



KLS

Introdução ao Estudo do Direito

Introdução ao Estudo do Direito

Natália Paes Leme Machado

© 2019 por Editora e Distribuidora Educacional S.A.

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida ou transmitida de qualquer modo ou por qualquer outro meio, eletrônico ou mecânico, incluindo fotocópia, gravação ou qualquer outro tipo de sistema de armazenamento e transmissão de informação, sem prévia autorização, por escrito, da Editora e Distribuidora Educacional S.A.

Presidente

Rodrigo Galindo

Vice-Presidente Acadêmico de Graduação e de Educação Básica

Mário Ghio Júnior

Conselho Acadêmico

Ana Lucia Jankovic Barduchi

Danielly Nunes Andrade Noé

Grasiele Aparecida Lourenço

Isabel Cristina Chagas Barbin

Thatiane Cristina dos Santos de Carvalho Ribeiro

Revisão Técnica

Betânia Faria e Pessoa

Carlos Luiz de Lima e Naves

Cristiano de Almeida Bredda

Editorial

Elmir Carvalho da Silva (Coordenador)

Renata Jéssica Galdino (Coordenadora)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Machado, Natália Paes Leme

M149i Introdução ao estudo do direito / Natália Paes Leme

Machado. – Londrina : Editora e Distribuidora Educacional

S.A., 2019.

200 p.

ISBN 978-85-522-1413-7

1. Direito. 2. Estado. 3. Justiça. I. Machado, Natália Paes Leme. II. Título.

CDD 340

Thamiris Mantovani CRB-8/9491

2019

Editora e Distribuidora Educacional S.A.

Avenida Paris, 675 – Parque Residencial João Piza

CEP: 86041-100 — Londrina — PR

e-mail: editora.educacional@kroton.com.br

Homepage: <http://www.kroton.com.br/>

Sumário

Unidade 1	
Introdução ao Estudo do Direito.....	7
Seção 1.1	
O que é o Direito?	8
Seção 1.2	
Ciência do Direito e sociedade	22
Seção 1.3	
Fontes do Direito	37
Unidade 2	
Teoria da norma jurídica e teoria do ordenamento jurídico	55
Seção 2.1	
Teoria da norma social e jurídica	56
Seção 2.2	
Teoria da norma jurídica	71
Seção 2.3	
Teoria do ordenamento jurídico.....	86
Unidade 3	
Fundamentos filosóficos e sociológicos do Direito e hermenêutica jurídica.....	105
Seção 3.1	
Filosofia e sociologia do Direito	107
Seção 3.2	
Definição, métodos e tipos de hermenêutica	121
Seção 3.3	
Hermenêutica jurídica: interpretação e integração.....	134
Unidade 4	
Teoria Geral do Estado	151
Seção 4.1	
O que é o Estado?	153
Seção 4.2	
Evolução e formação dos Estados	167
Seção 4.3	
Separação dos poderes e democracia.....	181

Palavra do autor

Prezado aluno, seja bem-vindo à disciplina Introdução ao Estudo do Direito, cujo objetivo principal é iniciar os estudos dentro da ciência do Direito, dando um panorama geral sobre os fenômenos jurídicos, seus efeitos e relações com a sociedade. Você verá que esse estudo abrirá um leque de teorias, fundamentações doutrinárias, com várias perspectivas, delimitando os conceitos básicos para que possamos efetivamente entender o que é o Direito e, a partir daí, conseguir pensá-lo e criticá-lo. Posteriormente, também veremos como o Estado é formado e a famosa separação de poderes.

Para começar, conheceremos a relação entre Direito, justiça, ciência e sociedade. Assim, já conseguiremos responder a uma importante questão: o que é o Direito e como ele é formado? Em seguida, a partir da leitura de um importante teórico da área, entenderemos o que é a perspectiva normativista, tendo como objeto de estudo as regras de conduta de nossa sociedade, que são as normas, e, a partir delas, a construção do todo que é o ordenamento jurídico.

A fim de compreendermos o Direito aplicado em nosso dia a dia, devemos saber lê-lo e entendê-lo. Para isso, conheceremos a filosofia do Direito, a hermenêutica, além de suas técnicas de interpretação e integração em casos concretos.

Por fim, daremos um passo para outra perspectiva e veremos os fundamentos e a organização do Estado, sua construção histórica e a famosa separação de poderes.

Bons estudos!

Unidade 1

Introdução ao Estudo do Direito

Convite ao estudo

Prezado aluno, nesta primeira unidade conheceremos os conceitos, a relação e os efeitos do Direito, necessários para a compreensão e base do que está por vir. Você já refletiu sobre o que é o Direito? Temos regras de conduta desde pequenos, não podemos fazer tudo o que queremos, porque temos de respeitar as leis. Mas, será que apenas responder a essa questão é suficiente, diante da complexidade do tema? Falaremos sobre isso adiante.

Em seguida, veremos sobre a relação do Direito com a sociedade e com o ser humano. O Direito está em quase todas as relações de nossa vida: quando compramos um pão na padaria, quando iniciamos um novo contrato de trabalho ou quando buscamos entender como nosso Estado é administrado, dentre diversas outras relações jurídicas. Assim, temos de saber diferenciar um fato social de um fato jurídico, pois somente este último será um objeto do Direito.

Também entenderemos o motivo de o Direito ser uma ciência. Assim como a física, a química ou a matemática, nele temos estruturas e métodos a partir dos quais surgiram as teorias de aplicação e a criação do Direito, que se deu por um processo racional. Mas nem sempre se pensou assim. Por isso, precisamos saber como se originou essa forma de termos leis, princípios e decisões judiciais.

Por fim, compreenderemos o que são as fontes do Direito. Temos de saber de que modo se constitui e se manifesta o direito escrito em uma determinada comunidade. Para que possamos discutir sobre esse conteúdo, apresentamos a seguir um contexto de aprendizagem que nos ajudará a compreender todos esses conceitos.

Professora Manu, após muitos anos de pesquisa na área de Sociologia e dando aulas em universidades pelo mundo, desenvolveu um aplicativo de ensino social. Com esse aplicativo ela constatou muitas irregularidades, desigualdades e injustiças que via acontecer o tempo todo em nossa sociedade. Indignada, resolveu apresentar à universidade um novo projeto, inovador, que poderia pôr em causa as bases de nossa sociedade e transformá-la. Com o dinheiro da pesquisa, ela reuniu um grupo de voluntários e levou-os para uma ilha deserta. O objetivo do projeto era criar uma nova sociedade. Havia apenas uma condição, imposta pela universidade: essa sociedade deveria ser justa. Será que é possível?

O que é o Direito?

Diálogo aberto

Nesta seção iniciaremos com os conceitos, a relação e os efeitos do Direito, conforme já apresentado.

O Direito faz parte da nossa vida em quase todo momento. Não podemos fazer tudo o que queremos, porque existem leis que regem a sociedade. Mesmo em nossas casas precisamos cumprir determinadas regras. Mas o que estudaremos aqui vai muito além das leis. O Direito está presente quando compramos uma roupa em uma loja, um carro, quando temos de pagar impostos, quando podemos nos expressar livremente ou até quando exercemos nosso direito político de votar e assim por diante. Ao final desta seção conseguiremos entender o que é o Direito, sua relação com a justiça e sociedade e quais fatos do nosso dia a dia são considerados jurídicos. Para nos ajudar a compreender o que é o fenômeno jurídico, trazemos uma situação-problema. Um caso fictício que, ao final, nos ajudará a relacionar tudo o que vimos na seção.

Professora Manu, após muitos anos de pesquisa na área de Sociologia e do Direito, resolveu criar um projeto para resolver as desigualdades e injustiças de nossa sociedade. Ela apresentou à Universidade Vida Livre um projeto inovador, que poderia pôr em causa as bases de nossa sociedade e transformá-la. O projeto consistia em levar alguns voluntários para uma ilha deserta e criar uma nova sociedade. Com a chegada dos voluntários, a professora ficou encarregada de ensinar a eles noções básicas de Direito, pois ela entendia que a sociedade se iniciaria a partir desse conhecimento. Os grupos deveriam criar novas regras de convivência justas para essa nova sociedade. Entretanto, já na primeira semana de projeto, algo estranho aconteceu. Por achar que vivia em uma sociedade sem regras, um dos voluntários, Humberto, começou a utilizar os bens pessoais de seus colegas em benefício próprio. Por um descuido, deixou todos os cobertores e comidas estocadas fora do armário e uma tempestade destruiu todas as reservas que tinham na ilha. Vendo esses acontecimentos como uma oportunidade de ensino prático, a professora Manu, desapontada com o voluntário, resolveu organizar uma discussão sobre o que havia acontecido. Humberto iniciou a discussão defendendo-se, relatando que a chuva foi a culpada pelos danos causados. Outras pessoas falaram e a professora percebeu que deveria resolver a situação de alguma forma, para que não se instalasse o caos.

Assim, imagine que ela selecionou você, estagiário, para ajudá-la nessa resolução. Você tem de apresentar um parecer relacionando o ocorrido com Humberto e o objetivo do projeto, respondendo a algumas perguntas, como: há sociedade sem Direito? Todos os acontecimentos devem ser tratados pelo Direito? Qual seria a solução justa para o caso em questão?

Bom trabalho!

Não pode faltar

Nas sociedades humanas é comum encontrarmos um conjunto de regras. Afinal, trata-se de um conjunto de seres que vivem de forma organizada, com relações, que precisam das leis para impor um certo controle. Se até mesmo em casa é necessário ter regras, imagine em nossa cidade, país ou até no mundo. Já pensou como a sociedade seria um caos sem um conjunto de normas para discipliná-la?

Essas regras são de diversas naturezas e tipos, podendo estar escritas ou serem passadas tradicionalmente. Isso não significa dizer que o Direito se resume a regras. Na Roma Antiga, durante muito tempo, mesmo havendo regras consuetudinárias, aquelas advindas do costume, o Direito estava mais ligado às ações (MARQUES, 2007, p. 13).

Aqui, já podemos perceber uma importante questão. Evidentemente, cada época, pensamento e cultura tem uma concepção diferente do conceito de Direito, o que tem muito a ver com as realidades geográficas, influência da religião, questões humanísticas e históricas.



Exemplificando

Você já deve ter ouvido falar que nosso Estado é laico. Isso quer dizer que o poder do Estado, quem nos governa, é oficialmente imparcial em relação às questões religiosas, não apoiando nem se opondo a nenhuma religião. Ou seja, as nossas leis não são pautadas pela religião. Mas você sabia que em países do Oriente Médio, como a Arábia Saudita, ou em alguns países no norte da África, como o Marrocos, a religião e o Direito estão totalmente conectados? O islamismo é o que dita as regras a serem seguidas por toda a sociedade. Para nós pode parecer estranho, mas é uma diferença cultural que deve ser respeitada e entendida.

Segundo sua etimologia, a palavra Direito é qualidade daquilo que é regra, oriunda do adjetivo latino *directus*, que significa o que é reto. O vocábulo surgiu na Idade Média. Antes disso, os romanos usavam a palavra *jus* para

designar o que era lícito, e *injúria* para expressar o que era ilícito. Do vocábulo *jus* surgiram outras palavras que estão em nosso cotidiano, como justiça, juiz, juízo, jurisprudência. Semanticamente, na atualidade, Direito significa o que está conforme a própria lei ou o conjunto de leis (NADER, 2001).



Vocabulário

É importante conhecermos alguns conceitos que servirão de guia para todo o nosso caminho pelo Direito. São eles:

Normas: a norma jurídica é responsável por regular a conduta do indivíduo, impondo aos que a infringem as penalidades previstas, chamadas de **sanções**.

Princípios: postulados racionais que reflete os valores e ideais de um sistema jurídico.

Jurisprudência: conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes das aplicações das normas e outros casos parecidos.

No entanto, o uso da palavra Direito e o seu termo é análogo, ou seja, ora designa norma, ora autorização ou permissão, ora qualidade de justo. Assim, defini-lo estruturalmente em um determinado termo ou conceito não é possível, tendo em vista a complexidade do fenômeno jurídico. Além do mais, é preciso resgatar e colocar presente nesse conceito a dignidade humana, que é a sua fundamentação e sustentação e, por fim, pensar abertamente na função social e no seu papel social exercido por aqueles que o operam (NUNES, 2017, p. 72).

Por isso, para definirmos esse termo não podemos apenas verificar a origem da palavra em si. Desde a Antiguidade Clássica pensa-se sobre o que é o Direito. Para um filósofo romano do século I, Celso, o Direito é a arte do bom e do equitativo ou justo. Por essa definição, percebe-se que os romanos não o diferenciavam da moral. Mas esse não é um conceito completo, porque só coloca a sua finalidade. Para Hugo Grócio, holandês do século XVII, é “o conjunto de normas ditadas pela razão e sugeridas pela *appetitus societatis*” (vontade da sociedade) (NADER, 2001, p. 76). Kant, um importante filósofo do século XVIII, apesar de constatar que os juristas ainda estão à procura de uma definição, coloca que o “Direito é o conjunto de condições, segundo as quais, o arbítrio de cada um pode coexistir com o arbítrio dos outros de acordo com uma lei geral de liberdade” (KANT, 2003, p. 407). Para Ihering, filósofo alemão do século XIX, “direito é a soma das condições de existência social, no seu amplo sentido, assegurada pelo Estado através da coação” (NADER, 2001, p. 75-76). Outro jurista alemão, Radbruch, já no século XX, coloca que Direito é o conjunto das normas gerais e positivas que

regulam a vida social e é vontade de justiça (RADBRUCH, 1997, p. 85-96). Para Miguel Reale, importante filósofo e jurista brasileiro, o Direito é uma ordenação heterônoma das relações sociais, baseada na integração normativa de fatos e valores (REALE, 2013, p. 46). Mas certo é que o Direito só pode existir em função do ser humano (DINIZ, 2004, p. 246).

Como visto, esse conceito pode ser observado de vários ângulos: para o cidadão é a ideia de imperativo, de comando, que se deve obedecer sob pena de aplicação de uma sanção. Para o juiz é uma orientação ou um guia para a resolução de conflitos sociais. Para o legislador é um modo ou meio de organizar a convivência humana (MARQUES, 2007).



Assimile

Segundo Marques (2007), é possível reunir as diversas definições em três grupos:

Axiológicas: o sentido último do Direito reside nos valores, observando-o pela uma análise do caso concreto, com a sua solução justa.

Normativistas: o discurso jurídico se assenta nas normas, a norma é a medida do justo, injusto, lícito e ilícito. Destacando-se como são construídas e interpretadas.

Sociológicas: partem da vida dos tribunais ou de aspectos da vida social, acentuando-se a realidade empírica do Direito.

Dessa forma, muitas vezes, mais importante do que saber o seu conceito, é necessário saber também a sua função. Ou seja, para que serve o Direito?

Vicenzo Ferrari, doutrinador italiano, coloca quatro funções as quais o Direito deve cumprir. A primeira função é a pacificadora: o Direito, velando pelas resistências que existem na sociedade, procura sempre superar os conflitos pela via de uma solução pacífica. As decisões definitivas definem o estatuto dos interesses em conflito. Essa definição impositiva traduz-se, em geral, em uma pacificação. A segunda função é a de garantia de liberdade. De fato, compete ao Direito impor e dirigir limites às atividades humanas. Ele, então, garante aos particulares um espaço de realização, colocando restrições à ação individual somente quando esta coloca em causa a organização da sociedade como um todo. Além disso, protege os sujeitos de todas as coações e ordens externas ilegítimas. A terceira função é a de integração. O Direito coopera com todos os subsistemas e mecanismos sociais que contribuem para a coesão da sociedade. As regras jurídicas exteriorizam, como meio técnico, um conjunto de valores jurídicos dominantes na comunidade que se impõem como um importante fator de coesão. Por fim, temos a função de legitimação do poder. O poder tem de estar incluído e somente é garantido

dentro de um sistema de legalidade, baseado em conteúdos materiais, como a justiça e o bem comum. De fato, o Direito é um importante veículo de realização de consensos (FERRARI, 1989).

A professora Maria Helena Diniz coloca, também, três outras principais funções do Direito, sob o aspecto da Ciência Jurídica: a função sistemática, articulada no modelo teórico que analisa as figuras jurídicas, encandeando-as em um sistema para obtenção de decisões possíveis. A função hermenêutica que surge para a interpretação das normas e a sua aplicação, na tentativa de verificar lacunas e solucionar antinomias jurídicas. Por fim, a função decisória para estipular as regras decisórias, uma vez que essas não podem ser arbitrárias (DINIZ, 2004).

A função decisória é de extrema importância para se entender o que é o Direito. O juiz é aquele que fala o Direito, como forma de colocar fim a um litígio. Como dito, o seu conceito pode variar diante da localização, cultura, religião. A construção da decisão judicial também pode variar, a depender do país, considerando sua tradição e o sistema que utiliza. O Direito pode ser aplicado de formas diferentes. Aqui no Brasil, usamos o sistema *civil law*, tradição romana, na qual a lei é o que fundamenta o Direito. As decisões judiciais são baseadas, principalmente, nas normas escritas e corporificadas em forma de lei. Ou seja, há um fato que necessita ser resolvido, então o juiz verificará a existência de uma lei e a sua resposta, a decisão, será o encaixe dessa lei no fato descrito, podendo levar a uma sanção. Já em países com uma tradição anglo-saxônica, como os Estados Unidos da América ou a Inglaterra, há o sistema *common law*. Nesses casos, a lei tem um valor secundário, a decisão judicial tem um caráter ambivalente e o direito consuetudinário, fundamentado nos costumes, é muito importante para o sistema. Isso quer dizer que as decisões judiciais, também conhecidas como jurisprudências ou precedentes judiciais, são o direito declarado, servindo de base para novas decisões (NUNES, 2017, p. 77).

Por fim, há que se destacar a função social do Direito. É muito importante identificar que o Direito, na realidade, tem como foco final a dignidade humana e o seu fim social. Isso quer dizer que o Direito surge da sociedade e para a sociedade.



Saiba mais

Durante o seu estudo a respeito do mundo Direito, você ouvirá falar muitas vezes sobre função social. No Direito Civil, o ramo do Direito que trata do conjunto de normas e obrigações de ordem privada, é muito comum nos preocuparmos com o fim social do contrato, da empresa e da propriedade, por exemplo. Em suma, mesmo em

âmbito privado, temos de nos preocupar com a sociedade. Sobre esse assunto, sugerimos a leitura das páginas 23 a 35 do artigo a seguir para que aprofunde o seu conhecimento:

JELINEK, R. **O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil**. Porto Alegre: Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2018.

Dessa forma, temos que o Direito nada mais é do que um regulador da vida social, de acordo com a vontade das pessoas de determinada sociedade. O homem, por natureza, é um ser social. De acordo com Ihering, “ninguém existe só para si, como tão pouco por si só, cada um existe por e para os outros seja intencionalmente ou não”. (IHERING, 2000, p. 43). A sociedade, da forma como está construída, é um resultado dessa natureza social do indivíduo, sendo também necessário o entendimento de sua cooperação. Isso quer dizer que o ser humano é levado a viver em sociedade por um impulso natural e, posteriormente, por opção, por inteligência, sobrevivência e disposição da vontade (BETIOLI, 2013, p. 44).

Você já se imaginou sozinho em uma ilha deserta? Por mais que gostemos de ficar sozinhos algumas vezes, por muito tempo provavelmente seria perturbador. Somos sociais por natureza e nos relacionamos o tempo todo, na escola, na igreja, com a família, com amigos. No entanto, podemos ter conflitos que precisam ser resolvidos. Nessas situações o Direito entra em ação e, por meio de uma ponderação de interesses e das normas preestabelecidas, estabelece como serão resolvidos os litígios. O Direito é, para a Sociologia Jurídica, uma ciência essencialmente social. As normas do Direito são regras de conduta para disciplinar o comportamento do indivíduo no grupo, as relações sociais; normas ditadas pelas próprias necessidades e conveniências sociais. Sua função básica, portanto, é garantir a segurança da organização social (FILHO, 2006, p. 17).

O Direito não se reduz a um conjunto de normas isoladas da dimensão social, fundando-se na sua própria positividade, como também não é um simples resultado das condutas sociais. Como já vimos, ele não deixa de exprimir o contexto político, econômico e cultural de determinada época. Toda essa construção do Direito também influencia a vida política, econômica e cultural (MARQUES, 2007, p. 21) O direito é um fenômeno social, e sua prescrição está descrita em determinado período de tempo, em determinado espaço.



Exemplificando

Outra famosa definição do Direito, de Ihering, é de que Direito é luta. Isso quer dizer que o Direito é conquistado por meio de lutas sociais e um exemplo dessa inter-relação entre sociedade e legislação é o direito das mulheres. No Brasil, o Código Civil de 1916, que foi substituído somente em 2002, dispunha que a mulher tinha de pedir autorização a seu marido para realizar atos simples da vida civil, como iniciar um novo trabalho (BRASIL, 1916, Lei nº 3.071/1916, art. 223, inciso IV). As mulheres só puderam votar, em todo o território brasileiro, sem discriminação de gênero, a partir do Código Eleitoral de 1932 (BRASIL, 1932, Decreto nº 21.076/1932). Ainda, o adultério foi crime até 2005 (BRASIL, 2005, Lei 11.106/2005). Isso quer dizer que, com o tempo, a sociedade se modifica, exige mais direitos ou o estabelecimento de mais deveres.

Como você pôde perceber, muitas questões do Direito estão intimamente ligadas com a sociedade. Daí a lição de um antigo brocardo: *ubi societas, ibi jus* (onde há sociedade, haverá o direito). Essa sociedade, por outro lado, exige que o Direito seja justo. Você já parou para pensar o que é Justiça ou ser justo? Os romanos, base de nosso Direito, pensaram e conseguiram definir um conceito para justiça. Ulpiano dispôs um conceito de justiça, que a doutrina costuma entender como o mais completo. Ele diz que a “justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu” (NADER, 2001, p. 101). Esse conceito foi inserido no *Corpus Iuris Civilis*, que retrata a justiça como um elemento humano. Assim como o Direito, o conceito de justiça pode ter percepções diferentes, a depender de seu posicionamento político, econômico ou cultural. O conceito não muda, o que pode se modificar é a percepção do que é “dar a cada um o que é seu”. Por outro lado, o termo “seu”, presente nessa sentença, deve ser entendido como aquilo que é próprio da pessoa, não somente na concepção de propriedade, mas também de valores. Por exemplo, salário justo e de acordo com o que foi trabalhado; ser condenado apenas se cometer um crime e na medida da pena previamente determinada pela lei; ter direito a receber o produto que comprou; ser tratado como um ser humano, independentemente de qualquer situação que o diferencie da maioria (NUNES, 2017).

Para o professor Miguel Reale, a justiça é a condição primeira, transcendental de todos os valores presentes nas normas jurídicas. Assim, ela nada mais é do que “o fundamento de todo o Direito, e o fim maior buscado por ele, para uma verdadeira paz social e harmonia” (REALE, 2013, p. 352). Assim, a doutrina coloca quatro tipos de justiça, as duas primeiras advindas da distinção aristotélica, a terceira advinda de São Tomás de Aquino e a última, uma concepção moderna. A justiça distributiva apresenta o Estado

como agente, a quem compete a repartição de bens e dos encargos aos membros da sociedade. Orienta-se de acordo com a igualdade proporcional, aplicada aos diferentes graus de necessidade. A justiça comutativa é a que regula as relações de troca entre os particulares, como o que veremos posteriormente no curso, com o Direito Civil, como nos contratos de compra e venda. A justiça geral consiste na contribuição dos membros da comunidade para o bem comum, como quando pagamos impostos. Por fim, há a justiça social, que consiste na proteção dos pobres e desamparados, ou proteção das minorias. No plano internacional, temos o exemplo da defesa da justiça social, quando países mais ricos e poderosos favorecem outros que estejam em fase de desenvolvimento. A justiça, portanto, é um valor compreensivo que absorve a ideia de um bem comum. A justiça distributiva, comutativa e geral, associadas à social, atendem plenamente às exigências do bem comum (NADER, 2001, p. 109).



Refleta

Para Aristóteles (1996), somente a justiça, dentre todas as virtudes, diz respeito a um bem alheio. O contrário de um indivíduo justo é um indivíduo egoísta, pois este reivindica direitos para si e apenas para si, sem considerar os outros. Assim, há que se pensar a justiça na relação com a igualdade entre as pessoas. Então, para você, como podemos fazer a nossa sociedade mais justa? O Direito tem algum papel nessa justiça ou injustiça social?

Como dito anteriormente, o Direito nasce para regulamentar as relações existentes na sociedade. Se assim não fosse, viveríamos em um verdadeiro caos. Em decorrência de sua participação na vida social, as pessoas mantêm entre si uma pluralidade de relações, algumas jurídicas e outras não. Em alguns casos, somos nós que temos deveres, como quando batemos no carro de alguém por descuido e, por consequência, precisamos pagar uma indenização pelo dano. Em outros casos, somos nós que temos o direito, como a possibilidade de votar em eleições periódicas. É como se fosse um grande comércio jurídico de trocas, produção e modificação de direitos e deveres (NADER, 2001). Cada direito e dever pressupõe a existência de um fato e de normas que o regulamentem.

Esses fatos, que ocorrem na vida real, podem ser sociais ou jurídicos. O termo fato é definido como qualquer transformação da realidade ou do mundo exterior. Os fatos sociais são definidos por Durkheim como as maneiras de agir, pensar e de sentir que exercem poder de coerção sobre o indivíduo, realizada, em geral, no conjunto de uma dada sociedade, tendo, ao mesmo tempo, uma existência própria,

independentemente das suas manifestações individuais (DURKHEIM, 1972, p. 5). Trata-se do estudo da Sociologia, que determina a nossa relação com a sociedade e o senso comum, de dada época e espaço.



Exemplificando

Se chegamos em um restaurante no Brasil e tomamos uma sopa sem utilizar colher, mas segurando o recipiente com as duas mãos e virando-o rapidamente, poderemos sentir olhares de reprovação de todas as outras pessoas presentes no local, pois não estão acostumadas a agir assim. Por outro lado, na China essa prática é natural, pois eles tomam sopa segurando o recipiente que a contém com as mãos e usam os famosos “*hashis*”, aqueles palitinhos, para os alimentos sólidos. Nos dois casos, não seremos presos ou sofreremos qualquer sanção por isso. São apenas fatos sociais. Seria como sair na rua de pijamas. Não é comum, mas pode acontecer.

O Direito não se importa com esses fatos sociais. No mundo fático, encontram-se todos os acontecimentos da realidade exterior, produzidos pelo ser humano ou pela força da natureza. Alguns desses eventos, que estão no mundo fático, podem passar para o mundo do Direito. São aqueles fatos com os quais o Direito se importa e que regulamentam e estabelecem sanções jurídicas. A queda de uma árvore ou uma chuva são fatos, acontecem e, de início, não têm implicações sérias. Agora, uma geada ou uma tempestade, que devastam plantações, são fenômenos que podem ser classificados como fatos jurídicos, pois nesses casos notam-se consequências que influenciam relações jurídicas e que, portanto, devem ser regulamentadas. Essa norma criada estabelecerá o que acontecerá caso esses fatos aconteçam (NADER, 2001). Com “a incidência da regra jurídica, o suporte fático, colorido por ela, entra no mundo jurídico” (MIRANDA, 1954, p. 172).

Assim, em suma, um fato jurídico tem por objetivo a manutenção da ordem e da segurança diante dos critérios de justiça. Para que seja importante para o direito, ele precisa ser produzido por ato da vontade humana, como um contrato ou um casamento, ou gerado pela natureza, como um terremoto. Também tem como características a alteridade, pois diz respeito a um vínculo entre duas ou mais pessoas, e a exterioridade, pois é possível visualizar seu efeito objetivamente (NADER, 2001, p. 319).



Assimile

Os fatos jurídicos são os acontecimentos, previstos em normas de Direito, em razão dos quais nascem, modificam-se, subsistem e extinguem-se as relações jurídicas.

O fato jurídico *lato sensu* é composto pelo fato jurídico *strictu sensu*, ato jurídico e ato ilícito. O fato jurídico *strictu sensu* é o acontecimento que, independentemente da vontade humana, produz efeitos jurídicos. Por exemplo, quando falamos em usucapião, que é a possibilidade de adquirirmos propriedade com o decurso do tempo; também em situações como morte, nascimento, maioridade, decurso do tempo, caso fortuito e força maior. O ato jurídico é o evento que depende da vontade humana. Ele é dividido em ato jurídico *strictu sensu* e em negócio jurídico. O primeiro é aquele ato que surge e tem um efeito jurídico automático, inevitável, já disposto na lei, como o reconhecimento de paternidade. Quando um pai reconhece um filho, ele terá de arcar com todas as consequências desse ato. O negócio jurídico é aquele ato autorregulado pelas partes, como um contrato, em que as partes dispõem as obrigações que querem cumprir. Por fim, o ato ilícito é aquele praticado em desconformidade com a ordem jurídica (DINIZ, 2004).

Neste ponto encerramos nossa primeira seção a respeito do mundo jurídico. Você pode, a partir de agora, olhar ao seu redor e descobrir o que é um fato social e o que é um fato jurídico, e já pensar nas relações e consequências por detrás desses fatos. A partir disso, poderemos, também, refletir sobre o que é justo ou não e se determinada consequência encaixa-se no que o Direito preza e na sua função social.

Sem medo de errar

Chegamos ao final de nossa seção, que tem como propósito demonstrar o que é o Direito, suas funções, relação com a sociedade e justiça, bem como os fatos sociais e jurídicos. Você se lembra de nossa situação-problema? A professora Manu levou alguns voluntários para uma ilha deserta para desenvolver o Projeto Mundo Novo. Aconteceu um pequeno incidente com Humberto, que, além de usar os bens de outras pessoas, destruiu-os, abandonando-os na chuva, o que causou diversos prejuízos. Então, Manu resolveu colocar ordem, e selecionou você, estagiário, para ajudá-la. Você tem de apresentar um parecer relacionando o ocorrido com Humberto e o objetivo do projeto, respondendo a algumas perguntas, como: há sociedade sem Direito? Todos os acontecimentos devem ser tratados pelo Direito? Qual seria a solução justa para o caso de Humberto?

Para responder à questão, é preciso percorrer o caminho dialógico a seguir:

1. É possível estabelecer um único conceito do Direito, levando em consideração a sua origem e diferentes funções? Há possibilidade de a sociedade existir sem Direito?
2. É possível estabelecer um conceito de justiça, sem levar em consideração os interesses da sociedade, história ou cultura?

3. Qual a relação entre o Direito e a sociedade?
4. Todos os acontecimentos, fatos, que ocorrem no mundo, devem ser tratados e regulamentados pelo Direito?

No início da seção vimos que o Direito está presente em muitas relações de nossas vidas, e que esse conjunto de regras serve para que a sociedade não vire um caos. Podemos começar a conceituar o Direito pela etimologia da palavra, que significa o que é reto, seguindo para a ideia de norma, autorização ou qualidade de justo. Mas essas respostas não contemplam toda a complexidade do fenômeno jurídico. Vários juristas tentaram estabelecer um conceito, porém tudo dependia do foco ou da função dados. Portanto, estabeleceu-se que não há uma definição única para o Direito, mas, de acordo com suas funções, haveria uma aproximação e estabelecimento dessa complexidade. Assim, é possível reunir as diversas definições em três grupos: axiológicas, em que o sentido último do Direito reside nos valores, observando-o de uma análise do caso concreto, com a sua solução justa; normativistas: postulam que o discurso jurídico se assenta nas normas, tomam a norma como a medida do justo, injusto, lícito e ilícito, destacando-se como são construídas e interpretadas; sociológicas: definições que partem da vida dos tribunais ou de aspectos da vida social, acentuando a realidade empírica do Direito.

Então, com isso, o Direito nada mais é do que um regulador da vida social. Por isso, está intimamente ligado ao que acontece na vida real. Ninguém existe só e, nas relações, nascem conflitos que são regulados pelo Direito. Daí a lição de um antigo brocardo: *ubi societas, ibi jus* (onde há sociedade, haverá o direito). Essa sociedade, por outro lado, exige que o Direito seja justo. A justiça é a condição primeira de todos os valores presentes nas normas jurídicas. Justiça pode ser conceituada como a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu. Evidentemente, assim como o Direito, a parte “dar a cada um o que é seu” pode variar de acordo com a cultura, a época histórica, a concepção econômica. Entretanto, há uma base mínima, para uma verdadeira paz social e harmonia.

Por fim, o Direito não se preocupa com todo fato que acontece na sociedade. Precisamos identificar que existem fatos sociais e fatos jurídicos. Somente estes são objetos para o Direito e regulamentados por ele. O fato jurídico *lato sensu* é composto pelo fato jurídico *strictu senso*, ato jurídico e ato ilícito. O fato jurídico *strictu senso* é o acontecimento que, independentemente da vontade humana, produz efeitos jurídicos (morte, nascimento, maioridade, decurso do tempo, caso fortuito e força maior). O ato jurídico é o evento que depende da vontade humana (negócio jurídico, contrato, adoção, testamento, transferência de domicílio). O ato ilícito é aquele praticado em desconformidade com as normas regulamentadas pelo Direito.

No caso ocorrido na ilha, com Humberto, vemos a necessidade de aplicação dos conceitos de fato social e fato jurídico. A alegação de que quem estragou os bens foi a chuva e não ele, não tem respaldo diante do que estudamos. Uma simples chuva, sim, é um fato social. Entretanto, quando há consequências sérias, já é preocupação do Direito. Para agravar a situação, o dano somente ocorreu por conta de uma ação de Humberto, que se esqueceu de guardar os bens. Portanto, cabe à professora Manu organizar a situação, estabelecendo normas e regras de convivência. Como vimos, essas regras, que se adequam a fatos jurídicos, podem inclusive determinar sanções caso sejam descumpridas.

Avançando na prática

O Rei Mesquinho e seus súditos

Descrição da situação-problema

O Rei Mesquinho gostava de governar seu reino como bem entendia, para ele, não havia leis. Entretanto, podia ser considerado um rei justo. Tinha a propriedade de todas as terras e seus súditos pagavam uma espécie de imposto para lá trabalharem. Eles podiam tirar somente o que era para seu sustento. A família e os amigos do rei ficavam somente nas festas ou então vigiando os servos. Em uma dessas fiscalizações, o Conde de Sá viu que um dos servos, Josefino, tinha pegado, da plantação de abóboras, duas a mais do que deveria. Quando questionado pelo conde, Josefino explicou que sua mulher e filho estavam doentes. Por isso, ele havia trabalhado três vezes mais e levava mais duas abóboras para que pudesse fazer uma sopa, já que eles estavam impossibilitados de trabalhar e estavam passando fome. Diante do incidente, o conde levou o servo para ser julgado pelo rei. Imagine que você é o assessor jurídico do rei e foi selecionado para realizar uma investigação do caso, a fim de auxiliar em uma tomada de decisão justa. Para isso, é necessário articular as funções do Direito e a sua relação com a justiça. O rei deverá ou não punir Josefino pelo que ele fez?

Resolução da situação-problema

Para responder à questão, é preciso percorrer o seguinte caminho dialógico: a ausência de leis predeterminadas impede a existência de Direito e da justiça? O que é justiça? Quais as funções do Direito devem ser usadas para justificar a decisão do rei sobre a situação de Josefino?

A situação-problema começa com uma constatação importante para iniciarmos a nossa resposta. Ela fala que o rei não era limitado por leis. Vimos que, dificilmente, uma sociedade é regida sem leis. No caso relatado, é a arbitrariedade do Rei que decidirá o que deve ser feito. Essa situação não é a ideal, considerando que nada o controlaria. Então, a primeira indicação para o rei seria a criação de normas predeterminadas para a regulação da sociedade. Em seguida, vimos que é possível estabelecer um conceito de justiça que, mais ou menos, envolva todas as suas características. Ulpiano, um doutrinador romano, determinou que a “justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu”. De início, por aqui, já tínhamos uma indicação do correto a ser feito no caso fictício narrado. Entretanto, esse conceito não precisa ser articulado sozinho. Assim como o Direito apresenta uma função social, aquela destinada à aplicação do Direito na sociedade, com foco final de proteção da dignidade humana e para o seu fim social, há, também, a justiça social, que consiste na proteção dos pobres e desamparados, a proteção das minorias. Então, assim, em conjunto com a função decisória do Direito, aquela utilizada para estipular as regras decisórias, uma vez que essa não pode ser arbitrária, entende-se que a decisão justa para o caso de Josefino seria a possibilidade de ele levar as abóboras. Isso porque, em primeiro lugar, pela função social há uma necessidade de vida de sua família, além de ser necessário dar a ele o que é dele, já que, como dito no caso, ele trabalhou três vezes mais para poder levar os frutos.

Faça valer a pena

1. A etimologia da palavra Direito é oriunda do adjetivo latino *directus*, que significa o que é reto. O vocábulo surgiu na Idade Média. Antes disso, os romanos usavam a palavra *jus* para designar o que era lícito e *injúria* para expressar o que era ilícito. Do vocábulo *jus* surgiram outras palavras que estão em nosso cotidiano, como justiça, juiz, juízo, jurisprudência (NADER, 2001, p. 72).

Entretanto, sabemos que somente pela etimologia não é possível conceituar o Direito.

Assinale a alternativa que dita um correto conceito para o Direito:

- a) Conjunto de culturas.
- b) Conjunto de retas.
- c) Conjunto de fatos sociais.
- d) Conjunto de dados estatísticos.
- e) Conjunto de regras.

2. A partir da lição dada por um antigo brocardo (*ubi societas, ibi jus*, que significa “onde há sociedade, haverá o direito”), verifica-se que há uma intensa relação entre o Direito e a sociedade. Entretanto, alguns acontecimentos do mundo fático são meramente sociais. Outros, são importantes para o Direito, porque podem causar consequências nas relações interpostas.

Um exemplo é a assinatura do contrato de compra e venda de uma casa. O Direito se preocupa com essa relação, pois cria obrigação para ambas as partes, para quem está comprando e para quem está vendendo. Um tem de pagar e o outro tem de entregar o bem.

Levando em consideração o exemplo apresentado no texto-base, marque a alternativa que indica a classificação do fato jurídico apresentado:

- a) Fato social.
- b) Fato jurídico *strictu sensu*.
- c) Ato ilícito.
- d) Ato jurídico.
- e) Negócio social.

3. As funções do Direito podem ser articuladas por uma perspectiva subjetivista e relativista, que colocam o destaque na interação entre os sujeitos sociais, mas não se esquece da relação de dimensão conflituosa existente na sociedade. Trata-se de uma análise que utiliza um contínuo de referências e casos jurídicos concretos, verificando na prática e na eficácia (COMMAILLE, 1990, p. 118). Ferrari (1989) coloca quatro funções que o Direito deve cumprir:

A função _____ diz respeito à imposição limites às atividades humanas. A função _____ é a que procura sempre superar os conflitos da sociedade. A função _____ busca inclusão e garantia de um sistema de legalidade, baseado em justiça e bem comum. Por fim, a função _____ tem como objetivo a cooperação com todos os subsistemas e mecanismos para a coesão da sociedade.

Assinale a alternativa que completa as lacunas corretamente:

- a) pacificadora; integração; legitimação do poder; social.
- b) garantia de liberdade; pacificadora; legitimação do poder; integração.
- c) pacificadora; garantia de liberdade; integração; legitimação do poder.
- d) sistemática; hermenêutica; decisória; social.
- e) social; pacificadora; sistemática; integração.

Ciência do Direito e sociedade

Diálogo aberto

Caro aluno, você sabia que o Direito é uma ciência? Assim como a matemática, a química ou a biologia, o Direito também tem um método de conhecimento sistematizado, ligado às ações humanas.

Para chegarmos ao Direito que temos hoje, muitas teorias foram criadas. Nesta seção, falaremos sobre jusnaturalismo, contratualismo jurídico, Direito como técnica, Direito como ideologia, para chegar, ao fim, na cientificidade do Direito. Essa construção e entendimento é essencial para repensarmos os problemas básicos da teorização e da prática. Por isso, iniciamos a nossa trajetória relembando o projeto da professora Manu.

A nossa ilha deserta estava cada dia mais desenvolvida. Após percebermos a necessidade da criação de regras de convivência para a nova sociedade, baseada nas ideias de Direito e justiça, foi necessário darmos um passo a mais. Para isso, a professora Manu dividiu os voluntários em grupos separados entre homens e mulheres, com o objetivo de iniciar a discussão de como o Direito seria desenvolvido na ilha. Em uma das reuniões, o voluntário Antônio, muito entusiasmado com o exercício proposto, resolveu tomar a liderança e indicar que deveriam ser formadas regras autoritárias. E, assim, começou adicionando algumas ideias pessoais, impondoas ao resto de seu grupo. Para ele, somente a sua opinião e forma de pensar eram válidas, o que refletia nas normas que propunha. Por exemplo, ele não gostava de maçãs, então proibiu o seu cultivo na ilha. Alguns voluntários de seu grupo ficaram muito decepcionados. Quando tentaram reclamar, Antônio não abriu espaço para o diálogo. Já no grupo das mulheres, Jussara se nomeou como líder, pois alguém teria de exercer essa função, e decidiu que todos os participantes teriam voz ativa igualitária e poderiam dar a sua opinião. Também decidiram criar regras, mas elas seriam decididas por votação, uma a uma. Nesse caso, também tiveram algumas dificuldades, já que era impossível pensar em todas as regras, para todas as situações.

Agora, você, que foi indicado como estagiário da professora Manu, precisa analisar os dois casos e as propostas apresentadas pelos grupos. Como você é especialista em cientificidade jurídica, poderá indicar as falhas nas ideias dos voluntários, em especial, sobre as técnicas jurídicas e a relação entre o Direito e as ideologias. Quando a professora lhe apresentou o caso, algumas questões surgiram: qual modelo proposto reflete mais os interesses da sociedade? A liderança de Antônio tem falhas? Em uma sociedade justa é possível ter um

modelo político e de criação de normas como proposto por esse voluntário? Será que Jussara está no caminho certo? O que é a cientificidade do Direito e como ela poderá auxiliar na resolução dessas questões?

Bons estudos!

Não pode faltar

Nesta seção, entenderemos a ciência Jurídica, a aplicação de técnicas e métodos, que fazem parte das concepções epistemológicas do conhecimento jurídico. É, portanto, parte da sua filosofia e da teoria, levantarmos questionamentos sobre os valores da norma, sobre as técnicas e possíveis ideologias. Ao fim, entenderemos o que propõe a cientificidade do Direito.

Para compreendermos como o Direito chegou até as suas conceituações atuais, precisamos voltar às suas origens e conjugar o seu estudo com a Filosofia, a História e a Política. Somente assim seremos capazes de entender o sistema de pensamento que fundamenta essa importante ciência. O estudo do Direito contemporâneo impõe ao estudante essa nova abordagem, diante da complexidade e dos novos desafios colocados, já que podemos estar prestes a ver o esgotamento do próprio modelo já proposto. Iniciamos o estudo expondo as principais ideias jusfilosóficas surgidas desde a Antiguidade Clássica.

As filosofias clássicas, antigas e modernas tratam o problema do conhecimento a partir da relação entre subjetividade e objetividade. A teoria clássica é relativa às condições cognitivas e emocionais do sujeito e as teorias antigas e modernas elaboram um conhecimento objetivo, por meio de um processo lógico-racional. Somente no pensamento contemporâneo é que aparece o conceito de intersubjetividade (RESENDE, 2015). Essa diferenciação é importante para identificarmos esses dois polos do Direito.

O Direito Natural nos remete à Antiguidade. Desde os pré-socráticos, com Heráclito, que se reconhece uma razão universal, um *logos*, o poder que domina todos os acontecimentos, em que todas as leis se nutrem desse uno divino. Com Platão e Aristóteles desenvolveu-se o resultado dos princípios mais gerais sobre a ordem do mundo, principalmente no que diz respeito à justiça. Aristóteles, em seu livro V da Ética à Nicômaco, constrói a distinção entre o justo universal e o justo particular. Ele explica que existe uma lei natural e universal que rege tudo e também leis particulares que observam as culturas locais (ARISTÓTELES, 1996).

No Direito Romano, os costumes foram cedendo lugar a um Direito Jurisprudencial, com a atividade dos juízes e dos pretores (aqueles que atuavam em funções oficiais). Aos poucos, isso levou à criação do *jus civile*, privativo dos

romanos, e, posteriormente, com o crescimento do império e ligação com outras culturas, do *jus gentium*. O Direito Natural começou a valer para os cidadãos livres da cidade-estado e, também, para todos os homens do conhecido mundo, fossem estrangeiros, livres ou escravos. “Cícero defendia a existência de uma lei ‘verdadeira’, conforme a razão, imutável e eterna” (KAUFMANN, 2014, p. 35). Percebe-se que, desde a Antiguidade, há a diferenciação entre o Direito Natural e um outro tipo de Direito, feito pelos homens, sem a inspiração dos deuses. Sendo que, para eles, o primeiro era de mais importância.

Com o desenvolver das sociedades e o caminho para o Direito Medieval, essa lei natural fica ligada diretamente ao divino e ao catolicismo. (NUNES, 2017). O Direito na Idade Média é ainda costumeiro e de caráter local. Contraditoriamente, o Direito que regulamentava as relações sociais, naquele período, era, como dissemos, o Natural. Contudo, o Direito que regulava a relação dos indivíduos com a igreja e do clero entre si era posto (positivado) por meio de normas gerais e abstratas. Esse último denominava-se Direito Canônico.

No século XI, acentuava-se o trabalho desenvolvido pelos glosadores, que voltaram ao que os romanos tinham escrito e estudado (REALE, 2013).



Saiba mais

Acúrsio e Bartolo eram, respectivamente, os conhecidos glosador e comentador da Idade Média. Foram eles, dentre outros, que voltaram a ler as obras de Direito romanas e trataram de reconstituí-las. Por meio da lógica e de uma adaptação aos seus novos valores cristãos, eles liam os textos antigos e faziam anotações no rodapé ou no meio das linhas. Essas anotações são chamadas de glosas, que levaram, posteriormente, à reconstituição da ciência Jurídica e seu florescimento na Idade Moderna (REALE, 2013).

O trabalho que eles faziam é parecido com aquelas notações que você escreve, com as suas próprias palavras, enquanto lê um livro doutrinário.

Sobre o Direito Natural, destacam-se as teorias de São Tomás de Aquino, ao afirmar que a lei natural é aquela fração da ordem imposta pela mente de Deus, governador do Universo, que se acha presente na razão do homem (RESENDE, 2015).



Saiba mais

Para compreender melhor como foram desenvolvidos o pensamento e a lógica de São Tomás de Aquino, sugerimos que assista ao vídeo a seguir. Nele são apresentados a maneira como o instinto e a razão se juntam para apontar para o Direito Natural, a relação do ser humano com o divino e, inclusive, as

críticas à teoria de Aquino.

NATURAL Law Theory: Crash Course Philosophy #34. Produção de Digital Studios. [S.l.]: CrashCourse, 7 nov. 2016. (9min38s).

No início da Idade Moderna, notamos uma mudança de paradigma. Com a saída do enfoque principal em Deus, e o ser humano tomado como o centro do pensamento, nos séculos XV e XVII com Pufendorf, Suárez, Grotius e, posteriormente, com Maquiavel, Rousseau e Spinoza, o racionalismo moderno universaliza a razão humana. Assim, para fazer “sobreviver” a teoria do Direito Natural, ele teve de ser secularizado. Isso significa que ele deveria existir mesmo na hipótese de Deus não existir. Insistia-se na ideia que caracteriza todo o Direito Natural clássico: “o Direito natural é absoluto, universal e supra-histórico” (KAUFMANN, 2014, p. 37). Nessa fase, o Direito Natural era o conjunto de normas ou princípios morais que resultavam da natureza das coisas, um dever-ser, especialmente da natureza humana, sendo por isso, racionalmente tidos como verdadeiros (DINIZ, 2004).



Assimile

Em suma, o jusnaturalismo é uma concepção, teoria, segundo a qual existe e pode ser conhecido um “Direito Natural”, ou seja, “um sistema de normas de conduta intersubjetiva, advinda da metafísica, diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado” [Direito positivo] (BOBBIO, 1995, p. 655).

A Modernidade é marcada por diversas fases, mas o que é importante ressaltar para nossa matéria é a teoria do contrato social de Hobbes e Rousseau, do século XVIII. Esses filósofos fazem parte da escola do racionalismo, em que a razão humana é a fonte do Direito Natural. Eles desenvolveram uma teoria que motivaria, posteriormente, a mudança do Direito Natural para o Direito Positivo: o contratualismo.



Exemplificando

Imagine que vivemos em um mundo sem regras. Somos totalmente livres. Pode parecer interessante, à primeira vista, poder fazer o que quisermos certo? Mas, somos muitos. Imagine todos fazendo o que bem entender. Seria um verdadeiro caos, não acha? O que esses filósofos pensaram era que, para sairmos desse caos, teríamos de fazer um contrato. Nele, cederíamos parte de nossa liberdade para que fosse possível a vida em comunidade. Esse documento recebe o nome de contrato social.

