

CLÁSSICOS **FORENSE** DESDE 1904


PAULO DOURADO DE GUSMÃO

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO

49.^a Edição

Revista, atualizada
e ampliada



INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO



O GEN | Grupo Editorial Nacional – maior plataforma editorial brasileira no segmento científico, técnico e profissional – publica conteúdos nas áreas de concursos, ciências jurídicas, humanas, exatas, da saúde e sociais aplicadas, além de prover serviços direcionados à educação continuada.

As editoras que integram o GEN, das mais respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas para a formação acadêmica e o aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e estudantes, tendo se tornado sinônimo de qualidade e seriedade.

A missão do GEN e dos núcleos de conteúdo que o compõem é prover a melhor informação científica e distribuí-la de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade e dão sustentabilidade ao crescimento contínuo e à rentabilidade do grupo.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.
Ex-Presidente do mesmo Tribunal (1985-86).
Ex-Professor contratado de Filosofia do Direito
na antiga Faculdade Nacional de Direito (antigo Distrito Federal);
da Asociación Latinoamericana de Sociología;
do Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social;
da Sociedad de Ciencias Criminales y Medicina Legal;
da Internationale Vereinigung für Rechts-und Sozialphilosophie;
da Association Internationale de Methodologie Juridique; e
da Academia de Letras do Rio de Janeiro.

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO

49.^a Edição

Revista, atualizada e ampliada



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2018 by

EDITORA FORENSE LTDA

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (21) 3543-0770 – Fax: (21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

7ª edição – 1976

49ª edição – 2018

- Capa: Danilo Oliveira

- Produção digital: Ozone

- Fechamento desta edição: 20.02.2018

- CIP – Brasil. Catalogação na fonte.

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

G99i

Gusmão, Paulo Dourado de.

Introdução ao estudo do direito / Paulo Dourado de Gusmão – 49ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Bibliografia

ISBN: 978-85-309-7975-1

1. Direito – Estudo e ensino – Brasil. 2. Direito – Filosofia. I. Título.

A meu pai, Chrysolito de Gusmão, juiz exemplar e jurista, meu modelo, a Laura Autran Dourado de Gusmão, minha mãe, e a Francisca Dourado de Gusmão, que a substituiu.

À Izabel (Isá), aos nossos filhos, Teresa Cristina e Paulo, aos nossos netos, Maria Izabel, Laura Beatriz, Lucas e Luiz Henrique. À Isabel Dourado de Gusmão Setembrino, minha bisneta.

Ao meu tio Edgard Autran Dourado, que me despertou a curiosidade pela Filosofia e a quem tanto devo.

E ao Padre Auguste Magne S. J., do Colégio Santo Ignácio, a quem devo o meu estilo de escrever.

Do Mesmo Autor

Velhos Trabalhos

Abreviaturas e Siglas Usadas

À Editora

Ao Leitor

Advertência

Prólogo

PRIMEIRA PARTE – INTRODUÇÃO

- I – *Ciência do Direito – Técnica jurídica – Presunções e ficções – Métodos – Sistema juri
Filosofia do Direito*
- II – *Relações da Ciência Jurídica com outras ciências*
- III – *Direito e sociedade – Natureza e cultura – Direito, fenômeno sociocultural*

SEGUNDA PARTE – TEORIA DO DIREITO

- IV – *Direito – Definição e elementos – Direito positivo, direito natural e direitos humanos
Direito objetivo – Instituições e ordem jurídica – Lícito e ilícito validade, vigência,
eficácia e legitimidade*
- V – *Direito e moral – Direito, equidade e justiça – Direito, normas sociais e lei física – No
técnica*
- VI – *Norma jurídica – Caracteres, sanção e classificação – Destinatários da norma jurídica*
- VII – *Direito comum e particular – Direito geral, especial e de exceção – Direito singular e
uniforme – Privilégio – Direito coercitivo e dispositivo – Norma fundamental,
secundária e derivada*
- VIII – *Lei constitucional e lei ordinária – Lei autoaplicável e lei regulamentável – Lei rígida
lei elástica*

- IX – *Fontes materiais e fontes formais do direito – Matéria das regras de direito*
- X – *Fontes estatais do direito – Constituição, Lei, Regulamento, Medida Provisória e Decree Lei*
- XI – *Direito consuetudinário – Valor e prova do costume – Evolução do costume*
- XII – *Fontes infraestatais do Direito – Contrato coletivo de trabalho – Jurisprudência e doutrina*
- XIII – *Fontes supraestatais do Direito – Tratado internacional – Costume internacional e princípios gerais do direito dos povos civilizados*
- XIV – *Codificação – Recepção de direito estrangeiro*

TERCEIRA PARTE – ENCICLOPÉDIA JURÍDICA

- XV – *Divisão do direito – Direito público e direito privado – Direito misto – Direito interno e direito internacional*
- XVI – *Direito internacional e suas divisões – Organizações internacionais*
- XVII – *Direito público interno e suas divisões*
- XVIII – *Direito privado e suas divisões*
- XIX – *Direito misto e suas divisões*
- XX – *Inter-relações entre os vários direitos – Pluralismo de direitos – Antinomia*

QUARTA PARTE – HERMENÊUTICA JURÍDICA

- XXI – *Aplicação do Direito – Obrigatoriedade da lei – Erro de direito*
- XXII – *Métodos de interpretação da lei – Revelação científica do Direito – Direito livre*
- XXIII – *Interpretação da lei – Espécies e resultados*
- XXIV – *Lacunas do direito – Analogia e princípios gerais do direito – Criação do direito pelo intérprete*
- XXV – *Eficácia da lei no tempo – Revogação da lei – Desuso – Retroatividade e irretroatividade da lei*
- XXVI – *Eficácia da lei no espaço – Princípio do domicílio e da nacionalidade – Teoria dos estatutos – Aplicação do direito estrangeiro*

QUINTA PARTE – RELAÇÃO JURÍDICA

XXVII – *Relação jurídica, noção e espécies – Prescrição e decadência – Tutela das relações jurídicas*

XXVIII – *Direito subjetivo – Teorias e classificação – Aquisição, modificação e extinção de direitos – Faculdade, estado e posição jurídica – Dever jurídico, espécies – Abuso do direito*

XXIX – *Elemento pessoal da relação jurídica – Pessoa natural e pessoa jurídica*

XXX – *Fontes do direito subjetivo – Fato, ato e negócio jurídicos – Ato ilícito – Objeto do direito*

SEXTA PARTE – HISTÓRIA DO DIREITO

XXXI – *Evolução do direito – Formalismo do direito arcaico – Direito egípcio, babilônico e hebraico – Código de Manu – Direito grego arcaico, romano e medieval – Direito privado na Idade Média – Direito feudal, das cidades e das corporações de mercadores – Os glosadores – Direito canônico – Formação do direito privado ocidental – Do direito moderno ao direito contemporâneo*

XXXII – *Evolução de institutos jurídicos fundamentais*

XXXIII – *Sistema jurídico brasileiro – Formação e evolução*

XXXIV – *Evolução dos regimes políticos*

SÉTIMA PARTE – ESTADO E DIREITO

XXXV – *Estado e direito*

OITAVA PARTE – CONCEITO E FUNDAMENTO DO DIREITO

XXXVI – *Conceito e fundamento do direito – Direções do pensamento jurídico*

Bibliografia

- *Curso de Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1950 (esgotado).
- *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, Buenos Aires, Abeledo, 1953 (com prefácio de Carlos Cossio).
- *O Pensamento Jurídico Contemporâneo*, São Paulo, Saraiva, 1955 (esgotado).
- *Manual de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1957 (esgotado).
- *Introdução à Sociologia*, Rio de Janeiro, Dasp, 1959 (esgotado).
- *Introdução à Teoria do Direito*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1962 (esgotado).
- *Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1950 (esgotado).
- *Filosofia Atual da História*, Rio de Janeiro, Forense, 1968 (esgotado).
- *Elementos de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1969 (esgotado).
- *Teorias Sociológicas*, 3a ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1972.
- *Introdução à Ciência do Direito de A a Z*, Rio de Janeiro, Forense, 1972 (esgotado).
- *Manual de Sociologia*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1983.
- *Dicionário de Direito de Família*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- *Filosofia do Direito*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997.
- *História de uma vida*, Rio de Janeiro, 2010, 3ª tiragem (fora do comércio).
- “La definizione del diritto” (*Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1950).
- “Prolegómenos a la filosofía del derecho” (*Revista de la Facultad de Derecho*, Tucumán, 1954, r. 11. Foi também publicado na *Revista de Derecho Público*, Tucumán, 1954, nos 1-2).
- “Prolegomeni alla filosofia del diritto” (*Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1956).
- “Derecho como cultura” (*Humanitas*, Tucumán, 1956, nº 7).
- “Norme, fait et droit” (*Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Wiesbaden, 1959, XLV-1).
- “O homo juridicus” (*Estudios Jurídicos-Sociales*, homenagem al Profesor Luis Legaz y Lacambra, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, tomo I).
- “Droit, expression de la culture. Structure et caractère du droit comme oeuvre culturelle. Connaissance juridique” (*Mélanges en l’Honneur de Paul Roubier*, Paris, Librairies Dalloz & Sirey, 1961, tome I, Première Partie, p. 221).
- “Droit compare”, em *Études Offertes à Jacques Lambert*, Paris, Éditions Cujas, 1974.
- “Panorama do Pensamento Jurídico Contemporâneo” (*O Direito na Década de 1990: Novos Aspectos. Estudos em homenagem ao Prof. Arnaldo Wald*, São Paulo, Editora Revista dos

Tribunais, 1992). Republicado em *Instituições de Direito*, Coimbra, Livraria Almedina, 1998, vol. I.

- “Princípios Gerais do Direito” (*Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, organizado por M. Carvalho Santos, Rio de Janeiro, s/d, vol. 39).
- *História de uma Vida*, Rio de Janeiro, 2007 (edição fora do comércio).

- “Aspectos do novo Código Civil italiano” (*Direito*, março-abril, 1946, Freitas Bastos).
- “Abuso do direito” (*Revista Forense*, agosto, 1948).
- “Pressupostos filosóficos da noção de abuso do direito” (*Revista Forense*, dezembro, 1948).
- “A pessoa jurídica e o problema da responsabilidade penal” (*Direito*, julho-agosto, 1948).
- “O idealismo jurídico contemporâneo” (*Revista Forense*, agosto, 1949).
- “A filosofia jurídica contemporânea na América” (*Revista Forense*, outubro, 1949).
- “Idealismo transcendental e o direito” (*Direito*, setembro-outubro, Freitas Bastos, 1949).
- “O pensamento filosófico-jurídico de Georgio Del Vecchio” (*Direito*, julho-agosto, Freitas Bastos, 1949).
- “A interpretação da lei e o direito positivo brasileiro” (*Revista Forense*, março, 1950).
- “Breves considerações sobre a Filosofia do Direito” (*Revista de Direito do MPEG*, vol. 1, 1967).
- “Responsabilidade civil. Breves notas” (*Revista de Direito do MP do EG*, vol. 2, 1967).
- “Breves notas sobre a relatividade do contrato” (*Revista de Direito do MP do EG*, vol. 3, 1967).
- “Princípios gerais do direito” (*Revista de Direito do MP do EG*, vol. 4, 1968).
- “Direito autoral” (*Revista de Direito do MP do EG*, vol. 5, 1968).
- “Limites da lei no tempo” (*Revista de Direito do MP do EG*, vol. 6, 1968).
- “Elaboração ou revisão do Código Civil” (*Revista de Direito do MP do EG*, vol. 7, 1969).
- “Reforma parcial do Código Civil argentino. Breves notas” (*Revista de Direito do MP do EG*, vol. 8, 1969).
- “Sugestões para a reforma do ensino jurídico” (*Revista de Direito do MP do EG*, vol. 11, 1970).
- “Breve nota sobre a história das teorias políticas” (*Revista de Ciência Política*, Fundação Getúlio Vargas, jan./mar. 1973).

ABREVIATURAS E SIGLAS USADAS

ADN
AG
AIEA ou IAEA
art.
BGB
CECA
CEE
CEI
CIEN
CIJ
CJIA
CNEN
CPA
CPI
CS
EUA
EURATON
FMI
GB
ITA
LDN
MP
MPGB
n°
Nuclebrás
OAB
ob. cit.
OEA ou OSA
OIT
ONU
OTAN
p.
pp.
p. ex.
PUF
S.A.
SDN

Ácido Desoxiribonucleico
Assembleia-Geral
Agência Internacional de Energia Atômica
artigo
Bürgerliches Gesetzbuch
Comunidade Européia do Carvão e do Aço
Comunidade Econômica Europeia
Comunidade de Estados Independentes
Comeissão Interamericana de Energia Nuclear
Corte Internacional de Justiça
Comité Juridique International de l'Aviation
Comissão Nacional de Energia Nuclear
Corte Permanente de Arbitragem
Côrte Penal Internacional
Conselho de Segurança
Estados Unidos da América
Comunidade Europeia para a Energia Atômica
Fundo Monetário Internacional
Guanabara
Institut du Transport Aérien
Liga das Nações
Ministério Público
Ministério Público do Estado da Guanabara
Número
Empresas Nucleares Brasileiras S.A.
Ordem dos Advogados do Brasil
obra citada
Organização dos Estados Americanos
Organização Internacional do Trabalho
Organização das Nações Unidas
Organização do Tratado do Atlântico Norte
página
páginas
por exemplo
Presses Universitaires de France
Sociedade Anônima
Sociedade das Nações

SME	Sistema Monetário Europeu
TJEG	Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara
TPI	Tribunal Penal Internacional
TJERJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
trad.	tradução
UFRJ	Universidade Federal do Rio de Janeiro
Unesco	United Nations Educational Scientific and Cultural Organization
UPA	União Pan-Americana
URSS	União das Repúblicas Socialistas Soviéticas
USA	United States of America
vol.	volume

Ao escrevermos este livro, tomamos o cuidado de tornar desnecessárias atualizações futuras. Para que isso fosse possível, não demos exemplo algum de legislação brasileira contemporânea, mas nos servimos de códigos estrangeiros, brasileiros já revogados e da nossa Constituição de 1891...

Era o que tínhamos a dizer à Editora.

Rio de Janeiro, 14 de outubro de 2009

Paulo Dourado de Gusmão

No século XXI, em 2008, foi publicada a 40ª edição deste livro, que, inicialmente, teve por título *Teoria do Direito*. Era um “tijolo” de mais de 800 páginas, que, por sugestão do saudoso Mário Santos (que na “cabeça” tinha todo o movimento da Forense), passou a se intitular *Introdução à Ciência do Direito*. A partir da segunda edição e das sucessivas, segui o conselho de meu velho professor de *Teoria da Literatura*, o jesuíta francês Auguste Magne, do Colégio Santo Ignacio: com espírito de síntese (que lhe devo) transformei o “tijolo”, fazendo-o perder peso e tamanho. Foi todo reformulado, alterei a ordem dos capítulos e acrescentei outros. Passou a ter o essencial à *Introdução ao Direito* (denominação que passou a ter a cadeira), bem como instituições que, ninguém, ao final da última guerra, poderia imaginá-las, como, por exemplo, União Europeia ou Tribunal Penal Internacional, das quais damos, a largas pinceladas, a ideia. Quanto ao passado do Direito brasileiro, parti de Portugal e terminei no Código Civil de 1916, que considero modelar e que deveria ter sido atualizado, como fizeram os franceses com o *Code Civil* de Napoleão. Mas a vaidade de uns e de outros levou para outro caminho. O Código de 1916 marca o início da fase da codificação. De lá para cá, principalmente depois de Getúlio Vargas, que nos legou dois grandes Códigos, o Penal, devido a Nelson Hungria, e o de Processo Civil, a Pedro Baptista Martins, tivemos a “inflação” (termo que devemos ao processualista italiano Carnelutti) legislativa. Transferimos para o final, resumidamente, procurando tornar o mais claro possível o nosso pensamento, o ABC da Filosofia do Direito.

Assim, pensamos ter dado ao Direito uma ideia de “corpo inteiro”, tornando o livro não só do interesse de estudantes, mas, também, de quem quiser ter dele uma ideia geral.

Rio de Janeiro, janeiro de 2008

Paulo Dourado de Gusmão

O leitor encontrará no *Índice de Matérias*, sob a forma de *verbetes, matéria jurídica que não foi versada no texto*, mas que julgamos importante para o iniciante no Direito.

Paulo Dourado de Gusmão

Parafraseando Emile Faguet (*Petit Histoire de la Littérature*): este livro, como o seu “título indica”, destina-se a “abrir o caminho ao principiante” nas letras jurídicas; com esse propósito foi escrito, revisto e ampliado em suas várias edições. *Introdução à Ciência do Direito* era seu título inicial até a 7ª edição, aliás denominação da disciplina até os anos sessenta. Depois, *Introdução ao Estudo do Direito*. Mas, seja o título anterior seja o atual significa obra destinada a despertar o interesse do estudante para o Direito, dando-lhe, como a entendia Zitelmann (1852-1923), os “conceitos fundamentais” necessários a habilitá-lo a “cursar com proveito as disciplinas” constantes do curso jurídico, tendo delas uma “visão de conjunto”. Por isso e para isso este livro se destina. Esperamos que tenha alcançado essa finalidade. A resposta cabe a professores e alunos.

Encerrando, desejamos registrar a dívida que temos com Edgard Autran Dourado, nosso tio, engenheiro, positivista, que despertou a nossa curiosidade para a Filosofia, bem como com o jesuíta francês Auguste Magne, nosso professor de Literatura no Colégio Santo Ignácio, a quem devemos o estilo. Velha dívida, dos anos 30, temos com Rubens Costa, bibliotecário da Corte de Apelação do antigo Distrito Federal, por nos ter facilitado acesso à Biblioteca do Velho Palácio da Justiça da rua D. Manuel. Foi lá que, como funcionário e estudante, nas manhãs (trabalhava na parte da manhã) tomei conhecimento dos clássicos franceses e italianos (era um estudante audacioso), que não podia adquirir-los, como, por exemplo, F. Ferrara, N. Coviello, Maggiore, Ferri, Savatier, Ripert, e tantos outros. Naquele tempo (anos 30) a Parte Geral do Direito Penal me fascinava, depois, a do Direito Civil. Lá conheci, também, Del Vecchio e Groppali, que me introduziram na Filosofia do Direito. Revolucionaram estes autores os meus estudos jurídicos que não seguiam os programas da Faculdade. Posteriormente, bem mais tarde, como membro do Ministério Público, nos anos 40, e, depois, como Desembargador, a impagável velha dívida dos anos 30 foi aumentada com as devotadas bibliotecárias Telma Sevalho de Almeida Neves, Maria do Carmo de Almeida Silva, Renata Mônica Requião Strong, Liane Maria de Abreu, Sônia Maria Teixeira de Melo, Sheila Faria, Manoel Izidoro da Fonseca, Zildete das Neves Barbosa Ramos, Marcia Bastos Pena. Velhas dívidas sempre aumentadas. Impagáveis. Não podemos terminar sem manifestar a nossa gratidão à Izabel (Izá), a esposa que nos incentivou sempre com o seu carinho e compreensão. Agradecemos também a professores e alunos pela acolhida desta obra.

Paulo Dourado de Gusmão

PRIMEIRA PARTE

INTRODUÇÃO

I

CIÊNCIA DO DIREITO – TÉCNICA JURÍDICA – PRESUNÇÕES E FICÇÕES – MÉTODOS – SISTEMA JURÍDICO – FILOSOFIA DO DIREITO

1. CIÊNCIA DO DIREITO

De modo muito geral, pode-se assim definir a ciência do direito: *conhecimentos, metodicamente coordenados, resultantes do estudo ordenado das normas jurídicas com o propósito de apreender o significado objetivo das mesmas e de construir o sistema jurídico, bem como de descobrir as suas raízes sociais e históricas*¹ Cabe-lhe, principalmente, construir o *sistema jurídico*, também denominado ordenamento jurídico, ou seja, a ordenação das normas do direito de um país (brasileiro, francês etc.), bem como formular conceitos e teorias jurídicas. As ideias dos juristas que a construíram, isto é, dos jurisperitos, ou, como são entre nós conhecidos, jurisconsultos, como, por exemplo, as de Clóvis Beviláqua ou de Pontes de Miranda, muitas vezes tornaram-se fontes de decisões judiciais. Nesse sentido, os juristas desde Roma são autoridades jurídicas.

Discute-se a natureza da ciência jurídica, bem como a sua própria possibilidade. Compreensível essa dúvida por se tratar de problema cultural que não comporta resposta definitiva. Divergência há quanto ao seu objeto, porém, em um ponto há acordo: são as normas jurídicas, dado concreto que faz parte da realidade histórico-social, ou, se quisermos, da realidade cultural, em que se acham também as obras de arte, a literatura, a filosofia, a ciência etc. Por isso, a ciência jurídica é ciência que trata de realidades, desde que se faça a distinção da realidade físico-natural (natureza), independentemente da ação humana, da realidade criada ou modificada pelo homem, contida em suas obras (cultura). Por isso, nela não é empregável o método das ciências dos fenômenos naturais, pois, sendo conhecimento de normas, depende de *interpretação*, e não de descrição, salvo quando versar sobre o direito como fenômeno social ou fato histórico-social. Serve-se de vários métodos, inclusive da intuição. Utiliza-se do *método sociológico* quando indaga as raízes sociais do direito ou quando o estuda como fenômeno social; do *método histórico*, ao tratar de suas origens históricas; do *método comparativo* sempre, além dos *métodos lógicos*, dentre os quais o analógico, e da *compreensão* (interpretação), para descobrir o sentido objetivo da norma jurídica. Sentido não alcançado com métodos das ciências físico-naturais e nem com o sociológico ou o histórico, que, no entanto, podem facilitar apreendê-lo. Dito isto, é de se perguntar pela sua natureza.

Se situarmos, com carradas de razão, o direito no mundo da cultura, constituída por obras humanas (arte, ciência, literatura, filosofia, religião etc.) materializadas no mármore, na madeira, no papel, no CD, na fita gravada, em textos, resultantes da atividade intelectual de legisladores, juízes,

advogados, juristas etc., que necessitam de interpretação. Nesse sentido a ciência do direito é *ciência cultural* (vide § 25). Mas, se focalizarmos o direito por outro ângulo, como fenômeno social (político: como revoluções, guerra, golpe de Estado e suas consequências; social: criminalidade, miséria; econômico: inflação, deflação; moral: família, divórcio, adultério etc.) que é, acabaremos definindo-a como uma das *ciências sociais*. Tanto uma como a outra não estão erradas e não se excluem por não se conflitarem, porque, depois de Max Weber e de Sorokin, o estudo do social como coisa, na forma preconizada por Durkheim, não é mais aceito. A Sociologia, hoje, parte de dados fornecidos pela realidade social para o sentido objetivo das ações e dos fatos sociais que lhes dão origem.

Finalmente, quanto à natureza científica do estudo do direito, reconhecida pela maioria dos estudiosos, há alguns opositores. Desde 1848, foi-lhe negado o caráter científico, quando Kirchmann (*El caracter a-científico de la llamada ciencia del derecho*, trad.), em conferência célebre, disse: “A ciência do direito, tendo por objeto o contingente, é também contingente: três palavras retificadoras do legislador tornam inúteis uma inteira biblioteca jurídica”.² Assim, segundo Kirchmann, uma simples lei derogadora de um sistema jurídico inutilizaria a ciência jurídica. Mas tal contingência, comum ao histórico, só tornaria anacrônica uma forma de saber jurídico, que seria substituída por outra tendo por objeto o novo direito. Anacrônico, mas não sem validade, por ter valor histórico. Capograssi, (7/ *Problema della Scienza del Diritto*), em 1937, respondendo a essa objeção clássica, admitiu poder ser sustentada a natureza científica do estudo do direito, apesar de sua mutabilidade, desde que não se considere a norma jurídica, que é mutável, como o objeto da ciência do direito, mas a experiência jurídica³ dotada de certa estabilidade, semelhante à dos demais fatos históricos, pois, pelo menos, ao se modificar, não apaga a experiência passada, que, como tradição, se mantém viva. Diga-se de passagem: não é a norma que é mutável, mas o seu conteúdo. Gény (*Science et Technique du Droit Privé Positif*, 1914-24), antes de Capograssi, sem se impressionar com Kirchmann, reduziu o estudo científico do direito à transformação da *matéria não jurídica* em *matéria jurídica*, deixando à técnica a tarefa de torná-la precisa e eficaz. Poderíamos continuar apresentando argumentos pró e contra a cientificidade da ciência jurídica, mas achamos desnecessário, pois, como já dissemos há anos, o físico faz Física sem se interessar em saber se ela é ou não ciência. Igualmente, o jurista deve se interessar em conhecer o direito, torná-lo eficaz, sem se preocupar com essa questão acadêmica oriunda da época em que o conceito de ciência se confundia com o das ciências físico-naturais, hoje abandonado.⁴

Continuando, temos a dizer que o estudo do direito pode apresentar-se como *ciência jurídica teórica*, formuladora de conceitos e princípios gerais do direito, denominada *Teoria Geral do Direito*, síntese do conhecimento jurídico de uma época, e *ciência jurídica particularizada*, ou *ciência do direito positivo* (leis, códigos, jurisprudência, costumes etc.), também denominada *dogmática jurídica*, que, versando sobre o conteúdo das normas jurídicas, interpretando-as e sistematizando-as, se subdivide em tantas ciências quantos forem os ramos do direito (ciência do

direito penal, ciência do direito constitucional etc.). “Dogmática”, por ser o seu objeto (lei, precedente judicial) de antemão estabelecido, e não por ser dogma para o jurista, como nos séculos XVIII e XIX foi compreendido pela Escola da Exegese (§§ 137, 196 e 199). Por outro lado, quando o jurista indaga as origens históricas dessas normas ou de todo o sistema jurídico, verificando os seus efeitos históricos, ou seja, considerando-os como fato histórico, fato que não é mais atual, mas que já produziu os seus efeitos, faz *História do Direito*. Mas, se usar os resultados desse estudo histórico para, com o *método comparativo*, compará-lo com o direito atual ou confrontar direitos de países diferentes, perquirindo semelhanças, para propor unificações de legislações ou para abrir o horizonte jurídico graças à doutrina e à experiência jurídica de outros povos, estará fazendo *Direito Comparado*. Finalmente, se encarar o direito como fato social, fará *Sociologia Jurídica*. Mas, se, com os resultados e auxílio do Direito Comparado, da História do Direito e da Sociologia Jurídica, entregar-se à crítica construtiva do direito vigente, com o objetivo de propor reformas jurídicas, dedicar-se-á à *Política Jurídica* ou *Crítica do Direito*. Nesse caso o jurista toma posição em relação ao direito vigente, fundado em valores ou na realidade social, com o objetivo de indicar reforma da legislação.

2. MÉTODOS JURÍDICOS

O problema do método ou dos métodos da ciência jurídica, ou seja, dos procedimentos lógicos adequados ao conhecimento do direito, é o problema central da *Metodologia Jurídica*. Problema importante, porque, segundo Kant, do método depende o objeto do conhecimento, ou melhor, o conhecimento resulta do método empregado. Tradicionalmente, foi considerado o *método dedutivo* como sendo o específico da ciência jurídica, por dever o jurista partir do geral para o particular, ou seja, das normas gerais para os casos. O silogismo (*silogismo jurídico*) seria, consequentemente, a forma típica de raciocínio jurídico.⁵ Esse método dedutivo foi usado e abusado pela *jurisprudência conceitual*, da qual deve-se a metodologia do direito privado, obra dos pandetistas alemães (§ 196, nota 26), que serviu de modelo para a metodologia dos demais setores do direito. Ihering (*Zweck im Recht*, traduzido para o português com o título: *A Evolução do Direito*, 1953) dele se afastou, defendendo o *método teleológico*, por considerar a finalidade a força criadora do direito, através da qual poder-se-ia compreendê-lo melhor. O historicismo carregou para o direito, além do *método histórico*, o princípio da *compreensão*, ou seja, do conhecimento do direito através de seu sentido, enquanto o sociologismo, com o método comparativo, introduziu no jurídico os métodos sociológicos. O estudo dos casos, do qual resultou *standards*, modelos, tipos, conceitos, graças a generalizações, exigiu o emprego do *método indutivo*. Por influência da moderna Sociologia, em que, pioneiramente, Sorokin defende o “método integral” de conhecimento (*vide* nosso *Manual de Sociologia* e nossas *Teorias Sociológicas*), que pressupõe considerar o social composto de três elementos (significação, veículo e agentes), pertencentes a reinos diferentes, a moderna ciência

jurídica passou a servir-se de metodologia múltipla, apesar de alguns juristas, como, exemplificando, Carlos Cossio (*La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*), pensar dever o jurista inicialmente empregar o *método empírico-dialético*, de tipo circular, partindo da norma para o seu sentido e deste para aquela, e assim indefinidamente, até alcançar o significado que satisfaça ao jurista. Apesar de reconhecermos depender o conhecimento do humano e do social de *compreensão*, de *interpretação*, ou melhor, do conhecimento pelo sentido objetivo contido na obra humana, na ação e no fato social, reconhecemos que o problema do método jurídico depende da natureza da investigação que se pretende realizar. Se partirmos do geral (norma), para o caso concreto a ser julgado ou para dada situação jurídica, utilizaremos o *método dedutivo*, raciocinando através de silogismos; se de casos singulares para o geral, o *método indutivo*; com muita frequência o *método comparativo*; se a investigação tiver por objetivo as raízes sociais ou os efeitos sociais do direito, o *método sociológico* terá de ser usado, mas, se o passado do direito estiver na mira do jurista, deverá ser empregado o *método histórico*.

Mas em todos esses casos o jurista partirá da *compreensão* ou da *interpretação*, para captar o sentido do objeto de seus estudos (norma, conduta, sentença etc.).

3. TÉCNICA JURÍDICA

A ciência do direito, como qualquer ciência, tem sua técnica (técnica jurídica), ou seja, a sua arte, que pode ser entendida como conjunto de procedimentos destinados a tornar mais perfeita e eficaz a criação e a aplicação do direito, bem como a tornar mais completo o seu conhecimento.⁶ Se distinguirmos a forma do conteúdo ou da matéria da regra de direito, acabaremos, com Gény, dizendo que compete à técnica jurídica dar “forma” ao direito, enquanto à ciência fornecer o seu conteúdo, dando os elementos para que a técnica o formule com o auxílio das ciências afins do direito, bem como do Direito Comparado e da História do Direito. Nesse sentido, a técnica jurídica é a *arte de formular a regra de direito com precisão, objetividade, clareza e espírito de síntese*. Pensamos que a técnica jurídica é tripartida: 1ª, *técnica de formulação legislativa do direito*; 2ª, *técnica da ciência do direito*, e 3ª, *técnica de aplicação do direito*. A primeira e a segunda empregam um *vocabulário jurídico*, que deve ser simples, preciso e uniforme, composto de vocábulos oriundos de outras ciências, bem como de palavras que têm sentido jurídico próprio e de palavras que pertencem ao vocabulário comum. Outro recurso da *técnica de formulação do direito* são as *fórmulas*, de natureza normativa, que outrora eram sagradas, ainda em uso no direito, geralmente, imperativas. Exemplo tirado do nosso Código Civil de 1917: “É também nulo o casamento contraído perante autoridade incompetente” (art. 208), ou, então, “o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal” (art. 920), mesmo querendo os contratantes, e, ainda, “nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes e taxaço do preço” (art. 1.125 do mesmo Código). Não deve ser esquecido outro recurso, construído pela técnica

jurídica, destinado a dar certeza às relações jurídicas e a facilitar as provas: a presunção e a ficção. A *presunção*, baseada na verossimilhança, generaliza o que normalmente ocorre em certos casos, estendendo as consequências jurídicas de um fato conhecido a um desconhecido. Daí Brethe de la Gressaye e Laborde-Lacoste (*Introduction Générale à l'Étude du Droit*) dizerem que na presunção considera-se como verdadeiro o que é provável. Exemplos de presunção: 1º, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 330, I, do mesmo Código), bem como os nascidos dentro dos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite (separação judicial) ou anulação do casamento (art. 330, II, do mesmo Código); 2º, quando, em virtude de desastre, duas pessoas ligadas por vínculo de parentesco (pai e filho, irmãos etc.), falecem, não se podendo precisar qual delas faleceu primeiro, presume-se então terem falecido simultaneamente (art. 11 do Código Civil apontado). Presunção dispensa prova.

Já a *ficção*, outro recurso muito empregado pelo legislador e pelo jurista, atribui realidade ao que não tem, considerando verdadeira uma criação artificial do pensamento. Daí Ihering (*L'esprit du droit romain*, trad.) tê-la definido como mentira técnica consagrada pela necessidade. A ficção, como esclarece Ferrara (*Trattato di Diritto Civile Italiano*), não transforma em real o que não tem realidade, mas só lhe dá as mesmas consequências, como se fosse real. Caracteriza-se – diz Ferrara – por dar igual tratamento a relações em si materialmente diversas. Exemplos de ficção: os acessórios de um imóvel, móveis por natureza, são juridicamente imóveis (arts. 43, I e II, e 46 do Código Civil citado). Exemplificando: a pia da cozinha de uma casa, enquanto nela instalada.

O legislador emprega também a técnica da *publicidade*, de modo a poder presumir conhecida a lei por todos, bem como exige a publicidade de certos atos jurídicos. Para dar-lhe eficácia há jornais oficiais (*Diário Oficial*), que publicam leis, decretos, decisões judiciais, atos etc., e o sistema de registro público de atos jurídicos, destinado a dar-lhes publicidade, prioridade e segurança, bem como facilitar a prova dos mesmos. Usa, também, a técnica da *forma*, que visa a dar certeza e segurança à relação jurídica, sendo, em certos casos, essencial ao ato, como, por exemplo, a escritura pública (exemplo: art. 73 do Código Civil citado).

Já a *técnica da ciência do direito* se destina a concentrar, sistematizar e unificar a matéria jurídica. Para tal, serve-se da *redução* e da *concentração* dessa matéria, de modo a reduzir o número de princípios, regras e conceitos jurídicos. A redução, por exemplo, das coisas a móveis e imóveis é uma forma de concentração de matéria jurídica. Outra é a técnica de formulação de *categorias jurídicas*, que, levando em conta a finalidade e a natureza, elementos comuns e específicos das regras, as distribui em quadros bem definidos. Tais categorias, segundo Gaius, jurista romano, são as seguintes: pessoas, coisas e ações. São assim constituídas de um conjunto de regras que disciplinam matéria jurídica autônoma, integrada pela mesma finalidade em um corpo mais amplo de direito. Assim, por exemplo, a propriedade é uma categoria do direito civil. Como bem notou Roubier (*Théorie Générale du Droit*, 2ª ed., Chapitre Préliminaire, § 3º, letra A), muitas categorias jurídicas

são também instituições jurídicas, como é o caso da propriedade. Mas, prossegue Roubier, nem toda categoria jurídica é instituição jurídica, sendo, contudo, verdadeira a recíproca.

No que tange às categorias, é possível concentrá-las, unificá-las, reduzi-las e simplificá-las com o emprego da técnica de *classificação*, agrupando elementos jurídicos em quadros bem definidos segundo suas recíprocas relações, levando em conta suas finalidades, seus traços comuns e suas diferenças. Finalmente, outro procedimento técnico é a *institucionalização*, que cria categorias mais amplas e orgânicas. Empregando-o, a ciência jurídica criou *instituições jurídicas*, como, por exemplo, a família ou a propriedade, global e unificadamente reguladas. *Instituição* é um núcleo de regras jurídicas, unificadas por valores e princípios comuns, tendo a mesma finalidade, compreendendo ampla e perene matéria jurídica. São dotadas, geralmente, de realidade social, presentes na sociedade antes de o legislador discipliná-las, como é o caso da família. Próximo de instituição (família, Estado etc.), que tem natureza social que antecede à jurídica, temos o *instituto jurídico*, que é o conjunto de normas jurídicas com a mesma finalidade, como a propriedade, o contrato etc. Pelo que está dito fica claro que toda instituição jurídica é também instituto jurídico, mas a recíproca não é verdadeira.

Prosseguindo: na construção de categorias e de instituições jurídicas, é empregada a *técnica de conceituação* destinada a formular conceitos extraídos das regras de direito ou da experiência jurídica. Procedimento muito importante, porque, como nota Dabin (*Théorie Générale du Droit*), “direito não definido, ou insuficientemente definido” é de difícil aplicação, “dando lugar a dúvidas e controvérsias geradoras de insegurança”. Os conceitos jurídicos podem ser formulados pelo legislador, mas melhor que seja pela ciência do direito. São indispensáveis ao pensamento jurídico, como, por exemplo, o conceito de contrato ou de propriedade.

