pode influir diretamente sobre decisões políticas (democracia indireta sem mandato imperativo, como ocorre nas so­ ciedades modernas).**

**3. (sentido procedimental). Regime em que as decisões são tomadas pela maioria.**

***Direito (direito objetivo; direito positivo; direito em vigor; ordenamento jurídico).* Conjunto denormas que objetiva regulamentar o comportamento social. Essas normas são criadas pelas autoridades competentes, escritas e veiculadas em publicações oficiais, preservam a estrutura social, mesmo se muitas vezes promovem interesses dos mais fracos, são ge­ ralmente respeitadas na prática, garantidas pela ameaça de coação e reconhecidas como legítimas pela maioria da população.**

***Direito fundamental.* Direito subjetivo garantido pela Constituição e, portanto, dotado de su­premacia jurídica. Limita o poder do Estado no intuito de garantir a autodeterminação dos indivíduos.**

***Direito natural.* Regras de dever ser consideradas estáveis no tempo, necessárias e adequadaspara todos. O termo sugere a perfeita ordem e harmonia, devendo o direito positivo se conformar aos mandamentos do direito natural. A maioria dos autores contemporâneos rejeita a existência ou, pelos menos, a validade jurídica do direito natural.**

***Direito privado.* Área do direito objetivo que regulamenta principalmente a situação jurídicae as relações entre particulares. Seus princípios estruturantes são: igualdade entre os sujeitos que participam das relações privadas; primazia da liberdade individual (autono­ mia da vontade); aplicação de forma supletiva (ius dispositivum).**

***Direito público.* Área do direito objetivo que regulamenta basicamente a atividade do Esta­do. Seus princípios são: superioridade do Estado diante dos particulares; garantia dos direitos dos particulares diante do poder estatal; igualdade nas relações entre os Estados soberanos; caráter imperativo das normas (ius cogens).**

***Direitos difusos.* Direitos exercidos coletivamente, sem titular individual e objeto claramentedelimitado (direitos transindividuais, de natureza indivisível).**

***Direito subjetivo.* Situação jurídica da pessoa à qual o ordenamento jurídico confere um direi­to (autorização de fazer algo ou título para receber uma prestação). Consiste na capaci­ dade do indivíduo de impor determinada decisão, impedindo a interferência de terceiros ou exigindo que um terceiro faça algo.**

***Doutrina jurídica.* Produção intelectual dos juristas que se empenham no conhecimento teó­rico do direito. Ensinamentos e entendimentos de pessoas que possuem formação jurí­ dica e dedicam-se à análise de problemas de interpretação do direito.**

|  |  |
| --- | --- |
| GLOSSÁRIO DE CINQUENTA TERMOS BÁSICOS | 2 8 3 |

***Eficácia (social) do direito.* Característica da norma realmente aplicada na realidade social,mediante o cumprimento espontâneo pelos seus destinatários ou por meio da aplicação de sanções pelo Estado. A validade da norma (ver a definição do termo) é denominada, às vezes, de “eficácia jurídica”.**

***Estado.* Entidade política e economicamente autônoma (soberana) que exerce poder de man­do em determinado território e sua população, possuindo estrutura de governo, geral­ mente determinada por normas jurídicas escritas. Do ponto de vista político, as deci­ sões das autoridades estatais exprimem a correlação de forças políticas em determinado momento. Por isso, o Estado constitui um instrumento a serviço da vontade política dominante. As principais finalidades da ação estatal são: assegurar o patrimônio e a inte­ gridade das pessoas, preservando a segurança interna (ordem pública) e externa (defesa nacional); redistribuir bens e direitos no intuito de melhorar a situação dos grupos so­ ciais mais fracos; regulamentar por intermédio do direito as relações entre particulares, proibindo determinados acordos e atividades que comprometeriam a estabilidade social.**

***Estado de direito.* 1. (sentido formal). Tipo de organização dos Estados que exercem seupoder em concordância com normas jurídicas escritas e previamente estabelecidas. Con­ siste na limitação do poder do Estado pelo direito.**

**2. (sentido material). Tipo de organização dos Estados que exercem seu poder em con­ cordância com normas jurídicas que são escritas e previamente estabelecidas e satisfa­ zem certas condições de adequação e “justiça”, garantindo a democracia, a separação dos poderes, o controle de constitucionalidade, os direitos fundamentais e o bem-estar da população.**

***Fato jurídico.* Acontecimento de qualquer natureza e origem que interessa ao ordenamentojurídico, sendo regulamentado por este e associado a consequências jurídicas.**

***Fonte do direito.* 1. (sentido formal). “Lugar” no qual se encontram as normas jurídicas váli­das em determinado ordenamento.**

**2. (sentido material). Fator que cria o direito, dando origem às normas válidas. São fon­ tes materiais as autoridades, pessoas, grupos e situações que influenciam a criação do direito em determinada sociedade.**