Segundo Hobbes, a natureza humana é má. Por esse motivo, era necessário criar o contrato social, um pacto em que os seres humanos saíam do estado de natureza, onde viviam em guerras constantes. Cria-se, assim, um novo modelo de organização, com o objetivo de libertar o ser humano das desigualdades, injustiças, miséria e etc. O Estado, movido pelo seu governo e corpo político, é o que, por meio das leis, proporciona a justiça e promove a estabilidade da sociedade. Para Hobbes, as leis da natureza são as ordens morais, estabelecidas entre os homens, e que foram positivadas a fim de garantir os direitos dos indivíduos, promovendo a ordem pública (MARQUES, 2007).

Rousseau seguia, no mesmo sentido, com enfoque na democratização do poder, culminado em uma vontade geral e na soberania. Para ele, há esse estado originário fictício no qual os indivíduos estabelecem por livre acordo os seus recíprocos direitos e deveres. Assim, a ordem jurídica é fundamentada no consenso geral, que tem como inalterável a razão humana, é universal e vale para todos e para sempre. Rousseau entendia que o contrato social limitaria os poderes do Estado, proporcionando a defesa dos interesses do povo. A lei seria o instrumento utilizado para garantir esses direitos. A partir do momento em que se inicia esse contrato social, há direitos que naturalmente são do ser humano e não podem ser limitados (KAUFMANN, 2014).

Essas ideias são criadas e utilizadas para justificar a queda do absolutismo, por meio das revoluções liberais. Com a Revolução Francesa, surge a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que define os direitos individuais e coletivos dos homens baseada nos princípios: liberdade, igualdade e fraternidade (BITTAR, 2004). O que se pretendia era a conquista de direitos fundamentais.

Esse é um momento-chave para o Direito, quando o Direito Natural começou a ser questionado. Por exemplo, havia alegações de que ele era uma doutrina idealista-dualista, baseada na distinção entre o Direito Real (o positivo) e um Direito Ideal imutável, identificado com a justiça. No entanto, percebeu-se que esse Direito Ideal não tinha eficácia, não tinha bases para garantir a paz e a segurança da sociedade. Por isso, foi necessário pensar em outras formas de aplicar e criar o Direito e romper, pelo menos em parte, com essas leis naturais. Assim, o século XIX aponta com o positivismo, com o desenvolvimento das ciências empíricas (MARQUES, 2007).

Como vimos, a ideia de *ius positivum* já existia desde, pelo menos, o século XII, e abarcava todas aquelas regras que não estavam dentro do Direito Natural. Com o sucesso das revoluções burguesas, difunde-se a ideia de que se necessita de um governo com leis e não de homens, e cria-se uma forma de controle desse poder estatal, consolidando as normas jurídicas na forma

de constituição (COSTA, 2001). Aqui, com base no contrato social, a lei é estabelecida de todo o povo para todo o povo, expressando a vontade geral e estabelecendo a igualdade. A lei considera todos como um bloco e as ações como abstratas, nunca em particular. Com a mudança da forma de pensar o Estado e o governo, o Direito também muda, e inicia-se a sua criação por força de decisões estatais. Assim, cada decisão estatal que cria uma nova norma jurídica, deve derivar outras decisões que criaram previamente outras normas jurídicas, como uma teia.

O Direito Positivo vai mantendo um caráter negativo durante os anos, transmitindo uma imprecisão a uma corrente de pensamento distinta da que se estava acostumado. É importante entendermos que o positivismo não é uma corrente unitária e integrada, mas tem um caráter histórico, assente em distintas concepções do que seja a positividade. A principal mudança do Direito Natural para o Direito Positivo é a sua origem, pois cada vez mais os teóricos prendem-se às suas raízes nas circunstâncias de fato de uma determinada sociedade e na ordem imposta pelo poder político, afastando-se da iluminação divina (MARQUES, 2007).



Saiba mais

O positivismo, desde seu nascimento, tem sofrido críticas. A partir de sua criação e impossibilidade de não mais haver o Direito Natural, coloca-se que o Direito Positivo prega uma obediência irrestrita à lei, que o juiz não mais se preocupa com a justiça, mas somente com o que está prescrito legalmente, um formalismo exacerbado etc.

Para entender melhor os aspectos do positivismo de Kelsen, assista ao vídeo a seguir e descubra mais sobre os pressupostos dessa filosofia que influenciou diversas gerações de juristas.

JUSPOSITIVISMO em Kelsen. Produção: Mateus Salvadori. [S.l.]: Mateus Salvadori, 2016. (6min52s).

Dessa forma, pode-se sintetizar as características do positivismo: a sua ideia principal é de que o Direito é produto da vontade humana, ou seja, cortam-se as inspirações relacionadas com vontades extra-humanas ou metafísicas. Isso se deve ao fato de que não há possibilidade de se demonstrar a raiz histórica ou uma ordem racional; o Direito é legítimo se tem coercitividade, se é resultado da lei, emanada por um poder soberano, e da vontade humana; o Direito pertence ao mundo dos fatos, portanto, não se deve fazer juízos de valor; há que se obedecer à lei e não pode haver processo criativo do Direito, cabendo ao legislador a sua criação. E, por fim, o Direito articula-se nas regras jurídicas, nos

atos administrativos e nas sentenças de uma determinada época, sendo determinado pelo tempo (MARQUES, 2007). Podemos identificar semelhanças entre essas características e as do Direito que temos hoje.



Refleta

Na Antiguidade Grega, o cidadão participava da criação do Direito e das discussões e era considerado virtuoso. Agora, com a tecnicidade, o aplicador do Direito precisa apenas saber como manejar a tecnologia que o envolve. Você acha que conseguiremos fazer um Direito justo somente com a técnica? Não será preciso retomar as ideias antigas para criticá-lo?

Conforme Neves, “O Direito positivo, estatizado, tende a transformar-se não só num instrumento técnico, como também num poderoso meio de gestão política” (1967, p. 592). A técnica, como a ciência de modo geral, é neutra em relação aos valores; mas ela não pode caminhar sozinha. Somente com a conjugação da filosofia (iluminação quanto aos valores), da ciência (estabelecimento de princípios estruturais para a organização do sistema jurídico) e da técnica, a ordem jurídica pode apresentar-se como um instrumento apto a orientar o bem comum. Assim, técnica jurídica é o conjunto de meios e de procedimentos que tornam prática e efetiva a norma jurídica (NADER, 2001).

É como se as técnicas fossem um mapa, necessário para a descoberta de um novo local. Para que o Direito seja aplicável na vida real, necessita desse conjunto de princípios que disciplinam a sua elaboração, interpretação e aplicação corretas: a elaboração, refere-se à conduta do legislador, daquele que faz a lei. Há que se seguir um procedimento prévio para que a lei reflita a vontade da sociedade; a de interpretação, técnica usada por todos os destinatários da lei, para análise do Direito escrito e sua ligação com princípios e teorias. E a de aplicação ou judicial, é a técnica que orienta os juízes a analisar a lei escrita e aplica-la no caso concreto. (NADER, 2001).

Em geral, dentro do positivismo, a lei caracteriza-se pela sua regularidade e generalidade, características técnicas, para que possa ser aplicada para todas as pessoas. Isso quer dizer que a abstração tem de estar presente em todas as situações, para que a sua aplicação seja factível. A lei visa as situações jurídicas e previamente definidas, como o casamento, incumprimento de contratos, prática de um ato ilícito, e é aplicada a todos aqueles que caíam no seu âmbito, não podendo ser discriminatória (MARQUES, 2007).

Ou seja, o positivismo trouxe a ideia de que o Direito é neutro, abstrato, formal, aplicado a todos que estejam naquela mesma situação previamente

determinada, como se fosse a aplicação de uma fórmula matemática e nada mais do que uma ciência. Atualmente, chega-se a pensar na possibilidade de automatizar a justiça, ou seja, de um computador aplicar o Direito, para que não haja mais erros ou ponderações e para que os processos judiciais sejam cada vez mais transparentes (KAUFMANN, 2015). O que você acha dessa ideia?

A experiência histórica nos ensina que nem o Direito Natural e nem o positivismo jurídico clássico tiveram sucesso. Isso porque, no século XX, os horrores do nazismo e do holocausto, institucionalizados pelo Estado e pelo Direito técnico, causaram muitos danos. Por isso, no PósSegunda Guerra foi necessário retomar alguns conceitos de Direito Natural. É o que conhecemos hoje por Direitos Humanos e a positivação desses Direitos Naturais. Como aponta Coelho, “O Direito é produto da história e constituído por ideias, formas de pensamento com que se aprisiona o real e o dissimula” (1985, p. 67). Com o passar da história e com a entrada da Modernidade, a concepção de mundo, que antes era teológica, também se modificou. O mundo passou a ser visto por uma concepção jurídica. Atualmente essas teorias do Direito são plurais. Não há só essa dicotomia, natural e positivo. Pode-se dizer que há um neopositivismo, funcionalismo e outras formas de renovação do Direito (KAUFMANN, 2015).

Com essa nova quebra de paradigma e necessidade de inserção de valores, voltaram algumas críticas do Direito, de ambos os lados. O jusnaturalismo coloca uma esfera jurídica ideal, a do Direito justo. Enquanto o positivismo, fenômeno histórico e social, só chega a uma estimativa. O jusnaturalismo, longe de ser ciência, era uma ideologia, existente somente nesse tempo em que a filosofia não tinha instrumentos teóricos suficientes; hoje ele é superado pela fundamentação da axiologia jurídica (NETO, 1975). Assim, temos que o Direito pode também manifestar uma ideologia.

Como vimos anteriormente, o Direito é a base da sociedade, é o que a organiza e é a base de estabilidade e de justiça social. Assim, o Direito é sobretudo valor e não existiria se não fosse o “homem ser espiritual, racional e livre” (PAUPÉRIO, 1977, p. 19). No domínio das ciências sociais, no qual o Direito está incluído, constata-se que o ser humano faz parte do objeto observado, ou seja, da sociedade. A partir disso é evidente que o seu resultado será predisposto, atitudes e pontos de vida, devido a essa participação na realidade. É a tendência de considerar os fenômenos sociais por meio dos óculos de nossa cultura. Dessa forma, conceitua-se ideologia como toda expressão de uma provável verdade, porém recebida com suspeita em face da possível deformação dessa verdade, pela influência do ser pensante e das relações que envolvem aquele que faz o Direito (BARROSO, 1961).

Assim, há uma íntima relação entre ideologia e ciência jurídica. A ciência jurídica é o pensamento tecnológico, que busca apresentar o Direito como um todo coerente, com uma unidade, como um sistema, para não haver contradições internas. O objetivo principal da ciência jurídica é o de que, com a análise dos fatos, chegue-se a uma decisão, para se pôr fim ao litígio (DINIZ, 2004). Em casos mais complexos, é necessário que os juristas vejam outros núcleos significativos para além dos fatos. Esses núcleos são os valores, os centros significativos que expressam uma preferência, abstrata e geral. Valores são, assim, símbolos de preferência para ações indeterminadamente permanentes, ou, ainda, fórmulas integradoras e sintéticas para a representação do sentido de consenso social.

Como esses valores são muito abstratos, precisa-se de um outro mecanismo, que os integre, dando um sentido e destinação para aquela ideia colocada. Tércio Ferraz coloca que esse é o papel das ideologias, que são conjuntos de avaliações dos próprios valores (FERRAZ JR., 2018). “Elas valoram os próprios valores” (DINIZ, 2004, p. 213). Assim, ao se deparar com a abstração dos valores, é necessário que se coloque uma rigidez e limite, dado pela ideologia. Ela atua, ao avaliar os valores, no sentido de os tornar conscientes, apreciando as estimativas que em nome deles se fazem, garantindo assim o consenso dos que precisam expressar seus valores, e estabilizando, em última análise, os conteúdos normativos. Diante da imensa gama de valores, a ideologia coloca uma ordem, diz o que deve ser privilegiado antes de outro (FERRAZ JR., 2018).



Exemplificando

O Direito é um produto social que expressa ideologias, tanto na hora da confecção da lei como na hora da decisão. Há, evidentemente, ideologias mais ou menos rígidas, mesmo que sejam fechadas em si. Ou seja, uma ideologia liberal permite a inserção de uma ideologia socialista, desde que não fira a sua essência. Pode-se ter Direitos Trabalhistas, mesmo em países como os EUA. Outros casos, por exemplo, podem ser mais fechados. Em uma cultura ocidental de base cristã, conteúdos normativos que desrespeitem a dignidade humana serão excluídos ou não aceitos pela sociedade.

Por isso, é necessário dissolver as imagens falsas ou distorcidas com que se aceita o retrato real do Direito. Não se trata de uma ciência neutra e desinteressada, mas sim que cria “conceitos pseudocientíficos, cobrindo com um manto de racionalidade as opções políticas traduzidas em normas legisladas” (LYRA FILHO, 1982, p. 31).

Em suma, com essa diferenciação entre Direito Natural e Direito Positivo, vemos que já concebemos o Direito como um produto do ser humano, da razão, e, por esse motivo, não há Direito neutro; ele é produto da vontade humana, da política, de jogos de poder e não mais vem da natureza ou do divino. Também, podemos concordar que o Direito deveria ser comprometido com os valores da sociedade, com o bem social, em busca dessa paz social. Este é o papel da ciência do Direito, conseguir conjugar esses valores e levá-los para a sociedade.

Dessa forma, aqui acabamos nosso trajeto pela cientificidade do Direito, em que aprendemos como ele foi concebido para entendermos o Direito da atualidade e todas as suas complexidades.

Sem medo de errar

O presente material teve como ideal demonstrar a cientificidade do Direito, por meio de pensamentos como o jusnaturalismo e o juspositivismo. Também percebemos a importância da ciência jurídica e aprendemos como foi desenvolvida durante a história para chegarmos até o Direito que temos hoje. Não temos uma resposta da melhor forma de se pensar o Direito, mas a partir desse conhecimento podemos criticá-lo, adaptá-lo e refleti-lo. Somente assim verdadeiramente o conheceremos.

Você se lembra de nossa situação-problema? A Professora Manu resolveu fazer uma dinâmica para a construção da nova sociedade proposta na ilha. Para isso, dividiu os voluntários em grupos. De um lado temos Antônio, que tentou impor suas ideias para todo o grupo, e de outro lado temos Jussara, que, apesar de ser a líder, queria votar as regras com a participação de todos. Agora que você já sabe sobre tecnicidade do Direito e suas ideologias, identifiquemos os possíveis resultados dessa dinâmica.

Para ajudá-lo a responder à questão, é preciso percorrer o caminho dialógico seguir:

1. Ao focarmos somente no Direito Positivo, modelo atual de Direito, vemos que ele é uma ciência, ou seja, tem técnicas especializadas para criar as normas, baseadas em alguns preceitos. Vamos descrevê-las?
2. Há algumas indicações de que a imposição de ideias pessoais no Direito não nos levará para um verdadeiro contrato social. A partir dessa teoria, podemos criticar a posição de Antônio?
3. A colocação de Jussara, defendendo a participação de todos na decisão das normas, está relacionada com algum modelo

de Direito?

No início da seção vimos que o Direito está presente nas nossas relações sociais, servindo para o controle da sociedade. O Direito Positivo, que apresenta formato semelhante ao do Direito atual, tem algumas características técnicas necessárias para que seja neutro e aplicável a todos, sem discriminações. Essa é a base da nossa sociedade, o estabelecimento da igualdade. Então, como o Direito é produto da vontade humana, ou seja, não tem mais inspirações vindas de Deus ou metafísicas, ele precisa vir de uma ordem racional ou histórica; com coercitividade; resultado de uma lei emanada por um poder soberano, um poder que seja também legítimo; sem juízos de valor, cabendo a um determinado ente, no caso o legislador, criá-lo. Assim, a partir dessas características, podemos criticar a posição de Antônio, especialmente na colocação de posições pessoais dentro do Direito. Essas imposições são contrárias ao que o contrato social impõe, já que ele foi criado para libertar os seres humanos das desigualdades e injustiças, privar, só por vontade própria de alguém, sem qualquer outro motivo, é injustificado. Só somos livres, porque temos direitos e obrigações para com a sociedade, sem qualquer forma de discriminação. O objetivo do contrato social era garantir direitos aos indivíduos promovendo a ordem pública. Assim, a ordem jurídica tem de ser estabelecida por um livre acordo, que vale para todos, inclusive para quem está colocando a lei, culminando na vontade geral.

Essa democratização do poder foi o proposto por Jussara. Ela tentou, de forma um pouco excessiva, fazer com que todas as regras fossem votadas. Ela se equivoca nesse ponto, tendo em vista que o Direito tem técnicas de abstração. As leis devem visar situações jurídicas previamente definidas, que vemos em nosso dia a dia, desde que sejam fatos jurídicos. Devem ser gerais e abstratas para que todos os que praticarem aquele ato ou caírem em seu âmbito recebam a consequência disposta previamente pela lei. Por isso, as técnicas pensadas pelo Direito precisam representar princípios para quem as elabora, as interpreta e as aplica, como se fossem um mapa ou um livro de instruções. Há que se seguir um procedimento prévio para que a lei reflita a vontade da sociedade.

Assim, respondendo à professora Manu, vemos que o grupo da Jussara está encaminhado para o que o contrato social e a ciência do Direito dispõem: para ela, a vontade e a opinião de todos é o que vale. Já Antônio, está indo além dos poderes que lhe foram concedidos, deixando os membros de seu grupo ainda mais insatisfeitos.

A necessidade do contrato social

Descrição da situação-problema

Nos dias atuais, não se pode negar que o Direito é uma ciência e por isso deve seguir algumas técnicas. Há necessidade de se conjugar, nas leis e nas práticas que o envolvem, a vontade da sociedade e, principalmente, os seus valores.

Arnaldo, um policial, chefe de um presídio de pequeno porte, situado no norte do país “Soberania”, achou que esses valores não se aplicavam a todos. No presídio que ele governa, há presos que cometeram crimes de diversas naturezas, aqueles de alto risco e até os de pequeno porte. Como revoltas entre os sentenciados eram muito raras e o presídio não tinha nem recursos, nem tampouco agentes para fiscalizar a conduta dos presos, Arnaldo resolveu aplicar uma nova forma de organização e, com isso, praticamente desistiu de lutar contra aquelas organizações criminosas.

Um dia, ele proferiu ordens ao seu pessoal para que todos liberassem os presos do cumprimento de quaisquer regras. Eles viveriam assim sem qualquer traço de opressão. Um verdadeiro estado de natureza.

Imagine que você é o diretor do conjunto de presídios daquele estado e chefe de Arnaldo. Ao receber o memorando que descrevia suas ideias mirabolantes, você as negou imediatamente. Como conhecedor da cientificidade do Direito e do contrato social, você refletiu: por que foi criado o contrato social e qual a necessidade de retirar a sociedade do estado de natureza? Por que não faz sentido voltarmos qualquer nível da sociedade para esse estado? Qual o risco de se viver em uma sociedade, mesmo que dentro de um presídio, sem o contrato social previamente definido? Haveria outra solução para o presídio? Agora você precisa justificar a Arnaldo o motivo pelo qual essa ideia não dará certo, utilizando o contratualismo e a cientificidade do Direito para isso.

Resolução da situação-problema

Agora que você já sabe sobre o contratualismo e a cientificidade do Direito é possível responder à questão colocada na situação-problema. Para ajudá-lo a responder à questão, é preciso percorrer o caminho dialógico a seguir:

1. Estabelecer a concepção do estado de natureza e o motivo pela qual há a necessidade de instituir o contrato social.

tência dos homens. Como técnica, o Direito se concretiza em conjunto de regras (nesse caso leis ou normas), que têm por objeto o comportamento intersubjetivo, ou seja, o comportamento dos homens entre si. (ABBAGNAMO, 2007, p. 278)

Na história do pensamento filosófico e jurídico pode-se colocar duas distintas concepções do Direito em si.

Com relação a esse contexto, complete as lacunas da sentença a seguir:

O _____ é uma concepção, uma teoria do Direito, que teve pensadores na Antiguidade Clássica e na Idade Média. Segundo ela, existe e pode ser conhecido um _____, ou seja, uma norma constante e invariável, de conduta intersubjetiva, advinda, dentre outras constantes, da _____, dada por meio do instinto e de um logos divino. Essa colocação é diversa e contraposta por um sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado, chamado de _____.

Assinale a alternativa que completa as lacunas corretamente:

- a) juspositivismo; Direito Positivo; razão humana; Direito Natural.
- b) jusnaturalismo; Direito Natural; metafísica; Direito Positivo.
- c) jusnaturalismo; contrato social; razão humana; Direito Social.
- d) jusnaturalismo; Direito Positivo; justiça; contrato social.
- e) juspositivismo; Direito Natural; justiça; Direito Positivo.

3.

“Nesse quadro, a ciência dogmática do Direito, na tradição que nos vem do século XIX, prevalentemente liberal, em sua ideologia, e encarando, por consequência, o Direito como regras dadas (pelo Estado, protetor e repressor), tende a assumir o papel de conservadora daquelas regras, que, então, são por ela sistematizadas e interpretadas. Essa postura teórica é denominada por Norberto Bobbio de teoria estrutural do Direito. (FONTE: FERRAZ JR., 2018, p. 89)

Sobre a questão de Direito e técnica, Direito e ideologia e cientificidade do Direito, julgue os itens a seguir:

I. O jusnaturalismo é uma ciência, teoria, que tinha instrumentos conceituais baseados somente na razão, sem qualquer manifestação ideológica. É o principal exemplo de Direito como técnica

II. A lei, na concepção atual do Direito, deve ser abstrata, dispor sob situações jurídicas previamente definidas e não discriminatória.

III. Ao analisar as regras e os fatos para dar uma solução ao litígio, o jurista deve aplicar determinada técnica. Entretanto, ele não pode se esquecer de suas concepções pessoais. Isso porque o Direito é subjetivo, por isso, o valor aprendido pelo juiz, de forma pessoal, deve ser considerado em todos os casos.

IV. A ciência do Direito coloca-se no plano da axiologia positiva, pois, ao procurar compreender e descrever o Direito, procura apreender seu sentido, apresentando soluções, atendo-se aos valores jurídicos constituídos pelas valorações reais vigentes em uma sociedade.

De acordo com o apresentado nas afirmativas e sua aplicação, assinale a alternativa correta.

- a) Apenas as afirmativas II, III e IV estão corretas.
- b) Apenas as afirmativas I, III e IV estão corretas.
- c) Apenas as afirmativas II e IV estão corretas.
- d) Apenas as afirmativas I, II e IV estão corretas.
- e) As afirmativas I, II, III e IV estão corretas.

Fontes do Direito

Diálogo aberto

Caro aluno, seja bem-vindo a mais uma parte do material que trata dos temas Direito, justiça, ciência, sociedade e fontes do direito. Depois de termos visto o conceito de Direito, a sua relação com a sociedade e a forma como, historicamente e filosoficamente, foi construído até chegar a nossa concepção atual, precisamos compreender a forma como o Direito nasce: as fontes do Direito.

Nesta seção, aprenderemos sobre leis, jurisprudência, princípios, doutrina e costumes. Também entenderemos o papel da Constituição (BRASIL, 1988) em nosso ordenamento, as divisões do Direito Positivo e a sua classificação em Direito Objetivo e Subjetivo. Aqui, notaremos que o Direito se torna mais palpável e começaremos a ver como ele é aplicado no dia a dia.

Para isso, teremos a ajuda da professora Manu. Após análises de relatórios, ela percebeu que seus resultados não condiziam com o que planejava entregar à universidade. Algo estava faltando. Os voluntários ainda tinham muitas dúvidas e, por mais que as técnicas da cientificidade do Direito tivessem dado bons resultados, o sistema ainda não estava completo.

Manu, muito atordoada, tentando escrever seu relatório, foi interrompida por Lucas, um dos voluntários destinado pelo grupo para ser o legislador. Ele alegou que estava praticamente impossível criar as normas, pois não se podia prever todos os fatos que poderiam levar a uma lei e isso estava causando problemas com o pessoal do judiciário. Após ele ter saído da sala, entrou Sabrina, uma das voluntárias que foi designada para ser uma das juízas na ilha. Ela precisava da ajuda de Manu para a resolução de um caso: Fábio e Marcos fizeram um contrato de troca de produtos que haviam plantado na ilha, entretanto, não acordaram a data que promoveriam essa troca. Os dois, muito confusos e depois de muita briga, resolveram procurar o judiciário e Sabrina foi designada para resolver a questão. Sabrina não tinha uma lei específica para resolver aquela questão. Será que o Legislativo havia se equivocado e diante da ausência da lei, ela teria de deixar o caso sem resposta? As lacunas legislativas são constantes? Existem mecanismos para responder a essa questão? Há outras formas de fazer nascer o Direito, para além da lei? Qual o papel dos juízes e das suas decisões para isso?

Com todas essas dúvidas e acontecimentos, a professora Manu requisitou sua ajuda na sistematização dessas ideias e na apresentação de resoluções,

assim, ela poderia terminar o relatório final para a universidade sobre o projeto da ilha. Vamos lá fazer esse sistema funcionar? Bons estudos!

Não pode faltar

Após ter visto a cientificidade do Direito, você deve ter se questionado sobre o nascimento dele. Já que não é uma inspiração divina, provavelmente você já imaginava que haveria instrumentos para a composição e gênese das leis. Esse tema refere-se à teoria das fontes do Direito. Neste material você verá que a teoria do Direito se torna mais palpável, pois poderemos ver, em casos concretos, como são criadas não só as leis, mas a jurisprudência, os princípios, os costumes, as doutrinas, tudo que compõe o sistema jurídico.

Para iniciarmos, podemos nos questionar: o que é fonte? Não precisamos ir muito longe para lembrarmos da fonte de água, por exemplo. Aquela nascente de rio, uma bica, de onde sai água potável para bebermos. A mesma ideia vale para quando pensamos em uma fonte do Direito. Ela é de onde vem o direito, onde ele é revelado, onde ele nasce. Na verdade, a fonte nada mais é do que o “próprio Direito, mas saído do oculto e revelado ao mundo” (NUNES, 2017, p. 110).

Para chegarmos ao conceito de fontes de Direito temos de retomar o que já estudamos. Você se recorda do conceito de Direito? Vimos que, apesar de não ter um conceito determinado, pode ser descrito como um conjunto sistemático de regras que ditam um fato, e caso este ocorra, terá alguma consequência de importância, uma sanção. Também, temos de retomar o conceito de Direito Positivo, que dizia que o Direito histórico advém do consenso geral de um poder legítimo determinado pela vontade da população. Ou seja, a concepção moderna de que o Direito não é um dado divino nem nasceu de uma obra metafísica, mas, sim, é uma construção cultural (FERRAZ JR., 2018). Se juntarmos essas duas perspectivas, o conceito de Direito e a sua percepção positivista, entendemos o sentido atual da fonte de Direito: pela sua concepção técnica, é a forma de produção das normas jurídicas; pela sua concepção material, refere-se aos textos normativos propriamente ditos, como as leis e a jurisprudência; pelo seu aspecto filosófico, consiste no fundamento da obrigatoriedade das normas; pelo fundamento sociológico, refere-se aos fatos que determinam o surgimento das normas (CONSCIÊNCIA, 1997).



Assimile

Chamamos de fontes do Direito cada um dos diversos processos de criação de normas jurídicas, entendidas estas como regras heterônomas (sujeitas à vontade de outrem) e coercitivas (com imposição de algo por

meio da força) que são atribuídas a uma determinada sociedade (COSTA, 2001). São “os fatos ou os atos aos que um determinado ordenamento jurídico atribui idoneidade ou capacidade para a produção de normas jurídicas” (BOBBIO, 1993, p. 169).

Paulo Nader distingue três espécies de fontes do Direito: históricas, materiais e formais. As fontes históricas indicam a origem das modernas instituições jurídicas, um reflexo da concepção filosófica e sociológica que vimos anteriormente. O retorno ao porquê de a norma ter sido criada, o motivo histórico e as questões sociais que a envolviam. Essa percepção é necessária para a melhor compreensão dos quadros normativos atuais. Você verá que essa fonte será um importante instrumento para a interpretação do direito (NADER, 2001).

As fontes materiais são a percepção de que o legislador não cria o Direito de sua vontade, mas sim de acordo com o consenso e com a vontade social. Assim, “as fontes materiais consistem no conjunto de fatos sociais determinantes do conteúdo do direito e nos valores que o direito procura realizar” (DINIZ, 2004, p. 287).



Dica

Podemos citar que as fontes materiais são inspirações advindas dos fatores sociais, religiosos, culturais, naturais, políticos, econômicos, morais, os valores de cada época, ou seja, elementos que emergem da realidade social e inspiram o ordenamento jurídico (DINIZ, 2004).

Por fim, as fontes formais são os meios de expressão do Direito, as formas pelas quais se exterioriza e torna-se conhecido (NADER, 2001). Em regra, a doutrina coloca como fontes formais: a lei, os princípios, os costumes, a jurisprudência e a doutrina. Já conhecemos alguns desses conceitos, mas aqui veremos como eles são aplicados dentro do Direito.

A lei e os costumes são considerados como fontes diretas pela doutrina, porque influenciam a própria formação do Direito, e o restante seriam fontes mediatas, apenas modos de revelação do Direito. Nos moldes atuais de construção e concepção do nosso Direito, pode-se dizer que essa divisão em direta e mediata já está defasada. Veremos que a jurisprudência tem uma grande importância no nosso dia a dia, pois as súmulas vinculantes e precedentes judiciais são usados a todo momento nos processos judiciais. Essa alteração faz parte de uma nova forma de pensar o Direito Positivo, em que a sua concepção puramente estatista, baseada no positivismo legalista, não se adequa aos valores inseridos no Pós-Segunda

Guerra. Deu-se um papel central para os direitos fundamentais, sociais e para os princípios, sendo que sua observância é basilar para cumprimento dos ditames do constitucionalismo contemporâneo (STRECK, 2011).

Entenderemos agora o que significa cada fonte formal de Direito, e começaremos pela mais importante: a Constituição. Provavelmente você já ouviu falar desse documento. Já teve a curiosidade de abrir e ler a nossa Constituição Federal (BRASIL, 1988)? Você verá que ela é de extrema importância e que está no ápice do ordenamento jurídico brasileiro. Todas as leis do Estado ficam vinculadas a ela e seu caráter de fonte máxima é reconhecido pelo próprio sistema (MARTÍNEZ, 1999). É, nela que estão descritos os Direitos Fundamentais e os procedimentos para garantir a soberania, a democracia e como serão construídas as outras leis. Kelsen, um importante filósofo do século XX, designou que a principal característica da constituição é ser uma norma fundamental, sob o sentido lógico-jurídico, pois é ela que confere o fundamento de validade da ordem jurídica (KELSEN, 1998). Dessa forma, podemos dizer que a Constituição é a fonte das normas gerais, a ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2014).

É importante ressaltar que a lei não se confunde com a Constituição. Até porque, se em algum momento a lei for contrária ao que está disposto na Carta Magna (sinônimo de Constituição) e seus princípios fundamentais, ela deve ser revisada, através de um controle de constitucionalidade de leis. Mas também precisamos compreender que a Constituição é formada por leis. Assim, a lei constitucional se sobrepõe a todas as outras normas integrantes do ordenamento jurídico, “uma autêntica sobrenorma” (DINIZ, 2004, p. 290).



Saiba mais

No caso brasileiro, além dos princípios, forma de organização do Estado, entre outras coisas, está descrito na Constituição como poderão ser feitas as outras leis que compõem o ordenamento jurídico: lei complementar; lei ordinária; lei delegada; medidas provisórias; decreto legislativo; resoluções do Senado; decretos regulamentares; instruções ministeriais; circulares; portarias; ordens de serviço (DINIZ, 2004).

Logo, isso significa que a Constituição é formada por leis, mas tem um status superior ao das outras leis. É lá que está disposto como se forma essa importante fonte do Direito.

Anteriormente, falamos sobre os sistemas de Direito, que em alguns países, como os Estados Unidos e a Inglaterra, é denominado *Common Law*. Nesses países as principais fontes do Direito são os precedentes judiciais. Diferentemente de países como o Brasil, Argentina, Portugal e diversos

outros, em que o sistema de Direito é chamado de *Civil Law*. Aqui, a Constituição e a legislação são as fontes de Direito mais importantes.

A respeito do termo legislação, lato sensu significa o “modo de formação de normas jurídicas por meio de atos competentes” (FERRAZ JR., 2018, p. 239), soberanos, advindos do reconhecimento das normas constitucionais. A lei é a forma moderna de produção do Direito Positivo, é o ato do Poder Legislativo que estabelece normas de acordo com os interesses sociais. Ou seja, a fonte material da lei são os próprios fatos e valores da sociedade (DINIZ, 2004). Toda legislação tem um poder, advindo do Estado, um poder soberano. Podemos observar que, pelo ordenamento jurídico brasileiro, todas as leis deverão estar identificadas pelos nomes daqueles que foram responsáveis pela sua sanção. No nosso caso, portanto, quem é o responsável por sancionar as leis é o presidente da República. Observe o exemplo a seguir, que apresenta local, data, e nome do presidente responsável pela sanção da lei:

Brasília, 10 de janeiro de 2002; 181^o da Independência e 114^o da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Aloysio Nunes Ferreira Filho

Este texto não substitui o publicado no DOU de 11.1.2002

(BRASIL, 2002, Código Civil)

É esse ato que dá soberania, legitimidade e poder à legislação (FERRAZ JR., 2018). É sinal de que os procedimentos legislativos foram cumpridos.



Saiba mais

No Brasil, o Poder Legislativo é dividido entre a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. No Congresso Nacional, senadores e deputados analisam projetos que podem virar leis e mudar a vida de muita gente. Mas até virar lei, esses projetos passam por uma tramitação.

Para conhecer um pouco mais sobre esse processo, assista ao vídeo a seguir. Nele você verá como funciona a relação dos senadores e as comissões específicas que analisam os projetos de lei até a sanção presidencial.

TVSENADO. Conheça o passo a passo da tramitação de um projeto. Publicado em: 27 de abril de 2018.

A lei, desde sempre, esteve presente na história do Direito. Entretanto, apenas no século XIX, com a complexidade da sociedade, é que ela surgiu para fornecer segurança jurídica. Assim, a lei deve ser vista como o texto normativo geral e abstrato produzido pelos órgãos legislativos, da forma

como a Constituição determina. A lei deve ser razoável e abstrata, a fim de conseguir promover a democracia e a igualdade dos cidadãos (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2014), um instrumento “regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos” (MELLO, 2011, p. 10).



Lembre-se

Há ainda que se citar uma outra importante fonte, advinda da legislação, entretanto de âmbito internacional. São os tratados ou convenções internacionais. Eles são acordos feitos entre Estados ou entre Estados e Organizações Internacionais, podendo tratar de diversos assuntos (desde economia até a direitos humanos), em que se estipulam direitos e obrigações (NUNES, 2017).

As leis são as fontes mais importantes de nosso ordenamento, por isso temos mais contato com elas em nosso dia a dia (são mencionadas o tempo todo em jornais, revistas, sites etc. Mas, o Direito não nasce somente das leis. Outra fonte do Direito é a jurisprudência, conceituada como o “conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes das aplicações das normas e outros casos parecidos” (DINIZ, 2004, p. 295). O juiz tem o papel de aplicar o Direito ao caso concreto. Diante de um fato jurídico, ele identifica a existência de uma lei, ou outra fonte do Direito, e, assim, emana uma decisão para dirimir aquele conflito. Para isso, ele deve, evidentemente, realizar um trabalho prévio de interpretação das leis, que nem sempre são suscetíveis de uma única interpretação e aplicação (DINIZ, 2004).



Atenção

Uma só decisão não consolida uma jurisprudência. Deve haver, portanto, “uma série de julgados que guardem, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência” (REALE, 2013, p. 158) e que coincidam quanto à substância das questões que estão tratando.

A fim de ilustrarmos melhor essa questão, suponhamos que uma pessoa entre em conflito com outra, sendo que tal evento desperte interesse jurídico (ou seja, não esteja apenas, por exemplo, em uma área da moral, mas do Direito). Ao analisar esse caso hipotético, o juiz responsável pela sentença poderá fundamentá-la baseando-se em outra decisão judicial que apreciou um conflito semelhante no passado. Assim, perceba que o trabalho dos juristas (advogados e juízes) se concentrará mais no sentido de tentar equiparar um caso do presente com outros semelhantes já julgados no passado. O objetivo

dessa ação é tentar atrair as mesmas consequências jurídicas dispostas naquelas decisões, pois tem-se a compreensão de que fatos iguais devem ser tratados de modo igual pelos tribunais.

No caso do sistema *Common Law*, a jurisprudência pode criar o Direito. No nosso caso, *Civil Law*, é diferente. A “jurisprudência limita-se a revelar o direito preexistente” (NADER, 2001, p. 171). Ou seja, mesmo que haja uma falha no ordenamento jurídico, chamado de lacuna, e não havendo uma lei para ser aplicada naquele caso concreto, o juiz não pode criar uma norma excepcional. Ele tem de usar o próprio sistema para resolver o caso (FERRAZ JR., 2018). Essa ação do juiz se chama analogia, um método de interpretação jurídica utilizado quando, diante da ausência de previsão específica em lei, aplica-se uma disposição legal que regula casos idênticos, semelhantes ao da controvérsia (SIMÃO, 2004). Na prática, verifica-se que, algumas vezes, os juízes introduzem novos preceitos no mundo jurídico, movidos pela necessidade de resolver a demanda e diante da inércia do legislador (NADER, 2001). Pode-se, para isso, usar outras fontes, como os princípios ou a doutrina.



Exemplificando

Caro aluno, pelo fato de esse ser um tema novo para você, trataremos diversos exemplos, conforme o apresentado a seguir.

No judiciário brasileiro, é comum os juízes introduzirem novos preceitos jurídicos por meio de exames em julgamentos de alguns casos. Isso ocorreu, por exemplo, com a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o nepotismo, em que se pedia a proibição da nomeação de parentes para cargo na função pública, em detrimento de outros mais qualificados. Os ministros da suprema corte sentiram a necessidade de ultrapassar os limites impostos pela lei para resolver esse caso específico. Acompanhe:

“I — Embora restrita ao âmbito do Judiciário a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II — A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III — Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da CF/1988. (Fonte: RE 579.951, rel. min. Ricardo Lewandowski, 20-8-2008, DJE 202 de 24-10-2008)

“A jurisprudência, de um modo ou de outro, acaba impondo ao legislador uma nova visão dos institutos jurídicos, alterando-os, às vezes integralmente, forçando a expedição de leis que consagram a sua orientação” (DINIZ, 2004, p. 299). Quem está “na frente de batalha” e faz a aplicação da lei é o juiz e

este pode verificar que, por mais legítima que seja a norma, ela pode não se adequar ao fato jurídico ou até não existir. A doutrina coloca situações como essa tratando-a como “uma antecipação da tarefa legislativa” (DINIZ, 2004, p. 299). É o típico caso em que se verifica a necessidade de solução para uma controvérsia, embora não haja lei para regulamentá-la. O juiz antecipa-se, mas a sociedade aguarda que o legislador cumpra a sua função e complete essa lacuna.

Outro ponto de debate acadêmico é o instituto da súmula vinculante. O nosso Supremo Tribunal Federal poderá, após reiteradas decisões sobre uma mesma matéria constitucional, editar uma súmula que terá efeito vinculante para todos os outros órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública. Essa súmula só poderá ser editada desde que se tenha uma insegurança jurídica sobre o assunto tratado e que, caso não tenha a súmula, implicará em uma multiplicação de processos idênticos, causando um aumento desnecessário quantitativamente nos tribunais (MOURA, 2006). Assim, o tribunal combate divergências de interpretações e unifica o entendimento (NADER, 2001).

Os princípios gerais do Direito formam outra fonte de notável importância. Já citamos e falamos várias vezes sobre os tais princípios, mas ainda não conhecemos o seu conceito. Eles são normas fundamentais e nucleares de um sistema (MELLO, 2011), postulados racionais que estão pressupostos dentro do sistema jurídico, que refletem seus valores e ideais. Os princípios também servirão para completar lacunas da lei. Em casos como esse, o juiz poderá, pela aplicação do método dedutivo-axiológico e sistêmico, utilizar os valores (elevados à condição de normas do ordenamento, ou seja, de princípios) do ordenamento, e, assim, proferir uma decisão sem causar qualquer conflito contra outras normas já existentes. Os princípios também servem para nortear o juiz no exercício interpretativo de uma norma do ordenamento jurídico (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2014). Aliás, essa última função encontra respaldo na própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conforme indicado a seguir: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 1942, art. 4).



Refleta

Arthur Kaufmann coloca seis princípios gerais de Direito essenciais para a solução de antinomias e a busca pela justiça: Princípio do *sum cuique tribuere*, dar a cada um o que é seu; princípio da regra de ouro, faça a cada um o que gostaria que fizessem a ti; imperativo categórico de Kant, em tudo que o ser humano faz deve sempre tratar a si mesmo e a seus

semelhantes como fim e nunca como meio; princípio da equidade, todos devem participar tanto dos benefícios como dos encargos; princípio da responsabilidade, a ação do cidadão não pode diminuir ou prejudicar a subsistência da vida humana ou da natureza; princípio da tolerância, a ação humana deve sempre ser direcionada para diminuir a miséria humana (KAUFMANN, 2014).

Você consegue identificar no seu dia a dia se o Direito cumpre ou não esses princípios?

Também, como fonte do Direito, temos os costumes e a doutrina. Os costumes são práticas reiteradas e constantes de certo ato, “uma norma que deriva de longa prática uniforme ou da geral e constante repetição de dado comportamento sob a convicção de que corresponde a uma necessidade jurídica” (DINIZ, 2004, p. 308).



Saiba mais

Você sabia que, legalmente, o cheque é uma ordem de pagamento à vista? Entretanto, é um costume utilizá-lo para a garantia de uma dívida ou até o pagamento a prazo. Acostumou-se, assim, e mesmo que levado ao juiz, ele aceitará essa característica de pagamento futuro.

Com a prática reiterada, é normal que com o tempo o costume seja inserido no ordenamento e se transforme em lei. Esses casos são chamados de costumes *secundum legem*. A lei, nesse caso, reconhece a sua eficácia obrigatória. Há casos em que os costumes servem para preencher lacunas, onde a lei não está, e o aplicador pode procurar uma prática reiterada na sociedade. São chamados de *praeter legem*. Alguns doutrinadores entendem a possibilidade do costume *contra legem*. Como o próprio nome diz, os costumes podem ser contrários à lei. Clóvis Bevilacqua, um importante doutrinador, diz que esses costumes podem ser importantes para fazer prevalecer a justiça e a conveniência sobre quaisquer outras considerações, apesar da lei escrita. Assim, dificilmente os juízes poderiam ignorá-los (DINIZ, 2004).

A doutrina e os seus estudos científicos são necessários para a atualização do Direito Positivo, a tarefa de investigar e os princípios e institutos (NADER, 2001). A doutrina é uma fonte mediata, ela não forma leis, mas sua autoridade é uma base de orientação e interpretação do Direito. Ou seja, ela é “responsável pelo aparecimento de standards jurídicos, fórmulas interpretativas gerais” (FERRAZ JR., 2018, p. 257) para conferir uniformidade a conceitos vagos.

Após nos debruçarmos sobre as fontes do Direito, podemos agora entender como funciona o nosso Direito Positivo como um todo. Dessa forma, temos que o Direito Positivo é a soma do Direito Objetivo e do Direito Subjetivo (NUNES, 2017). Mas o que significa essa divisão? O Direito Objetivo é um conjunto de normas impostas ou preceitos imperativo-atributivos ao comportamento humano, destinados a organizar a vida social, autorizando o indivíduo a fazer ou não fazer algo (DINIZ, 2004). Ou seja, é “a norma jurídica em si, enquanto comando que pretende um comportamento” (NUNES, 2004, p. 170). Por outro lado, o Direito Subjetivo é “a permissão que tem o ser humano de agir conforme o direito objetivo” (DINIZ, 2004, p. 251). É o interesse de uma pessoa, juridicamente tutelado, protegido por uma norma objetiva.



Exemplificando

O Código Civil brasileiro dispõe em seu art. 927, um Direito Objetivo, em que aquele que comete um ato ilícito e causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002). Em um acidente de trânsito, quem sofreu a batida tem a garantia de que, se ajuizar uma ação, o seu direito valerá e ele estará assegurado de que quem agiu incorretamente será responsabilizado e pagará uma indenização. Esse é o Direito Subjetivo.

Assim, podemos verificar que os códigos legais podem expressar os direitos ou os deveres de uma pessoa, normas de conduta social, como os indivíduos devem agir. E, caso haja o descumprimento, o Direito Subjetivo designa a faculdade da pessoa de agir dentro das regras objetivas. É o poder que as pessoas têm de fazer valer seus direitos individuais.

O Direito também pode ser dividido em Direito Público e Direito Privado. Para entendermos essa diferenciação é importante enxergarmos o Direito como uma árvore, em que podemos identificar ramos diferentes, mas advindos do mesmo tronco. O Direito Público diz respeito, principalmente, mas não exclusivamente, à situação do Estado. É

“[...] aquele que regula as relações em que o Estado é parte, ou seja, rege a organização e atividade do Estado considerado em si mesmo (direito constitucional), em relação com outro Estado (direito internacional), e em suas relações com outros particulares [...] (direito administrativo e direito tributário). O Direito privado é o que disciplina as relações entre particulares, nas quais predomina, o interesse de ordem privada [como o Direito Civil e Empresarial]. (DINIZ, 2004, p. 255)

Você conhece mais algum ramo do Direito? O Direito Processual visa à aplicação dos princípios e das regras formuladas por outros ramos do Direito, como o Civil, o Penal e o Trabalhista, e a esse Direito se dá a designação de Direito Adjetivo, devido a sua função instrumental (MARQUES, 2007), sendo, também, público, diante do interesse da sociedade de estabelecimento de ordem e paz social. O Direito Penal também é público, pois é o que regula o exercício do poder punitivo do Estado.

Aqui terminamos mais uma unidade, direcionada para o estudo da ciência do Direito.

Até a próxima unidade e bons estudos!

Sem medo de errar

Prezado aluno, chegamos ao final de mais um material. Aqui vimos as fontes do Direito, a sua gênese dentro do ordenamento jurídico e as diversas fontes formais. Pudemos sentir um pouco da prática do Direito. Agora, somos capazes ajudar a professora Manu com as questões judiciais da ilha.

Como vimos, a professora Manu está na fase final de seu projeto, mas ainda precisa resolver dois problemas. O primeiro foi apresentado pelo legislador da ilha, Lucas, que alegou não ser possível criar leis o tempo todo, para todos os fatos que aconteciam na ilha. Deveria existir um outro sistema de completar lacunas. O segundo foi informado pela juíza Sabrina. Ela disse que havia realmente um problema de integração das leis, pois, ao tentar resolver o caso de Fábio e Marcos, que fizeram um contrato sem data de entrega dos bens envolvidos, não encontrou qualquer lei correspondente que apresentasse uma resposta objetiva, e ela não sabia o que fazer para resolver a demanda.

Manu então se questionou sobre essas questões. Ela precisava sistematizar as regras; precisava entender de onde nascia o Direito, pois deveria existir uma lei com mais força do que as outras para explicar o caminho a ser seguido para criação de novas leis e em casos como esse de lacunas. Agora conseguimos ajudá-la a responder a essas perguntas tendo como fundamento as fontes do Direito. Para isso, é preciso percorrer o caminho dialógico a seguir:

1. Que instrumento pode ser considerado como um fundamento para o restante do ordenamento jurídico?
2. É necessário ter uma lei para todos os fatos jurídicos, ou há outras formas de fazer nascer o Direito?

3. Qual o papel e força das decisões dos juízes? Há que se colocar limites nessa criação do Direito pelos juízes?

Vimos que, dentro das fontes formais de Direito, temos a lei, a jurisprudência, os princípios gerais de Direito, os costumes e a doutrina. Em nosso ordenamento jurídico, a legislação tem um papel fundamental, ela é a fonte principal. Entretanto, pode não ser suficiente. Por isso, as outras fontes servem de apoio para essa criação.

Também aprendemos que como ápice de todas as fontes temos a Constituição (BRASIL, 1988). É nela que estão descritos os Direitos Fundamentais e os procedimentos para garantir a soberania, a democracia e como serão construídas as outras leis. Assim, para responder à demanda do legislador, a construção de uma Constituição para a ilha é a melhor solução. A Constituição permitiria que a ilha ficasse mais organizada, além de descrever os princípios que toda a criação legislativa que está por vir deverá seguir.

Mas, a legislação não é a única forma de se “ter” o Direito. Podemos, também, utilizar os princípios gerais de Direito, costume, jurisprudência, doutrina. A lei e os costumes são fontes diretas de criação, influenciam a própria formação do Direito. As outras, são fontes de inspiração, podem ser usadas, por exemplo, em casos de lacunas. Sendo que, quando se identifica uma lacuna, o juiz em um caso concreto não pode simplesmente não decidir, pode usar uma dessas outras fontes. Mas também caberia ao legislativo, quando identificado, criar a lei para que o sistema ficasse completo. Então, para Sabrina resolver a situação, poderia verificar se outro juiz na ilha já havia decidido um caso parecido. Assim, utilizaria a jurisprudência como fonte. Ela é conceituada como o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes das aplicações das normas em outros casos parecidos. Através de um trabalho de interpretação, o juiz resolve o caso. Essa decisão fica registrada e quando tiver um caso parecido sob julgamento por outro magistrado, as partes poderão suscitar-lo e utilizá-lo como um precedente. Lembrando que só uma decisão não é capaz de formar uma jurisprudência. Deve haver uma série de julgados que guardem, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência.