Para a elaboração desses conceitos, serve-se a ciência da *técnica de generalização* e de *abstração*⁷ Assim, partindo de regras de direito esparsas, que versam sobre uma mesma matéria jurídica, chega o jurista ao conceito que lhe corresponde. Todavia, os conceitos jurídicos petrificam o direito, principalmente quando formulados pelo legislador, apesar de darem certeza às relações jurídicas. Por isso, muitas vezes tornam difícil ajustar o direito aos casos e aos novos tempos. Por esse motivo, o legislador não deve deles abusar, deixando à ciência do direito a tarefa de formulá-los. Porém, como os conceitos são passíveis de envelhecimento, em virtude das transformações sociais, a doutrina deve, sempre que for necessário, renová-los ou atualizá-los. Se não proceder assim, manterá de pé um direito fossilizado, quando lhe compete mantê-lo vivo. Como a doutrina e a jurisprudência dos tribunais podem manter vigente o sentido anacrônico do direito dado por conceitos envelhecidos, não atualizados, pode-se dizer que tais conceitos nem sempre estão adaptados aos quadros sociais aos quais se destinam. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, defendidas ardorosamente entre nós nos anos 90, produz esse efeito, mumificando o direito. Daí Gurvitch (*Traité de Sociologie*, vol. II) ter dito: os

juristas são obrigados muitas vezes a lançar mão de uma “sociologia espontânea do direito”, como ocorreu “durante os primeiros decênios do século XX, quando se abriu um abismo entre as categorias jurídicas consagradas e o agitado mar da vida social do direito com suas manifestações inéditas, imprevisíveis, que surgiam com uma espontaneidade elementar”. O mesmo hoje ocorre com a Revolução da Informática, com o telex, o fax, as redes de computadores, a Internet, o capital computadorizado, a celebração ou o distrato de contratos no terreno financeiro com o simples toque do teclado do computador, tornando-se muito rápidas as comunicações jurídicas no terreno contratual, exigindo instrumentos novos para garantir a força dos contratos, a segurança dos negócios e a estabilidade da economia, sem falar nos crimes eletrônicos, como, por exemplo, fraudes bancárias, furto de informações etc., e sem nos esquecer do progresso da engenharia genética (“bebês de proveta”, clonagem de embriões, inseminação artificial etc.).

Por último, temos a técnica de *aplicação do direito*⁸ que supõe a *técnica de interpretação do direito*, estabelecadora do sentido objetivo da regra de direito, e a *técnica de integração do direito*, usada no caso de lacuna do direito. Ambas serão examinadas em outra parte deste livro (*vide* §§ 132, 135 e 136).⁹

Do exposto, chegamos à conclusão de a técnica jurídica ser o *conjunto de procedimentos e artifícios destinados não só a formular, com clareza e precisão, normas jurídicas, como, também, a facilitar a interpretação, a aplicação e o aperfeiçoamento das mesmas*.¹⁰ É uma arte, que nem todos a possuem.

4. SISTEMA JURÍDICO

Pode-se dizer que um dos objetivos da ciência do direito é construir o “sistema jurídico”, por muitos denominado ordenamento jurídico. O direito encontra-se disperso em várias normas, aparecidas em épocas diferentes, destinadas a satisfazer necessidades criadas por variadas situações sociais e a solucionar os mais diversos conflitos de interesses. Dentre essas normas, umas pertencem a tempos diferentes, outras, superiores, como a norma constitucional; a maioria informada por princípios comuns a mais de uma norma, que possibilitam agrupá-las em conjuntos regidos pelos mesmos. O legislador formula as normas, enquanto compete à ciência do direito reduzi-las a unidades lógicas, evitando assim as contradições dentro de uma ordem jurídica. Sistema jurídico é, pois, a unificação lógica das normas e dos princípios jurídicos vigentes em um país, obra da ciência do direito. Para obtê-la, elimina o jurista contradições porventura existentes entre normas e entre princípios; estabelece hierarquia entre as fontes do direito, escalonando-as; formula conceitos, extraídos do conteúdo das normas e do enunciado nos princípios; agrupa normas em conjuntos orgânicos e sistemáticos, levando em conta a função que devem elas cumprir, como é o caso das instituições (§ 3º); estabelece classificações, ou seja, aponta o lugar de cada norma no sistema. Os códigos modernos são exemplos de sistemas jurídicos parciais. Martínez Paz (*Tratado de Filosofía*

del Derecho), com razão, diz que sistema é a unidade lógica de conceitos homogêneos decorrentes de um princípio fundamental. Aliás, Cogliolo (*Filosofia do Direito Privado*, trad.), anteriormente, já havia dito que sistema é a ordem lógica do direito. Inconcebível, logicamente, haver mais de um sistema jurídico em cada país (direito brasileiro, francês, italiano, alemão etc.) e de cada matéria jurídica (sistema de direito civil brasileiro, de direito penal etc.). Para construí-lo, agrupam-se, por afinidade de matérias, várias normas (leis etc.) vigentes, extraíndo delas conceitos e princípios, buscando os laços que os unem ou os aproximam, para depois inferir deles princípios muito gerais e compreensivos que os informam e que os tornam afins. Procedendo assim, dá unidade ao direito vigente. O verdadeiro sistema, conclui Cogliolo, não é um índice esquemático a seguir, mas a organização científica da matéria jurídica, que, com precisão e rigor, formula conceitos, delimitando o alcance destes, bem como atribui o valor e a importância de cada norma, entrelaçando-as e subordinando-as, de modo a que cada uma tenha o lugar que lhe compete, sem destacar umas com prejuízo de outras. Além disso, o jurista parte desses dados para os princípios gerais e fundamentais das várias instituições jurídicas, conciliando-os, quando necessário. Partindo deles entrega-se à tarefa de formular os princípios gerais do direito (§ 139). A construção do sistema tem por objetivo, nota Cogliolo, descobrir os pontos obscuros e contraditórios ou incompletos contidos nos princípios e nas normas, bem como harmonizar e coordenar as finalidades opostas de dois ou mais institutos.

Cada país tem seu sistema jurídico. Se sistema jurídico é unidade lógica do direito, impossível, logicamente, como dissemos, haver mais de um sistema jurídico em cada país.

Pode, no entanto, a ciência construir um sistema jurídico mais amplo do que o nacional, levando em conta os princípios que informam os sistemas de vários países e os conceitos formulados pela doutrina estrangeira com base nesses princípios. Assim, por exemplo, é lícito falar em *sistema jurídico europeu* (§ 163), formado pelos direitos da América Latina e da Europa Continental, inspirados no regime democrático e nos códigos civis europeus, mais precisamente nos Códigos dos países continentais da Europa, como os da França ou os da Alemanha, que, como nota René David (*Traité Élémentaire de Droit Civil Compare*), “nascidos de uma origem comum, têm todos atualmente uma estrutura análoga e utilizam os mesmos conceitos”, estando vinculados entre si, “porque estão fundados no direito romano”. Mas, na Europa dos anos 1990, com a União Europeia (§ 96), os países que a compõem, além de seus respectivos direitos nacionais, estão submetidos a um sistema jurídico comum, comunitário, europeu, ora em formação. Nesse caso, com vigência no continente europeu e na Grã-Bretanha.

5. DIREITO COMPARADO

Do direito comparado,¹¹ pode-se dizer ser a presença do Racionalismo na ciência jurídica: tentativa de unificação do direito de um mundo dividido. Não é um ramo antigo da ciência jurídica;

não foi cogitado pelos romanos, mestres construtores dos alicerces do direito privado ocidental. É um ramo da ciência jurídica ocidental, e, se quisermos precisar, da ciência do direito do século XX. Pode-se dizer-se é possível nesses casos fixar datas – que o ano de 1900 marca, com o Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado em Paris, o momento de sua aparição oficial no cenário jurídico mundial.¹²

Todavia, na Antiguidade tivemos com Aristóteles o estudo comparativo das constituições gregas, depois com Montesquieu, o das instituições políticas inglesas. Os estudos etnológicos de Bachofen, Post e Summer Maine, no terreno das organizações jurídico-sociais dos povos arcaicos, podem ser considerados também como de direito comparado. Porém, foi com a obra de Lambert – *La Fonction du Droit Civil Comparé* –, aparecida em 1903, portanto depois do Congresso de Paris, que se iniciou, na França, como nos demais países europeus, uma série de estudos metodologicamente rigorosos, comparativos do direito.

Devemos esclarecer, desde logo, que o direito comparado, apesar de ter por objeto direitos de diferentes países ou de diferentes épocas e sociedades, não é normativo, não sendo, assim, aplicável obrigatoriamente pelos tribunais, apesar de ser, entretanto, útil para fundamentar decisões de seus órgãos, principalmente no caso de lacuna da lei (§ 139). Serviu-se dele o Autor, como desembargador, ao julgar recurso para reforma de sentença que não dera indenização pela rescisão unilateral e abrupta de contrato, de prazo indeterminado, celebrado entre fábrica de automóveis e antigo revendedor autorizado, por bastar, segundo a decisão recorrida, aviso prévio de 30 dias, que fora dado. A sentença estava certa à luz da disciplina legal dos contratos típicos, previstos na lei, e não em relação aos atípicos e novos, que o legislador não havia disciplinado. O Autor valeu-se da doutrina francesa para conceder, muito antes da lei nacional específica, a indenização pretendida, definindo como concessão comercial o contrato rescindido, por compreender vários negócios, cuja rescisão unilateral e abrupta não seria possível, mesmo sendo indeterminado o prazo contratual, pelos prejuízos consideráveis que causaria (*Revista de Jurisprudência do TJERJ*, n° 45, pp. 87 a 110).

O direito comparado pode ser investigação científica pura, destinada a facilitar a obra de intérpretes, legisladores e juristas que pretenderem ter conhecimento mais vasto do direito. “Todos os dias”, escreve Paulo Ferreira da Cunha (*Direito*, Porto, 1990, p. 94), “sucede que, para fazer ou alterar legislação, se vai consultar a de outros países, em busca de exemplo e inspiração” sem abandonar, entretanto, a tradição jurídica (obra citada, p. 94) de cada país.

Há quem pense não se tratar de ciência, ou seja, de parte da ciência jurídica ao lado da Sociologia Jurídica, da Criminologia, da Teoria Geral do Direito e da dogmática jurídica. Daí preferirem alguns juristas chamarem-na de “método comparativo”, ou, como dizem os alemães, *Rechtsvergleichung*, ou “comparação de direitos”, em vez de “direito comparado”.¹³ Entre estes está René David (*Traité de Droit Civil Comparée*) entendendo ser o direito comparado a “comparação

de direitos diferentes, método comparativo aplicado às ciências jurídicas”. Outra não é a posição do ilustre comparatista inglês Gutteridge (El *derecho comparado*, trad.), definindo-o como “método de estudo e investigação, e não ramo ou divisão especial do direito”, porquanto, continua Gutteridge, sendo o “direito conjunto de regras, é evidente que não pode existir direito comparado na forma de legislação. O processo de comparar normas de distintos sistemas legislativos não origina novas regras aplicáveis às relações humanas” (De certa maneira o exemplo citado neste parágrafo refuta essa tese).

Como vemos, grandes comparatistas, como René David, na França, e Gutteridge, na Inglaterra, seguidos por De Francisci, na Itália, e Kaden, na Alemanha, para citar só os pioneiros, negam cientificidade ao direito comparado, considerando-o simplesmente método de estudo jurídico.

Mas em sentido oposto encontram-se outros precursores, considerando-o ciência. Entre estes, destacam-se Lambert, Lévy-Ulmann e Saleilles, na França; Kohler e Rabel, na Alemanha; Summer Maine, Salmond, Wigmore, Holland, Pol-lock e Bryce, na Inglaterra. A maioria desses juristas compreende o direito comparado como o estudo das semelhanças e diferenças existentes entre os direitos, com o objetivo de aproximar os povos (Lévy-Ulmann) e de formular os princípios comuns aos direitos civilizados (Saleilles), ou, então, com o fim de descobrir elementos comuns aos diversos direitos, a fim de facilitar o trabalho de unificação legislativa (Lambert). Rasga, assim, novos horizontes à filosofia do direito (Kohler, Holland e Salmond), enriquecendo a experiência jurídica (Ascarelli).

Finalmente, há quem, como Sarfatti e Hug, admita uma ciência comparativa dos direitos dos povos primitivos, ramo da etnologia jurídica, diversa da ciência comparativa dos direitos dos povos civilizados. Próximas da primeira estão a *História Comparada do Direito*, de Lambert, o *Estudo Histórico-Comparado do Direito*, de Pollock, a *Teoria Geral Etnológica do Direito*, de Rabel, as investigações de Summer Maine e a jurisprudência etnológica de Hermann Post.

A nosso ver, devemos separar método e ciência. Esta supõe sempre um método e, em função deste, varia a sua natureza. Inegavelmente o estudo do direito de um país, por exemplo, do direito brasileiro ou do alemão, é científico. Neste caso, o método empregado não é o comparativo. Mas, se empregarmos este método no estudo do direito de diferentes países, acabaremos atingindo *resultados* mais amplos e diversos dos obtidos com o estudo de um só deles. Ora, tais resultados sistemáticos, com coerência lógica, compatíveis entre si, não podem ser confundidos com o método que os possibilita. São diversos dos resultados obtidos com outros métodos. Formam, assim, um ramo novo da Ciência. Como o objeto foi sempre jurídico, constituem ramo da ciência jurídica. Mas, como o método empregado foi o comparativo, deve-se denominá-la: *Direito Comparado*, ou, então, querendo-se, *legislação comparada*.

Qual o fim prático dessa ciência? Primeiro, fornecer visão mais ampla do direito, indispensável às investigações jurídicas mais profundas. Facilitar, como esclarecem Salmond e Holland, as

investigações filosófico-jurídicas, bem como a Sociologia do Direito. Abrir caminho para a Teoria Geral do Direito. Depois, facilitar a compreensão de regras, instituições e princípios jurídicos de cada país, pois o direito de cada país, refletindo o tipo de civilização em que está integrado, tem afinidade com direitos de outros países pertencentes ao mesmo tipo de civilização, como é o caso dos direitos brasileiro, francês, alemão, italiano etc., que têm pontos de contato, por pertencerem à mesma cultura (ocidental). Mas não é só, pois se destina, também, a facilitar a obra do legislador e, dentro de uma civilização, como, por exemplo, a ocidental, a uniformizar algumas regras jurídicas.

Segundo os maiores comparatistas, devem ser seguidas algumas regras no estudo comparado do direito. Eis algumas: 1ª, nem sempre é vantajoso comparar grande número de sistemas jurídicos; 2ª, devem-se determinar as fontes dos direitos que se pretende comparar. Nesse caso, deve-se verificar primeiro a natureza do direito (codificado, consuetudinário ou jurisprudencial); 3ª, reconhecer que as definições legais têm relação com a cultura e a história da sociedade ou do país em que foram formuladas; 4ª, os direitos estrangeiros devem ser interpretados à luz de sua doutrina e jurisprudência, e não exclusivamente em função dos conhecimentos jurídicos do comparatista; 5ª, devem ser consultadas as obras dos jurisconsultos e a jurisprudência dos tribunais que aplicaram os direitos estudados comparativamente.

Finalmente, para nós, *o direito comparado é a parte da ciência jurídica que tem por objeto a comparação de direitos de diferentes países, sociedades, civilizações ou de épocas diversas com o objetivo de descobrir seus princípios comuns e suas diferenças e, excepcionalmente, quando possível, propor uniformizações jurídicas ou unificações de legislações.* Tem grande importância em nossa época, em face do desenvolvimento das relações internacionais, pois pode contribuir para a solução de problemas jurídicos oriundos dessas relações (contratos internacionais etc.). Neste final de século, se não houver guerra, será de grande importância na União Europeia (§ 96), em razão de diferentes serem os direitos dos países que a compõem, bem como no mundo atual, em virtude da globalização da economia.

6. TEORIA GERAL DO DIREITO

A Teoria Geral do Direito,¹⁴ na época de sua aparição no cenário jurídico, isto é, no século XIX, estava para a ciência jurídica como a *philosophie positive* de Comte para a filosofia.

Destinou-se a substituir a Filosofia do Direito, ou melhor, a filosofia “metafísica” do direito.

Era, portanto, dentro do positivismo jurídico, a filosofia positiva do direito para uma “época positiva”.

Foi considerada a ciência por excelência que, com método científico, deveria explicar o direito e construir os conceitos jurídicos fundamentais, tendo por base o direito positivo (leis, códigos, precedentes judiciais etc.), bem como coroar a ciência do direito com a síntese dos resultados das

ciências jurídicas particulares, fornecendo visão global, sistemática e unitária do direito.

Mas as “teorias gerais do direito”, aparecidas até 1914, confundiram Sociologia do Direito com Direito Comparado e Filosofia do Direito, confusão feita também depois da Segunda Guerra Mundial por Haesaert, Dabin e Roubier. A Teoria Geral do Direito de Kelsen talvez seja a única que assim possa ser rotulada.

Kelsen, no prólogo de sua *General Theory of Law and State* (1945), sustenta, com muita precisão, lembrando Austin, que o objeto da Teoria Geral do Direito é a formulação de conceitos gerais facilitadores da interpretação do direito positivo de qualquer país.

Mas, fora o caso de Kelsen (§§ 197 e 200), que, em virtude da “pureza metódica” que adota, não empregou “julgamentos de valor” para a formulação de sua ciência jurídica pura, e, de certa forma, de Carnelutti, os demais juristas de nossa época, como Dabin, Haesaert, Perticone, Cesarini Sforza, Groppali, Levi, ou Roubier, confundiram, como dissemos, o objeto da Teoria Geral do Direito com os da Filosofia do Direito e os da Sociologia Jurídica.

Bobbio (*Studi sulla Teoria Generale del Diritto*), o melhor crítico das Teorias Gerais do Direito contemporâneas, diz que a relação que há entre a Teoria Geral do Direito e as demais disciplinas particulares não é uma relação de gênero e espécie, mas de *forma e conteúdo*. Assim, a Teoria Geral do Direito é uma *teoria formal do direito*, distinta das demais disciplinas jurídicas particulares, que têm por objeto o conteúdo das normas. É, antes de tudo, “teoria do direito positivo”.

A nosso ver, a Teoria Geral do Direito destina-se a estabelecer os *elementos formais, essenciais e comuns a qualquer norma jurídica, independentemente de seu conteúdo, bem como formular os conceitos jurídicos fundamentais, indispensáveis ao raciocínio jurídico*. É, como disse Kelsen (*Teoria Geral do Direito e do Estado*), Teoria Geral do Direito Positivo, resultante da “análise comparativa dos direitos”.

Não se ocupa do problema dos fins, dos valores jurídicos e da justiça, da alçada da Filosofia do Direito, nem de questões sociológicas, pertinentes à Sociologia Jurídica.

Não é teoria do direito de um país, mas teoria jurídica comum a vários direitos. Não é, entretanto, teoria do direito universal, fora do espaço-tempo, mas teoria do direito que teve sua evolução no contexto de uma civilização. Em nosso caso, Teoria Geral do Direito Ocidental.

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

Pode-se dizer que a Sociologia Jurídica é ciência muito jovem, estando ainda em estado de formação. Daí ter razão Timasheff (*Introduction à la Sociologie Juri-dique*) quando na primeira metade do século XX disse estar a Sociologia do Direito em plena infância. Usando a mesma metáfora pode-se dizer não ter ela ainda alcançado a maioridade.

Sendo ciência recente, é natural que os principais estudos de Sociologia Jurídica versem sobre problemas metodológicos, a respeito dos quais juristas e sociólogos não chegaram ainda a um acordo.

Com muita precisão e razão, Timasheff reconhece ser necessário definir a Sociologia Jurídica como ciência nomográfica, por pressupor o princípio de causalidade, consequentemente por admitir haver regularidades no processo histórico modelador do direito.

Não há acordo, também, quanto à tarefa da Sociologia Jurídica, talvez porque, como dissemos, historicamente, a Sociologia do Direito é ciência muito nova.¹⁵

Gurvitch considera Aristóteles, Hobbes e Spinoza os precursores da Sociologia do Direito. Já Ehrlich pensa que o *Esprit des Lois*, de Montesquieu, “deve ser considerado a primeira tentativa para elaborar uma sociologia jurídica”.

Para nós, é com Montesquieu, Summer Maine, Durkheim e Max Weber que a Sociologia Jurídica se constitui como ciência autônoma.

Entendemos por Sociologia Jurídica *a parte da Sociologia que estuda o direito como fenômeno social, ou, ainda, como fenômeno sociocultural, indagando os fatores de sua transformação, desenvolvimento e declínio*, de modo a que, considerando esses fatores no estudo dos direitos de várias sociedades, possa: 1º, propor solução para o problema da gênese social do direito; 2º, descobrir as estruturas socioculturais correspondentes aos diversos tipos de direito, bem como explicar, sociologicamente, as ideias e instituições jurídicas, desvendando suas bases sociais.

Assim, a Sociologia do Direito, para não se afastar do pensamento sociológico, deverá levar em conta os resultados da sociologia geral, da sociologia da moral, da sociologia política, da sociologia da cultura e da sociologia do conhecimento.

Sociologicamente compete-lhe: 1ª, apurar as condições sociais e econômicas, morais, geográficas e demográficas etc. do direito; 2ª, encontrar os fatores sociais das transformações jurídicas; 3ª, elaborar uma teoria sociológica do conhecimento jurídico, do saber jurídico, encontrando a motivação social das ideias jurídicas; 4ª, verificar os resultados sociais das regras, teorias e instituições jurídicas, a fim de facilitar o trabalho do legislador, do juiz e do jurista na reforma, interpretação e aplicação do direito; 5ª, estabelecer a função e o fundamento sociais do direito em tese e dos direitos históricos; 6ª, apurar os fatores sociais dos fatos jurídicos (divórcio, casamento, crimes etc.) e a inter-relação entre esses fatos e a realidade social; 7ª, descobrir os tempos e espaços socioculturais (§ 28) do direito; 8ª, verificar os fatores sociais da presença em diferentes direitos de elementos comuns a todos os direitos e de elementos jurídicos específicos a alguns; 9ª, definir o direito em termos sociológicos. Até, mais ou menos, os anos 1950, os sociólogos dedicaram-se a formular uma teoria sociológica do direito, versando sobre as suas origens e sobre os fatores sociais que o determinam e influíram em suas transformações etc. Trataram de leis e de regularidades observadas em sua história. De lá para cá passaram a fazer pesquisas empíricas, ou

seja, aplicaram essa teoria a problemas sociais, como o divórcio, o crime etc.

Concluindo, considerando o direito como fato social, como fenômeno social, a Sociologia Jurídica emprega métodos das ciências nomográficas, isto é, das ciências que pesquisam regularidades, além, é claro, do método sociológico propriamente dito, deixando o estudo das “significações”, dos “sentidos” e dos “valores”, embutidos nas normas e nos fatos jurídicos, à Filosofia do Direito.

8. HISTÓRIA DO DIREITO

É a parte da História que tem por objeto o direito considerado como fato histórico. É, assim, *história particular*, e não geral, por ser o direito um dos componentes da Cultura. Como *história particular*, a do direito só pode ser traçada com o conhecimento da História da Cultura em que o direito estiver inserido, bem como da História da nação a qual ele pertencer por não ser fenômeno histórico-social autônomo, mas um dos elementos do fenômeno sociocultural global, encaixado em um contexto histórico. Como o direito varia com as sociedades, as nações e as civilizações, a História do Direito não é *história universal do direito*, mas a *história do direito de uma civilização*, podendo ser também *História do direito de um país*. Há, assim, a História do Direito ocidental ou europeu, como há a História do Direito grego antigo, do direito sumeriano, do direito romano, do direito brasileiro etc. Por isso, tem razão Kohler quando diz que cada civilização tem seu direito, conseqüentemente, cada uma tem a sua história, que narra as mudanças de seus direitos, dando os seus traços característicos, como, em nosso caso, partindo das raízes do nosso direito que se encontram no direito português e no direito romano.

Por outro lado, a História do Direito não é só a história do direito petrificado nas leis e nos costumes, mas também na jurisprudência dos tribunais, na obra dos juristas, na ciência jurídica e nos documentos (contratos, testamentos etc.) que dão vida ao direito. Assim, tem por matéria *documentos jurídicos históricos*, sejam leis, códigos etc., sejam contratos, testamentos, sentenças etc., não só o direito estratificado, como, também, o direito vivo. Não se restringe, pois, à história da legislação. Tem sempre em vista o direito que foi eficaz, vigente, ou seja, que produziu efeitos históricos.

Grande é a importância dos estudos históricos do direito, pois, revelando os efeitos históricos das legislações, da jurisprudência, dos negócios jurídicos e da doutrina, facilitam a compreensão do direito atual, e esclarecem a razão de uma lei, além de fornecer aos juristas, ao legislador e ao juiz lições que devem ser aproveitadas.

Serve-se a História do Direito do mesmo método da História *in genere*: *crítica dos documentos*. A primeira tarefa do historiador do direito deve ser a descoberta de documentos, seguida da “crítica” dos mesmos, isto é, da análise do documento, verificando inicialmente a sua *autenticidade*, para depois, então, entregar-se à sua *hermenêutica* ou *interpretação*. Por *documentos*

jurídicos entendemos leis, sentenças, obras jurídicas, testamentos, contratos, portarias etc. Partindo desses documentos, o historiador do direito pode estabelecer generalizações, reconstituir épocas e explicar o passado do direito.

9. INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO

Disciplina destinada a dar ao iniciante na ciência jurídica as noções e os princípios jurídicos fundamentais, indispensáveis ao raciocínio jurídico, bem como noções sociológicas, históricas e filosóficas necessárias à compreensão do direito na totalidade de seus aspectos. Fornece uma visão global de conjunto, bem como as possíveis raízes sociais e históricas do direito e o seu fundamento filosófico. É, portanto, uma disciplina enciclopédica, motivo por que já fora denominada de *Enciclopédia Jurídica*. Dando os conceitos fundamentais do direito, tem pontos de contato com a *Teoria Geral do Direito*, apesar de com ela não se confundir. Denominada, entre nós, anteriormente, *Introdução à Ciência do Direito*, denominação ainda usada em outros países.

A importância dessa disciplina tem sido ressaltada por muitos juristas e professores. Confirma essa assertiva a Circular, de 29 de junho de 1840, do Ministre de l’Instruction da França, Guizot, transcrita no prefácio do Prof. F. Larnaude, da Universidade de Paris, à tradução francesa do *Curso de Teoria Geral do Direito*, de Korkounov (Paris, V. Giard E. Brière, 1903). Na referida circular, justificando a criação da cadeira de *Introduction générale à l’étude de droit*, na Faculdade de Direito de Paris (25.06.1840), Guizot assim se pronunciou: há uma lacuna grave no ensino jurídico (em 1840), os “alunos, que ingressam na Faculdade, não têm uma cadeira preliminar que os faça conhecer o objeto e o fim da ciência jurídica, as diversas partes que a compõem, os laços que as unem, a ordem em que devem ser sucessivamente estudadas, e, sobretudo, o método que preside essa ciência...”. Esse é o propósito dessa disciplina: fornecer uma visão de conjunto do direito como ciência e como sistema de normas. Com esse propósito foi escrito este livro.

10. FILOSOFIA DO DIREITO

A questão de saber o que seja a Filosofia do Direito é, como em toda filosofia,¹⁶ o primeiro problema do filosofar.

A problematidade da filosofia jurídica desafia o jurista, como a questionabilidade da filosofia preocupa os filósofos.

Até o século XIX, no Ocidente, os juristas filosofaram sobre o direito, sem se preocuparem se era ou não filosofia o que faziam.

A crise da teoria jurídica clássica (teoria do direito natural) e da metafísica, aliada à crise do Iluminismo, acarretou a problematidade da própria Filosofia do Direito. Esta, confundida com a

teoria do direito natural, não pôde resistir aos impactos do historicismo e do positivismo. Foi assim que a filosofia jurídica, pela primeira vez, foi posta à prova. Desde então os juristas começaram a desconfiar de suas filosofias.

Surgiram, para substituí-la, a Teoria Geral do Direito (*Allgemeine Rechtsleh-re*) dos alemães, a *Enciclopédia Jurídica* dos italianos e a *Analytical Jurisprudence* do inglês Austin, como filosofias do direito positivo, segundo o modelo do positivismo. Seus propugnadores consideravam-nas como filosofias apropriadas para a época científica do Ocidente, isto é, para um período histórico que depositava grande confiança no progresso das ciências e na possibilidade de cientificamente serem resolvidas todas as questões.

Mas, como o cientificismo aspirava a um tipo de conhecimento claro, ordenado, sistemático, inquestionável, o que se viu, entretanto, depois da crise do jusnaturalismo, foi a problematidade da ciência do direito e o entrelaçamento de enorme variedade de teorias jurídicas.

Por isso, os juristas-filósofos continuam e continuarão formulando filosofias jurídicas.

Como entendê-la? De modo geral, dizendo estar a Filosofia do Direito fora do domínio da própria ciência do direito, sem confundi-la com a Teoria do Direito Natural, que nada mais é do que uma de suas formas. Pode-se hoje entendê-la como o conhecimento resultante da autorreflexão sobre o ser, o sentido, o fundamento, a finalidade e os valores do direito, sem deixar de ser o tribunal do direito positivo. De modo muito amplo: *o saber decorrente da autorreflexão sobre o direito sem qualquer limitação, por não ser limitável o pensamento filosófico*. Querendo: o saber que, pondo à prova o conhecimento jurídico, sem dar soluções definitivas, suscita problemas. Estes, e não as respostas, é que, desde Atenas, desafiam o tempo. Em nossa *Filosofia do Direito* (1985) assim escrevemos: “O valor da filosofia reside mais nas perguntas – que são eternas –, nas questões que suscita, do que nas respostas” que dá historicamente. A “pergunta é mais importante, lança a dúvida, quebra o gelo que encobre a realidade jurídica, abre novos horizontes, novas perspectivas, colocando em questão o estabelecido por respostas do passado. As perguntas são os temas, as respostas, as filosofias”, e não a Filosofia propriamente dita, inexaurível. A “filosofia que pretender ter resposta definitiva para os eternos problemas é dogma, incompatível com o espírito filosófico”... ou, como disse Paul Valéry, um dos “desejos idiotas do homem”.

Antes de Hegel, foi tratada por filósofos, incluída em seus sistemas, como fez o próprio Hegel. Depois dele, tem sido obra de juristas. Stammler foi o jurista que primeiro construiu um sistema filosófico do direito. O primeiro, quiçá o último.

¹ O termo *ciência do direito* corresponde à *jurisprudentia* dos romanos, mais restrito do que *jurisprudence* dos anglo-americanos, mais próximo de Teoria Geral do Direito acrescida de Filosofia do Direito. Denomina-se em alemão *Rechtswissenschaft*. Devido ao sentido restrito em

que usualmente é empregado o termo *jurisprudência* na Europa continental e na América Latina, como conjunto uniforme e reiterado de decisões judiciais, deve-se evitá-lo para afastar confusões, preferindo-se “ciência do direito” quando se tratar de conhecimento científico do direito, e “jurisprudência” quando se tratar de julgados uniformes dos tribunais.

2 Aliás, antes de Cristo, na Grécia, Protágoras, filósofo nascido em 490 a.C., sustentava permanecerem “justas e boas as leis para a cidade somente durante o tempo em que ela assim as considerasse”.

3 A *experiência jurídica*, como objeto de estudo da ciência e da filosofia do direito, não se reduz à norma jurídica, ao comportamento jurídico, aos atos jurídicos ou aos valores jurídicos, apesar de englobá-los. Reduzi-la à base do saber jurídico significa assumir posição antinormativista, sem negar o normativismo; antiestatal, sem negar a importância do direito do Estado; antijusnaturalista, sem negar que o Homem é valor fundamental; anti-intelectualista e antirracionalista, não obstante admitir o papel da razão no processo de conhecimento; antiempirista, por não abraçar qualquer forma de empirismo ou de positivismo, ainda que reconheça o valor da experiência global no conhecimento jurídico; anti-idealista, apesar de não negar a importância da ideia, da mente e do espírito na criação do direito; antisociológica, não obstante ter nascido da Sociologia; antirrealista, por entender que o direito não é um dado da realidade física, mas da realidade construída pela mente humana e, como tal, elaboração humana, de certa forma, objeto cultural, como são as obras de arte e as literárias. Gurvitch (*L'Expérience Juridique et la Philosophie Pluraliste du Droit*, 1935) concentrou o seu pensamento nela, enquanto Capograssi (*Analisi dell' Esperienza Comune*, 1930, *Studi sull' Esperienza Giuridica*, 1932, *Il Problema della Scienza del Diritto*, 1937), colocou-a no centro de suas reflexões jurídicas, partindo de outros pressupostos filosóficos; dela tratou, entre nós, Reale (*O Direito como Experiência*, 1968).

4 Sobre a cientificidade do direito e de seu lugar no sistema de ciências, ainda são atuais: Bobbio (*Teoria della Scienza Giuridica*, Torino, 1950) e Opocher (*Lezioni di Filosofia del Diritto. Il Problema della Natura della Giurisprudenza*, Padova, 1953).

5 Silogismo é o raciocínio que, de duas proposições (premissas ou juízos), tira uma conclusão, que não pode ser negada desde que se admitam as premissas. A premissa maior, ou primeira, deve ser geral ou universal (exemplo clássico: todo homem é mortal); a segunda é a premissa menor, geralmente particular (no exemplo clássico: Pedro é homem), enquanto a conclusão decorre delas (no exemplo, logo, Pedro é mortal). Exemplo jurídico: causar dano gera a obrigação de indenizar (premissa ou juízo maior, geral ou universal); João causou dano ao automóvel de Manuel (premissa menor, particular); logo, João está obrigado a indenizá-lo (conclusão).

6 Coube a Gény (*Science et Technique du Droit Privé Positif*, Paris, 1914-24) distinguir com precisão a técnica da ciência jurídica. À ciência, segundo Gény, compete estabelecer a *matéria* do direito, enquanto à técnica, a *forma* dessa matéria, a sua criação, interpretação, aplicação e revogação. Mas na determinação da matéria do direito a opinião de Gény tornou-se discutível. Para ele, à ciência jurídica compete descobrir os *dados* do direito, de quatro espécies: *donné* “real” ou “material”, formado de “condições de fato” condicionadores do processo legisferante, sejam de “natureza física ou moral” (clima, solo e seus produtos, constituição anatômica e

fisiológica do homem, estado psicológico, aspirações morais, sentimentos religiosos etc.), de condições econômicas, que influem sobre a sua atividade, e de forças políticas ou sociais; *donné* “histórico”, formado de “fatos e circunstâncias da vida humana e social” (tradições, precedentes, costumes, leis, doutrina, jurisprudência, solidamente estabelecidos); *donné* “racional”, constituído pela essência das coisas, apreendida pela razão, tendo por base o “irredutível direito natural”, imutável e absoluto; *donné* “ideal”, captado pela intuição, formado pelos ideais sociais, que influem sobre a conceituação histórica desses “dados”, contribuindo assim para entender-se o processo histórico-social do direito. *Vide*, sobre Gény, §§ 137, 196 e 199, nota 52.

7 Segundo Max Weber, a *generalização* constitui uma das formas do racionalismo, calcada no casuísmo, que lhe serviu de ponto de partida.

8 Segundo Max Weber, pode ser irracional ou racional o processo de aplicação do direito. O primeiro depende de fé e de procedimentos extraordinários (oráculos, ordálio etc.), enquanto o segundo, da lógica jurídica e da construção de um sistema jurídico.

9 O direito arcaico usou e abusou dos *aforismos* ou *adágios*, que é uma técnica de redigir máximas jurídicas, concisas e gerais, que resumem uma regra de direito. São máximas proverbiais, forma arcaica de legislar. Exemplos: “ninguém pode transferir mais direito do que possui” (*nemo ad alium plus juris transfere potest quam ipse possident*), “nas coisas móveis, a posse vale título” ou, então, “a ninguém é lícito ignorar a lei”. No Código de Manu (*vide* § 140), foram as máximas jurídicas muito usadas.

10 O vocábulo *direito* é empregado *exclusivamente* neste parágrafo no sentido de Ciência do Direito. Nos demais capítulos e parágrafos é usado como norma ou conjunto de normas jurídicas. Antecipando o que trataremos depois, temos a dizer que o termo *direito* é empregado em três sentidos: norma jurídica, ciência do direito e direito subjetivo (poder, faculdade, prerrogativa que tem o titular, ou seja, a pessoa que tem um direito, como o proprietário, o comprador, o locador etc.). No Capítulo X daremos maiores esclarecimentos sobre os referidos significados.

11 Leitura fundamental sobre os vários aspectos do direito comparado: *Livre du Centenaire de la Société de Legislation Comparée*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969 (pode ser encontrado na Biblioteca do TJRJ).