***Imputabilidade.* Qualidade dos sujeitos de direito que podem ser responsabilizados por con­dutas que o direito reprova. Quem não pode ser responsabilizado (por causa da idade, de distúrbios mentais etc.) é considerado inimputável.**

***Interpretação jurídica.* Atividade do aplicador e do estudioso do direito, que objetiva enten­der o significado das disposições jurídicas válidas para resolver casos concretos. Existe uma pluralidade de métodos de interpretação, havendo sempre controvérsias sobre os métodos mais indicados e o sentido das disposições jurídicas. A interpretação permite construir as normas jurídicas aplicáveis.**

***Jurisprudência.* Decisões dos tribunais sobre determinados assuntos. Quando os tribunaisdecidem de forma constante, cria-se uma jurisprudência dominante que geralmente será seguida no futuro. A jurisprudência funciona, na prática, como fonte do direito.**

***Justiça.* 1. Solução adequada de um conflito social aplicando, notadamente, o princípio daigualdade (tratar os iguais de forma igual). Os pensadores modernos duvidam da exis­ tência de claros mandamentos da justiça e, principalmente, da possibilidade de corrigir o direito positivo com base em tais mandamentos.**

2 8 4 M AN U AL DE INTRO DUÇÃO AO ESTUDO D O DIREITO

**2. Designação do Poder Judiciário e de sua atividade (“administração da justiça”).**

***Lei.* 1. (sentido amplo ou material). Conjunto de dispositivos jurídicos escritos, apresentan­do certo grau de generalidade, criados por decisão das autoridades estatais competentes, em conformidade com o procedimento fixado em normas superiores, para regulamentar, direta ou indiretamente, a organização da sociedade.**

**2. (sentido estrito ou formal). Conjunto de dispositivos aprovado por decisão majoritá­ ria dos integrantes do Poder Legislativo.**

***Moral.* Conjunto de convicções pessoais ou sociais sobre o bem e o mal que funcionam comonormas de dever ser, no intuito de influenciar e avaliar a conduta humana. Há contro­ vérsias sobre suas relações com o ordenamento jurídico. Parte dos autores sustenta que a moral deve permanecer separada do direito (positivismo jurídico). Outros afirmam que a moral deve influenciar tanto o reconhecimento da validade do direito como sua interpretação (moralismo jurídico).**

***Negócio jurídico.* Relação jurídica que consiste na estipulação de consequências jurídicas porsujeitos de direito (partes do negócio). Seu fundamento é a manifestação de vontade das partes que entram em acordo sobre o objeto, os efeitos e as condições da relação jurídica.**

***Normajurídica.* Preceito que faz parte do ordenamento jurídico. Estabelece permissões, obri­gações ou proibições e, na maioria dos casos, prevê sanções em caso de violação. A norma permissiva pode também incentivar determinado comportamento, associando-o a uma sanção positiva (norma de recomendação).**

***Nulidade.* Qualidade do ato jurídico que carece de requisitos fundamentais, sendo conside­rado desprovido de qualquer validade.**

***Obrigação.* Relação jurídica no âmbito da qual um sujeito de direito (credor) pode exigir deum outro (devedor) determinado comportamento (ação ou omissão).**

***Ordenamento jurídico.* Ver o termo “Direito”.**

***Poder.* Chance de impor a própria vontade influenciando o comportamento dos demais. Opoder se exerce com ordens que são, na maioria dos casos, cumpridas pelas pessoas submetidas ao poder. O Estado é a organização que mais concentra poder nas sociedades modernas. Suas autoridades são divididas em grupos parcialmente independentes, com competências diferentes. Fala-se em “separação dos poderes” para indicar a distinção entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.**

***Política.* Processo social que possui quatro características principais: sua sede é o Estado;influencia a tomada de decisões por meio de ações coletivas; objetiva transformar as relações sociais; constitui uma atividade racional e, em geral, pacífica, sem excluir o confronto e a violência.**

***Prazo.* Lapso de tempo no qual deve se verificar determinada conduta. Se isso não ocorrer,temos perda de direito ou imposição de sanções.**

***Prescrição* 1. (teoria das normas). Preceito contido na normajurídica. Pode-se tratar de umaproibição, obrigação, permissão ou recomendação.**

**2. (direito positivo). Extinção de um direito ou de uma pretensão após o decurso de determinado prazo.**

***Princípio.* Norma geral e particularmente abstrata, que é contida explícita ou implicitamenteno ordenamento jurídico e indica a ideologia política, as opções e os valores do legis­ lador.**

|  |  |
| --- | --- |
| GLOSSÁRIO DE CINQUENTA TERMOS BÁSICOS | 2 8 5 |

***Prova.* Meio juridicamente reconhecido como apto a demonstrar a verdade de uma alegaçãosobre fatos reais. As provas lícitas são definidas de forma diferente em cada ramo do di­ reito. Em regra geral, o direito moderno considera que ocorre comprovação se os meios invocados permitirem formar uma convicção no espírito do julgador, que possui o dever de explicitar e justificar sua decisão.**