Por outro lado, Manu também pode agir no sentido de verificar os princípios basilares do Direito Civil, que trata de contratos. Eles podem dar uma orientação sobre como resolver a demanda.

Entretanto, por fim, precisamos nos conscientizar de que no caso brasileiro, que adota o sistema da *Civil Law*, sabe-se que a jurisprudência se limita a revelar o Direito preexistente. Em outras palavras, o juiz não tem o poder de legislar. Esse é um limite imposto ao Poder Judiciário.

Vicente e as decisões reiteradas

Descrição da situação-problema

As fontes do Direito são, como o próprio nome diz, de onde nasce o Direito. Existem várias fontes, para além da legislação, que é a mais comum. O judiciário também tem um importante papel para essa criação, por meio da jurisprudência. Como, por exemplo, o trabalho realizado por Vicente. Ele é juiz do “Tribunal Supremo” em uma grande cidade litorânea do país “Kaos”. Sua mesa está sempre cheia de processos e ele quase não tem tempo para sua família. Certo dia, ocorreu uma enchente na cidade, que destruiu casas e carros de milhares de pessoas. O jornal da cidade descobriu que foi por culpa do Estado que não se construiu uma barragem de proteção. Com isso, os processos aumentaram, chegava-se a ter cem processos idênticos, sobre a mesma matéria, por dia. Todos querendo uma indenização do Estado pela falta de cuidado com a cidade e pelos danos sofridos. Depois de recursos, as demandas chegaram nas mãos de Vicente, que se viu diante de uma insegurança jurídica e já não sabia o que fazer.

Há alguma fonte do Direito que pode ser utilizada para esses casos? Como Vicente pode ajudar a resolver essa insegurança jurídica e evitar que o judiciário fique com ainda mais processos? Para resolver essas questões, ele chamou você, seu assessor, para pensar em uma solução para o caso, já que era impossível e desnecessário precisar dar tantas decisões sobre a mesma matéria e no mesmo sentido.

Resolução da situação-problema

A questão nos remete para a situação das fontes do Direito, em especial, a jurisprudência e as súmulas vinculantes. Vimos que a jurisprudência é uma série de julgados que guardam, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência. Por meio de um trabalho de interpretação da lei, o juiz dá uma decisão sobre um caso concreto. Se são decisões constantes, tornam-se uma jurisprudência. Acontece que, em algumas situações, os tribunais superiores podem emanar súmulas vinculantes. No caso brasileiro, o nosso STF poderá, após reiteradas decisões sobre uma mesma matéria constitucional, editar uma súmula que terá efeito vinculante para todos os outros órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública. Podemos fazer um paralelo desse instituto com a situação-problema e o caso de Vicente. Como há uma insegurança jurídica sobre o assunto tratado, uma multiplicação de processos

idênticos, causando um aumento desnecessário quantitativamente nos tribunais, a edição da súmula pode ser uma solução. Assim, evitará divergências de interpretação e se unificará o entendimento nos outros tribunais, diminuindo, dessa forma, a quantidade de processos.

Faça valer a pena

1. A doutrina designa como “fonte” o fundamento de validade jurídico-positiva da norma jurídica (DINIZ, 2017). As fontes formais são os meios de expressão do Direito, as formas pelas quais se exterioriza e se torna conhecido (NADER, 2001). Uma parte da doutrina divide as fontes em diretas e mediatas, de acordo com sua relação com o Direito.

De acordo com essa concepção doutrinária, assinale a alternativa que corresponde a uma fonte direta do Direito:

- a) Princípios gerais do Direito.
- b) Legislação.
- c) Jurisprudência.
- d) Doutrina.
- e) Moral.

2. Práticas consuetudinárias, também conhecidas como costumes, formam uma fonte de Direito, considerada direta. Trata-se de “uma norma que deriva de longa prática uniforme ou da geral e constante repetição de dado comportamento sob a convicção de que corresponde a uma necessidade jurídica” (DINIZ, 2004, p. 308).

Considerando o contexto e o conceito de costume, avalie as alternativas a seguir:

I. Os costumes são práticas reiteradas, sendo sinônimos de costumes sociais, como a obrigatoriedade de ir à igreja aos domingos.

II. A utilização de cheque pré-datado é um exemplo de costume que tem relevância para o mundo jurídico.

III. Os costumes podem ser divididos e *secundum legem, praeter legem e contra legem*.

IV. O costume nasce de cima para baixo, sendo determinado pelo Estado para a sociedade.

Assinale a alternativa correta:

- a) Apenas as afirmativas I, III e IV estão corretas.
- b) Apenas as afirmativas I e IV estão corretas.
- c) Apenas as afirmativas II e III estão corretas.
- d) Apenas as afirmativas II e IV estão corretas.
- e) As afirmativas I, II, III e IV estão corretas.

3.

“ Poderíamos multiplicar os exemplos para demonstrar que as estruturas normativas, que constituem o Direito Objetivo, não são meras formas lógicas vazias, mas formas de uma experiência concreta, cujas linhas dominantes ou essenciais foram abstraídas da realidade social para operar como instrumento de disciplina social, isto é, como “modelos jurídicos”. (REALE, 2013, p. 176)

O Direito Positivo pode, assim, ser dividido em Direito Objetivo e Direito Subjetivo, que guardam grandes diferenças entre si.

Assinale a alternativa que corresponde a um exemplo de Direito Objetivo.

- a) Ajuizamento de uma ação processual para reaver um crédito de um devedor.
- b) Uma gestante que chega ao hospital e está em trabalho de parto de seu primeiro filho.
- c) Uma chuva torrencial que acontece em uma serra, mas que não causa danos.
- d) Um trabalhador que vai atrás de seus direitos após um despedimento arbitrário.
- e) Liberdade de convencionar o valor do aluguel, desde que não seja em moeda estrangeira.

- ABBAGNAMO, N. **Dicionário de Filosofia**. ed. rev. e atual. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ABBOUD, G.; CARNIO, H. G.; OLIVEIRA, R. T. de. **Introdução à teoria e à filosofia do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. São Paulo. Nova Cultural: 1996.
- BARROSO, M. G. Ideologia, ciência e utopia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, [S.l.], n. 34, 1961.
- BASTOS, C. R. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1978.
- BETIOLI, A. B. **Introdução ao Direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BITTAR, E. C. B. O jusnaturalismo e a filosofia moderna dos Direitos. Reflexão sobre o cenário filosófico da formação dos Direitos Humanos. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, n. 80, 2004.
- BOBBIO, N. **El positivismo jurídico, lecciones impartidas em el curso académico 1960/61 y reunidas por Nello Mora**. Madrid: Debate, 1993.
- BOBBIO, N. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. Lei. n. 3.071, de 1º janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, 5 jan. 1916. p. 133. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 3 dez. 2018.
- BOBBIO, N. Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Decreta o Código Eleitoral. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, 26 fev. 1932. p. 3385. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 3 dez. 2018.
- BOBBIO, N. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, 9 set. 1942. p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 14 dez. 2018.
- BOBBIO, N. Constituição (1988). **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 dez. 2018.
- BOBBIO, N. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 3 dez. 2018.
- BOBBIO, N. Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 29 mar. 2005. p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm. Acesso em: 3 dez. 2018.
- BOBBIO, N. **RE 579.951**, rel. min. Ricardo Lewandowski, 20-8-2008, DJE 202 de 24-10-2008.
- CICERO, M. T. **Da República**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985.
- COELHO, L. F. Ideologia e Direito. **Seqüência**, UFSC, Florianópolis, v. 06, n. 11, 1985.

- COMMAILLE, J. (Ed.). *La famille, la loi, l'Etat. Droit et Société*, [S.l.], n. 14, 1990.
- CONSCIÊNCIA, E. H. *Breve introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Almedina, 1997.
- COSTA, A. A. *Introdução ao Direito: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas*. Porto Alegre: Fabris, 2001.
- DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DINIZ, M. H. Fontes do Direito. In: CAMPILONGO, C. F.; GONZAGA, A. de A.; FREIRA, A. L. (Coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (Coords. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopedia-juridica.pucsp.br/verbete/157/edicao-1/fontes-do-direito>. Acesso em: 14 dez. 2018.
- DURKHEIM, E. *As regras do método sociológico*. trad. Maria Isaura Pereira de Queiroz. 6. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972.
- FERRARI, V. *Funciones del derecho*. Madrid: Editorial Debate, 1989.
- FERRAZ JR., T. S. *Introdução ao estudo do Direito*. Técnica, decisão, dominação. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- FILHO, S. C. *Programa de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.
- HERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Martin Claret, 2000.
- JELINEK, R. *O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil*. Porto Alegre: Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2018.
- KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.
- KAUFMANN, A. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- KAUFMANN, A. *Introdução à filosofia do Direito e à teoria do Direito contemporâneas*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.
- KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LYRA FILHO, R. *O que é o Direito?* 11. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.
- MARQUES, M. R. *Introdução ao Direito*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1.
- MARTÍNEZ, G. P. *Curso de Derechos Fundamentales*. Teoría General. Colección Cursos 3. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999.
- MELLO, C. A. B. de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MIRANDA, P. de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- MOURA, N. T. *Súmula vinculante: uma análise na perspectiva das fontes do direito*. [S.l.]: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2006. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/640-958.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.
- NADER, P. *Introdução ao Estudo do Direito*. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

NETO, M. A. L. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975.

NEVES, A. C. **Questão-facto – questão-de-Direito ou o problema metodológico da juridicidade**: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967.

NUNES, R. **Manual de introdução ao estudo do Direito**: com exercícios para sala de aula e lições de casa. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

PAUPÉRIO, A. M. **Introdução à ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

RADBRUCH, G. **Filosofia do Direito**. 6. ed. rev. e ampl. Coimbra: Editor Sucesso, 1997. (Coleção Studium).

REALE, M. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RESENDE, A. J. Conceito e evolução histórica do Direito Natural. **Jurídica**, ano 3, n. 3, jan. 2015.

SIMÃO, J. F.; DEQUECH, L. **Elementos do Direito**: Direito Civil. São Paulo: Prima Cursos Preparatório, 2004.

STRECK, L. L. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Unidade 2

Teoria da norma jurídica e teoria do ordenamento jurídico

Convite ao estudo

Seja bem-vindo, caro aluno. Neste material daremos um passo adiante no descobrimento da introdução ao estudo do Direito. Após entendermos o seu conceito, percurso histórico e filosófico para chegarmos até as concepções atuais do sistema jurídico, a sua cientificidade e as suas fontes, veremos a Teoria da Norma Jurídica e a Teoria do Ordenamento Jurídico.

O que vem à sua cabeça quando pensa em normas? Será que é só a legislação estatal? Bem, veremos que o conceito de normas vai muito além do conceito de lei. E ordenamento jurídico? Já ouviu esse termo antes? Veremos que é mais ou menos a organização de todo esse sistema. Neste material, veremos a diferença de norma social para norma jurídica; suas características e tipo; diferença de sanção para coação; validade e vigência; ordenamento jurídico e alguns pontos importantes para o direito processual, como o direito adquirido e a coisa julgada. Ao final desta unidade, você será capaz de identificar a estrutura hierárquica do Direito e analisar o seu funcionamento. Para isso, apresentamos um caso fictício que nos guiará durante esse percurso.

Sérgio, um cientista político e jornalista, estava procurando uma nova história e matéria jornalística para fazer. Resolveu, então, ir para o país que era última notícia nos jornais e nas redes sociais: o Estado “Newstate”. Trata-se de um novo Estado, criado após uma grande luta e revolução feitas pelos seus cidadãos. Eles não estavam mais de acordo com o regime e as formas de organização colocadas pelo seu antigo ditador Mortus. Chegando em Newstate, Sérgio decidiu observar mais atentamente a população local, as políticas e regras que lá estavam sendo desenvolvidas. Seu objetivo era escrever um livro, que poderia ser o novo *best seller* mundial. Afinal, aquele lugar não tinha nada a ver com o que se pensava de uma sociedade moderna. Vamos embarcar com Sérgio para mais uma aventura? Vamos lá e boa sorte!

Teoria da norma social e jurídica

Diálogo aberto

Prezados alunos, aqui retomamos nossa aventura e damos um passo seguinte para entendermos as normas! Você já parou para pensar como a palavra norma é comum em nosso dia a dia e não só no mundo do Direito? Falamos em normas ou regras o tempo todo. Afinal, são elas que nos integram e possibilitam a vida em sociedade, certo? Em casa, nos estudos, no trabalho e na religião muitas normas nos são impostas. Algumas, se as descumpriremos, teremos consequências. Não podemos dirigir sem o uso do cinto de segurança, certo? Se o fizermos, corremos o risco de sermos multados! O que é esta multa? Ela é chamada de sanção. Em outros casos, não sofremos quaisquer consequências diante do não cumprimento como as normas sociais. Ora, andar de pijamas na rua não motiva nenhuma consequência. Neste material entenderemos o porquê! E também, entenderemos a diferença entre norma social e norma jurídica, suas características; a forma, poder e autoridade; os tipos de normas jurídicas e dividi-las nos ramos do Direito. Veremos que as normas sofrem influência direta das condições culturais, morais e econômicas da sociedade. Não esperávamos o contrário, já que assim como o Direito, ela advém do consenso social.

Para darmos o passo adiante e descobriremos um pouco mais desse novo mundo do Direito, caminhamos, em conjunto com Sérgio, nosso jornalista, para um novo Estado:

Sérgio, um famoso cientista político e jornalista, resolveu alargar seus horizontes e aceitou o desafio de fazer um novo livro, que seria o novo *best seller* mundial. Para isso, viajou ao Estado Newstate. Tratava-se do Estado, formado após uma revolução, em que o antigo imperador Mortus foi deposto, porque seus cidadãos não estavam de acordo com o seu regime. Ao chegar lá, Sérgio foi lá falar com seu novo líder Vivace. A pesquisa de campo consistia em observar atentamente a população local, as políticas e regras que naquela região estavam sendo desenvolvidas. Com os dados e informações em mãos, ele conseguiria seu livro sobre o tema. Foi aí que Sérgio teve a ideia de entrevistar Vivace, que lhe confessou ser inexperiente e não pôde lidar com essa transição. Sérgio se ofereceu para ajudá-lo, já que ele tinha estudado organização do Estado, das normas e do ordenamento jurídico. Nada melhor para seu livro do que estar por dentro da administração local! Vivace e Sérgio encontraram seu primeiro desafio quando foram falar com a chefe da Autoridade Legislativa, Madalena. Ela apresentou suas ideias de novo

formato de construção das normas: a partir daquele dia as normas jurídicas não teriam sanção. Ou seja, quem descumprisse as regras não sofreria qualquer consequência. Ela acreditava na sua autoridade e no comprometimento da população com o Estado. Será que essa ideia funcionará? Será que a própria norma legal não tem como requisito básico a sanção? Afinal, o que é sanção? Sérgio viu que teria muito trabalho e lhe chamou para assessorá-lo nessas questões legais. Vocês precisarão construir um parecer explicando à Autoridade Legislativa por qual motivo essa ideia deve estar fadada ao fracasso. Será que você consegue?

Não pode faltar

Caros alunos, neste material iniciaremos nossas tratativas sobre a Teoria da Norma. Ouvimos falar sobre elas a todo tempo. Mas, afinal, o que é norma? Será que só o Direito apresenta normas no nosso cotidiano?

Se pensarmos bem, olhando à nossa volta, somos constantemente bombardeados por normas de caráter social ou jurídica. Ao analisá-las, percebemos que elas nos dizem, principalmente, como devemos nos comportar. Quando dirigimos um carro ou andamos de bicicleta temos que seguir as regras de trânsito. Pela mesma razão, não podemos fumar em elevadores ou lugares fechados, nem tampouco podemos falar alto nas bibliotecas ou conversar com um colega dentro da sala de aula. E por aí existe uma infinidade de exemplos. Todas essas hipóteses guardam uma característica em comum: são normas.

Pode-se de início confundi-las com as leis. Mas, a sua ideia vai além do que é proposto pela legislação. Neste material, falaremos, principalmente, sobre a norma social e jurídica, sua forma e poder. Partiremos de suas características para demonstrar a sua autoridade através da sanção. Ao final, fecharemos com os tipos de normas e a sua divisão entre os ramos do Direito. Vamos dar mais um passo nessa aventura e descoberta do mundo do Direito?

Para começarmos a tratar a nossa temática, temos que retomar o que já estudamos até aqui. Vimos que o Direito, apesar de não ter um conceito determinado, é tido como o regulador da vida social, certo? Ou seja, o Direito nasce para regulamentar as relações existentes na sociedade. **Ihering, um importante filósofo do século XIX, aponta uma definição de Direito** que faz ligação com a norma jurídica: “direito é o conjunto de normas coativas válidas num Estado” (IHERING, 2000, p. 256). Aqui inclui-se o fator norma, um pensamento, uma proposição, uma orientação para a vida humana e o fator coação (FERRAZ JR., 2018).



Atenção

Esse conceito é que nos guiará durante este material. Em outras palavras, o Direito vem para estabelecer conduta para o corpo social, através das normas ou regras jurídicas, essas dotadas do elemento sanção, isto é, uma consequência jurídica inerente ao não cumprimento de uma ordem. As normas jurídicas devem ser emitidas pelo órgão legítimo do Estado. É isso que lhes garante legitimidade e lhes concede autoridade.

Na sociedade podemos ver **normas de vários tipos, dentre elas as sociais e as jurídicas**. Como vimos, o ser humano é um ente social, vive em sociedade como uma questão de sobrevivência. Dentro desse mesmo ambiente há regras, padrões de conduta social que, mesmo não ligados ao Direito, visam tornar o espaço social mais agradável e possível (NADER, 2001). Assim, a religião, política, economia, moral, arte, ciência, educação, moda são exemplos de processos de adaptação social, dos quais emanam normas sociais. Essas normas também podem possuir o elemento coação, através da opinião pública, de um modo mais brando ou mais intenso a depender do caso (PONTES DE MIRANDA, 1999).

As normas sociais estão relacionadas, principalmente, com a cultura e a religião. É normal uma mulher da cultura muçulmana vestir um véu na cabeça; por outro lado, na religião católica é um costume ir à missa todos os domingos ou casar-se de branco; assim como os japoneses utilizam, em suas refeições, hashi (famosos palitinhos) em vez de talheres, utensílios estes utilizados pelos ocidentais. Por fim, também existem normas culturais que viabilizam uma convivência mais harmônica entre os indivíduos como já dissemos anteriormente, evitar conversar ou falar ao telefone nas salas de cinema; ou ir a uma festa de gala, vestindo trajes desportivos.



Refleta

Se nos identificamos e estamos socialmente incluídos em um desses grupos, mas não cumprimos as normas sociais impostas por eles, o que nos acontece? Ou seja, qual é a consequência inerente ao não cumprimento de uma norma social?

A partir do momento em que um indivíduo se relaciona com determinado grupo social, supõe-se que ele tenha se submetido a todas as regras estabelecidas por aquela coletividade. Essa aceitação é, de início, moral, interna ao indivíduo e depois exteriorizada por meio das relações sociais que são feitas (MACHADO, 2015).

As normas sociais possuem as seguintes características: aspecto social, exterioridade, unilateralidade (atribuem deveres e não atribuem poderes para o exigir), heteronomia, incoercibilidade (não sofrem intervenção do Estado), sanção difusa (reprovação, censura, crítica), isonomia por classes e níveis de cultura (ela varia de acordo com a cultura ou nível social) (NADER, 2001). Desses elementos, dois se destacam para a sua correta compreensão: a sanção difusa e a incoercibilidade. É importante nos conscientizarmos que, mesmo existindo uma coação, advinda da opinião pública, não há o elemento compulsivo de obrigatoriedade na norma social (KELSEN, 1998). O Estado não lhe obriga a cumprir a norma social. Evidente que, se dentro de determinado grupo social alguém vier a descumprir as suas regras, isso provocará, de alguma forma, um gesto de reprovação pelos demais membros.

Como isso seria feito? Ora, imagine que você se encontra no cinema e, ainda assim, emite constantemente ruídos que provocam incômodo aos demais presentes. Naturalmente que eles lhe solicitarão silêncio ou o “convidarão” para sair da sala. De outro modo, a reação poderá ser ainda mais dura quando se observa a transgressão de um costume. Por exemplo, de acordo com as normas judaicas, proíbe-se a ingestão de carne de porco. Se um judeu contrariar essa ordem, ele sofrerá um controle de sua religião.

Mas, a verdade é que as pessoas têm o livre arbítrio e, mesmo existindo essas sanções, elas não são obrigatórias. A qualquer tempo, o indivíduo pode se afastar daquele grupo social que lhe impõe determinadas regras sociais. Isso quer dizer que, seguir uma regra social é uma decisão que compete à minha moral, isto é, trata-se de um o comportamento que delibero por exteriorizar (MACHADO, 2015). O mesmo, contudo, não acontece com a norma jurídica.

Mas antes, é importante entendermos: **o que é a regra jurídica?**



Atenção

“A norma jurídica é um comando, um imperativo dirigido às ações dos indivíduos” (NUNES, 2017, p. 241). Sua finalidade é regular as atividades dos sujeitos nas ações sociais. Que ações são essas? Aquelas que têm como base os fatos jurídicos que vimos anteriormente, se lembra? Mas só a sua descrição fática não é suficiente, por ter como características o fim social, ela é a coluna vertebral do corpo social (DINIZ, 2004).



Saiba mais

Já vimos o conceito de norma jurídica, mas, é importante termos diversas perspectivas de uma teoria para a sua compreensão. O vídeo

a seguir delinea este conteúdo de uma forma didática e apresenta as características da norma jurídica.

O “Direito regula as relações de sujeitos diferentes numa interferência intersubjetiva” (MARQUES, 2007, p. 266), diferente das normas sociais como as regras da moral, que é uma interferência subjetiva, ou seja, de mim comigo mesmo. Por esse motivo que a regra do Direito é exterior à vontade individual das pessoas.

Já vimos que se todos fizessem o que quisessem o mundo não seria possível. A convivência seria insuportável, certo? Mas o que faz com que as pessoas a cumpram? O poder nela embutido. A norma jurídica decorre de um ato decisório do poder, o que quer dizer que a norma só será jurídica quando for declarada pelo órgão incumbido (como, o poder constituinte ou legislativo) e se estiver adaptada no ordenamento jurídico da sociedade. É importante destacar que esse poder não constitui uma força arbitrária, mas guarda relação com aqueles valores inseridos dentro da sociedade. A norma está fundada na realidade social e deve refletir as suas necessidades (DINIZ, 2004).



Refleta

Sem dúvida a norma nasce das realidades e das relações intersubjetivas que emanam da sociedade. Contudo, o que se verifica, é que muitas vezes há um desajustamento entre a realidade material dos fatos e o que a norma propõe. Essa ausência de correspondência não pode levar a uma injustiça?

É importante termos em conta, também, que além de refletir os valores da sociedade, esse poder não pode ser estático e imutável. Há sempre a necessidade de reformulação constante dos próprios conceitos (FERRAZ JR., 1978, p.79).

Além do seu poder, advindo de uma autoridade constituída, é importante termos atenção à forma da norma. Não se pode determinar e estabelecer as normas de qualquer maneira. A norma jurídica é construída baseando-se em conceitos lógicos e éticos de dever-ser. Atribui-se a Kelsen a construção dessa teoria da norma, como vemos atualmente. Segundo o jusfilósofo alemão, e seguindo também outros autores que aplicaram posteriormente a sua teoria, a norma jurídica é sempre redutível a um juízo ou proposição hipotética. Nessa construção, se prevê um fato ao qual se liga uma consequência. Ou seja, se o fato acontecer, deve-se aplicar uma consequência (REALE, 2013).

Dessa forma, percebemos que a norma jurídica tem um caráter de proposição condicional, dividindo-se em seu módulo lógico com uma previsão e uma consequência. O primeiro destes elementos, também chamado por hipótese, refere-se à situação da realidade. A consequência constitui o que se pode chamar de efeito jurídico que a regra atribui à correspondente previsão (MARQUES, 2007).

Se alguém dirigir bêbado e causar um acidente, deve-se aplicar a pena de multa e a prisão. Se alguém fizer um contrato com um objeto ilícito, deve-se anular o negócio jurídico. Se alguém deixar de pagar os impostos devidos, deve-se sofrer com as constrações dos bens.

Maria Helena Diniz nos ensina que a norma jurídica é uma coisa e a sua estrutura lógica, outra. Para ela, a norma jurídica é um objeto cultural, e a sua lógica é um “objeto ideal” (DINIZ, 2004, p. 368). Embora esteja ligado à realidade fática, a proposição jurídica não tem existência no tempo e no espaço e é neutra ao valor. “A norma jurídica prescreve o que deve ser a conduta dos simples indivíduos, autoridades e instituições da vida social. E é exatamente isso que a distingue da lei da natureza” (DINIZ, 2004, p. 368).

Diante da variedade de normas existentes, vemos que nem sempre, a depender de seu tipo, terá essa estrutura desenhada por Kelsen. Assim, destacam-se três tipos de normas jurídicas: as de proibição, de obrigatoriedade e de permissão. As normas, que se dirigem ao destinatário, podem: proibir, obrigar ou permitir alguma coisa (NUNES, 2017).



Exemplificando

Por exemplo, em uma viagem de avião: é proibido fumar dentro da aeronave (norma de proibição); é obrigatória a apresentação de passaporte para uma viagem internacional (normas de obrigatoriedade); é permitido o uso de equipamentos eletrônicos durante o voo (normas de permissão).

Nos dois primeiros casos, as normas possuem o elemento de coação, o que impede o exercício da escolha por parte do destinatário. Tem-se que cumprir e pronto! Já em relação às normas de permissão, é dada uma prerrogativa ou faculdade ao destinatário. Ele pode fazer, se quiser. Se não o fizer, ficará tudo bem. Retornando ao exemplo anterior, nada obriga o viajante a usar um aparelho eletrônico no avião, como celular ou computador. Mas se ele quiser, ninguém o coagará.

Com tudo isso, podemos destacar algumas características de distinção entre a norma jurídica em relação às demais normas, quer ver? A primeira característica é a da bilateralidade. O direito existe vinculado às pessoas, atribuindo poder a uma e impondo dever a outra (NADER, 2001). A regra jurídica, também, é a expressão da vontade geral (generalidade) e destinam-se a todas as pessoas (impessoalidade), na realidade, ela não visa tanto às pessoas nela inseridas, mas às situações jurídicas por elas protagonizadas (MARQUES, 2007).



Atenção

A Constituição Federal do Brasil, no seu artigo 84, estabelece normas jurídicas destinadas especificamente para o Presidente da República. Essa lei não retira a impessoalidade da norma jurídica, porque se aplica a quem quer que naquele momento esteja ocupando o cargo de Presidente (BRASIL, 1988).

Por fim, e talvez, o que mais diferencie as normas jurídicas das outras é o seu caráter de coercitividade. Como vimos anteriormente, a norma possui em sua estrutura um caráter de consequência. Essa nada mais é do que a sanção. Para garantir, efetivamente, a ordem social, o Direito deve ter o elemento imperativo. De outra forma, não teria meios para estabelecer a segurança e a justiça. “A norma não imperativa não pode ser jurídica” (NADER, 2001, p. 85). Esse elemento imperativo consiste em imposição de vontade. Não é um conselho, mas um mandamento.



Atenção

Para Ihering, o Direito, sem a coação, é um fogo que não queima; uma luz que não ilumina. O elemento essencial do Direito é a coercibilidade, isto é, “a possibilidade de o mecanismo estatal utilizar a força a serviço das instituições jurídicas” (NADER, 2001, p. 86)

A diferença específica entre a norma social e jurídica é que, nesta última, nota-se a participação da coercitividade do Estado. Ao Estado compete estabelecer o elenco das fontes formais e sua hierarquia. As regras de comportamento não são somente enunciados e nem poderiam ser. Os deveres jurídicos e a vida em sociedade formam uma realidade em que há dois polos: a liberdade e a força. Obviamente, nós, como parte da sociedade, sabemos que temos direitos, mas também deveres. Entretanto, não é algo que está na essência de todos. Por isso, o Direito precisa ter um elemento de coerção, isto

é, algo que faça com que as pessoas cumpram as normas. Essa coercitividade cabe ao Estado controlar e aplicar (MARQUES, 2007).

Como elemento de coação dentro da norma destaca-se a sanção (isto é, a consequência), caso se descumpra a regra jurídica. Como vimos, tanto a norma social como a norma jurídica possuem sanção. O desrespeito a uma norma social pode levar à sanção interna, um sentimento de arrependimento ou vergonha e uma sanção externa, como o desprezo e desconsideração social. Entretanto, para o nosso estudo, o que importa é a sanção jurídica.



Assimile

Maria Helena Diniz coloca a sanção como “uma medida que poderá vir a ser imposta por quem foi lesado pela violação da norma jurídica a fim de fazer cumprir a norma violada, de fazer reparar o dano causado ou de infundir respeito à ordem jurídica” (DINIZ, 2004, p. 370).

Assim, a sanção nada mais é do que um remédio, uma medida prévia que é colocada na norma jurídica à disposição do lesado, caso, eventualmente, ocorra o seu descumprimento. Por ser prévia, ela está sempre determinada na norma prescrita, mesmo que ainda não haja a violação. Sendo assim, as sanções podem ser classificadas em restitutivas (aquelas que estabelecem o retorno das coisas ao momento anterior da violação da norma), compensatórias (colocam uma indenização ou compensação pelo dano), repressivas (constituem as penas, em geral), advenientes (perda de um direito) e preventivas (medidas de segurança) (DINIZ, 2004).



Exemplificando

- Restitutivas - Caso tenha-se feito um contrato envolvendo um objeto ilícito, o contrato será considerado nulo e devolverá o valor pago.
- Compensatórias – Pagamento de danos morais por cobrança vexatória.
- Repressivas – Penas de prisão em caso de não pagamento da pensão alimentícia.
- Advenientes – Prescrição da cobrança de uma dívida, com o decorrer do tempo.

Lembrando que sanção e coação não se confundem. A sanção é a consequência, determinada pela lei. A coação é a sua aplicação efetiva, segundo processos legais. Ou seja, uma multa contratual é a sanção; a sua cobrança judicial é a coação (DINIZ, 2004).

Finalizadas essas concepções iniciais sobre norma jurídica, somos, agora, capazes de inseri-las e identificá-las nos ramos do Direito. Lembre-se que já mencionamos rapidamente sobre isto na unidade anterior. O Direito é como uma árvore, tem uma base, suas raízes, um tronco que sustenta todos os seus ramos. Eles são diferentes entre si, mas vêm da mesma origem.



Atenção

“Cada ramo do Direito Positivo, além de possuir caracteres próprios, participa das propriedades inerentes à árvore jurídica: processo de adaptação social, normas coercitivas; variação histórica; fórmula de realização dos valores segurança e justiça.” (NADER, 2001, p. 339).

Vimos também que a principal divisão feita pela doutrina é a de Direito Público e Privado. O Público apresenta normas que regem os interesses e relações do Estado (DINIZ, 2004), quando esse exerce seu poder de império (MARQUES, 2007). O Privado diz respeito às normas que tratam das relações pessoais, privadas. Com a evolução do Direito, e em sociedades complexas como a nossa, surgiu um novo ramo, em que já há destaque na doutrina. Trata-se dos direitos transindividuais, difusos ou coletivos, aqueles que abrangem os novos direitos sociais, que se firmaram com a sociedade de massa (NUNES, 2017). Vamos ver exemplos dos três ramos e analisarmos as suas normas para compreendermos todas as suas peculiaridades.

Como dito, o Direito Público reúne as normas jurídicas que falam sobre o Estado, suas funções, organização, administração, com a tutela do interesse público (NUNES, 2017). Como ramificação temos o Direito Constitucional, que dispõe de normas que tratam da estrutura do Estado, função de seus órgãos e estabelece as garantias fundamentais da pessoa. Lembra-se da Constituição? Pois é, são as normas que a compõem que expressam a filosofia política e social do povo (NADER, 2001). Também se ramifica no Direito Administrativo, que como o próprio nome diz, são normas que tratam da administração do serviço público, estrutura as atividades dos órgãos, a administração dos bens públicos e o poder de polícia (DINIZ, 2001). O Direito Tributário e Financeiro também fazem parte do Direito Público. Trata-se do conjunto de normas que dispõem sobre a arrecadação e fiscalização de tributos (impostos, taxas e contribuições), que os cidadãos têm que pagar ao Estado (DINIZ, 2001). O Direito Internacional regula as relações entre os Estados (ASCENSÃO, 2001). “As normas internacionais decorrem de uma força nascida dos Estados soberanos de se sujeitarem a elas por as considerarem obrigatórias, necessárias à paz social (DINIZ, 2001, p. 264). Falamos de normas que tratam de direitos humanos, por exemplo. O Direito Penal também é um ramo do Direito Público, porque:

“ (...) regula a atividade repressiva do Estado, para preservar a sociedade do delito (...) suas normas regulam os atos que atentam, direta ou indiretamente, contra a ordem social, pondo-a em perigo, lesando os direitos dos indivíduos e determinando as penas e medidas de segurança aplicáveis (DINIZ, 2001, p. 263).

Importante citar, já concluindo, o Direito Processual. Este será nosso guia de procedimentos para as ações judiciais. Trata-se do ramo que reúne os princípios e normas dos atos judiciais e aplicação do Direito nos casos concretos (NADER, 2001). Veremos que o direito processual pode ser penal, civil ou trabalhista. O Direito Privado é aquele que rege as relações particulares. O Direito Civil é seu ramo mais forte, que é o conjunto de normas que regulam os interesses fundamentais do ser humano. Possui uma parte geral que fala sobre pessoas, bens e atos jurídicos e uma parte específica que fala sobre obrigações, contratos, coisas, família e sucessões (NADER, 2001). O Direito Empresarial apresenta as normas jurídicas que regulam a atividade comercial, bem como os serviços prestados. O Direito Previdenciário engloba as normas jurídicas da segurança social, como a aposentadoria, auxílio-doença, direito à pensão, etc. (NUNES, 2017). O Direito do trabalho disciplina as relações entre empregador e empregado, dispondo de normas, princípios e instituições relativas à organização do trabalho. Está inserido dentro do direito privado, porque suas normas têm por objetivo disciplinar o contrato de trabalho entre particulares, patrão e empregado.

Por fim, voltamos a esse ramo do Direito advindo das novas complexidades da sociedade, o Direito Transindividuais. Como dito, eles são uma espécie de direito coletivo. Ele é dividido em direito difuso, coletivo e individuais homogêneos. No direito difuso, o sujeito é indeterminado, no direito coletivo ele é determinado e determinável, sendo que, numa categoria estrita de direito coletivo, a de direitos individuais homogêneos, ele é sempre determinado. Essas normas podem estar presentes dentro do Direito do trabalho, previdenciário, e principalmente, do consumidor e ambiental (NUNES, 2017). O Direito do Consumidor é o ramo do Direito que apresenta o conjunto de normas disciplinadoras das relações de consumo, aquisição de bens ou de serviços pelo destinatário final. O Direito Ambiental é composto das normas jurídicas que cuidam do meio ambiente em geral, tais como: a proteção de matas, florestas e animais a serem preservados, o controle de poluição e do lixo urbano, etc.



Exemplificando

Os Direitos Transindividuais são complexos, mas também já fazem parte de nosso cotidiano. O Direito Ambiental e a necessidade de proteção da natureza, da flora, das águas e dos animais, tudo isso é algo que atinge a todos de forma igual. O Direito do Consumidor pode ser mais específico, quando, por exemplo, há um recall da peça de um carro que pode provocar lesões, vindo a atingir a todos os consumidores daquele modelo.

Prezados alunos, terminamos mais uma parte do nosso material. Que tal, agora, aplicar os conhecimentos aqui adquiridos no seu dia a dia? Quando você vai a um departamento do Estado tratar de alguma burocracia, você lidará com Direito Público; quando você paga o aluguel da sua casa, você lida com o direito privado. Será que o lago ou rio da sua cidade estão bem cuidados? As lojas do shopping não estão fazendo propagandas abusivas e, com isso, violando direitos transindividuais? É preciso mais do que conhecer, mas exigir a aplicação dos direitos quando deles temos domínio.

Sem medo de errar

Prezado aluno, o presente material teve como intenção conceituar as normas jurídicas, apresentar as suas características como a estrutura lógica e coercitividade, seus tipos e divisões em normas de Direito Público, Privado e Transindividuais. Tendo como destaque a questão da sanção da norma, vimos que ela é o ponto crucial para que a sociedade a cumpra, certo?

Você se recorda de nossa situação-problema? O nosso jornalista e sua pesquisa pelo Newstate? Bem, em sua apuração para a escrita de um novo *best seller*, Sérgio entrevistou Vivace, o novo líder de Newstate, que revelou estar um pouco perdido na nova administração e transição política. Sérgio, por também ser um cientista político, resolveu ajudá-lo. O primeiro desafio se pôs quando foram falar com a chefe da Autoridade Legislativa. Madalena estava tão confiante na sua população que achava que as normas jurídicas não precisavam mais ter o elemento sanção. Caso as descumprisse, as pessoas não sofreriam qualquer consequência. Para ela, a sua autoridade e o comprometimento da sociedade eram suficientes. Você, em conjunto com Sérgio, terá que explicá-la, por meio de um relatório, o motivo pelo qual essa ideia não terá sucesso. Vamos lá?

Para ajudá-lo a responder à questão, é preciso percorrer o caminho dialógico abaixo:

1. Qual o conceito e estrutura da norma jurídica? O que a diferencia da norma social?

2. Como elemento caracterizador da norma jurídica, há a sanção. Qual o seu papel?
3. Há possibilidade de existirem normas sem sanção? Para todos os casos?

A norma jurídica é um comando, um imperativo, que tem como finalidade regular as atividades dos sujeitos nas ações sociais advindas daqueles fatos jurídicos, com os quais o direito se preocupa. Advinda do ideal do contrato social, e para representar as necessidades e o consenso social, a norma também advém de um poder, estabelecido para isso. Estado, com o seu poder, declara a norma. Não é qualquer pessoa que pode fazê-la, certo?

No caso do Estado Newstate, Madalena, é a autoridade legislativa, portanto, tem o poder para fazer as normas. Mas, ela está se esquecendo de seus componentes essenciais, não está? Como vimos, a norma é construída em preceitos lógicos, de dever-ser, com uma estrutura de hipótese, a proposição condicional, advinda de uma situação da vida e uma consequência.

Além dessa estruturação lógica, as normas possuem, algumas características. Elas não podem ser escritas de qualquer forma. Também refletem a nossa busca pela justiça, por isso, ela deve ser geral, expressar a vontade geral da sociedade, impessoal, destinar-se a todas as pessoas, a bilateralidade, impondo deveres a um e direito a outros. Por fim, o seu caráter de coercitividade, de nada adianta a norma sem a determinação da consequência. Como o próprio Ihering preceituou, o Direito sem coação, não é nada. O elemento da coercibilidade é o que possibilita o Estado utilizar a força a serviço das instituições jurídicas. Nós, como parte da sociedade, sabemos que temos direitos, mas também deveres. Entretanto, não é algo que está na essência de todos. Por isso, o Direito precisa ter um elemento sancionatório, algo que faça com que as pessoas cumpram as normas. Essa coercitividade cabe ao Estado controlar e aplicar.

Cabe-se ressaltar que há as normas de permissão, que não estabelecem sanção, entretanto, elas descrevem uma prerrogativa, uma faculdade ao destinatário. Não faria sentido dispor de um elemento de sanção.

Dessa forma, a ideia de Madalena não surtirá efeitos e poderá trazer a sociedade para o chamado “estado de natureza”, pois, Direito sem sanção, não é direito. O ideal é ela colocar sanção de acordo com os valores dispostos na sociedade, sendo controlada pelo Estado.

As sanções na cidade “Imprudência”

Descrição da situação-problema

As normas jurídicas têm um elemento diferenciador das normas sociais: a sanção. A coercitividade das normas está relacionada, principalmente, com a autoridade que deve ser legítima e agir em conformidade com a Constituição. Mas Bruno W. não pensava assim. Ele era um verdadeiro justiceiro na sua cidade. Cansado dos inúmeros criminosos que nunca aprendiam a sua lição, ele resolveu fazer justiça com as próprias mãos. Foi até o gabinete administrativo da cidade e decretou que qualquer crime, do mais pequeno porte até o mais grave seria punido com a pena de morte. E assim foi feito. As pessoas da cidade começaram então a se manifestar, estavam insatisfeitas com aquelas medidas. Foram impostas a todos e eles achavam injustas. Vendo tudo aquilo que estava acontecendo com a sua cidade, Rubinho resolveu intervir. Precisava do apoio da população e começou a usar a mídia na tentativa de chamar atenção para denunciar o que estava acontecendo. Afinal, a sanção era desmedida e a Constituição da cidade sequer permitia a pena de morte. Cansado de nada acontecer, ele contratou um escritório de advocacia, para interpor uma ação contra Bruno. Imagine que você é o estagiário e seu chefe lhe pediu para fazer uma pesquisa sobre os fundamentos teóricos e filosóficos do que havia acontecido. Bruno, tem o poder para decretar a norma? Ainda mais, pode ser feita uma norma contrária à Constituição? E a insatisfação da população, não deveria ser levada em conta?

Resolução da situação-problema

Prezado aluno, diante do fato ocorrido na cidade “Imprudência”, levando em consideração, as bases teóricas do Direito, vemos que, Bruno cometeu alguns erros. Claro, não discutimos a sua vontade de justiça, mas ela não pode ser feita só pelas mãos de um, mas deve advir de toda a coletividade. As normas estão construídas para serem cumpridas, desde que, advindas do poder estatal, emanando a vontade social.

Para ajudá-lo a responder à questão, é preciso percorrer o caminho dialógico abaixo:

1. As normas jurídicas possuem características que devem ser observadas?
2. Bruno, ou qualquer outra pessoa, tem o poder de decretar normas, sem observar procedimentos?

3. Qual o papel da sociedade, a sua vontade e valores, quando falamos de disposição de normas jurídicas?

Bem, vimos que há dois tipos de normas. As normas sociais, aquelas advindas da cultura, religião, educação que estão presentes dentro da nossa sociedade, demonstram padrões de conduta social que, mesmo não ligados ao Direito, visam tornar o ambiente social mais agradável e possível. Mas, o que interessa para o direito são as normas jurídicas, que possuem características diferentes. A norma jurídica nasce das realidades e das relações intersubjetivas que emanam da sociedade, mas deve ser emanada por um poder legítimo do Estado, como o poder constituinte e legislativo, por isso, que, uma pessoa sozinha não tem o poder de ditar normas jurídicas. A norma jurídica decorre de um ato decisório do poder, o que quer dizer que a norma só será jurídica quando for declarada pelo órgão incumbido e se estiver adaptada no ordenamento jurídico da sociedade. Por isso, a ação de Bruno está equivocada. Se a norma não adviesse do Estado, ela não teria o seu poder coercitivo advindo dos seus institutos. E ela não constitui uma força arbitrária, a sua força está atrelada aos valores inseridos dentro da sociedade. Mesmo que ele tivesse poder para ditar normas, essas devem estar incumbidas dos valores da sociedade e da sua vontade. Portanto, normas com sanções contrárias à Constituição e que não condizem com o que a sociedade deseja e seus valores, não são legítimas.

Faça valer a pena

1. “O mundo jurídico não importa em um campo de causalidade fática, mas sim de uma ordem de validade, que é o plano do dever ser. Contudo, as normas jurídicas, mesmo estando no plano ideal, referem-se a um fato concreto, gerando uma consequência no plano real.” (CALISING, 2012, p. 289)

Assinale a alternativa que apresenta corretamente a denominação da consequência delineada nas normas imperativas.

- a) Jurisprudência.
- b) Coação.
- c) Costumes.
- d) Fato histórico.
- e) Sanção.

2. Toda norma, desde o seu nascimento, delimita a sua aplicabilidade para que seja possível a sua utilização prática. Desse modo, todo o corpo de normas criadas no âmbito do dever-ser espera se concretizar, para definir o seu “status”, segundo sua

finalidade originalmente pretendida. (GUERRA, 2000). Mas nem todas as normas possuem essa mesma estrutura.

Sobre o contexto, avalie os itens que se seguem sobre os tipos de normas jurídicas.

- I. As normas de proibição e de permissão possuem o elemento coercitivo em sua estrutura.
- II. As normas que se dirigem ao destinatário são as de obrigatoriedade. As restantes estão destinadas à sociedade como um todo.
- III. As normas de permissão apresentam, em sua estrutura, uma prerrogativa ou escolha, o que quer dizer que não são obrigatórias.

Assinale a alternativa que apresenta a resposta correta:

- a) Apenas as afirmativas II e III estão corretas.
- b) Apenas as afirmativas I e III estão corretas.
- c) Apenas a afirmativa I está correta.
- d) Apenas a afirmativa III está correta.
- e) As afirmativas I, II e III estão corretas.

3. Com o Direito, pode-se fazer a comparação com a estrutura de uma árvore. Cada ramo do Direito Positivo, além de possuir caracteres próprios, participa das propriedades inerentes à árvore jurídica: processo de adaptação social, normas coercitivas; variação histórica; fórmula de realização dos valores segurança e justiça (NADER, 2001). A base é a mesma, mas a partir dela, advém ramos como o Direito Público, Direito Privado e Transindividuais. Sobre o contexto, avalie os itens que se seguem em V (Verdadeiro) ou F (Falso).

() O Direito penal é um ramo do Direito Privado, uma vez que, uma vítima de tentativa de homicídio ou de furto, sofre em seu âmbito pessoal o ataque. O Estado não se envolve nessas questões.

() O Direito Civil é o principal representante do Direito Público, característica advinda com a Constituição Federal de 1988, em que publicizou os atos civis, como com prescrições de normas como a função social da propriedade e do contrato.

() O Direito ambiental, diante a sua característica de proteção de um bem coletivo, comum a todos, que é o meio ambiente, está descrito dentro do ramo de Direitos Transindividuais.

() Os Direitos Transindividuais são divididos em direito difuso, coletivo e individuais homogêneos. No direito difuso, o sujeito é indeterminado, no direito coletivo ele é determinado e determinável.

Assinale a alternativa que apresenta a sequência correta:

- a) V - V - F - F.
- b) F - F - V - V.
- c) V - F - V - F.
- d) V - F - V - V.
- e) V - V - V - F.

Teoria da norma jurídica

Diálogo aberto

Caro aluno, iniciamos mais uma etapa com o estudo da Teoria da Norma Jurídica. Assim como a sociedade está sempre mudando, a norma também se modifica para acompanhá-la. Imagine só se as normas fossem eternas! Seria um verdadeiro caos, não acha? O adultério poderia ser crime, ou as mulheres teriam ainda que pedir autorização para os maridos para trabalhar! Na nossa sociedade atual normas como essas não fazem mais sentido. Mas então, o que acontece quando uma norma nova é editada? Quando começa a ter efeitos e validade? Para responder essas e outras questões, precisamos compreender as classificações das normas e seus aspectos de validade. Para nos ajudar, você se lembra de nosso cientista político e escritor Sérgio? Parece que ele tem outro problema em Newstate.

O Newstate continuava em crise devido ao período de transição pelo qual passava. Claro, trata-se de uma época complicada para qualquer novo estado, pois reorganizar todas as normas de acordo com os novos valores da sociedade não é uma tarefa fácil. Sérgio, como um bom cientista político, sabia que essa fase de mudança era a melhor época para recolher informações e histórias, já que ainda havia muita desorganização e embates dentro do Estado. Foi em uma dessas entrevistas que conheceu Sofia, a nova ministra da justiça. Ela passava por algumas complicações junto com o poder legislativo, já que eles não conseguiam entender o que fazer com as normas jurídicas que estavam válidas na época anterior e as novas leis que estavam surgindo no Estado. O principal problema era que algumas normas antigas não eram democráticas. E, ainda, um dos novos líderes do legislativo Marcelo, estava, em conjunto com sua bancada, aprovando normas que até refletiam os valores da sociedade, mas que não estavam cumprindo alguns requisitos técnicos constitucionais. Ele sequer publicava as normas no jornal oficial do Estado! Sofia pediu ajuda a Sérgio para identificar os problemas que poderiam decorrer dessa ausência de tecnicidade. Será que Sofia poderia deixar permanecer normas antidemocráticas no sistema jurídico de Newstate? Marcelo e sua bancada pode aprovar normas sem a observância de requisitos legais e constitucionais? Será que, dessa forma, essas normas são válidas? Qual o momento que as leis do Estado anterior deixaram de ser válidas para começar a valer as novas normas? Muitas perguntas surgiram na cabeça de Sérgio e ele precisava esquematizar uma resposta para apresentar para Sofia. Portanto, Sofia apresentou a Sérgio, você, membro da comissão da nova Constituição do Newstate, especialista em normas jurídicas, para ajudá-lo nessa importante tarefa. Vamos lá?