12 Devemos esclarecer, com Cândido Luís Maria de Oliveira (*Curso de legislação comparada*, Rio de Janeiro, 1903), que em 1830, na França, Lermnier, no Colégio de França, inaugura a cadeira de História Geral das Legislações Comparadas e, em 1837, Ortolan, na Faculdade de Direito de Paris, profere a primeira lição de legislação penal comparada. No Brasil, continua o ilustre jurista pátrio, o Decreto nº 7.427, de 19 de abril de 1879, determinou que o “estudo do direito constitucional, criminal, civil, comercial e administrativo será sempre acompanhado da comparação da legislação pátria com a dos povos cultos”. O estudo comparativo de leis de diversos países foi feito por alguns legisladores e pensadores ao longo da História. Licurgo, segundo Plutarco (*Vidas*), comparou as legislações de Creta com as dos jônios e de outras cidades para legislar para Esparta.

13 Alguns juristas denominaram os estudos jurídicos comparativos de *comparative jurisprudence* (Pollock), enquanto outros, de *législation comparée*, que teve certa aceitação na França, empregada, algumas vezes, por Lambert.

- ¹⁴ Pode-se datar a Teoria Geral do Direito como sendo de 1874 por ter sido nesse ano publicado o trabalho de Merkel, que trata das relações da filosofia do direito com a ciência do direito positivo. Foram então lançadas, com essa obra, as bases da nova disciplina sob a influência do positivismo. Aderem a essa nova posição Filomusi Guelfi, na Itália, Somló mais tarde, e, em 1917, Roguin; partindo de outra posição filosófica, Kelsen.
- ¹⁵ Entre nós, foram pioneiros da Sociologia Jurídica, Pontes de Miranda, Queiroz Lima, Carlos Campos, Cláudio Souto, Djacir Menezes, Evaristo de Moraes Filho, Cândido Mendes de Almeida, Nélon Nogueira Saldanha, Felipe Augusto de Miranda Rosa etc. Pela originalidade com que a versaram na América Latina, devem ser lembrados os argentinos Herrera Figueroa, Pedro David e o mexicano L. Mendieta y Nunez.
- ¹⁶ Simmel, “Problemas Fundamentales de la Filosofia”, *in Revista de Occidente*, trad., Madrid, 1946, p. 11.

II

RELAÇÕES DA CIÊNCIA JURÍDICA COM OUTRAS CIÊNCIAS

11. O DIREITO E AS CIÊNCIAS SOCIAIS

Os séculos XIX e XX modificaram profundamente a noção de homem culto e de fonte do saber. Assim, até a partir da segunda metade do século XX, mais ou menos, 1930, bastava ao jurista, para ter cultura geral compatível com o seu papel social, ser iniciado em Filosofia e História. A partir de então, a Filosofia, que perdeu muito de sua supremacia, é somente uma das fontes do saber utilizada pelo jurista para compreender, em sua globalidade, a realidade social de seu tempo, à qual deve aplicar o direito.

Desta forma, a partir da segunda metade do século XX, não mais se pode pensar em estudar o direito sem o conhecimento de outras ciências que facilitam a exegese, a aplicação e, principalmente, a criação do direito.

Daí não ser exagero afirmar: o desconhecimento de ciências, com estreitas relações com o direito, muito contribuiu para a perda do papel social que desempenhou o jurista no nosso passado até os anos 1960, para a qual concorreu também a crise do ensino jurídico, divorciado das demais ciências sociais, destinado exclusivamente a formar profissionais eficientes, “doutores em leis”, e não juristas.

Para que o jurista tenha uma visão atual do direito é necessário que seja iniciado nas ciências sociais, dentre as quais destacamos a *Sociologia*, pela importância que tem para o direito, pois, hoje, não se pode formular, interpretar ou aplicar o direito sem o conhecimento dessas ciências e, muito menos, construir a ciência jurídica, como autêntica ciência, sem uma visão sociológica. Basta, para comprovar nosso pensamento, meditar sobre o que é a Sociologia, que, como nota Sorokin, é não só a ciência das “relações e correlações entre várias classes de fenômenos sociais (correlações entre os fatores econômicos e os religiosos; a família e a moral; o jurídico e o econômico; a mobilidade e os fenômenos políticos etc.)”, como, também, o estudo das relações “entre os fenômenos sociais e os não sociais (geográficos, biológicos etc.)”, que a habilita a dar as “características gerais comuns a toda classe de fenômenos sociais” (vide Capítulo III) e a entendê-los como realmente são.

E assim é porque a Sociologia estuda os fatos sociais, ou seja, os fenômenos sociais. Ora, o direito é um fato social, resultante do impacto de diversos fatores sociais (religião, moral, econômico, demográfico, geográfico etc.). A Sociologia versa sobre os costumes e as normas sociais; ora, é sabido que, em suas origens, o direito se apresenta sob a forma de costumes e, hoje, costumes regulam o mercado juntamente com as normas jurídicas. A Sociologia é, também, a ciência

das instituições sociais; ora, o direito dá forma jurídica a muitas instituições sociais, como, por exemplo, a família, a propriedade etc. A Sociologia Jurídica (§ 7º) é inconcebível sem a Sociologia, da qual é uma especialização. O estudo do fenômeno social da delinquência só é possível com o auxílio da Sociologia, principalmente o fenômeno da delinquência juvenil, que reflete a dissolução de costumes, a crise de afetividade, a crise do mercado de trabalho e a crise da família de nossos dias. Poderíamos continuar enumerando exemplos comprovadores da necessidade que tem o jurista da Sociologia.¹

A História (§ 8º), ou seja, o conhecimento do passado humano, ou, como a entende G. Monod (“Histoire” in *De la Méthode dans les Sciences*): o estudo do conjunto das manifestações da atividade e do pensamento humanos, considerados cronologicamente e em sua sucessão, seu desenvolvimento e suas relações de conexão ou dependência, é de grande utilidade para o jurista, por ser o direito também fenômeno histórico, que tem largo passado, ou seja, que tem História, relacionada com outros fatos e acontecimentos históricos. O Código Civil francês seria incompreensível sem a Revolução Francesa, bem como a Lei das XII Tábuas dos romanos sem a luta entre patrícios e plebeus ou as clássicas Declarações de Direito sem as Revoluções Americana e Francesa. A teoria da divisão dos poderes estatais resultou do conflito entre a Coroa e o Parlamento inglês, enquanto o direito do trabalho tem suas origens nas reivindicações trabalhistas da primeira fase da Revolução Industrial. A História fornece ao jurista as fontes históricas do direito, de grande importância porque o direito atual tem suas raízes no passado. Governado pela força da tradição, o direito antigo encontra-se nas bases do direito vigente. Poder-se-ia pensar em direito alemão, francês ou italiano sem o direito romano ou em direito brasileiro sem as Ordenações Reais (§ 176)? Mas não é só, pois a História, dando a conhecer os direitos antigos, os erros cometidos pelos legisladores do passado e os bons e maus efeitos sociais das legislações antigas, aponta ao jurista e ao legislador de hoje o caminho que não deve seguir. No direito, dizia Leibniz, encontramos o direito do passado e o do futuro. Não se pode, pois, fazer ciência do direito sem o conhecimento da História. O jurista, disse Savigny, não pode deixar de ser um historiador.

A *Economia* (§ 24), ciência que tem por objeto a ordem econômica, da qual depende o bem-estar social, a paz social e o desenvolvimento do país, é outra com a qual o direito tem laços estreitos de parentesco. Não que o direito seja, como sustenta Stammler (§ 197), a forma jurídica das relações econômicas ou o reflexo, como quer Marx (§ 199), de ditas relações, mas porque há largo campo do jurídico em que os fatos econômicos têm importância fundamental. A intervenção do Estado no campo econômico, resultante da Grande Depressão de 1929, ampliou o número de relações e atos jurídicos de conteúdo econômico. As crises econômicas periódicas alteram os sistemas jurídicos. O controle de preços de gêneros alimentícios de primeira necessidade ou o congelamento de alugueres e salários, resultantes da crise de 1929, para a qual o direito então vigente não oferecia solução adequada, exigindo legislação especial, é exemplo que demonstra, de forma inequívoca, a dependência do direito do fator econômico e a importância da Economia, como

ciência, para o legislador, o juiz e o jurista. As garantias dadas pelo direito civil, dominantes até 1914, aos bens imóveis foram, então, estendidas aos bens móveis, hoje tendo maior valor do que aqueles. A industrialização, entre nós, acelerando-se após os anos 1930, fez evoluir o direito do trabalho. O direito econômico, que controla a produção e a circulação de riquezas, é ramo novo do direito, que apareceu devido à importância adquirida pelas relações econômicas depois da Primeira Guerra Mundial. Mesmo quando o direito se afasta da ordem econômica, deixando o mercado estabelecer as regras que devem controlá-lo, como ocorreu a partir do fim do século XX, cabe-lhe fazê-las serem respeitadas, garantindo a liberdade econômica. O valor da Economia para o jurista tornou-se tal, que nas Faculdades de Direito foi criada a cadeira de Economia Política. Cadeira criada ao tempo do domínio do “Bacharelismo”, muito antes de aparecerem as Faculdades de Economia. Por isso, não se pode negar as relações estreitas existentes entre Economia e Direito e o valor que ela tem para o jurista.²

A *Moral* (§ 43), que tem por objeto o comportamento humano regido por regras e valores morais, que se encontram gravados em nossas consciências, e em nenhum código, comportamento resultante de decisão da vontade, que torna o homem, por ser livre, responsável por sua culpa quando agir contra as regras morais, tem relações muito próximas com o direito. Não se precisa ir nesse assunto muito longe para admiti-las porque norma, liberdade, culpa, responsabilidade e sanções são temas básicos da moral. Por isso, tem ela importância fundamental para o direito, que é controle social eficaz da conduta humana. Muitas regras morais foram acolhidas pelo direito: não matar (implícita na punição do homicídio), não causar dano injusto a outrem (fonte da obrigação de reparar), respeitar a palavra dada (básica no direito dos contratos) etc. Na Moral e na Religião encontra-se a origem do direito antigo. A Justiça, valor jurídico fundamental, é valor moral. O estudo da Moral, de suas regras e dos costumes é, pois, relevante para o jurista, principalmente para humanizar as relações econômicas e o mundo materializado de nossos dias.

Finalmente, a *Ciência Política*, cujo tema central é o poder, o governo do Estado, os costumes políticos, as ideologias etc., tem laços estreitos com o direito, por ser o direito estatal o direito por excelência no mundo atual. A Ciência Política é, pois, de importância fundamental para o direito constitucional.

Essas são as ciências sociais que têm, a nosso ver, relações mais estreitas com o direito.

12. MEDICINA LEGAL

É o emprego de conhecimentos médico-cirúrgicos com o objetivo de constituir prova, quando o homem em si é objeto dela. Segundo os tratadistas, existe no direito arcaico, como, por exemplo, no Talmud ou na *Lex Cornelia*, referência a termos médicos, como virgindade, aborto, estupro, ferida, infanticídio. Há referência na codificação de Justiniano a doenças mentais. Na Idade Média

havia a praxe de os juízes chamarem médicos para, sob juramento, diagnosticarem e darem pareceres sobre problemas jurídicos cuja solução dependia da Medicina. Ugo di Lucca, de Bologna, foi um perito médico afamado na Idade Média. Bartolo (1314-1357), com suas obras *De Percussionibus e De Cicatricibus*, deu origem à Medicina Legal. Assim, a Medicina Legal aparece com os pós-glosadores. O primeiro tratado de Medicina Legal é de Ingrassia (*Methodus dandi relationes*, 1578), depois, em 1621, tivemos *Questiones medico-legales*, de Zacchia, e, em 1696, *Medicina Legale*, de Behrens, sem nos esquecermos do *Corpus iuris medico legalis* (1740), de Valentin.

A Medicina Legal facilita a interpretação e a aplicação da lei penal quando esta emprega noções que só ela pode definir, como, por exemplo, aborto, virgindade, morte, lesão corporal etc. Perrando (*Manuale di Medicina Legale*) a define como parte da ciência médica que se dedica a “todos os problemas biológicos e médico-cirúrgicos, que têm relação com a evolução das ciências jurídicas e sociais, bem como, de forma sistemática, fornece noções técnicas indispensáveis à solução das questões de índole técnica nos procedimentos judiciais”.

Os conhecimentos médicos são valiosos tanto no direito penal como no direito civil. Assim, por exemplo, do exame de sanidade mental pode resultar a interdição de pessoa de maioridade; no direito de família muitos casos dependem de perícia médica, como, exemplificando: determinação da incapacidade para o ato sexual motivadora de anulação do casamento, a investigação de paternidade etc.

13. PSICOLOGIA JUDICIÁRIA

É a parte da Psicologia a serviço do Judiciário, que, *servindo-se da Psicologia, possibilita descobrir o falso testemunho e a autoria de delitos*. Não reduz suas investigações ao delinquente, pois se dedica também ao testemunho como meio de prova. Ao tratar do delinquente, não indaga os fatores psicológicos do delito-objeto da psicologia criminal, mas colabora na formação da convicção do juiz sobre a veracidade ou falsidade do depoimento do delinquente. Trata também da psicologia do magistrado, do advogado e do promotor. Analisa documentos e fatos em função da personalidade de seus autores e da idade, do sexo e do estado de saúde dos mesmos. Oferece a magistrados, advogados e membros do Ministério Público meios e elementos necessários para descobrir verdades, falsidades, simulações etc. Pode ser definida como a *técnica psicológica a serviço do processo judicial, com o objetivo de descobrir verdade, falsidade ou simulação de atos, de confissões, de depoimentos, de condutas* etc. Pode também, como defende o realismo jurídico norte-americano (§ 201), indagar as motivações psicológicas das decisões judiciais.

14. CRIMINOLOGIA

A Criminologia³ é o *estudo do homem criminoso, isto é, do delinquente e do crime, não do ponto de vista legal, mas dos fatores* que o determinam, com o objetivo de fornecer elementos para a política de prevenção criminal. Funda-se, exclusivamente, em métodos científicos, alheada das definições e das categorias jurídico-penais. Trata do crime como um fato, sem cogitar de seus “elementos normativos” (Seelig).

Assim, a Criminologia não cogita do crime no sentido jurídico, da pena como sanção jurídica, mas do crime como fato, como expressão da personalidade do delinquente e do meio social. Estuda, pois, o delinquente, não a lei penal, indagando as motivações (individuais e sociais) que o levam a delinquir. Visa a conhecer melhor o criminoso, para melhor recuperá-lo e prevenir melhor. Por isso, é o estudo das causas ou fatores da criminalidade com o objetivo de evitá-la ou reduzi-la, combatê-la e de obter a recuperação do delinquente. Nessa tarefa, não se reduz ao estudo de um dos fatores da criminalidade.

Através desse estudo é possível prever, com certa probabilidade, as condições favoráveis à criminalidade.

Considera, funcionalmente, a pena como meio de readaptação do criminoso à vida em sociedade, e como meio preventivo, sem levar em conta seu aspecto retributivo. Assim, para a criminologia vale mais o aspecto “corretivo” da pena do que o “retributivo”.

Compreende a *antropologia criminal*, a *psicologia criminal* e a *sociologia criminal*, que, juntas, constituem o que se tem denominado de *criminologia teórica*. A aplicação dos resultados da criminologia teórica é o objetivo da *criminologia prática* e da *criminalística*.

A criminologia prática procura corrigir o criminoso e evitar a criminalidade, utilizando-se não só dos resultados da criminologia teórica, como também da Antropologia, da Sociologia, da Psicologia e da Psiquiatria.

Da Criminologia se distingue a *Política Criminal*, parte da ciência criminal, que, servindo-se dos resultados da Criminologia, traça planos para a luta contra a criminalidade.

A história da Criminologia começa na Itália, com Lombroso (1835-1909), fundador da “escola antropológica”, também denominada “escola italiana”, aparecida, em 1871, com a publicação do livro *L'uomo Delinquente*, em que Lombroso defende a tese de o criminoso ser reconhecível por caracteres morfológicos.⁴ De Lombroso para cá, a Criminologia tem percorrido muitos caminhos, fixando-se ora em fatores individuais (biológicos e constitucionais), ora em fatores psicológicos e ora em fatores sociais do delito, em sua busca das raízes da criminalidade, a fim de poder prevê-la, para evitá-la. Hoje, cada vez mais, as posições monistas (biológicas, psicológicas ou sociais) e as dualistas (individuais e sociais) estão sendo abandonadas, admitindo a moderna Criminologia o pluralismo de causas ou fatores do delito.⁵ Do que foi dito é fácil reconhecer a importância da Criminologia na formulação da política criminal, bem como no aperfeiçoamento do sistema penitenciário e na recuperação do delinquente.

15. ANTROPOLOGIA CRIMINAL

É a parte da Criminologia que estuda as causas *endógenas* do delito. De certa forma, pode ser considerada ciência que se inicia com *L'uomo Delinquente* (1871-76), de Lombroso (1835-1909), cujas ideias foram colocadas de lado por seus discípulos, que só guardaram da obra lombrosiana o ponto de vista, ou seja, a consideração naturalista (e não legal) do delito, ao enfatizarem a importância dos processos psicológicos na gênese do crime (De Sanctis, Nicéforo) ou dos fatores individuais e sociais (Ferri). Pode-se dizer que, partindo de Lombroso, a Antropologia Criminal não mais se fixa em um dos fatores da criminalidade, deixando de ser assim monista, para ser pluralista, pois interpreta o *crime como reflexo de uma personalidade, resultante de vários fatores (somático, psicológico, social)*. Querendo resumir, é lícito dizer que a Antropologia Criminal *estuda o delito como resultado de fatores orgânicos e biológicos*, ou melhor, *como resultante de fatores orgânicos e constitucionais*. Pesquisa as características orgânica e morfológica dos criminosos. Serve-se nessa pesquisa do método estatístico. É muito útil na avaliação da periculosidade do delinquente.

16. PSICOLOGIA CRIMINAL

Pesquisa os “processos psíquicos do homem delinquente” (Guarnieri). Há quem a vê como ramo da Antropologia Criminal, porém, atualmente, com o desenvolvimento alcançado pela Psicologia, é ciência autônoma, que, no entanto, deve caminhar observando os resultados daquela ciência. Como nota Pinatel, a Psicologia Criminal interessa-se pelos processos psíquicos do delinquente, pelos motivos que o levaram a delinquir. Com a Psicanálise, ela se prende ao estudo profundo da mente do delinquente, indagando suas motivações inconscientes, isto é, a gênese de suas motivações aparentes e imediatas. Reencontra-se com a Psiquiatria quando aborda os aspectos psicopatológicos da conduta delituosa. Apresenta-se ainda como psicologia social ao investigar a influência do meio no comportamento criminoso. Dentre os seus objetivos está apoiar psicologicamente o delinquente. Estando nos processos psicológicos a raiz da conduta humana, pode-se considerar a Psicologia Criminal como uma das partes fundamentais da Criminologia. Não cogita do delinquente anormal, objeto de estudo da Psiquiatria Criminal. A Psicologia Criminal vem traçando tipos de delinquentes, caracterizados por vários processos psicológicos: instintivos (dominados pelo instinto de conservação ou de procriação), neuróticos (movidos por neuroses), afetivamente pervertidos (insensíveis, indiferentes, egoístas), emotivos, emocionais, vingativos etc. Os menores delinquentes têm merecido dela estudo aprofundado, dos quais se deduz serem eles levados à delinquência pela imaturidade, por erros de educação, por problemas afetivos, pela crise da família, pela falta de amparo dos pais, pelos maus exemplos etc. (*vide* Pedro David, *Sociologia Criminal Juvenil*). Dentro da Psicologia Criminal, temos a *Psicanálise Criminal*, que estuda os motivos subscientes e inconscientes do delito com o emprego do método psicanalítico e,

atualmente, com o uso de testes. Entre nós, Luís Ângelo Dourado (*Homossexualismo e Delinquência*, 1963, *Raízes Neuróticas do Crime*, 1965, e *Ensaio de Psicologia Criminal*, 1969), ex-chefe do Serviço de Biopsicologia do Presídio Milton Dias Moreira, do Rio de Janeiro, nos anos 1960, fez largo uso, no referido estabelecimento penal, do método psicanalítico e do “teste da árvore” com o objetivo de precisar a periculosidade de cada um dos delinquentes. Segundo Dourado, a “personalidade do criminoso é a figura central na psicogênese do crime”, desempenhando o meio social papel de “fator precipitante”. Dever-se-ia julgar, segundo o autor citado, o criminoso, e não o crime.

17. SOCIOLOGIA CRIMINAL

Investiga os fatores ambientais e sociais do delito. Trata o delito como fato social. Inicialmente, à luz do *monismo sociológico*, definiu-o como resultante de um único fator social, principalmente do econômico. Hoje *pluralista*, reconhece que o delito resulta de vários fatores sociais, para o qual concorre o indivíduo, com seus fatores somáticos e psicológicos. Ferri, com sua *Sociologia Criminal* (1881), pode ser considerado o precursor dessa ciência. Concluindo, a *Sociologia Criminal concentra-se nos fatores sociais da delinquência (morais, econômicos, políticos, raciais, climáticos, educacionais etc.)*.⁶

18. CRIMINALÍSTICA

Essa denominação é dada a todas as ciências que têm por objeto o delito. Assim fez Von Liszt. Atualmente, porém, por *Criminalística* se entende a *ciência que trata das provas criminais: prova pericial (médica, antropométrica, datiloscópica etc.), bem como das técnicas para descobrir o autor do crime e o falso testemunho*. Daí incluir-se nela a psicologia da testemunha. Generalizando, Seelig a considera ramo da ciência penal que tem por objeto a investigação dos delitos (fenomenologia criminal).

¹ Vide nosso *Manual de Sociologia*.

² Trisavô do Autor, Pedro Autran da Matta Albuquerque, conhecido por Pedro Autran, um dos fundadores da Faculdade de Direito do Recife, publicou no século passado obra de Economia Política (*Prelecções de Economia Política*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Garnier, Livresiros Editor, 1860, impresso em Paris), que, entre nós, é uma das primeiras sobre o assunto, sem nos esquecer da obra do Visconde de Cairu (José da Silva Lisboa). No século XX, até os anos 1940, nas nossas Faculdades de Direito, os professores de Economia Política indicavam o clássico *Cours d'Économie Politique* (Paris, Sirey) de Ch. Gide.

- ³ Eis algumas definições da Criminologia: “teoria das formas reais do delito e da luta contra o delito” (Seelig); “estudo do homem delinquente, do delito e dos meios de repressão e prevenção do delito mesmo” (Nicéforo); “teoria do delito como fenômeno na vida social e na vida individual” (Exner); “parte da ciência penal que põe em relevo os fatores da criminalidade mediante investigação empírica, quer dizer, os fatores individuais e sociais que fundamentam a conduta delituosa” (Hurwitz); “estudo científico da criminalidade, suas causas e meios de combatê-la” (Q. Saldana).
- ⁴ Depois de Lombroso, ainda em sua época, na França, J. A. E. Lacassagne sustenta ser o criminoso produto do meio. E. Locard desenvolve essa interpretação sociológica, que com Ferri, à luz do Positivismo, recebe sua forma definitiva. F. Von Liszt concilia Lombroso e a *escola do meio* (social, familiar), sustentando que a “natureza e o meio determinam os criminosos”. Estavam assim lançadas as principais posições da Criminologia.
- ⁵ Em 1921, Chrysolito de Gusmão estudou a questão sexual, as anomalias do instinto sexual, os desvios e perversões sexuais sob o aspecto fisiológico, psicopatológico inclusive com referência, em 1921, a Freud, e pelo lado sociológico e ético, relacionando-os com os delitos sexuais em *Dos Crimes Sexuais* (Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, há edição atualizada pelo Autor de 2001), obra que mereceu na Itália estudo de Mario Manfredini (“Scuola Positiva”, *Rivista di Diritto e Procedu-ra Penale*, A. II, fasc. 4-5-6, nuova serie). Há edição em espanhol: *Delitos Sexuales*, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, tradução e notas de Manuel Osorio y Florit.
- ⁶ Entre nós, antes da I Guerra Mundial, Chrysolito de Gusmão, em 1913, estudou sociologicamente a associação para delinquir (*O Banditismo e a Associação para Delinquir*, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos Ed., 1914) associação que, hoje, seria rotulada de “quadrilha”.

III

DIREITO E SOCIEDADE – NATUREZA E CULTURA – DIREITO, FENÔMENO SOCIOCULTURAL

19. SOCIEDADE E DIREITO

Coube à “escola sociológica francesa” o mérito de ter, desde o seu fundador, Durkheim, aprofundado a dependência do direito da realidade social. Anteriormente, Montesquieu, no século XVIII, já havia admitido essa dependência, principalmente do meio geográfico, chegando a encontrar na “natureza das coisas” a fonte última do direito.¹ Para Durkheim (*De la Division du Travail Social*, 1893), o direito é o “símbolo visível” da solidariedade social, enquanto para o seu seguidor, o sociólogo e romanista H. Lévy-Bruhl, é o “fenômeno social por excelência”. E assim é por ser o direito o único controle social que tem mais possibilidade de garantir a ordem, a paz e a segurança sociais, viabilizando, assim, a sociedade em todas as etapas de sua evolução. Em razão disso, olhando-se para trás, depara-se com a variabilidade do direito. Da natureza do agrupamento social depende a natureza do direito, que a reflete e a rege. Do tipo de sociedade depende a sua ordem jurídica, destinada a satisfazer as suas necessidades, dirimir possíveis conflitos de interesses, assegurar a sua continuidade, atingir as suas metas e garantir a paz social. *Ubi societa ibijus*: onde há sociedade há direito; poderia ser assim adaptado o velho brocardo.

A correspondência estreita entre direito e sociedade foi levada ao extremo pela *escola do direito livre* (§ 199) alemã. Ehrlich admitiu o papel secundário desempenhado pelo direito legislado na disciplina da vida social, por admitir encontrar-se na sociedade, e não no Estado, o “centro de gravidade do direito”, enquanto Gurvitch (§ 199), defensor da *teoria do direito social*, disse corresponder a cada tipo de sociabilidade um tipo de direito: haveria assim direito correspondente às relações de aproximação, como, por exemplo, o de família ou o das sociedades civis ou comerciais, outro correspondente às relações de afastamento, como o de propriedade, além do correspondente às relações mistas (aproximação-afastamento), como o dos contratos. Essas ideias, algumas sustentadas no limiar do século XX, enquanto outras, entre as duas guerras mundiais, tinham o mérito de acentuar a vinculação do direito à realidade social e fazer depender do tipo de sociedade o conteúdo do direito.

Sendo universal a sociedade porquanto o homem só pode viver em sociedade, sendo, como já havia dito Aristóteles, um animal político (*zoon politicon*), universal é o fenômeno jurídico como fenômeno social, mesmo quando, como na Antiguidade, encontra-se confundido com uma “multiplicidade de prescrições totalmente estranhas ao direito”, como notou Bouglé a respeito do

Por outro lado, a sociedade é reduzível a um complexo de normas, podendo ser por isso entendida como *ordem social* estabelecida por normas sociais. Esse tipo de organização, específica à sociedade humana, é necessário em virtude da liberdade que caracteriza o homem, que pode levá-lo a inobservar os padrões de conduta estabelecidos pelas normas. Eis a razão por que as normas sociais são acompanhadas de sanções. Destinam-se a exercer o controle social, sendo, no dizer de Mannheim, consagradas a influenciar o “comportamento humano, tendo em vista determinada ordem”, além de serem “responsáveis pela ordem e pela estabilidade sociais”. Sanções que vão da advertência até a pena de morte.

O homem, desde o seu nascimento até a sua morte, independentemente de sua vontade, e os grupos sociais, independentemente de seu poder, são controlados por normas sociais.

Duas são as espécies de normas que formam a *ordem social*: as sancionadas ou reconhecidas e garantidas pelo poder público e as que dele independem. As primeiras são as do direito (normas jurídicas), enquanto as segundas, as estabelecidas pelo costume. As primeiras têm órgãos ou aparelhos destinados a aplicá-las, como os tribunais, as autoridades administrativas ou a polícia, as outras, não.

As normas sociais, quando têm finalidade e objeto comuns (p. ex., parentesco), formam *sistemas normativos*. Muitas dessas unidades dão origem a instituições sociais (§ 22). Grande parte delas é escrita, como as do direito, que podem ser codificadas, enquanto as demais são não escritas, consuetudinárias, formando os costumes sociais, transmitidas oralmente.

O Direito, portanto, é uma das normas sociais, das quais se distingue por ser acompanhado de sanções organizadas, institucionalizadas, aplicadas por órgãos especializados, isto é, pelo poder público, características que, como veremos (§§ 43 e 47), não têm as demais normas sociais.

20. DIREITO, FATO SOCIAL

O direito tem todos os caracteres exteriores e interiores do fato social.

Caracteriza-se o fato social em sua exterioridade, no dizer de Durkheim, por ser geral, comum aos membros da sociedade, e por exercer pressão sobre todos em virtude de ser coercitível, em razão das sanções de que dispõe.²

Ora, o direito exerce constrangimento social, exerce pressão sobre seus destinatários e, quando transgredido, pune o infrator com sanção determinada, prevista na legislação.

Mas o fato social não se caracteriza só por ser geral, coercitivo e sancionado, mas por ser também carregado de sentido, como notou Max Weber (§ 199), em função do qual pode ser compreendido, sendo por isso, como disse Sorokin, significativo. Assim, por exemplo, as relações sexuais constituem fenômeno social na medida em que têm o sentido ou valor de casamento,

concubinato, prostituição, estupro etc., isto é, com palavras de Sorokin, quando “adquirem um valor ou significação sobreposto a sua natureza biofísica, que as transforma em uma interação dotada de sentido”.

O direito também é carregado de sentido, de significação, cristalizados nos costumes, nas leis e nas sentenças. A norma dá “sentido” a condutas (lícitas ou ilícitas) e ela própria é carregada de sentido, que deve ser o objeto de interpretação, seja o sentido dado por valores (justiça etc.), seja o da vontade do legislador, que elaborou e promulgou a lei, ou o correspondente à realidade social ou ainda à vontade histórica da sociedade civil.

O fato social é pluridimensional, como havia dito Gurvitch (§ 199). Ora, o direito, como já notara Miguel Reale (§ 198), é a unidade constituída de “fato” (econômico, geográfico, demográfico etc.), “valor” e “norma”. As suas transformações, destinadas a acomodá-lo às modificações sociais, evidenciam a sua natureza social, principalmente quando elas decorrem de costumes ou da jurisprudência, mesmo quando, devido a sua natureza conservadora, tarda a se amoldar às novas realidades sociais.

Enfim, o direito é construído tendo por base elementos fornecidos pela realidade social. Stammler (§ 197) disse ser o direito a “forma” de uma “matéria” social.

Reflexo de fatos sociais – *jus ex facto oritur* (o direito nasce do fato) – o direito nem sempre surge espontaneamente, salvo sob a forma de costume, que até o século XIX foi uma das principais fontes do direito, tendo deles, na Idade Média, brotado o direito comercial; mas, atualmente, salvo na Inglaterra, é fonte secundária.

O direito resulta, também, de reflexão intelectual, seja do legislador, seja do jurista, seja do juiz, provocada ou influenciada por fatos sociais: disciplinando-os, ordenando-os, incriminando-os. Lenta, gradual é a introdução na ordem jurídica de novos princípios e de normas exigidos pelas novas situações histórico-sociais, devido a ser o direito, por natureza, conservador. Daí o desajustamento frequente que existe entre a ordem jurídica e a ordem social: o direito, em comparação com as demais formas de cultura (arte, moral, literatura, cinema, costumes etc.), está sempre em atraso em relação às transformações sociais. A interpretação reduz, muitas vezes, esse atraso, construindo, quando judicial, o direito jurisprudencial (§§ 80 e 137), que pode conflitar com o codificado, ultrapassando, quantas vezes, a lei, como, por exemplo, as sentenças que, antes da intervenção do legislador, equiparou o concubinato à sociedade de fato para reconhecer o direito da concubina a participar do patrimônio do companheiro quando desfeita essa união. Hoje, o concubinato está legalizado, não dependendo mais de construção jurisprudencial o amparo à concubina abandonada, porque, pela constituição de 1988, foi transformado em entidade familiar sob a denominação de “união estável”. Por outro lado, a revolução sexual dos anos 1960, a “pílula”, e com ela a libertação sexual da mulher criaram novos costumes, colocando, praticamente, em desuso o crime de “sedução” (art. 217 do Código Penal de 1944) em virtude de a “virgindade” da mulher

estar desaparecendo como valor jurídico.

Não deve o direito, como fenômeno social que é, se afastar muito da opinião pública, sob pena de não ser espontaneamente observado, pois do contrário exigirá vigilância maior por parte do poder público, aumentando o serviço dos órgãos de fiscalização, da Polícia e do Judiciário. Se inobservar as tradições e os valores tradicionais, criará áreas de atrito que reduzirão a sua eficácia e validade. Mas, quer quando se transforma para atender aos novos fatos sociais, quer quando se arma de novas sanções para reagir àqueles, o direito emprega categorias que foram criadas desde a Antiguidade e que através da História vêm sendo aperfeiçoadas, como, por exemplo, propriedade, contrato, hipoteca, enfiteuse, casamento, divórcio, pena de multa, de prisão etc.

Do exposto, não se pode negar ser o direito um dos fatos sociais.

21. DIREITO E RELAÇÕES SOCIAIS

Pode-se dizer ser a vida social constituída de uma rede de relações sociais, que, *grosso modo*, podem ser caracterizadas, como notou Gurvitch, como sendo de “aproximação”, de “afastamento” (oposição) e “mistas” (aproximação-oposição). Casamento, família e contrato social (sociedade comercial, civil), por exemplo, são constituídos de relações do tipo “aproximação”, enquanto os conflitos entre indivíduos ou grupos e o direito de propriedade, de relações de “oposição” ou “afastamento”; o direito dos contratos, salvo o de sociedade civil ou comercial, disciplina relações mistas (aproximação-afastamento). Relações inicialmente de aproximação, como as oriundas do casamento, podem, com o tempo, se transformar em relações de afastamento ou oposição, gerando conflitos, conduzindo à separação do casal. Por outro lado, relações do tipo de oposição ou afastamento, como as mantidas entre os desquitados ou divorciados, decorrentes, por exemplo, de pensão, guarda de filhos menores, visitas aos mesmos, bens do casal etc., podem se transformar em relações de aproximação, caso haja reconciliação ou acordo. Mas, quando tal não ocorrer, o tempo pode conduzir à acomodação das partes em litígio através de acordos, muitas vezes judiciais, que, pondo fim ao litígio, estabelecem relações das quais nascem obrigações e direitos espontaneamente assumidos. No caso de conflitos entre grupos, como, por exemplo, os que ocorrem entre vencedores e vencidos após uma guerra, a princípio, tomam a forma de pura dominação, como ocorreu na ocupação, pelos Aliados, da Alemanha, cujo direito só foi respeitado na medida em que não perturbou a ocupação; depois, com o tempo, acomodação do grupo vencido com os valores, ideias, projetos, interesses, normas dos vencedores (com ou sem a reconquista da soberania) e, posteriormente, assimilação progressiva da cultura dos vencedores pelos vencidos, ou vice-versa (como ocorreu com os romanos em relação aos gregos), isto é, aculturação, pela qual o vencido absorve parte da cultura do vencedor ou este a daquele, como, com outro exemplo, a aculturação dos germanos (§ 165) ao terem contato direto com a cultura dos romanos, por eles vencidos, fato que os colocou sob a influência do cristianismo, e que conduziu à romanização do direito germânico, bem

como, com outro exemplo, a aculturação dos macedônicos ou dos próprios romanos, como dissemos, ao serem helenizados pelos filósofos ou artistas gregos escravizados.

Ora, a maioria das relações sociais, ou as mais importantes para a sociedade, seja por serem essenciais à esta, seja por serem geradoras de graves conflitos, capazes de ameaçar a paz e a ordem sociais, tornam-se relações jurídicas (§ 144) ao serem regidas por norma jurídica (lei, costume, precedente judicial, *case-law*), bem como tornam-se jurídicas as relações entre as nações quando disciplinadas e garantidas por costumes internacionais ou por tratados.

22. INSTITUIÇÕES SOCIAIS E DIREITO

As normas e os padrões de conduta, desde que sedimentados, podem dar origem a *instituições*, que podemos definir como *modelos de ações sociais básicas, estratificados historicamente, destinados a satisfazer necessidades vitais do homem e a desempenhar funções sociais essenciais, perpetuados pela lei, pelo costume e pela educação*. O Estado é instituição social; igualmente a família, o casamento, a propriedade, a Igreja etc. Algumas instituições são entes jurídicos, como o Estado, a Igreja, dotados de poder criador e garantidor de suas ordens jurídicas.

Da definição anterior podem-se deduzir as seguintes características das instituições: perduram no meio social, não sofrendo em suas características básicas o impacto das transformações sociais, apesar de se adaptarem a elas; satisfazem a necessidades vitais básicas, como, por exemplo, o casamento, que atende às de natureza sexual, à procriação e à constituição da família, enquanto outras são condições fundamentais da ordem social, como o Estado, o governo etc. Assim, as instituições são estáveis, sem serem imutáveis. Podem satisfazer a mais de uma função social ou vital básicas, como, por exemplo, o Estado ou o casamento. Através da História adquirem e perdem funções, como, por exemplo, a família, que na Antiguidade teve funções políticas, jurisdicionais e de culto, perdidas com a evolução social, bem como a Igreja, que já fora árbitro de conflitos internacionais e que já monopolizara o registro civil, hoje da alçada do Estado etc.