***Recurso.* Instrumento jurídico oferecido às partes de um processo para provocar a modifica­ção total ou parcial de uma decisão judicial desfavorável.**

***Relação jurídica.* Relação social entre sujeitos de direito ou assemelhados (entes despersona­lizados) regulamentada por meio de normas jurídicas. Consiste no vínculo entre dois ou mais sujeitos de direito, segundo formas que são previstas pelo ordenamento jurídico e geram direitos e/ou obrigações para as partes.**

***Responsabilidade.* Decisão de atribuir (imputar) a alguém a causação de um resultado ilíci­to (delito, dano material, dano moral), aplicando sanção negativa em decorrência do vínculo entre o resultado e a conduta de uma pessoa. Dependendo da previsão legal, a responsabilidade pode ser subjetiva (devido ao dolo ou à culpa do agente) ou objetiva (baseada na criação de um risco por alguém).**

***Sanção.* Medida fixada pelo direito como consequência de certa conduta. A sanção é geral­mente desfavorável (sanção negativa), consistindo em uma penalidade aplicada em caso de descumprimento da vontade legislativa. Em alguns casos são previstas recompensas se a conduta for conforme a determinado mandamento (sanções positivas).**

***Sistema.* Conjunto de elementos, procedimentos e ações estruturado de forma coerente paraalcançar determinadas finalidades. O sistema jurídico é composto pelo conjunto de elementos (conceitos, normas, instituições, tradições) que objetivam organizar a vida social e solucionar os conflitos segundo o direito vigente. Classifica os acontecimentos sociais em juridicamente irrelevantes e relevantes. Os segundos são classificados em lícitos e ilícitos.**

***Sujeito de direito.* Pessoa ou entidade à qual o direito atribui a capacidade de adquirir direitos**

**e assumir obrigações.**

***Validade da norma.* 1. Validade formal. Qualidade da norma que faz parte de um ordenamen­to jurídico em determinado momento.**

1. **Validade no tempo (vigência). Qualidade da norma no período entre sua entrada em vigor e sua saída do ordenamento jurídico.**
2. **Validade no espaço. Qualidade da norma que é aplicável em determinado território e/ ou a determinadas pessoas e situações.**

**4. Validade social. Qualidade da norma socialmente eficaz.**

***5.* Validade axiológica. Qualidade da norma considerada legítima (pela população ou deacordo com certa teoria política ou moral).**

***Vontade.* 1. Livre vontade (livre-arbítrio). Capacidade do ser humano de decidir de própriocunho. A livre vontade se manifesta quando há diferentes opções e a escolha é feita me­ diante decisão do indivíduo. A responsabilidade jurídica se baseia geralmente na pres­ suposição da livre vontade do indivíduo, que sofre sanções porque decidiu livremente cometer um ato ilícito.**

***2.* Autonomia da vontade (ou autonomia privada). Liberdade de ação dos particulares,habilitados a configurar suas relações jurídicas conforme suas escolhas e independente­ mente de autorização de terceiros. Constitui a base do direito privado.**

***Obras do Autor***

***Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2 0 0 7**

**(coordenador gerai).**

***Direito social, regulação econôm ica e crise do Estado.* Rio de Janeiro:**

**Revan, 2 0 0 6 (coautor).**

***Justiça de transição no BrasiL* São Raulo: Saraiva, 2 0 1 0 (coautor).**

***Karl Marx and the classics. A n essay on value*, *crisis and the capitalist m ode of production.* Adel shot: Ashgate, 2 0 0 2 (coautor).**

1. ***caso dos denunciantes invejosos.* Introdução prática às relações entredireito, moral e justiça. 6. ed. rev. e atual., São Rauío: RT, 2 0 1 0 .**

***Positivismo jurídico.* São Raulo: Método, 2 0 0 6 .**

***Strafrecht in Reaktion auf System unrecht.*** ***Brasilien.*** **Berlin:** **Duncker &**

**Humblot, 2 0 1 0 (coautor).**

***Teoria geral dos direitos fundamentais.* 2 . ed. rev., atual, e ampl., São Raulo:**

**RT, 2 0 1 0 (coautor).**

***Teoria neoconstitucional do direito.* São Rauio: Método, 2 0 0 8 (coorganiza-**

**dor e coautor).**

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Dimoulis, Dimitri

Manual de introdução ao estudo do direito: definição e conceitos básicos, norma jurídica... / Dimitri Dimoulis. - 4. ed. rev. atual, e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-3884-1

1. Direito - Estudo e ensino I. Título.

10 -13518 C D U -3 4 0 .1 1

**índices para catálogo sistemático: 1. Direito : Introdução** **340.11**