Prezado aluno, iniciamos mais uma etapa no mundo do Direito. Nossa aventura está cada vez mais palpável e neste material nos sentiremos como verdadeiros legisladores ou aplicadores do Direito! Aqui entenderemos as classificações e validade da norma jurídica. Será que as normas jurídicas são eternas? Bem, essa resposta já sabemos. Não. Se assim fosse, ainda estaríamos vivendo sob o comando da Constituição do Império do Brasil de 1824, a primeira constituição do Brasil, elaborada por D. Pedro I! Ou seja, as normas se modificam e podem ser extintas para que outras passem a ser válidas. Então, o que acontece quando uma nova lei aparece? Quando ela começa a valer? Será que ela precisa passar por alguns procedimentos? É isso que vamos entender neste material. O seu estudo é muito importante para vermos nos casos concretos, quando aplicar uma lei ou outra que entrou em seu lugar.

Na Introdução ao Estudo do Direito, o estudo da norma jurídica é de fundamental importância porque diz respeito à substância próprio do Direito Objetivo, aquele que determina os nossos direitos e deveres. Em uma comparação, as normas ou regras jurídicas estão para o direito, assim como as células estão para um organismo vivo (NADER, 2001). Entendê-las e saber como são classificadas é importante para sua aplicação. Mas você se lembra **o que é a norma jurídica?**



Lembre-se

Norma Jurídica é a proposição normativa inserida em uma ordem jurídica, garantida pelo poder público ou pelas organizações internacionais. Essa proposição pode disciplinar condutas ou atos, providas de sanção, na maioria das vezes, e visam garantir a ordem e a paz social (GUSMÃO, 1997).

Como vimos no material anterior, a norma tem uma estrutura própria e advém de um poder estabelecido pelo Estado, para que tenha coercibilidade e sua sanção seja cumprida. Também já sabemos que as normas podem tratar de diversos assuntos e ramos do Direito, bem como ter força e aplicabilidade diferentes. Até aqui, nada novo, certo?

Mas, é necessário aprofundar um pouco mais sobre essa questão da norma jurídica antes de entrarmos na sua classificação. Como vimos, as normas jurídicas são proposições de forma de organização ou de conduta que devem ser seguidas por seus destinatários. Como são enunciativas, podemos reduzir a sua estrutura em uma proposição hipotética. Olha só como fica fácil ver a estrutura dessa forma:

**Se A é, B deve ser,
sob pena de S.**

Mas o que isso significa? Explicamos: sob determinada condição (A), deve-se agir de acordo com o previsto (B), sob pena de sofrer uma sanção (S) (NADER, 2001). “O que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de ser uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória” (REALE, 2013, p. 94). Vendo essas características, os cientistas do Direito entenderam a necessidade de criar uma metodologia para que se tornasse mais simples organizar essas normas e, assim, facilitar a aplicação delas em casos concretos. Em outras palavras, podemos afirmar que a teoria da norma jurídica se preocupa com a classificação, pois através desse método, podemos vislumbrar os seus efeitos, a sua aplicação, a sua natureza, enfim, tudo que diz respeito às normas do ordenamento. Este é o primeiro passo para uma análise da aplicação da norma na vida real. Ao final, você verá que a classificação o ajudará e muito!

Dessa forma vamos, agora, colocar as normas em gavetas, como quando arrumamos nosso quarto, ou separá-las em pastas, como em nosso computador. Tendo sempre em mente que uma norma jurídica pode ser classificada de diversas formas, como veremos a seguir. **Utilizaremos neste material a classificação** proposta por Maria Helena Diniz.

As normas jurídicas podem ser divididas quanto à sua imperatividade, ou seja, pela forma como ela se impõe, sua autoridade. Sob esse aspecto vê-se normas **de imperatividade absoluta ou impositivas e as normas de imperatividade relativa ou dispositiva**. As normas de imperatividade absoluta são as normas que ordenam ou proíbem alguma coisa. Elas existem diante da percepção de que determinadas relações ou estados da vida social não podem ser deixados ao arbítrio individual, sob pena da sociedade se tornar um caos. Elas estão ligadas aos bens comuns da sociedade, por isso são também chamadas de normas de **ordem pública** (DINIZ, 2004). Elas se impõem, mesmo contra a vontade de quem tem o direito e a garantia a seu favor (NUNES, 2017). De acordo com Diniz (1999, p. 366):

“São normas de ordem pública: as constitucionais, as processuais, as administrativas, as penais, as de organização judiciária, as fiscais, as de polícia, as que protegem os incapazes, as que tratam de organização de família, as que estabelecem condições e formalidades para certos atos e as de organização econômica.



Exemplificando

O artigo 7º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) estipula que é direito do trabalhador o recebimento de um salário mínimo. Mesmo que esse trabalhador faça um contrato expressamente abrindo mão do seu salário, o seu empregador é obrigado a pagá-lo. Esse contrato é nulo, porque essa norma constitucional é imperativa.

As normas jurídicas também podem ser divididas em normas de imperatividade relativa. Já falamos sobre essas normas antes. Lembra-se das normas permissivas? Aquelas normas que constituem uma liberdade de ação, ou seja, pode-se fazer ou não, depende da vontade do indivíduo. Podemos verificar uma norma permissiva quando fazemos um contrato de depósito, ou mesmo, pedimos para alguém guardar o nosso carro enquanto viajamos. De acordo com o Código Civil, podemos ou não estipular um pagamento neste contrato. A depender da vontade das partes, elas são livres e não há sanção. São chamadas de normas de **ordem privada** (NUNES, 2017).

Quanto à hierarquia, as normas podem ser normas constitucionais, leis (complementares, ordinárias, delegadas, decretos legislativos, resolução e medidas provisórias), decretos regulamentares, normas de hierarquia inferior (portarias, circulares) (NUNES, 2017). Já falamos sobre essas normas nas fontes de direito, lembra-se?

Quanto ao poder de autonomia legislativa, as normas podem ser nacionais (se vigorarem em todo o território do país); locais (com incidência regionalizada) como as federais, estaduais e municipais (a depender da competência normativa de cada esfera territorial) (DINIZ, 2004).

Quanto à natureza de suas disposições, elas se dividem em normas substantivas e adjetivas. Também já falamos sobre elas quando estudamos fontes do direito. As normas substantivas ou materiais definem e regulam as relações jurídicas ou criam direitos ou deveres. As normas adjetivas consistem “(...) em um agrupamento de regras que definem os procedimentos a serem cumpridos no andamento das questões forenses (NADER, 2001, p. 149).



Lembre-se

As normas substantivas são as que estão dispostas no Código Civil, Penal, Comercial, de Defesa do Consumidor. As normas adjetivas são as normas processuais que explicam as regras para entrar com um processo judicial, seja qual for a sua jurisdição.

No que diz respeito à sua aplicabilidade, as normas jurídicas podem ser autoaplicáveis, normas jurídicas dependentes de complementação e normas jurídicas dependentes de regulamentação. As normas autoaplicáveis são as que entram em vigor independente de qualquer outra norma posterior (DINIZ, 2004). Os direitos políticos são um bom exemplo dessas normas: Os estrangeiros e os conscritos em período de serviço militar não podem se alistar como eleitores (art. 14, § 2 da Constituição Federal) (BRASIL, 1988). Essa norma está pronta e não precisa de nenhuma outra para ter validade.

As normas jurídicas dependentes de complementação precisam de uma outra norma para que seja aplicada completamente. A sua “possibilidade de produzir efeitos é mediata, dependendo de norma posterior que lhe desenvolva a eficácia” (DINIZ, 2004, p. 387). Para entendermos melhor, vemos o caso do Direito do Consumidor. O artigo 5º da Constituição é um dos mais importantes de nosso ordenamento. Lá estão dispostos os direitos e garantias fundamentais. Dentre eles, no seu inciso XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do Consumidor”. Repare, aluno, na própria lei prevê-se a necessidade de complemento. Até que essa outra lei seja elaborada, essa primeira não produz efeito, mas paralisa os efeitos das normas que são contrárias a ela. Isso quer dizer que, o Direito do Consumidor está garantido, qualquer ato contrário aos direitos do consumidor será contrário à Constituição. Entretanto, para ter efeitos precisa que o legislador faça uma lei dispondo os seus elementos. A Constituição não o fez, mas em 1990, o legislador fez o Código de Defesa do Consumidor e então agora ambos têm efeitos totais.

As normas jurídicas dependentes de regulamentação designam, geralmente, que órgãos do Poder Executivo definirão e detalharão sua aplicação e executoriedade posteriormente (NUNES, 2017). “Nelas a possibilidade de produzir efeitos é imediata, embora sujeitas às restrições que elas mesmas preveem” (DINIZ, 2004, p. 387). Assim, se uma parte da lei depender de regulamento, só essa não será autoaplicável.



Exemplificando

Podemos compreender como é o funcionamento deste tipo de norma com a observação do artigo 5º, XII da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que estabelece que: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Ou seja, o sigilo de correspondência é inviolável. Entretanto, caso uma outra norma estabeleça alguma exceção, somente

nos casos de comunicações telefônicas e para investigação penal, o juiz poderá requerer a retirada do sigilo.

Outra “pasta”, em que podemos separar as normas, **refere-se à sua sistematização**. As normas podem ser esparsas, codificadas e consolidadas. As normas jurídicas esparsas ou extravagantes são editadas isoladamente para tratar sobre tema específico (DINIZ, 2004). Por exemplo, a Lei nº 4.266 (BRASIL, 1963) trata sobre o salário-família do trabalhador.

As normas codificadas constituem um corpo orgânico de normas sobre certo ramo do Direito (DINIZ, 2004). Assim, temos o Código Civil, o Código Penal, Código Tributário Nacional, Código de Processo Civil. Esses códigos não são uma simples junção de normas, eles fazem parte de todo um sistema que trata sobre um ramo jurídico do Direito.



Saiba mais

Você deve ter ouvido falar nas notícias na TV ou em jornais que o Código de Processo Civil foi renovado pouco tempo atrás. Ele define como tramita um processo comum na Justiça, incluindo: prazos, recursos, competências e, tramitação.

Por fim, as normas jurídicas consolidadas consistem na reunião de normas esparsas vigentes (NUNES, 2017); como maior exemplo em nosso ordenamento temos a Consolidação das Leis do Trabalho, a conhecida CLT.



Refleta

Aluno, após estudarmos a classificação proposta pelos doutrinadores, você consegue imaginar outras formas de classificar as normas jurídicas?

Bem, agora que já conseguimos separar e classificar as diferentes normas em estantes ou gavetas dentro do Direito, o nosso estudo sobre norma jurídica não estaria completo se não tratássemos sobre **os atributos de vigência, efetividade, validade, revogação e repristinação**. Mas o que são esses institutos? Vamos entender o que é cada um desses conceitos?

Para Kelsen, a vigência ou validade é a existência específica da norma, para ele a norma válida é aquela cuja autoridade é respeitada, ainda que o conteúdo não seja cumprido (DINIZ, 2004). Não se esqueça, Kelsen era formalista, para ele o que importava era pureza do Direito. Mas, ele nos dá uma importante dica: a validade

ou vigência das normas se refere ao aspecto técnico-formal do Direito. O que significa dizer que a norma jurídica será válida se cumprido os critérios já estabelecidos no sistema jurídico (NUNES, 2017).



Lembre-se

Vamos relembrar os critérios pelos quais o sistema jurídico pode atribuir validade à norma: respeito à hierarquia e, portanto, estar de acordo com a Constituição Federal; aprovação pela autoridade competente; respeito a prazos e quóruns; conteúdo de acordo com as designações e competências para legislar (NUNES, 2017).

Assim, se cumpridos esses requisitos, a norma aprovada e promulgada vige no tempo e em certo território – espaço.

No dia a dia do Direito é normal que uma lei substitua outra, que haja renovação e sucessão de leis. Mas então, quando deixa de valer uma lei e passa a valer outra que entrou em seu lugar?

Primeiro, temos que ter em mente que, para um enunciado normativo ter existência factual e esteja integrado no corpo jurídico ele tem que ser publicado, uma formalidade de difusão oficial. Podemos comparar essa publicação com um envio de um e-mail. As normas não passam de informações que queremos enviar para um grupo de destinatários. É claro que um e-mail que não saiu da sua “caixa de saída”, os destinatários não receberam, não tem existência. O mesmo acontece com a norma, se ela não for publicada de acordo com procedimentos específicos, ela não terá validade (MARQUES, 2007). Você pode observar, na figura 2.2, a data e procedimento de publicação na seguinte imagem.

Figura 2.1 | Publicação da lei no Diário Oficial da União:



Fonte: BRASIL, Lei nº 13.703, promulgada em 08 de agosto de 2018. http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/36094454/do1-2018-08-09-lei-n-13-703-de-8-de-agosto-de-2018-36094440. Acesso em: 5 dez. 2018.

Figura 2.2 | Data de publicação

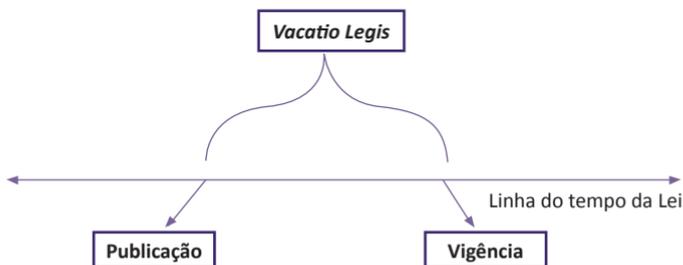
Art. 10. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.
Brasília, 8 de agosto de 2018; 197oda Independência e 130oda República.

Fonte: BRASIL, Lei nº 13.703, promulgada em 08 de agosto de 2018. http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/36094454/doi1-2018-08-09-lei-n-13-703-de-8-de-agosto-de-2018-36094440, acesso em: 5 dez 2018.

No final de toda lei, informa-se a data de sua publicação no Diário Oficial da União. Esse documento oficial é muito importante e é o que muda a vida das pessoas diariamente. Trata-se de aplicação do princípio de publicidade dos atos, em que todos têm que saber que se emitiu uma nova lei. Isso porque, uma vez publicada, ninguém pode deixar de cumprir a lei alegando que não a conhece (BRASIL, 1942). E, é com essa publicação que a norma se presume conhecida por todos.

O início da validade ou vigência da norma é condicionado pela chamada *vacatio legis*. O que isso significa? Pelo sistema jurídico brasileiro a lei entra em vigor (começa a valer), em regra, em quarenta e cinco dias após a sua publicação. Se essa lei for admitida no estrangeiro, esse prazo será de 3 meses. Assim *vacatio legis* significa vacância da lei, é o prazo legal que uma lei tem para entrar em vigor, ou seja, de sua publicação até o início de sua vigência. Esse período de tempo é necessário para que as pessoas tomem conhecimento da lei. Onde estão dispostas essas regras? Na Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657 (BRASIL, 1942).

Figura 2.3 | *Vacatio Legis*

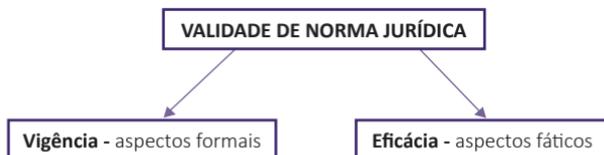


Fonte: elaborada pela autora.

Mas uma norma que está vigente quer dizer que ela tem eficácia? Não! Lembra-se que falamos que a norma tem que refletir o consenso social? A norma só será eficaz se refletir a vontade da sociedade e tiver condições práticas para atuar, por ser adequada à realidade (eficácia semântica), condições técnicas possíveis (eficácia sintática) e por ter elementos normativos adequados à produção de efeitos (REALE, 2013). Uma norma que não é respeitada em parte alguma não é uma norma válida na prática. “O mínimo de eficácia é condição de vigência da norma, logo se ela nunca puder ser

aplicada pela autoridade competente nem obedecida pelo seu destinatário, perderá sua vigência” (DINIZ, 2004, p. 399). Dessa forma, assimile que, enquanto a vigência se refere ao plano formal da norma (a verificação de ter sido publicada, seguindo os trâmites legais, dentre os quais: emanada de um poder competente), a eficácia diz respeito à aplicação de uma norma vigente no plano fático.

Figura 2.4 | Validade da norma Jurídica



Fonte: elaborada pela autora.

Mas, então, temos uma lei, oficialmente publicada e que já passou por seu período de *vacatio legis*, ou seja, está válida. Mas até quando ela permanecerá válida? O que pode causar a perda da sua vigência? Temos três opções: decurso do tempo; revogação por outra lei; desuso. A norma, ao nascer, pode já ter um período de validade descrito. Ou seja, ter vigência temporária, com um tempo de duração determinado (NADER, 2001). Assim, as leis que declaram uma guerra ou período de calamidade pública tem uma duração específica e após o decurso desse tempo, desaparecem. A norma, também, pode ter vigência para o futuro sem prazo determinado. Nesses casos ela vai durar até vir outra lei que a modifique ou revogue. A regra é essa, cumprindo o princípio de continuidade: “não se destinando a vigência temporária, a norma estará em vigor enquanto não surgir outra que a altere ou revogue” (BRASIL, 1942).



Saiba mais

O tempo de duração de uma lei é variável. Algumas até são consideradas natimortas (nascidas já mortas). Foi o que aconteceu com o Código Penal de 1965. Ele nem chegou a entrar em vigência, pois no período de *vacatio legis* esse conjunto normativo foi revogado. Outras, têm duração de séculos, como o Código Comercial Brasileiro que é de 1850 e está vigendo até hoje! E outras têm duração normal e variável a depender da necessidade da sociedade (NADER, 2001).

Agora podemos nos perguntar, o que é revogar uma lei? Revogar é tornar sem efeito uma norma, retirando a sua obrigatoriedade. Caso uma nova lei seja editada sobre o mesmo conteúdo da passada com o objetivo de alterá-la para adequá-la aos novos anseios da sociedade, a lei anterior será revogada e a nova é a que terá validade.



Assimile

As normas só podem ser revogadas por outras de hierarquia igual ou superior. A revogação é o gênero que contém duas espécies: A Ab-rogação significa supressão total da norma anterior. Temos como exemplo o Código Civil de 2002, que ab-rogou o Código Civil de 1916. A Derrogação significa a revogação parcial, torna sem efeito só uma parte da norma (DINIZ, 2004). Como exemplo temos a Lei de Adoção, a qual revogou artigos – parágrafo único do art. 1.618 e 1.620 a 1.629 – do atual Código Civil.

A revogação pode ser expressa ou tácita. Será expressa quando a nova lei diz expressamente que revoga outra. A revogação tácita acontece quando a nova lei, mesmo não dizendo, modifica a lei antiga, por estar dispendo sobre o mesmo objeto e matéria. “Se a lei nova vem modificar ou regular, de forma diferente, a matéria versada pela norma anterior, podem surgir conflitos entre as novas disposições e as relações jurídicas já definidas sob a vigência da norma antiga” (DINIZ, 2004, p. 395). Por isso, o ideal seria que o legislador, por ter consciência da inclusão da lei em um sistema, quando tratar sobre o mesmo assunto de uma lei anterior, diga exatamente o que será alterado pela lei ulterior, se a muda totalmente ou somente alguns termos. A seguir vemos um exemplo da revogação expressa.

Figura 2.5 | Exemplo de revogação expressa



Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 12.010, DE 3 DE AGOSTO DE 2009.

Vigência

Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências.

Fonte: BRASIL, Lei nº 12.010, promulgada em 3 de agosto de 2009. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm, acesso em: 5 dez. 2018.



Atenção

A repristinação não é permitida em nosso sistema jurídico. Isso quer dizer que, quando uma lei revogadora perde a sua vigência, a lei anterior, por ela revogada, não recupera a sua validade. Trata-se de estipulação direta da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no seu artigo 2º, § 3º.

Prezado aluno, agora você já pode dizer que está craque na Teoria da Norma Jurídica! A dica que lhe oferecemos é esta: para aplicarmos o conteúdo dos nossos estudos é necessário começar, desde já, a observar as novas normas que surgem no Diário Oficial, principalmente aquelas que se relacionam com o seu dia a dia. Sugerimos também classificá-las a partir de seu objeto, observando também quando terminam seu período de *vacatio legis* e quando a outra lei provocará sua revogação. É desse modo que um aplicador do Direito faz! Bons estudos e até a próxima!

Sem medo de errar

Prezado aluno, chegamos ao final de mais um material. Aqui estudamos a teoria da norma jurídica, sua classificação e validade. Agora somos capazes de aplicar o direito e entender um pouco mais sobre essa ciência. Após esse estudo, podemos auxiliar Sérgio com aqueles problemas em Newstate, não é? Vamos relembra o que está acontecendo por lá?

Sérgio se encontrou com Sofia, ministra da justiça do novo Estado. Ela relatou como o período de transição estava complicado, principalmente porque o seu legislativo não sabia muito bem o que fazer com as normas jurídicas que estavam em vigor antes do novo estado surgir e as novas leis que assim apareciam. Os principais problemas relatados foram estes: as leis antigas não eram democráticas; e o novo líder legislativo estava aprovando leis sem observar os procedimentos adequados.

Para ajudá-lo a responder essas questões, é preciso percorrer o caminho dialógico abaixo:

1. Como se dá a sistemática de validade e revogação das normas?
2. Normas antidemocráticas devem permanecer válidas em um novo Estado pautado na justiça e democracia?
3. As normas publicadas sem observância dos procedimentos e da Constituição são consideradas válidas?
4. Qual o momento que as leis do Estado anterior deixaram de ser válidas para começarem a valer as novas normas?

Bem, a assessoria à ministra da justiça pode começar a responder à questão pela validade das normas. É necessário compreender que é natural a renovação das normas em um Estado de Direito. Normas antigas que não mais se adequam ao consenso social, à cultura, contextos e novos valores não podem permanecer, pois o ordenamento deve se adequar à realidade. Por isso é que, se essas normas não observam um princípio básico do direito que é a democracia, não devem permanecer válidas em um novo ordenamento. Assim, nada impede que o legislativo emita novas leis com o mesmo conteúdo de leis já existente, atualizando-as, modificando-as ou até revogando-as. Ou seja, pode ser que emita uma lei dizendo que a lei anterior já não é mais válida.

Essa nova lei somente será válida se observar os procedimentos legais e constitucionais. Os critérios pelos quais o sistema jurídico pode atribuir validade à norma são: respeito à hierarquia e, portanto, estar de acordo com a Constituição Federal; aprovação pela autoridade competente; respeito a prazos e quóruns; conteúdo de acordo com as designações e competências para legislar. Ou seja, o legislativo de Newstate tem que observar essas técnicas para que a lei seja válida.

Então, caso o poder legislativo de Newstate comece a observar as normas para publicação uma nova lei será válida e revogará uma lei antiga, assim que publicada oficialmente e passar pelo seu período de *vacatio legis*. Então, caso não haja modificações, e não tenha determinado um prazo, ela terá validade, até que outra lei venha e a renove.

Avançando na prática

Louis e a lei da máquina do tempo

Descrição da situação-problema

As normas jurídicas possuem requisitos para a sua validade, seja formal ou fática. A validade fática diz respeito a sua eficácia, em vista da produção concreta de efeitos. Mas Louis tinha novas ideias para o legislativo de sua cidade Robótica. Ele é professor e especialista em engenharia mecânica e queria fazer a diferença na sociedade. Para isso, nada melhor do que ser um deputado. Assim, ele poderia fazer leis para melhorar a vida da população, em especial, com o uso das máquinas, a sua grande paixão. Por ser muito conhecido no meio acadêmico, facilmente foi eleito e, com isso, colocou em prática as suas estratégias. Após alguns anos de pesquisa, ele viu que existia um protótipo de uma máquina do tempo. Apesar do protótipo ainda não

estar funcionando perfeitamente, essa máquina podia ser usada para resolver grandes problemas da sociedade. Um deles referia-se ao seu amigo, Marcelo. Ele passava por um grande problema em sua fábrica. Se ele pudesse voltar no tempo, reduziria os acidentes de trabalho de seus funcionários. Quando acontecesse o acidente, ele retornaria no tempo e com a falha descoberta, resolveria o problema. Que boa ideia, não? Assim, passando por todos os procedimentos, Louis publicou a lei que autorizava a proteção da saúde dos trabalhadores utilizando uma máquina do tempo. Mas, será que essa lei é válida? Se válida, será que ela é eficaz? Passar por todos os procedimentos é suficiente para que ela tenha efeitos? Quais conceitos podem ser levantados para explicar a ineficácia dessa Lei? Os colegas deputados de Louis viam aquela lei como uma piada. Alguns riam dele, mas outros, na tentativa de ajudar, contrataram você, especialista em teoria das normas jurídicas para assessorá-los e explicar a Louis o motivo pelo qual aquela norma era válida ou não.

Resolução da situação-problema

Para ajudá-lo a responder a essas questões, é preciso percorrer o caminho dialógico abaixo:

1. Uma norma sem aplicabilidade, como a proposta por Louis, utilizando uma máquina que não existe, é uma lei eficaz?
2. Passar por todos os procedimentos é suficiente para que ela tenha efeitos?
3. Quais conceitos podem ser levantados para explicar a ineficácia dessa Lei?

Bem, os colegas de Louis estão certos. Mesmo que ele tenha uma boa intenção a lei que ele publicou não tem aplicabilidade na vida real. Vigência não se confunde com eficácia. A vigência ou validade é passar por aqueles procedimentos já determinados pela lei, respeito à Constituição e estar inserida corretamente no sistema. Mas a sua eficácia fática tem a ver com a sua aplicação no dia a dia da população. Evidente que uma máquina do tempo não pode auxiliar a que não haja mais acidentes de trabalho. A norma só será eficaz se refletir a vontade da sociedade e tiver condições práticas para atuar, por ser adequada à realidade (eficácia semântica), condições técnicas possíveis (eficácia sintática) e por ter elementos normativos adequados à produção de efeitos. Como ela não produz efeitos fáticos ela não é eficaz. E ainda. Maria Helena Diniz nos ensina que o mínimo de eficácia é condição de vigência da norma, logo se ela nunca puder ser aplicada pela autoridade competente nem obedecida pelo seu destinatário, perderá, também a sua vigência.

1. *Vacatio Legis* ou vacância da Lei é o período de tempo que uma lei entra em vigor, da sua publicação até a sua vigência, sendo estabelecido, em regra, o prazo de 45 dias. A depender da matéria o legislador pode aumentar esse período (DINIZ, 2004).

Assinale a alternativa que determina em qual norma estão dispostos o conceito e o período de tempo da *vacatio legis*.

- a) Lei que institui o Código de Processo Civil.
- b) Consolidação das Leis Trabalhistas.
- c) Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.
- d) Lei que institui o Código Civil Brasileiro.
- e) Constituição Federal da República.

2. As normas do Direito Brasileiro devem observar requisitos técnicos de vigência e validade. Uma delas está disposta no Decreto-Lei nº 4.657 de 1942, que sofreu alterações da Lei nº 12.376 de 2010. Esta lei tem um artigo com a referida disposição: “Art. 2, § 3º. Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.” (BRASIL, 1942)

Tendo em vista o conceito delineado neste artigo, assinale a alternativa que apresenta o seu correto instituto.

- a) Validade
- b) *Vacatio legis*
- c) Repristinação
- d) Revogação
- e) Vigência

3. O Código Civil é um conjunto de normas de Direito Privado, que tratam sobre as relações entre particulares. Em um dos seus artigos é estabelecido o seguinte: “Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.” (BRASIL, 2002)

Tendo em vista a classificação das normas jurídicas, assinale a alternativa que apresenta a correta classificação da norma anteriormente descrita.

- a) Quanto à imperatividade é uma norma de ordem privada; quanto à natureza é substantiva; quanto à sua aplicabilidade é autoaplicável.
- b) Quanto à imperatividade é uma norma de ordem pública; quanto à natureza é substantiva; quanto à sua aplicabilidade é autoaplicável.
- c) Quanto à imperatividade é uma norma de ordem privada; quanto à natureza é adjetiva; quanto à sua aplicabilidade é esparsa.

- d) Quanto à imperatividade é uma norma imperativa; quanto à natureza é adjetiva; quanto à sua aplicabilidade é codificada.
- e) Quanto à imperatividade é uma norma imperativa; quanto à natureza é substantiva; quanto à sua aplicabilidade depende de complementação.

Teoria do ordenamento jurídico

Diálogo aberto

Caro aluno, está preparado para mais uma excursão pelo mundo do Direito? Aqui, vamos entender um importante conceito: o ordenamento jurídico. Como pode-se perceber, facilmente, ordenamento vem de ordem. Será que as normas jurídicas são feitas e inseridas nesse sistema de qualquer forma? Claro que não! É preciso ter uma unidade, completude e coerência! Ao final desta unidade também entenderemos outros conceitos de muita importância, que trarão mais segurança e paz social. Trata-se do ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada. Com calma e atenção veremos que são conceitos de fácil compreensão!

Bem, então vamos colocar “ordem nesta casa”? Para ajudá-lo a percorrer este novo caminho vamos ver como nosso jornalista Sérgio está se saindo em Newstate?

Sérgio, a cada dia, via que o Newstate estava criando forma. Os seus administradores, legisladores, juízes estavam se adaptando ao novo formato e começando a ver o funcionamento do Direito. Mas ainda, faltavam alguns ajustes. Evidente que nada é perfeito e sempre pode melhorar! Com isso, Sérgio achou que já tinha material suficiente para ir embora e escrever seu livro. Até que bateram em sua porta. Era um dos assessores da Juíza Joaquina, que estava ainda sem entender algumas questões e com um problemão para resolver. Sérgio era a sua única esperança e ela o pediu para auxiliar em uns casos que haviam sido instaurados no Tribunal. Então, na expectativa de mais uma excelente história para seu livro, Sérgio foi até o escritório da Juíza. Os seus assessores tinham separado alguns casos que não podiam ser resolvidos só com uma norma. Havia casos mais difíceis que precisavam juntar e coordenar três ou até quatro normas! Mas, eles viam que, às vezes, essas normas eram contraditórias. Os assessores estavam perdidos! Sérgio então entendeu: o ordenamento jurídico do Newstate estava uma bagunça! Os legisladores não conversavam entre si e foram criando normas, sem verificar se já havia outra no mesmo sentido ou se eram contrárias à Constituição do Estado. Às vezes havia casos que uma norma dava autorização e outra proibia o mesmo fato jurídico! Isso era um absurdo! Evidente que dessa forma era impossível resolver os casos concretos! Dessa forma, Sérgio chamou uma reunião. Precisava explicar tanto aos legisladores como aos aplicadores do Direito como funcionava a Teoria do Ordenamento Jurídico. Será que as normas podem ser criadas sem qualquer parâmetro anterior? Será que há

uma norma que dá validade e é a referência de todo o ordenamento jurídico? Será que há uma teoria que dá fundamentos e critérios para a criação e organização das normas? Para auxiliá-lo a responder essa e outras questões que darão um fio condutor lógico ao conjunto de normas do Estado Newstate, Sérgio pediu a ajuda de um dos assessores legislativos, você, especialista em ordenamento jurídico, para que formulasse alguns critérios a serem seguidos para a criação e organização das normas. Vamos lá?

Não pode faltar

Caro aluno, estamos a postos para mais uma peripécia no mundo do Direito? Seja bem-vindo ao nosso material sobre Teoria do Ordenamento Jurídico! Bem, viemos de uma aventura pelo mundo das normas jurídicas, não foi? Até agora estudamos o seu aspecto interno, seu poder e estrutura. Mas, como vimos, as normas não estão sozinhas e nem podem ser aplicadas de forma isolada. Até porque, se pararmos para refletir, se formos resolver um caso jurídico, dificilmente se utilizaria somente uma norma para resolver esse litígio. Precisamos juntá-las e organizá-las para que seja possível dar uma decisão justa. Assim, com essa grande quantidade de normas, precisamos arrumá-las para que seja possível aplicá-las. É exatamente isso que essa teoria propõe! Vamos entender como funciona esse ordenamento?

As normas jurídicas não estão isoladas, elas dependem de seu contexto, se relacionam e estão situadas num conjunto. Chegando a ponto de dizermos que, a validade da norma depende do ordenamento em que está inserida (FERRAZ JR., 2018). Ao analisarmos a palavra ordenamento, de imediato é possível referir a uma organização, uma ordem. Portanto, ordenamento jurídico é o campo do conhecimento do Direito que vislumbra o conjunto das normas jurídicas (MASCARO, 2015). Com o intuito de apresentar tais normas dentro da estrutura que lhes é peculiar, consignemos que a legislação (o conjunto das normas jurídicas escritas) é, também, conhecida como ordenamento jurídico (NUNES, 2017).



Atenção

Mas, atenção, o ordenamento jurídico não é só um sistema de normas. É esse sistema na sua concreta realização, adicionando a ele as regras explícitas como aquelas elaboradas para suprir as lacunas, os acordos e contratos feitos por particulares. Ou seja, vai muito além do conjunto de leis.

Então, vamos, aos poucos, entender o que é esse tal de ordenamento jurídico?



Vocabulário

A seguir vemos alguns termos instrumentais lógicos e linguísticos da Ciência do Direito, necessários para compreendermos esta matéria. As **categorias** são formulações genéricas, palavra utilizada quando se quer dar ênfase ao gênero e não às especificidades do Direito, como quando falamos de Pessoa Jurídica. O **instituto jurídico** é a reunião de normas jurídicas afins, é uma parte da ordem jurídica. É um tipo dentro ordenamento, como a adoção, a hipoteca, pátrio poder. **Sistema jurídico** é o conjunto de normas jurídicas interdependentes, reunidas segundo um princípio unificador (NADER, 2001).

Já vimos que, com a Modernidade, houve uma mudança de paradigma dentro do Direito. A criação do Estado, a queda da monarquia, o aumento esporádico das leis emanadas, que contribuiu para o aumento da segurança, também possibilitou o confronto das diversas legislações, aumento da disponibilidade de fontes e hierarquias. O fato de o direito tornar-se escrito contribuiu para importantes transformações na sua concepção e conhecimento (FERRAZ JR., 2018). Com o monopólio do Estado na produção do Direito e a tomada pelo poder legislativo de expressar a vontade da sociedade, a lei passou a ser a principal fonte do direito, e seu resultado último é representado pela codificação (BOBBIO, 2016). Este fenômeno da institucionalização e da mutabilidade do direito é chamado de positivação do Direito (FERRAZ JR., 2018). Dessa forma, foi a partir daí que se viu a necessidade de criar teorias para a compreensão de todo esse sistema e ordem jurídica. Com a multiplicação de normas, que regem a vida social, todas as relações essenciais ao desenvolvimento dos sujeitos de direito e da própria sociedade “estão sujeitas à rede de mil malhas personificada pela ordem jurídica” (MARQUES, 2007, p. 433). Esse ordenamento, embora não se confunda com todo o direito, diante da sua amplitude, o projeta em nosso mundo, como uma teia ou uma rede normativa complexa (MARQUES, 2007).



Saiba mais

Por ser complexa, há necessidade de um princípio unificador para dar harmonia a essa rede de normas. A doutrina dispõe alguns critérios para essa integração:

O **critério de territorialidade** – a ordem jurídica é um conjunto de regras temporalmente vigentes num dado território. Como é evidente não podemos usar aqui no Brasil normas do Chile, da Rússia ou de qualquer outro país.

O **critério da soberania** – para o jurista inglês J. Austin, a soberania é o elemento que serve de polo unificador do ordenamento jurídico,

em que toda a regra de direito é imposta por um soberano, um legislador originário.

O **critério do escalonamento** – para Kelsen uma norma faz parte de um ordenamento em virtude do seu modo de produção, em conformidade com a norma superior válida.

O **critério da regra de reconhecimento** – na perspectiva de Hart, fundamentado na Constituição escrita, promulgação legislativa e precedentes judiciais, a regra de reconhecimento é uma regra social positiva, reconhecida a partir da prática (MARQUES, 2007).

O próprio Bobbio descreve que o ordenamento jurídico é composto por uma infinidade de normas, como a quantidade de estrelas no céu, e, ainda, a cada dia são criadas mais normas para integrar essa constelação (BOBBIO, 2016). Por isso, a teoria do ordenamento jurídico desenvolveu alguns objetivos com os quais devem ser observados para dar **unidade, completude e coerência** às normas jurídicas.

Diante dos critérios acima definidos, a teoria que ainda se destaca é a de Kelsen. Como dito anteriormente, Kelsen desenvolve a teoria do escalonamento das normas jurídicas e é através dela que se pensa a unidade do ordenamento jurídico.

A **unidade** da ordem jurídica está ligada à existência de uma norma fundamental como base, com a qual se possa, direta ou indiretamente, relacionar todas as outras normas do sistema. Já falamos sobre essa norma fundamental, lembra-se? No nosso ordenamento jurídico é a Constituição Federal. Aqui, retomamos o critério de Kelsen do escalonamento, também conhecido como a hierarquização das normas. Para Kelsen, o direito só existe dentro de um ordenamento jurídico imposto pelo Estado, em que a justiça se estabelece na aplicação de tais normas. Dentro dessa teoria, umas normas têm um nível hierárquico superior a outras normas. Ou seja, a sua disposição é vertical (KELSEN, 1998).

Para o ordenamento jurídico, esse escalonamento é o que orienta o conjunto de normas, com a conhecida pirâmide de Hans Kelsen. Assim, imagine o desenho de uma pirâmide. Em seu topo está a Constituição. Já vimos que é através dela que todo o restante do ordenamento é construído, ela é o fundamento de validade de todas as demais normas do sistema (KELSEN, 1998). Portanto, ela é a norma de mais importância de todo o ordenamento jurídico! Abaixo da norma fundamental há as normas inferiores. No Brasil, chamamos de normas infraconstitucionais, são as leis complementares, ordinárias e delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções legislativas, decretos autônomos. Cada uma dessas normas tem um espaço

dentro da pirâmide, as primeiras de hierarquia mais alta, mas em menor quantidade, até as mais baixas hierarquicamente, mas com maior quantidade (SILVA, 2006). Vemos a seguir como esta disposta essa pirâmide.

Figura 2.6 | Pirâmide de Kelsen



Fonte: https://pt.wikipedia.org/wiki/Ordenamento_jur%C3%ADdico. Acesso em: 15 dez. 2018.

Essa hierarquia vem do poder dado para cada norma, de quem emite e a sua matéria. Esse escalonamento nos dá uma ideia de um Direito lógico e coerente, devido a seu ordenamento, através de uma operação técnica dessas mesmas normas, que resolveriam os litígios dentro desse conjunto e pensando neste nível hierárquico entre si (MASCARO, 2015).



Refleta

Hans Kelsen é um dos filósofos mais importantes para o nosso direito contemporâneo, entretanto, a sua Teoria Pura do Direito é muito criticada, em especial, diante da necessidade de a ciência do direito ser uma ciência pura, ou seja, sem interferência de outras ciências. E essa questão reflete-se na pirâmide. Hoje em dia, pode-se dizer que não há mais o desenho da pirâmide perfeita, com um escalonamento fechado de normas. Temos que falar mais em sistema jurídico, mais fluído (MASCARO, 2015). O que você acha que influenciou essa mudança na forma de ver o escalonamento do Direito?

Essa estrutura piramidal não consegue vislumbrar a realidade prática e atual do Direito. Claro, didática e doutrinariamente, é esta teoria que vale.

Mas, o nosso ordenamento tem outras complexidades que merecem atenção, em especial em um mundo globalizado em que novas relações entre Estados são tão importantes. Os tratados de direitos humanos, por exemplo, não estão abrangidos nesta disposição mesmo sendo muito importantes para nosso ordenamento. Isso quer dizer que, a prática do Direito não é tão formal como o dito por Kelsen. Você consegue imaginar outras vertentes não abrangidas pela pirâmide?



Exemplificando

Como o ordenamento é muito amplo e complexo podemos citar alguns exemplos de normas que saem desse padrão da pirâmide: Normas inconstitucionais: o legislador pode criar normas inconstitucionais, que, até a análise do Supremo Tribunal Federal estarão vigentes e válidas dentro do ordenamento, mesmo não sendo compatível com a norma fundamental; Pelo clamor social, uma norma se faz necessária, mesmo sendo contrária à Constituição. Não é porque a Constituição é o ápice do ordenamento que ela é imutável e inalterável; Ainda, por fim, há normas claramente constitucionais, de direitos fundamentais, mas que “não pegam”, não são aplicadas. (MASCARO, 2015)



Assimile

Para Ferraz Júnior melhor do que pensar em uma norma fundamental, é pensar nas vivas práticas da sociedade e os poderes, constrangimentos e imposições daí advindas. Por isso, pode-se dizer que o Direito possui uma dimensão que é quase sempre normativa, mas em alguns momentos este padrão de reprodução do Direito que é a legalidade, se rompe em favor de injunções externas. Neste momento, temos normas que entram no sistema jurídico, que geram outras normas, sem a coerência formal da Constituição. Essas seriam regras de calibração, que graças a elas, o sistema muda de padrão e não se desintegra (FERRAZ JR., 2018).

O próximo problema que nos apresenta é se um ordenamento jurídico, além de uma unidade, constitui também um sistema. Para que se possa falar de uma ordem, dentro desse sistema, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de **coerência** entre si (BOBBIO, 2016).

Como vimos no material anterior, as normas jurídicas são construídas e válidas, até vir outra norma jurídica que a faça perder a sua vigência. Portanto, o ordenamento jurídico pode ser construído com materiais oriundos de

outras épocas. Percebemos, assim, que a ordem jurídica é fragmentada e complexa. Para que não vire um verdadeiro caos, é necessário que tenha coerência, essencial para o seu funcionamento. Isso quer dizer que, para que as normas inferiores concretizem as normas superiores, elas devem ter o mesmo sentido e direção.



Lembre-se

O ordenamento jurídico é como se fosse um grande quebra-cabeça no qual as peças devem se encaixar para formar o desenho. Pode-se adicionar novas peças, mas o seu encaixe dentro do conjunto deve ser perfeito, em que todos os elementos da ordem jurídica devem possuir entre si uma ligação necessária e harmônica (MARQUES, 2007).



Saiba mais

Como sabemos, o nosso direito não é perfeito. Assim, essa coerência nem sempre é possível. Há a existência de normas incompatíveis entre si, chamadas de antinomias. A ciência do direito se preocupa com essa questão e a doutrina nos traz algumas formas de resolução.

AGU Explica – **Antinomia jurídica**. Publicado em 11 de abril de 2017.

Assim, a antinomia é a presença simultânea de normas válidas que se excluem e são contraditórias. Para que seja considerada uma antinomia, essas normas devem fazer parte do mesmo ordenamento; devem ser válidas e aplicáveis e ser incompatíveis entre si (uma norma proíbe e outra norma permite o mesmo ato jurídico) (FERRAZ JR., 2018).

O professor Mascaro nos ensina que para além da coerência, é necessário falar em coesão do ordenamento jurídico, como um atributo de funcionalidade do sistema. O direito se constitui em um todo social, diretamente ligado às estruturas e sistemáticas dessa sociedade. Já que há possibilidade de existir antinomias, o ordenamento nem sempre será coerente. Por isso, deve-se falar em coesão, que se revela pelo funcionamento verificável não na teoria, mas na realidade (MASCARO, 2015).

E, além da unidade e da coerência (e também da coesão), o ordenamento jurídico deve ter **completude**. Uma ordem jurídica plena, completa, é aquela que dispõe de normas para regular todos os casos jurídicos. Mais uma vez, estamos diante de um conceito quase inalcançável. Imagina só, o

direito conseguir regular todas as situações e relações da sociedade! Ainda mais, atualmente, em que a cada dia há uma nova tecnologia e problemas exponenciais, tendo em vista a globalização. A complexidade, a variabilidade e a diversidade da sociedade ultrapassa constantemente a imaginação do legislador (MARQUES, 2007).

Mesmo assim, a teoria coloca que: “por completude entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso” (BOBBIO, 2016, p. 115). Então, completude significa ausência de lacunas. Já falamos sobre lacunas anteriormente, lembra-se? Lacuna é quando não há uma norma que se adequa ao fato jurídico, portanto, o juiz, neste caso, deve-se utilizar de princípios, analogias para resolver o caso. Assim, a completude é uma condição necessária para o ordenamento, em que valem duas regras: o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentarem a seu exame; e deve julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema (BOBBIO, 2016).

Como já deu para perceber e, assim como todo o nosso Direito, a ordem jurídica configura um projeto social e de Estado, que define o campo de nossas possibilidades e estabelece um normativo que orienta a nossa vida individual e social. Dessa forma, foi possível perceber alguns efeitos que surgiram após a criação e organização do ordenamento jurídico: a liberdade, a segurança e a paz.

O direito é condição da realização da liberdade, em que estabelece normas para que o direito individual se harmonize com os direitos de todos. Também, é a condição de segurança. Como o ordenamento jurídico é instituído por um poder soberano, o Estado garante a segurança de todos. Entretanto, o ordenamento jurídico também serve para que haja uma segurança de todos face ao poder. É através da ordem instituída que se pode exigir a responsabilidade pelo exercício de poder como cumprimento dos princípios da separação dos poderes, da legalidade, independência dos tribunais, uma segurança também face ao direito, em que temos um conjunto de mecanismos que protegem os destinatários dos sacrilégios do próprio ordenamento. E, por fim, assim como o Direito, o ordenamento jurídico promove a paz, ao procurar excluir a violência das relações sociais (MARQUES, 2007).

Bem, agora que você já sabe sobre o ordenamento jurídico, suas características, estrutura e funções, podemos dar mais um passo no mundo do Direito. Tendo ainda em mente as questões da liberdade, mas principalmente da segurança e da paz, precisamos entender alguns conceitos que estão relacionados com o Direito Subjetivo.



Lembre-se

Direito Objetivo é aquele que expõe normas que regem o comportamento humano e colocam uma sanção caso não seja cumprida. O Direito Subjetivo é a permissão, dada por meio da norma jurídica válida, “para fazer ou não fazer alguma coisa ou para exigir, por meio dos órgãos competentes do poder público ou através dos processos legais, em caso de prejuízo causado por violação da norma” (DINIZ, 2004, p. 246).

Já sabemos que, dentro do positivismo, o Estado, preocupado com a paz e justiça social impõe regras no intuito de fornecer segurança nas relações jurídicas. Caso contrário, o caos estaria instalado. Por isso, no Direito, a regra geral é a definitividade, respeitabilidade e exigibilidade. É isso que dispõe o famoso artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, 1988). Dessa forma, vamos conhecer um pouco o que quer dizer esses três conceitos?

O ato jurídico perfeito é o que já se consumou segundo a norma vigente ao tempo em que se efetuou (BRASIL, 1942). Mas o que isso quer dizer? É aquele ato que nasce e se forma sob a égide de uma determinada lei, que possui todos os requisitos exigidos por ela. E, ainda, esse ato deve ser regido de acordo com o regime jurídico e com todo o disposto no ordenamento jurídico, numa interação com a totalidade do sistema e, em especial, com a Constituição Federal.



Exemplificando

Imagine que duas pessoas fizeram um contrato de prestação de serviços para a pintura de uma casa. O pintor realizou toda a pintura e o dono da casa efetuou o pagamento pelo serviço. O pintor deu a quitação, de forma geral, ampla e irrestrita. Esta quitação é um ato jurídico perfeito, se consumou e não há mais o que ser exigido neste negócio jurídico. Se o pintor fizer qualquer reclamação, ou tentar cobrar novos valores, relacionados a esse negócio específico ele estará indo contra a garantia da estabilidade jurídica. Imagine só se todo mundo depois de dar quitação pudesse ficar exigindo pagamentos do mesmo contrato? Seria um caos, não acha?

O título ou fundamento que faz nascer o direito subjetivo é todo ato lícito que tenha a finalidade imediata de adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, denomina-se ato jurídico perfeito. Ou seja, é aquele ato que cumpre os requisitos determinados pela lei, e que, a partir e

fundamentado por ela, tornou-se apto para dar nascimento aos seus efeitos desde que seja feita a devida verificação de todos os requisitos que lhe são indispensáveis (DINIZ, 2000).

No mesmo sentido, o direito adquirido é o que já se incorporou definitivamente ao patrimônio e à personalidade de seu titular (PEREIRA, 1961). Assim, o direito adquirido tem relação com fatos jurídicos passados, entretanto, que ainda não se tornaram um ato jurídico perfeito, ou seja, ainda não são efetivos. A própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o conceitua, declarando que: “Art. 6º, § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém que por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (BRASIL, 1942).



Lembre-se

Direito adquirido é todo direito fundado sobre um fato jurídico que já sucedeu, mas que ainda não foi executado e feito valer (PEREIRA, 1961).

Como aqui estamos falando de direitos subjetivos, o titular desse direito pode exercê-lo quando bem entender, desde que cumpridos os requisitos da lei. Esses direitos estão definitivamente incorporados ao patrimônio do titular e uma lei nova não pode atingi-los, sem retroatividade.