Há instituições políticas (Estado, ONU, partidos políticos, governo etc.), educacionais (Universidade), religiosas (Igreja), econômicas (propriedade, bancos etc.) e familiares (família, concubinato estável ou união estável etc.).

O indivíduo, através de sua vida, participa de várias instituições. Primeiro, da família e do Estado; depois, da escola, da Universidade, da Igreja, do governo etc.

Quando vitais e socialmente básicas as necessidades atendidas pelas instituições, o direito delas se ocupa. Muitas delas constituem o conteúdo de regras jurídicas. Assim, a Constituição dá forma jurídica às instituições políticas fundamentais, como o Estado, o governo, o Judiciário etc., enquanto outras são regidas por leis de direito público, como o próprio Judiciário pela Lei de Organização Judiciária; a família, o casamento etc. são disciplinados pelo direito civil, enquanto o

direito internacional dá forma jurídica às instituições internacionais (§ 96), como a ONU, a Corte Internacional de Justiça, com sede em Haia. Por isso, pode-se dizer que o direito dá estabilidade e garantia às instituições sociais fundamentais.

Aliás, uma teoria, a *Teoria da Instituição* (vide § 199), encontra na instituição a origem do direito. Deve-se ela aos franceses Hauriou e Renard, tendo o italiano Santi Romano, partindo de outros pressupostos filosóficos e jurídicos, a defendido. Para essa teoria a instituição, resultando de uma ideia básica, cria um estado de comunhão propício ao aparecimento de uma ordem jurídica destinada a realizá-la, garanti-la e perpetuá-la no meio social.

23. FATORES SOCIAIS E DIREITO

Os grupos sociais e as relações sociais sofrem a influência de fatores sociais (demográficos, geográficos, econômicos, religiosos, éticos, políticos etc.). O aumento, por exemplo, da população pode acarretar empobrecimento ou enriquecimento, crise no abastecimento, crise de habitação e de meios de comunicação etc. Tais problemas conduzem, como conduziram, às leis de congelamento de alugueres, leis de tabelamento de preços de gêneros de primeira necessidade etc.; o fator geográfico (clima, chuva, seca etc.) faz-se sentir mais no meio rural do que no urbano, afetando a produção, impedindo, facilitando ou dificultando o escoamento desta e, dependendo dela, provocar legislação protecionista, tabelamento de preços etc. Calamidades podem justificar a extinção ou modificação de obrigações contratualmente assumidas; o fator econômico é fundamental para a estabilidade da sociedade, determinando a ampliação, a redução ou a abolição da intervenção estatal na economia, possibilitando a revisão judicial de contratos (que se tornaram leoninos) quando, por exemplo, acontecimento imprevisível ao tempo da celebração do mesmo acarrete para o devedor enorme sacrifício para cumprir a obrigação, proporcionando ao credor lucro muito superior ao normal, quebrando assim o equilíbrio das prestações. O direito sofre, pois, a influência das condições sociais, sem, contudo, ser a consequência direta destas, por ser possível superá-las por meio de reformas legislativas, nas quais o legislador deve se servir de dados científicos e técnicos, bem como inspirar-se em ideais sociais e em valores jurídicos.

Deve ser dito finalmente inexistir fator social único determinador do direito, que reflete a totalidade das condições sociais, podendo em uma sociedade ou situação ocorrer o predomínio de uma delas, sem excluir a influência das demais. Todavia, os mesmos fatores, em outra situação ou sociedade semelhante, podem não influir no direito.

24. DIREITO E ECONOMIA

Já havia dito Stammler (§ 197) que o direito é a “forma” das relações econômicas. Mas a

vinculação do direito à Economia, ou seja, o *determinismo econômico*, foi pela primeira vez defendido por Marx (§ 199). Disse Marx: na “produção social os homens estabelecem relações independentes de sua vontade, necessárias, determinadas. Tais relações de produção correspondem a certa etapa do desenvolvimento de sua força material de produção. O conjunto dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se erguem as superestruturas jurídica e política, que correspondem a formas sociais bem definidas de consciência”. Assim, para o materialismo histórico, não só o direito, como, também, as instituições políticas, a arte, as formas de saber e os valores seriam determinados pela estrutura econômica da sociedade. Coube a Max Weber (§ 199) demonstrar, à luz de estudos histórico-comparativos, não ser fatal essa influência, por haver sociedades em que fatores diversos do econômico exerceram influência em suas estruturas econômicas. Cita o exemplo do capitalismo, que teria sofrido a influência do espírito da ética protestante, menos rígida quanto ao lucro e aos juro do que a católica, razão por que teria o capitalismo aparecido e florescido nos países em que ela é dominante (Inglaterra, p. ex.), e não nos sob o domínio do catolicismo. Apesar da análise de Max Weber ser sustentada em fatos sociais, não deve ser esquecido o fato de terem brotado nas cidades medievais da Itália, em que dominava a Igreja Católica, o direito comercial, bem como as sociedades comerciais, elementos básicos do capitalismo europeu.

Mas, sem tomar partido por uma dessas posições, reconhecendo variar com as épocas, culturas e sociedades a pressão dos fatores sociais, não podemos negar ser grande a influência da economia no direito, principalmente no regime jurídico da propriedade, no direito dos contratos, no direito das sociedades, no direito comercial, no direito econômico (§ 123), no direito fiscal, e até no direito político. A crise de 1929, no Brasil, derrubou a “República Velha”, instalando a “ditadura Vargas”; na Alemanha, crise econômica gravíssima esfacelou a República de Weimar, facilitando a vitória do nazismo.

A História fornece-nos muitos exemplos da influência dos fatos econômicos sobre a ordem jurídica. A “Grande Depressão” de 1929, por exemplo, determinou a intervenção do Estado no setor econômico, promulgando leis alfandegárias protecionistas da indústria nacional, desencorajadoras da importação de produtos estrangeiros similares aos nacionais, bem como forçou a introdução, pela jurisprudência, da revisão judicial de contratos leoninos; ocorreram nessa época falências de bancos e de fazendeiros na América Latina, bem como golpes de Estado e revoluções com os seus respectivos estatutos jurídicos, como, por exemplo, entre nós, a Revolução de 1930. A crise de 1929, no Brasil, conduziu não só à nossa industrialização, como, também, provocou a crise do café e criou a legislação trabalhista. Na década de 1970, a guerra entre árabes e judeus, além de ter ameaçado a paz mundial, provocou o boicote do petróleo árabe a alguns países europeus, bem como a elevação brutal do preço do petróleo, além de sua produção racionada pelos árabes. Tais fatos políticos e econômicos abalaram a economia capitalista. Normas disciplinadoras do uso de automóveis aos domingos foram ditadas, reajustes do preço da gasolina ocorreram, influenciando nos preços de bens e

serviços, muitos deles congelados em vários países, dentre os quais o Brasil. A ordem jurídico-econômica sofreu o impacto desses fatos. A ampliação do mercado de capitais, entre nós, na década de 1970, e a multiplicação de instituições financeiras criaram negócios jurídicos que não têm raízes nas fontes históricas de nosso direito, como, por exemplo, a alienação fiduciária.

Os exemplos apontados bastam, a nosso ver, para convencer da influência da Economia sobre o Direito. Mas tal influência não deve conduzir à redução do direito, como pensava Stammler, à “forma” das relações econômicas, porque, como já dissemos anteriormente, outros fatores sociais, além do econômico, concorrem para formar o conteúdo das normas jurídicas.

25. NATUREZA, CULTURA E DIREITO

Se chegarmos à janela de nossa casa ou apartamento e olharmos o panorama em frente – quando se tem sorte de tê-lo – poderemos ver em frente ou ao lado, um pouco distante, uma montanha, e do outro lado da rua, prédios, postes de iluminação etc. O que vemos primeiro (montanha) é natural, independe do homem, é a Natureza, enquanto o que deparamos depois (prédios, postes etc.) é cultural, foi feito pelo homem, depende do gênio, da imaginação criadora e da vontade humana, tem destinação, sentido, é Cultura. Compõe-se de obras humanas, sendo que, umas transformam a Natureza para objetivar, concretizar valores e ideias (obras de arte, p. ex.), outras, para atender necessidades e exigências humanas e sociais (aço, garfo, lápis, chocolate, máquinas etc.). São criações com finalidades. Na Natureza, podemos distinguir o orgânico do inorgânico. O inorgânico, como disse o falecido sociólogo de Harvard, Sorokin, tem somente um componente físico-químico, enquanto o orgânico tem dois componentes: o físico e o vital (suporte). Já os fenômenos culturais têm três, escreve Sorokin: o “componente imaterial da intencionalidade (valor significativo ou norma) superposto aos componentes físico e vital. Decisivo é o componente intencional para determinar um fenômeno cultural”. Prossegue o ilustre sociólogo, “sem sua intencionalidade, a Vênus de Milo não é mais do que um bloco de mármore de certa forma geométrica e de determinada composição física. Sem o componente intencional inexistiria diferença alguma entre rapto, adultério, matrimônio ou concubinato, porque os atos físicos podem ser idênticos em todas essas ações e situações que variam tão profundamente em sua intencionalidade e em sua significação”. Poderíamos acrescentar ao exemplo anteriormente indicado este: sem o componente intencional o *Código de Hamurabi* (§ 160) seria um enorme cilindro de pedra negra, de 2,25 m de altura com 2 m de circunferência. Mas, a sua intencionalidade, ou seja, o sentido do que se encontra gravado nesse bloco, teve vigência na Babilônia, disciplinando efetivamente condutas dos babilônicos e de seus juizes. Porém, como bloco de pedra, encontra-se no Louvre. Os visitantes desse museu ou os estudiosos da História do Direito não o veem como pedra, ou seja, como Natureza, mas como um grande Código da Antiguidade que tem na pedra o seu suporte material (componente ou plano material). Esse exemplo é sugestivo, por ressaltar o fato de o direito não ser um pedaço da Natureza, apesar de participar dela. O direito tem

significação, destinação, finalidades, sendo prescrito tendo em vista fatos sociais, segundo tradições e valores. Não é, assim, produto da Natureza. Pertence ao humano, ou seja, ao mundo criado pelo Homem. Não é puro valor e nem fato exclusivamente, mesmo porque do fato não pode ser deduzido o valor e nem a norma. Encontra-se na área cultural, que está sobreposta à Natureza, que o Homem pode dominar e transformar para o bem ou para a destruição de cidades e da Civilização. Localiza-se, pois, no mundo da Cultura, é objeto cultural. Tem, como objeto cultural, mais de um componente. Compõe-se de substrato e de sentido. O papel, a tabuleta de argila (na Antiguidade entre os sumerianos) ou o bloco de pedra em que está escrito ou gravado (Código de Hamurabi), serve-lhe de *substrato* (suporte material) enquanto o sentido pode ser imutável, absoluto, dado pelo legislador, como sustenta a “escola de exegese” (§ 137), como pode ser histórico, modificável com o tempo, relativo; portanto, estabelecido pela sociedade. Assim, o direito, como fenômeno ou objeto cultural, participa de mais de uma realidade: tem *plano* ou *componente material*, isto é, *suporte material* ou *objeto* (conduta, papel, bloco de pedra etc.), e plano ou componente imaterial da intencionalidade superposto ao plano material, que lhe dá sentido. O direito, pertencendo ao reino da Cultura, acompanha a sorte da Cultura em que se encontra integrado. Como a Cultura não é imortal, nascendo, modificando-se, entrando em crise, podendo depois desaparecer, como já desapareceram várias (segundo Toynbee, vinte e seis culturas), o direito também floresce com a cultura que o criou e depois com ela pode desaparecer, como desapareceu o direito egípcio ou o assírio. Todavia, ao desaparecer a sociedade que o criou, pode o direito manter-se vivo emigrando para outra, como ocorreu com o direito babilônico e o direito romano.

A consideração do direito como cultura elimina a insolúvel questão: o direito é fato, como pensam os sociólogos, é norma, como dizem os normativistas, ou valor, como entendem os filósofos idealistas e, em certos casos, os utopistas.

A Cultura, segundo Toynbee, é a “resposta” que a sociedade ou o homem de gênio dá ao “repto” da adversidade. Aplicando o processo “repto-e-resposta” (*chal-lenge-and-response*) de Toynbee ao direito, podemos dizer ser o direito a “resposta” que a sociedade ou o legislador dá ao “repto” do fato. É, pois, a “resposta” dada pela sociedade ou pela autoridade à necessidade de normatização exigida por uma situação histórico-social. Reconhecemos influir na “resposta” (norma) os valores e tradições históricas da cultura ou civilização em que se encontra integrada a sociedade para a qual o direito se destina. Igualmente as necessidades históricas e os interesses exercem também pressão sobre a “resposta” (norma), pois não nos devemos esquecer ser o direito obra humana, destinando-se a homens.

Essas ideias, que já sustentamos em edições anteriores deste livro, como, por exemplo, na segunda (1960), bem como em outros trabalhos,³ têm suas raízes em Max Weber, Sorokin, Lask e Radbruch (§ 197), ampliadas por Recaséns Siches, Cossio e Miguel Reale (§ 198).

26. DIREITO E CIVILIZAÇÃO

Da distinção feita por filósofos alemães entre “espírito” (*Geist*) e “natureza” (*Natur*), e entre “cultura” (*Kultur*) e “natureza” (*Natur*), surgiu, também por obra de filósofos alemães, a distinção entre “cultura” e “civilização”. Foi Spengler, em sua obra polêmica *A Decadência do Ocidente* (1918-1922), que estimativamente as distinguiu, pois, anteriormente, o vocábulo “civilização” fora empregado como sinônimo de “cultura”.

Desde então, alguns historiadores e filósofos alemães, como Alfred Weber, irmão de Max Weber, têm considerado “cultura” (*Kultur*) a fase do processo histórico em que o gênio criador das sociedades se mostra mais rico espiritualmente, criando religiões, filosofias, movimentos literários, além de destacar-se também nas artes e no direito, enquanto “civilização” seria a fase decadente desse processo, dominada pela técnica e pela tecnologia, repetidora das grandes criações culturais, apesar de inovadora na ciência e nas revoluções tecnológicas. A “cultura” seria única, com sentido somente para a sociedade que a criou, motivo por que seria intransmissível, enquanto a “civilização”, como, por exemplo, a Ocidental, caracterizando-se por ser científica e tecnológica, seria transmissível.

Pondo de lado a distinção estimativa de “cultura” da “civilização”, pensamos ser lícito distingui-las por outra razão, pois têm conteúdos e sentidos diversos. “Cultura”, como a definiu Lowie, é a soma total do adquirido pelo indivíduo em sua sociedade, isto é, crenças, costumes, normas, hábitos de alimentação, artes, com origem recente ou legados do passado ou, então, com Herskovits (*Man and his Works*): *cultura é a parte do ambiente feita pelo homem*. E civilização? A melhor resposta, a nosso ver, foi dada por Marcel Mauss, em 1930: A civilização engloba um complexo de fenômenos culturais, a nosso ver, que se derramou na Europa, como o caso da Civilização Ocidental, que, tendo sua origem na Grécia, se espalhou para Roma, para, posteriormente, com o componente do cristianismo, modelar a Europa medieval, fundada em valores greco-romano-cristãos, que se tornaram depois comuns nos dois lados do Atlântico.

Definida assim “civilização”, é de se perguntar se o direito tem vinculação com ela. Sociólogos, como Sorokin, sustentam ter cada civilização o seu tipo de direito. Inegavelmente o direito ocidental funda-se no primado do direito acima do poder dos governantes, como demonstrou o “caso *Watergate*”, que, em 1974, determinou a renúncia do presidente dos Estados Unidos, que havia desafiado a lei e, no Brasil, em 1992, o *impeachment* do Presidente Collor sob acusação de grave irregularidade política e jurídica. Funda-se também no respeito à pessoa humana e na proteção da liberdade, razão pela qual exige a divisão e o equilíbrio entre os poderes do Estado, com o objetivo de evitar a concentração de poder no governo. As origens culturais do nosso direito, integrado na Civilização Ocidental, encontram-se no direito ateniense e no direito romano.

27. DIREITO E PODER

O poder, disse Bertrand Russell (*Power: A New Social Analysis*), é a alavanca motora da dinâmica social, o impulsor das transformações sociais. Pode-se dizer, o problema central da Ciência Política e do moderno direito constitucional. A conquista, a conservação e o exercício do poder são o objetivo principal da ação política.

Relacionado com a ideia de “força”, dela se distingue, como já havia notado Max Weber, porque esta é a possibilidade física de fazer observar uma ordem mesmo contra a efetiva resistência de seus destinatários, enquanto o poder é a competência de ditar ordens ou tomar decisões que devem ser obedecidas, mesmo ocorrendo resistência, quando então é empregável a força. A primeira supõe a resistência efetiva, enquanto o poder, a possibilidade da mesma. Todavia, o poder muitas vezes manifesta-se em atos de força, principalmente nos períodos revolucionários. Mas, mesmo nesse caso, tende, gradativamente, a se institucionalizar.

Todo poder tende a legitimar-se, ou seja, adquirir autoridade, correspondendo, assim, às aspirações sociais. A legitimação do poder, questão estudada profundamente pelo sociólogo Max Weber (§ 199), pode decorrer da tradição, do costume ou de leis que o definem, lhe dão forma, lhe disciplinam o seu exercício. Outras formas de legitimação podem ser encontradas na opinião pública, manifestada no plebiscito.

O poder é a garantia da eficácia do direito. Sem a garantia dada por uma estrutura de poder, a norma pode ser violada sem qualquer consequência. Nas sociedades primitivas essa garantia era dada pela força, sendo a justiça privada a forma legítima de reagir ao ilícito. Com o aparecimento da figura do chefe de tribo, surgiu a primeira forma rudimentar de estrutura de poder.

A norma de conduta ou de organização não garantida pelo poder institucionalizado, isto é, organizado, não pertence ao domínio jurídico, mas ao da moral. Tire-se tal garantia e não se encontrará diferença alguma entre o direito e a moral, bem como entre a norma jurídica e as demais normas sociais. Por isso, lícito é dizer ser o direito composto de poder e de norma, ou melhor, a conjugação de poder e norma. Essa foi a posição defendida por Timasheff (*Introduction à la Sociologie Juridique*) entre as duas guerras mundiais. Para ele, no direito soma-se poder com convicção moral coletiva, manifestada em regras fundadas na justiça. De forma semelhante pronunciou-se Roubier (*Théorie Générale du Droit*): o direito é a regra sancionada pelo poder público, sem nos esquecermos de Dabin (*Théorie Générale du Droit*), que admite a dependência do direito do beneplácito do poder qualificado, ou seja, da autoridade pública, chegando ao ponto de reduzir ao poder as fontes do direito. Apesar de respeitarmos essas opiniões, tanto assim que em outros trabalhos definimos o direito como a *norma reconhecida ou estabelecida e aplicada por um centro de poder*, não chegamos aos exageros do *positivismo jurídico* (§ 196) a identificar o direito com o direito estatal e a fazê-lo depender exclusivamente da vontade dos governantes, porque ao lado do direito estatal estão os costumes e o direito social, bem como o direito oriundo de acordos e

contratos e da experiência jurídica, pressionando legisladores para fazerem reformas legislativas e a tribunais a modificarem a jurisprudência, como são exemplos a revisão judicial dos contratos leoninos e os direitos da concubina reconhecidos pela jurisprudência antes de se encontrarem em textos legais (v. nota nº 1, do § 137, exemplo tirado de nossa atividade jurisdicional, de atualização do direito legislado). Por outro lado, a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, formulada pela ONU, ratificada pelos países-membros, vale como “superconstituição” limitadora do poder, principalmente na União Europeia (§ 96) em que há um tribunal para garanti-los (§ 97).

A lei deve estar acima do poder e de quem o exerce. Está nas democracias, como atestam exemplos tirados do passado: na década de 1970, no *Watergate af-fair*, que levou à renúncia do Presidente Nixon, dos Estados Unidos e, em 1992, no Brasil o *impeachment* de Collor. Igualmente acima do poder estão os Direitos do Homem, reconhecidos e declarados solenemente pela ONU, ratificados pelos seus membros, que, na prática, nem sempre são respeitados.

28. ESPAÇO E TEMPO SOCIAIS E DIREITO

Os homens e os grupos sociais podem estar em espaço e tempo sociais diversos do geográfico e do cronológico. O espaço social, em que predominam valores, vigências, culturas, pode ser maior ou menor do que o geográfico, podendo, assim, ir além das fronteiras geográficas ou políticas, como, também, dentro dessas fronteiras pode haver mais de um espaço social.⁴ O tempo social, que é qualitativo e cuja duração pode ser de séculos, não medido pelo relógio, é diverso do tempo cronológico. No espaço geográfico, compreendido dentro das fronteiras políticas, pode haver mais de um tempo social. Exemplificando: um embaixador norte-americano, expressão da cultura de seu país, servindo em um país subdesenvolvido, estará geograficamente próximo à população desse país, de cultura bem diferente da sua, podendo em determinado tempo cronológico ter contato direto com um cidadão desse país, vivendo assim no mesmo tempo cronológico desse indivíduo, apesar de pertencer a um espaço social distante e de viver diverso tempo social. Igualmente um jesuíta francês radicado em Paris viverá o mesmo tempo social e estará no mesmo espaço social de outro jesuíta que se encontrar em Roma.

Pessoas, conforme disse Sorokin, como o rei e seu súdito, ou, no passado, o senhor e o escravo, que poderiam estar em contato social direto, frente a frente, estão muitas vezes afastadas socialmente, do mesmo modo que pessoas distantes geograficamente podem estar socialmente próximas (exemplo dado acima dos jesuítas).

O tempo social é constituído de momentos desiguais, cuja duração pode ser de séculos, anos ou medidos pela vida de um líder, exemplo: o tempo de Voltaire. Alguns desses momentos são ricos de acontecimentos ou de obras culturais, como, por exemplo, o “Século das Luzes” (século XVIII), enquanto outros, pobres. Dentro das fronteiras geográficas de um país, como, por exemplo, as do

Brasil, temos grupos que vivem tempos sociais diferentes e se encontram em espaços sociais diversos.

Do exposto pode-se concluir corresponder a cada espaço social um tipo cultural de direito. O direito europeu tem um espaço social bem maior do que a Europa, compreendendo a América Latina, pois está presente em seus códigos. O presidencialismo, vigente no espaço social da América do Norte e do Sul, foi parcialmente acolhido, por imposição de De Gaulle, na França, na V República (Constituição de 1958), regime misto de parlamentarismo e presidencialismo. Ampliou-se, assim, nesse caso, o espaço social americano. Entre nós, no período colonial (§§ 171-174), em virtude da peculiaridade de nosso espaço social nesse período histórico, o direito português, aqui aplicado, foi adaptado ao espaço e tempo sociais da Colônia. E assim foi por pertencer o direito português (Ordenações Reais) a espaço e tempo sociais diversos dos da Colônia. O *Código de Hamurabi* não poderia ser adotado como regime jurídico por nenhum país da Europa do século XIX, em virtude de pertencer a um tempo sociocultural diferente. Daí a diferença entre o Código Civil francês de Napoleão e aquele código sumeriano, apesar de terem sido perfeitos para cada um de seus tempos e espaços sociais. Entre nós existem espaços sociais, delimitados geograficamente, compreendendo mais de um Estado, que desfrutaram incentivos fiscais (Nordeste) não concedidos a outras regiões industrialmente mais desenvolvidas (São Paulo).

29. REVOLUÇÃO E DIREITO

Revolução é a mudança violenta e brusca, podendo ser radical ou não, de normas, valores, ideias, padrões, ordem, sistema jurídico-político. É a ruptura brusca, violenta ou não, da ordem e da tradição. Pode haver revolução na moda, como na Economia (Revolução Industrial), na Religião (Protestantismo), e na política (Revolução Francesa, Revolução Inglesa etc.). No sentido político, que nos interessa, pode ser definida como a *ruptura e mudança brusca e radical, em geral violenta, da ordem jurídico-política, com substituição de governantes, promovida por parte substancial das Forças Armadas*. A revolução política no mundo moderno depende de adesão de parte substancial das Forças Armadas, podendo ou não ter chefes ou líderes civis. Tem programa de reformas política, econômica, social e jurídica. Pode, entretanto, pretender restabelecer a anterior ordem jurídico-política, como ocorreu com a *Gloriosa Revolução Inglesa* (1688-1689), restauradora da supremacia do Parlamento e da subordinação do rei à lei.

A revolução é uma das fontes do direito, principalmente do direito público, em particular do direito constitucional. A Revolução Francesa foi fonte de direito constitucional, de direito administrativo, de direito fiscal, de direito processual e, principalmente, de direito privado (Código Civil de Napoleão, Código Comercial) e de direito processual. Toda revolução política, em regra, destina-se a substituir o regime político e a ordem jurídica vigentes por outros compatíveis com as aspirações e o programa da revolução. A Revolução Russa, além de ter instituído um novo regime

político e adotado uma forma diferente de Estado, instituiu uma nova ordem econômica (o socialismo) reformando, como consequência, todo o direito privado. Semelhante à revolução, o “golpe de Estado”, que pode ser definido como *a mudança brusca e, em certos casos, violenta, do regime político pelos próprios governantes ou por um grupo de militares, sem consulta ao eleitorado*, é, também, fonte de direito público-constitucional e de direito privado. Muitas vezes não modifica a ordem constitucional, mas a suspende, estabelecendo uma ordem jurídica transitória, enquanto outras vezes o “golpe de Estado” limita-se a mudar somente a pessoa do governante, ficando mantida nesse caso a ordem jurídico-constitucional. Exemplo de golpe de Estado tirado de nossa História é o de 1937, em que, apoiado pelas Forças Armadas, Getúlio Vargas, substituindo a ordem constitucional de 1934 pela da Constituição de 1937 (“Estado Novo”), manteve-se no poder como ditador. Na maioria das vezes, o golpe de Estado é um Golpe Militar, dado pelas Forças Armadas, derrubando o governo e pondo fim a uma ordem constitucional, substituída por outra de acordo com os objetivos dos golpistas, que colocam, geralmente, no governo, o seu líder. Assim foi, entre nós, a Proclamação da República, com o general Deodoro no governo, e, depois, com a promulgação da Constituição de 1891.

O destino das revoluções é constitucionalizarem-se por meio de Constituições outorgadas pelo governo revolucionário ou golpista (Constituição de 1937 entre nós). O mesmo ocorre com a contrarrevolução (Revolução Paulista de 1932, que, apesar de vencida, resultou na Constituição de 1934, e o golpe que, derrubando, em 1945, Getúlio Vargas, levou à Constituição de 1946).

As revoluções que têm apoio popular acabam em constituintes.

Constituinte é fato histórico-social, resultante da quebra de uma ordem constitucional; não é originária da vontade de maiorias parlamentares sob a vigência de uma Constituição. Justifica-se a convocação desta quando há tal ruptura. Sem a Revolução Constitucionalista de 1932, não teríamos a Constituinte e a Constituição de 1934.

Na ordem internacional, as revoluções e os golpes de Estado vitoriosos dependem de reconhecimento internacional (pelo menos, nos anos 1990, do *Grupo dos Sete*, isto é, dos sete países mais ricos), ou seja, ficando fora do mercado internacional, sem o qual o país fica isolado, não participando da ordem econômica internacional. Reconhecido, torna-se legítimo... jurídico.

Mas, a revolução econômica, tão importante quanto à política, é resultante de invenções, de tecnologias e de novas formas de produção, que exigem modificações profundas da ordem jurídica, principalmente dos direitos econômico (§ 122), comercial (§ 117), trabalho (§ 123) e fiscal (§ 103). A Revolução Industrial revolucionou o século XIX, e a Eletrônica, o final do século XX. Porém, nenhuma é mais traumatizante que a revolução política, como, por exemplo, foram a Russa de 1917 ou a Francesa (1789).⁵

- ¹ Em seu clássico, *De L'Esprit des Lois* (1748), Montesquieu escreveu: “Várias coisas governam os homens: o clima, a religião, as leis, as máximas do governo, a tradição, os costumes”, que criam uma mentalidade e, à medida que um desses fatores domina, os outros enfraquecem. Mas a natureza e o clima são decisivos nos povos primitivos e na criação de seus costumes.
- ² Exemplo de fato social grave: a criminalidade no Rio de Janeiro atingiu, nos anos 1990 (século XX), nível elevado, organizada e, vinculada, muitas vezes, ao narcotráfico, com audaciosas ações, como ataques a delegacias, sequestros e execuções clandestinas. Esse fenômeno ocorreu não só nos bairros elegantes da zona sul, no centro da cidade como, também, nos subúrbios e nas próprias favelas. Exerceu pressão intensa sobre a sociedade, deixando aterrorizada a população ordeira. Pressão que se fez sentir igualmente sobre policiais, favelados, por serem usados os seus barracos como trincheiras para os criminosos, mantendo durante 24 horas nos morros, onde eles se encastelavam, vigias fortemente armados. Contra essa situação de fato noticiada pela mídia (TV, rádio e jornais) reagiram as associações religiosas e profissionais como a OAB etc. Decisões judiciais exemplares foram prolatadas, e a ação corajosa do Ministério Público não se fez esperar. Dessa reação e do clamor público resultou o convênio celebrado, em novembro de 1994, entre os governos federal e estadual, colocando as Forças Armadas, dentro da Constituição e em prazo certo, no comando da luta contra o crime organizado no Rio de Janeiro. Com o convênio, o fato social – crime organizado, narcotráfico, sequestros, elevado índice de criminalidade – transformou-se em fato jurídico.
- ³ “Droit, Expression de la Culture” (*Mélanges en l'Honneur de Paul Roubier*, Paris, 1961, Tome I) e *Filosofia do Direito* (Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1966, Cap. XV) e *Filosofia do Direito* (4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, Cap. XVI), que não são reedições do meu primeiro livro (*Curso de Filosofia do Direito*), publicado em 1950, o qual não tratava desta questão.
- ⁴ A partir dos anos 1990, com a Internet, e amanhã com nova tecnologia eletrônica de informação e de comunicação, está em formação o espaço virtual, independentemente do geográfico e do social, com duração variada, que pode ser de minutos ou de horas, concentrando tempo e espaço, internacionalizando o homem, instabilizando, porém, culturas nacionais. Nesse espaço virtual, surgem de imediato relações jurídicas, que podem em segundos volatizarem-se...
- ⁵ Como dissemos, *revolução* não significa sangue, prisões, mortes, fuzilamentos, guilhotinas, tendo vítimas como Luiz XVI ou Maria Antonieta, ou seja, a *política*; pois há a de ideias (Einstein, com a “relatividade”, revolucionou a Física; Freud, com a psicanálise, a Psiquiatria etc.); a de costumes (“minissaias”, revolução sexual, namoros diferentes, desvirginamento sem casamentos, motéis etc.); a da pintura (Renoir, Picasso) etc. Mas, a *política* resulta de violência. Todo Estado-Nação foi criado violentamente. Mas há a *Revolução de Veludo*, sem sangue, sem violência, resultante da *Queda do Muro* Berlim em 1989, acabando com a Alemanha Oriental ou Comunista, originando a Alemanha como era antes da Guerra de 1939. Mas, essa “revolução” só foi possível com o esfalecimento da URSS.

SEGUNDA PARTE

TEORIA DO DIREITO

IV

DIREITO – DEFINIÇÃO E ELEMENTOS – DIREITO POSITIVO, DIREITO NATURAL E DIREITOS HUMANOS – DIREITO OBJETIVO – INSTITUIÇÕES E ORDEM JURÍDICA – LÍCITO E ILÍCITO – VALIDADE, VIGÊNCIA, EFICÁCIA E LEGITIMIDADE

30. DEFINIÇÃO DO DIREITO

A palavra “direito” vem do latim *directum*, que corresponde à ideia de regra, direção, sem desvio. No Ocidente, em alemão *recht*, em italiano *diritto*, em francês *droit*, em espanhol *derecho*, tem o mesmo sentido. Os romanos denominavam-no de *jus*, diverso de *justitia*, que corresponde ao nosso sentido de *justiça*, ou seja, qualidade do direito.

De modo muito amplo, pode-se dizer que a palavra “direito” tem três sentidos: 1º, regra de conduta obrigatória (direito objetivo); 2º, sistema de conhecimentos jurídicos (ciência do direito); 3º, faculdade ou poderes que tem ou pode ter uma pessoa, ou seja, o que pode uma pessoa exigir de outra (direito subjetivo). Examinaremos neste capítulo somente o primeiro sentido da palavra direito.¹

Defini-lo, como muitos fazem, considerando ser a *bilateralidade* a sua nota específica, é dar uma noção restrita do direito reduzida ao complexo de normas disciplinadoras da conduta social, correspondente, por exemplo, ao direito dos contratos, ao direito de família etc., e não a todos os tipos de direito. Realmente, tendo em vista a conduta, o direito, como *norma de comportamento*, distingue-se das demais normas sociais, por ter *estrutura bilateral*, porque, enquanto atribui uma “prerrogativa” (faculdade, direito subjetivo) ou “competência” (autoridades) a uma parte, impõe uma “obrigação” a outra. Assim, por exemplo, ao comprador que tiver pago o preço da coisa, atribui o “direito” de exigi-la do vendedor, e a este impõe a “obrigação” de entregá-la àquele; ao Estado dá “competência” para estabelecer impostos e ao contribuinte a “obrigação” de pagá-los. Assim, o direito, quando prescreve uma relação entre duas ou mais pessoas, tem estrutura bilateral ou imperativo-atributiva, por atribuir direitos ou prerrogativas a uns e impor obrigações a outros. Mas o direito quando prescreve organização social, administrativa, política etc. não tem tal estrutura. Assim, por exemplo, a Constituição quando enumera os poderes fundamentais do Estado e a sua composição ou o estatuto de uma sociedade comercial quando estrutura os seus órgãos de direção não tem a estrutura bilateral. Mas também defini-lo como *norma de organização* é dar uma ideia tão incompleta da mesma forma que defini-lo como *norma bilateral* ou *norma imperativo-atributiva*, por não ser constituído todo direito de normas de conduta ou de organização.²

Conceituá-lo como *norma geral* é dar uma noção inaplicável ao direito arcaico (§§ 157 e 158), que, sendo casuístico, era destituído de *generalidade*, característica que o direito ainda não tinha alcançado completamente na Lei das XII Tábuas dos romanos (§ 164).

Defini-lo com Rousseau e outros como *expressão da vontade geral*, ou seja, da *vontade da maioria do povo*, é formular uma definição exclusivamente correspondente ao direito das democracias, sendo assim inaplicável, por exemplo, ao *Código de Hamurabi* (§ 160).

Defini-lo como a *norma sancionada ou reconhecida e aplicada pelo Estado* é identificá-lo com o *direito estatal*, excluindo de seu âmbito o direito comercial medieval oriundo da jurisprudência das corporações de mercadores, bem como o direito internacional.

Defini-lo como a *norma de acordo com os princípios da justiça ou como uma tentativa para realizá-la* é formular uma definição do *direito justo* ou do que se pensa ser justo, e não do direito *in genere*, que pode ser injusto.

A nosso ver, a característica do direito é a *coercibilidade*, que consiste na possibilidade do emprego da força física para fazê-lo ser observado, ou melhor, na possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário para fazê-lo ser respeitado quando violado ou ameaçado. Já Thomasius e Kant consideravam-na a nota específica do direito. Dentro dessa posição, Ihering chegou a definir o direito como o “conjunto de condições da vida social, asseguradas pelo poder do Estado, mediante a coerção externa”. Em nossa época, não só positivistas, como, também, muitos que não podem ser assim rotulados, como, por exemplo, Del Vecchio, pensam caracterizá-lo pela coercibilidade.