Exemplificando

Vamos a um exemplo para melhor compreensão: imaginemos que um município faz uma lei colocando algum benefício para os seus funcionários públicos. Todos aqueles funcionários que se enquadram no descritivo da lei passam a ter aquele direito adicional. Entretanto, alguns não o exigem de imediato. Passados 4 anos, o município retira o benefício. Esses que eram funcionários na época daquela lei, mas que não o exigiram, têm o direito adquirido e poderá, mesmo já valendo essa nova lei, requerer o adicional dado pela lei anterior.

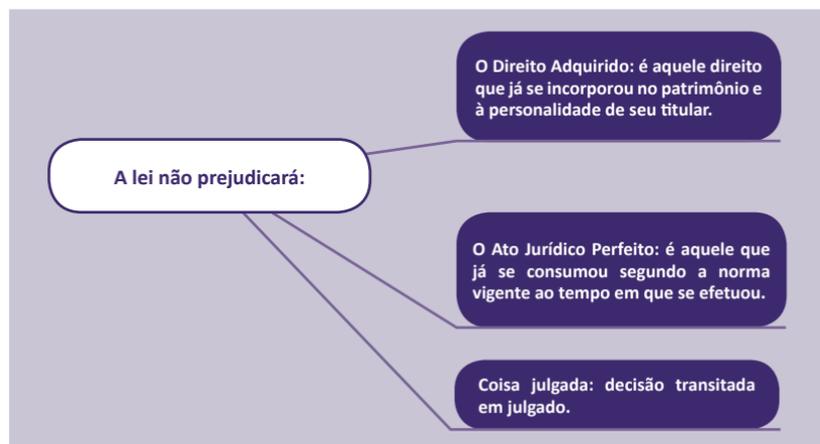
Lembrando que a aquisição do direito não pressupõe o seu exercício, com a lei velha a possibilidade do exercício foi adquirida, portanto, a outra lei não o retira (PEREIRA, 1961).

Por outro lado, não podemos confundir esse instituto com o da mera expectativa de direito. Esta configura-se por uma sequência de elementos constitutivos, cuja aquisição se faz gradativamente. Assim, o

direito está em formação e, só será válido, quando cumpridos todos os seus requisitos.

Por fim, a coisa julgada é a decisão judiciária que não cabe mais recurso. “É a decisão definitiva do Poder Judiciário, trazendo a presunção absoluta de que o direito foi aplicado corretamente ao caso *sub judice*” (DINIZ, 2000, p. 115). Aqui falamos de segurança jurídica, estabilidade ao exercício da jurisdição, em que nem mesmo uma nova lei pode alterar o que já foi decidido pelos juízes e transitado em julgado (decisão que não cabe mais recurso) (MOURÃO, 2006).

Figura 2.7 | Ato jurídico perfeito; Direito adquirido; Coisa Julgada



Fonte: elaborada pela autora.

Bem, assim acabamos mais um material. Aqui o concluímos com uma curiosidade sobre este último instituto. Como você pôde perceber, o Direito é um todo construído pelo ordenamento jurídico, em que tem o ápice na Constituição Federal. Ela é o que dá validade a todas as normas, e além disso, o ordenamento é uma teia em que todos os elementos devem ser considerados para dar uma decisão. Certo? Agora, imagine que apareçam novos fatos que modifiquem substancialmente aquela situação descrita na sentença, que fez coisa julgada, como a corrupção do juiz ou erro de fato. Será que mesmo assim ela não poderá ser modificada? Sim, a lei processual coloca alguns casos que a coisa julgada poderá ser modificada, através de uma ação rescisória.

Sem medo de errar

Caro aluno, assim concluímos mais um material. Aqui, especialmente, vimos como se deu a aplicação da Teoria do Ordenamento Jurídico, uma

forma que a Ciência do Direito viu de organização da teia de normas jurídicas. Após esse estudo, somos capazes de entender os critérios impostos pela teoria para que seja possível auxiliar Sérgio e os problemas de Newstate. Vamos lá? Você se recorda dos últimos acontecimentos daquele Estado?

Sérgio, estava quase indo embora, quando foi solicitada a sua ajuda pelos assessores dos juízes. Eles mostraram que havia casos que necessitavam da utilização de várias normas para sua resolução, entretanto, algumas dessas normas eram contraditórias entre si. Assim, Sérgio viu que os legisladores não estavam usando qualquer critério para criar as normas e nem mesmo seguiam a Constituição. Assim, era necessário mostrar a eles como funciona a Teoria do Ordenamento Jurídico, qual o parâmetro de criação e validade das normas; os fundamentos e critérios do ordenamento; e noções sobre a função do ordenamento. Você foi designado para auxiliá-lo nesta explicação. Vamos lá resolver esses problemas?

Para ajudá-lo a responder essas questões é preciso percorrer o caminho dialógico abaixo:

1. O que é o ordenamento jurídico?
2. Quais os objetivos principais ditados pela Teoria do Ordenamento Jurídico?
3. O que diz a teoria do escalonamento ou pirâmide de Kelsen e o papel da Constituição dentro do ordenamento?
4. O que são as antinomias?
5. Tendo como referência esses conceitos como resolver o problema de Newstate?

Como vimos as normas jurídicas não estão soltas no mundo do Direito. Elas fazem parte de um conjunto, um emaranhado de normas, que chamamos de ordenamento jurídico. Elas se relacionam umas com as outras e devem compor toda essa ordem. Entretanto, ordenamento jurídico não é só um sistema de normas. É esse sistema na sua concreta realização, adicionando a ele as regras explícitas como aquelas elaboradas para suprir as lacunas, os acordos e contratos feitos por particulares. Ou seja, vai muito além do conjunto de leis. A teoria do ordenamento jurídico teve como objetivo principal dar unidade, completude e coerência às normas jurídicas. A unidade é dada pela norma fundamental, no nosso caso a Constituição, que é o ápice de nosso ordenamento e é a partir dela que todas as outras normas se validam. Assim, dentro dessa teoria, umas normas têm um nível hierárquico superior a outras normas. Ou seja, a sua disposição é vertical. Para o ordenamento jurídico, esse escalonamento é o que orienta o conjunto

de normas, com a conhecida pirâmide de Hans Kelsen. Esse escalonamento nos dá uma ideia de um Direito lógico e coerente, devido a seu ordenamento, através de uma operação técnica dessas mesmas normas, que resolveriam os litígios dentro desse conjunto e pensando neste nível hierárquico entre si. A coerência diz respeito à fragmentação e complexidade do sistema. Para que não vire um verdadeiro caos, é necessário que tenha coerência e também coesão. Isso quer dizer que, para que as normas inferiores concretizem as normas superiores, elas devem ter o mesmo sentido e direção. Nesse ponto é importante dizer sobre o caso das antinomias. A antinomia é a presença simultânea de normas válidas que se excluem e são contraditórias. Para que seja considerada uma antinomia, essas normas devem fazer parte do mesmo ordenamento; devem ser válidas e aplicáveis e ser incompatíveis entre si. Por isso é necessário esse trabalho da ciência do Direito que determina a necessidade das normas fazerem parte de um conjunto, se encaixarem e complementarem-se entre si.

Por fim, o ordenamento jurídico deve ser pleno. A completude significa dizer que as normas devem regular todos os fatos, não pode haver lacunas.

Assim, no caso de Newstate, o principal ponto a ser observado é a necessidade de verificar esses três requisitos do ordenamento jurídico para que não haja mais antinomia. As normas ao serem criadas devem fazer parte do conjunto e seguir o determinado pela Constituição.

Avançando na prática

Direito Adquirido e expectativa de Direito dos deuses do Olimpo

Descrição da situação-problema

O direito subjetivo é aquele que dá a permissão de fazer ou não fazer alguma coisa ou para exigir o cumprimento de um direito através dos processos legais. Dessa teoria, advém alguns institutos que dão segurança e paz social. Trata-se do Ato Jurídico Perfeito, Direito Adquirido e Coisa Julgada, entretanto, Zeus, o legislador do Olimpo não estava sabendo muito bem articular esses institutos. Por isso, os deuses do Olimpo estavam indignados com ele. Os últimos acontecimentos e modificações na legislação do céu estavam causando alguns constrangimentos e insegurança jurídica. Isso porque, Zeus estava dando e tirando direitos o tempo todo. Um desses casos foi o que aconteceu com Eros. Zeus tinha determinado que todos os filhos de deuses, nascidos no Olimpo, e os que ainda iriam nascer, tinham

direito de receber uma pensão mensal, como retribuição pela ausência constante dos pais. Eros era filho de Afrodite, também deusa, e, portanto, tinha direito de receber a pensão. Entretanto, como estava muito ocupado, fazendo seu papel de cupido, não foi exigí-la imediatamente na secretaria social do Olimpo. Passados uns meses, Zeus, sem qualquer explicação plausível mudou de ideia e disse que a partir daquele momento, os filhos de deuses não teriam mais aquele direito. Eros, indignado, ficou sem entender e sem saber o que fazer. Por isso, foi procurar Logógrafo, o conhecido advogado grego, para saber se ele ainda teria o direito à pensão. Imagine que você é estagiário do Logógrafo e ele te solicitou para que analisasse o caso de Eros. Ele ainda tem o direito de solicitar a pensão? Zeus pode ir contrário aos direitos adquiridos? Qual a diferença de direito adquirido para mera expectativa de Direito?

Resolução da situação-problema

O direito adquirido é aquele que já se incorporou definitivamente ao patrimônio e personalidade de seu titular. É um direito que se relaciona com fatos jurídicos passados, mas que ainda não foi executado. Como aqui estamos falando de direitos subjetivos, o titular desse direito pode exercê-lo quando bem entender, desde que cumpridos os requisitos da lei. Esses direitos estão definitivamente incorporados ao patrimônio do titular. Uma lei nova pode vir e alterar, entretanto, ela não atingirá quem já adquiriu aquele direito pela lei anterior. Os titulares da lei anterior têm a garantia de que aquele direito já foi incorporado em seu patrimônio e personalidade. Trata-se da segurança jurídica. Quando a lei é ditada, ela fornece o direito para as pessoas, portanto, se essa lei cumpriu com todos os requisitos do ordenamento jurídico, está de acordo com a Constituição, ela é válida e seus efeitos já foram produzidos.

Tendo como parâmetro a legislação brasileira, a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o conceitua, declarando que: “Art. 6º, § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém que por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.”

É o caso da pensão determinada por Zeus. Eros já tinha aquele direito garantido, portanto, caso ele quisesse executar e solicitar essa pensão ele poderia, afinal ele já adquiriu esse direito. Zeus pode até alterar a lei, mas valerá só para aqueles que nascerem dali para a frente, que não mais terão o direito. Os que já o conquistaram poderão executá-la. Portanto, cabe a Eros solicitar judicialmente o Direito que mesmo com a lei alterada ele continua com a sua aquisição.

1. O Ordenamento Jurídico é um complexo, que tem como objetivo principal dar unidade, completude e coerência às normas jurídicas. Diante da sua complexidade, a doutrina especificou alguns critérios, como princípio unificador para dar harmonia a essas disposições.

Com relação a esses critérios complete as lacunas da sentença a seguir.

Como a ordem jurídica é um conjunto de regras temporalmente vigentes em um determinado local, o critério _____ é o que determina essa unificação. O critério _____ dita o elemento unificador de que todo direito é imposto por um poder soberano, um legislador originário. Criado por Kelsen, o critério _____ dita que o ordenamento tem que estar de acordo com a norma superior válida. Por fim, o _____ determina uma regra social positiva, reconhecida a partir da prática.

Assinale a alternativa que completa as lacunas corretamente:

- a) territorialidade, regra de reconhecimento, soberania, escalonamento.
- b) escalonamento, soberania, regra de reconhecimento, territorialidade.
- c) territorialidade, soberania, escalonamento, regra de reconhecimento.
- d) regra de reconhecimento, escalonamento, soberania, territorialidade.
- e) soberania, territorialidade, regra de reconhecimento, escalonamento.

2. Considere a seguinte situação hipotética: Marcelo fez um contrato de depósito com Pablo, para que este guardasse o maquinário de sua fábrica em um de seus contêineres enquanto ele reformava suas instalações para maior segurança de seus colaboradores. Pablo cobrou o valor de mil reais por mês. No final da reforma, passados 4 meses, Marcelo retirou todo o seu maquinário e efetuou o pagamento de 4 mil reais. Pablo deu quitação e declarou extinto o contrato. Entretanto, passados uns dias, Pablo verificou que seu concorrente estava cobrando o valor de R\$ 1.500,00 por mês. Como viu que estava perdendo dinheiro, resolveu ir até Marcelo e exigir o pagamento dos 2 mil reais remanescentes. Marcelo negou o pagamento.

Tendo em vista a situação hipotética delineada, assinale a alternativa que indica corretamente o instituto de direito que assegura a Marcelo o não pagamento.

- a) Expectativa de Direito.
- b) Antinomia.
- c) Coisa Julgada.
- d) Direito Adquirido.
- e) Ato Jurídico Perfeito

3. O ordenamento jurídico é como se fosse um grande quebra-cabeças. A sua complexidade leva à necessidade de se criar objetivos para que as normas se comple-

mentem e não se excluem. Trata-se da unidade, coerência e completude do sistema (BOBBIO, 2016);

Sobre o tema, julgue os itens que se seguem em (V) verdadeiros ou (F) falsos.

() As regras de calibração são normas criadas no sistema, sem a coerência formal com a Constituição, mas que, através delas, o sistema muda de padrão e não se desintegra.

() Mais que coerência do sistema, há que se falar em coesão. Isso porque as antinomias sempre vão existir, assim a coesão vem como um atributo de funcionalidade do sistema e serve para a aplicação prática no ordenamento.

() A completude é um princípio impossível de se atingir, tendo em vista a complexidade, variabilidade e diversidade da sociedade.

Assinale a alternativa que apresenta a sequência correta.

a) V – V – F.

b) V – F – F.

c) F – F – F.

d) V – V – V.

e) F – V – F.

Referências

- ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito. Introdução e teoria geral**. 11. Edição. Revista. Coimbra: Almedina, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 2016.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm Acesso em: 15 nov. 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 nov. 2018.
- BRASIL. **Código Civil**, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BRASIL. **Lei nº 12.010**, promulgada em 3 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm. Acesso em: 5 dez. 2018.
- BRASIL. **Lei nº 13.703**, promulgada em 08 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/36094454/do1-2018-08-09-lei-n-13-703-de-8-de-agosto-de-2018-36094440. Acesso em: 5 dez. 2018.
- BRASIL. **Lei nº 10.406**. Institui o Código Civil. 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 15 nov. 2018.
- CALSING, Renata. **A teoria da norma jurídica e a efetividade do Direito**. In.: Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. V. 32.2, jul./dez. 2012.
- DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. Técnica, decisão, dominação. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- GUERRA, Gustavo Rabay. **Efetividade e pensamento crítico no Direito**. Publicado em novembro de 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/15/efetividade-e-pensamento-cris-tico-no-direito>. Acesso em: 14 jan. 2019.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- HERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2000.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MACHADO, Kaline Pacífico de Britto. Normas sociais e normas jurídicas: uma abordagem distintiva. In.: Olhares Plurais. **Revista Eletrônica Multidisciplinar**, v. 1, n. 12, 2015.

- MARQUES, Mário Reis. **Introdução ao Direito**. v. I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa julgada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006
- NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 21. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2001.
- NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao Estudo do Direito**: com exercícios para sala de aula e lições de casa. 14. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2017.
- PEREIRA, Caio Mário Da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 1. Rio de Janeiro, Forense, 1961.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado** – parte geral: introdução pessoas físicas e jurídicas. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1999.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros, São Paulo, 2006.

Unidade 3

Fundamentos filosóficos e sociológicos do Direito e hermenêutica jurídica

Convite ao estudo

Prezado aluno, seja bem-vindo a mais um material de Introdução ao Estudo do Direito. Como em um mapa, aqui teremos coordenadas de como chegar em nossa rota traçada pela Ciência Jurídica. Como uma bússola, vai auxiliar-nos quando estivermos perdidos para a aplicação do Direito no caso concreto. Como cientistas com um telescópio, poderemos ver a grande constelação da ordem jurídica mais de perto a fim de analisá-la e, assim, criticá-la quando necessário. Faremos, então, algumas explorações para descobrir, criticar, analisar e interpretar o ordenamento jurídico.

Vamos aqui entender o que são a filosofia e a sociologia do Direito. Ora, mas será que é importante saber sobre essas matérias? Claro que sim! É com a filosofia que aprendemos a questionar e é com a sociologia que aprendemos a verificar a aplicação do Direito nos casos concretos. Se o Direito não for efetivo valerá a pena propor modificações. Como estudiosos do Direito, temos que estar sempre a postos para fazer novas demandas e criar novas normas, pois é assim que evoluímos.

Em seguida, veremos o que é a hermenêutica jurídica. Já ouvimos falar nesse nome anteriormente, lembra-se? É a forma de interpretar e preencher as lacunas da ordem jurídica. Para ver como é o seu trabalho a fundo, você precisará se colocar no papel de um juiz. Para isso, vamos conhecer a juíza Margarida e as problemáticas de sua função:

O Tribunal Superior do Estado Antinomia estava uma verdadeira bagunça. Após uma reforma legislativa e algumas políticas públicas de inclusão, houve um aumento na quantidade de processos, uma vez que, finalmente, as famílias mais pobres estavam tendo acesso à justiça. Tendo isso em vista, para que fosse possível atender a todos da melhor forma, tornou-se preciso reorganizar o tribunal, cujas novidades e necessidades foram notadas pela juíza Margarida, que se candidatou a presidente do tribunal. Ela vinha com novas propostas e tinha ideias geniais para organizar a situação. A juíza, então, ganhou e foi efetivada para um mandato de quatro anos. Entretanto, o seu primeiro dia de trabalho foi traumático, pois não imaginava que o Estado Antinomia estava tão caótico. Além da imensa quantidade de trabalho, ela

verificou que alguns juízes não viam importância na filosofia do Direito; não analisavam se as normas se adequavam aos casos concretos e ainda não sabiam sequer interpretá-las. Era preciso realizar um trabalho profundo e especializado para que todos percebessem a importância dessas questões. Só saber as leis não é suficiente, é preciso saber de Ciência Jurídica.

Eis que, assim, no final desta unidade, você, aluno, será capaz de compreender noções de filosofia, sociologia e hermenêutica jurídica, de modo que poderá avaliar o ordenamento jurídico diante de sua complexidade e desenvolverá soluções em hipóteses de antinomias ou de lacunas, por meio da ponderação e da integração.

Dessa forma, nossa caminhada se direciona para lugares até então não vistos. Vamos lá? Bons estudos!

Filosofia e sociologia do Direito

Diálogo aberto

Olá, aluno! Esta seção está destinada a uma reflexão sobre o Direito. Você já pensou sobre questões fundamentais da vida, como o motivo de estarmos vivos e neste planeta? Nesse sentido, a Filosofia se ocupa desses e de muitos outros questionamentos; já a Filosofia do Direito se preocupa com questões ligadas ao mundo jurídico, como se seremos capazes de distinguir sempre o que é o certo ou o errado a fazer em casos difíceis; se é possível diferenciar a ética da moral; o que é justiça, entre muitas outras. Seu objetivo não é apresentar uma resposta correta, mas apresentar uma forma de desenvolver o pensamento jurídico. A sociologia jurídica investiga o papel do Direito e da justiça como instituição fundamental da estrutura básica da sociedade. Ora, um importante estudo, já que o Direito deve refletir o que a sociedade espera, certo?

Neste material temos como objetivo apresentar alguns conceitos sobre essas duas matérias, reunindo ideias e pensamentos sobre diferentes realidades jurídicas. Você já pensou sobre o que é a Filosofia? Qual é o seu papel no mundo do Direito? E a Sociologia? Essa matéria, da mesma forma que a política, a economia e a educação, exerce a função de contribuir para que a vida em sociedade seja cada vez mais justa. Assim, vamos ajudar a juíza Margarida em sua nova missão no Estado Antinomia?

Margarida tinha um importante encargo como a presidente do tribunal, uma vez que tinha de lidar com toda a parte administrativa e tinha de criar novas metodologias para os juízes aplicarem a lei. Em seu entendimento, o Direito não era a leitura da lei pura e dura; mas, já no seu primeiro dia de trabalho, deparou-se com um problema, pois seu colega Juvenal não pensava assim. Ele não via importância em questões filosóficas ou sociológicas; seu trabalho era meramente ler o caso e encaixar no que estava escrito, sem sequer interpretar. Juvenal pensava e agia dessa forma até que um caso de difícil resolução chegou em seu gabinete. Tratava-se da demanda de uma biografia não autorizada. Um famoso pintor de quadros tinha ajuizado uma ação contra um escritor, alegando que este havia escrito sua biografia sem a sua autorização, infringindo, assim, sua intimidade. O escritor, por outro lado, disse que tinha o direito de escrever, pois todos os dados utilizados por ele eram públicos. Juvenal se viu sem saída e sem saber como resolver a demanda, pois a lei protegia o direito dos dois lados.

Nesse momento a juíza Margarida pensou, então, em ajudá-lo, e sua ideia foi justamente demonstrar a ele a importância da filosofia e da sociologia do Direito. Assim, qual o papel da filosofia do Direito? Em que a sociologia do Direito pode auxiliar na resolução de demandas? Os pensamentos jurídicos contemporâneos expressam diferentes aspectos para a aplicação do Direito? Bem, muitas questões nos esperam!

Imagine que você é o assessor de Margarida e que vai ajudá-la a explicar a Juvenal e aos outros juízes, por meio de um relatório, como se pode usar a filosofia e a sociologia para resolver casos difíceis. Vamos auxiliá-la com essa importante tarefa?

Não pode faltar

Prezado aluno, a partir de agora veremos as normas jurídicas e a sua aplicação nos casos concretos por meio de princípios, apresentando valores que se aproximem da justiça. Assim como toda ciência, o Direito precisa ser colocado em prova, cabendo à Filosofia e à Sociologia do Direito fazer esse papel. Para isso, partiremos de alguns questionamentos, como: o que é o Direito? Pergunta que já respondemos ou pelo menos já conhecemos alguns caminhos que levam à sua resolução, já que há várias respostas possíveis. Mas também podemos perguntar: o que é justiça? O que é vontade? O que é um valor moral? O que é liberdade? O que é dignidade? O que é o ser humano? Milhares de perguntas podem surgir, que podem ou não ter uma resposta objetiva. Mas o que importa, na realidade, é o processo de aprendizagem e o desenvolvimento de uma resposta ou caminho a ser seguido para respondê-las. Esse é o papel da Filosofia: contemplação.

Nesta seção, entenderemos um pouco sobre o mundo da filosofia do Direito, que basicamente consiste em observar o Direito, pensando e refletindo sobre ele; e também veremos o papel da sociologia do Direito. Como você pode perceber, sociologia vem de sociedade, e nada mais importante do que investigar como o Direito reflete-se na sociedade, sendo nela, pois, que o Direito nasce, assim como as demandas que ele deve responder.

Assim sendo, começaremos pela pergunta: o que é Filosofia? Antes de respondê-la, temos de entender a visão daquele que criou o termo: Pitágoras.



Imagine

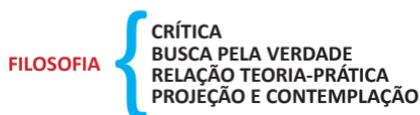
Imagine uma peça de teatro em que só se pode participar de duas formas: ou atuando ou assistindo. Quem atua, ou seja, quem faz a ação, não pode ter a noção da conjuntura dos acontecimentos que se

dão dentro do palco; essa pessoa tem pleno conhecimento dos atos da peça em que participa, mas o restante está muito ocupado para compreender. Diferente de quem assiste, pois essa pessoa não age, não atua, mas tem a noção do todo, entende toda a peça. Por isso, para Pitágoras, o filósofo é aquele que assiste a vida e, como o expectador da peça, a contempla (BITTAR; ALMEIDA, 2005). E é isso que vamos fazer nesta seção: aprender a contemplar o Direito.

O objetivo da Filosofia não é apenas observar, pois, ao tomar distância, inicia-se também a vontade de questionar: quer-se conhecer mais, para melhor entender. Essa ação chama-se atitude filosófica (CHAUI, 2000). E é ela que nos leva a uma possível resposta de que a Filosofia é “a decisão de não aceitar como óbvias e evidentes as coisas, as ideias, os fatos, as situações, os valores, os comportamentos de nossa existência cotidiana” (CHAUI, 2000, p. 9). Nosso dever aqui é levar essa atitude crítica para o Direito.

Outra pergunta muito comum: para que serve a Filosofia? De início é comum que não se veja sua real utilidade. Normalmente as pessoas não questionam a finalidade da Matemática, da Biologia, da Física ou das artes, por exemplo, pois pode parecer óbvia a função prática dessas matérias. Nossa cultura vê os cientistas e artistas como gênios. Mas os filósofos, na maioria das vezes, são tidos como desocupados. Entretanto, quando se pensa assim, esquece-se de uma questão muito importante. Já vimos que nas ciências, e aqui inclui-se também a Ciência do Direito, há a incessante busca pela verdade, uma vez que a ciência pretende conhecimentos verdadeiros, obtidos por meio de procedimentos rigorosos que, por sua vez, vêm de teorias, colocadas em prática. E quem se preocupa a todo momento em questionar a verdade? Isso mesmo, o filósofo. Conhecer fatos, a relação entre teoria e prática, entender o resultado e projetá-lo no futuro, tudo isso são questões filosóficas (CHAUI, 2000).

Figura 3.1 | Filosofia e crítica



Fonte: elaborada pela autora.



Refleta

É possível encontrar a verdade absoluta dentro de alguma ciência? E no Direito?



Saiba mais

A Filosofia se subdivide em vários ramos do conhecimento. Muitos deles se projetam no Direito, como veremos a seguir. As suas distensões teóricas são: ética (moral e comportamento), lógica (raciocínio, encadeamentos racionais), estética (sensibilidade, juízo de gosto), epistemologia (rigor científico, método), metafísica (origem das coisas), filosofia política, história da filosofia, filosofia da história e filosofia da linguagem (o poder de significação das palavras) (BITTAR, 2005).

Assim, fazemos duas outras perguntas: o que é a filosofia do Direito e quais as suas funções? Talvez responder a essa pergunta seja, em extensão, o mesmo que responder o que é o Direito. Radbruch, um importante filósofo alemão, respondeu que a filosofia do Direito deve ocupar-se do justo e do injusto (RADBRUCH, 1997).



Saiba mais

A Filosofia do Direito não se preocupa apenas com as questões da justiça. Miguel Reale, filósofo brasileiro, divide a filosofia do Direito em algumas partes: ontognoseologia (compreensão conceitual do Direito), epistemologia, deontologia (valores éticos) e culturologia (história e eficácia jurídicas) (REALE, 2002).

A Filosofia do Direito não se confunde com a Teoria do Direito e suas práticas científicas. As ciências jurídicas partem da norma para seus resultados e consequências. A filosofia envolve a norma, seus princípios, sua natureza e causas, a sua função na sociedade, a sua utilidade e deficiências, sua projeção no futuro e sua relação com a sociedade e a política. Ou seja, é um saber crítico a respeito da própria ciência do direito e a sua prática (BITTAR, 2005).

Figura 3.2 | Teoria do Direito e Filosofia do Direito



Fonte: elaborada pela autora.



Faça você mesmo

Vamos filosofar? Assim como não é possível utilizar uma só norma para resolver um caso prático, esse mesmo caso pode ter várias soluções possíveis. Chamamos de “casos difíceis” aqueles em que não existe uma única solução correta ou quando dois ou mais princípios colidem (MIRANDA NETTO, 2011).

Vamos, então, refletir um pouco sobre o caso em que dois princípios, geralmente, chocam-se: a liberdade de imprensa e expressão e o direito à privacidade. Imagine algum artista que é constantemente perseguido por *paparazzis*. Às vezes, são divulgadas situações constrangedoras que podem afetar a dignidade daquela pessoa. Podemos, ainda, somar a esse fato, a questão da internet e a perpetuação das imagens e vídeos sem qualquer controle. Nesse caso temos, por um lado, os *paparazzis*, que têm o direito à publicação, já que, caso contrário, seria censura; e, por outro, o artista, que tem direito à sua privacidade. E agora? Como ponderar esses direitos e resolver essa questão?

Para ajudá-lo, segue um pequeno texto:

OAB São Paulo. **O limite entre a privacidade e a liberdade de expressão.** São Paulo, 16 out. 2017.

Além da Filosofia do Direito, precisamos também entender o conceito e os fundamentos da Sociologia do Direito. Você verá que essas duas matérias andam juntas e são essenciais para o desenvolvimento e para a melhoria da teoria do Direito. Vamos primeiro entender o que é Sociologia?



Assimile

“A Sociologia é uma ciência que estuda as relações sociais [...], é um conjunto de conceitos, métodos e técnicas de investigação produzidos para explicar os elementos potencializadores da vida social” (SILVA, 2012, p. 17).

Assim, a Sociologia é uma ciência dedicada a compreender as interações dos indivíduos entre si, dos indivíduos e de seus grupos e destes com a sociedade como um todo. Durkheim é um dos seus importantes teóricos, fundador da escola francesa de Sociologia.

A institucionalização da Sociologia como uma ciência social adveio da necessidade de afirmação do caráter social da condição humana como um conhecimento da sociedade, para conservá-la ou transformá-la (SABADELL, 2013). Agora que entendemos a Sociologia como um todo, vamos entender sua relação com o Direito?

Falamos em Sociologia do Direito quando se estuda a base social de um direito específico, ou seja, é a “análise da maneira por que o nosso direito estatal reflete a sociedade brasileira em suas linhas gerais” (LYRA FILHO, 1982, p. 33). Trata-se de um ramo da Sociologia que busca descrever o fenômeno jurídico como parte da sociedade. Por outro lado, falamos em Sociologia Jurídica quando estudamos o Direito em geral como elemento do processo sociológico, em qualquer estrutura dada (LYRA FILHO, 1982). A Sociologia Jurídica, portanto, examina a influência dos fatores sociais sobre o direito e as incidências deste último na sociedade. É como se lêssemos o sistema jurídico na sociedade (SABADELL, 2000). Trata-se de um ramo que busca descrever e explicar a eficácia dos institutos jurídicos. Lembrando que o estudo das duas é sempre um intercâmbio permanente.

Figura 3.3 | Sociologia do Direito e Sociologia Jurídica



Fonte: elaborada pela autora.

Na realidade, o objetivo principal dessas duas matérias é investigar o papel do Direito e o da Justiça como instituições fundamentais da estrutura da sociedade, estabelecendo uma interdependência, que é de suma importância para a constituição de “fontes de controle social, consenso e coerção” (RAWLS, 2002, p. 13-14). A Sociologia do Direito vai estudar, por exemplo, por que a violência aumenta; função social e solidariedade; os tipos de justiça, como a retributiva e a restaurativa; as relações familiares; o acesso à justiça, etc.

Assim, evidente é que, como um saber científico, essa matéria utiliza uma metodologia adequada e um raciocínio sistemático para a construção de suas teorias e aplicações. Por isso, mais do que saber diferenciá-las, é importante saber suas características.

A Sociologia do Direito tem quatro principais características: a científica, a empírica, a zetética e a casual. A científica se relaciona com o que acabamos de falar e com a teoria de Durkheim.



Saiba mais

Uma das regras estabelecidas por Durkheim para a observação dos fatos sociais pelos sociólogos é considerá-los como coisas. Como é uma verdadeira ciência, deve-se afastar sistematicamente as ideias pré-concebidas; definir previamente as coisas de que trata por meio de caracteres exteriores que lhe são comuns. Ou seja, analisar os fatos sociais como coisas e tomá-los como uma realidade externa (DURKHEIM, 2001).

Se observarmos o que está descrito acima, teremos de dispensar especial atenção ao termo **fato social**. Já falamos sobre essa questão anteriormente, lembra-se? O fato social é aquele pelo qual o Direito ainda não tem interesse. Mas o curioso é que pode vir a ter. É este o papel das ciências sociais ligadas à ciência do Direito. O fenômeno social é o que movimenta o Direito Positivo e lhe dá subsídios para a formação de novas normas jurídicas pelo legislador. De acordo com a teoria de Durkheim, o fato social, objeto de análise pela Sociologia, apresenta algumas características: coercitividade, exterioridade e generalidade. A coercitividade da relação social sobre o indivíduo significa dizer que só é fato social o comportamento orientado por uma relação social, advindo de questões subjetivas. Assim, qualquer fato social não pode virar objeto de regulação jurídica (ROCHA, 2015).



Exemplificando

O comportamento de um doente mental não é um fato social, de acordo com essa teoria de Durkheim, porque não há o elemento de coercitividade e essa situação não é orientada por uma relação social. Não se pode punir os atos praticados por essa pessoa doente mental da mesma maneira como se pune uma pessoa saudável, porque ela não tem controle dos seus atos.

A Sociologia também só vai estudar aqueles fatos que tenham repercussão, ou seja, que sejam gerais dentro da sociedade. Se não se constituir como uma repercussão geral que gere elementos, não será objeto para a Sociologia do Direito (ROCHA, 2015). Uma ação isolada de uma só pessoa, mesmo que seja reprimida pela sociedade, não é um fato social. É necessário que várias pessoas o façam. Por fim, a exterioridade é que os fatos sociais independem de adesão, ocorrem indiferentemente à vontade individual. É obvio que ninguém quer que homicídios ocorram, mas isso acontece independentemente de nosso querer.



Faça você mesmo

Tendo em consideração essas três características dos fatos sociais, vamos ser sociólogos do Direito e analisar os fatos sociais que nos rodeiam? Qual deles tem coercitividade, generalidade e exterioridade e, ainda, não se tornaram fatos jurídicos?

A Sociologia e, portanto, a Sociologia do Direito, também são empíricas. Ou seja, são fundamentadas na experiência e na observação. Os estudos empíricos sobre as instituições judiciárias são bastante recentes, sendo seu objetivo verificar o Direito em ação e não somente como ele é explicado nos livros. As abordagens empíricas dos fenômenos sociojurídicos buscam compreender como o Direito se apresenta nas relações sociais e como os indivíduos são atores desses fenômenos (GERALDO; FONTAINHA, 2015).



Saiba mais

Ligado também à Sociologia do Direito por sua característica empírica, nasceu no Brasil em 1986, o Direito Achado na Rua, de concepção teórica de Roberto Lyra Filho, e cujo seguimento foi dado por José Geraldo de Sousa Junior. Trata-se de um projeto que tem por objetivo pensar o Direito derivado da ação dos movimentos sociais. A partir de uma perspectiva que entende o direito como uma legítima organização social da liberdade, pensa-se na sua existência advinda de outros espaços, para além do Estado, como a rua. Para conhecer um pouco mais sobre essa forma de pensar o Direito, assista ao vídeo a seguir.

VIRGULINO FERREIRA. **O Direito Achado na Rua**. 20 ago. 2013.

A característica zetética se relaciona com a crítica da relação entre o ordenamento jurídico e a sociedade. Assim, para a sociologia não há dogmas. Coloca-se o questionamento como posição fundamental, em que o Direito deve sempre ser investigado e indagado. Uma investigação científica de natureza zetética constrói-se com base em constatações certas, cuja evidência, em determinada época, indica-nos, em alto grau, que elas são verdadeiras; dessas constatações, ela busca novos enunciados verdadeiros, seguramente definidos, constituindo um corpo sistemático (FERRAZ JR., 2018). Por fim, a causal, que nada mais é do que o estudo entre a ligação de causa e efeito. Ela aponta a existência de tendência para determinadas condutas sociais e jurídicas.

Bem, agora que já temos algumas noções sobre a Filosofia e a Sociologia do Direito, vamos ver algumas concepções epistemológicas relativas ao pensamento jurídico contemporâneo.



Vocabulário

A epistemologia, uma das principais áreas da Filosofia, estuda a origem, a estrutura, os métodos e a validade do conhecimento. Também é conhecida como teoria do conhecimento e relaciona-se com a metafísica, a lógica e a filosofia da ciência. (EPISTEMOLOGIA, 2015)

Vamos começar pela escola da exegese, expressão característica da ciência do Direito no século XIX. Para essa escola, o Direito positivo se identifica por completo com a lei escrita. Se observarmos bem, podemos notar que até hoje temos reflexos dessa escola, já que muita gente pensa que a função do jurista é somente a de se ater, com rigor absoluto, ao texto legal. O aplicador do Direito dessa escola podia até interpretar o texto, mas tinha que se ater especificamente à vontade do legislador, uma função mecânica de lógica dedutiva (DINIZ, 2004). Nesse sentido, temos o formalismo jurídico, que nada mais é do que a ideia de uma teoria da justiça na qual justo é aquele que está conforme a lei, e injusto, aquele que está em desacordo com ela (BARBOSA, 1988). Bobbio também coloca que o formalismo jurídico é uma teoria particular do Direito, que pretende defini-lo tal qual é, visando distingui-lo da moral e da Economia (BARBOSA, 1988). Para os adeptos do formalismo jurídico, todas as regras do ordenamento jurídico têm o seu sentido previamente determinado e clarificado, não devendo surgir nenhuma dúvida acerca do seu alcance e sentido. Assim, o sentido das regras, na sua aplicação, não pode ser modificado.



Refleta

Já vimos que as leis se modificam com o tempo, entretanto uma mesma lei pode também ter sua interpretação modificada. Por exemplo, no Brasil, em 2011, foi reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo, ainda que estivesse descrito objetivamente na lei, no art. 1.723 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), que a união estável é somente entre homem e mulher. Tendo em conta esse fato, você acha que a escola da exegese e o formalismo ainda são teorias aplicáveis nos dias atuais?

Alguns filósofos desenvolveram críticas a esses pensamentos, criando teorias com outras formas de pensar o Direito. O teleologismo de Ihering é um exemplo. Ele desenvolveu a ideia de que a norma jurídica deve ser criada pensando-se na finalidade que se pretende alcançar (NADER, 2001), ou seja, pensando que o Direito tem uma função (função social da propriedade, do contrato, da empresa). Dessa forma, pode-se dizer que Ihering faz parte do funcionalismo, teoria muito ligada à Sociologia do Direito. Assim, o critério relativo de finalidade é o que indica a direção da interpretação jurídica, que deve buscar o fim pretendido pela norma jurídica em um caso concreto (DINIZ, 2004).

Outra corrente, como a jurisprudência dos interesses, de Phillip Heck, é vista como uma subcorrente do positivismo jurídico. Nesse caso, o juiz não tem uma mera função cognoscitiva, sendo visto como um auxiliar do legislador, mas pode utilizar a analogia a fim de construir novas normas para as situações não previstas em lei. Essa analogia não se apoia na literalidade do texto, mas na valoração dos interesses que inspiraram aquele dispositivo (DINIZ, 2004). Quase no mesmo sentido, a jurisprudência dos valores traz uma nova forma de pensar o positivismo e a interpretação jurídica, sendo usada como uma técnica para estabelecimento de catálogo objetivo de valores fundamentais superprotegidos que a sociedade tutela. Ou seja, em caso de conflito ou dúvida, aplicam-se os valores da sociedade. Com essa quantidade de ideias novas surgindo, na metade do século XX percebeu-se que falar em positivismo não era suficiente. Assim, alguns autores entendem a entrada do pós-positivismo como uma superação do legalismo, com o reconhecimento de valores por toda a comunidade (BARROSO, 2001).



Assimile

Mas que valores são esses? Os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, mesmo que não sejam positivados ou escritos na letra da lei. São eles que dão unidade e que condicionam a atividade do intérprete. Caso haja conflitos na análise de um caso concreto, deve-se, por meio da proporcionalidade, da análise do núcleo central dos princípios e dos direitos fundamentais, proceder a uma ponderação de interesses (BARROSO, 2001).

Bem, aluno, chegamos ao fim de mais um material. Com essas reflexões sobre Filosofia, Sociologia e sobre os pensamentos jurídicos contemporâneos você poderá iniciar a sua excursão na interpretação do Direito. Boa sorte e bons estudos!

Sem medo de errar

Prezado aluno, neste material vimos alguns pontos importantes sobre a Filosofia e a Sociologia do Direito, os quais mostraram que, muito mais que teoria, essas matérias estão presentes nas práticas do Direito e são de suma importância para a sua evolução e aplicação justa. O caso difícil com o qual o juiz Juvenal tem de lidar é um embate de dois direitos importantes: a intimidade do pintor e a liberdade de expressão do escritor, dois direitos que podem se chocar. Assim, podemos começar a apresentar o relatório para os juízes relatando o que é um caso difícil.

Chamamos de “casos difíceis” aqueles em que não existe uma única solução correta, ou quando dois ou mais princípios colidem. Casos como esses podem parecer, de início, sem resolução, mas como todo caso tem que ser resolvido, pode-se utilizar a Filosofia do Direito e as suas teorias para justificar um caminho ou outro.

Por isso, precisamos, agora, apresentar as teorias da Filosofia e os pensamentos jurídicos contemporâneos. Alguns desses pensamentos surgiram como uma crítica à aplicação pura e dura da lei. Por exemplo, a jurisprudência dos interesses, de Phillip Heck, é vista como uma subcorrente do positivismo jurídico, e, nesse caso, o juiz não tem uma mera função cognoscitiva, sendo visto como um auxiliar do legislador, mas pode utilizar a analogia a fim de construir novas normas para as situações não previstas em lei. Essa analogia não se apoia na literalidade do texto, mas na valoração dos interesses que inspiraram aquele dispositivo. Portanto, nada impede que Juvenal desenvolva uma fundamentação que demonstre o verdadeiro interesse do legislador. No mesmo sentido, a jurisprudência dos valores traz uma nova forma de pensar o positivismo e a interpretação jurídica, sendo usada como técnica de estabelecimento de um catálogo objetivo de valores fundamentais superprotegidos que a sociedade tutela. Ou seja, em caso de conflito ou dúvida, aplicam-se os valores da sociedade.

Tendo isso em vista, pode-se dizer que o estudo da Sociologia do Direito é assim tão importante, pois busca compreender como o Direito se reflete na sociedade, uma vez que o Direito é um processo sociológico, ou seja, que vem da sociedade e é feito para a sociedade.

Agora, o que é justo fazer no caso de Juvenal? A justiça ainda é uma questão filosófica sem resposta definitiva, mas por meio desses fundamentos podemos entender qual é a melhor resolução nesse caso concreto, certo?

Avançando na prática

Os estudantes de Direito e a importância da Filosofia e da Sociologia do Direito

Descrição da situação-problema

A Filosofia se preocupa em contemplar e questionar. Contemplar significa observar de longe, como em um teatro, e se envolver, questionar e criticar. Mas não era assim que Tito, estudante de Direito, pensava. Para ele, as leis existiam para serem cumpridas e não para serem modificadas, sendo isso que

traria a tão sonhada paz social. Afinal, para ele o Direito não era uma ciência como as outras. Já Luís não via dessa forma. Ele pensava que a Filosofia e a Sociologia eram essenciais para que o Direito não parasse no tempo.

Depois de muita discussão, Luís decidiu colocar no papel o motivo pelo qual a Filosofia e a Sociologia eram importantes e, para isso, pediu a sua ajuda. Qual o papel da Filosofia? E a Filosofia do Direito, para que serve? A Sociologia é importante para o Direito? Por quê? Qual a relação dessas duas matérias com a ciência do Direito?

Resolução da situação-problema

A Filosofia do Direito é parte integrante e necessária ao seu estudo. Como o Direito é uma ciência, ele busca, evidentemente, a verdade, a qual deve sempre ser questionada, como nas outras ciências. Imagine se nunca tivéssemos questionado as primeiras teorias da física que diziam que a Terra era plana? Outras teorias e práticas não teriam aparecido pelo fato de terem descoberto que a terra é redonda. O mesmo ocorre com o Direito. A Filosofia vem para questionar suas verdades e dogmas. Pode ser que eles não sejam tão certos assim; pode ser que se adequem perfeitamente. O importante é questionar. Por outro lado, a Sociologia é uma ciência que estuda as relações sociais, conceitos, métodos e técnicas de investigação produzidos para explicar os elementos potencializadores da vida social. Trata-se da investigação do papel do Direito e da justiça como instituições fundamentais da estrutura da sociedade, estabelecendo uma interdependência, que é de suma importância para a constituição de “fontes de controle social, consenso e coerção” (RAWLS, 2002, p. 13-14). É por meio dela que se verifica, por exemplo, se a pena é adequada ao crime, quais fatos sociais devem ser normatizados e se a lei é corretamente aplicada nos casos concretos.

Faça valer a pena

1. Trata-se de uma ciência social que adveio da necessidade e da afirmação do caráter social da condição humana, como um conhecimento da sociedade, para conservá-la ou transformá-la (SABADELL, 2013). É o estudo científico da organização e do funcionamento das sociedades humanas e das leis fundamentais que regem as relações sociais.

Assinale a alternativa que corresponde ao instituto de que fala a descrição.

- a) Filosofia.
- b) Sociologia.

- c) Geografia.
- d) Epistemologia.
- e) Antropologia.

2. “Fazer perguntas sobre esta natureza curiosa das regras e sistemas jurídicos é uma das ocupações principais da filosofia do direito. Ela se ocupa desses aspectos mais gerais e abstratos dos sistemas jurídicos e abre-se em diversas correntes que os explicam de forma variada” (LOPES, [s.d., s.p.]).

Considerando o contexto, avalie as afirmativas a seguir:

- I. Diferentes escolas e correntes têm marcado ao longo do tempo a evolução do pensamento sobre o Direito. Uma delas é a jurisprudência dos interesses.
- II. Filosofia do Direito e teoria do Direito são sinônimos e preocupam-se com as mesmas questões.
- III. Além de refletir sobre questões de justiça, a filosofia do Direito auxilia na melhor solução para os chamados “casos difíceis”.
- IV. Filosofia e Sociologia do Direito são matérias secundárias, não refletindo a real necessidade do Direito, que é tão somente a aplicação da lei nos casos concreto.

Assinale a alternativa que apresenta as afirmativas corretas:

- a) Apenas as afirmativas II, III e IV estão corretas.
- b) Apenas as afirmativas I, III e IV estão corretas.
- c) Apenas as afirmativas I e III estão corretas.
- d) Apenas as afirmativas I, II e IV estão corretas.
- e) As afirmativas I, II, III e IV estão corretas.

3. A Filosofia do Direito tem como principal função refletir sobre como obter decisões mais justas, por meio de reflexões e questionamentos. Entretanto, não se ocupa somente com as questões de justiça; possui outras pautas de tanta importância quanto esta.

Levando em consideração essas outras preocupações da Filosofia, faça a associação dos conceitos contidos na coluna A com seus respectivos nomes na coluna B.

Coluna A	Coluna B
I. Estudo da história e eficácia jurídica.	1. Ontognoseologia
II. Compreensão conceitual do Direito.	2. Epistemologia
III. Estuda a origem, a estrutura, os métodos e a validade do conhecimento.	3. Deontologia
IV. Estuda o fundamento da ação eticamente correta.	4. Culturologia

Assinale a alternativa que apresenta a associação correta.

- a) I - 4; II - 3; III - 2; IV - 1.
- b) I - 2; II - 1; III - 4; IV - 3.
- c) I - 4; II - 1; III - 2; IV - 3.
- d) I - 3; II - 4; III - 1; IV - 2.
- e) I - 1; II - 3; III - 2; IV - 4.

Definição, métodos e tipos de hermenêutica

Diálogo aberto

Estimado aluno, prosseguiremos, em nosso material, com a hermenêutica e a interpretação jurídica. Nesta seção você receberá as principais instruções para a aplicação do Direito e descobrirá o sentido e o alcance da norma por meio de métodos específicos para a correta determinação da melhor e mais justa norma a ser usada nos casos concretos. Afinal, o Direito é uma ciência, certo? A metodologia serve para delinear um corpo de regras e diligências para especificar um critério prévio a ser usado.

Lembra-se da juíza Margarida? Ela está com um novo problema no Tribunal do Estado Antinomia. Vamos ajudá-la?

Margarida estava com muito trabalho, de modo que até em seus intervalos tinha demandas para resolver. Como presidente do tribunal, ela pretendia modificar alguns protocolos e procedimentos e organizar as demandas existentes, além de, principalmente, estabelecer critérios específicos para os casos difíceis de serem julgados, até porque o trabalho de um juiz já não é fácil, e pode tornar-se ainda mais complicado caso ele não lide bem com as formas de interpretação do Direito.

Por ver o Direito como uma ciência, Margarida sabia que era essencial ter métodos e regras de aplicação para facilitar o seu trabalho e o de seus colegas. Apesar de alguma resistência, conseguiu abrir vagas para um seminário de capacitação profissional dos juízes. A questão mais complicada era fazer com que, diante de todas as atribuições do cargo, eles comparecessem ao evento. Assim, ela chamou você, seu assessor, para que pudesse fazer um pequeno relatório que demonstrasse a importância da interpretação do Direito.

Com o relatório finalizado, Margarida poderá enviar um e-mail aos juízes, convidando-os para o evento. Ela observou que este relatório deveria conter algumas informações iniciais sobre o que seria tratado na capacitação: o que é hermenêutica e a forma de aplicação das leis? Há métodos específicos para a interpretação? Quais são? Para que servem? Quais os efeitos do ato interpretativo? O que significa dizer que a interpretação é restritiva ou extensiva? Vamos dar uma nova perspectiva e um novo rumo para o trabalho dos juízes do Estado Antinomia? Bons estudos!

Bem-vindo a mais um material sobre Introdução ao Estudo do Direito, no qual veremos os métodos para a hermenêutica e aplicação do Direito. Aqui veremos as técnicas, estratégias e ferramentas necessárias para a melhor utilização dos elementos do Direito em busca da justiça.

Para compreendermos o material corretamente, precisamos conjugar o que já estudamos até aqui. Como vimos, as normas que compõem o nosso ordenamento jurídico são feitas de forma geral e abstrata, para que possam se encaixar nos fatos da vida real, certo? À medida que alguém age de determinada forma e sua ação encaixa no dito pela norma, ela terá que sofrer a sanção previamente determinada. Recorda-se daquela estrutura da norma em forma de proposição hipotética? **Se A é, B deve ser, sob pena de S.** O que isso quer dizer dentro da aplicação e da interpretação da norma? Quando a norma é descrita, refere-se a uma série de casos indefinidos e não somente a um caso concreto específico (DINIZ, 2004). Posteriormente, essa norma e essa proposição serão aplicadas a um caso e, desta vez, um caso que faça parte da realidade, isto é, um caso concreto. Essa aplicação da norma pode se dar de diversas formas, a depender da interpretação dada. Por isso, precisamos de técnicas e métodos a serem seguidos para que haja a correta aplicação da norma.



Assimile

Quem são os aplicadores da lei? A aplicação das normas é um momento característico do Direito positivo em que um órgão competente tem como função aplicar a norma de alguma forma. Por exemplo, o juiz ao sentenciar; o legislador ao editar leis de acordo com a Constituição; o Poder Executivo ao emitir decretos; e até você, aluno. O particular aplica as normas quando faz um contrato ou um testamento (DINIZ, 2004).

No mundo do Direito, hermenêutica e interpretação são exemplos do relacionamento entre princípios e aplicações. Como a observação do céu para um percurso é importante, pois nos indica o caminho certo a percorrer, para a aplicação do Direito precisamos sempre ter em mente os princípios. Recorda-se dos pensamentos jurídicos contemporâneos e da jurisprudência dos valores? Como uma crítica à aplicação pura e dura da lei, temos sempre que nos referenciar nos valores e princípios de nosso ordenamento, dados pela Constituição Federal e pelos instrumentos internacionais. Assim, torna-se ainda mais palpável o motivo pelo qual estudamos esses pensamentos filosóficos. A partir dessas ideias, começamos esta matéria com a diferenciação entre hermenêutica e interpretação.



Atenção

Hermenêutica é teórica, visa estabelecer a orientação geral, métodos, princípios e critérios para a interpretação (DINIZ, 2004).

Interpretação é buscar a essência da norma jurídica; é a prática e a aplicação da teoria determinada pela hermenêutica. A importância da interpretação está no fato de que a norma jurídica não está sozinha, ela faz parte de todo um ordenamento. Portanto, não a interpretamos de forma isolada (NUNES, 2017).

Começaremos entendendo o que é hermenêutica por meio da compreensão de sua origem, que vem do grego, *hermeneúein*, e deriva de Hermes, deus da mitologia grega. É interessante saber de onde vem a palavra hermenêutica, pois assim podemos compreender melhor essa ciência.



Saiba mais

O mito de Hermes conta que ele era filho de Zeus e Maia e que era considerado o intérprete da vontade divina. Como os deuses não falavam a mesma língua que os humanos, o trabalho de Hermes era traduzir, compreender e interpretar as mensagens divinas. O texto do link a seguir dá mais especificações sobre quem foi Hermes.

AMORIM, Alexandre. Hermes, a metáfora do mensageiro na interpretação. **Educação Pública**, Rio de Janeiro, 15 jan. 2013. Literatura.

Dessa forma, a hermenêutica nada mais é do que uma ciência que sistematiza e estabelece os critérios aplicáveis na interpretação das regras jurídicas (NADER, 2001). Trata-se de uma ciência primordial para o Direito, pois nada pode ser feito sem que se saiba aplicar e interpretar as normas, certo? E isso vai desde o juiz, que julga um caso concreto, ao empresário, que precisa conhecer as normas para exercer corretamente o seu trabalho, até qualquer cidadão, que necessita da lei para cumprir as suas obrigações e saber os seus direitos (DINIZ, 2004). Por isso, a interpretação, a prática da hermenêutica, é muito importante e está presente no dia a dia do Direito. É sempre importante termos em mente que a hermenêutica e a interpretação não têm foco somente nas normas jurídicas escritas. A hermenêutica fornece princípios e regras na interpretação das sentenças e jurisprudências e nos negócios jurídicos. Você verá que a hermenêutica é muito utilizada nos contratos do direito civil (NADER, 2001).

Agora que já sabemos a importância dessa ciência, vamos compreender como se dá a sua execução na prática. Através da disposição de métodos,

técnicas e tipos, vamos entender a interpretação das normas jurídicas. Mas, calma, há alguns pontos a serem observados antes de iniciar a análise das normas. Além do conhecimento técnico, que aprenderemos a seguir, o intérprete tem que observar algumas condições:



Atenção

Condições a serem observadas pelo intérprete:

A **probidade** – o intérprete deve operar sem se deixar levar por ondas de interesse.

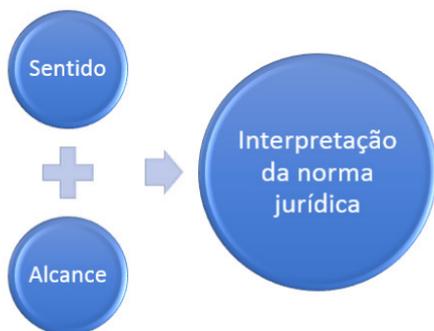
A **serenidade** – tranquilidade espiritual, sem se deixar levar por paixões.

O **equilíbrio** – firmeza e coerência, ou seja, deve desenvolver todos os esforços e recorrer a todos os meios disponíveis para revelar as expressões do Direito.

A **curiosidade científica** – “interesse sempre renovado em conhecer os problemas jurídicos e os fenômenos sociais” (NADER, 2001, p. 254).

Agora, como Hermes, vamos interpretar o Direito, como se utilizássemos um mapa. Daremos os métodos de interpretação, o caminho a ser seguido, para descobrir a essência da norma jurídica, sem se esquecer do todo que a rodeia, que é o ordenamento jurídico. Assim, iniciamos, revelando o seu sentido e alcance.

Figura 3.4 | Interpretação do Direito



Fonte: elaborada pela autora.

Fixar o seu **sentido** é descobrir a sua finalidade, ver a vontade do legislador, o que ele teve como objeto de proteção. “Ao se interpretar a norma, deve-se procurar compreendê-la em atenção aos seus fins sociais e aos valores que pretende garantir” (DINIZ, 2004, p. 422).



Saiba mais

A vontade do legislador como um critério hermenêutico é, de acordo com Tércio Ferraz Jr., uma polêmica. A teoria subjetiva coloca que a meta da interpretação é estudar a vontade histórica e psicológica do legislador, como o estudo dos documentos, discussões e fatores objetivos que o levaram a fazer aquela norma, para, assim, compreender o pensamento dele (*mens legislatoris*) propriamente. Já a teoria objetiva coloca que o intérprete deve se apoiar na vontade da lei (*mens legis*), porque ela é objetiva e não pode estar vinculada ao seu elaborador (FERRAZ JR., 2018). Esse debate sobre qual deve ser o critério do intérprete não foi resolvido, e, na verdade, depende da opção doutrinária de cada um. Por esse motivo, a hermenêutica se desenvolveu mais e foram criados os chamados métodos de interpretação (NADER, 2001).

Além de fixar o seu sentido, o intérprete tem que observar o **alcance** da norma, ou seja, demarcar o seu campo de incidência, conhecer sobre os fatos sociais e as circunstâncias em que a norma tem aplicação.



Exemplificando

O Código de Defesa do Consumidor é um bom exemplo para entendermos o sentido e o alcance da norma. Você já ouviu falar em recall? Às vezes uma fábrica pode solicitar que o comprador de um carro retorne à concessionária com seu veículo para que ela promova a troca de algum item ou para que seja feita alguma correção, devido a um defeito de fábrica. Essa preocupação ocorre porque a fábrica é responsável pelo fato do produto. Para qualquer dano que o artigo cause ao consumidor, ela poderá ter que pagar uma indenização. O art. 12 coloca a responsabilidade pelo fato do produto, ou seja, o fabricante (e outros) que, independentemente de culpa, tem que reparar os danos causados ao consumidor por defeito decorrente do produto fabricado. Essa norma tem por finalidade proteger o consumidor, sua saúde física, diante de sua hipossuficiência. O próprio Código, em seu art. 2º conceitua quem é consumidor: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990). Com essas informações podemos delinear o alcance e sentido da norma. O **alcance** da norma diz se ela é válida para todos aqueles que são consumidores. No caso do recall o alcance é todos aqueles consumidores que compraram um carro com algum defeito vindo de fábrica. O **sentido** é proteger esses consumidores e responsabilizar a fábrica caso algum dano ocorra. Esse exemplo é importante para termos uma ideia de como precisamos conciliar todo o ordenamento para interpretar as normas.

Bem, determinar o sentido e o alcance da norma pode não ser o suficiente para a interpretação. Para isso, foram criadas regras técnicas de interpretação. O bom intérprete é bom conhecedor e aplicador dessas regras. Vamos analisar quais são elas?

- Gramatical
- Lógica
- Sistemática
- Evolutiva
- Teleológica
- Axiológica

A primeira regra é a **interpretação gramatical**. Claro que, como estamos falando de Direito positivo escrito, o primeiro contato do intérprete é a leitura e, portanto, o seu elemento gramatical, a semântica e a literalidade da norma. A sua aplicação cabe, inicialmente, ao legislador. Como ele também é um aplicador do Direito, ele deve aperfeiçoar essa técnica e sempre fazer uma redação simples, clara e concisa da norma jurídica (NADER, 2001). O mesmo vale para um advogado que redigirá um contrato: quanto mais claro, menos problemas terá no futuro, caso ocorra algum litígio envolvendo esse negócio jurídico. Assim, posteriormente, quando a norma já estiver pronta, o aplicador tem como o primeiro passo na interpretação verificar o sentido dos vocábulos do texto (DINIZ, 2004). Então vamos ver algumas indicações sobre o caminho gramatical?

- O intérprete deve sempre preferir o sentido técnico das palavras.
- Se houver um conflito entre o sentido gramatical e o lógico, o intérprete deve optar pelo lógico.
- O intérprete deve considerar a colocação da norma dentro do ordenamento.
- Havendo palavras com sentido diverso, cumpre ao intérprete fixar o adequado ou o verdadeiro.



Exemplificando

Vamos ver um caso que sempre é trazido à tona, para demonstrar as dificuldades do método gramatical. Trata-se do uso da propriedade particular pelo Poder Público:

Art. 5, XXV da Constituição Federal: “no caso de **iminente** perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade

particular, assegurada ao proprietário indenização **ulterior** se houver **dano**” (BRASIL, 1988).

Na interpretação literal ou gramatical, o intérprete, ao analisar esse artigo de lei, verificará que há a possibilidade de o poder público competente utilizar um bem imóvel de um particular, desde que: seja necessário devido a perigo público **iminente** – imediato, urgente. Entretanto, somente pagará uma indenização **ulterior** – posterior – se houver **dano** – estrago, deterioração, avaria.

O **processo lógico** leva em consideração, como o próprio nome diz, os instrumentos fornecidos pela lógica, com a combinação dos períodos da lei entre si, com o objetivo de alcançar uma compatibilidade. A aplicação dessa interpretação lógica pode se dar de uma forma bem simples, por exemplo: dois termos iguais não podem significar coisas diferentes; ou ainda: utilizar-se de inteligências e raciocínios lógicos para compreender e aplicar o texto, como “quem pode o mais, pode o menos” (NUNES, 2017). Vamos a um exemplo para melhor compreensão?



Imagine

Em uma compra e venda de carro, o comprador combinou o pagamento para 30 dias após a entrega do veículo. Como é um negócio jurídico, essa negociação faz lei entre as partes. Mas imagine que o comprador conseguiu o dinheiro antes da data esperada e ele prefere pagar o vendedor antes desses 30 dias, para evitar gastar o dinheiro com outras contas. Ele pode ou não efetuar o pagamento antes da data?

Utilizando o princípio lógico, se ele pode pagar em 30 dias (o mais), nada o impede de pagar antes (o menos), um verdadeiro silogismo. Fácil, não é?

A interpretação **sistemática** opera considerando os elementos gramaticais e lógicos, em que se observa todo o sistema em que a norma está inserida. Faz-se comparações em que o intérprete deve distinguir a regra da exceção; o geral do particular; a norma cogente ou dispositiva; a principal da acessória; a comum da especial (NADER, 2001).



Atenção

Um intérprete não deve ler um artigo da norma jurídica isolado de seu conjunto. O ideal é analisar todo o sistema, o código em que a norma está envolvida e seus sistemas menores internos, como incisos e alíneas (NUNES, 2017).



Exemplificando

Pense nos artigos do Código Penal, como o art. 121 – “matar alguém: Pena - reclusão de seis a vinte anos” (BRASIL, 1940). Se não o analisarmos em conjunto, sistematicamente, com outros artigos, teríamos resultados absurdos, como não admitir a legítima defesa. Não podemos usar somente uma regra geral, se tivermos uma específica.

A interpretação **evolutiva** ou **histórica** foi pensada por Savigny e Puchta e tem como principal objetivo entender os antecedentes da norma, o histórico do processo legislativo, projetos de lei, exposição de motivos, emendas, como foi aprovada e como se deu a sua promulgação. Além disso, analisam-se as causas ou as necessidades que induziram o órgão a elaborá-la (*occasio legis*), podendo-se também investigar o histórico das instituições jurídicas (DINIZ, 2004).



Faça você mesmo

Estudar o histórico da lei é de suma importância para uma análise mais aprofundada e resulta numa interessante descoberta de como é o processo legislativo e como são as discussões no Congresso Nacional. A Lei Ordinária nº 11.343/2006, que institui o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas, é uma importante lei, e descobrir as suas discussões pode nos fazer entender a sua aplicação nos dias atuais. Vamos pesquisar como foram os debates no Congresso e os motivos pelos quais os legisladores editaram essa Lei?

A interpretação **sociológica** ou **teleológica** pretende destacar o fim a ser atingido pela norma, no qual se verificam as necessidades práticas da vida e da realidade social, tendo sempre em mente a sua *ratio legis*, a razão das leis, e o resultado que ela visa atingir (DINIZ, 2004). Nem sempre é fácil identificar a finalidade da norma, mas, uma vez que esse parâmetro está construído e determinado, é nele que a interpretação deve se pautar (NUNES, 2017). Lembra-se da questão dos estudos da sociologia do Direito? Então, por isso a sua importância, uma vez que, em futura aplicação do Direito, se houver dúvidas de como interpretar determinada norma, os sociólogos podem nos ajudar muito.

Para Paulo Nader, a ideia da finalidade da norma não é imutável. “O fim não é aquele pensado pelo legislador, é o fim que está implícito na mensagem da lei” (NADER, 2001, p. 272). Como um conselho, o próprio legislador brasileiro determinou essa questão, no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins

sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (BRASIL, 1942). Com esse artigo, o juiz (ou outro aplicador do Direito) é um ser pensante, que tem como dever conciliar os textos com os casos concretos (NADER, 2001). Deixamos de lado o pensamento da exegese tradicional para abriremos portas ao pós-positivismo.

Por fim, em consonância com esse método há a interpretação axiológica, que leva em consideração os princípios do ordenamento jurídico. Afinal, os princípios e valores são os nossos guias dentro do Direito.



Refleta

Estes métodos – teleológico e axiológico – têm como principais dificuldades determinar o real interesse social por trás da norma, o fim social que merece ser protegido. Evidente, pois, vivemos em uma sociedade plural em que há conflitos. Um Código do Consumidor, por exemplo, protege uma grande parte de cidadãos que consomem produtos, mas coloca empecilhos para os empresários, que terão de observar normas, antes não existentes, causando, por vezes, mais gastos. Como resolver esses conflitos? Algum direito deve se sobrepor a outro?

Dessa maneira, é importante salientar que, ao analisar um caso concreto, o aplicador do Direito utiliza todos os métodos interpretativos, para que assim possa chegar o mais próximo possível ao que a norma pretende e, portanto, à vontade da sociedade e à justiça. Dessa forma, após interpretar e analisar esses métodos e após verificar o que melhor se encaixa em seu caso concreto, o intérprete e aplicador do Direito pode chegar a três resultados distintos: a interpretação **declarativa**, que acontece quando o intérprete lê e, através do método gramatical, constata que o legislador adequou bem as palavras ao significado que pretende imprimir na lei; a interpretação **restritiva**, que acontece quando o intérprete lê a norma, mas identifica que o legislador falou mais do que pretendia, ou seja, não utilizou as palavras corretas e alargou o âmbito e o alcance da lei. Por exemplo, em um caso de Direito de Família, colocou no corpo da lei “descendente” quando queria dispor apenas “filho”, isto é, no momento da aplicação, o intérprete tem que levar em conta essa questão e restringir o alcance da norma. Ao contrário desta, a interpretação **extensiva** é quando o intérprete constata que o legislador disse menos do que queria (NADER, 2001). O intérprete não vai adicionar palavras à norma, mas vai entender e conferir à norma o mais amplo raio de ação possível dentro de seu sentido literal (DINIZ, 2004).

Bem, aluno, com o tempo e com muito estudo, você verá que aplicará os métodos de interpretação sem sequer notar, pois já estará acostumado. Eles

serão úteis em cada norma que você aplicar daqui para a frente. Já temos a teoria, vamos para a prática? Bons estudos e até a próxima!

Sem medo de errar

Prezado aluno, imagino que você mal pode esperar para aplicar os métodos de interpretação em casos concretos, certo? Vamos começar aos poucos, mas você já pode ir analisando em seu dia a dia as normas que vê, e pode ir pensando em seus métodos de interpretação para a correta aplicação da norma. Antes disso, vamos ajudar Margarida? Ficamos de apresentar a ela um relatório. Para iniciar, vamos seguir o caminho dialógico a seguir:

- Qual a diferença entre hermenêutica e interpretação?
- Quais os métodos de interpretação e para que servem?
- Quais os efeitos dessa interpretação?

Como vimos, a hermenêutica é uma ciência que fornece princípios e regras na interpretação das sentenças e jurisprudências e nos negócios jurídicos. Ou seja, ela é a ciência, a teoria que estabelece uma orientação geral e os métodos e critérios para a prática, que é a interpretação. O trabalho do aplicador do Direito, que inclui o trabalho de um juiz, é de interpretar e buscar a melhor norma e a melhor aplicação para aquele caso concreto. Para começar o trabalho, ao analisar um caso concreto, o aplicador deve, inicialmente, verificar o sentido e o alcance da norma; deve compreendê-la, assim como o sistema no qual ela está inserida. Entretanto, determinar o sentido e o alcance da norma pode não ser o suficiente para a interpretação. Para isso, foram criadas regras técnicas de interpretação. O bom intérprete é bom conhecedor e aplicador dessas regras. Elas são: gramatical – análise da semântica da norma; lógica – combinação de períodos e uso de instrumentos de raciocínio lógico; sistemática – observação de todo o sistema; evolutiva – método histórico, análise de como a norma foi criada, quais discussões legislativas tiveram; teleológica – análise da finalidade pela qual a norma foi criada; e axiológica – interpretação tendo em vista os valores e princípios.

Como resultado, o intérprete pode verificar que a interpretação daquela norma deve ser restritiva. Ou seja, o legislador falou mais do que queria, portanto deve-se diminuir o âmbito de atuação da norma. Ou então o contrário: pode-se constatar que a interpretação deve ser extensiva, quando o legislador fala menos do que queria, portanto, deve-se aumentar o âmbito de atuação da norma.

Marquinhos e o Direito do Consumidor

Descrição da situação-problema

Marquinhos é um aluno de Direito muito aplicado, adora o estudo das leis e se interessa por Filosofia e Sociologia, pois entende que a norma vai muito além do que aquilo que está escrito. Por ser tão aplicado, ele vê o Direito em todas as suas relações jurídicas.

Como estava com dificuldades financeiras, Marquinhos começou a trabalhar em uma loja de eletrônicos no shopping, pois assim poderia complementar a sua renda. Acontece que, um dia, um cliente muito insatisfeito com um celular adquirido na loja foi até lá para reclamar. O cliente, Jaime, disse que o celular comprado para seu filho explodiu e um caco de vidro atingiu o seu olho. Marquinhos se dispôs a ajudar o cliente e entrou em contato com a fábrica, que disse que nada podia fazer, pois o Código de Defesa do Consumidor não considerava Jaime o consumidor, já que tinha comprado o celular para seu filho, que era o consumidor final. Marquinhos, indignado, começou, então, a pesquisar e identificou que o Código colocava algumas leis para isso: o art. 12 identificava como responsabilidade do fabricante a reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes do produto; o seu parágrafo 1º dizia o que era produto defeituoso e seu art. 17 equiparava a consumidor todas as vítimas do evento que causou o dano. Assim, quais os métodos de interpretação que Marquinhos pode utilizar para ajudar Jaime a resolver seu caso? Há algum método que analise a finalidade da norma? Deve-se usar que tipo de interpretação considerando os artigos selecionados?

Resolução da situação-problema

Como um bom aplicador do Direito e estudioso que é, Marquinhos já sabe que a hermenêutica é a ciência que determina os métodos de interpretação. Na prática, a aplicação dessa metodologia pode auxiliar a encontrar a melhor e mais justa resolução para o caso concreto. Inicialmente, Marquinhos pode utilizar o método gramatical para compreender a semântica das palavras e o que o legislador quis refletir nas normas. Posteriormente, poderá utilizar o método sistemático, afinal, ele considera o artigo, seus incisos, parágrafos, etc. Portanto, faz comparações, em que distingue a regra da exceção; o geral do particular; a norma cogente ou dispositiva; a principal da acessória; a comum da especial. Por fim, ele pode analisar a ratio legis,

ou seja, a finalidade pela qual a norma foi criada, por meio da interpretação teleológica. Evidente que o Código de Defesa do Consumidor foi criado para proteger os consumidores, aqueles que estão envolvidos com o produto, que são considerados hipossuficientes, perante as fábricas e lojas. Assim, apesar da alegação da fábrica de que o pai não era o consumidor final, a lei é clara ao proteger e equiparar como consumidor todos aqueles que sofreram o dano pela explosão do celular. A lei visa proteger quem se envolve com o produto. Assim, como a lei é clara, a interpretação é declarativa, em que Marquinhos apenas constata que o legislador escolheu corretamente as palavras diante o fim que a norma pretendia, que era a proteção dos mais fracos, e, assim, a fábrica deve ressarcir Jaime pelos danos causados a ele.

Faça valer a pena

1. O método teleológico teve Ihering como seu principal precursor; de acordo com a sua teoria do fim do Direito, o método teleológico afirma que no campo do Direito o conceito de fim substitui o de valor. Dessa forma, a interpretação finalística ou teleológica aspira compreender o Direito do seu ponto de vista funcional, ou seja, a norma jurídica cumpre uma finalidade, que justifica sua existência (WARAT, 1994, p. 82). O aplicador e intérprete do direito deve ter sempre em conta a *ratio legis*.

Assinale a alternativa que determina corretamente o conceito de *ratio legis*.

- a) A história por detrás da norma.
- b) O significado e a semântica da lei.
- c) O resultado que a lei visa atingir.
- d) A lógica e raciocínio da lei.
- e) Os princípios e valores da lei.

2. “Há uma classificação de regras, métodos ou tipos de interpretação quanto aos efeitos que, de fato, não reflete o instrumental do intérprete, mas o resultado do ato interpretado” (NUNES, 2017, p. 329). É usualmente dividida em três resultados esperados.

Sobre o contexto, julgue os itens que se seguem, em verdadeiro (V) ou falso (F).

- () A interpretação restritiva é o resultado esperado quando o intérprete constata que o legislador utilizou expressões mais abrangentes do que o que a norma pretendia. Portanto, deve-se diminuir o âmbito de sua aplicação.
- () A interpretação declarativa é o resultado esperado quando o intérprete constata que as expressões utilizadas pelo legislador não se adequam à norma, em nenhum sentido, devendo descartá-la e procurar outra fonte para a lacuna descoberta.

() A interpretação extensiva é o resultado esperado quando o intérprete constata que as expressões utilizadas pelo legislador são adequadas e o aplicador apenas se limita a alegar a norma interpretada, sem qualquer alteração.

Assinale a alternativa que apresenta a sequência correta.

- a) F – F – F.
- b) V – V – V.
- c) V – V – F.
- d) V – F – V.
- e) V – F – F.

3. Maria matou João com uso de arma de fogo. Acontece que Maria estava se defendendo de um prévio ataque, que colocava sua vida em risco. Após uma tentativa de assalto, feita por João, Maria se defendeu e conseguiu se salvar. Para resolver o caso descrito, o juiz da demanda utilizou dois artigos:

- Art. 121 do Código Penal – “matar alguém” (BRASIL, 1940).

- Art. 25 do Código Penal – “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (BRASIL, 1940).

Ao observar o ordenamento e aplicar a norma utilizando os dois artigos descritos, o juiz utilizou o método de interpretação:

- a) Sociológico.
- b) Axiológico.
- c) Lógico.
- d) Sistemático.
- e) Histórico.

Hermenêutica jurídica: interpretação e integração

Diálogo aberto

Estimado aluno, continuaremos nossa saga de descobertas dentro do mundo do Direito. Ora, com tanta informação passada nos outros materiais, aposto que você está um pouco perdido. Mas calma, aqui temos a bússola, que nos apontará sempre a direção correta quando não soubermos como aplicar a norma no caso concreto ou quando nos depararmos com uma lacuna na lei. O objetivo da presente seção é tratar sobre a integração das normas. Afinal, o ordenamento jurídico é um sistema complexo, em que normas são criadas diariamente, quase como uma teia que nos envolve e, se não tivermos um meio de nos integrar, poderemos ser levados a erro. Vamos então verificar como a própria legislação nos indica o que fazer em casos de lacunas?

Antes disso, temos que visitar Margarida. Ela, com certeza, tem um último problema a ser resolvido no Estado Antinomia. Vamos lá? Os juízes do Tribunal do Estado Antinomia estavam muito exaltados, Margarida havia trazido novas formas de interpretação e facilitado bastante o trabalho de todos. Seguindo com seus afazeres, chegou a sua mesa um caso que não poderia ser resolvido com a interpretação das normas. Margarida chegou a pensar que o caso não tinha saída, pois se tratava de uma famosa cantora que havia ajuizado uma ação de responsabilidade civil contra um hacker. A cantora alegava que ele havia invadido seu computador e retirado informações importantes, inclusive, tido acesso à letra de sua nova música e divulgado na internet sem o seu consentimento. A cantora descobriu a atividade do hacker após contratar um perito, especialista em informática. Depois de descoberto, o próprio indivíduo confirmou que havia invadido o computador, mas que sabia que tal ato não era crime, pois não havia legislação específica para os casos de internet. A cantora estava devastada, além de ter sofrido com a violação de sua intimidade, a gravadora estava lhe cobrando pela quebra de contrato, já que tinha todos os direitos sobre a música que ia ser lançada. Margarida tinha ciência de que, realmente, o que o hacker fez não era o correto, entretanto, a sua preocupação e dificuldade em julgar o caso era que não havia, na legislação do Estado Antinomia, uma norma que se encaixava perfeitamente no ato praticado pelo hacker. Afinal, os crimes informáticos não estavam legislados e não havia qualquer indicação na lei civil sobre a responsabilidade por atos praticados na internet. Havia um

vazio, a internet e o cometimento de fraudes utilizando computadores era algo novo dentro da sociedade. Margarida, então, chamou seus assessores. Ela precisava de ideias de como apresentar o relatório do caso e a sua fundamentação, de forma a dar uma resposta ao caso mesmo não tendo uma lei específica. Vamos ajudá-la? O que são as lacunas da lei? Quais as formas de integração de normas jurídicas? Será que Margarida pode utilizar legislações parecidas para resolver a demanda, como, por exemplo, leis que responsabilizam a invasão de propriedade e de intimidade? Qual seria o melhor método de integração para esse caso? Será que Margarida conseguirá achar uma saída?

Não pode faltar

Agora que já sabemos como devemos ler e interpretar as normas jurídicas, avançaremos na aplicação do Direito e aprenderemos como resolver os problemas de lacunas. Como vimos, quando vamos analisar um caso jurídico, iremos observar os fatos e relacioná-los a uma norma jurídica cabível a ele. Na maioria das vezes, não só uma norma, mas todo um conjunto de normas, por isso, temos que ter noção de todo o ordenamento. Entretanto, já imaginou a situação de um advogado ter que verificar qual a norma aplicável a seu cliente e essa norma não existir? Isso pode acontecer, mesmo tendo milhares de normas dentro do nosso sistema jurídico. São as lacunas nas normas jurídicas. Neste material, saberemos o que fazer em situações como essas. Por isso, teremos mais uma indicação de caminho a ser seguido no Direito. Uma bússola que nos guiará nessa aventura. Preparado? Antes de entrarmos no assunto propriamente dito, precisamos relembrar algumas características do ordenamento jurídico. Lembre-se de que o ordenamento jurídico deve ter três características fundamentais: unidade, completude e coerência.



Lembre-se

A **unidade** está relacionada com a existência de uma norma fundamental base, nossa Constituição Federal. Para que se possa falar de uma ordem, dentro desse sistema, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de **coerência** entre si. E o ordenamento jurídico deve ter **completude**, havendo normas para regular todos os casos jurídicos.

A completude significa que todas as nossas ações e comportamentos estão ou deveriam estar regulados por normas. Mas temos que ser realistas, os legisladores não são capazes de identificar todas as complexidades e relações existentes na sociedade. A nossa sociedade é dinâmica, a cada dia surgem novas tecnologias. A evolução da vida social traz em si novos conflitos, os próprios valores sofrem mutações. Vemos que todos os dias há normas novas, sobre assuntos novos ou modificando as já existentes (DINIZ, 2012). Por outro lado, a norma é estável, muitas vezes é difícil de ser alterada, o que contrasta com as mudanças da vida real. Assim, há a possibilidade de alguns casos não terem sido previstos pelas normas jurídicas. Por isso, falamos de vazios ou lacunas nas normas jurídicas (NUNES, 2017).

Miguel Reale, na sua famosa Teoria da Tridimensionalidade Jurídica, diz que o sistema jurídico é composto de três elementos interdependentes: as normas, os fatos e os valores. Quando há uma incongruência entre eles, temos a lacuna e a quebra da isomorfia no sistema. Isso acontece, principalmente, quando a norma e o fato entram em conflito com o valor, devido uma modificação social (REALE, 2013). É evidente que “as normas são sempre insuficientes para solucionar os infinitos problemas da vida” (DINIZ, 2012, p. 84); nem se multiplicássemos a quantidade de legisladores, seriam suficientes.

Você consegue indicar casos de lacunas na lei em nosso dia a dia? Grandes discussões políticas se relacionam com essa problemática. Dessa forma, precisamos saber o que fazer quando nos depararmos com essa ausência de normas. A resposta que a doutrina deu foi: a integração. Para passar à fase de integração, o aplicador do Direito deve já ter analisado e interpretado todas as normas, para chegar à conclusão de que há mesmo uma lacuna.



Atenção

Agora, temos que diferenciar três momentos diferentes na hora de resolver um caso concreto.

A **aplicação** diz respeito àqueles que estão lidando com um caso jurídico e precisam encontrar uma norma que tenha pontos de conexão com o caso. Assim, depois de encontrada a norma, é preciso confirmar se a hipótese lá descrita corresponde ao caso concreto. É como identificar se o caso (espécie) corresponde à norma (gênero).

Uma vez identificada a norma, é preciso **interpretá-la**, ou seja, retirar desse texto, dessa fonte, o seu sentido, a regra que está ali descrita. Por isso, vimos todas aquelas formas de interpretar.

A **integração** acontece quando não identificamos uma lei que se adeque perfeitamente no momento de aplicação, portanto, temos que ter métodos descritos para solucionar o caso (MACHADO, 2011).

Para Maria Helena Diniz, a teoria das lacunas tem dois objetivos: fixar os limites para as decisões do judiciário e justificar a função do Poder Legislativo (DINIZ, 2012). É relevante entendermos por que essa professora coloca esses dois objetivos. É importante que tanto a doutrina como a legislação tenham consciência das lacunas nas normas jurídicas, pois, se assim não fosse, o Poder Legislativo não teria nem sequer função. Dizer que o Direito não tem lacunas é dizer que não há mais necessidade de ter outras leis; como se todas as condutas já estivessem prescritas. Já discutimos e vimos que isso não é possível!

O objetivo de definir limites para o judiciário é um ponto discutido por Tércio Ferraz Júnior. Ele destaca e coloca o problema das lacunas como uma consequência da tripartição dos poderes. E essa análise é interessante para, desde já, identificarmos que cada poder – executivo, legislativo e judiciário – tem um papel diferente dentro do Estado. A organização política estável, de um lado, e a sociedade em mudança, de outro, levaram aos doutrinadores o rompimento da atitude acrítica do direito positivado, que, por sua vez, levou à constatação de que, sim, havia lacunas e de que era preciso alguma forma para solucionar essas questões. Assim, os hermeneutas pensaram nos modos de integração do Direito, de uma forma que não ferisse a separação dos poderes (FERRAZ JR., 2018, p. 326).



Refleta

A questão do papel do juiz e de como ele deve agir em caso de lacunas é muito delicada no momento de aplicação do Direito. O juiz não pode se retirar e não julgar um caso, mas imagine que ele não encontre a lei a ser aplicada naquela situação. Ele não pode simplesmente criar uma lei, correto? Mas, então, se não há lei, como ele deve fazer? Qual o papel do judiciário? E se o juiz vai além do seu papel, quais as consequências e críticas? A democracia pode ser afetada caso o juiz vá além de suas competências?



Saiba mais

Uma das discussões atuais do nosso Direito é o papel do judiciário e como ele deve agir em casos de lacunas. Imagine ainda mais o cuidado do juiz quando falamos em casos de direitos individuais e sociais. O artigo indicado a seguir analisa a possibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo para a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, discutindo suas limitações nesta atuação, bem como as críticas da doutrina neste aspecto.

ZENI, Carine. O Poder Judiciário como legislador positivo na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais. **Rev. Disc. Jur.**, Campo Mourão, v. 3, n. 2, p. 129-148, jul./dez. 2007. (Recomenda-se a leitura das páginas de 129 a 141.)

Refletindo sobre essas questões, a legislação e a doutrina pátria pensaram em uma forma de cada poder ficar adstrito em seu âmbito de atuação. Assim, como uma saída para atingir os dois objetivos citados anteriormente, a própria lei descreve como o juiz deve agir em caso de lacunas. Já falamos sobre essa legislação anteriormente, ela é de suma importância para nós que estamos nessa fase inicial de descoberta do Direito: estou falando da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). O seu art. 4º dá uma importante missão ao magistrado, já que ele não pode se furtar de dar uma decisão. Esse artigo oferece a possibilidade de integrar a lacuna, para, assim, chegar a uma solução adequada ao caso: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 1942).

Então, o próprio legislador já nos disse o que fazer quando nos depararmos com uma lacuna: o juiz deve recorrer à analogia, costumes e princípios gerais de direito. Você se recorda desses conceitos? Vamos explicá-los melhor.

Figura 3.5 | Modos de integração de lacunas



Fonte: elaborada pela autora.

Começaremos, então, pela analogia.



Assimile

A **analogia** “consiste em aplicar a um caso não previsto de modo direto ou específico por uma norma jurídica uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado” (DINIZ, 2012, p. 86).

Isso quer dizer que a analogia é um procedimento lógico. Identificadas a lacuna e a necessidade de resolução do caso, o juiz vai observar todo o ordenamento. Após essa observação geral, identificará uma norma que, não sendo o encaixe perfeito no fato, está muito próxima, com uma semelhança entre fatos-tipos. Em seguida, através de um juízo de valor, ampliará o alcance daquela norma para que ela seja aplicada naquele fato que inicialmente estava sem previsão legal.



Exemplificando

Vamos ver como o juiz lida com a analogia em um caso concreto?

Josefina deu a sua mãe Soraia e a seu tio Aurélio o direito de usar e retirar todos os benefícios de um apartamento que ela tem no interior do país. Trata-se do instituto do usufruto, que significa dizer que, durante toda a vida de Soraia e Aurélio, eles têm garantido, por meio de escritura pública, o direito de usar e fruir do apartamento. Os dois vivem juntos e, para evitar problemas, Soraia começou a fazer alguns gastos para manutenção do imóvel. Os gastos para essa manutenção eram sempre divididos entre os dois. Aurélio, por anos, nunca se importou com essa situação e pagava sem reclamar. Afinal, ele nem tinha tempo para lidar com esse tipo de trabalho. Entretanto, depois de uma briga dos irmãos, ele começou a se incomodar com essa situação e ajuizou um processo requerendo de volta os valores que ela havia cobrado dele. Ele alegou ao juiz que nunca tinha assinado qualquer contrato a indicando como administradora do bem; por isso, ela tinha que arcar sozinha com o pagamento desses gastos, pois ela não era representante dos dois. O juiz, ao identificar esse caso concreto, descobriu que a lei é omissa. Dentro de todo o ordenamento jurídico, não há uma só lei que fale o que o juiz deve fazer nesse caso específico de usufruto. Mas identificou que havia uma legislação que fala sobre essa situação em caso de condomínio. A lei civil sobre condomínio diz que: “o condômino que administrasse sem oposição dos outros se presumia mandatário comum”. Sabe o síndico de um prédio? Então, o juiz comparou o trabalho que Soraia fazia com o de síndico, que é o administrador do condomínio. Isso quer dizer que, se não há oposição dos moradores do prédio, quem faz o trabalho de administrador é mandatário comum de todos. Dessa forma, tendo em vista a ausência de lei para o caso de usufruto, o juiz equipara o fato de Soraia e Aurélio a um condomínio. Portanto, se Aurélio nunca se opôs à administração de Soraia, não pode agora, que brigaram, requerer os valores de volta. Afinal, ela era a mandatária, ou seja, a representante dos dois durante aquele período.

Assim, em resumo, vemos que o caso que acabamos de narrar, inicialmente, não se encaixava na hipótese descrita pela norma. Diante dessa constatação, o juiz recorreu ao restante do ordenamento e descobriu que havia uma norma que não se adequava totalmente, mas que era parecida, tinha uma relação de semelhança, uma mesma razão. Portanto, usando a analogia, ele integrou o fato a essa norma.

A doutrina divide a analogia em: analogia *legis* e analogia *juris*. A analogia *legis* é o que o juiz fez no caso de Soraia e Aurélio. O juiz aplica uma norma existente, destinada a reger um caso semelhante ao previsto. A *juris* fundamenta-se num conjunto de normas para ter elementos para decidir o caso (LARENZ, 1997), ou seja, o juiz parte de vários preceitos, obtendo, por indução, princípios comuns (FERRAZ JR., 2018). No final, as duas formas de analogia têm a mesma função: preencher a lacuna da lei, fazendo uma correspondência com outra ou outras normas (DINIZ, 2012).

Entendida a analogia, passaremos para as outras formas de integração descrita pela LINDB. Quanto aos costumes, já ouvimos falar, não é? Recordar-se quando falamos de fontes do Direito? O **costume jurídico** é uma norma jurídica obrigatória, mas é uma norma não escrita, que “surge de uma prática longa, diuturna e reiterada da sociedade” (NUNES, 2017, p. 145).

Mas, atenção, o costume jurídico é fruto da prática social individualizada, em que a própria comunidade dá o cunho obrigatório para ele. Muitas vezes, por ser essa prática reiterada e advir de baixo para cima, ou seja, da sociedade para o Estado, não se sabe muito bem qual a sua sanção. Mas o que é importante é o costume e depois, caso não cumprido, o juiz analisará o caso concreto para descobrir a sua consequência (NUNES, 2017).

Vamos a um exemplo para compreendermos melhor o que é o costume?



Exemplificando

Maria tem o interesse de vender o seu imóvel, por isso vai até a Imobiliária Nova Vida e contrata Nilda como sua corretora. Antes de assinar o contrato, Maria questiona a taxa de corretagem, que era de 6%. Ela se lembrava que já havia fechado uma corretagem por 4%. Foi procurar na legislação e verificou que não havia lei que indicasse qual valor deveria ser cobrado nesses casos. Isso porque a fixação da taxa de corretagem devida ao corretor de imóveis é um costume, variando em cada cidade.

Pelo o que você pôde perceber, o costume jurídico nos rodeia. Pode estar em questões que você achava que tinha uma lei regulando e, ao final, vai entender que advém de uma prática consuetudinária. No dia a dia da

aplicação do Direito como funciona? Para aplicar o costume, o juiz terá de levar em conta os fins sociais e as exigências do bem comum. No caso que citamos, não é porque não tem uma lei que a porcentagem da corretagem deve ser excessiva. Imaginemos estabelecer que seria de 50% do valor do imóvel. Isso é abusivo e não se coaduna com os ideais de justiça e de utilidade comum (DINIZ, 2012). Além disso, aquele que alega, em tribunal, um costume tem que prová-lo. Diferente da lei, que não precisa de prova da sua existência, o costume precisa que se comprove a sua existência, por meio de testemunhas, cópias de outras decisões, perícias, outros contratos no mesmo sentido, por exemplo. E, por fim, temos sempre que ter em conta que o juiz não cria um costume. Quando ele declara por meio de sentença que julgará conforme o costume do local, ele está apenas declarando o costume já existente (NUNES, 2017).

Vamos agora imaginar que nem com os costumes, nem com a analogia o juiz conseguiu chegar a uma resposta para o caso. O legislador deixou uma última saída, que é o uso dos **princípios gerais de Direito**. Também ouvimos falar deles quando tratamos de fontes de Direito.

Mas, então, o que são os princípios gerais de Direito? Eles são cânones, “verdades fundantes [...] enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico” (REALE, 2013).



Exemplificando

Muitas vezes, o próprio ordenamento jurídico expressa o princípio. Conforme o art. 3 da LINDB: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Mas, na maioria das vezes, estão implícitos no ordenamento os princípios da moralidade, da igualdade, da função social da propriedade e do contrato, o de que ninguém pode transferir mais direitos do que se tem, o da boa-fé presumida, o da responsabilidade a quem comete ato ilícito, o da autonomia da vontade e diversos outros (DINIZ, 2012). Ainda, são exemplos dos princípios gerais do Direito no Brasil: a justiça, a dignidade do homem, a isonomia, a anterioridade para fins de cobrança de impostos, o sistema republicano, etc. (NUNES, 2017).

Assim, vemos que os princípios são componentes do Direito, normas positivadas ou não que orientam a compreensão do sistema jurídico (DINIZ, 2012). Se, mesmo assim, ainda não tiver dado certo a integração do fato a uma norma, cabe então ao juiz recorrer à equidade.



Assimile

Equidade é o mecanismo de abrandamento da norma para amoldá-la ao caso concreto (REALE, 2013). Fala-se aqui sobre o sentimento do justo, em harmonia com as circunstâncias do caso.

Sempre bom ressaltar que é o legislador que incumbe a decisão por equidade no caso concreto, como dito no parágrafo único do art. 140 do novo Código de Processo Civil: “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei” (BRASIL, 2016). Assim, Tércio Ferraz nos dá como exemplos de uso da equidade: expandir uma obrigação, criando deveres adicionais ao determinado no contrato ou na lei; limitar o exercício de direitos para prevenir abusos; criar regras para situações que se alteraram (FERRAZ JR., 2018).

Por fim, cabe citar que a doutrina colocou algumas regras, **limites para a integração**, principalmente, para evitar o embate entre os poderes e a função de cada um dentro do nosso sistema jurídico e político. O primeiro princípio de controle é que nenhum meio integrador gera por si um efeito generalizante. Isso quer dizer que a integração feita pelo juiz em um caso concreto vale somente para aquele caso. Outro limite de controle diz respeito às normas penais. Essas normas podem ser alvo de analogia, entretanto, apenas para beneficiar o réu. A analogia maligna no Direito Penal não é possível, pois, assim, o juiz poderia aumentar a pena de alguém sem prévia cominação legal (GRECO, 2004). Outro limite para a integração é a chamada norma singular, aquela norma descrita para atingir uma utilidade especial, que descreve uma exceção, restringe direitos. Dessa forma, a lei que abre exceção a uma regra geral não pode ser usada para suprir a lacuna de outra (FERRAZ JR., 2018).

Assim, acabamos mais uma seção. Com casos práticos, fica muito mais fácil entender como o Direito funciona, não é mesmo? Agora que somos capazes de aplicar, interpretar e integrar o Direito, temos as portas abertas para novas aventuras, cada vez mais específicas nesse novo mundo. Bons estudos e até a próxima!

Sem medo de errar

Nesta seção, conseguimos entender que existem fatos que ainda não foram legislados e que podem levar o aplicador do Direito a ter que usar os métodos de integração. Foi o que aconteceu com Margarida, a juíza do Tribunal do Estado Antinomia. Você se lembra do caso que ela tinha que julgar? Era uma cantora que havia ajuizado uma ação contra um hacker. Ele

havia invadido seu computador e retirado informações importantes, inclusive, tido acesso à letra de sua nova música e divulgado na internet sem o seu consentimento. Com essa divulgação, a cantora, além de ter sofrido com a violação de sua privacidade, estava sendo cobrada pela gravadora, diante da quebra do contrato. A sua nova música tinha sido lançada antes da hora. Acontece que a aplicadora do Direito, neste caso a juíza Margarida, estava sem saída, pois havia uma lacuna na lei, ou seja, não havia no ordenamento uma norma que se adequasse perfeitamente ao caso apresentado. Esse caso aconteceu no Brasil, foi inspirado na situação que deu origem à Lei nº 12.737/2012, conhecida como Lei Carolina Dieckman. Realmente, diante das novidades do mundo da informática, o legislador ficou para trás, por um tempo. Agora, esse fato já está legislado, mas, antes da lei, o que o juiz deveria fazer era a integração.

Para ajudar Margarida a resolver o caso, temos que seguir o caminho dialógico a seguir:

- O que são as lacunas da lei?
- Quais as formas de integração de normas jurídicas?
- Será que Margarida pode utilizar legislações parecidas para resolver a demanda, como, por exemplo, leis que responsabilizam a invasão de propriedade e de intimidade?
- Qual seria o melhor método de integração para Margarida utilizar nesse caso?

Bem, vamos lá! A integração acontece quando não identificamos uma lei que se adequa perfeitamente no momento de aplicação, portanto, temos que ter métodos descritos para solucionar o caso. Ou seja, o aplicador do Direito, após a interpretação, identifica uma ausência, um vazio de normas jurídicas, identifica uma lacuna nas normas. Sabemos que, para a aplicação, é preciso encontrar uma norma que tenha pontos de conexão com o caso. Se o fato do caso não se encaixa na hipótese da norma, temos uma lacuna.

Como o juiz não pode não julgar nem criar normas, o próprio legislador trouxe métodos e formas de integração. A analogia consiste em aplicar a um caso não previsto, de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado. Caso o vazio ainda permaneça, o juiz pode verificar se há um costume. Para isso, ele terá de levar em conta os fins sociais e as exigências do bem comum. Diferente da lei, que não precisa de prova da sua existência, o costume precisa que se comprove a sua existência, por meio de testemunhas, cópias de outras decisões, perícias, outros contratos no mesmo sentido, por

exemplo. Se não existir uma lei parecida nem um costume, o juiz recorre aos princípios gerais de Direito. Eles são cânones, “verdades fundantes [...] enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico” (REALE, 2013). Se, mesmo assim, ainda não for suficiente, há a equidade, que é o mecanismo de abrandamento da norma para amoldá-la ao caso concreto. Fala-se aqui sobre o sentimento do justo, em harmonia com as circunstâncias do caso.

Bem, pelo caso relatado, Margarida poderia, então, utilizar da analogia, tendo em vista a existência de leis parecidas, leis que responsabilizam a invasão de propriedade e de intimidade. Através de uma ponderação e de um juízo de valor, o relatório de Margarida poderia indicar os pontos de conexão, fazendo uma referência lógica, demonstrando a semelhança entre fatos e a hipótese dessas outras normas. A técnica a ser utilizada é a de ampliação do alcance da norma, para que ela seja aplicada naquele fato sem previsão legal.

Assim, mesmo não tendo uma norma com o encaixe perfeito, o ordenamento é muito vasto e, através dos métodos de integração, é possível dar uma resposta no caso das lacunas.