Mas essa conceituação não é pacífica na doutrina, principalmente entre jusnaturalistas e sociólogos, que admitem direitos tão válidos como o do Estado, desprovidos de coercibilidade, como o direito natural, para os primeiros, ou o direito social, para os segundos. Outros, sem negá-la, consideram-na acessória, por serem ordinariamente as normas jurídicas respeitadas espontaneamente, sendo o emprego da coerção a exceção. Bobbio (*Studi per una Teoria Generale del Diritto*) responde a essa objeção fazendo ver que a experiência ensina não poder ser considerada regra geral a observância espontânea do direito, razão pela qual a coerção é necessária. A observância espontânea, diz Bobbio, pode ser considerada resultante do receio de sanção. Assim, no caso da execução espontânea, a coerção psicológica funcionaria em lugar da física. Finalmente, existem ainda os que negam ser a coercibilidade a nota específica do direito por haver normas desprovidas de sanção (norma imperfeita). Na verdade, muitas normas do direito constitucional e do direito administrativo são desse tipo. Mas o fato de existirem normas jurídicas sem sanção não enfraquece a tese da coercibilidade como elemento característico do direito, por prever o ordenamento jurídico consequências constrangedoras, ou melhor, sanções indiretas para os que inobservarem normas aparentemente sem sanção (sanções indiretas). *Impeachment*, reparação de prejuízos causados por arbitrariedade praticada por autoridade, cassação de mandato político, responsabilidade objetiva do Estado, anulação de atos administrativos praticados com abuso ou

desvio de poder, eis alguns exemplos de sanções indiretas de normas de direito público interno aparentemente sem sanção. O direito prevê o mandado de segurança para proteção de direitos contra arbitrariedade do poder público; *habeas corpus* para proteger a liberdade contra abusos do poder; *ação popular pública*, contra irregularidade ou ilegalidade graves da Administração Pública; *habeas data*, para o conhecimento e cancelamento de dados individuais armazenados na memória de computadores das centrais de informações do Estado; *mandado de injunção*, para obrigar um dos Poderes do Estado a praticar ato de sua competência, determinado por lei, cuja omissão prejudica direitos individuais, sociais, coletivos ou o próprio povo. Há, entre nós, precedente histórico, de 22.03.1991, em que o Supremo Tribunal Federal, acolhendo mandado de injunção, fundado em direito pessoal, deu ordem ao Congresso Nacional para, no prazo de 45 dias, regulamentar o art. 8º das “Disposições Transitórias” da Constituição de 1988, estabelecendo logo, na mesma decisão, prazo de 15 dias para o Presidente da República sancionar a lei a ser formulada pelo Congresso. Represálias, guerra, bloqueio, interrupção de relações comerciais, intervenção militar etc., são sanções imperfeitas do direito internacional, que terá normas eficazes quando for instituída eficiente organização mundial.

Concluindo, considerando, como consideramos, ser a coercibilidade a nota específica do direito; considerando que, eliminada essa nota característica, estaríamos diante de uma dificuldade intransponível, qual seja, como nota Bobbio, a de encontrar o “critério para distinguir as normas jurídicas das normas morais ou das do costume” (ob. cit., p. 123), pensamos poder definir o direito como a *norma que, se inobservada, poderá ser aplicada coercitivamente pelo poder competente, estatal ou internacional*. Por ser norma coercitivamente aplicada quando inobservada, o direito ordena de modo eficaz a sociedade nacional e a internacional. Neste sentido, ele é ordenamento jurídico do Estado e da comunidade internacional.

Resta a dizer, o que talvez não precisasse ser dito, por ser pressuposto e lugar-comum, que o direito é uma das normas sociais. Tem origem social, destina-se a uma sociedade, supondo, em qualquer uma de suas formas, ao menos mais de uma pessoa como seus destinatários. Robinson Crusoe, em sua ilha, não tinha necessidade de direito. Dos problemas criados pela vida social; da cultura que impera em uma sociedade, e das necessidades sociais, bem como dos interesses em jogo, depende o direito: *Ubi societas, ibi jus*. Assim, onde houver uma sociedade haverá um direito; é claro, não revestindo a mesma forma e nem tendo o mesmo conteúdo. Na sociedade primitiva, dominada pelo costume, tinha a forma consuetudinária,³ enquanto na sociedade evoluída, a da lei ou da jurisprudência. Mas, somente a partir do momento em que o costume e a tradição se enfraquecem, perdendo eficácia, tornou-se necessário uma autoridade para garantir a ordem social ameaçada. É quando despontam o direito escrito e o direito protegido e garantido pela autoridade pública, por não mais serem suficientes a pressão social e a força da tradição.

Concluindo e repetindo, o direito, apesar de ser, como norma⁴ de conduta, *bilateral* e, como norma de estruturação, *norma de organização*, é, em qualquer uma dessas duas formas, *norma*

executável coercitivamente.⁵ Como tal, possibilita a quem se julgar prejudicado recorrer com base nela à autoridade competente (Polícia, Administração Pública, Judiciário) para fazer valer seus direitos, se defender, fazer cessar a violência, etc.

Quanto ao direito moderno, é criado ou reconhecido pelo poder público (direito estatal) ou por convenções e costumes internacionais (direito internacional), aplicado, o primeiro, por órgãos estatais (tribunais, Administração Pública etc.) e o segundo, por organizações internacionais (§ 95). Por isso, pode-se defini-lo como *conjunto de normas executáveis coercitivamente, reconhecidas ou estabelecidas e aplicadas por órgãos institucionalizados (estatais ou internacionais)*. (V. § 202.)

31. DIREITO POSITIVO

Conceituado o direito, passemos à noção de direito positivo,⁶ expressão que não tem muito sentido, pois, se positivo, é o que é real, certo, fora de qualquer dúvida; o direito só pode ser positivo na medida em que é sancionado pelo poder público (direito legislado) ou criado pelos costumes ou reconhecido pelo Estado ou pelo consenso das nações (direito internacional).

Pensamos que o problema a respeito do direito positivo não é antigo, só surgiu com o jusnaturalismo, opondo o direito natural ao direito positivo. Porém, a nosso ver, essa oposição não tem sentido, por não ter eficácia o direito natural, como, aliás, já dissera Dabin, considerando-o mera exigência, mera aspiração ou ideal jurídico. Advertimos no nosso livro *Introdução à Teoria do Direito* (1962) que ao considerarmos o direito natural como prescrição moral não estávamos reduzindo o seu valor, salvo se for julgado, o que não fazemos, valer mais o direito do que a Moral.

Mas, como tornou-se tradicional tal adjetivação do direito, somos obrigados a nos pronunciar sobre o direito positivo. É o *direito vigente, garantido por sanções, coercitivamente aplicadas* ou, então, *o direito vigente aplicado coercitivamente pelas autoridades do Estado e pelas organizações internacionais, quando inobservado*. É, finalmente, o direito que, historicamente, é obrigatório para todos. Promulgado no caso da lei (§ 71); declarado pelos tribunais, no caso do direito norte-americano, contido, nesse caso, em precedentes judiciais (§ 166); estabelecido por consenso das nações em tratados (§ 83) no caso do direito internacional (§ 91). Não se põe em dúvida: a “existência do direito positivo”, escreve Ripert, que “não é contestada por pessoa alguma”. Não é só o prescrito pela lei ou pelos precedentes judiciais, mas o que os tribunais dizem estar na lei, quando muitas vezes não está, como a revisão dos contratos leoninos, colocada pela jurisprudência francesa no Código de Napoleão, atual Código Civil francês.

Precisando o nosso pensamento, diremos que o direito positivo é o *direito vigente, histórico, efetivamente observado, passível de ser imposto coercitivamente*, encontrado em leis, códigos, tratados internacionais, costumes, resoluções, regulamentos, decretos, decisões dos tribunais etc. É, assim, o direito determinável na história de um país com pouca margem de erro, por se encontrar em

documentos históricos (códigos, leis, repertórios de jurisprudência, compilação de costumes, tratados internacionais etc.). É assim, o direito vigente ou o que teve vigência. É direito positivo tanto o vigente hoje como o que vigorou ontem ou no passado longínquo, como, por exemplo, o Código de Hamurabi ou o direito romano.

Finalmente, o direito positivo dá certeza ao direito. É, como nota Ripert, o direito cuja existência não é contestada por ninguém.

Direito positivo tem dimensão *temporal*, pois é direito promulgado (legislação) ou declarado (precedente judicial, direito anglo-americano), tendo vigência a partir de determinado momento histórico, perdendo-a quando revogado em determinada época. Reflete valores, necessidades e ideais históricos. É o direito que tem ou teve vigência. Tem também dimensão *espacial* ou *territorial*, pois vige e tem eficácia em determinado território ou espaço geográfico em que impera a autoridade que o prescreve ou o reconhece, apesar de haver a possibilidade de ter eficácia extraterritorial. Por exemplo, nosso Código Civil, válido em todo o território nacional. Espaço que geralmente coincide com o território do Estado que o impõe, porém pode ser mais amplo, como no caso do direito internacional. Assim, por exemplo, no direito aeronáutico, a Convenção de Roma, que prevê limites para a responsabilidade civil dos proprietários de aeronaves, vige no espaço geográfico (território) dos países que a ela aderiram. O direito positivo tem ainda caráter *formal*, pois é instituído por meio de fonte formal (tratado, lei, decreto-lei, costume, precedente judicial, regulamento etc.). Caracteriza-se, também, por autocontrolar a sua própria criação, a sua modificação ou revogação, pois estabelece regras para a elaboração legislativa inovadora, modificadora ou revogadora de leis. Finalmente, estabelece uma ordem com hierarquia de normas, sendo as superiores, como, por exemplo, a constitucional, mais ricas em conteúdo, porém quantitativamente reduzidas em número, enquanto as a ela subordinadas, à medida que particularizam a matéria jurídica, tornam-se menos gerais, conseqüentemente mais numerosas. Acima de todas as normas do direito positivo estão os *princípios gerais do direito* (§ 139), fonte das fontes, norteadores do direito positivo. Mas, pairando acima do direito estatal, como uma superconstituição, não no sentido dado por Hauriou a tal vocábulo, encontra-se a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, estabelecida pela ONU, ratificada pelos Estados-Membros.

32. DIREITO POSITIVO, DIREITO NATURAL E DIREITOS HUMANOS

Estabelecido o que se deva entender por direito positivo: *sistema de normas vigentes, obrigatórias, aplicáveis coercitivamente por órgãos institucionalizados, tendo a forma de lei, de costume ou de tratado*, resta indagar as relações do direito positivo com o direito natural (§ 192).

Não se confundem, o direito positivo resulta de ato de vontade, sendo, por isso, heterônomo por ser imposto pelo Estado (lei), pela sociedade (costume), ou convencionado pela comunidade

internacional (tratado, convenção), enquanto o direito natural (§ 192) não depende de lei alguma, sendo evidente, espontâneo, por isso é autônomo. Geralmente estão em oposição; porém, ocorreu época em que coincidiram, como ao tempo da Revolução Francesa, em que o direito natural era o direito primordial, inspirador da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” (1789), que o enunciava expressamente.⁷ Mas, depois de o Positivismo dominar nas ciências sociais, tornou-se comum tal oposição, sustentada pelos próprios jusnaturalistas ao considerarem o direito natural o sistema métrico da legitimidade do direito positivo, a “medida e linha diretriz do direito positivo”, no dizer de Rommen (*Derecho Natural*, trad.). Porém, sem tomar partido na polêmica travada entre positivistas, sociólogos, normativistas e jusnaturalistas, reconhecemos a validade do direito natural para a Civilização Ocidental, como ideal jurídico de nossa Civilização, admitido até por alguns sociólogos, que lhe atribuem origem social (portanto, não oriunda da natureza humana), e por juristas-filósofos de diversas tendências filosóficas, como Stammler, Saleilles, Lévy-Ullmann, muitos deles defendendo as transformações de seu conteúdo (direito natural relativo, e não absoluto). Reconhecemos, ainda, com Dabin e outros, pertencer o direito natural à Moral, sendo assim ideal ou valor, sempre presente na História de nossa Civilização. Todavia, apesar de defendermos essa posição historicista no tocante à teoria de direito natural, estamos convencidos de haver dois direitos naturais fundamentais, superior a qualquer legislação: o direito à vida e o direito à liberdade, aliás, até os animais instintivamente defendem esses bens. No primeiro, está implícito o direito de não ser submetido a tortura, a maus-tratos nas prisões, no lar, no trabalho etc.; enquanto no da liberdade, prisões arbitrárias, injustas, sequestros por dinheiro ou por motivação política etc.

Estabelecida a nossa posição, que não é contrária ao direito natural, mas que o define como ideal jurídico válido no Ocidente, incorporado a várias declarações de direito, como, no século XVIII, a norte-americana, promulgada pela Assembleia de Virgínia (1776), a da Revolução Francesa (1789) e, em nossa época, a da ONU (1948). Dito isso, pensamos poder responder à *vexatissima quaestio* proposta no tópico desse parágrafo da seguinte forma: o direito positivo é o *direito que depende de manifestação de vontade, seja de uma autoridade* seja dos membros da sociedade civil, seja da comunidade internacional, na forma legislada (lei, estatuto, regulamento, tratado internacional etc.), na jurisprudencial (precedente judicial, *case law*), na consuetudinária (costume), em todas elas, objetivamente estabelecido, enquanto o direito natural é o que *independe* de qualquer legislador, destinado a satisfazer exigências naturais do homem, como, por exemplo, a de igualdade e a de liberdade. Historicamente, antes de Cristo, a primeira referência a esse direito se encontra na literatura grega clássica, em Antígona, de Sófocles, que não respeita o decreto de rei enterrando o irmão, por haver uma lei não escrita, acima do decreto real, que prescreve o contrário. Desde então presente a ideia do direito natural em todas as épocas da Civilização Ocidental. Assim, o direito positivo seria *histórico* e *válido* em espaços geográficos determinados ou determináveis, isto é, válido para determinados países (direito brasileiro, direito norte-americano etc.) ou para todos os países (direito internacional), podendo perder a sua validade por decisão do legislador (revogação

de lei, de decreto-lei etc.) ou por consenso das nações, enquanto o direito natural seria válido universalmente, principalmente no espaço social (§ 28) da Civilização Ocidental, que compreende países da Europa e da América, cuja validade independe de lei, de tratado internacional, de governos ou de consenso de nações.

Da Teoria do Direito Natural (§§ 192 e 193), cujas raízes encontram-se na peça *Antígona* do dramaturgo grego Sófocles, encenada, mais ou menos, em 441 a.C., evoluímos, no final dos anos 1940, para a *teoria dos direitos humanos*. Versão modernizada do jusnaturalismo, tendo a vantagem de não ficar no plano das ideias (como é o caso do direito natural), tendo a seu favor a garantia de sua positividade, que não decorre somente do fato de ser expressa em “declarações de direitos” solenes de revoluções ou em preâmbulos de Constituições, mas de ser enunciada por Resolução de instituição internacional congregadora de todos os países (ONU) e, ainda, de ter sido desenvolvida, posteriormente, por vários tratados internacionais. Tornou-se assim texto de direito positivo, que não pode mais ser contestada. Resultou dos horrores, desumanidades, monstruosidades mesmo, praticadas por governos despóticos ou por estratégias de generais, que não pouparam populações civis e nem os prisioneiros de guerra. Impôs-se em razão da crueldade, selvageria, de governos fascistas e dos horrores praticados na Segunda Guerra Mundial, culminando com o lançamento da Bomba. Para discuti-los, enumerá-los, hierarquizá-los, fundamentá-los, reuniram-se, em Paris, em 1947, a convite da UNESCO, intelectuais de vários países, constituindo uma comissão presidida por Edward H. Carr, diplomata britânico, professor de Política Internacional. Dessa comissão faziam parte, dentre outros, o filósofo italiano Benedetto Croce, o francês Jacques Maritain, o jesuíta Teilhard de Chardin, os juristas J. Haesaert, Levi Carneiro, Harold Laski e F. S. C. Northrop (também filósofo), os ensaístas Aldous Huxley e Salvador de Madariaga. Ao mesmo tempo em que essa Comissão discutia o assunto, também em Paris, reunia-se o Conselho Econômico e Social da ONU para elaborar um projeto de Declaração Universal dos Direitos do Homem. Da primeira comissão resultou uma publicação com o pensamento de grandes intelectuais a respeito desses direitos, enquanto da segunda, o projeto de resolução. No entender de E. H. Carr, o fato de ter sido atribuído ao Conselho Econômico e Social da ONU a tarefa de elaborar esse projeto não significa ter sido dado maior importância aos direitos econômicos e aos sociais do que aos demais, mas a preocupação em contemplá-los no documento a ser proclamado, porque nas declarações anteriores à Guerra de 1939 eles não figuravam. Lendo-se a declaração proclamada pela ONU conclui-se não ter ela se destinado somente, como foram as anteriores, a constituir uma barreira ao despotismo político, como a Magna Carta inglesa (§ 178, nota 7); ou ao feudalismo, aos privilégios da aristocracia e ao absolutismo político, como a declaração da Revolução Francesa, ou, então, aos privilégios do colonizador e do governo, como a norte-americana, ou ao capitalismo, como a da Revolução Russa. Destinava-se, ao contrário, a ser obstáculo às perseguições políticas, à tortura, aos sequestros e assassinatos políticos, independentemente de nacionalidade, sexo, religião ou raça das vítimas. Não são direitos outorgados, reconhecidos e nem declarados por país algum. São direitos absolutos,

principalmente o direito à vida e à liberdade. Decorrem do fato de seus titulares serem homens, dotados de vontade, de linguagem simbólica e articulada, de responsabilidade e de liberdade, com capacidade de criar culturas e civilizações, de produzir, de pensar, de educar e, acima de tudo, de ter a consciência de seu ser e de seu valor. Violá-los constitui *crime contra a humanidade*, pelo qual deve responder o culpado onde se encontrar. Aliás, a esse respeito, o *affair* Pinochet, ex-ditador chileno, preso em Londres para ser julgado na Espanha, gastou, em 1998, muita tinta dos jornais. Para torná-los internacionalmente mais protegidos foi criada, em 1998 (Estatuto de Roma), a *Corte Penal Internacional* (Tratado de Roma, ao qual não aderiram inicialmente os Estados Unidos e a China, apesar de aprovado por 120 países, em julho de 1998).⁸ Se quisermos reduzir esses direitos a um mínimo (o que não é aconselhável) poderíamos enunciar os seguintes: direito à vida e à liberdade, que, aliás, até os animais instintivamente defendem com unhas e dentes... Desses dois direitos decorrem todos os demais: direito à integridade física, direito ao trabalho remunerado, direito de não ser preso arbitrariamente, direito de não ser torturado, direito à segurança jurídica, direito a julgamento com dignidade e direito de defesa e de recurso aos tribunais; direito a não sofrer penas degradantes ou desumanas; direito à saúde; direito à educação; direito de pensar e manifestar o pensamento (liberdade de expressão); direito de informar e de ser informado; direito de liberdade religiosa; direito de igualdade perante a lei; direito a acesso à justiça, além de outros, tão importantes como os acima indicados. Em Paris, no *Palais de Chailot*, em 10 de dezembro de 1948, portanto há mais de meio século, a Assembleia Geral da ONU proclamou a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, como “ideal comum a ser alcançado por todos os povos e por todas as nações”. Direitos que estavam há muito na consciência de todos os homens, que os governantes jamais poderiam desconhecer, tanto assim que por tê-los desconhecidos pagaram com a vida gerais e políticos nazistas por decisão do Tribunal de Nuremberg (§ 98). Para melhor garanti-los outros tratados foram elaborados, como exemplificando, a *Convenção Europeia para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais* (Roma, novembro de 1950) e a *Convenção americana sobre direitos humanos* (*Pacto de San José de Costa Rica*, de 22 de novembro de 1969), bem como a *Convenção de Genebra sobre prisioneiros de guerra* (1949), a *Convenção sobre os direitos políticos da mulher* e sobre a condenação de todas as formas de discriminação racial (21.12.1965) e de todas as formas de tortura (1984). Organizações Não Governamentais, como a Anistia Internacional e a *Humana Rights Watch*, fiscalizam o respeito aos direitos humanos pelos governos, denunciando sua violação, como no caso do Chile, da Bósnia etc. Para torná-los mais eficazes, foram criadas a *Corte Europeia de Direitos Humanos* (§ 97) e a *Corte Interamericana de Direitos Humanos* (§ 97 A). A literatura jurídica a respeito desses direitos e da revolução que provocaram no direito internacional é muito grande. A força dessa declaração é tal que modificou o *direito de guerra*, submetendo-o ao *Direito Internacional Humanitário* (§ 91), seja no que concerne aos prisioneiros de guerra, seja no que diz respeito às populações civis e seja no tocante aos meios empregados pelos combatentes. A preeminência desses direitos é tal que, após a Queda do Muro de

Berlim (1989), há quem sustente o dever de intervir das superpotências onde eles estiverem sendo violados. A intervenção da OTAN, organização militar internacional, e não da ONU, em Kosovo (1999), é uma das interpretações desse dever.

Finalmente, o reconhecimento internacional dos direitos humanos é incompleto. Estão esses direitos em expansão, alcançando até a proteção do meio ambiente, bem como impondo limitações éticas à engenharia genética. E, como foram proclamados, em 1948, em Paris, pela ONU, nenhum preceito da *Declaração Universal dos Direitos do Homem* “poderá ser interpretado, como está expresso nela, no sentido de conferir direito algum ao Estado, a grupos ou a pessoas, de empreender e desenvolver atividades ou a realizar atos tendentes a suprimir qualquer dos direitos e liberdades proclamados”. Foi, e é, a vitória do Homem e da Civilização.⁹

33. DIREITO OBJETIVO

Vejamos agora uma noção restrita do direito, que o define exclusivamente como norma.

Quando consideramos o direito como norma obrigatória, ou como o conjunto de normas obrigatórias, entendemo-lo como *direito objetivo*, ou seja, o *direito em sentido objetivo*. Mas, objetivo por quê? Por se encontrar expresso em leis, em precedentes judiciais e em costumes jurídicos reconhecidos no mercado, nos tribunais e parlamentos (costumes constitucionais). Nesse sentido, é o conjunto de normas jurídicas obrigatórias, garantidas pelos aparelhos policiais e judiciais do Estado, no caso do direito nacional, e pelas organizações internacionais (§ 45), no caso do direito internacional. O Código Penal, ou qualquer norma desse código, os Códigos de Processo, o Código Civil, bem como qualquer uma de suas regras, são exemplos de direito objetivo.¹⁰

34. INSTITUIÇÃO JURÍDICA

As regras de direito, quando unificadas, constituindo um todo orgânico destinado a reger matéria jurídica vasta, compreendendo várias relações jurídicas, formam uma *instituição jurídica* (§§ 22 e 199). A família, o Estado etc. são instituições. Como entendê-las? Tem nesse caso raiz social, ou seja, a família, por exemplo, existe antes de o direito regulá-la, ou seja, é instituição social que, a partir da regulamentação, tornou-se também instituição jurídica. Mas, há também unificações de normas, em razão de princípios e finalidades comuns, resultantes da técnica jurídica de unificação. Aí, então, temos o *instituto jurídico*, do ponto de vista jurídico igual à instituição, tendo as mesmas características dela. É o caso, por exemplo, do contrato e da sucessão etc. Segundo Roubier (*Théorie Générale du Droit*), a instituição é o “conjunto orgânico, que contém a regulamentação de um dado concreto e durável da vida social e que está constituído por um núcleo de regras jurídicas dirigidas para um fim comum”. Assim, tem, como nota Roubier, dois elementos

principais: duração, manifestada na repetição de fatos que lhe servem de base, e caráter orgânico, decorrente do conjunto jurídico harmônico por ela criado. A duração deve ser razoável, pois muitas instituições e institutos jurídicos do passado não mais existem, como, por exemplo, a escravidão ou o feudalismo. Exige, diz Roubier, razoável durabilidade. A organicidade, isto é, a interligação das normas em função da finalidade que lhes é comum, como nota Roubier, é a forma correta de integração das regras jurídicas. Sendo a instituição jurídica conjunto orgânico, durável, de regras jurídicas, tem os mesmos caracteres da regra de direito: bilateralidade, coercibilidade, generalidade e sanção do poder público ou o consenso das nações (instituições internacionais). Mas a essas características se sobrepõe a finalidade comum em função da qual a instituição e o instituto exercem o seu papel jurídico-social e em razão da qual devem ser interpretadas as normas que a constituem.

35. ORDEM JURÍDICA

O direito positivo da comunidade internacional, bem como o do Estado, estabelecem uma *ordem jurídica* que pode ser definida como o *complexo de normas jurídicas vigentes em dado momento histórico, numa sociedade determinada, garantido coercitivamente por sanções eficazes, que garante a cada um o que é seu e o que pode fazer*. Nesse sentido, ordem jurídica e *ordenamento jurídico* se confundem, tendo o mesmo sentido e a mesma significação jurídica. Fica desde logo esclarecido que o conceito de ordem jurídica compreende não só normas legislativas (lei, decreto-lei, regulamento, códigos, Constituição etc.), como também normas consuetudinárias, *standards* jurídicos, jurisprudência dos Tribunais, tratados internacionais e princípios gerais do direito vigentes em um momento histórico.

Mas a ideia de ordem jurídica pressupõe órgãos e autoridades, previstos em suas normas, que lhe dão eficácia e garantem a ordem pública, a paz social e internacional, a segurança individual e social, as atividades política, religiosa, profissional, econômica etc.

A ordem jurídica é, na realidade, uma forma de *ordem social*, que, como sabemos, é mais ampla, pois é constituída por todos os controles sociais (direito, moral, educação etc.).

Com Roubier (*Théorie Générale du Droit*) pensamos ser a ordem jurídica global, constituída de várias ordens jurídicas que se distinguem: a) *ratione materiae*, pela matéria que disciplina (direito civil, direito penal etc.); b) *ratione loci*, em razão do território no qual vigem (direito brasileiro, direito federal e direito estadual, direito paulista etc.); c) *ratione personae*, em função do grupo social a que se destina, como o caso do direito canônico, do direito do trabalho, do direito profissional (Estatuto da OAB) etc.; d) *ratione temporis*, se considerada historicamente (direito romano, Ordenações Reais, direito colonial português outrora vigente no Brasil); e) *ratione fontis*, em função da fonte que provém (direito escrito, consuetudinário, direito jurisprudencial, direito doutrinal).

36. LÍCITO E ILÍCITO JURÍDICOS

O campo do lícito jurídico é muito vasto, pois coincide não só com o que é permitido pelo direito, como, também, com o que lhe é indiferente. É sabido que o direito prescreve impondo, proibindo ou facultando. Quando impõe ou proíbe, não deixa margem à liberdade individual: não há outra solução senão obedecê-lo, sob pena de o infrator sofrer punição. Mas, quando permite, tolera, faculta ou, então, quando não prescreve, domina a liberdade individual, podendo cada um fazer ou não fazer, agir ou não agir, dar ou não dar, omitir-se ou agir, segundo suas conveniências e interesses, desde que não cause prejuízo a outrem, não exponha outrem a risco grave, não impeça que outrem exerça o seu direito ou desde que não transgrida uma regra de direito. Nesse terreno, a autoridade pública não intervém. O que *não é juridicamente proibido é lícito, sendo, consequentemente, juridicamente permitido*. Zittelman e Donati admitem estar implícito em qualquer ordenamento jurídico uma norma fundamental que exclui a ação da autoridade no caso de não haver proibição legal. Quanto à autoridade pública, só pode praticar atos *expressamente* previstos em lei.

Do lado oposto do lícito temos o ilícito, isto é, o que é contrário ao prescrito ou ao expressamente proibido pelo direito. Consiste assim na ação (ação ou omissão) inobservadora de norma proibitiva de atos, ações ou omissões; ilícito penal, se a transgressão for de lei penal; ilícito civil se, inobservando dever legal ou contratual, causar dano a outrem. Segundo Kelsen (§ 200), o ilícito, ou seja, o antijurídico, é a condição da coerção jurídica, isto é, da aplicação, pelo Estado ou por uma organização internacional (§ 95), de sanção jurídica.

37. VALIDADE DO DIREITO

No que concerne à validade do direito, deve-se distinguir o sentido científico do filosófico. Para o primeiro, no caso do direito nacional (estatal), a validade do direito depende da competência para legislar da autoridade que o prescrever. Emanado de uma autoridade competente para formulá-lo, tem validade. Competência que pode ser originária, como é o caso da Constituinte, ou derivada, quando decorre da Constituição. Nesse último caso, válido é o direito estabelecido conforme as normas constitucionais reguladoras de sua produção. Mas, não basta essa conformidade formal, pois é indispensável que a lei não seja incompatível com a Constituição (*validade material*), isto é, incompatível com o que nela previsto, porque, se o for, é inconstitucional, isto é, destituída de validade, desde que o Judiciário assim a declare por sentença. Já o sentido filosófico não é tão simples. Para explicá-lo, existem várias teorias. A teoria defendida por Kelsen explica a validez de uma norma por outra a ela imediatamente superior, que a torna jurídica exclusivamente por tê-la observado. Assim, segundo esta teoria, a Constituição dá validade à lei, se de conformidade com ela ou se formulada segundo suas prescrições; ao regulamento, à sentença e aos atos e negócios

jurídicos. Porém, esta teoria deixa sem explicação a validade da norma superior e da norma fundamental, ou última, isto é, a validade da própria Constituição. É, pois, meia solução. A sociológica, seja reconhecendo como fonte de validade o poder efetivo que tem uma autoridade para originariamente formular normas jurídicas (como, p. ex., um ditador), seja fazendo depender de reconhecimento da validade do direito por parte pelo menos da maioria de seus destinatários (Jellinek), ou seja, fazendo depender da correspondência efetiva do comportamento das pessoas aos padrões jurídicos vigentes (Max Weber, Ehrlich), também não satisfaz. A primeira porque só explica o *fato* da criação ou da legitimação do direito, nada nos dizendo sobre a validade do direito assim criado, enquanto a segunda e a terceira, por confundir validade com eficácia, pois esta, e não aquela, depende de tal reconhecimento ou observância efetiva. Pensamos que, do ponto de vista filosófico, o direito é válido se corresponder à justiça, às aspirações morais do povo e às reais necessidades sociais, bem como se atender às suas finalidades (ordem, paz e segurança).

No tocante ao direito internacional, o costume internacional (§ 84), ou seja, práticas observadas durante muito tempo, não previstas em tratados ou em convenções internacionais, tem validade em toda a comunidade internacional, isto é, universal; já os tratados internacionais (§ 83) ou convenções internacionais têm validade exclusivamente para os países que assinarem-no ou aderirem-no.

38. VIGÊNCIA DO DIREITO

A vigência do direito é, muitas vezes, confundida com a validade do direito. Mas, no sentido próprio, isto é, de positividade ou de obrigatoriedade do direito, não há razão para confundi-la com outras características do jurídico. Aqui tratamos de vigência no sentido de obrigatoriedade circunscrita a determinado período de tempo, isto é, o tempo durante o qual a lei é obrigatória. Para tornar mais claro nosso pensamento daremos um exemplo: a vigência do Código de Processo Civil dos anos 1940 (Decreto-Lei nº 1.608, de 18.9.1939), da Era Vargas, durou de 01 de fevereiro de 1940 (data em que entrou em vigor) até 1º de janeiro de 1974, quando entrou em vigor o novo CPC (Lei nº 5.869, de 11.01.1973). Pode-se, entretanto, falar de outra modalidade de vigência referente a ideias e a valores jurídicos, da alçada da Filosofia do Direito, que corresponde mais à validade dos mesmos no tempo e espaço socioculturais (§ 28) em que vige a cultura da qual são expressões. Mas, no sentido técnico-jurídico, vigência é a dimensão temporal e espacial da obrigatoriedade do direito, determinável, começando da data em que for publicada a lei no *Diário Oficial*, ou da data nela prevista, terminando na de sua revogação total ou parcial, expressa ou tácita, quando lei posterior dispuser em sentido contrário. Vigente, assim, a lei sancionada e publicada no *Diário Oficial*, enquanto não revogada, ou o tratado internacional, aprovado por decreto legislativo, enquanto não denunciado. A data da publicação no *Diário Oficial* nem sempre coincide com a do início da eficácia (obrigatoriedade) da lei, porquanto o legislador pode postergar os seus efeitos para data posterior, estabelecendo-a expressamente. Nesse caso, a lei é vigente, mas aplicável somente a partir

da data nela prevista.

No direito anglo-americano (*Common Law*), o precedente judicial (*case law*) tem vigência da data em que for prolatado, perdendo-a da data da primeira sentença que decidir em sentido contrário, que, se reiterada, se torna, então, precedente, ou, ainda, de quando a Corte Suprema o julgar inconstitucional ou dispuser em contrário.

O costume tem vigência enquanto observado, perdendo-a com o desuso.

39. EFICÁCIA E EFETIVIDADE DO DIREITO

A eficiência (*Getung*) do direito depende do fato de sua observância no meio social no qual é vigente. Eficaz é o direito efetivamente observado e que atinge a sua finalidade. É, portanto, mero fato, consistindo na observância efetiva da norma por parte de seus destinatários ou, no caso de inobservância, na sua aplicação compulsória por órgãos com competência para tal (Judiciário, Administração Pública, Polícia, no tocante ao direito do Estado, Conselho de Segurança da ONU no caso de violação do direito internacional). Eficácia, com palavras de Kelsen, tem o direito “realmente aplicado e obedecido”. Não depende, é claro, de ser, sem exceção, observado, pois há sempre transgressões, muitas vezes não punidas por não ter sido possível apurar a autoria das mesmas ou a culpabilidade do denunciado, mas de, na maioria dos casos, ser observado por seus destinatários e, no caso de violação, de ser aplicado compulsoriamente pelo poder público. O simples fato de a norma jurídica ser inobservada não significa ser ela ineficaz, salvo se cair em desuso, ou seja, se não for aplicada, habitual, uniforme e reiteradamente pelo poder público. Assim, o direito pode ter vigência e não ter eficácia, pois pode vigor e não ser observado, mas não pode ter eficácia sem vigência. A norma pode ser hoje eficaz e amanhã tornar-se ineficaz. A vigência delimita, em regra, a eficácia do direito. O direito, porém, pode ter eficácia depois de revogado por respeito a situações jurídicas constituídas ao tempo em que era vigente, que devem continuar a ser regidas pelo direito abolido, por exemplo, no caso de direito adquirido (*vide* Capítulo XXV).

Há quem faça distinção entre *eficácia* e *efetividade*. A primeira, dependendo de a norma alcançar o resultado jurídico pretendido pelo legislador, enquanto a efetividade, do fato da observância efetiva da norma, por parte das autoridades e de seus destinatários. Assim, por exemplo, o chamado “Plano Cruzado” teria tido efetividade por ter sido observado na área econômico-financeira, sem ter tido eficácia por não ter alcançado o resultado pretendido, saneamento da moeda.

Pensamos que a distinção nestes termos confunde *forma* e *conteúdo* da norma, porquanto o conteúdo é que pode ter eficácia, e não a forma, que pode ser usada para resultados sociais os mais diversos.

Mas, querendo valer-se da ideia de efetividade, é preciso, a nosso ver, seguir Kelsen (§ § 197 e 200). À luz da Teoria Pura do Direito (§ § 197 e 200) tem sentido distinguir eficácia de efetividade.

Kelsen vai mais longe, interligando validade, eficácia e efetividade. Para ele, a norma é válida se pertencer a uma ordem jurídica eficaz em sua totalidade. Isto porque é a eficácia global da ordem jurídica, garantida por um governo eficiente, que conduz ao reconhecimento internacional da nação que a estabelecer, dada a sua efetividade, ou, em outras palavras, é a observância efetiva por longo tempo da ordem jurídica de uma nação a condição para ser reconhecida pela comunidade internacional. A ordem jurídica imposta por uma revolução ou por um golpe militar se não for efetivamente observada por tempo razoável importará no não reconhecimento do governo que a impuser. Nesse sentido, eficácia é condição da validade global do direito. O *princípio de efetividade*, que pertence ao direito internacional, faz depender a validade da norma de sua eficácia. Se eficaz, o governo que a prescreveu é internacionalmente reconhecido. Nesse caso, efetividade depende da eficácia, ou seja, de a norma ser observada pela maioria de seus destinatários e pelos órgãos administrativos e judiciais por tempo razoável. Como vemos, efetividade tem mais sentido no âmbito da comunidade internacional, enquanto na ordem interna, a eficácia.

40. EXEQUIBILIDADE DO DIREITO

Próximo de eficácia, temos a *exequibilidade* da norma, na dependência de certas condições de fato, sem as quais a norma, que as pressupõe, não pode ser aplicada. Assim, por exemplo, a aplicação de norma penal que prevê, como medida de segurança, colônia agrícola, depende a sua aplicação da existência dessa colônia. Portanto, *exequibilidade depende de haver as condições de fato, previstas na norma, para a sua aplicação*.

41. LEGITIMIDADE DO DIREITO

A legitimidade depende de o direito ter apoio da sociedade civil. É, portanto, o reconhecimento do direito como legítimo pela sociedade civil. Sem apoio dela, o direito não tem legitimidade, necessitando vigilância redobrada do poder público para evitar que seja elevado o índice de sua inobservância.

Mas há também outro sentido de legitimidade. Nesse caso, decorre do fato de o direito ser instituído de acordo com normas preestabelecidas que disciplinam a sua elaboração, em regra, segundo a Constituição, bem como de se ajustar aos princípios gerais do direito e às tradições jurídicas. Como vemos, esse sentido implica o problema da validade do direito, o da legalidade e o de sua constitucionalidade (§ 135). Pode-se fazer referência à legitimidade como a qualidade do direito promulgado por autoridade competente para tal e, ainda, filosoficamente, como correspondência da lei à justiça.

42. LEGALIDADE

O Direito, como acentuamos, é norma coativa, ou seja, a norma que, se inobservada, é obedecida até com o emprego da força, se necessário.