Avançando na prática

Mário, o advogado que integra as normas

Descrição da situação-problema

Mário é um advogado de sucesso na sua cidade. É conhecido como o descobridor de leis, porque, quando nenhum outro advogado sabe o que fazer, Mário se destaca. O segredo dele? Ele sabe, como ninguém, fazer a integração das normas.

Um dia, Rita, uma grande empresária, o procurou porque estava com um grande problema com o banco. Ela tinha emitido alguns cheques pré-pagos para pagar uns veículos que tinha comprado para sua empresa. Acontece que o vendedor dos carros não seguiu a sua indicação do prazo dos cheques e os debitou antes do tempo previsto. Assim, a sua conta não tinha fundos, os cheques voltaram e, além da dívida com a concessionária, o banco estava lhe cobrando. Por isso, ela queria uma saída e sabia que somente Mário poderia ajudá-la. Como ele estava cheio de trabalho, chamou você, seu estagiário, para auxiliá-lo na demanda. A dica que ele lhe deu foi que não há na legislação uma norma que autorize a emissão de cheques pré-datados. E agora? Trata-se de uma lacuna? Por quê? Quais as formas de integração de lacunas?

Há alguma forma de integrar a situação para ajudar Rita e escusá-la de pagar a multa com o banco? Vamos fazer um pequeno relatório para apresentar ao advogado?

Resolução da situação-problema

Para responder à situação apresentada, você precisará seguir este caminho dialógico:

- O que são lacunas nas normas jurídicas?
- Quais as formas de resolver uma lacuna identificada na aplicação do Direito?
- Mesmo não estando na lei, a prática da emissão de cheque pré-datado é costumeira?
- Há alguma forma de integrar a situação para ajudar Rita e escusá-la de pagar a multa com o banco?

Vimos que o ordenamento jurídico, apesar de ter como característica a completude, possui lacunas nas normas jurídicas, ou seja, não há a possibilidade de o legislador criar leis para todas as situações da vida cotidiana. Assim, acontece que, às vezes, podemos nos deparar com um caso que não tem correspondência no mundo do Direito. Essa é a lacuna. Dessa maneira, o aplicador do Direito, após observar todo o ordenamento e verificar que não há norma para o caso, passa para a próxima fase, que é a da integração. A integração acontece quando não identificamos uma lei que se adegue perfeitamente no momento de aplicação, portanto, temos que ter métodos descritos para solucionar o caso. Como formas de integração, temos: analogia, costumes, princípios gerais de Direito e equidade. Bem, como vimos, no caso descrito de Rita, ela emitiu cheques pré-datados, quando o cheque, na verdade, devia ser um modo de pagamento à vista. Quem recebeu os cheques não levou em consideração o costume de emitir cheque pré-datado. Então, foi ao banco e quis descontar e receber logo os valores dos cheques. Por causa disso, o problema surgiu para Rita, pois ela estava se programando para pagar somente na data descrita nos cheques, então não tinha fundos na sua conta. Por isso, o cheque retornou e ela ficou com a dívida e ainda uma multa do banco.

O que pode ser feito para ajudar Rita é a indicação dessa lacuna na lei. Tornou-se um costume, uma prática reiterada a emissão de cheques pré-datados. Ou seja, o costume, por ser uma fonte de Direito, mesmo não escrita, fez com que a ação de aceitar cheques pré-datados se tornasse uma prática recorrente. Todos fazem isso reiteradamente. Assim, por ser um ato que se coaduna com os ideais de justiça e de utilidade comum, deve ser aplicado pelo Direito. Então, aí está a forma de ajudar Rita. Alegar a ausência de lei e

a existência do costume, indicando que o vendedor não cumpriu com a sua parte no contrato, que era descontar os cheques somente na data descrita. Assim, ela não ficaria com a dívida e ainda indicaria que ele deveria pagar a multa do banco.

Faça valer a pena

1. A Teoria Tridimensional do Direito foi criada por Miguel Reale, um importante filósofo brasileiro, que tinha como principal ideia a existência de três elementos no Direito: fato, norma e valor, indicando que o Direito positivo, da forma como era concebido classicamente, era algo parcial, incompleto e, portanto, ineficiente. Ele indicava que, quando havia uma incongruência entre esses três elementos, havia a quebra da isomorfia do Direito (REALE, 2013) e, assim, nascia uma situação jurídica excepcional.

De acordo com o material estudado, como se chama a situação jurídica excepcional, nascida da incongruência dos elementos do Direito?

- a) Princípio de Direito.
- b) Sanção.
- c) Norma social.
- d) Lacuna.
- e) Hipótese.

2. Após aprender sobre as normas jurídicas e a teoria do ordenamento jurídico, o próximo passo para o estudante do Direito é praticar o estudado em casos concretos. Nisso, identificam-se três momentos para se resolver um litígio.

De acordo com o estudado, faça a associação dos feitos contidos na coluna A com seus respectivos nomes na coluna B.

Coluna A	Coluna B
I. Momento em que não se identifica uma norma que se adeque ao fato e, então, utilizam-se métodos para resolver a questão.	1. Integração
II. Diz respeito ao trabalho de encontrar uma norma que tenha pontos de conexão e se relacione totalmente com o caso concreto. Confirma-se a hipótese da norma no fato.	2. Interpretação
III. Utilização de métodos para retirar da fonte de Direito o seu sentido e descrever a regra ali imposta.	3. Aplicação

Assinale a alternativa que apresenta a associação **correta**.

- a) I - 3; II - 1; III - 2.
- b) I - 2; II - 1; III - 3.
- c) I - 1; II - 3; III - 2.
- d) I - 3; II - 2; III - 1.
- e) I - 1; II - 2; III - 3.

3. Diante da importância da integração e da possibilidade de o aplicador do Direito ir além de sua função (como, por exemplo, o juiz ultrapassar as suas competências e fazer o trabalho de legislador), a própria lei descreve quais são as formas de integração das normas jurídicas.

Considerando o contexto, avalie as afirmativas a seguir em (V) Verdadeiras ou (F) Falsas:

- () Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso utilizando primeiramente a equidade, tendo em vista ser o elemento que conjuga os princípios e busca a justiça no caso concreto.
- () Os princípios gerais de Direito, apesar de serem de suma importância, não são métodos de integração do Direito porque podem não estar legislados ou descritos objetivamente pela doutrina.
- () A analogia e os costumes são métodos de interpretação do Direito.
- () A analogia pode ser dividida em analogia legis e analogia juris, tendo as duas a função de preencher a lacuna da lei.

Assinale a alternativa que apresente a sequência correta.

- a) V - V - F - F.
- b) F - F - F - V.
- c) V - F - V - F.
- d) V - F - V - V.
- e) V - V - V - F.

Referências

BARBOSA, Alaor. Norberto Bobbio e o positivismo jurídico. **Revista Informativa Legislativa**, ano 25, n. 97, Brasília, jan./mar. 1988.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista Emerj.**, v. 14, n. 15, 2001.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 dez. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 5 dez. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 15 jan. 2019.

CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Editora Ática, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. Técnica, decisão, dominação. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GERALDO, Pedro Heitor Barros; FONTAINHA, Fernando de Castro. **Apresentação**: por uma sociologia empírica do Direito. Curitiba: Editora Juruá, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 48.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3ª Ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é o Direito?** 11ª Ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.

MACHADO, João Batista. **Introdução ao Direito e ao discurso legitimador**. 19ª reimp. Coimbra: Almedina, 2011.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. (Org.) **Epistemologia & metodologia do Direito**. 1ª

Ed. Campinas: Millennium Editora, 2011.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 21ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do Direito**: com exercícios para sala de aula e lições de casa. 14ª Ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2017.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 6ª Ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Sociologia geral e jurídica**. Fundamentos e Fronteiras. 4ª Ed. Editora Forense, 2015.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Enio Waldir da. **Sociologia jurídica**. Ijuí: Editora Unijuí, 2012.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao Direito**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

Unidade 4

Teoria Geral do Estado

Convite ao estudo

Prezado aluno, seja bem-vindo à nossa última unidade. Nosso caminho pelo Direito não estaria completo se não estudássemos o Estado. Mas o que é o Estado? Já ouvimos falar sobre ele, certo? Vimos no começo de nosso estudo que o Estado é movido pelo seu governo e corpo político, através das leis, que proporcionam a justiça e promovem a estabilidade da sociedade. Mas sabemos que a tão sonhada justiça ainda tem muito a percorrer. Precisamos, em conjunto com o Direito, encontrar as formas de alcançá-la! Um jurista, um estudioso do Direito, tem que ter uma pequena noção sobre os problemas da sociedade contemporânea e, nada melhor para isso, do que ver na teoria como deveria ser organizada a sociedade e o papel das suas instituições.

Portanto, nossa intenção aqui é dar um passo adiante, vamos começar a entender a base do Direito Constitucional e do Direito Administrativo. Para isso, temos que, primeiro, percorrer alguns pontos de Ciência Política. Essas matérias estão muito ligadas ao nosso dia a dia, seja em uma simples leitura de matéria publicada no jornal, seja em debates promovidos em redes sociais. É preciso saber como se dá o funcionamento do nosso Estado, para então tecermos críticas construtivas sobre o nosso modelo e nos apresentarmos aptos para requerer os nossos direitos. Afinal, o conteúdo a ser ministrado é, acima de tudo, matéria de cidadania, a qual todos nós devemos dominar.

Para tanto, estudaremos inicialmente a Teoria do Estado, bem como seu conceito, origem, nascimento e extinção. Vamos entender as diferenças do Estado Unitário e Federal, o que é soberania, território e povo. Um pouquinho de história também não faz mal, ver o passado para entender o presente e ter lições para o futuro! Debateremos questões importantes como a separação de poderes, a função típica e atípica de cada poder e a tão falada, e sonhada, democracia. Por fim, veremos esses pontos sob a perspectiva do Estado brasileiro. Ufa, temos ainda muito o que aprender, mas relacionando com fatos atuais, você perceberá que essa caminhada será muito interessante! Para nos ajudar, vamos fazer uma pequena viagem a um país fictício, chamado “Estatic”. As coisas não andam muito bem por lá!

Maquiavélico estava muito preocupado com Estatic; lá havia muita miséria e sofrimento. Ele, que sempre foi muito interessado em política,

pensou em fazer alguma coisa para ajudar a mudar a situação da população. Após muito estudar, pensou que a solução seria voltar ao passado, porque as coisas costumavam ser melhor, a população tinha segurança e não passava fome. Há dezenas de anos, o país era uma monarquia. Pronto! A solução era essa. Ele entrou em contato com os descendentes da família real e os persuadiu para dar um golpe de Estado. E assim foi feito. Ele se tornou o grande conselheiro real e pensava mesmo que sua solução traria mais felicidade à população. Mas não foi bem assim que aconteceu. Mesmo com as suas ideias, o povo continuava muito mal. Foi quando surgiu um salvador: Jean, um grande articulador das massas, começou o trabalho de unir a população contra o novo governo. Será que ele conseguirá mudar o rumo daquele país?

Bem, através das teorias do Estado, vamos entender qual o seu objetivo e como funcionam as instituições que o envolvem. Preparados para adentrar na Ciência Política? Vamos lá!

O que é o Estado?

Diálogo aberto

Olá aluno, vamos iniciar mais uma jornada, agora percorreremos outros caminhos. Eles se cruzarão com o Direito, mas fazem parte de outra ciência. O objetivo desta seção é assegurar o domínio dos instrumentos fundamentais para a compreensão geral da Teoria do Estado. Aqui teremos que unir nossos conhecimentos jurídicos, filosóficos, sociológicos, políticos e históricos com a intenção de questionar e buscar o aperfeiçoamento do Estado, concebendo-o como um fato social e uma ordem. Qual o seu objetivo? A busca pela justiça! Está vendo como essa matéria está relacionada com o que vemos até agora?

Então, você já tem uma ideia do que é o Estado? Podemos utilizar como exemplo o Estado onde vivemos, qual seja: o Brasil. Somos um Estado porque temos soberania, território e povo! Mas será que só isso é o suficiente para ser considerado um Estado? É isso que aprenderemos aqui.

Essas noções nos ajudarão a entender o que se passa no Estado Estatic. Jean e Maquiavélico, com certeza, entrarão para a história. Vamos lembrar o que aconteceu?

O país Estatic ia de mal a pior. Com a crise econômica, este pequeno Estado não via mais solução para os seus problemas sociais. Após um golpe, instaurou-se a monarquia, que pretendia aumentar os impostos para que a realeza pudesse administrar bem o novo Estado. A realeza, que, em princípio, disse lutar pelo bem da população, parecia ter esquecido dessa promessa e começou a cobrar altos impostos da população. Esse dinheiro, contudo, não era repassado à comunidade e, com isso, a situação socioeconômica no dito Estado agravou-se com o passar do tempo. Foi aí que surgiu um trabalhador, Jean, que começou a mobilizar a população que estava sofrendo com aquela nova forma de governo. Ele iniciou um movimento social com aqueles que não estavam satisfeitos com o novo rei. Começou a fazer debates em escolas e sindicatos, além de levar a população para as ruas com o objetivo de criar manifestações contra os donos do poder.

Do outro lado, vendo tal movimentação, Maquiavélico, conselheiro real, uniu os defensores da monarquia. Iniciou-se, então, um verdadeiro confronto, pois o país estava dividido. Antes que passassem para a luta armada, decidiram que seria melhor a separação. Jean, então, decidiu procurar alguém com experiência para ajudá-lo a saber quais eram os requisitos necessários para

ser considerado um Estado pela ordem internacional. A população, por não ter sido devidamente instruída, não entendia o que essa separação significava, se seria a melhor solução para eles ou não. Jean precisava responder a essas indagações, mas como não entendia muito bem dessas questões de política, chamou você, um teórico do Estado, um cientista social.

As primeiras perguntas que surgiram foram: o que é um Estado? Quais são os fundamentos de um Estado? Como nascem e são reconhecidos os novos Estados? Será que há outros exemplos na história de separação? Uma importante missão nos espera! Vamos ajudar Jean a responder a essas questões? Qual a melhor forma de explicar o que está acontecendo à população?

Não pode faltar

Prezado aluno, aqui começamos o estudo sobre o Estado e suas instituições. Nosso objetivo é mostrar como é importante entender os institutos e a organização política dos Estados em busca, sobretudo, da justiça nas relações sociais. Nós, como juristas, precisamos dar atenção para a política; afinal, é por meio dela que elaboramos leis que organizarão o Estado e a convivência social. Com a pequena introdução que aqui teremos, você estará mais preparado para compreender e interpretar áreas do Direito que estão diretamente ligadas à organização do Estado, como o Direito Constitucional, Eleitoral, Administrativo e até Internacional. Aliás, as leis não se criam sozinhas, mas através do aparato promovido pelo Estado e sua respectiva organização.

Assim, nosso objetivo é entender a proposta de estudo da Teoria Geral do Estado (TGE), noções sobre Ciência Política, a origem e conceito de Estado, suas finalidades, funções e personalidade jurídica. Você verá que é possível relacionar esses conceitos com questões políticas debatidas no dia a dia. Vamos lá?

A Teoria Geral do Estado é uma ciência social que tem o propósito de estudar o Estado, de um ponto de vista unitário, bem como a sua evolução, organização e funções (DALLARI, 2011). Pode-se dizer que é um ramo do conhecimento relativamente novo, tendo surgido somente nos fins do século XIX. Isso porque a própria noção de Estado, como a concebemos, é igualmente recente. Apesar de Platão e Aristóteles já terem estudos que se encaixariam nessa teoria, durante a Idade Média, com Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, foram identificadas a necessidade e a preocupação de justificar a ordem existente na sociedade. Tais estudos se desenvolveram ainda com nomes amplamente reconhecidos, dentre os quais: Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau, que (cada um com um modo próprio) contribuíram para a formação da organização social e sua relação com o poder político. Contudo, somente no início do século XX, é possível afirmar que,

por meio do autor Jellinek, estruturou-se e criou-se a Teoria Geral do Estado como disciplina autônoma, desenvolvendo-se uma metodologia focada na explicação do que é o Estado (DALLARI, 2011).

Dessa forma, de maneira ampla, podemos dizer que essa teoria se preocupa em estudar o Estado, sob todos os seus aspectos, incluindo: origem, organização, funcionamento, finalidades, descrição de princípios e forma.



Saiba mais

Como é uma ciência, a Teoria Geral do Estado utiliza métodos de investigação científica para comprovar os seus conceitos. Portanto, se você tem interesse em se aprofundar nesse tema, é importante conhecer a sua metodologia. Pode-se utilizar **o método indutivo**, no qual, a partir da análise e da observação dos fatos cotidianos (reais, palpáveis) e por comparação, classificação e generalização, chega-se a conclusões. Faz-se, assim, uma síntese. Pode-se utilizar também **o método dedutivo**, no qual, a partir da observação de leis e princípios gerais, são feitas uma análise e comparação com a realidade particular, para, assim, chegar a conclusões. Dessa forma, deduz-se o que aquela lei ou princípio diz e aplica-se ao caso concreto (VILANOVA, 1953).

Então, como vimos, a Teoria Geral do Estado consiste em uma ciência, porque tem metodologia e uma técnica aplicada.



Faça você mesmo

Vamos ver como é o trabalho de um cientista social? Através do método indutivo, podemos analisar fatos passados para compreender o presente e chegar a uma conclusão, uma teoria. Um exemplo? A tese pilar da democracia contemporânea advém do Contrato Social de Rousseau. Em seu livro, ele descreve o Princípio da Soberania Nacional, que foi sintetizado (aplicação do método indutivo) no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988).

Agora, o método dedutivo é mais fácil, como aplicadores do Direito estamos mais acostumados. Observe os incisos XXII, XXXIV e XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e os aplique em casos particulares. Dessa forma, você estará fazendo uma dedução.

Assim, podemos conceituar a Teoria Geral do Estado como uma ciência geral, que, na análise dos fatos sociais, jurídicos e políticos do Estado, unifica esse triplice aspecto, para elaborar uma síntese (MENEZES, 1995). Dalmo Dallari ressalta a possibilidade de ver o Estado sob perspectivas diferentes,

sendo esse o destaque e a importância dada para a matéria. Desse modo, ele descreve três vertentes pelas quais se costuma estudar essa matéria. Em primeiro lugar, ela é analisada sob a perspectiva da Filosofia do Estado, relacionando-o à busca de valores éticos. Embora essa preocupação seja fundamental, alguns críticos argumentam que tal ênfase provocaria a desconsideração de questões pragmáticas. Chega-se, em seguida, à orientação pela questão da Sociologia do Estado, prevendo preponderância total aos fatos concretos. O ponto negativo destacado pela doutrina é a possibilidade de se ignorar aspectos teóricos e valorativos para a definição do Estado. Por fim, é possível se orientar pela ideia de que o Estado é somente uma realidade normativa, criado pelo Direito para justificar fins jurídicos. Essa diretriz pode levar o cientista à concepção de que o Estado nada mais é do que considerações técnico-formais. Para não cair sempre em um resultado de acordo com o enfoque dado nesta matéria, Miguel Reale fez uma síntese dinâmica dessas três direções, o que chamou de culturalismo realista. No mesmo sentido, o italiano Groppali vê a matéria de acordo com uma tríplice perspectiva: sociológica, jurídica e justificativa, que cuida dos fundamentos e dos fins do Estado (DALLARI, 2011).

Figura 4.1 | Diretrizes fundamentais da Teoria Geral do Estado



Fonte: elaborada pela autora.

Assim, em uma perspectiva didática, adiante vamos dar enfoque nos três pontos referidos anteriormente para que seja possível pensar o Estado como um todo.

Agora, destacaremos outro ponto: a relação do TGE com a Ciência Política, o que consiste em uma relação mais acadêmica do que prática. A Ciência Política faz o estudo da organização política e dos comportamentos políticos sem levar em conta os elementos jurídicos, ou seja, não faz a conexão dos problemas do Direito com o que é desenvolvido na política. Mas também é de suma importância para nossos estudos.

Dando mais um passo, vamos compreender o conceito de Estado, como se originou e quais são suas funções e finalidades. Por fim, como se dá o

nascimento e a extinção de um Estado.

Podemos encontrar diferentes sentidos para a expressão Estado. Celso Bastos coloca que o “Estado é a mais complexa das organizações criadas pelo homem” (BASTOS, 1995, p. 6). Por isso, a verdade é que se trata de um termo com inúmeros significados. E, repare, utilizamos aqui “Estado”, com letra maiúscula, para diferenciar de “estado”, parte de uma federação. Dentre as formas de pensar o que é o Estado, poderemos ter como resposta que o Estado é uma forma de organização política; ou sob o ponto de vista do Direito, sua personalidade jurídica é uma pessoa coletiva de Direito Público.



Refleta

Não é porque todos vivemos dentro de um Estado, com o qual temos relações jurídicas a todo o tempo, como pagamento de impostos, uso de serviço público ou quando votamos nas eleições, que conseguimos conceituar esse organismo. Já temos uma pequena noção do que é o Estado, certo? De certa forma, trata-se da organização da sociedade em um ente abstrato, porém com bastante poder. Mas, para você, o que é o Estado?

Bem, enquanto você reflete sobre esse conceito, vamos tecer alguns comentários sobre a origem dos Estados. A palavra “Estado” vem do latim *status*, que significa “estar firme”, significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política. A palavra apareceu pela primeira vez no livro *O príncipe*, de Maquiavel, publicado em 1513, passando a ser utilizada pelos italianos para se referirem às cidades independentes. Mas a origem do Estado ainda é uma discussão doutrinária. Três teorias aparecem para demarcar o momento em que o Estado efetivamente surge. Para muitos autores, o Estado sempre existiu, pois o ser humano sempre esteve organizado de alguma forma. A segunda teoria admite que houve uma época em que o ser humano viveu sem organização. Depois, por motivos diversos e não em concomitância, foram-se constituindo Estados, de acordo com as condições concretas de cada lugar. A terceira opção são dos autores que pensam que o conceito de Estado surgiu quando nasce a ideia e a prática da soberania, ou seja, apenas no século XVII. Pode-se, inclusive, marcar uma data específica para esse fato, que é a assinatura do tratado da Paz de Vestefália, em 1648 (DALLARI, 2011).



Saiba mais

A Paz de Vestefália representa uma série de tratados que encerraram a Guerra dos Trinta Anos e que estabeleceram os princípios que caracterizam o Estado moderno, destacando-se a soberania, a igualdade jurídica entre os Estados, a territorialidade e a não intervenção. Para saber mais

sobre como se deu o surgimento dessas noções tão importantes atualmente, o texto a seguir é um bom material de estudo.

COLOMBO, Silvana. Estado e soberania: uma visão a partir da sociedade internacional. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 16, fev. 2007.

Mas, então, como a TGE conceitua o que é o Estado? Importante, antes de tudo, entender que não há nem pode haver uma definição de Estado aceita por todos. São posicionamentos doutrinários e pontos de vista de cada autor (MALUF, 2018). Para a formação do conceito completo, é necessário levar em consideração o tríptico aspecto dessa teoria. Assim, podemos conceituar o Estado:

- Sob o ponto de vista **filosófico**, delineado por Hegel, em que o Estado deduziria a realidade da vida ética; trata-se da concepção de que a consciência do indivíduo se eleva à comunidade.
- Sob o ponto de vista **sociológico**, delineado por Weber, que descreve que o Estado é aquele que detém o monopólio da força física legítima (ou seja, a possibilidade de sancionar aqueles que fogem às regras preestabelecidas), que apresenta um aparato institucional dentro dos limites de um território e que reúne nas mãos de seus dirigentes os meios de gestão.
- Por fim, sob o ponto de vista de um conceito estritamente **jurídico**, descrito por Jellinek e relacionado ao poder político constituído sobre determinado território e dirigido a certa população (MORAES, 2006).

Alinhando essas três teorias, não caímos no risco de ver a finalidade do Estado só sob o prisma do Direito, por exemplo, que seria um ordenador das normas. Mas o vemos, também, como um meio para que os indivíduos e a sociedade alcancem um determinado fim: a ordem, a defesa, o bem-estar e o progresso (DALLARI, 2011), ou seja, uma análise prática de ser um fato social e sua intenção axiológica, por ser um fenômeno político-cultural (MALUF, 2018). Podemos, inclusive, concluir que o fim do Estado é o bem comum, destinado ao desenvolvimento de sua população.



Saiba mais

Na busca desse bem comum e para uma melhor organização, o Estado apresenta três importantes funções: a função executiva, que compreende a sua administração; a função legislativa, relacionada à edição de leis; e a função judiciária, referente à interpretação e aplicação das leis em litígios.

Portanto, podemos dizer que o Estado é a organização política na qual o homem moderno se estabelece, caracterizado por um povo vivendo sobre um território delimitado e governado por leis que se fundam em um poder soberano (BASTOS, 1995).



Assimile

Em suma, sob o ponto de vista objetivo dos elementos que o integram, o “Estado é um ente social constituído de um povo organizado sobre um território, sob o comando de um poder supremo, para fins de defesa, ordem, bem-estar” (GROPALLI, 1953, p. 265).

Figura 4.2 | Características do Estado



Se pensarmos no Brasil, por exemplo, conseguimos delimitar bem essas características, não é? Nos próximos materiais, veremos em detalhes esses três pontos, mas o importante é que eles são a base dos Estados, sendo a soberania o ponto determinante, a razão pela qual o Estado continua sempre a gerir os seus negócios com independência e com monopólio da força internamente (BASTOS, 1995).



Assimile

Também, já podemos entender qual a função do Estado. Essa é fácil, já vimos essa questão quando estudamos a formação do Direito Positivo. A função do Estado é positivizar o Direito, traduzir em normas e princípios o que se afirma na consciência social (MALUF, 2018). Mas será que é só essa função? O que você acha?

A TGE verifica as causas do nascimento dos Estados. Importante lembrar que há duas formas de os Estados nascerem: a originária, partindo de agrupamentos humanos sem integração prévia; e a derivada, em que se formam novos Estados, a partir de outros já existentes.

No que diz respeito à formação **originária**, as teorias que pretendem

explicar quando começou a se formar os Estados podem ser divididas em duas classificações: a teoria da **formação natural** (conforme o próprio nome diz, refere-se à formação espontânea do Estado); e a teoria da **formação contratual**, em que o Estado nasceria por ser uma construção pensada do ser humano, com um acordo de vontades entre os membros da sociedade humana (MORAES, 2006). Quanto às causas originárias desse surgimento, a TGE as classifica de quatro formas distintas: a primeira é a **origem familiar**, em que a ideia de família se ampliou e deu origem ao Estado. A segunda origem é por **atos de força ou de conquista**, sustentando que a superioridade de força de um grupo social se sobrepôs a outro, e o Estado foi feito para regular as relações entre os vencedores e vencidos. A terceira é a origem em **causas econômicas**, ideia desenvolvida desde Platão, em que o Estado nasce para que a sociedade possa se aproveitar dos benefícios da divisão do trabalho e dessa integração. A quarta é a origem no **desenvolvimento interno da sociedade**, em que esse desenvolvimento chega a um grau de organização que leva à necessidade de estabelecer o Estado (DALLARI, 2011).

De acordo com a doutrina, também pode haver o nascimento de um Estado de forma secundária, ou seja, por meio da **união**. São casos de união: a confederação, a federação, a união pessoal e a união real. A **confederação** é a união convencional de países independentes, como, por exemplo, a Suíça. A **federação** é uma união mais íntima, de províncias que se uniram, como é o caso do Brasil. A **união pessoal** e a **união real** têm a ver com regimes monárquicos, de união de coroas (MALUE, 2017). No caso da união, dois ou mais Estados pretendem se unir, adotando uma única Constituição para reger os dois países. Assim, todos os componentes do passado desaparecem, o que implica o surgimento de uma nova entidade. O mais comum, quando Estados se unem, é formar uma confederação, pois, assim, as partes permanecem ainda com certa autonomia, perante o novo ente criado.

Bem, os Estados surgiram, nasceram, desenvolveram-se. Mas são sempre estáticos? Uma vez formado um Estado, ele sempre terá aquele mesmo território? Bem, a história está aí para mostrar que muitas vezes surge a necessidade de povos se separarem para formar novos Estados.



Exemplificando

A Tchecoslováquia foi criada em 1918, a partir da dissolução do império Austro-Húngaro. Depois de décadas de socialismo, o país se tornou uma democracia após a queda do muro de Berlim. A abertura resultou em uma separação pacífica e deu origem a dois territórios: a República Tcheca e a Eslováquia, em 1993.

Timor-Leste foi o primeiro país nascido no século 21. Uma ex-colônia portuguesa se tornou independente em 1975, entretanto, três dias

depois, foi invadida pela Indonésia. Depois de anos de luta, através de um referendo organizado pela ONU, 80% da população defendeu a separação. Em 2006, surgiu o Estado de Montenegro, que se separou da Sérvia através de um plebiscito.

Para saber mais, acesse:

COHEN, Otavio. Os 10 países mais novos do mundo. **Superinteressante**, 21 dez. 2016.

Então, há a possibilidade de surgirem Estados por forma derivada. Assim, podemos destacar ao menos duas formas para se iniciar esse processo: através do fracionamento e da união de Estados (DALLARI, 2011).

O caso de Montenegro se deu por meio do fracionamento, que ocorre quando uma parte do território de um Estado se desmembra e passa a constituir um novo Estado. Essa questão pode se dar através de uma guerra, como a divisão da ex-Iugoslávia, ou de forma pacífica, como o que aconteceu com Singapura. O novo Estado começa a ter independência para gerir os seus próprios interesses. Atualmente, há um debate interessante na Catalunha, pois há movimentos separatistas que pretendem se separar da Espanha.

É importante citarmos as questões de extinção dos Estados. Por certo que, quando dois Estados se unem e formam um novo com uma Constituição nova, aqueles dois Estados anteriores são extintos. O mesmo acontece quando um Estado unitário se separa e forma outros completamente novos, como foi o ocorrido com a Iugoslávia. O país era um conjunto de seis repúblicas regionais e duas províncias autônomas, que estavam divididas segundo as etnias e que, na década de 1990, se separaram em vários países independentes. Essas oito unidades federais passaram a ser seis repúblicas: Eslovênia, Croácia, Bósnia e Herzegovina, Macedônia, Montenegro, Sérvia. Assim, a Iugoslávia foi extinta.

Por fim, cabe a discussão quanto ao momento em que se considera criado um novo Estado. E aí entramos em uma questão política. Isso porque a doutrina coloca que o momento de criação ocorre quando há reconhecimento por outros Estados. Um exemplo paradigmático é o de Taiwan, que tem governo próprio (eleito democraticamente), instituições independentes, moeda nacional e forças armadas e que participa ativamente do comércio internacional; mas, apesar disso, não é reconhecido pela ONU e pelas principais organizações internacionais, sendo ainda considerado parte da China. Isso quer dizer que, mesmo que apresente todos os requisitos típicos de um Estado (território, povo e soberania), ainda há a questão política de reconhecimento por parte de outros países. No caso de Taiwan, pode-se alegar que falta o quesito soberania, mas, na prática, pode ser que não falte, depende do ponto de vista e dos interesses que envolvem cada lado.

Agora, você deve estar se perguntando: mas será que era mesmo necessária toda essa construção do Estado? Bem, a criação do Estado se justifica pelo simples fato de precisarmos de um ente que nos dê segurança e paz social. Caso contrário, voltaríamos àquele Estado de natureza, que já vimos em outras seções. Não se esqueça que analisar essas questões faz parte também do que é ser cidadão!

Sem medo de errar

Prezado aluno, encerramos mais uma seção. Com o que estudamos, podemos auxiliar Jean na explicação à população do que significa ser um novo Estado.

Para isso, vamos seguir o caminho dialógico a seguir:

- O que é um Estado?
- Quais são os elementos que o constituem?
- O que significa dizer que nasceu ou surgiu um novo Estado?
- Há exemplos atuais desse acontecimento?
- Qual momento marca o nascimento de um Estado?

Podemos encontrar diferentes sentidos para a expressão “Estado”. Podemos considerá-lo a mais complexa das organizações criadas pelo homem. Seu conceito é melhor explicado quando verificado sob três prismas. Assim, definimos o Estado:

- Sob o ponto de vista filosófico, conceito delineado por Hegel, em que o Estado deduziria a realidade da vida ética; trata-se da concepção de que a consciência do indivíduo se eleva à comunidade.
- Sob o ponto de vista sociológico, desenvolvido por Weber. O mesmo que descreve o Estado como sendo aquele que detém o monopólio da força física legítima (ou seja, a possibilidade de sancionar aqueles que fogem às regras preestabelecidas); que apresenta um aparato institucional, dentro dos limites de um território; e que reúne nas mãos de seus dirigentes os meios de gestão.
- Por fim, sob o ponto de vista de um conceito estritamente jurídico, descrito por Jellinek e relacionado ao poder político, constituído sobre determinado território e dirigido a certa população.

Então, a primeira dica a Jean refere-se às suas atribuições após a criação de um novo Estado. Ele terá que sempre seguir essas três perspectivas. Como vimos, o Estado é a organização política na qual o homem moderno se

estabelece, caracterizado por um povo vivendo sobre um território delimitado e governado por leis que se fundam em um poder soberano. Tem como função positivizar o Direito, para que a população não caia naquele estado natural. É o Estado quem cria as leis.

Sobre a criação de um novo Estado, pode-se dizer que a situação apresentada foi motivada por causas econômicas, para auxiliar a população a ter melhores condições. Trata-se do surgimento de um novo Estado de forma derivada, advinda da separação. Há novos casos no mundo assim, por exemplo: Montenegro se formou por meio do fracionamento, que ocorre quando uma parte do território de um Estado se desmembra e passa a constituir um novo Estado. Essa questão pode se dar através de uma guerra, como a divisão da ex-Iugoslávia, ou de forma pacífica, como o que aconteceu com Singapura. O novo Estado começa a ter independência para gerir os seus próprios interesses. Por fim, destaca-se o momento em que se considera criado um novo Estado. E aí entramos em uma questão política. Isso porque a doutrina coloca que o momento de criação de um Estado é quando há reconhecimento por parte de outros Estados.

Avançando na prática

Kiko, o professor de TGE

Descrição da situação-problema

A Teoria Geral do Estado tem o propósito de estudar o Estado, de um ponto de vista unitário, sua evolução, organização e funções. Era isso que Kiko, o novo professor da Faculdade Estatina, queria mostrar aos seus alunos. Sua função era basicamente fazê-los entender o motivo pelo qual é importante estudar a teoria e poder criticar o Estado que temos. Mas os alunos não compreendiam, principalmente, quando ele falava que a TGE se trata de uma ciência. Para os alunos, ciência era apenas questões de física e química, com experimentos. E preferiam ver só a prática. Mesmo depois de muito explicar, os alunos permaneciam irrefutáveis. Foi aí que Kiko lançou um desafio para toda a faculdade. Quem conseguisse passar não precisaria fazer a prova no fim do semestre. Assim, formulou as seguintes questões: O que é a Teoria Geral do Estado? O que a caracteriza como ciência? Há métodos específicos para esta teoria ser assim classificada? O desafio era redigir um texto demonstrando a importância do estudo da Teoria Geral do Estado e o motivo pelo qual é uma ciência. Vamos aceitar esse desafio e mostrar a Kiko o que nós entendemos dessa importante ciência social?

Resolução da situação-problema

De maneira ampla, podemos dizer que essa teoria se preocupa em estudar o Estado, sob todos os seus aspectos, origem, organização, funcionamento, finalidades, descrição de princípios e forma. Pode-se dizer que é uma matéria nova, surgiu somente no fim do século XIX. Isso porque a própria noção de Estado, como a concebemos atualmente, é também relativamente nova. Apesar de Platão e Aristóteles já terem progredido com estudos que se encaixariam nessa teoria, naquela época ainda não havia uma noção sobre a autonomia científica desse ramo. Durante a Idade Média, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino avançaram sobre o tema e identificaram a necessidade, bem como a preocupação, de justificar a ordem existente na sociedade. Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau também se debruçaram sobre isso, sobre a organização social e sua relação com o poder político. Porém, somente em 1900, Jellinek estruturou e criou a Teoria Geral do Estado como disciplina autônoma, com metodologia focada na explicação do que é o Estado.

Assim como o Direito, a Teoria Geral do Estado utiliza métodos de investigação científica, dando credibilidade aos seus métodos e possibilitando assim comprovar os seus conceitos. Como exemplo, a TGE utiliza o método indutivo, que, a partir da análise e da observação dos fatos cotidianos (reais, palpáveis) e por comparação, classificação e generalização, chega-se a conclusões. A indução parte de dados particulares para chegar à sua verdade geral. Faz-se, assim, uma síntese. Pode-se utilizar, também, o método dedutivo, no qual, a partir da observação de leis e princípios gerais, são feitas uma análise e uma comparação com a realidade particular, para, assim, chegar a conclusões. Dessa maneira, deduz-se o que aquela lei ou princípio diz e aplica-se ao caso concreto. Os raciocínios dedutivos se caracterizam por apresentar conclusões que provavelmente serão verdadeiras, caso todas as premissas sejam verdadeiras e se o raciocínio respeitar uma forma lógica válida. Analisar casos concretos, verificar momentos de ruptura, ver questões históricas, tudo isso é um trabalho de um cientista social. Esse trabalho é de suma importância, pois é o que nos dá base para pensar em novas teorias, novas formas de ver o *status quo* atual. Sem isso, ficaríamos sempre parados no tempo!

Faça valer a pena

1. O Estado é uma organização que, através do Direito e de outros aspectos, mantém a ordem social. Foi uma criação do ser humano, para que fossem possíveis o seu convívio interno e a relação com outros Estados. Seu estudo, apesar de ter reflexões na Antiguidade Clássica, é recente, nascido com Jellinek em 1900. Dentre muitas exterioridades relevantes a serem estudadas, seus teóricos colocam um tríplice aspecto para a sua análise, dando ao seu objeto uma característica dinâmica.

Assinale a alternativa que indica corretamente os três aspectos de análise da Teoria Geral do Estado.

- a) Fundamento filosófico, fundamento sociológico e fundamento jurídico.
- b) Fundamento jurídico, fundamento científico e fundamento matemático.
- c) Fundamento sociológico, fundamento científico e fundamento físico.
- d) Fundamento científico, fundamento sociológico e fundamento metafísico.
- e) Fundamento filosófico, fundamento natural e fundamento positivo.

2. Se fixarmos a sociedade humana no momento exato em que ela, por força de variadas circunstâncias, se organiza em Estado, constatamos que no mundo moderno são inúmeras as circunstâncias que cercam e determinam o nascimento de novas unidades políticas. Podem-se citar irredutibilidade de interesses, divergências culturais, necessidade de autonomia política, influência de uma guerra.

Sobre o contexto de nascimento e extinção de Estados, a seguir faça a associação dos feitos contidos na coluna A com seus respectivos conceitos na coluna B.

Coluna A	Coluna B
I. Quando uma parte do território se desmembra e passa a constituir um novo Estado.	1. União
II. Adoção de uma Constituição comum, havendo a integração de dois ou mais Estados.	2. União real
III. A Grã-Bretanha é um exemplo dessa junção de coroas.	3. Fracionamento
IV. Desaparecimento do Estado por faltar algum dos seus elementos constituintes.	4. Extinção

Assinale a alternativa que apresenta a associação CORRETA.

- a) I – 4; II – 3; III – 2; IV – 1.
- b) I – 2; II – 1; III – 4; IV – 3.
- c) I – 3; II – 1; III – 2; IV – 4.
- d) I – 3; II – 4; III – 1; IV – 2.
- e) I – 1; II – 3; III – 2; IV – 4.

3. Leia a citação a seguir:

“O governo espanhol acionou pela primeira vez desde 1975, um mecanismo para intervir na Catalunha, uma de suas regiões autônomas. A forte medida ocorre depois que a região manteve a decisão de se separar da Espanha. O primeiro-ministro da Espanha disse que vai remover os atuais líderes catalães do poder, mas não pretende dissolver o parlamento. [...] Já o presidente catalão, Carles Puigdemont, disse que não vai aceitar a decisão do governo espanhol. A “independência” catalã foi aprovada em um controverso referendo em 1º de outubro, que teve participação de menos da metade do eleitorado da região – com a maioria dos que votaram pedindo pela separação. A votação não foi reconhecida pelo governo espanhol. (ENTENDA a polêmica independência da Catalunha em 4 perguntas. **BBC**, 21 out. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-41698708>. Acesso em: 1 mar. 2019.)

Tomando como referência esse texto e o estudo sobre a Teoria Geral do Estado, julgue as afirmativas como V (verdadeiras) ou F (falsas).

- () Caso a Catalunha logre êxito na separação, a questão será tratada pela TGE como uma formação de Estado originária e natural. Isso porque foi uma vontade espontânea da própria população se separar.
- () Por certo que, quando dois Estados se unem e formam um novo com uma Constituição nova, aqueles dois Estados anteriores são extintos. Será que o que acontecerá com a Espanha, se a Catalunha se separar, tendo em vista que o Estado Espanhol será extinto.
- () Para a Catalunha, no momento citado no texto, faltava também o reconhecimento político para se tornar um novo Estado.
- () Como no caso do Estado de Montenegro, a Catalunha seria formada por meio de fracionamento, que ocorre quando uma parte do território de um Estado se desmembra e passa a constituir um novo Estado.

Assinale a alternativa que apresenta a sequência CORRETA:

- a) V – V – F – F.
- b) F – F – F – V.
- c) V – F – V – F.
- d) F – F – V – V.
- e) V – V – V – F.

Evolução e formação dos Estados

Diálogo aberto

Querido aluno, voltamos a mais uma seção sobre a Teoria Geral do Estado. Até agora vimos a Teoria Geral do Estado, uma ciência que tem como objetivo descrever e nos fazer criticar sobre esse importante ente social, que é o Estado. Também vimos o seu conceito, como nasce e se extingue, a sua função e finalidade, não é? Se ligarmos ao que estudamos dentro do Direito, vemos que a necessidade de institucionalização é muito importante para a formação de normas jurídicas. É por meio de sua estrutura e institucionalização que as normas são criadas e o poder de fazê-las cumprir também vem do Estado.

Nesta seção veremos alguns tipos de estados, uns presentes até hoje, outros que já fizeram parte da história. Mais uma vez, lembramos que, é importante conhecermos a teoria e a história para sabermos o que devemos exigir de um Estado democrático como é o nosso. Também veremos a fundo as três características que compõem o Estado: soberania, território e povo. Por fim, uma pequena viagem à história, com a formação e consolidação do estado brasileiro. Antes disso, entretanto, vamos voltar e ver o que se passa com Maquiavélico, que ainda está causando no estado Estatic. Vamos lá?

Com a separação ocorrendo e Jean formando um novo estado, Maquiavélico estava muito atarefado tentando reunir e motivar a população que tinha ficado ao lado do Estado Estatic. Foi assim que teve a ideia de fazer uma reunião de outros chefes de governo, para que a comunidade internacional tivesse os olhos virados para Estatic. A população se sentiria favorecida e animada com a situação e ainda seria uma ótima oportunidade para novos negócios internacionais. A ação diplomática correu muito bem. Houve interesse por diversos estados importantes. Um deles, o estado “Em movimento”, quis fazer negócios com Estatic, e Maquiavélico não hesitou e iniciou as tratativas. Este estado queria que Maquiavélico abrisse mão do poder de coação estatal de Estatic e que houvesse a mudança de algumas leis internas no Estado, além de tudo, a partir daquele momento os líderes do estado “Em movimento” que escolheria os juizes da Corte Suprema de Estatic. Para além disso, todas as decisões políticas de Estatic deveriam passar pelo seu aval. Quando viu a proposta, Maquiavélico ficou um pouco preocupado e resolveu entrar em contato com o gabinete de relações internacionais. Imagine que você é o assessor do ministro de Estado das Relações Exteriores e, por meio do seu estudo de Teoria Geral do Estado, poderá dizer a Maquiavélico se a proposta é boa para o estado Estatic ou não. Será que ao

aceitar a proposta estaria abrindo mão da sua característica de estado? Como ficaria a soberania? Será que a população não deveria poder escolher nesses casos? Vamos ajudá-lo?

Não pode faltar

Prezado aluno, seguimos com nosso estudo sobre a Teoria Geral do Estado. Aqui, nesta fase, você já consegue responder claramente muitos pontos de importância para a sua carreira jurídica. Apesar de vermos que o Direito não tem um conceito certo e determinado, provavelmente você já tem uma vasta ideia do que ele representa e todas as suas estruturas como normas jurídicas, ordenamento jurídico, quando uma norma começa a valer, quando ela é retirada do ordenamento, etc., além de sua interpretação e perspectiva filosófica. Já sabe de onde nasce o direito e determina bem as suas fontes, certo? Mas nada disso faz sentido sem a estrutura do Estado. É ele que é o esqueleto de sustentação do Direito: até porque é quem emite as leis e que tem o poder de as fazer valer, pois é quem aplica a sanção.

Como vimos, o Estado é um ente social constituído de um povo organizado sobre um território, sob o comando de um poder supremo, para fins de defesa, ordem e bem-estar. Basta analisar o mapa-múndi que podemos dar inúmeros exemplos de estados, também podemos nomear estados que já se extinguiram e outros ainda presentes. Também podemos ver que cada estado tem uma organização política subjacente, correto? Nem todos pensamos iguais.



Refleta

Cabe a nós, juristas e estudiosos, pensarmos como podemos melhorar a concepção de estado e a sua prática. Novidades do mundo globalizado como a facilidade das relações entre estados pode ser vista como um ponto positivo. Temos então, exemplos como a União Europeia, que integrou países e economia. Mas também há pontos negativos, como uma possível mitigação da soberania. Ou também podemos usar as novas tecnologias que surgiram a nosso favor. Por exemplo, a internet pode ser uma importante ferramenta para a consulta popular e efetivarmos a democracia participativa. Mas também é uma máquina de *fake news* (notícias falsas) que podem persuadir as pessoas negativamente. E, então, como podemos conceber um novo Estado?

Nesta seção também teremos algumas discussões sobre as diversas formas de organização de estado, entender bem as suas três características fundamentais e, por fim, veremos como foi constituído o estado brasileiro. É importante sabermos nossas raízes! Então, vamos lá!



Vocabulário

Antes de tudo precisamos descrever alguns conceitos importantes.

Estado: é composto por três elementos: povo, território e soberania.

Nação: na linguagem comum, trata-se de um conceito político-cultural intemporal ligado à identidade e aos aspectos históricos. Pode-se confundir com o Estado ou um estado, que pode ter várias nações, como é o caso da Espanha (FONTES, 2014). Para ciência política, remete-se à concepção de Estado-nação, criado do Tratado de Vestfália.

Pátria: sentimento de pertença a um território, de forma física e cultural. Muitas vezes é confundido com nação.

Governo: é apenas uma das instituições que compõem o Estado, com a função de administrá-lo, como é o caso do poder executivo.

População: é a expressão numérica, demográfica ou econômica.

Aqui, voltamos a focar no Estado. Vamos ver como se deu a sua evolução histórica, para chegarmos à concepção de estado que temos hoje. Jellinek demonstrou na TGE que é possível fazer a divisão de tipos de estados, por meio da constatação de que todo fato histórico, todo fenômeno social oferece semelhanças e diferenças. (JELLINEK, 1954 *apud* DALLARI, 2011). Há um elemento sempre presente e outros que variam de acordo com a composição social, seus interesses e suas políticas. (DALLARI, 2011). Como já temos uma ideia do conceito de estado, veremos agora alguns tipos de estado, assim, destacaremos sempre o elemento que se mantém e o que diferencia um do outro.

O Estado Antigo é também chamado de oriental ou teocrático. São aquelas primeiras organizações, tanto as do oriente como as primeiras do mediterrâneo: chineses, indopersas, assírios, hebreus, egípcios. As características eram a não separação da religião da vida social e política, a divisão da sociedade em castas, dogmas rígidos e superstições. Muitos autores de ciência política não descrevem essa sociedade como Estado. O estudo de fenômenos políticos exige sempre a discussão e a investigação e, no caso dessa sociedade, esses pontos ainda não estavam desenvolvidos. Entretanto, Gettel, relata a importância desses povos para a construção do que temos hoje em dia. (GETTEL, 1951, *apud* DALLARI, 2011).

Nas aulas de História ouvíamos muito falar sobre os estados grego e o romano, não é? Se lembra como eram as suas organizações estatais? De imensa importância para o estudo do Direito, foi na Grécia Antiga que houve a construção da ideia da *polis*, como sociedade política de maior expressão e a sua autossuficiência. E, também, com o contributo de, entre outros, Péricles e posteriormente com Aristóteles desenvolveu-se importantes conceitos como o esboço do que entendemos hoje como democracia e tipos de governo.

A história política de Roma está dividida em três períodos: Monarquia (753-509 a.C.), República (509-27 a.C.) e Império (27 a.C. -476 d.C.). Cada período da história romana possui características próprias e que demonstram a sua evolução socioeconômica e política. Mas, mesmo diante dessas diferentes formas de se governar, manteve-se a sua base familiar de organização. Muitos autores relatam achar que o Estado começou com o alargamento da concepção de família. Então, como era essa família romana? Será que se igual à nossa concepção de família? Não. A família romana era constituída pelo *pater*, seus parentes agnados, os parentes destes, os escravos (*servus*) e mais os estranhos que se associavam ao grupo (*famulus*). A autoridade do *pater* família era absoluta. (MALUF, 2018). Outra característica marcante, já do final do Império Romano, foi a sua forte ligação ao cristianismo.