Mas a norma jurídica não se autoaplica. Não fala, não manifesta o que quer e nem como deve ser. Necessita de órgãos ou especialistas que por ela falem, isto é, de autoridades, seja pelo saber jurídico (jurisconsultos), manifestado em suas obras; seja por estarem investidas, pela própria norma, do poder de interpretá-la e aplicá-la (administração pública, polícia, judiciário). Aplicação, logicamente, supõe anterioridade da norma. A anterioridade da norma ao caso a ser julgado chama-se *legalidade*. Eis o sentido mais importante do termo legalidade, desde que seja considerado em função das liberdades e direitos individuais (sentido democrático de legalidade). Compete aos tribunais controlar a legalidade dos atos do poder público, cassando-os quando ilegais, ou seja, quando não tiverem apoio em lei. Além desse, há outro sentido mais amplo, que pode ser entendido como a qualidade do direito decorrente de sua própria vigência, isto é, a legalidade decorrente do fato de a lei estar em vigor.

O império da lei é a manifestação por excelência de sua legalidade.

Mas o império do direito só é manifestação de sua legalidade quando for prescrito ou reconhecido por autoridade que, em certo momento histórico-social, for, em determinado espaço sociopolítico (território), competente a prescrevê-lo. Porém, para que a autoridade prescreva direito que tenha legalidade, é indispensável a observância de ritos e regras previstos no próprio direito, que regem a sua própria criação. Nesse sentido, legalidade depende da observância de regras e princípios disciplinadores da criação do direito, de antemão estabelecidos, ou seja, na Constituição.

Para completar a noção dada, falta falar do problema da legalidade da aplicação do direito por autoridades competentes. Nesse caso, a legalidade depende de observância de regras, estabelecidas de antemão pelo direito, para a sua própria aplicação. Legalidade nesse sentido tem, por exemplo, ato administrativo ou sentença judicial fundados em lei, praticados por quem tiver autoridade para tal.

Levando-se em conta esses sentidos, pode-se definir *legalidade como a qualidade do direito prescrito por autoridade competente, com observância da Constituição, aplicado de acordo com a lei, por autoridade qualificada para tal*.

NOTA

Para que o leitor não tenha só a definição do direito dada pelo Autor, indicaremos, a seguir, as que julgamos merecer figurar em uma obra introdutória como a presente.

A grande maioria das definições aponta a justiça como meta do direito. Dentre as mais antigas, destacamos a do jurista romano Paulo: “o que é sempre justo e bom chama-se direito” (*id quod*

semper aequum ac bonum est, jus dicitur) ou, então, a de Celso: “direito é a arte do bom e do justo”. Mais modernas: “direito é a realização social da ideia de justiça” (Pillet); “direito ordena as relações sociais no sentido da justiça” (Esser); “direito é a crescente aproximação da justiça, a ordem que tende para a perfeição sem jamais alcançá-la” (Renard, §§ 192 e 199); “direito é o conjunto de regras às quais está submetida a conduta exterior do homem em suas recíprocas relações, e que, sob a inspiração da ideia natural da justiça, em um estado dado da consciência coletiva da humanidade, é suscetível de uma sanção social, coercitivamente” (Geny, § 196); “direito é a tentativa de realizar a justiça em um meio social” (Gurvitch). Anteriormente, em *L’Idée du Droit Social*, Gurvitch dava ao direito uma definição mais ampla: “ordem positiva que representa um ensaio de realizar a justiça em um meio social dado, por um conjunto de regras multilaterais de caráter imperativo-atributivo, instituidoras da interdependência estritamente determinada entre deveres e pretensões correspondentes, que extraem sua força obrigatória dos fatos normativos e admitem em certos casos a possibilidade de execução pela coerção, que, entretanto, não lhe é necessária”. Passados alguns anos, Gurvitch (v. § 199), em sua *Sociologia do Direito*, formulou uma definição analítica: “direito representa a tentativa de realizar a ideia de justiça em um meio social dado – isto é, uma reconciliação prévia e essencialmente variável dos valores espirituais em conflito, integrados em uma estrutura social – mediante a regulação multilateral imperativa-atributiva, baseada em uma determinada união entre pretensões e deveres, que deriva sua validade de fatos normativos, que têm em si a garantia social de sua eficácia e podem em certos casos executar seus preceitos mediante a coação concreta e externa, porém sem a pressupor necessariamente”. Mas, antes de morrer, no capítulo dedicado ao direito, do *Tratado de Sociologia*, por ele organizado com vários sociólogos, definiu-o com espírito de síntese, que tomou emprestado dos franceses, mas que não soube empregá-lo, talvez devido à sua formação germânica. Nesse tratado disse representar o direito “um ensaio de realização da justiça – isto é, reconciliação prévia e essencialmente variável das obras da civilização em contradição – por meio da imposição de encadeamentos multilaterais entre pretensões e deveres, cuja validade deriva dos fatos normativos que têm em si mesmos a garantia da eficácia das condutas correspondentes”. Era o sociólogo, outrora, mais jusfilósofo, estabelecendo a sua última definição do direito...

Outros, jusnaturalistas (v. § 182), encontram na Razão ou na Natureza a matéria-prima do direito. Em Roma, Cícero assim o definia: “manifestação da lei natural”, enquanto São Tomás de Aquino, “mandato da razão a serviço do bem comum, promulgado pelo governo da sociedade”. Na mesma linha, Grotius, “regra da reta razão pela qual julgamos justa uma ação pela sua conformidade com a natureza racional”. Mas não eram só os antigos que assim pensavam, pois, para o romanista Cuq, é o “conjunto de regras fundadas sobre a razão, com a finalidade de perpetuar e garantir os direitos imprescritíveis do homem, respeitando a sociedade e os indivíduos”.

Há os que reduzem o direito às normas garantidas ou criadas pelo Estado, esquecendo-se, por exemplo, do direito comercial, que, tendo origem em corporações de mercadores, só tardiamente

teve sua formulação pelo Estado, bem como a ordem constitucional inglesa. Nessa linha, a clássica definição é de Ihering (§ 199): “direito é a soma das condições da vida social, asseguradas pelo poder do Estado, mediante a coerção externa”; ou então Vanni (v. § 196): “direito é o conjunto de normas gerais impostas à ação humana em suas relações exteriores, feitas valer pela autoridade do Estado para garantir os indivíduos e a comunidade na consecução de suas finalidades”. Acrescentemos as seguintes: “direito é o corpo de princípios, reconhecido e aplicado pelo Estado na administração da justiça (Salmond); “complexo de normas gerais, bilaterais e coativas, impostas pelo Estado aos indivíduos e aos grupos sociais, para disciplinar o poder de agir e para assegurar a ordem social” (Groppali); “direito é o complexo de normas gerais de conduta que o Estado faz valer com a coação” (Schlesinger). Estas, além de outras, são definições do direito de juristas que se filiaram ao positivismo jurídico (v. § 196).

Não se afastam da posição anteriormente indicada os que, não sendo positivistas ortodoxos, consideram a coercibilidade o traço característico do direito: “conjunto de regras, imposto pelo constrangimento exterior, que rege as relações dos homens entre si” (Girard); “regra de conduta que se impõe aos homens que vivem em sociedade e cujo respeito é assegurado pela autoridade pública” (Paul Roubier); “conjunto de normas impostas e aplicadas em uma sociedade por quem tem atribuição e poder para tal sobre as pessoas e as coisas” (Vinogradoff); “norma obrigatória cuja violação dá nascimento a uma sanção predeterminada em sua natureza e condições de aplicação” (Hubert); “complexo de normas gerais do agir humano, indispensável ao homem” (Del Giudice); “conjunto de regras de conduta ditadas, ou, ao menos, recebidas e consagradas pela sociedade civil, sob a sanção da coação pública, a fim de estabelecer nas relações entre os membros do grupo uma certa ordem” (Dabin); “norma que, promulgada pelo governo, atribui a quem seria lesado por sua violação a faculdade de exigir o seu cumprimento” (Goffredo Telles Júnior). Próximo dessa linha está Norberto Bobbio: o direito é a norma “cuja execução é garantida por sanção externa e institucionalizada”, por instituição dotada de força coerciva. Mas é o formalista puro, Kelsen (v. §§ 197 e 200), quem nos dá a clássica: ordem coercitiva.

Ainda nessa linha, com conotações culturalistas (v. § 198), Miguel Reale: “direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral-atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos e valores”.

Fora dessas posições, desde que não se pense com Kelsen, que se preocupou em encontrar no direito seu próprio fundamento, muitos juristas deram-lhe fundamento metajurídico. Já vimos algumas definições que encontraram na Justiça, na Razão ou na Natureza o fundamento ou a raiz do direito. Além delas estão as fundadas na Moral. Nelas sobressai o conteúdo ético do direito. Eis algumas: “direito é o precipitado histórico da moral” (Petrone); “direito é a moral tornada estática em normas” (Maggiore); “direito é o mínimo ético” (Jellinek); “direito é o mínimo de moral indispensável para a vida em sociedade, imposto por sanções materiais” (Henri Beer); “direito é a coordenação ético-imperativa” (Timasheff); “direito é a moral em ação, a moral na medida em que

se torna suscetível de coerção” (Josserand); “direito é experiência ética de caráter atributivo” (Petrazycki). Ecleticamente, Del Vecchio (v. § § 192 e 197) o define como “coordenamento objetivo das ações possíveis entre vários sujeitos, segundo o princípio ético que o determina, excluindo o impedimento”. Definição formal, desprovida de conteúdo, é a de Kant (v. § 197): “conjunto de condições sob as quais o arbítrio de cada um pode se harmonizar com o arbítrio de todos, segundo uma lei universal de liberdade”.

Inegavelmente, a coercibilidade tem sido, segundo a grande maioria dos juristas, a nota característica do direito. Mas a encontramos também em definições de juristas que se opõem ao positivismo jurídico (v. § 196), como em outra definição do direito de Geny (§ 192), jusnaturalista moderado. Eis como ele define o direito: “ordenamento imposto, sob uma sanção social coercitiva, à conduta dos homens que vivem em sociedade”.

Há os que, por motivo filosófico, negam ser a coercibilidade a nota característica do direito, porque só dela se socorre no caso de ilícito (que não é a regra geral). Dentre os que assim pensam, Goffredo da Silva Telles Junior o define como “imperativo autorizante”, por entender que a norma exclusivamente autoriza a pessoa a praticar determinados atos, nela previstos; quanto impedidos, funciona a coercibilidade.

A noção do direito varia conforme pertença o jurista à área do direito codificado (direito continental) ou à do direito não codificado (Estados Unidos e Inglaterra). No primeiro caso, há nelas referência ao Estado, ou, pelo menos, a garantia do Estado, enquanto na área do *Common Law* (v. § 166) o direito é emanado de decisões judiciais. Daí Holmes, jurisconsulto norte-americano e Ministro da Corte Suprema, tê-lo definido como “uma profecia acerca de como decidirão em realidade os Tribunais”, enquanto para outro jurista norte-americano, partidário do “realismo jurídico” (v. § 201), o direito é o que o juiz decide (Llewellyn). A maioria dos juristas europeus que emigraram para os Estados Unidos sofreu a influência dessa mentalidade, como, por exemplo, é o caso do jus-sociólogo alemão Kantorowicz, precursor da “escola do direito livre” (v. § 137), que definiu o direito como “o corpo de normas sociais que ordenam a conduta externa e que são consideradas aptas a serem aplicadas por um órgão judicial em procedimento determinado”.

Em alguns juristas-sociólogos nota-se certo ecletismo, pois, sem abandonar as posições positivistas, acrescentaram-lhe raiz social. Nessa linha de pensamento: “direito é o conjunto de regras obrigatórias que determinam as relações sociais segundo a representação que faz a todo momento a consciência coletiva do grupo (H. Levy Bruhl); “direito é o imperativo social que atende a necessidade nascida da solidariedade natural” (Scelle); “direito é a forma altamente especializada de fiscalização social, em uma sociedade politicamente organizada: fiscalização mediante a aplicação sistemática e ordenada da força nessa sociedade” (Pound).

Além das indicadas, há as que, sendo tão ecléticas, não temos como classificá-las. A título de exemplo, apontamos as seguintes: “direito possibilita a ordem social em que está reduzida ao mínimo

a possibilidade de abuso de poder, tanto por parte de particulares, como por parte do governo” (Bodenheimer); “direito é a regra de vida social, estabelecida pela autoridade competente, tendo em vista a utilidade geral ou o bem comum do grupo e, em princípio, munida de sanções para assegurar sua efetividade” (Le Fur); “direito é o conjunto de regras sociais estabelecidas pela autoridade pública e por ela sancionadas” (Duverger); “direito é o ordenamento de uma comunidade sedentária com poder supremo coativo” (Sauer); “direito é vida humana objetivada, normativa e social” (Recaséns Siches); “direito é uma forma de vida social na qual se realiza um ponto de vista sobre a justiça, que delimita as respectivas esferas do lícito e do dever, mediante um sistema de legalidade, dotado de valor autárquico” (Legaz y Lacambra).

Finalizando, não deve ser esquecida a de um jurista romano: Ulpiano, que o definiu pelo seu conteúdo mínimo: “os preceitos do direito são: viver honestamente, não causar dano a ninguém, dar a cada um o que é seu” (*Jurispraecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*).

-
- ¹ O direito como *ciência* foi examinado no Capítulo I, enquanto como *direito subjetivo* será tratado no Capítulo XXVIII.
 - ² A distinção entre *norma de conduta* e *norma de organização* no campo jurídico deve-se a Burckhardt, estabelecida em 1936.
 - ³ Consuetudinário vem da palavra latina *consuetudine*, que significa costume.
 - ⁴ Cossio (*A Crítica da Jurisprudência Dogmática* etc.) considera ser ideológica a definição do direito como norma por destinar-se à consolidação do capitalismo, que necessita da “calculabilidade jurídica” dos negócios, possibilitada pela regra fixa. Ora, o normativismo igualmente, pensamos, foi indispensável aos planos quinquenais socialistas da extinta URSS e a toda economia planificada, nos quais a rigidez da norma é fundamental para alcançar resultados econômicos no futuro.
 - ⁵ Em 1950, em nosso *Curso de Filosofia do Direito* (Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S.A.), definimos o Direito como “sistema regulador das condutas das pessoas, que estabelece a correspondência entre as pretensões de uns e as obrigações de outros” (p. 25).
 - ⁶ Os romanos não conheciam a expressão direito positivo. Distinguiram, a princípio, o *ius civile*, direito do cidadão romano, do *jus gentium*, direito dos estrangeiros residentes no império romano. Depois, os distinguiram do *ius naturale*, tendo por fonte a natureza. Os glosadores também não se referiam ao direito positivo, apesar de, na Idade Média, ter sido usada pela primeira vez a expressão *ius positivum*. É com os jusnaturalistas que o problema do *direito positivo* e da “positividade”, como nota específica do direito, começou a ser questionado.
 - ⁷ O art. II, dessa Declaração, de 26.8.1789, prescreve: “*Ofim de tóda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem*”, e o art. XVI, enuncia:

“qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição” (Jorge Miranda, *Textos Históricos do Direito Constitucional*, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 1980, pp. 57 e 59).

8 Anteriormente, em 22 de fevereiro de 1993, Resolução do Conselho de Segurança da ONU, por iniciativa da França, criou o primeiro Tribunal Penal Internacional para apurar e punir *crimes contra a humanidade* (violação dos direitos humanos, tais como massacres, deportações, torturas etc.), praticados por sérvios, croatas e muçulmanos, na Guerra da Bósnia (1992-95), na época provinciana da Iugoslávia. Esse tribunal difere muito do indicado no texto, primeiro, por não ser permanente, mas destinado exclusivamente para punir os culpados pelos *crimes contra a humanidade* praticados em determinado lugar; segundo, porque, por causa de sua finalidade, depois de apurados e punidos os responsáveis, será extinto. Na prática, nada resultou – o governo Milosevic repetiu-os em Kosovo (Guerra de Kosovo, 1999) contra Kosovares de origem albanesa (Milosevic foi, em junho de 2001, extraditado para a Holanda, entregue ao *Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia – Tribunal Especial* –, criado pela ONU). A extradição violou a Constituição Yugosláva que não admite a extradição de nacional, porém foi executada para que, em troca, fosse dado substancial empréstimo norte-americano para a restauração da economia iugoslava. (É possível que os executores dessa medida tenham sido movidos pelo desejo de justiça. Fica no ar a dúvida). Entretanto, depois do Tribunal de Nüremberg, destinado a punir chefes nazistas, o aqui referido foi o primeiro criado, com base na Convenção de Genebra, pela ONU, para punir violações dos direitos humanos. Na União Europeia (§ 96) há recurso, por parte de qualquer europeu que tenha sofrido violação de seus direitos fundamentais, para a *Corte Europeia dos Direitos do Homem* (§ 97), criada pela *Convenção Europeia para a proteção desses direitos*.

9 O ataque terrorista de 11.09.2001 nos Estados Unidos levou o Congresso norte-americano a aprovar uma legislação (*U.S. Patriot Act*) que coloca em risco os direitos civis e humanos dos norte-americanos e de quem lá residir. No Brasil, a “revolução” de 1964 permitiu, com base no *Ato Institucional nº 2*, graves violações dos direitos humanos. Igualmente, nos anos 70 e 80, do século XX, no Chile (*Governo Pinochet*) e na Argentina (*Governo Militar*). Paradoxalmente, nos Estados Unidos, em março de 2005, o ato do Congresso *Advance*, deu poderes ao governo norte-americano para aplicar sanções a países em que a liberdade ou a democracia estiverem ameaçadas, bem como o *Military Commissions Act* (2006) que permite a tortura no interrogatório.

10 O direito em sentido subjetivo ou direito subjetivo será tratado no § 144.

DIREITO E MORAL – DIREITO, EQUIDADE E JUSTIÇA – DIREITO, NORMAS SOCIAIS E LEI FÍSICA – NORMA TÉCNICA

43. DIREITO E MORAL

Estabelecido o que entendemos por direito, por direito positivo e por direito objetivo, devemos agora distingui-lo da moral. Distinção que só foi pensada em um estágio mais evoluído da Cultura. Os egípcios, os babilônios, os chineses e os próprios gregos não distinguem o direito da moral e da religião. Para eles, o direito se confunde com os costumes sociais. Moral, religião e direito são confundidos. Nos códigos antigos encontramos não só preceitos jurídicos, como, também, prescrições morais e religiosas. O direito nesse tempo ainda não havia adquirido autonomia, talvez porque, como nota Roubier, “nas sociedades antigas, a severidade dos costumes e a coação religiosa permitiram obter espontaneamente o que o direito só conseguiu mais tarde”, com muita coersão.¹

Os próprios romanos, organizadores do direito, definindo-o sob a influência da filosofia grega, consideraram-no como *ars boni et aequi*. Todavia, o grande jurisconsulto Paulo, talvez compreendendo a particularidade do direito, sustentou que *non omne quod licet honestum est* (o permitido pelo direito nem sempre está de acordo com a moral).

Deve-se, sob o império do Iluminismo, a Thomasius, em 1713, cujas ideias foram desenvolvidas por Kant, a distinção entre direito e moral. Partindo da consideração da coercibilidade como a marca do direito, não o confundiu com os deveres morais, por considerá-los incoercíveis, em contraposição aos jurídicos, que seriam coercíveis. Já Kant atribuiu à moral o julgamento dos motivos, das resoluções, da intenção e da consciência, enquanto ao direito, a disciplina da conduta exterior do homem e das manifestações da vontade. Por isso, diz Kant, o direito é coercitivo, enquanto a moral, incoercível. Contra Kant, podemos dizer que no direito penal a intenção é levada em conta. No direito civil, contrato e testamento são interpretados em função da vontade declarada e da intenção do contratante ou do testador. No plano da Teoria Geral do Direito, uma escola, “escola de exegese”, sustentou que na interpretação da lei deve-se indagar a intenção do legislador. Tais exemplos demonstram que o ponto de vista de Kant deve ser acolhido com reservas.

Todavia, alguns juristas, como Jellinek, entre outros, definiram o direito como o *mínimo ético*. Petrone foi mais além, considerando-o “precipitado histórico da moral”. Maggiore, seguindo essa linha, compreendeu-o como a petrificação da moral. Ripert e Josserand também não se afastaram dessa posição. Ripert (*La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, 1925) chega a dizer: “entre a regra moral e a jurídica inexiste diferença de domínio, de natureza e de finalidade”. “E não pode

haver”, prossegue Ripert, “por dever o direito realizar a justiça, que é ideia moral”. Porém, como nota o citado civilista francês, há uma diferença formal: a regra jurídica é a regra moral imposta mais energicamente, dotada de sanção exterior, necessária a atingir o seu objetivo. “Mas”, acrescenta Ripert, “o direito só pode aperfeiçoar-se se continuamente receber a influência da moral, que é a sua origem e lhe serve de fundamento”. Timasheff pensa ser o direito a moral imposta pelo poder, enquanto J. Freund considera-o resultante da dialética entre política e ética.

Del Vecchio, por sua vez, além da coercibilidade específica ao direito, indicou a bilateralidade como elemento que o distingue da moral. O direito enlaça-se com deveres, enquanto a moral só impõe deveres.²

Para nós, a coercibilidade e a bilateralidade são, de modo geral, notas específicas ao direito. É incompatível com a moral o constrangimento; o dever moral deve ser observado voluntariamente, enquanto o constrangimento é essencial ao direito. A consciência, a vontade e a intenção em si são incontrolláveis juridicamente. A sanção jurídica é bem diferente da sanção moral.

O dever moral não é exigível por ninguém, reduzindo-se a dever de consciência, ao *tu deves*, enquanto o dever jurídico deve ser cumprido sob pena de sofrer o devedor os efeitos da sanção organizada, aplicável pelos órgãos especializados da sociedade. Assim, no direito, o dever é exigível, enquanto na moral, não. Entretanto, não é só, pois, enquanto o direito é *heterônomo*, por ser imposto ou garantido pela autoridade competente, mesmo contra a vontade de seus destinatários, a moral é *autônoma*, pois é imposta pela consciência ao homem. Destarte, podemos dizer que o direito, se não respeitado voluntariamente, poderá sê-lo pela intervenção dos aparelhos policial e judiciário, o que não ocorre com a moral, que exige a observância espontânea, voluntária, de seus preceitos.

O direito, apesar de acolher alguns preceitos morais fundamentais, garantindo-os com sanções eficazes, aplicáveis por órgãos institucionais, tem campo mais vasto que a moral, pois disciplina também matéria técnica e econômica indiferente à moral, muitas vezes com ela incompatíveis, como, por exemplo, alguns princípios orientadores do direito contratual, fundados no individualismo e no liberalismo, inconciliáveis com a moral cristã e, portanto, com a moral ocidental. Mas, apesar disso, o jurídico não está excluído de julgamentos éticos. Não está, como qualquer conduta humana. Na sociedade pré-letrada ou primitiva a regra do direito se confundia com a da moral. Porém, nesse remoto passado, direito, moral e religião não se diferenciavam. Mas, mesmo no direito das altas civilizações, há infiltração da moral no direito. Infiltração constatável facilmente no direito privado e no direito penal. Neste, regras morais, como, por exemplo, não matar, não furtar, respeitar os mortos, os túmulos, o culto e os símbolos sagrados, são impostas pela norma penal, enquanto no direito privado é no direito de família que os deveres e as regras morais estão mais presentes. Mas, também, no direito das obrigações, principalmente nas épocas de crise, se faz sentir tal influência. Assim, regras jurídicas que proíbem o enriquecimento sem causa; a regra que veda o ato emulativo,

isto é, o exercício do direito só para prejudicar outrem (§ 152) e o abuso do direito (§ 152); a que proíbe a transmissão de mais direito que tem o titular; a que proíbe causar dano injusto a outrem; bem como a obrigação natural tutelada indiretamente pelo direito, isto é, a obrigação não mais exigível pelo credor por ter ocorrido a prescrição, bem como a dívida de jogo, são exemplos de deveres morais tutelados pelo direito obrigacional, porque, não podendo ser exigida no Judiciário a observância dessas obrigações, se espontaneamente pagas, irrestituível é o que for pago. No direito público, a obediência à autoridade legítima, alicerce da ordem política, tem origem moral. Os princípios fundamentais da justiça segundo a Civilização Ocidental, oriundos dos romanos, *neminem laedere* (não causar prejuízo a ninguém) e *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que lhe é devido), têm origem ética. A noção de boa-fé, pressuposta em todas as relações jurídicas, é, antes de ser jurídica, noção moral. Portanto, o direito não é indiferente à moral. Apesar de distintos, a moral exerce influência sobre o direito.

Mas nem todas as prescrições morais são tuteladas pelo direito, pois, se o fossem, o direito seria a imposição, pelo poder social, da moral de uma época, civilização ou sociedade. Muitas das prescrições morais, que não são essenciais à paz, à segurança e ao convívio sociais, não se encontram no direito.

Concluindo: o direito é *heterônomo, bilateral e coercível*, enquanto a moral, *autônoma, unilateral e incoercível*.

44. DIREITO E EQUIDADE

Alguns juristas, seguindo a tradição que vem desde Roma, identificaram a equidade com o direito natural. Os romanos tinham sempre presente a *aequitas naturalis*, chegando a afirmar que *quod semper bonum et aequum est, jus dicitur* (o direito é sempre o que é bom e equitativo).

Outros compreenderam a equidade como noção moral.

Maggiore (*Diritto Penale*, T. I) a posicionou nos limites da moral com o direito, como forma de possibilitar o retorno do direito (moral petrificada, codificada) ao seio de sua inesgotável fonte: a moral histórica.

Windscheid (*Diritto delle Pandette*, trad.) pensa ser a equidade a adaptação do direito ao fato, aproximando-se, assim, de certa forma, do pensamento de Aristóteles (*Ética*), que a vê como “o meio de corrigir a lei”, aplicando-a com justiça ao caso concreto.

Outros entenderam-na como o sentimento do justo, provocado no juiz pelo caso *sub judice*.

Há quem a identifique com as noções de humanidade, clemência, moderação e mitigação.

Para nós, a equidade, que entre os romanos teve grande influência na época dos pretores, e, atualmente, tem grande valor na Inglaterra, onde o *Lord Chancellor*, com base nela, pode negar a aplicação de uma norma jurídica, a equidade, dizíamos, é a justa aplicação da norma jurídica *geral*

ao caso *concreto* que impede a transformação do *summun jus* em *summa injuria*.

Essa é a equidade *secundum leges*, que consiste na justa concretização do preceito legal, de grande valor na aplicação do direito.

Ao lado dela está a *contra legem*, que conflita com o direito positivo, correspondendo aos novos ideais históricos da justiça. Nesse caso, a equidade é a adaptação do ideal de justiça de uma época a um caso concreto. Algumas vezes, a equidade implica a ideia de humanidade, de clemência e de mitigação. Aí, então, é correto entendê-la como fonte do direito.

Tendo em vista essa última acepção, o juiz, ao decidir, padece de um drama de consciência muito intenso: terá de decidir de acordo com a lei, julgando contra sua consciência, contra seu ideal de justiça, contra o que ele compreende por equidade para o caso concreto. Mas, nesse caso, o direito positivo deve prevalecer sobre a equidade, por assim exigir um de seus fins: a segurança, e uma de suas razões de ser, a certeza do direito.

No entanto, no caso de lacuna, quando o juiz não encontra nos princípios gerais do direito o princípio aplicável ao caso novo, a ele submetido a julgamento, a equidade de que se deve socorrer o juiz é a *praeter legem* correspondente ao ideal histórico de justiça, ainda não presente no direito positivo.³

45. DIREITO E JUSTIÇA

Têm sido confundidos por filósofos, políticos, literatos e até mesmo por juristas: *juris nomen a justitia descendit* (o direito deriva seu nome da justiça). Não há por que confundi-los, porquanto o direito é (ou deve ser) o veículo para a realização da justiça, que é (ou deve ser) a meta da ordem jurídica. Mas como entendê-la? A ideia de justiça, que nós, ocidentais, temos, é herdada, em grande parte, de Platão, Aristóteles e dos juristas romanos. Os dois primeiros deram dela o sentido ético e formal, enquanto os romanos, o sentido jurídico e material. A justiça – pensa Platão – é *virtute suprema*, harmonizadora das demais virtudes. A *harmonia*, segundo o grande filósofo grego, é a sua nota fundamental, que, para ser alcançada, exige *equilíbrio* entre ação e reação ou entre pretensão e obrigação. Como *equilíbrio e proporção* a definiu Aristóteles. É clássica a distinção que formulou entre *justiça distributiva* e *justiça corretiva* (*sinalagmática* ou *comutativa*) em função do critério de *proporção* e de *igualdade*. A primeira, pelo critério de proporção, distribui os bens correspondentes ao mérito e às necessidades de cada um, enquanto a justiça corretiva ou *sinalagmática*, com base no princípio de igualdade, é aplicável às trocas entre as pessoas. A distributiva depende do Estado, que pode distribuir bens e honras, levando em conta o mérito de cada um. Já a sinalagmática preside as relações entre os homens, equilibrando-as de modo que cada um receba o que merece, o que lhe é devido. Esta última subdivide-se em comutativa, em sentido estrito, e judicial. A primeira preside as relações de troca, isto é, as relações contratuais, enquanto a judicial (juiz ou árbitro), quando

observada, a sanção aplicada ao réu é adequada e proporcional ao delito por ele praticado.

Em síntese, de Aristóteles acolhemos duas notas formais características da justiça: *igualdade e proporcionalidade*.

Vieram depois os romanos, que, com seu espírito prático, não cogitaram dos aspectos formais da justiça, mas de seus princípios, de seu conteúdo. É no *Digesto* que vamos encontrar a definição romana da justiça: *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* (justiça é a constante e perpétua vontade de dar a cada um o que é seu). “Dar a cada um o que é seu”, eis a regra fundamental da justiça dos romanos, completada com outra, *alterum non laedere* (não causar dano injusto a outrem ou “a ninguém ofender”). Eis os preceitos do direito justo romano que serviram de fonte e de manancial inesgotável para as legislações da Civilização Europeia.

Com tais princípios, o Ocidente, através de sua história, criou a sua ideia de justiça, formulando, em função de situações histórico-sociais, o conceito do justo, que, variando com a modificação dessas situações, não se alterou em sua substância.

Resumindo: justiça é *igualdade* de tratamento jurídico, bem como *proporcionalidade* da pena ao delito, da indenização ao dano, do preço à coisa vendida, da prestação à contraprestação etc. Daí ser a justiça: 1) *comutativa*, tendo por critério a igualdade, aplicável às relações entre os indivíduos (direito de família, direito dos contratos, direito das sociedades comerciais etc.); 2) *distributiva*, tendo por critério a proporcionalidade, que rege o direito penal, a reparação de danos, o direito fiscal, a distribuição de bens ou de encargos etc.

Mas o Ocidente não se limitou a construir apenas uma teoria da justiça, pois, desde os romanos, vem elaborando teorias jurídicas, destinadas a estabelecer uma ordem jurídica justa, e a legitimar a ordem jurídica dominante (§ 191). Não se satisfaz, portanto, em formular os elementos componentes da ideia de justiça, por ser muito mais importante encontrar o meio de realizá-la historicamente. Desse propósito resultou outra questão: a da relação entre justiça e direito.

Já vimos que o direito é norma executável coercitivamente, enquanto a justiça é finalidade, ou melhor, exigência moral de realizá-la no meio social (nem sempre atendida), valor, que pode ou não influir no legislador, apesar de dever influí-lo. A diferença, portanto, que existe entre direito e justiça é semelhante à que há entre ideal e realidade (fato). A justiça *não é coercível*, enquanto o direito é; a justiça é *autônoma*, pois não é imposta à nossa consciência, brotando nela como os demais valores, sendo, assim, valor moral, enquanto o direito é *heterônomo*, por termos a consciência de nos ser ele imposto pela sociedade (costumes) ou pelo poder público (legislação). A justiça é a meta a ser atingida pelo direito e, desta forma, distingue-se deste como o “meio” da “finalidade”. É critério das leis, das condutas e das sentenças judiciais.

Finalmente, a justiça deve ser entendida como a exigência de dar a cada um o que é seu e de não causar dano injusto a outrem, considerado como nosso semelhante, e não como meio de satisfação de nossos interesses. Exerce três funções em relação ao direito: 1º, meta do direito; 2º, critério capaz

de julgá-lo e de aperfeiçoá-lo; 3º, fundamento do direito histórico. Torna-o problemático e revela (quantas vezes), a sua imperfeição, injustiça e desumanidade. A justiça, escreveu *Alain*,⁴ é a dúvida sobre o direito que salva o direito.

46. O DIREITO E AS DEMAIS NORMAS SOCIAIS

O direito é um dos controles sociais, mas não é o único, porquanto ao lado dele estão as demais normas de conduta como a norma moral, os costumes e as normas sociais.

Pode-se dizer ser o direito, dentre todas as normas sociais, o controle social mais eficaz, por admitir a possibilidade de ser coativamente aplicado por órgãos especializados no controle social (judiciário, administração pública, polícia), pois, como vimos, é norma social coercitiva, imposta a seus destinatários, mesmo contra a sua resistência, por estarem obrigados a observá-la sob pena de sofrerem uma sanção eficaz.

Ao lado do direito, portanto, estão a moral e as demais normas sociais. Já vimos como a moral se distingue do direito. Resta distinguir o direito das *normas sociais*, denominadas, também, *normas de trato social* (Recaséns Siches), *normas convencionais* (Stammler), *usos sociais* (Ihering), *costumes sociais* (Vanni, Groppali) ou *convencionalismos sociais* (Garcia Maynez).

Encontramos na organização social, além do direito e da moral, as regras de bem-viver, os usos, as convenções sociais, a moda, as regras de etiqueta, os costumes sociais etc. Tais normas tornam os contatos sociais menos ásperos, porquanto diminuem os conflitos, aumentam a sociabilidade, facilitam as relações sociais. Exercem, também, pressão social sobre seus destinatários, acarretando, quando violadas, a reprovação pública ou a exclusão do transgressor de associações ou grupos (clubes, associações culturais, esportivas ou de beneficência etc.), o rompimento de relações sociais, o ridículo, o remorso, o desprezo público, o descrédito, a desestima etc. Em nenhum caso, porém, como ocorre com o direito, poderá ser exigida no Judiciário a observância das mesmas.

Assim, as normas sociais, inclusive o direito, com exceção da moral, são *heterônomas*, por serem impostas pela sociedade, tendo o homem a consciência dessa imposição. As pessoas têm a percepção de que os deveres que decorrem dessas normas lhes são impostos pela sociedade, provindo de fora de suas consciências, enquanto os deveres prescritos pela moral parecem a elas que lhes são impostos pela consciência, sem perceberem a origem social dos mesmos. Daí termos dito que todas as normas sociais, *com exceção da moral*, são *heterônomas*, pois, como vimos, a moral é *autônoma*, por ser imposta pela consciência, mesmo que tenha origem social, como sustentam os sociólogos.

Portanto, tanto o direito como os demais convencionalismos sociais são *heterônomos*. O direito, porém, distingue-se dos usos sociais por ser coercível, o que não ocorre com os mesmos. Mas não é só, pois o direito é *bilateral*, impondo a uma parte obrigação, tendo por correspondência

o direito garantido à outra, enquanto os usos ou as normas sociais, inclusive a moral, são *unilaterais*, impondo somente obrigações, não admitindo a faculdade de exigí-las.

Concluindo, os convencionalismos sociais (usos sociais, normas sociais, costumes sociais etc.) são *heterônomos, unilaterais e incoercíveis*, enquanto o direito é *heterônomo, bilateral e coercível*, já a moral, *autônoma, unilateral e incoercível*.

47. NORMA JURÍDICA, LEI FÍSICA E NORMA TÉCNICA

Depois de termos estabelecido os caracteres do direito, chegou o momento de distingui-lo da lei física, ou melhor, da lei que rege a Natureza.

Como já tivemos ocasião de sustentar (*Curso de Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, 1950, Capítulo IV, nº 2), a norma jurídica difere da *lei física*, isto é, da lei em sentido científico, por *impor* uma conduta, por garantir a sua observância, enquanto a lei física decorre da *constatação* de fatos que se repetem, sendo assim *inferida e enunciada*. Por conseguinte, o direito impõe comportamentos, enquanto a lei física, estatisticamente, enuncia regularidades que fatalmente devem ocorrer, sem poder o homem modificá-las ou evitá-las e sem poder remover as suas causas. Korkounov (*Cours de Théorie Générale du Droit*), com a precisão que lhe é peculiar, diz: “a lei física é uma fórmula geral que exprime a uniformidade constatada nos fenômenos. Enuncia não o que deve ser, mas o que é em realidade”. Outro não é o pensamento de Ferrara (*Trattato di Diritto Civile Italiano*): lei física retrata “isto que ocorre na natureza”, não prescrevendo “isto que deve acontecer, pois declara o que realmente acontece”. Também Del Vecchio (*Lezioni di Filosofia del Diritto*): “lei física exprime só isto que é, que acontece, e corresponde necessariamente a toda realidade”. Já a norma jurídica não enuncia o que é, mas o que *deve ser*.

Podemos acrescentar ainda: a regra de direito se distingue da lei física porque prescreve uma ação ou impõe uma organização, sendo enunciada de modo imperativo, enquanto a lei física descreve uma relação causal entre fenômenos. As próprias “leis” sociológicas e as “leis” da Sociologia Jurídica não são iguais às leis físicas, pois indicam *probabilidades*, que, em condições socioculturais semelhantes, têm possibilidade de ocorrer. Probabilidade, e não certeza.

Outra diferença: a norma jurídica admite transgressão, enquanto a inobservância da lei física é, cientificamente, inadmissível. Se a violação da *lex juris* não a afeta, a inobservância da *lei física acarreta a sua refutação*,⁵ pois a lei física só vale enquanto é constatada sua observância; isto porque a lei física tem por objeto a realidade independente do homem ou então o ser humano na medida em que independe da vontade, enquanto a regra jurídica disciplina fatos e atos que dependem da vontade humana. Sendo dotados de liberdade os destinatários do direito, a norma jurídica tem que admitir a possibilidade de sua inobservância, e é por este motivo que é acompanhada de sanção. A sanção jurídica, como a sanção ética, supõe a possibilidade de transgressão dos preceitos jurídico e

ético. Já a lei física, como dissemos, não admite violação; verificada sua inobservância, deixa *ipso facto* de ser lei. A lei física, portanto, só vale enquanto o cientista verificar sua observância constante na natureza. Daí ser a lei física “expressão de uma relação constante”. Assim, no mundo da natureza os fatos ocorrem necessariamente, resultantes das mesmas causas, produzindo os mesmos efeitos. Como a lei física é o modo de racionalizar o que ocorre na natureza, podemos dizer que a lei física é *descoberta*, enquanto a norma jurídica, *prescrita*. A primeira não admite violação, enquanto a segunda admite-a. Korkounov ensina: “As normas jurídicas ou éticas podem ser violadas, o que é impossível à lei em sentido científico”, e Ferrara, no mesmo sentido, “a norma de conduta, ética ou jurídica, caracteriza-se pela sua violabilidade”. Tal não ocorre com a lei física, apesar de o homem, em certos casos, poder interromper ou reduzir os seus efeitos, como, por exemplo, os diques na Holanda afastando do mar.⁶

Dessa forma, temos duas categorias de normas: as que admitem a transgressão (jurídica, ética, religiosa, costumes, técnica) e a cuja violação é, cientificamente, inconcebível: lei física.

Entre as normas que admitem transgressão estão as *normas técnicas*, que, no dizer de Korkounov, são regras que indicam a maneira de agir para atingir determinado fim, ou, analogamente, como quer Ferrara, instruções sobre meios idôneos para obter certo resultado. São normas auxiliares das ciências e das artes, indispensáveis para alcançar determinados resultados. Também as normas jurídicas e as técnicas têm finalidades. Mas são os efeitos que decorrem da *inobservância* das normas técnicas que as distinguem das de direito. Estas são acompanhadas de sanções, que não têm aquelas, que, se inobservadas, nenhuma consequência sofre o transgressor, a não ser não atingir o seu objetivo, podendo ter prejuízo econômico etc., enquanto nas regras de direito a violação dá lugar à aplicação de uma sanção pelo Judiciário, e o infrator, além de não atingir o fim prático que tinha em vista, sofre uma pena (perdas e danos, multa, prisão etc.). Finalmente, nada impede que a norma jurídica tenha por conteúdo norma técnica, como, por exemplo, a disciplina do uso da energia nuclear ou Código de Limpeza Urbana.

¹ Roubier, *Théorie Générale du Droit*, 2ª ed., Paris, Capítulo I, § 5.

² Piaget, do ponto de vista psicogenético, preocupou-se em demonstrar a heteronomia (no sentido de imposição por uma autoridade) tanto da norma moral como da norma jurídica, bem como o fato de ambas, em suas origens, pressuporem uma autoridade, passando a primeira, gradualmente, da fase de heteronomia para a de “autonomia” relativa (no sentido de imposição da consciência). A criança, diz Piaget, inicialmente como deveres só conhece as instruções de seus pais; dessas instruções ela tira novas normas por generalização e aplicação a outras pessoas, “até alcançar uma interiorização espiritualizada e autônoma deste conjunto que será incessantemente trabalhado”. Na origem de ambas as normas encontra-se uma autoridade: na moral, a autoridade dos pais ou do educador, enquanto no direito a dos mais velhos. Assim, a coercibilidade não

seria específica ao direito, pois, em sua origem, também estaria presente na moral. A censura e as punições dos pais às transgressões das regras morais por parte dos filhos são sanções externas que não se distinguem, por natureza, das do direito. Por tudo isso, Piaget acabou considerando ser a nota característica da moral a impossibilidade de substituição na relação moral da individualidade das partes, enquanto na relação jurídica poderia ser substituída, circunstância que permitiria a generalização da regra e, conseqüentemente, a codificação. A moral seria, assim, pessoal, enquanto o direito, transpessoal. O direito seria o “conjunto de relações normativas transpessoais da sociedade” (*Estudos Sociológicos*, “As Relações entre a Moral e o Direito”, trad., Rio de Janeiro, Forense, 1973, pp. 197-231).

- ³ A equidade, além de fonte no Direito do Trabalho e no Direito Internacional, principalmente nas arbitragens internacionais, juntamente com os princípios gerais do direito das nações desenvolvidas, é fonte fundamental no *juízo arbitral*, que soluciona litígios sem a intervenção do Judiciário, com solução dada por árbitro escolhido pelas partes de comum acordo. Essa forma de solução de litígios tem a rapidez que o procedimento judiciário não pode alcançar. Entre nós, a Lei nº 9.307, de 1996, prevê o juízo arbitral, especialmente no direito contratual.
- ⁴ Emile Chartier, conhecido por Allain, filósofo francês (1868-1951).
- ⁵ No interior do átomo e de seus elementos não é possível estabelecer leis, a não ser a da incerteza (ou o princípio de indeterminação), pelo menos no estado atual da ciência...
- ⁶ A noção de lei física dada aqui é válida (desde que levado em conta o estágio atual da ciência) para os fenômenos da natureza, pois tanto na micro como na macrofísica as regras fixas são desconcertantes, admitindo-se possibilidade de acasos, incertezas etc. Nesse mundo, além das aparências percebidas pelos sentidos, a ciência trabalha com o que Newton da Costa denomina de “quase verdade”, hipótese de trabalho.

VI

NORMA JURÍDICA – CARACTERES – SANÇÃO E CLASSIFICAÇÃO – DESTINATÁRIOS DA NORMA JURÍDICA

48. NORMA JURÍDICA

É a proposição normativa inserida em uma fórmula jurídica (lei, regulamento, tratado internacional etc.), garantida pelo poder público (*direito interno*) ou pelas organizações internacionais (*direito internacional*).¹ Proposição que pode disciplinar ações ou atos (*regras de conduta*), como pode prescrever tipos de organizações, impostos, de forma coercitiva, provida de sanção. Tem por objetivo principal a ordem e a paz social e internacional. As normas do direito das sociedades letradas e evoluídas caracterizam-se por serem dotadas de *generalidade* (*vide* § 50), não tendo por objeto situações concretas (casos), enquanto as do direito arcaico são dominadas pelo *casuismo*, disciplinando casos. As normas jurídicas disciplinadoras de conduta são *bilaterais*, sendo, portanto, a bilateralidade (*vide* § 49) sua nota específica. Geralmente, a sua *forma* típica é imperativa, geral e abstrata. Compõe-se, em sua maioria, de preceito e sanção. Exemplo: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano” (art. 159 do nosso Código Civil). Nesse exemplo, o preceito estabelece as condições da responsabilidade civil, ou seja, da sanção, que consiste em reparar o dano. Na norma penal é evidente essa estrutura, pois consta de “preceito”, que define o crime, e de “sanção”, que estabelece a pena. Exemplo de norma penal: “Matar alguém. Pena: Reclusão de 6 a 20 anos” (art. 121, Código Penal). Já em outras, as sanções podem se encontrar em outra parte da lei ou em outra lei. Muitas vezes, a sanção não é, como no direito internacional, prevista em norma escrita, como, por exemplo, bloqueio econômico, represália ou guerra.

49. BILATERALIDADE E FUNÇÃO DA NORMA JURÍDICA

Já vimos que o direito é o sistema de normas jurídicas. Portanto, os caracteres do direito são também das normas jurídicas. Fica desde logo esclarecido que a norma jurídica, quando disciplina condutas (*norma de conduta*), se caracteriza pela bilateralidade, ou seja, por enlaçar o direito de uma parte com o dever de outra, isto é, por disciplinar uma relação social entre duas ou mais pessoas, na qual uma parte tem a faculdade de exigir a observância do dever jurídico imposto pela norma à outra parte. Mas não é só, pois é também bilateral ao conferir *imperium* a uma parte e impor obediência a outra, como ocorre no direito público, como, por exemplo, os poderes conferidos pela

Constituição ao Presidente da República.

Além disso, a norma jurídica prevê uma condição (fato ou ato jurídico) que, ocorrendo, forçosamente produzirá um efeito jurídico; exemplificando: maioria (fato) para a obtenção da capacidade plena (§ 153); ilícito (ato), para a reparação do dano dele resultante ou aplicação de uma pena etc.

As características formais, escreve o sociólogo Sorokin, das normas jurídicas, que as diferenciam de outras normas, são as seguintes: “independentemente de seu conteúdo, qualquer norma de conduta (de fazer, não fazer ou tolerar), que atribua um direito determinado a uma parte (sujeito do direito) e certa obrigação a outra parte (sujeito da obrigação) é norma jurídica”. Estabelece, portanto, “entre as duas partes uma relação bilateral, imperativo-atributiva, definida mediante a indicação daquilo que uma das partes se acha autorizada a pretender da outra, e aquilo que a outra se acha obrigada a fazer para satisfazer a esta pretensão” (*Sociedad, Cultura y Personalidad*, trad., Cap. IV). Tal é a estrutura bilateral da regra de direito. Nela, escreve Gurvitch (*Traité de Sociologie*, t. II, § 4º), está o caráter multilateral do direito: enlaça as pretensões de um aos deveres de outro, ou, como ensinavam os romanos, *jus et obligatio sunt correlata* (a todo direito corresponde uma obrigação). Tal característica é específica às regras jurídicas, ou seja, às que sejam *regra de conduta*, enquanto a regra ética só impõe deveres, da mesma forma que as demais regras sociais.

A norma jurídica desempenha várias funções, que não devem ser confundidas com as finalidades ideais da norma (justiça, segurança etc.), e com os seus fins históricos, estes, na dependência de interesses ou de exigências sociais etc., mas que são funções a ela inerentes, motivo por que, como dissemos em nossa *Filosofia do Direito* (1994), são *funções formais* do direito. Elas, em linhas gerais, *função distributiva*, pela qual a norma atribui, no direito privado, direitos e obrigações entre as partes, bem como situações jurídicas (marido, pai, tutor, curador, filho legítimo, proprietário etc.), e, no direito público, poderes, competências, obrigações e funções; *função de defesa social* (norma penal); *função repressiva* (norma penal); *função coordenadora* (norma de direito privado, de direito internacional e de direito processual); *função de garantia e tutela de direitos e de situações* (norma de direito processual e algumas do direito privado); *função organizadora* (norma de direito constitucional, de direito administrativo e de direito das sociedades civis e comerciais); *função arrecadadora de meios* (direito financeiro e fiscal); *função reparadora* (normas de responsabilidade civil) etc.

50. GENERALIDADE E ABSTRAÇÃO DA NORMA

A norma jurídica é *geral* e *abstrata* por não regular caso singular e por estabelecer modelo aplicável a vários casos, enquadráveis no tipo nela previsto. Pode-se dizer, com Bobbio (*Studi per*

una Teoria Generale del Diritto), desde que se queira distinguir “abstração” de “generalidade”, que a norma é *geral* quando tem por destinatários várias pessoas, e *abstrata* quando prescreve ação ou ato-típico. A *generalidade*, característica da norma jurídica, reconhecida a partir dos romanos, permite alcançar indeterminado número de ações, de atos e de pessoas. Resulta da aplicação do processo lógico de *abstração* pelo qual são abstraídas as circunstâncias, os detalhes, as particularidades de ações e atos, isto é, como eles ocorrem na vida real, para regular-lhes naquilo que lhes for essencial. Nesse sentido, pela abstração a norma pode prever ato, ação ou negócio típico, em suas características essenciais, como, por exemplo, ao definir o crime de furto. Nem sempre ela foi assim, pois a generalidade, alcançada, como dissemos, com emprego do processo lógico de abstração, só foi empregada pelos legisladores em etapas mais evoluídas da sociedade.²

Todavia, colocando de lado essa questão acadêmica, porque a generalidade só pode ser alcançada com o emprego do processo lógico de abstração, perda ela relevância. Resta dizer, entretanto, a esse respeito, que a generalidade é a característica do direito a partir de Roma, porquanto o casuísmo (§§ 157 e 158) é a nota que distingue o direito anterior ao romano (exemplo: Código de Hamurabi, dominado pelo casuísmo, v. § 160).

Mas, tomando-se como exemplo o direito romano, pode-se dizer com Ulpiano (tradução livre) não ser o direito instituído para determinadas pessoas, mas para todas, ou, então, com Papiniano: a lei é preceito geral.

Portanto, devido à sua generalidade, a norma jurídica prescreve um padrão de conduta jurídica, um *standard jurídico*, um tipo de relação jurídica que pode ocorrer, não endereçado a ninguém em particular. Exemplo tirado da Constituição brasileira de 1891: “Compete ao Presidente da República: sancionar, promulgar e fazer publicar as leis...” (art. 48). Competência *de todos* os presidentes que exerceram a Presidência da República durante a vigência dessa constituição, e não de um deles.

Consequência da generalidade: a flexibilidade da norma.

Devido à generalidade e à flexibilidade da norma do direito moderno, a ordem jurídica se transforma sem necessidade da interferência constante do legislador, só por via de interpretação. Em virtude da generalidade, a norma é aplicável a todas as pessoas que estiverem em igual situação jurídica e a todos os atos e negócios jurídicos da mesma espécie.

Por conseguinte, em razão da generalidade da norma, pode-se dizer que todos são iguais perante a lei.

Exceção à generalidade da regra de direito é o *privilégio*, que confere direito ou vantagem a uma pessoa não atribuídos às demais na mesma situação.

51. IMPERATIVIDADE DA NORMA

A norma jurídica é, ainda, imperativa.

Imperativa, porque contém um comando, uma prescrição, impondo um tipo de conduta que tem de ser observada. Exemplo: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi imposta” (art. 128 do Código de Processo Civil de 1973), que impede ser decidida pelo juiz questão não alegada pelas partes, por mais importante que seja. Imperativa não só quando impõe uma conduta, como, também, quando a proíbe. Exemplo: “O juiz não poderá, sob pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, eximir-se de proferir despachos ou sustenções” (art. 113 do Código de Processo Civil de 1939).³ Nesse caso, está obrigado a decidir mesmo não havendo norma expressa, socorrendo-se da analogia e dos princípios gerais do direito (art. 139 do CPC de 1973).

Mas é, também, imperativa quando impõe uma organização social ou política (p. ex., federação), uma situação jurídica (proprietário, pai etc.), e quando confere *imperium* (Presidente da República ou monarca), poderes, prerrogativas, competências etc.

Mesmo as normas *explicativas*, *declarativas* ou *interpretativas* são imperativas, porque estabelecem o sentido de outras regras de direito. Estão vinculadas às normas cujo sentido elas dão.

Não fogem à regra da imperatividade as normas *dispositivas* ou *supletivas*, porque nelas a imperatividade está, segundo a vontade do legislador, na dependência de uma condição: a vontade das partes. Podem elas, no caso dessas normas, estabelecer regra diversa daquela prevista na lei, como ocorre no direito dos contratos. Nesse caso, a imperatividade da lei se transfere para a regra formulada pelas partes (contrato é a lei entre as partes). Exemplo: “Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou” (art. 884 do Código Civil de 1917). Assim, se no contrato for estipulado ser pelo devedor dado ao credor uma coisa ou o seu valor em dinheiro, cabe ao primeiro escolher a solução que melhor atende a seus interesses. Porém, se o contrato der ao credor a faculdade de escolher, cabe a ele a escolha, e não ao devedor como está no art. 884 citado. Todavia, no silêncio do contrato, prevalece a regra do art. 884. Desse modo, se as partes silenciarem, não disciplinando completamente as suas relações, são, então, imperativas as normas dispositivas ou supletivas, preenchendo as lacunas das declarações dos contratantes. Assim, no caso da norma dispositiva (§ 61), pode-se dizer ser formal a imperatividade, tendo conteúdo variável, porquanto os contratantes podem dispor de forma diversa da prevista na lei. Mas, entretanto, ocorrendo silêncio das partes no contrato, obrigatório é o legalmente prescrito.

Conclusão: a norma jurídica é imperativa, não só quando comanda, impõe ou proíbe uma conduta, como, também, quando impõe ou estabelece forma de organização de ente jurídico, uma situação jurídica etc. O porquê da imperatividade e da obrigatoriedade do direito depende do fundamento que se lhe dê. Apesar da divergência de opiniões (Cap. XXXVI), há um modo de entendê-las admitido por todos os juristas: imposição imperativa de uma ordem jurídica como garantia de haver paz social. Mas, apesar disso, não impede que ela seja transgredida. Daí a coercibilidade da norma jurídica, que veremos a seguir.

52. COERCIBILIDADE DA NORMA

A norma jurídica é executável coercitivamente. Há quem diga ser ela coativa. Como, porém, ela caracteriza-se pela possibilidade jurídica de coação, é preferível considerá-la coercitiva. Assim, ao contrário das demais normas sociais, a jurídica se caracteriza pela *coercibilidade*: se inobservada, a sanção é imposta pelo Estado (direito estatal) ou por uma organização internacional (direito internacional). Se assim não fosse, não teria sentido e nem eficácia a bilateralidade do direito, que, como vimos, consiste na atribuição de um direito a uma parte ao qual corresponde a obrigação de outra pessoa, isto é, na atribuição a uma pessoa da faculdade de exigir de outra uma obrigação. Como poderia ser exigido de outrem um comportamento, se a norma que o impõe não desse meios para fazê-lo ser observado? Se houvesse a garantia de o direito ser espontaneamente respeitado não haveria necessidade da coação jurídica. Mas, o direito dirige-se a pessoas dotadas de liberdade, de interesses, que agem comandadas pela vontade. Consequentemente, pode ser inobservado, tornando-se necessário haver a possibilidade de sua execução forçada. Havendo, portanto, a possibilidade de o direito ser transgredido, é-lhe essencial o poder de coagir, monopolizado pelo Estado (direito estatal). Justamente por haver possibilidade de o direito ser violado, diz-se, como dissemos, ser ele coercitivo, e não coativo, por ser a *coercibilidade a possibilidade jurídica da coação, ameaça de coação*, e não coação efetiva. No Estado de direito, isto é, no Estado submetido ao direito, pode-se, através de medidas processuais, como, por exemplo, pelo mandado de segurança ou pelo *habeas corpus*, empregar a coação jurídica contra o próprio poder público em havendo abuso de poder.

Assim, é essencial à norma jurídica a coercibilidade, ou seja, como diz Del Vecchio (*Lezioni di Filosofia del Diritto*), a possibilidade jurídica da coação, isto é, a *possibilidade de se colocar à disposição da autoridade pública ou da organização internacional a força material para cumprimento da sanção predeterminada*.

Coação de duas espécies: psicológica e material. Esta, pouco usada, ou melhor, exercida razoavelmente; o número de condenados no cível ou no crime é muito menor em relação ao dos que respeitam o direito. Isso porque a coação psicológica, geradora do temor à sanção, bem como a educação familiar e escolar, fazem com que a maioria se conduza dentro da lei. Vanni (*Lezioni di Filosofia del Diritto*) a definiu como pressão psíquica do direito, que “se dirige à vontade, exercendo constrangimento sobre a consciência”. O temor à sanção, nota Vanni, é um freio à tentação de se desviar do direito. Mas, no entender de Vanni, além desse motivo psicológico haveria motivação superior: o reconhecimento da autoridade que prescreve a norma e o respeito pela própria norma. Dentro desse ponto de vista, de toda procedência, pode-se dizer ser a norma observada pela maioria das pessoas por considerá-la obrigatória e necessária, e não para evitar a sanção.

Todavia, uma minoria não pensa assim, preferindo viver à margem da lei, transgredindo as normas com a esperança de não ser punida. Para esses, destina-se a coação física ou material. Nesse caso, a autoridade pública emprega o poder coercitivo de que dispõe para punir o responsável pelo

ilícito. Nesse sentido, tem razão Korkounov (*Cours de Théorie Générale du Droit*) ao admitir ser a coação a arma da autoridade pública. É o remédio extremo, usado contra uma minoria, pois a maioria observa o direito. Por isso é, como nota Vanni, a *ultima ratio* de que é provido o direito para ser observado. Quanto mais educado for um povo, quanto mais civilizado e quanto mais justo for o direito, menos uso da coação física terá de fazer a autoridade pública.

Tendo em vista a coercibilidade, pode-se definir a norma jurídica como a *norma suscetível de aplicação coativa quando violada*.

53. SANÇÃO JURÍDICA

A norma jurídica é geralmente acompanhada de sanção⁴ eficaz, estabelecida de antemão (*princípio de legalidade da pena*), não dependendo assim, em sua individuação, ou seja, em sua dosagem para o caso e nem em sua escolha, do arbítrio do poder público. Pode-se dizer ser a sanção jurídica *a consequência jurídica danosa, prevista na própria norma, aplicável no caso de sua inobservância, não desejada por quem a transgride, sendo-lhe aplicável pelo poder público* (direito nacional) *ou por uma organização internacional* (direito internacional).

Pode recair a sanção sobre a pessoa ou sobre o seu patrimônio (no caso de violação do direito nacional) ou, então, por exemplo, sobre a ordem econômica de um país (no caso de violação do Direito Internacional).

A sanção jurídica neutraliza, desfaz, anula ou repara o mal causado pelo ilícito, bem como cria uma situação desfavorável para o transgressor. Só podem ser aplicadas as sanções previstas em lei: além delas, o juiz não tem escolha. Nas sociedades arcaicas, a pena ia muito além da gravidade do ilícito, estando na dependência do espírito de vingança do ofendido e de sua família (*pena privada*). A Lei das XII Tábuas dos romanos (§ 164) previa multa no dobro do prejuízo. Nesse tempo, a sanção ou a reparação era fonte de enriquecimento. Com o fim da justiça privada e com a individuação da pena, a sanção passou a corresponder à gravidade do ilícito. A reparação não vai além do prejuízo, e a pena pessoal deve ser proporcional ao ilícito. Isso ocorreu gradativamente com a substituição da *pena privada*, “dente por dente, olho por olho”, pela *pena pública* estabelecida e aplicada pelo Estado (direito estatal) ou formulada pelo consenso dos países (direito internacional). Desde então, através da sanção, o Estado distribui a justiça reparadora, no caso de ilícito civil, determinando a reparação do dano, e a justiça repressiva, no caso de crime, aplicando pena privativa da liberdade ou pena de multa.

Pode-se dizer que a evolução da ideia de sanção acompanha de perto a evolução do direito, humanizando-se com a civilização, individualizando-se, tornando-se assim proporcional ao delito (civil ou penal). Mas, não é só, pois, primeiro, só havia sanção penal. Inobservar as obrigações era crime. O direito penal foi a primeira forma de direito, ensina Ihering. Dele herdou o direito civil o

princípio de punição de quem causa dano a outrem ou de quem pratica outro ilícito. Assim, primeiro a pena, depois a reparação.

As sanções da norma jurídica são de várias espécies, daí a dificuldade em classificá-las. Mas, de modo geral, podem ser agrupadas em seis categorias: *repressivas*, *preventivas*, *executivas*, *restitutivas*, *rescisórias* e *extintivas*. Na *repressiva*, destaca-se a sanção penal (pena capital, pena privativa de liberdade, multa), no direito civil a prisão civil (p. ex., pelo não pagamento de pensão alimentícia), a perda do pátrio poder etc.; no direito internacional: guerra, represália, boicote etc.; no direito administrativo: advertência, suspensão e demissão de servidor público; no direito fiscal: multa, prisão etc. A *sanção preventiva*, no direito penal (medida de segurança), visa a evitar a repetição de crimes, privando o delinquente perigoso de sua liberdade, para reeducá-lo em estabelecimentos penais ou privando-o do exercício de uma profissão (como, p. ex., a de motorista), enquanto nos demais ramos do direito objetiva evitar prejuízo ou impedir que o crédito fique sem garantia. A *sanção executiva* obriga o faltoso a cumprir a obrigação através da “execução forçada”. As *sanções restitutivas* restabelecem o *statu quo ante*, como é o caso, no direito civil, das “perdas e danos” (reparação do dano), restabelecendo pela indenização o patrimônio lesado no estado anterior ao dano, da restituição da coisa furtada ou da indevidamente apropriada, da recuperação da posse, enquanto no direito processual, do pagamento de custas e de honorários de advogado, e no direito fiscal, do confisco de bens etc. As *sanções rescisórias* rescindem contratos, dissolvem sociedades (civis, comerciais e conjugais), anulam atos e sentenças etc. Finalmente, as *sanções extintivas* extinguem relações jurídicas e direitos pela ocorrência de prescrição ou de decadência, outras impedem no curso do processo que uma questão decidida preliminarmente, seja renovada (preclusão), ou, então, impedem, por força da coisa julgada, que a questão decidida por decisão final (sentença), irrecorrível, seja renovada em outra ação.⁵

Finalmente, a sanção jurídica, sendo garantida pelo poder público (direito estatal) ou, em tese, pela ONU (direito internacional), visa a desencorajar a inobservância da norma jurídica.

54. NORMA EM FUNÇÃO DA SANÇÃO

Em função da sanção, a norma pode ser: perfeita (*lex perfecta*), imperfeita (*lex imperfecta*), menos que perfeita (*lex minus quam perfecta*) e mais que perfeita (*lex plus quam perfecta*).

A primeira tem sanção específica, como, por exemplo, a nulidade de atos inobservadores de formalidades essenciais, havendo, portanto, adequação entre a sanção e o fato transgressor da norma, bem como, as do Código Penal, que enunciam os crimes e estabelecem as penas que lhes corresponde; já as normas imperfeitas não possuem sanções específicas, impondo deveres sem estabelecerem a sanção a ser aplicada no caso de sua inobservância. Muitas normas de direito constitucional são *lex imperfecta*. Mas imperfeitas, aparentemente, pois, indiretamente, são

protegidas por sanções contidas em outras normas. É raro, mas há leis imperfeitas, sem sanções para as proibições ou prescrições que prescrevem. Exemplo que encontramos (e recente) é dado pela Lei nº 9.294 (15.07.1996), que proíbe fumar em recintos fechados sem prever a pena para o caso de sua transgressão. A *lex minus quam perfecta* tem sanção incompleta, como, por exemplo, a que considera o ato anulável, e não nulo, quando a vontade de uma das partes tiver sido viciada. Nesse caso, a norma é imperfeita porque se o prejudicado não promover judicialmente a anulação do ato, torna-se o mesmo intocável. Finalmente, as leis *plus quam perfecta*, próximas das leis perfeitas, estabelecem sanções de gravidade excessiva.

55. DESTINATÁRIO DA NORMA

O problema do destinatário da norma jurídica diz mais respeito aos deveres e às sanções impostos pela norma jurídica, pois, quanto aos direitos subjetivos, não há problema, porquanto *todas as pessoas, capazes ou incapazes, que estiverem na situação prevista pela norma, podem ser titulares de direitos*.

Em princípio, são destinatárias da norma jurídica todas as pessoas submetidas à ordem jurídica a que pertencer a norma que se quer aplicar.

Todavia, Ehrlich e Mayer se insurgem contra essa tese, considerando-a pura ficção. Sustenta Ehrlich que a maioria das pessoas desconhece a norma jurídica, não podendo ser assim dela consideradas destinatárias.

Outros entendem ser os tribunais e os órgãos estatais os destinatários da norma jurídica (Ihering), por serem eles que a aplicam.

Por fim, acham outros que todas as pessoas são destinatárias das normas jurídicas, pois os tribunais e os órgãos do Estado só podem ser considerados seus destinatários quando a norma é transgredida.

Há quem pense que o preceito se dirige aos particulares, enquanto a sanção, aos tribunais (Miceli).

Por fim, temos os que negam ser destinatário das normas jurídicas o incapaz (Merkel, Binding e Von Ferneck).

Achamos que se deve distinguir o destinatário *imediato* do destinatário *mediato* das normas jurídicas. No primeiro caso, todas as pessoas (capazes e incapazes) são destinatárias de norma jurídica, porque se não há problemas quanto aos capazes, quanto aos incapazes, em certos casos, o seu patrimônio responde pelas obrigações, em outros, a responsabilidade se transfere para os que são por eles responsáveis, e, ainda, se a eles não pode ser aplicada a pena, pode ser-lhes aplicada medida de segurança. Assim, os incapazes não estão fora da ordem jurídica.

São destinatários *mediatos* os tribunais, órgãos estatais e organismos internacionais, somente

quando provocados por petição ou por ação judicial ou quando a norma é transgredida.

Existem, entretanto, certas normas, como as de direito de família, ou as que regulam o direito de voto e a elegibilidade, bem como as de direito penal, cujos destinatários só podem ser as pessoas físicas, ficando, portanto, excluída delas a pessoa jurídica (sociedades, associações, fundações etc.).

Outras normas, que têm por objeto a organização e as funções do Estado e dos tribunais, bem como as processuais, têm por destinatários os órgãos do Estado.

Assim, pelo exposto, a nosso ver, não pode ser acolhida integralmente nenhuma das supracitadas soluções.

Mas, de uma forma muito ampla pode-se dizer: *são destinatários da norma jurídica as pessoas ou autoridades que estiverem na situação jurídica nela prevista*, como locador ou locatário, funcionário público, Presidente da República, eleitor, deputado, proprietário, credor, devedor, estuprador, pai, filho, esposa, concubina, juiz, delegado, promotor público etc.

56. CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

A classificação das normas jurídicas pode ser estabelecida *em função de seu conteúdo, em função do grau de sua imperatividade, em função da natureza de sua sanção e em função de sua forma*. Pelo primeiro critério, podemos classificá-las em razão: *a) da extensão espacial de sua validade*: regra de direito comum (§ 57) e de direito particular (§ 57); *b) da amplitude de seu conteúdo*: regra de direito geral (§ 58), de direito especial (§ 58) e de direito de exceção (§ 58); *c) da força de seu conteúdo*: lei ou norma constitucional (§ 63) e lei ou norma ordinária (§ 63); *d) da aplicabilidade imediata de seu conteúdo*: lei autoaplicável (§ 64) e lei regulamentável (§ 64); *e) do interesse que tutela*: regra de direito público (§§ 88 e 97), de direito privado (§§ 88 e 114), e de direito misto (§§ 89 e 119). Já pelo segundo critério, ou seja, pelo *grau de sua imperatividade*: *a) em relação ao particular*: norma taxativa, também denominada coercitiva ou impositiva (§ 61), e norma dispositiva (§ 61); *b) em relação ao poder público*: norma rígida (§ 65) e norma elástica ou flexível (§ 65). *Em função da natureza de sua sanção*: *a) norma penal* (composta de preceito e pena); *b) norma de direito privado* (geralmente dotada de sanção patrimonial); *c) lei fiscal* (multa, correção monetária do débito fiscal); *d) norma disciplinar* (§§ 107 e 116); *e) norma ou lei perfeita* (§ 54); *f) norma ou lei imperfeita* (§ 54); *g) norma ou lei menos que perfeita* (§ 54); *h) norma ou lei mais que perfeita* (§ 54). Finalmente, *em função de sua forma* as normas podem ser: *escritas* (lei, tratado, regulamento etc.), e *não escritas* (costume, princípios gerais do direito). Do ponto de vista da *fonte* da norma poder-se-ia ainda classificá-la em: *a) legislativa* (§§ 69 a 75); *b) jurisprudencial* (§ 80); *c) doutrinal* (§ 81); *d) convencional* (§§ 79 e 83); *e) consuetudinária* (§ 75). As normas podem ainda ser classificadas *em função da ordem jurídica a que pertencerem*, podendo ser nesse caso nacionais e estrangeiras.

- 1 O kantismo (§ 197) define a norma jurídica como *juízo hipotético*. Em Kant encontramos a origem da distinção entre imperativo categórico e imperativo hipotético. O primeiro impõe dever sem qualquer condição (norma moral), enquanto o hipotético é condicional. O categórico ordena por ser necessário, enquanto no hipotético a conduta imposta é meio para atingir uma finalidade. Assim, no imperativo hipotético é ela prescrita como condição para a produção de determinado efeito. Kelsen (§§ 197 e 200) retomou essa distinção, considerando como juízo hipotético a norma jurídica por depender a sua consequência (pena, reparação de dano etc.) da ocorrência de uma condição, que, se ocorrer, deve ser aplicada uma sanção. Daí, Kelsen ter dito que a estrutura da norma jurídica é a seguinte: “em determinadas circunstâncias, determinado sujeito deve observar determinada conduta; se não a observar, outro sujeito, órgão do Estado, deve aplicar ao infrator uma sanção”.
- 2 Para melhor compreensão do que foi exposto nada melhor que exemplos; de norma desprovida de generalidade extraído do Código de Hamurabi (§ 160), anterior a Cristo, “Se um homem negligenciar a fortificação de seu dique, se ocorrer uma brecha e o cantão inundar-se, o homem será condenado a restituir o trigo destruído por sua culpa” (casuístico), generalizando, poderia prescrever assim: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano” (art. 159, do Código Civil de 1916), ou, então, do Código Civil francês: quem “causa dano a outrem, fica obrigado, por sua culpa, a repará-lo”.
- 3 A fonte histórica dessa norma, repetida em várias legislações, inclusive no nosso Código de Processo de 1973, é o art. 4º do *Code Civil* de Napoléon, ainda em vigor, com atualizações, que considera culpado de denegação de justiça o juiz que se recusar a julgar a pretexto do silêncio, obscuridade ou lacuna da lei.
- 4 Sanção em direito tem dois sentidos: *ato de direito público*, pelo qual o chefe de governo (Rei, Primeiro-Ministro, Presidente da República) sanciona lei elaborada e aprovada pelo Legislativo (*vide* § 71), e *penalidade* ou *consequência* jurídica, prevista na norma, para o caso de sua inobservância, aplicável ao transgressor da mesma.
- 5 O sociólogo francês Fauconnet (*La Responsabilité*, 1920) classifica as sanções jurídicas em: retributivas e restitutivas. As *retributivas* dividir-se-iam em: repressivas (penais) e remuneratórias, enquanto as *restitutivas*, que se destinam a restituir as coisas ao estado anterior, compreenderiam as administrativas, as processuais, as civis, as comerciais etc. Já Bobbio (“Sanzione”, *Novissimo Digesto Italiano*) as classifica da seguinte forma: 1) *medidas preventivas*, compreendendo as *medidas de vigilância* (preclusão, medidas de controle) e *medidas de desencorajamento* (intimidativas); 2) *medidas sucessivas*, compreendendo *medidas*

de retribuição (econômicas, multas, penas, privação de *status*, perda de direitos políticos) e *medidas de reparação* (reparação propriamente dita, sequestro, confisco de bens, execução forçada, nulidade etc.).

VII

DIREITO COMUM E PARTICULAR – DIREITO GERAL, ESPECIAL E DE EXCEÇÃO – DIREITO SINGULAR E UNIFORME – PRIVILÉGIO – DIREITO COERCITIVO E DISPOSITIVO – NORMA FUNDAMENTAL, SECUNDÁRIA E DERIVADA

57. DIREITO COMUM E PARTICULAR

O direito comum¹ é o aplicável em todo o território do Estado, impropriamente denominado de *direito geral*. O direito civil e o direito penal são exemplos de direito comum. Nas federações, como é o caso do Brasil, o direito federal é direito comum, válido em todo o território nacional. Já o *direito particular* ou *direito local* (direito estadual) é o que tem eficácia só em parte do território nacional. Nas federações, o direito estabelecido pelos Estados-membros só vale em seus territórios, sendo assim direito local. A legislação do Estado de São Paulo, por exemplo, só tem validade nessa unidade da federação. Os impostos estabelecidos por lei estadual são, por exemplo, direito local, enquanto o Código Civil (direito federal) é direito comum. Outrora, denominou-se o direito civil, oriundo do direito romano, direito comum, em oposição ao direito consuetudinário medieval, que era local.

58. DIREITO GERAL, DIREITO ESPECIAL E DIREITO DE EXCEÇÃO

Levando-se em conta as relações sociais disciplinadas pelo direito, *direito geral* é o aplicável a todas as relações jurídicas ou a um conjunto amplo delas, enquanto *direito especial*, aplicável somente a um campo restrito de relações jurídicas.