O Estado medieval, no contexto europeu, tinha um tipo de construção completamente diferente. Sob o ponto de vista de construção da sociedade, era muito heterogêneo, pois a divisão em feudos, necessária para a proteção contra os bárbaros dificultava a integração entre um feudo e outro. O ponto em comum entre cada feudo era o cristianismo. Já vimos como a igreja foi importante nesta época, correto? A conjugação desses fatores causava muita instabilidade política, econômica e social, o que, por outro lado, levou ao estudo e à busca de uma ordem, (DALLARI, 2011) que veio com o Estado Moderno.

Já falamos sobre o Estado Moderno e as suas características em outra seção. Você se lembra?

Uma dica: formato de estado no qual vivemos!



Assimile

O começo da afirmação da ideia do Estado Moderno nasceu na segunda metade do século XV, em que Nicolau Maquiavel foi um dos primeiros a refletir sobre o que é este Estado e o seu fundamento por meio da força. Surgiu do desenvolvimento do mercantilismo nos países como a França, Inglaterra, Holanda, Espanha, Portugal e mais tarde na Itália.

Evidente que, com o tempo, o Estado Moderno vai se modificando e tendo novos formatos. Foi formado, como vimos, pelas concepções e necessidades de um mundo em expansão com a colonização das Américas e da África. Também houve, no mundo ocidental, a laicização que foi sua separação com a Igreja. E, com o tempo, já nos séculos XVIII e XIX, diversas transformações a essas concepções foram dando sentido a novos pensamentos e concepções de como o Estado deveria ser gerido, principalmente tendo em vista os caminhos tomados pelo capitalismo. Foi então que surgiram as concepções de Estado Liberal e Estado Social. O Estado Liberal

foi pensado após a independência dos EUA, advindo de teorias anteriores de pensadores ingleses, e desenvolvido por Adam Smith, considerado o pai do liberalismo econômico. Em sua obra mais famosa, *A Riqueza das Nações*, desenvolve a ideia principal dessa corrente que, dentro da concepção econômica, descreve que o Estado não tem que influenciar na economia, uma vez que esta é capaz de funcionar por si mesma. Além disso, mudanças significativas foram pensadas, como a divisão do exercício do poder político e a redução das funções do Estado também perante a sociedade, com a finalidade de proteger a esfera de ação pessoal, tendo sido fragmentado em Estado de Direito e Estado de Legalidade. O Estado Social foi pensado ainda no século XIX, também como uma resposta social à Revolução Industrial, na busca de melhores condições de trabalho. Em forma prática, pode-se citar o seu marco inicial com a Constituição Mexicana. A ideia principal é a do intervencionismo estatal. Alguns autores o dividem em estado de bem-estar social, estado socialista e estado totalitário. (MORAES, 2006). E o estado contemporâneo, aluno, como é construído?

Ultrapassadas essas formas de organização do estado e suas diferentes concepções políticas, o que nos interessa aprofundar aqui são as características do Estado Moderno.



Lembre-se

Para ser considerado estado é necessário ter três elementos, considerados como as suas características inerentes: soberania, território e povo. Um estado que possui esses três elementos é chamado de estado perfeito.

Aqui, aluno, para além do Direito Constitucional, também já podemos pensar em Direito Internacional e a relação entre os estados. Tudo isso faz parte também da ciência política. Mas, antes de entrarmos e estudarmos a fundo o que são esses três importantes elementos, alguns autores destacam outros pontos essenciais numa caracterização de um Estado. Você verá que, querendo ou não, está tudo interligado!

Mesmo não sendo elementos cruciais, destacaremos alguns pontos que fazem parte do nosso entendimento do que é um Estado nos dias de hoje. O primeiro deles é a complexidade de organização e de atuação. O Estado tem que ter centralização do poder, articulação de funções, diferenciação de órgãos e serviços, enquadramento dos indivíduos e dos grupos.



Atenção

É importante não confundirmos e considerar essa concepção de centralização somente aos estados unitários, aqueles sem divisões internas,

como o caso da França. Os estados federados, como os Estados Unidos da América, também possuem a centralização de poder, mesmo havendo uma constituição para cada ente federado.

Também, tem que ser institucionalizado, ou seja, o fundamento de seu poder é no Direito e ter a permanência de poder para a realização do bem comum. O Estado também tem que possuir coercibilidade. Já falamos sobre este aspecto em outros materiais, certo? Cabe ao estado a administração da justiça entre as pessoas e os grupos, tendo de lhe caber o monopólio da força física. Por fim, a autonomia e a continuidade, esta última quer no tempo quer no espaço, exigindo assim uma necessária fixação num dado território. (FONTES, 2014).

Antes de passarmos ao tema dos elementos do Estado, vamos entender como é feita a divisão de sua forma. A forma do estado é como ele organiza os seus três elementos, como veremos a seguir. A doutrina tradicional dispõe que o Estado pode ser: estado simples, onde há só um poder soberano e com uma jurisdição nacional, a França é tida como um exemplo clássico. E o estado composto, em que possuem esferas distintas de poder, que é o caso do Brasil, por exemplo. Como somos um Estado federativo, a administração é feita de forma conjunta entre o município, estados e governo federal.

Visto isso, vamos descrever os elementos essenciais do Estado? Começamos então pela soberania. Você já deve ter ouvido falar que o estado brasileiro é soberano, certo? O que isso quer dizer? Soberania significa a qualidade suprema do poder. Em outras palavras, quem manda no estado é o próprio Estado. Ele é o centro unificador de uma ordem que está implícita à ideia de unificação. Por isso, dizemos que a soberania é una, indivisível, inalienável e imprescritível.

Para Kelsen e segundo sua concepção normativista, entende-se a soberania como expressão da unidade de uma ordem. Jellinek prefere qualificá-la como nota essencial do poder do Estado. (JELLINEK, 1954 *apud* DALLARI, 2011). Juntando as teorias sobre o assunto, vê-se que a soberania está ligada à concepção de poder e de unificação. Pode-se pensar a soberania somente do lado jurídico, como o poder de decidir em última instância sobre as normas, ou do meio político como o “poder incontestável de querer coercitivamente e de fixar as competências”. (DALLARI, 2011, p. 86).

A doutrina é unânime em citar os aspectos da soberania: unicidade, indivisibilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade.

Figura 4.3 | Aspectos da soberania



Fonte: elaborada pela autora.

A soberania é una, ou seja, não se admite dentro do estado a existência de duas soberanias. Aqui, cabe citar o exemplo das antigas colônias africanas, asiáticas e americanas. Até pouco tempo atrás, existiam países que lutavam pela sua independência. Angola, por exemplo, só se tornou independente de Portugal em 1975! Como funcionava antes da descolonização? Havia duas soberanias em Angola? A angolana e a portuguesa? Angola até 1975 não era um estado, era uma colônia e era considerada como se fosse Portugal. Quem nascia lá era português e a soberania era do Estado português. Isso porque a soberania é una dentro de um território. A soberania é indivisível, não se admitindo a existência de várias partes separadas da mesma soberania. Não se pode confundir aqui com a separação de poderes, executivo, legislativo e judiciário eis que fazem parte da mesma soberania. A soberania é inalienável, não se pode vender soberania, pois caso um estado o faça, ficaria sem e assim deixaria de existir. E, por fim, é imprescritível. Até porque, se tivesse um prazo de validade, deixaria de ter a força e o poder que se pretende. (DALLARI, 2011).

Importante entendermos que, a soberania, na concepção tradicional do termo, ainda é concebida como sinônimo de independência, o que justifica a luta dos países pela sua autodeterminação e também como a expressão do poder jurídico mais alto, é o que dá a voz de comando dentro daquele espaço determinado, o que faz prevalecer a sua vontade nos limites da sua jurisdição.



Refleta

A inexistência de um governo superior é a característica da soberania. Mas, agora você pode estar se perguntando: e o que acontece com a

soberania em casos de Organizações Internacionais, Tribunais Internacionais ou até no caso de Direito Comunitário como o da União Europeia? Você sabia que os países que estão sob a égide da União Europeia se submetem a decisões de uma organização internacional? O mesmo acontece em tribunais como a Corte Internacional de Justiça ou Tribunais de Direitos Humanos. Muitas das vezes, em condenações internacionais os Estados devem pagar indenização a pessoas ou até a outros Estados. E então, nesses casos relativiza-se a soberania?

Não podemos confundir soberania com a democracia. Já vimos que a democracia, dentro das suas diferentes concepções, é o regime político em que a soberania é exercida pelo povo. Pode-se sim, conceber a ideia da democracia como meio mais adequado de se legitimar o exercício do poder político na contemporaneidade. Mas, não é um requisito para se ter soberania. Tomamos como exemplo os regimes autoritários. São modelos de governo que concentram o poder nas mãos de uma ou poucas pessoas, na contramão ao modelo de democracia. Normalmente, o autoritarismo se alicerça em dois elementos fundamentais: a ordem e a hierarquia, faltando a legitimidade advinda do povo. A Alemanha nazista é um exemplo de um regime autoritário, pois as pessoas não tinham seus direitos reconhecidos e não podiam eleger o seu representante, apesar de Hitler ter subido ao poder de forma democrática –, mas não é por esta razão que não era reconhecido como um estado soberano.

O segundo elemento do Estado é o território, que é definido como o espaço físico, o âmbito geográfico de uma nação, é o espaço certo e delimitado onde se exerce o poder de governo sobre os indivíduos. Abrange-se o espaço aéreo, o subsolo e o mar territorial. (MALUF, 2018). É por causa da necessidade de proteção a esse elemento que possuímos fronteiras.

Alguns pontos devem ser esclarecidos sobre esse elemento: não existe Estado sem território, mas a perda temporária de território não desconstitui o Estado, que persiste até essa perda se tornar definitiva. Evidente que, como já dissemos, o Estado tem que possuir território, caso contrário não é assim considerado. O Tibet, por exemplo, não é estado, porque o território está ocupado pela China. São os limites territoriais que definem os limites da soberania. E por fim, há a possibilidade de ser alienado, ou seja, parte do território pode ser vendido, caso seja de vontade do povo. (DALLARI, 2011). Há autores que consideram como um estado imperfeito, pois não é estado na acepção do termo, enquanto estiver sujeito à influência tutelar de um governo estrangeiro.

O último elemento é o povo. No sentido amplo, genérico, equivale à população. Jellinek distinguiu, de forma mais específica, o seu aspecto

subjetivo e objetivo do povo. O aspecto subjetivo é que o Estado é sujeito do poder público e o povo é seu componente. O aspecto objetivo é que esse mesmo povo é objeto da atividade do estado. Dessas concepções formam-se duas situações: os indivíduos, como objetos do poder do estado estão subordinados a ele, então são sujeitos de deveres. (JELLINEK, 1954 *apud* DALLARI, 2011). Mas também, são sujeitos de direito, pois, estão, em conjunto com o Estado, em uma relação de coordenação. (DALLARI, 2011). Povo é um conceito político, que enquanto membros da sociedade civil, participam intensamente da atividade estatal, providas de capacidade eleitoral e eletiva. Muitas vezes visto como sinônimo de cidadania, mas não é um termo adstrito à nacionalidade, já que há possibilidade de perda de direitos políticos ou de estrangeiros exercerem tais direitos. (MORAES, 2006).

Agora, por fim, vamos entender um pouco como foi construído o Estado brasileiro? O que tivemos que passar para ser considerado um estado? Quando surgiu a nossa soberania? Pode-se dizer que o Brasil é um Estado de formação originária? Apesar de alguma doutrina assim o dizer, pode-se refletir que o Brasil antes pertencia aos índios e depois, teve que haver uma luta pela independência de Portugal. Mas de qualquer forma, a sua vasta base física não resultou de conquista ou divisão, como aconteceu com a maioria dos estados europeus. O povo, o elemento humano, é uma mistura, uma fusão dos negros africanos, que vieram para cá escravizados, os portugueses que colonizaram e os índios que aqui estavam. Posteriormente à proibição da escravatura, houve a chegada de inúmeros europeus, mais pobres, que vieram em busca de uma vida melhor. (MALUF, 2018). Essa fusão de culturas é de onde vêm as nossas características culturais.

A formação federativa advém da nossa história, da organização política e administrativa de Portugal, que dividiu o país em capitânias hereditárias. Pode-se dizer que o que nos fez permanecer unidos e não nos separarmos como os países vizinhos, foi a transmigração da Corte de D. João VI, (MALUF, 2018) que fugindo de Napoleão, movimentou o país para criar novas infra-estruturas. Com a proclamação da República, por D. Pedro I, o Brasil reuniu assim o terceiro elemento para a sua condição de Estado: o governo próprio, portanto, a sua soberania.



Saiba mais

Quer aprender e ainda se divertir? Laurentino Gomes, um escritor brasileiro, escreveu uma divertida trilogia sobre a história do Brasil e a sua consolidação como Estado. O livro *1822 – Como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil* é um dos livros que conta como foi feita a independência brasileira.

Além dessa trilogia, o texto de Aluizio Filho é muito interessante e fala sobre o processo de formação e de consolidação do Estado nacional brasileiro, também com a perspectiva histórica.

FILHO, Aluizio Alves. Aspectos políticos e administrativos da formação e consolidação do Estado nacional brasileiro (1808-1889). In.: **Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão**. Out/Dez 2008 Jan/Mar 2009.



Saiba mais

Após a proclamação da independência, a Constituição brasileira de 1824 colocava a pessoa do imperador como inviolável e sagrada, e sem qualquer responsabilidade. O artigo 101 conferia a ele o poder moderador, para nomear e demitir livremente os ministros de Estado, tido como o poder-chave de toda a organização política. (MALUF, 2018). O que você acha desse poder ilimitado e sem qualquer responsabilidade?

Aqui terminamos mais uma seção. Será que ainda temos heranças em nosso Estado que precisam ser revistas? Bons estudos e até a próxima!

Sem medo de errar

Prezado aluno, agora que acabamos de identificar os três elementos essenciais do Estado e compreender como eles se relacionam e o porquê são importantes para o reconhecimento internacional, conseguimos auxiliar Maquiavélico. Você se recorda da proposta recebida por ele? Será que ao aceitar esta proposta ele estaria abrindo mão de sua característica de Estado? Como ficaria a soberania? Será que a população não deveria poder escolher nesses casos?

Para responder essas questões devemos seguir o caminho dialógico a seguir:

- O que caracteriza um Estado?
- Quais são os pontos que precisam ter um Estado para que assim seja considerado?
- O que é soberania?
- Por que Maquiavélico ao fazer o acordo com o Estado estrangeiro estava abrindo mão da soberania do Estado Estatic?

Bem, aluno, vimos que Estado é um ente social constituído de um povo organizado sobre um território, sob o comando de um poder supremo, para fins de defesa, ordem e bem-estar. Para além dessas questões outras

características são importantes, como a complexidade de organização, centralização do poder, articulação de funções, diferenciação dos órgãos, sua institucionalização, possibilidade de coercibilidade para trazer justiça, autonomia e continuidade.

Também vimos que, inerentes ao Estado, estão três elementos essenciais: estamos falando da soberania, o território e o povo. Um estado que possui esses três elementos é chamado de Estado perfeito.

Dito isso que a TGE nos propõe, podemos analisar a questão do Estado Estatic e compreender o motivo pelo qual Maquiavélico abriu mão do reconhecimento como Estado, ao tentar fazer o acordo com o Estado estrangeiro. A centralização do poder e da autonomia está relacionada diretamente à soberania do Estado. O que é soberania? Para Kelsen, e segundo sua concepção normativista, entende a soberania como expressão da unidade de uma ordem. Jellinek prefere qualificá-la como nota essencial do poder do Estado (JELLINEK, 1954 *apud* DALLARI, 2011). Juntando as teorias sobre o assunto, vê-se que a soberania está mesmo ligada à concepção de poder e de unificação. É a ideia de que quem manda no estado é o próprio Estado. É a soberania que dá o poder de autodeterminação. De escolher o caminho a ser seguido para o bem da população. A doutrina é unânime em citar os aspectos da soberania: unicidade, indivisibilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade. Assim, não há como vender a sua soberania ou ter um prazo de validade, uma vez que se assim fosse perderia o poder. A inexistência de um governo superior é a característica da soberania.

Avançando na prática

O pintor holandês e a soberania estatal

Descrição da situação-problema

Para além da necessidade de cumprir com os requisitos básicos, de território, povo e soberania, a relação entre os estados é importante para a sua consolidação na comunidade internacional e reconhecimento externo. Entretanto, há pontos que não podem ser relativizados. Não era bem assim que via Vicentino, um famoso pintor holandês, que chegou ao Brasil em uma viagem de divulgação de seu trabalho que duraria pelo menos um ano. Desde a sua saída no aeroporto, mesmo deslumbrado com a beleza do país, o pintor se sentiu um pouco invadido em sua privacidade e independência. Afinal, no seu país há uma política de drogas diferente: ele pode fazer uso de algumas drogas leves e aqui ele foi advertido de que não poderia fazer o mesmo, já que a lei no Brasil o proibia. De qualquer forma, ele não deu ouvidos, afinal, o que

é a lei de outro país para impedi-lo de alguma coisa? Para ele o que valia era a lei holandesa. Já que sua mala estava repleta de drogas e sua vida pública não escondia em nada o uso de drogas, não tardou muito para que recebesse uma visita policial. E, claro, foi indiciado. Imagine que você é o assessor do promotor de justiça que irá indiciar Vicentino. O promotor entende que é importante demonstrar a ele o motivo pelo qual não pode ser acatada a sua vontade de fazer uma lei holandesa valer no Brasil. Vamos explicar por que em nosso país deve valer a nossa lei e não a de outro país?

Resolução da situação-problema

A situação-problema diz respeito a uma importante consideração que é a soberania. Trata-se de um conceito complexo, mas está relacionado principalmente com o poder de se autogovernar, a administração interna não pode ter influência direta de outro estado. Essa é a autodeterminação. O Estado que deve seguir qual o rumo desejado, e como maior expressão é a sua legislação. Por isso temos fronteiras, e, em cada estado que vamos estamos condicionados às leis daquele local. Se assim não fosse, o Estado não seria livre para ter as suas próprias leis e nem o poder de coação, de fazê-las valer em seu território.

Faça valer a pena

1. O Estado possui elementos essenciais para a sua formação, representando tudo o que é público dentro de um país, incluindo uma série de instituições, tais como as escolas, os hospitais, as forças armadas, as prisões, a polícia, os órgãos de fiscalização, as empresas estatais, entre outras. É importante conhecermos esses elementos para termos a noção de sua importância para o âmbito interno e internacional.

Sobre o contexto de características de estados, com as informações apresentadas na tabela a seguir, faça a associação das descrições contidas na **coluna A** com seus respectivos conceitos na **coluna B**.

Coluna A	Coluna B
I. Elemento humano do estado.	1. Soberania.
II. Porção delimitada do globo terrestre na qual é exercido o poder político.	2. Território.
III. Poder de autodeterminação de um estado.	3. Povo.

Assinale a alternativa com a associação correta:

- a) I - 3; II - 1; III - 2.
- b) I - 1; II - 2; III - 3.
- c) I - 2; II - 1; III - 3.
- d) I - 3; II - 2; III - 1.
- e) I - 1; II - 3; III - 2.

2. Entender o vocabulário a ser usado é muito importante para as ciências sociais e ainda mais para a ciência política, pois faz toda a diferença ser considerado como um estado ou não. Isso porque a correlação de forças que existe em âmbito internacional é determinante para o futuro daquele local e do seu povo.

Nesse contexto, complete as lacunas da sentença a seguir.

Muito se tem discutido sobre a questão espanhola, um estado que possui mais de um(a) _____. O sentimento de pertença à Catalunha advém de uma questão histórica, em que podemos ou não concordar, mas os que lutam pela separação a consideram como _____. Diferente dessa perspectiva, a Catalunha não é considerada um(a) _____ porque não possui soberania. O(A) _____ é apenas uma das suas instituições, que tem a função de administração, como é o caso do poder executivo, e este é feito pelo estado espanhol.

Assinale a alternativa que completa as lacunas corretamente:

- a) pátria – Estado – nação – governo.
- b) nação – pátria – Estado – governo.
- c) Estado – nação – governo – pátria.
- d) governo – Estado – nação – pátria.
- e) nação – Estado – pátria – governo.

3. Para ser considerado Estado é necessário cumprir alguns requisitos e possuir características inerentes a essa concepção, para além do reconhecimento político dos outros estados. Muitos autores colocam a soberania como seu ponto fulcral, manifestada pelo exercício, dentre outros, de poderes para: cunhar moedas, exigir tributos e dispor de forças armadas. (DALLARI, 2011).

Tomando como referência as características principais delineadas pela Teoria Geral do Estado, julgue as afirmativas a seguir em (V) Verdadeiras ou (F) Falsas.

- () O território estatal é um dos elementos essenciais para a sua caracterização e demarcação da jurisdição.

- () A autodeterminação dos povos não está relacionado com a soberania ou independência do Estado.
- () Apesar de ser comumente aceite como um Estado, a Espanha não pode ser assim considerada já que possui diversas nações.
- () O Mercosul é um exemplo de como as relações internacionais fez desaparecer o conceito de soberania.

Assinale a alternativa que apresenta a sequência CORRETA.

- a) V – F – F – F.
- b) F – F – V – V.
- c) V – F – V – F.
- d) V – F – V – V.
- e) V – V – V – F.

Separação dos poderes e democracia

Diálogo aberto

Seja bem-vindo a nossa última seção, querido aluno! Já deu para perceber que nosso caminho no mundo do direito só está começando, não é mesmo? Aqui vimos uma pequena introdução, mas há muito pela frente e cada vez mais emocionante! Depois de entendermos a Teoria Geral do Estado, de Jellinek, conceitos básicos do Estado e as suas características, tais como: soberania, território e povo, daremos um passo para ver como essa teoria se aplica na prática, principalmente com foco no direito constitucional. Aqui veremos principalmente a separação de poderes e as teorias da democracia. Assim, fechamos com uma grande discussão sobre um tema de suma importância no nosso dia a dia. Afinal, só conhecendo a teoria para sabermos o que podemos exigir de nossos aplicadores da lei.

Antes de começarmos, voltemos ao Estado Estatic. Depois de sofrer com uma separação e com um quase ataque de um outro país, Maquiavélico precisa lidar com um importante ponto: o absolutismo. Afinal, o poderio do Estado estava todo nas mãos dos reis. Eles faziam as leis e eles próprios a aplicavam, sendo totalmente discricionário quem era julgado e quem não era. Essa situação estava fazendo com que a população do país se rebelasse. Na rua já se viam os cartazes pedindo por democracia. Acontece que Maquiavélico não tinha ideia do que essa palavra significava e já não sabia como lidar com essa situação. Ele achava que o comando na mão de uma só pessoa era o ideal para governar um país. No entanto, na prática, a sua teoria não estava dando muito certo. Foi aí que algo precisaria ser feito. O objetivo dele sempre foi fazer o melhor para o povo. Então, após uma reunião com o seu departamento de Estado, seus ministros e os antigos parlamentares, eles resolveram escrever uma declaração de direitos, um apanhado de leis que seria imposta aos soberanos. Para isso, eles precisavam de um especialista em Teoria Geral do Estado, você, que como assessor os ajudaria a pensar a melhor forma de escrever esse documento oficial. O que deve estar escrito nesse documento? Será que a separação dos poderes é uma importante divisão a ser feita? Os Estados precisam dos três poderes bem delineados? Geralmente como é feita essa divisão? Quais as funções típicas e atípicas de cada poder? E a democracia? Como ela deve prevalecer em um Estado? Bem, aparentemente há muito trabalho a ser feito. Vamos ajudar não só Maquiavélico, mas toda a sociedade de Estatic?

Nesta seção seguiremos com a Teoria Geral do Estado, mas vamos interligá-la ao direito constitucional. Veremos um pouquinho na prática e entenderemos como o estudo do que é o Estado é importante.

Portanto, iniciamos com a separação dos poderes e o motivo pelo qual é tão importante essa divisão de funções. Em seguida, veremos as funções típicas e atípicas do Executivo, Legislativo e Judiciário, a sua estrutura e composição. Fechamos com uma importante discussão, as correntes de pensamento da democracia e o futuro do Estado. Por fim, a evolução e construção democrática do Estado Brasileiro. Nesta última seção daremos mais destaque ao que a nossa Constituição dispõe sobre essa teoria. Afinal, é nela que estão dispostos o poder e os limites a esses poderes do Estado.

Pois, então, já vimos que o Estado é formado por território, povo e soberania, não foi? A soberania é o poder, é a sua autodeterminação. No entanto, esse poder do Estado é ilimitado? Não, podemos dizer que quem coloca limites ao Estado é o povo. Afinal, o Estado tem como finalidade representar a vontade de seu povo. Esse foi o motivo pelo qual o Estado foi criado, como uma forma de organização política para a busca de um bem comum. Contudo, como essa organização funciona? Bem, apesar de ser uno, para se organizar, o Estado apresenta três importantes funções: a função executiva, a função legislativa e a função judiciária. Essa divisão apresenta uma parte do que chamamos de separação de poderes.

Então, temos aqui o nosso primeiro ponto de debate, a separação de poderes como um importante princípio do Estado de Direito, o qual consiste em um instrumento de cooperação, harmonia, independência e equilíbrio entre os poderes e seus órgãos executores. O objetivo é a construção de um ambiente estável, para a promoção dos direitos fundamentais e para que a democracia se desenvolva da melhor forma possível (CARLOS, 2016). Por isso é necessário delinear bem o que é cada poder e a sua respectiva função.

No Estado de Direito, em que a lei, e a sua observância, é a base de todo o sistema, o princípio da separação de poderes serve para garantir a sua correta aplicação e primado. A ideia é que haja uma pluralidade de poderes, um pluralismo de centros, para que um sirva de controle para o outro. Essa preocupação com a divisão dos poderes, reflete-se na nossa atualidade, principalmente pelo fato de termos como ápice de nosso sistema jurídico a Constituição. É ela que apresenta as funções de cada órgão. Mas, você sabe quando surgiu essa ideia de separar os poderes?



Saiba mais

Montesquieu, um francês do século XVII é o nome que aparece quando se fala em separação de poderes. Entretanto, desde a Grécia Antiga, já se pensou na separação das funções do Estado em três. Aristóteles assim descreveu, no seu livro sobre política: “Há em todo governo três partes nas quais o legislador sábio deve consultar o interesse e a conveniência particulares. Quando elas são bem constituídas, o governo é forçosamente bom, e as diferenças existentes entre essas partes constituem os vários governos.” (ARISTÓTELES, 2002, p. 233). O nobre Montesquieu escreveu sobre esse assunto no livro *Do Espírito das Leis*. A sua ideia, para que não houvesse abuso de poder, diz respeito à necessidade de um poder frear o outro. (MONTESQUIEU, 1973). Assim, para assegurar a liberdade na vida social, dentro do Estado, é imprescindível a separação dos poderes. Até porque o poder na mão de uma só pessoa coloca em risco o próprio Estado.

O tema da separação dos poderes, mesmo tão antiga, ainda é um tema de grande discussão, pois, a cada dia, novas questões surgem diante da complexidade do mundo em que vivemos. Na realidade, a organização do Estado contemporâneo, da forma como o concebemos atualmente não se amolda à teoria desenvolvida por Montesquieu. Hoje vale mais a pena estudarmos como o poder político é exercido (CARLOS, 2016), quais os mecanismos de controle e as funções típicas e atípicas de cada poder. Assim, será possível ter uma noção do que exigir e do que criticar em cada atuação. O problema atual é conseguir delimitar na prática a esfera de atuação de cada poder, bem como a interconexão de cada poder.

Antes de entrarmos nesse ponto, vamos entender como funciona essa separação? Nada melhor que a prática para isso. Por isso, viajamos até Brasília, a nossa capital, o centro da administração no Brasil. Lá veremos como são divididos os poderes do Brasil de forma geral:

Figura 4.4 | Separação dos poderes



Legislativo – Tem como função principal elaborar as leis.



Executivo – Tem como função principal administrar.



Judiciário – Tem como função principal aplicar a lei.

Fonte: elaborada pela autora.

De forma mais específica e focalizada na Administração Pública, podemos descrever os poderes da seguinte forma: o Legislativo tem o poder de emitir regras gerais e abstratas (naquele formato que já estudamos), como a norma é geral, o poder Legislativo não atinge, ou pelo menos não deveria atingir, diretamente uma pessoa ou grupo. Só depois de emitida a norma, o Executivo poderá atuar de alguma forma, por meio de atos especiais. Assim, o Executivo nunca age discricionariamente, estando atrelado à legislação. Se esses órgãos forem além de seus poderes o Judiciário está lá para fiscalizá-los, claro, também dentro de seus limites. Dessa forma, um poder, além de ter a sua função definida, também tem a possibilidade de controlar o outro. Essa teoria se chama freios e contrapesos.

Para complementar essa ideia de Montesquieu, surgiu nos Estados Unidos, pela jurisprudência da Suprema Corte, diante do famoso caso *Marbury vs. Madison*, o sistema de freios e contrapesos. Por meio dessa teoria, fracionou-se o poder, para evitar a tirania, limitar a autoridade e preservar a liberdade individual. Dessa forma, retira-se grande parte do poderio do Legislativo, e percebe-se que cada poder entra um no outro, não havendo a possibilidade de serem absolutamente diferentes e estarem separados (CYRINO, 2005). Afinal, todos fazem parte da grande organização que é o Estado.

Figura 4.5 | Teoria dos freios e contrapesos



Fonte: elaborada pela autora.

Além da divisão, é importante salientar que essa teoria tem a capacidade de afirmar a ideia de controle, fiscalização e coordenação recíprocos. O Estado deve ser visto como uma máquina, se uma peça falhar as outras saem do eixo. Portanto, cada parte tem que verificar se a outra está funcionando bem, para que o trabalho não recaia para outra. Assim, o princípio da separação dos poderes, considerando também a ideia dos freios e contrapesos, é bem mais do que uma mera técnica de especialização funcional, mas um instrumento de fiscalização, controle, cooperação, harmonia e

moderação. Somente assim será possível que o Estado exerça a sua função administrativa, mas que também conjugue os valores e interesses presentes na sociedade (CARLOS, 2016).

Bem, passado a parte teórica, vamos ver como essa teoria é aplicada na vida real? Nada melhor do que nossa Constituição Federal para descrever as funções típicas e atípicas de cada poder. Vamos começar com o artigo 2^a da CF que faz parte do título *Dos Princípios Fundamentais*. E não poderia ser diferente, lá está disposto que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988). Aqui o que destacamos são as características independentes e harmônicas. A independência é importante para que o trabalho de cada órgão funcione, sem ter que pedir autorização para outro. Se está descrito na lei e na Constituição, pode-se seguir. Mas, são harmônicos, no que tange a busca pelo bem comum da sociedade.

Em seguida, vemos as funções típicas de cada um. Esse ponto já foi estudado.



Assimile

Quais as funções típicas de cada poder?

Legislativo: fazer leis, legislar, alterar as leis que já estão feitas; atuar na fiscalização contábil, financeira e orçamentária do Executivo.

Executivo: chefia do Estado, governo e atos de administração.

Judiciário: função de julgar, aplicar em casos concretos a legislação em casos de litígio.

Ou seja, quando falamos nas obrigações básicas de cada poder, pensamos nessas três antes descritas. Mas, como vimos, eles não fazem só o básico. Precisam controlar e verificar se toda a máquina está funcionando bem. São as chamadas funções atípicas, característica dos freios e contrapesos. A Constituição Federal também é a responsável por descrever esses pontos.

Dentro do Legislativo, o artigo 52, inciso I, determina a natureza jurisdicional que pode ter o Legislativo: o Senado pode julgar o Presidente da República em caso de crimes de responsabilidade (BRASIL, 1988). O artigo 62 descreve a natureza legislativa que o Executivo pode ter ao fazer medida provisória (BRASIL, 1988). O artigo 96, inciso I, alínea a), descreve a natureza legislativa que o judiciário pode ter ao fazer seu regimento interno. Já o inciso I, alínea f) do mesmo artigo descreve a natureza executiva, quando administra.



Exemplificando

Tanto o Legislativo e o Judiciário se organizam internamente. São eles que se administram e fazem o regimento interno do órgão. Um regimento interno é um conjunto de regras estabelecidas por um grupo para regulamentar o seu funcionamento. No caso do Judiciário, o regimento interno determina como é o procedimento para o julgamento de um processo que é levado à apreciação do Tribunal (BRASIL, 2018). No caso do Legislativo, o regimento interno determinará de que maneira serão procedidas as votações, suas discussões e a ordem de votação (BRASIL, 2019). A principal função atípica do Executivo é fazer medidas provisórias, é a sua ação direta de natureza legislativa. Claro, que se deve cumprir requisitos e se pautar na Constituição (BRASIL, 1988). Também é importante se destacar a função do Legislativo de julgar, como os processos de impeachment.

Falando em regimento interno, esse documento é importante para também estabelecer como se estrutura e a composição dos órgãos. É evidente que ele complementa o que está disposto na Constituição Federal. No caso do Poder Executivo, ele é organizado nos artigos 76 a 91. Em âmbito federal, o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República e seus ministros de Estado. Em âmbito estadual, é exercido pelo governador e seus secretários de estado, enquanto em âmbito municipal é exercido pelo prefeito. Essas informações poderão ser encontradas na Constituição de cada estado. Já sabemos que todos esses são eleitos por meio do voto direto.

No caso do Poder Legislativo, representantes também são eleitos, a Constituição Federal organiza a sua estrutura e composição nos artigos 44 a 75. O nosso Congresso Nacional é composto por deputados e senadores.



Saiba mais

Aliás, você sabe por que a estrutura arquitetônica do Congresso é um “prato” para cima e outro para baixo? A simbologia do projeto de Niemeyer colocou o Congresso com o prédio mais alto da Praça dos Três Poderes, ou seja, a preponderância do poder do povo, por meio de sua representação. As duas conchas simbolizam o poder e a relação de contrapesos implícita no sistema bicameral. O prato virado para cima simboliza a Câmara dos Deputados e a sua abertura para ouvir o povo. A cúpula virada para baixo representa o Senado, em que é o lugar para reflexão, a vontade do Estado (CONGRESSO NACIONAL, 1999).

Em âmbito estadual, há a Assembleia Legislativa e seus deputados estaduais e nos municípios, nossos representantes são os vereadores. Por fim, cabe-nos citar a estrutura e composição do Judiciário.



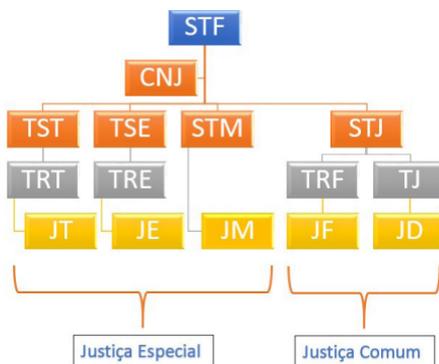
Saiba mais

A primeira diferença a se citar do Poder Judiciário para os outros dois é que esses representantes não são votados, escolhidos pelo povo. Mas você sabe por que é assim? O texto de Tercio Sampaio dá algumas notas sobre o assunto:

FERRAZ JR., T. S. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21.

Já sabemos que o judiciário é composto pelos juízes, desembargadores e ministros. Esses, por sua vez, estão dispostos em diversos órgãos divididos por competência ou matérias. A nossa cúpula, protetora da Constituição Federal, é o Supremo Tribunal Federal (STF). Junto dele, com jurisdição em todo o país, há o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Em seguida, temos o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com função fiscalizadora. Em cada estado há a Justiça Estadual com um Tribunal de Justiça (TJ) e as Varas Comuns, Juízes de Direito (JD). Os Tribunais Regionais Federais (TRF) são divididos por regiões e em primeira instância há a Justiça Federal (JF). A Justiça especial é dividida na Justiça do Trabalho (JT), Justiça Eleitoral (JE) e Justiça Militar (JM). Cada uma com a sua competência, seus Tribunais Regionais e Superiores. As funções, as competências e a composição de cada órgão desse são determinadas e descritas, mais uma vez, pela Constituição Federal.

Figura 4.6 | Estrutura do Judiciário



Fonte: elaborada pela autora.

Agora que já temos algumas ideias sobre a organização do nosso Estado, podemos seguir nosso caminho e discutir sobre democracia. Já falamos algumas vezes nesse termo, você com certeza já leu alguma coisa antes. Mas, então, o que é democracia? Como é possível efetivar esse importante ponto em nosso Estado de Direito? A democracia é uma forma de governo, considerado como o governo do povo, em que todos os cidadãos elegíveis participam igualmente – diretamente ou por meio de representantes eleitos – nas decisões estatais. Ela abrange as condições sociais, econômicas e culturais que permitem o exercício livre e igual da autodeterminação política.

Para delimitarmos a origem desse conceito, convergem-se três grandes tradições do pensamento político. A primeira é a teoria clássica ou aristotélica, que vê a democracia como governo do povo, diferenciando-a da monarquia, governo de um só, e da aristocracia, governo de poucos. Nessa tipologia aristotélica ainda há a separação desse modelo da tirania, governo de vantagem para o monarca (tirano) e governo de vantagem para os ricos (oligarquia). (BOBBIO, 1998). A segunda teoria é a medieval, apoiada na soberania popular, podendo se conceber a posição ascendente, do povo, ou descendente – o poder supremo deriva do príncipe e se transmite por delegação. Por fim, a teoria moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, segundo a qual as formas históricas de governo são essencialmente duas: a monarquia e a república, a antiga democracia (BOBBIO, 1998).

Como podemos perceber, a teoria das formas de governo se deriva de duas questões básicas: quem governa e como se governa? Mas o que importa é como nosso sistema atual concebe essa ideia de democracia. Podemos descrever a democracia representativa e a participativa. A democracia representativa, o modelo que estamos mais acostumados, consiste na eleição de alguém para representar o povo no parlamento. Assim, esses representantes, externam a vontade popular, como se o próprio povo estivesse governando. É o que acontece quando votamos de 4 em 4 anos para representantes do Executivo e do Legislativo. A democracia participativa é vista como um reforço na busca de intensificação do caráter democrático das decisões e ações das autoridades públicas. Significa a possibilidade de intervenção direta dos cidadãos nos procedimentos de tomada de decisão e de controle do exercício do poder. A utilização de institutos como o referendo, plebiscito, conselhos locais, coloca os governos mais próximos do ideal de democracia direta (DALLARI, 2011).



Refleta

A nossa forma de governo é a democracia, especificamente, a democracia representativa. Mas será que esse é o melhor caminho para a política? Você acha que está sendo bem representado pelos governantes? O

que acha que poderia ser diferente? A democracia participativa pode ser uma solução? Qual o papel das novas tecnologias para nos auxiliar a escolher nossos representantes e as decisões tomadas por eles?

Mas, e no Brasil? Como se deu a construção do Estado democrático no nosso país? Bem, podemos dizer que também foi com muita luta. A Constituição de 1988, conhecida como a Constituição Cidadã, veio para reconstruir a democracia e a cidadania no país, garantindo direitos fundamentais, sociais e políticos aos brasileiros. A educação, a saúde, a liberdade política e de comunicação, as eleições diretas para todos os cargos, entre outros direitos hoje básicos para a população, foram previstos por esse texto.

Bem, aluno, aqui terminamos nosso estudo sobre introdução ao direito, fizemos uma longa jornada que nos dará uma base para o que ainda está por vir. Espero que possamos seguir firmes na observância das leis e que o direito, para você, seja sempre a forma de garantir a justiça!

Bons estudos!

Sem medo de errar

Bem, agora que já aprendemos sobre a separação de poderes, podemos verificar como fica a situação do Estado Estatic, já que Maquiavélico precisava ouvir a população e determinar como seria a separação de poderes por meio de uma declaração de direitos.

Vamos pensar como será esse documento? Para isso você precisa seguir o caminho dialógico a seguir:

1. O que deve estar escrito nesse documento?
2. Será que a separação dos poderes é uma importante divisão a ser feita?
3. Os estados precisam dos três poderes bem delineados?
4. Como geralmente é feita essa divisão? Quais as funções típicas e atípicas de cada poder?
5. E a democracia? Como ela deve prevalecer em um Estado?

Bem, vimos que no Estado Estatic o poder estava nas mãos de um só governante. Esse era o principal problema que estava deixando a população chateada. Dessa forma, essa situação nunca seria favorável para que o povo pudesse escolher o futuro do Estado. Sendo assim, podemos fazer uma proposta de declaração no seguinte sentido:

O poder está nas mãos do povo, que escolherá o seu representante por meio de eleições diretas e da participação ativa, por meio de referendos e plebiscito. Além disso, podemos descrever os três poderes, as suas funções e o motivo pelo qual um tem que controlar o outro.

O ideal é propormos a divisão em três poderes, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. O motivo pelo qual essa divisão deve ser feita é para que um poder controle o outro, a fim de que não haja abusos. Assim, a declaração tem que descrever qual o objetivo dessa separação e quais as funções de cada poder. O Legislativo tem o poder de emitir regras gerais e abstratas. Depois de emitida a norma, o Executivo poderá atuar, administrando, nos limites da lei. Assim, o Executivo nunca age discricionariamente, estando atrelado à legislação. E, por fim, quando houver algum litígio, quem resolverá, também baseado na lei, é o Judiciário. Assim, há a descrição de funções atípicas, como o Legislativo e o Judiciário de se autoadministrarem. O Legislativo também poderá julgar, em casos em que o Executivo cometa algum crime de responsabilidade. E o Judiciário poderá interferir na legislação por meio de uma declaração de inconstitucionalidade.

Ainda é importante estar descrito nesse documento a teoria dos freios e contrapesos, em que cada poder é um instrumento de fiscalização, controle, cooperação, harmonia e moderação.

Por fim, temos a questão da democracia: como fazer para garanti-la dentro do Estado Estatico? Podemos propor a criação de mecanismos de escolha de representantes ou a democracia participativa em que o próprio povo escolhe. Vimos que a democracia é a forma de governo em que o povo decide o rumo a ser tomado pelo poder.

Avançando na prática

A instituição da democracia: representativa e participativa

Descrição da situação-problema

A democracia vem sendo um importante tema de discussão política desde os tempos da Grécia Antiga. Pode-se dizer que ainda não chegamos a um modelo ideal e, cada vez mais, novos problemas aparecem com a transformação e globalização do mundo. Mas, Joana, uma importante mobilizadora social, não pensava assim. Ela trabalha em uma ONG que lidera as principais notícias de luta por democracia no seu pequeno país, situado em uma ilha. Ela entende que a democracia, principalmente a participativa, é uma resposta

para a efetivação do ideal de dar voz ao povo e, dessa forma, garantir, na prática, os tão sonhados direitos fundamentais. Mas, a todo instante Joana tinha problemas com a mídia, que não entendia a sua incessante resistência aos políticos, que insistiam em não ouvir o seu eleitorado. Para tentar solucionar essa questão de uma vez por todas, ela decidiu dar uma entrevista ao *Jornal do mundo*, uma nova mídia que alcançava a totalidade do globo. Era a sua chance de explicar de uma vez por todas qual era o papel da democracia, tanto representativa como participativa. Para não fazer feio, ela contratou um especialista no assunto: você, um teórico e cientista social, que com pitadas de conhecimento do mundo jurídico poderá ajudá-la a passar a ideia principal dessa importante teoria. Mas, então, o que é democracia? Será que existe apenas uma corrente de democracia? Qual o melhor caminho a ser seguido?

Resolução da situação-problema

Como vimos, nossa forma de governo atual é baseada na democracia, em que o poder, a escolha e a tomada de decisões está nas mãos do povo. Entretanto, nem sempre foi assim. A luta pela democracia vem de muito tempo, a possibilidade de escolher quem representa e como se dará essa escolha não foi fácil. Vimos que já houve a tirania, o governo de vantagem para o monarca (tirano) e o governo de vantagem para os ricos (oligarquia). Portanto, a possibilidade de escolher e ter a voz de comando no povo e em seus interesses é algo novo e ainda a ser construído. Na democracia representativa, há a escolha de um representante que falará em nome do povo. Esse representante é escolhido por meio de votação, a depender de cada país e de cada Constituição. É a forma mais comum nos países ocidentais. Assim, esses representantes, externam a vontade popular, como se o próprio povo estivesse governando.

Outro modelo, é a democracia participativa. Em que há criação de institutos para que diretamente o povo escolha qual decisão deva ser tomada. A utilização de institutos como o referendo, plebiscito, conselhos locais, faz com que não só alguém eleito tome a decisão, mas que a decisão seja tomada em cima do que a maioria da população quer diretamente.

Faça valer a pena

1. O Estado Moderno possui algumas características, muitas delas políticas, que foram desenvolvidas diante da possibilidade de haver tiranos que podem tentar governar o Estado sem levar em consideração a vontade do povo. Por esse motivo, criou-se uma teoria, em que há a criação de três poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, os quais devem atuar de forma separada, independente e harmônica.

Levando em consideração o texto-base, assinale a alternativa que representa a teoria descrita:

- a) Formalidade.
- b) Dignidade da pessoa humana.
- c) Igualdade.
- d) Legalidade.
- e) Separação de poderes.

2.

“Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma conduta conforme os fins perseguidos; é admitir que pode nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios: que pode fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas. Tal é o poder inerente ao grupo, que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins. (SILVA, 2005, p. 106)

É assim que José Afonso da Silva conceitua poder.

Com relação ao poder e a sua relação com a Teoria Geral do Estado, complete as lacunas da sentença a seguir:

Nos países ocidentais, o poder está nas mãos do povo, é dele que emana a vontade, sendo uma característica da _____. Esse poder, é institucionalizado e organizado por meio do(a) _____. Este, por sua vez, para que cumpra o seu objetivo de alcançar o bem comum, não pode concentrar poder nas mãos de uma só pessoa. Por isso, a teoria _____ se destaca, pois indica a necessidade de separar poderes. Um dos objetivos dessa teoria foi controlar o poder _____, que ao ter a capacidade de fazer leis, parecia ter mais força.

Assinale a alternativa que completa as lacunas na ordem correta:

- a) Democracia – Estado – Legalidade – Judiciário.
- b) Democracia – Estado – Freios e contrapesos – Legislativo.
- c) Tirania – Soberania – Legalidade – Executivo.
- d) Aristocracia – Civilização – Igualdade – Legislativo.
- e) Aristocracia – Constituição – Freios e contrapesos – Executivo.

3. Célebres autores, em clássicas obras, como Aristóteles e Montesquieu, discorreram sobre a separação de poderes, contribuindo com aquele que é hoje um dos princípios basilares da ordem jurídica de vários Estados. A separação em Executivo, Legislativo e Judiciário se fez necessária para a construção da nossa sociedade atual. Cada um desses poderes tem uma função determinada pela Constituição.

Levando em consideração a Teoria Geral do Estado e a separação dos poderes, é possível descrever que:

- a) Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário exercem funções típicas e atípicas, mas estas últimas não estão de acordo com a teoria de separação de poderes.
- b) Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no Brasil, não aplicam a teoria de Montesquieu, devido à noção de Estado brasileiro ser bem distinta da ideia francesa do século XVII.
- c) Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são independentes, mas discordantes entre si, cada um deve ser visto de forma separada, sem qualquer função de controle.
- d) Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário possuem funções típicas e atípicas, estas últimas em caráter secundário advêm da necessidade de aplicação da teoria dos freios e contrapesos.
- e) Os poderes executivo, legislativo e judiciário são independentes e possuem apenas funções típicas descritas na Constituição Federal.

Referências

- ARISTÓTELES. **A política**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BRASIL, Senado Federal. **Resolução nº 93 de 1970**. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://goo.gl/LBtxGf>. Acesso em: 26 mar. 2019.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno – consolidado e atualizado até maio de 2002**. Brasília: STF, 2018.
- BRASIL. **Breve história das constituições: o caminho percorrido pelo Brasil até 1988**. 5 out. 2018. Disponível em: <https://goo.gl/xscGbP>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- CARLOS, Fabiano Gonçalves. Separação de poderes: da concepção clássica à noção contemporânea. **Revista da Ajuris**, v. 43, n. 140, Porto Alegre, 2016.
- CONGRESSO NACIONAL. **Arquitetura**. 1999. Disponível em: <https://goo.gl/fakhdb>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- CYRINO, André Rodrigues. **O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC 32/2001**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FONTES, José. **Teoria Geral do Estado e do Direito**. 4. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2014.
- GROPPALLI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1953.
- MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MENEZES, Anderson de. **Teoria geral do estado**. São Paulo: Editora Forense, 1995.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de. **Do Espírito das Leis**. Coleção Os Pensadores – Montesquieu. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- MORAES, Guilherme Pena de. **Direito constitucional: teoria do estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SOUSA, Rainer Gonçalves. **Liberalismo x Socialismo**. Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historia/liberalismo-x-socialismo.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

VILANOVA, Lourival. **O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado**. Recife: Imprensa Oficial, 1953.

ISBN 978-85-522-1413-7



9 788552 214137 >