Em alguns casos, por questões históricas ou pela natureza da própria relação, é útil e necessário que certas relações sociais tenham tratamento jurídico especial.

Grosso modo, o direito especial contém para casos semelhantes tratamento jurídico diferente do previsto na norma geral, mas, apesar disso, não deve ser considerado *direito de exceção* por ser este ditado para relações jurídicas que, por natureza, poderiam ser enquadradas na norma geral, mas que por questão de oportunidade ou necessidades históricas, têm tratamento jurídico diferente do gênero. Já as relações jurídicas regidas pelo *direito especial* só têm alguns pontos de semelhança com as disciplinadas pelo *direito geral*, porém, ao contrário destas, têm aspectos que as tornam diversas das comuns, razão por que têm tratamento especial. Exemplo típico de direito geral é o direito civil, enquanto as relações comerciais são exemplos de relações que, apesar de terem traços comuns com

as regidas pelo direito civil, têm aspectos especiais, como, por exemplo, especulação, lucro etc., que justificam o tratamento especial, dado pelo direito comercial (§118), que, entretanto, não é direito especial, mas tão geral quanto o direito civil, apesar de ter sido, até os anos 1930, considerado direito especial. Outro exemplo de direito especial: Código do Ministério Público (lei especial), enquanto o Estatuto dos Funcionários Públicos (lei geral) é exemplo de direito geral.

O *direito de exceção* estabelece tratamento jurídico que se desvia da regra geral para atender exclusivamente determinados casos, situações ou pessoas, que se enquadrariam no direito geral. Próximo do direito de exceção temos o *privilégio*, disciplinando casos singulares, regulados por normas diversas das que, normalmente, deveriam ser regidos. As normas moratórias são exemplos de normas de exceção.

59. DIREITO SINGULAR, DIREITO UNIFORME E DIREITO TRANSITÓRIO

O *jus singulare* é o afastado dos princípios gerais estruturadores de todo o sistema jurídico ou de grande parte do direito. Tanto o direito geral como o direito especial podem ter normas de *jus singulare*, normas que, em certos casos, por medidas de oportunidade, necessidade social ou pela natureza específica de uma relação, são regidas por princípios diversos daqueles comuns às demais normas.

Já o direito uniforme, denominado, também, regular (*jus regulare*) é aquele conforme aos princípios comuns a todo o direito ou a uma grande parte dele. É, assim, de conformidade com os princípios gerais do direito, ou com os princípios gerais do direito geral ou do direito especial.

Finalmente, *direito transitório* é o destinado a resolver problemas jurídicos e sociais que surgem na passagem de uma legislação para outra, evitando modificação brusca. É, pois, direito que prepara o caminho para a legislação nova entrar em vigor. Muitas vezes figura nos códigos e nas leis sob a denominação de *disposições transitórias*, isto é, regras jurídicas transitórias.

60. PRIVILÉGIO

Denomina-se “privilégio” leis que se destinam a atender pessoas ou grupos particulares. São atos legislativos que disciplinam um caso particular, não sendo, por analogia, extensíveis a outros. Fogem dos princípios e das regras gerais, dando para um caso uma solução que aos semelhantes não é dada. Como estabelece tratamento excepcional, tem de ser expresso. É ato ou norma individual, casuístico, não dotado de generalidade, característica do direito evoluído. Assim, por exemplo, a imunidade tributária, concedida, por lei, a uma empresa ou a uma categoria empresarial ou profissional, para não pagar determinado imposto, é privilégio. O privilégio pode ser outorgado por ato de direito público (ato administrativo), pelo qual a Administração dá tratamento excepcional, por

interesse público, a um caso. Mas pode ser por ato de direito privado, quando, por exemplo, em um clube, o estatuto dá aos sócios fundadores ou beneméritos privilégios que não têm os demais sócios.

61. DIREITO COERCITIVO OU IMPOSITIVO E DIREITO DISPOSITIVO

O primeiro, também chamado de *jus cogens* ou de *norma taxativa*, é o direito obrigatório, inderrogável e não modificável pelas partes nos atos que praticarem. Limita a autonomia de vontade das partes, isto é, a liberdade contratual. É constituído de normas de direito privado (§ 114), tuteladoras de interesse social, que as partes não podem alterar, como, por exemplo, as que organizam a família. De normas taxativas é formado o direito público. O *jus cogens* compreende dois tipos de normas: *preceptivas* e *proibitivas*. As primeiras ordenam uma ação, impõem ato, regime jurídico, obrigação etc. Exemplo de norma “preceptiva”: casamento de viúvo ou viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros, é obrigatoriamente pelo regime da separação de bens. As *proibitivas* são as que proíbem determinada ação, determinado ato etc., ou seja, as que prescrevem omissão ou proibição. Exemplo de norma “proibitiva”: não podem casar os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil (adoção). Já o *direito dispositivo*, também denominado *direito supletivo* ou *direito elástico*, é o que as partes nos contratos podem alterar, podendo servir, entretanto, para suprir, integrar ou interpretar a vontade por elas manifestadas no ato, quando incompleta, defeituosa ou obscura. Também denominado *direito supletivo* ou *declarativo*, deve ser aplicado imperativamente pelo juiz no silêncio das partes. Assim, não se manifestando as partes, a *norma dispositiva* é aplicável obrigatoriamente, como se fosse norma coercitiva. Exemplo desse direito encontramos no direito dos contratos, em que o legislador disciplina os vários tipos de contrato, admitindo que as partes possam dispor de forma diferente, sendo, entretanto, obrigatórias no caso de silêncio ou obscuridade dos contratantes.

Dentre as normas coercitivas destacam-se as *normas de ordem pública*,² que têm por objeto instituições jurídicas fundamentais e tradicionais (família, por exemplo), bem como as que garantem a segurança das relações jurídicas e protegem os direitos personalíssimos (nome etc.) e situações jurídicas que não podem ser alteradas pelo juiz ou pelas partes (herdeiro). São normas de “ordem pública” as de direito público, as que organizam a família, as que disciplinam capacidade, incapacidade, nome, prescrição, nulidade de atos etc.

As normas se dizem *rígidas* quando inflexíveis, não permitindo ao juiz ampliá-las ou restringi-las. São *normas rígidas* as que estabelecem exceção, as que restringem direitos etc. Tais normas, como dissemos, não podem ser ampliadas pelo intérprete e nem aplicadas analogicamente. Já as *normas flexíveis* permitem ao intérprete ou juiz ampliá-las ou restringi-las, quando exigir o caso concreto.

62. NORMA FUNDAMENTAL, NORMA SECUNDÁRIA E NORMA DE VALIDADE DERIVADA

Eis uma distinção básica aplicável à totalidade das normas jurídicas, que, pelo aspecto formal, abrange todas as espécies de normas. A ideia de *norma fundamental* (*Grundnorm*) deve-se a Kelsen (§§ 197 e 200). Pode ser entendida como a norma que é fonte de validade das normas jurídicas de um sistema jurídico. É a norma dotada de validade pressuposta, pois, se não fosse válida, as demais normas que dela derivam também não seriam. A Constituição, sendo a fonte de validade do ordenamento jurídico estatal, é a sua norma fundamental, como a regra *pacta sunt servanda* é norma fundamental do direito internacional. Pode-se definir a *norma fundamental* como a que disciplina a criação de normas jurídicas, ou seja, a produção jurídica (criação de normas jurídicas), bem como estabelecem princípios fundamentais da ordem jurídica. É ela que dá validade às normas criadas com observância das regras disciplinadoras da criação do direito por ela mesma estabelecidas. A norma fundamental é *norma primária* por excelência. Em sentido restrito, *norma primária* é a que estabelece modelo de conduta (lícita ou ilícita), de atos, de organizações etc. Neste sentido, direito civil, direito comercial, direito penal e direito administrativo são constituídos de normas primárias. Já a *norma secundária dá os meios para a eficácia das demais normas jurídicas, tendo, geralmente, por destinatário o Poder Judiciário*. Nessa categoria encontram-se as normas processuais e as judiciárias. Tanto as *primárias*, em sentido amplo (exemplo: emendas constitucionais) como as *secundárias* têm *validade derivada*, decorrente da norma fundamental (Constituição), desde que formuladas com observância das regras de produção jurídica estabelecidas pela norma fundamental (*vide*, sobre norma fundamental, a teoria de Kelsen, §§ 197 e 200), isto é, pela própria Constituição, desde que compatíveis com ela. Assim, por exemplo, a validade de nosso Código Civil decorre de terem sido observadas, em sua elaboração legislativa, as normas previstas na Constituição de 1891, de ter sido promulgado e sancionado (§ 71) por autoridade competente, publicado no *Diário Oficial* e de ainda não ter sido revogado.

¹ Além do sentido acima indicado, a partir de 1951, temos, na Europa, *direito comum* análogo ao *ius commune* dominante do século XIII ao XX na Alemanha (§ 166), isto é, o *direito comunitário* da União Europeia (§ 96). Não é direito internacional, mas direito interno dessa comunidade resultante de tratados e de costumes. Direito econômico (§ 123) por excelência, mas também organizador da comunidade, que impõe obrigações aos Estados-membros. A eficácia desse direito é tal que prevalece sobre o direito nacional de qualquer um dos Estados-membros. Aplicado pela Corte de Justiça da União Europeia (§ 96).

² Como notam Brethe de La Gressaye e Laborde-Lacoste (*Introduction Générale à l'Étude du Droit*) apesar de definição difícil, *ordem pública* pode ser entendida como a “parte essencial,

fundamental, da ordem social, necessária para manter a sociedade: as leis de ordem pública são as bases jurídicas da sociedade”.

VIII

LEI CONSTITUCIONAL E LEI ORDINÁRIA – LEI AUTOAPLICÁVEL E LEI REGULAMENTÁVEL – LEI RÍGIDA E LEI ELÁSTICA

63. LEI CONSTITUCIONAL E LEI ORDINÁRIA

Lei constitucional é a que tem por conteúdo *matéria constitucional*. Entende-se por *matéria constitucional*, no sentido próprio, a que diz respeito à organização do Estado e às suas funções. É a que dispõe sobre a forma de Estado e de governo e, depois das Revoluções Americana e Francesa, dispõe sobre os direitos do homem. Este é o sentido genuíno e específico de lei constitucional. Exemplo de *norma constitucional* no sentido próprio: “Todos os poderes legislativos conferidos por esta Constituição serão confiados ao Congresso dos Estados Unidos, composto do Senado e da Câmara de Representantes” (art. I, seção I, da Constituição dos EUA); “A República Federal da Alemanha é um Estado Federal, democrático e social” (Constituição da República Federal da Alemanha, isto é, Lei Fundamental, de 1959, art. 20) e “A Nação Brasileira adota como forma de governo, sob o regime representativo, a República Federativa” (art. 1º da Constituição de 1891). Exemplo de norma constitucional cuja matéria reflete as conquistas das citadas Revoluções: “A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público” (art. 1º, § 1º, da Lei Fundamental alemã); “Os seguintes direitos fundamentais vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a título de direito diretamente aplicável” (Constituição citada da Alemanha, art. 1º, § 3º); e “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade” (Constituição brasileira de 1891, art. 72). Estabelece a Constituição os poderes do Estado e as suas recíprocas relações. Dita os princípios fundamentais que devem ser respeitados pela legislação (leis ordinárias). Prevê a forma de sua própria revisão (reforma constitucional através de emendas constitucionais) e a forma de elaboração das leis (produção jurídica), bem como os limites do poder do Estado em relação às pessoas, reconhecendo-lhes direitos que pelo poder público devem ser respeitados (declarações de direitos), dando-lhes meios de defender essas garantias (direito de ação). Prescreve os meios para reagir aos abusos do poder público (mandado de segurança, *habeas corpus* etc.). Como vemos, vasta é a matéria constitucional que, com o intervencionismo estatal no setor econômico, ocorrido desde 1929, após a Grande Depressão, ampliou-se muito. No tocante ao terreno da economia, nos anos 1990, corrente forte do pensamento político, pretende restringi-lo ao mínimo, como, entre nós, no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso.

Em resumo: a lei constitucional compreende a *Constituição* e a *emenda constitucional*, que,

sem alterar substancialmente a Constituição, a reforma.

Mas, em função dos tipos de Constituição (*vide* § 69), varia a conceituação de lei constitucional. Na Constituição *rígida*, alterável somente por leis observadoras de um procedimento especial (*quorum* especial etc.), não exigido para as demais leis, a lei constitucional caracteriza-se, principalmente, pela *forma*, sendo, nesse caso, constitucional somente a que observar tal procedimento. No caso desse tipo de Constituição, a *forma*, ou seja, a observância de procedimento especial previsto na Constituição para a sua revisão, transforma qualquer *matéria* em *matéria constitucional*, mesmo que por natureza não seja. Mas se a Constituição for *flexível*, é emendável por lei ordinária, isto é, por lei igual a qualquer outra. Nesse caso, a lei constitucional caracterizar-se-á pela *matéria*, sendo constitucional a que contiver *matéria constitucional*. A Constituição brasileira é do tipo rígido, caracterizando-se, assim, entre nós, a lei constitucional pela *forma* e pela *matéria*.

Na hierarquia das leis, entre a norma constitucional e a lei ordinária temos a *lei complementar*, que, não inovando matéria constitucional, complementa a Constituição, sem ferir preceito constitucional; se o fizer, é inconstitucional. Está para a Constituição como o regulamento (*vide* § 72) para a lei (§71). Exige a lei complementar procedimento legislativo especial.

Há *lei constitucional fundamental* ou *primária*, isto é, a Constituição, e *lei constitucional secundária*, ou derivada, como as emendas constitucionais.

As demais leis são denominadas *leis ordinárias*, quer disponham sobre matéria de direito público, como o Código Penal, o Código de Processo Civil, quer sobre direito privado, como o Código Civil. Denomina-se de *ordinária* a lei revogável ou modificável por outra lei que não exige, em sua elaboração, a observância de formalidade especial, como, por exemplo, é o caso da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que estabeleceu o novo Código Civil, revogando o de 1916.

64. LEI AUTOAPLICÁVEL E LEI REGULAMENTÁVEL

As leis podem ser, também, autoaplicáveis (*self-executing*), quando não dependem, para sua aplicação, de regulamentação por outra lei ou por regulamento. São elas imediatamente aplicáveis, independentemente de qualquer ato legislativo ou regulamentar. Assim, por exemplo, qualquer norma do Código Civil ou a maioria do Código Penal é autoaplicável. Há leis (constitucionais ou ordinárias), porém, que dependem de regulamentação, que não são, portanto, autoaplicáveis, supondo ato legislativo (lei ordinária ou regulamento) que a torne executável, dando as condições de sua aplicação. Nesse caso temos *lei regulamentável*, que depende, para sua aplicação, de regulamentação. Esse tipo de lei (regulamentável) enuncia somente um princípio ou uma regra muito ampla, que necessita de critérios ou de condições para ser aplicada. A dependência de regulamentação pode ser prevista pelo próprio legislador, quando, depois de prescrever a regra,

dispõe expressamente: “na forma que a lei regular”, ou decorre da própria natureza da matéria. Outras normas não são autoaplicáveis por dependerem de fatos ou de ocorrência de certas condições de fato. Assim, a norma penal que determinar o cumprimento de medida de segurança em colônia agrícola dela depende para ser aplicável.

65. LEI RÍGIDA E LEI ELÁSTICA

No terreno das normas jurídicas, é lícito distinguir as normas rígidas das elásticas ou flexíveis. As primeiras não admitem modificação por parte do juiz. São, portanto, leis imutáveis. Não dão, pois, margem ao arbítrio judicial: *dura lex sed lex*. Quando a lei diz, por exemplo, que o prazo para anulação do casamento é de dois anos a partir da data da celebração do mesmo, estabelece *norma rígida*, pois o juiz não pode dilatá-lo ou restringi-lo. Não admitem tais normas outra solução jurídica além da que prescreve. Já a *norma flexível* ou *elástica* dá margem ao arbítrio judicial. Não são preceitos firmes. Como bem observa Ferrara (*Trattato di Diritto Civile Italiano*), a aplicação da norma flexível depende de como o juiz entende o caso a ser julgado, que, em função de sua natureza jurídica, poderá ser ou não por ela regido. A maioria das normas jurídicas que dizem respeito à proteção de filhos menores não são normas rígidas, mas flexíveis, porquanto o juiz, no interesse do menor, pode decidir de forma contrária ao nelas prescrito. Assim, por exemplo, existe norma que dá, no caso de filho havido fora do casamento, a posse do mesmo ao progenitor que o reconhecer; tal norma é flexível, porquanto o interesse do menor pode exigir entregá-lo até, por exemplo, a terceiro. Igual solução pode ser dada a filho oriundo do casamento, por ser sempre o interesse do menor que dita a solução. Nesse campo, o direito dispõe, muitas vezes, que, “havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular, por maneira diferente da estabelecida”, a situação deles para com os pais. Eis norma que torna flexíveis todas as que dizem respeito à posse e guarda de filhos de menoridade. Igualmente flexíveis são as que contêm conceitos elásticos que podem sofrer, como nota Ferrara, a “influência da vida social”. Tal ocorre quando o legislador faz referência à “boa-fé”, à “diligência habitual”, ou aos “bons costumes”, que são conceitos elásticos. São essas expressões, além de outras usadas pelo legislador, no dizer de Ferrara, “essencialmente mutáveis” que podem receber, ao serem interpretadas pelo juiz, no tempo e no espaço, conteúdos diversos. Através delas, salienta Ferrara, “penetra no direito todo o ar oxigenado da vida moderna” (Ferrara, obra citada). Como vemos, a norma flexível quebra a rigidez do direito.

IX

FONTES MATERIAIS E FONTES FORMAIS DO DIREITO – MATÉRIA DAS REGRAS DE DIREITO

66. FONTES MATERIAIS. MATÉRIA DO DIREITO

Há *fontes materiais* e *fontes formais*.¹ É comum confundi-las, apesar de bem diferentes. No sentido próprio de fontes,² as únicas fontes do direito são as materiais, pois fonte, como metáfora, significa a origem do direito, ou seja, de onde ele provém. Ora, são as materiais (fatos econômicos, fatos sociais, problemas demográficos, clima etc.) que dão o conteúdo das normas jurídicas, e não as formais, que dão as formas de que se revestem as primeiras (lei, costume etc.), das quais trataremos neste capítulo (§ 67).

Dito isso, passemos à primeira questão: que se deve entender por *fontes materiais do direito*? São as constituídas por fenômenos sociais e por dados extraídos da realidade social, das tradições e dos ideais dominantes, com as quais o legislador, resolvendo questões que dele exigem solução, dá *conteúdo* ou *matéria* às regras jurídicas, isto é, às fontes formais do direito (lei, regulamento etc.).

Tais fontes se confundem com os *fatores sociais* do direito e, portanto, com a realidade histórico-social. Quais são eles? São de várias espécies, dentre os quais destacamos o econômico, o geográfico, o moral, o religioso, o técnico, o histórico e até o ideal predominante em uma época (valores).

No que concerne ao fator econômico, a sua influência é enorme no direito privado, principalmente no direito comercial, no direito dos contratos e no direito de propriedade. Ao escrevermos isto não estamos acolhendo o *determinismo econômico* do século XIX, mas, sim, dizendo que há campos do direito em que se faz mais sentir a influência de um dos fatores sociais. Ripert demonstrou a influência da regra moral nos contratos e no exercício do direito de propriedade, em que maior é o impacto do econômico. Para evidenciar a influência do fator econômico, lembraremos dois exemplos: em 1929, deu-se, em Nova Iorque, o *crack* da Bolsa de Valores, iniciando-se o fenômeno conhecido por “Grande Depressão”, causando pânico em todo o mundo, falências de bancos, de indústrias e de fazendeiros. Resultado: intervenção do Estado no campo econômico, leis limitando preços, limitando a liberdade contratual e o exercício do direito de propriedade. Outro exemplo: a Revolução Industrial, criando novas riquezas e o declínio das que se fundavam na propriedade imobiliária, fez com que fossem suprimidos os privilégios dos proprietários rurais.

Se o fator econômico é preponderante no direito de propriedade, no de crédito, no contratual, no

mercantil, no financeiro e no industrial, bem como no direito fiscal, os *fatores religiosos e morais* são marcantes no direito de família. Quem pode negar a influência da moral cristã no direito de família? Basta lembrar a indissolubilidade do vínculo conjugal, que impede o divórcio, proveniente do catolicismo, que prevaleceu entre nós até 1977. Ripert nos lembra a origem moral de certas normas do direito moderno, como, por exemplo, o “dever de não fazer mal injustamente a outros”, fundamento do princípio de responsabilidade civil; o dever de não enriquecer à custa dos outros, origem da ação de enriquecimento sem causa etc. Planiol, Ripert e Rouast (*Traité Pratique de Droit Civil*) fazem depender a organização familiar de uma moral rigorosa.

O fator moral está, de certa forma, ligado à religião. Difícil seria, pode-se dizer mesmo impossível, separar-se a moral dominante no Ocidente do cristianismo. Posso lembrar um exemplo: na Síria predomina o islamismo. Entretanto, em matéria de família, pelo menos até os anos 1980, o direito sírio admite que as comunidades religiosas sejam regidas pelos seus direitos canônicos. Pillet (*Traité Pratique de Droit International Privé*) e René David (*Traité Élémentaire de Droit Civil Compare*), estudando essa questão, entre os anos 1930 e 1980, sustentam não ser aplicável o direito muçulmano, em matéria de família, aos cristãos, lá domiciliados.

No direito arcaico, ou melhor, até Roma, é difícil nos códigos e nos direitos antigos distinguir o direito da religião e da moral. O antigo direito judaico é direito religioso. O próprio direito romano, sistema jurídico laico, secular, ao ser acolhido pela Civilização Europeia, na Idade Média, sofreu a influência do cristianismo, sendo modificado nas partes que se referem a casamento, divórcio, filiação etc.

Pode-se dizer, para concluir, que no direito arcaico a *religião* desempenha papel relevante na criação do direito. Daí Fustel de Coulanges (*A Cidade Antiga*, trad.) ter dito que o verdadeiro legislador entre os antigos não foi o homem, mas as suas crenças religiosas. Com a civilização, o direito secularizou-se, dominando nele o que Ripert (*Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne*) denomina de *principe de laïcité*. Nessa fase histórica a religião foi substituída pela moral, que, nas épocas de crise, influi na elaboração, na interpretação e na aplicação do direito. Exemplo: no Brasil, o *impeachment* do Presidente Collor, e nos Estados Unidos, o de Nixon.

Se o direito sofre a influência da moral, da religião e da economia, além da pressão de *fatores políticos*, como negar a influência das ideologias no direito? No direito público, principalmente no direito constitucional, são decisivas. A ideologia do absolutismo e a do feudalismo modelaram o *Ancien Régime*, que caiu com a Revolução Francesa; a do socialismo estruturou todo o direito soviético, não só o direito público como também o Código Civil soviético, derogado depois de dezembro de 1991. O liberalismo deixou a sua marca nos direitos contratual e de propriedade do *Code de Napoléon* (Código Civil francês até hoje em vigor). Por outro lado, no direito público, a Revolução Francesa foi que, pela primeira vez, impôs legislativamente a igualdade civil, a lei como vontade geral, isto é, da maioria, bem como revogou os privilégios da aristocracia. Entre nós, até os

anos 1990, o nacionalismo exerceu influência na legislação que disciplina o capital estrangeiro aqui aplicado. Finalmente, a democracia no Ocidente tem sido a meta do direito constitucional, apesar de, transitoriamente, dela se desviarem algumas Constituições. Por outro lado, não se pode negar que as revoluções (§ 29), movimentos políticos por excelência, sejam fontes de direito, isto porque são dotadas de poder constituinte, como, por exemplo, a Americana, a Francesa e a Russa. O mesmo pode-se dizer das contrarrevoluções.

Não estaria completo esse relato de fontes se nos esquecêssemos dos ideais ou valores jurídicos, como a justiça, a paz e a segurança. Eis alguns: o *princípio de legalidade*, que em direito penal impede a aplicação da lei nova mais prejudicial ao réu e no direito público, impõem em geral a anterioridade da lei ao ato governamental; o princípio do “primado do direito”, isto é, o do direito acima das conveniências do governo, de suas ideias, de sua política e de sua vontade, bem como dos interesses individuais; a regra da boa-fé; o princípio da prescrição; o princípio da coisa julgada; as “declarações de direito”; o controle pelo Judiciário da legalidade de atos de direito público e de direito privado, bem como o controle da constitucionalidade de leis e de atos da Administração Pública etc. Estes e outros princípios são inspirados pelo valor segurança. Não é só, a justiça está na raiz do princípio *summum jus et summa injuria*, do qual resulta não só a condenação do abuso do direito, como, também, a responsabilidade civil pelos riscos criados, a revisão judicial de contratos leoninos. O direito internacional público é norteador pelo valor paz.

Mas o direito sofre também a influência de *fenômenos naturais* e do *fator geográfico*. Quantas vezes uma seca prolongada, geada, terremoto ou outro fenômeno natural provocam legislações destinadas a proteger a produção agrícola ou as relações jurídicas, dilatando prazos legais e contratuais etc.

Complexa, portanto, a matéria ou conteúdo da regra de direito, cujas razões de ser consolidam-se lentamente na comunidade, penetrando, às vezes tardiamente, no direito.

67. FONTES FORMAIS

São os meios ou as formas pelas quais o direito positivo se apresenta na História, ou então, como querem Korkounov (*Cours de Théorie Générale du Droit*) e Gurvitch (*Théorie Pluraliste des Sources du Droit Positif*), os meios pelos quais o direito positivo pode ser conhecido. São, assim, os meios de conhecimento e de expressão do direito, isto é, de formulação do direito, nos quais com certeza o identificamos. São os meios ou as formas (lei, costume, decreto etc.) pelos quais a matéria (econômica, moral, técnica etc.), que não é jurídica, mas que necessita de disciplina jurídica, transforma-se em jurídica. Tais fontes, ditas *secundárias*, supõem as fontes materiais ou reais do direito, conhecidas por *fontes primárias*, a que nos referimos no parágrafo anterior (§ 66).

De modo geral, pode-se dizer que as fontes formais do direito são estatais, ou de direito escrito,

e não estatais. Dentre as fontes estatais, temos a *lei*, enquanto entre as não estatais, isto é, entre as que não dependem da atividade legislativa do Estado: *o costume, o contrato coletivo de trabalho, a doutrina, o tratado internacional* etc. As fontes *formais do direito* podem ser classificadas em três categorias: 1ª, *fontes estatais do direito* (lei, regulamento, decreto-lei, medida provisória); 2ª, *fontes infraestatais* (costume, contrato coletivo de trabalho, jurisprudência, doutrina); 3ª, *fontes supraestatais* (tratados internacionais, costumes internacionais, princípios gerais do direito dos povos civilizados). Poderíamos dizer ainda que as *fontes formais do direito* podem ser: 1) de *direito interno*, isto é, de *direito nacional* (lei, regulamento, decreto-lei, jurisprudência dos tribunais estatais, direito interno consuetudinário, contrato coletivo de trabalho, doutrina; 2) de *direito comunitário*, como as do direito da União Europeia; 3) de *direito internacional* (tratado, costumes internacionais, princípios gerais do direito dos povos civilizados, jurisprudência da Corte Internacional de Justiça e a ciência do direito internacional). De modo muito amplo: 1) *legislativas* (lei, regulamento, decreto-lei); 2) *consuetudinárias* (costumes); 3) *jurisprudenciais* (formadas pela jurisprudência dos tribunais estatais e da Corte Internacional); 4) *convencionais* (tratados internacionais, contrato coletivo de trabalho); 5) *doutrinárias* (opinião dos juristas no campo do direito interno e no do direito internacional).

68. HIERARQUIA DAS FONTES FORMAIS

Há hierarquia (escalonamento) das fontes formais do direito decorrente da *superioridade* ou *supremacia* de umas e da *subordinação* de outras, enquanto entre fontes de igual valor há *igualdade* e *coordenação*.³

A esse respeito, devemos distinguir o sistema da *Common Law* (Estados Unidos, Inglaterra) do sistema continental (§ 166), dominante na Europa continental e na América Latina. No primeiro, o costume e o precedente judicial são fontes principais do direito. Já no sistema continental, a lei.⁴

Temos hierarquia entre as normas legislativas. Assim, a lei constitucional (Constituição e emendas constitucionais) está acima de todas as normas legislativas e de todas as demais normas jurídicas. No Estado moderno, a Constituição e as emendas constitucionais presidem a disposição orgânica das demais fontes formais do direito. Daí Kelsen⁵ organizá-las em pirâmide jurídica, em cujo vértice está a Constituição. Depois da lei constitucional vem a lei complementar, que não chega a ser norma constitucional, mas que a completa, e, abaixo dela, a lei ordinária (p. ex.: lei do divórcio, Código Penal etc.), que está subordinada à constitucional e à lei complementar (quando houver), não podendo, nas Constituições rígidas, violá-las, sob pena de ser inconstitucional.

Em virtude da distinção das funções legislativa e executiva, cabendo à primeira legislar e à segunda executar leis, serviços, administrar, temos a seguinte hierarquia (hierarquia orgânica): a lei (§ 71) prevalece sobre o regulamento (§ 72). Este deve submeter-se à lei, não podendo ser *contra*

legem. Nos sistemas federativos, a lei federal prevalece sobre a estadual e a municipal, desde que não invada o domínio da competência legislativa estadual estabelecido na Constituição Federal.

No sistema continental, temos subordinação do costume (§ 75) à lei, que não pode ser *contra legem* e que não admite o *desuso da lei* (§ 141). O fato de uma lei não ser observada e de não ser aplicada pelo Judiciário não acarreta sua inexistência jurídica, isto é, sua vigência, pois, a qualquer momento, desde que não revogada, pode ser aplicada.

O tratado internacional (§ 83), que Verdross (*Derecho Internacional Público*, trad.) considera a fonte fundamental do direito, para ser aplicado no território do Estado que o celebrar ou a ele aderir, deve ser aprovado por lei, estando, entretanto, subordinado à Constituição. Só quando incorporado ao direito interno (§ 90), ou seja, ao direito nacional, tem valor de lei ordinária, na hierarquia das leis.

O contrato coletivo de trabalho (§ 79), desde que não transgrida norma de ordem pública, é fonte de direito equiparável à lei ordinária.

A doutrina (§ 81) e a jurisprudência (§ 80), que muitas vezes na prática são fontes do direito, estão no sistema continental, subordinadas à lei e às demais fontes.

Finalmente, os princípios gerais do direito (§ 139), isto é, os princípios informadores do direito positivo, que devem ser aplicados quando não há outra fonte formal aplicável ao caso a ser julgado (lacuna § 139), são a última fonte do direito positivo.

Concluindo, a hierarquia das fontes formais no sistema continental ou legislado é a seguinte: 1º, Constituição e leis constitucionais (emendas constitucionais); 2º, leis complementares (§ 63); 3º, leis ordinárias e tratados internacionais incorporados ao direito interno. Dentre as leis, as federais predominam sobre as estaduais e estas sobre as municipais, enquanto a complementar prevalece sobre a lei ordinária; 4º, costume; 5º, contratos coletivos de trabalho, que, desde que não transgridam norma de ordem pública, têm valor de lei ordinária; 6º, regulamentos. Princípios gerais do direito, quando inexistir norma a ser aplicada ao caso concreto, isto é, no caso de lacuna (§ 139).

Mas o que significa hierarquia das fontes formais, ou seja, das normas de direito positivo?

Significa que o juiz, ao ter de decidir um caso, só deve aplicar uma fonte quando não existir outra imediatamente superior. Assim, por exemplo, no direito continental (europeu continental e latino-americano) só aplicará o costume se não houver lei expressa para o caso ou aplicável por analogia. Além disso, por força do princípio de hierarquia, pode ocorrer a ineficácia jurídica, por inconstitucionalidade ou por ilegalidade, de norma hierarquicamente subordinada, quando incompatível com norma hierarquicamente superior. Assim, por exemplo, a lei federal (norma ordinária) que dispuser de forma contrária à Constituição Federal (norma hierarquicamente superior) é inconstitucional. Logo, a norma superior determina a validade, a legalidade, a eficácia e a aplicabilidade das normas a ela subordinadas, bem como delimita o alcance e os efeitos jurídicos das mesmas.

Em razão da hierarquia das leis, temos o *controle da constitucionalidade das leis, da legalidade dos decretos* (regulamentos) e dos *atos administrativos*. Controle que pode ser exercido por jurisdições especiais (constitucionais), ou pelos tribunais em geral, como no Brasil. Assim, as leis complementares e ordinárias não podem estar em conflito com as constitucionais; os decretos (regulamentos) não podem dispor de forma contrária ao prescrito pelas leis, enquanto as sentenças e os atos que se fundam em leis ou em decretos não podem ir além dos mesmos. Se contrários, podem ser anulados pelo Judiciário, quando provocado por meio de ação judicial, exercendo o que se convencionou denominar de controle da constitucionalidade e da legalidade da legislação.⁶

A própria emenda constitucional não pode alterar substancialmente a Constituição, desfigurando-a, desestruturando-a, substituindo a filosofia política que a orientou, transgredindo princípio fundamental nela expressamente formulado, porquanto, se o fizer, deixa de ser emenda, para ser reforma ou substituição da própria Constituição (*vide*, a esse respeito, o nosso *Manual de Direito Constitucional*, 1957, p. 54). Nesse caso, como assinalamos em 1957, a emenda é inconstitucional.

¹ Deve-se distinguir *fonte de cognição* da *fonte de produção jurídica*. Pode-se entender a primeira como os meios de conhecimento do direito. Nesse sentido, confunde-se com as *fontes formais* (§ 67). Porém, por *fonte de cognição* pode-se compreender também as várias matérias de que o legislador se serve para dar conteúdo às normas por ele formuladas, em função das quais se pode ter o conhecimento mais exato das mesmas. Nesse último sentido, identifica-se com *fonte material*. Já *fonte de produção* é a norma ou conjunto de normas que dão o modo (regras) de criação de normas jurídicas, p. ex., as regras constitucionais de elaboração e aprovação de emenda constitucional. Temos, nesse caso, *fonte de produção fundamental* ou *primária*, que prescreve a forma de elaboração de normas jurídicas, contida na Constituição, e *fontes de produção subordinadas* ou *secundárias*, produzidas com observância daquela (leis, regulamentos etc.). O Código de Processo é fonte desse último tipo em relação à sentença. As fontes de produção são *fontes formais* (§ 67), porque são encontradas na Constituição ou em leis. Há quem faça distinção entre *fonte de qualificação* e de *conhecimento*: a primeira dá juridicidade e validade às demais normas, enquanto a segunda estabelece as formas pelas quais se pode conhecer o direito (lei, costume, regulamento, tratado etc.). Finalmente, temos também quem reduza as fontes à autoridade qualificada competente para prescrever normas jurídicas.

² *Fonte do direito*, que Gurvitch (*Théorie Pluraliste des Sources du Droit Positif*) considera o problema crucial de toda reflexão jurídica, é uma metáfora tradicionalmente usada na ciência do direito, podendo, como metáfora, ser entendida, como diz Horvath (*Les Sources du Droit Positif*, trad. publicada na *Revista de Direito* do MPGB, vol. 9), “por extensão do termo, as imediações do ponto de emergência de um curso d’água natural, o lugar onde ele passa de invisível a visível, onde sobe do subsolo à superfície”, ou seja, a forma que o pré-jurídico toma no momento em que se torna jurídico.

- 3 Duguit coloca no vértice da pirâmide jurídica a “Declaração de Direitos”, logo a seguir a Constituição, depois as leis ordinárias. O “sistema de declarações de direitos, escreve Duguit no *Traité de Constitutionnel*, tende a determinar os limites que se impõem à ação do Estado; para isso se formulam princípios superiores, que devem ser respeitados tanto pelo legislador constituinte como pelo ordinário, que tais declarações reconhecem, sem criá-los.”
- 4 No *direito interno* ou *nacional* a tradicional classificação das fontes em lei, regulamento e costume está abalada pelas fontes criadas pela *burocracia*, no sentido weberiano, ou melhor, pelos *tecnocratas* no exercício do poder, seja no campo do direito administrativo, seja no do direito fiscal, seja no do direito econômico. Temos neste último a *resolução* do Banco Central com a mesma força da lei; *convênios* entre os Estados-membros, no campo fiscal, ratificados por decretos do Executivo estadual, com força de lei estadual; *parecer normativo* (ato normativo) constitui, no campo do direito administrativo, fonte de direito. Tais fontes deram rude golpe na *certeza* do direito, abalando a *hierarquia* das fontes do direito.
- 5 A teoria do ordenamento jurídico estruturado em pisos (§ 200), ou melhor, do sistema jurídico entendido como uma pirâmide, está exposta nas principais obras de Kelsen. Para o público brasileiro indicamos: *Teoria Geral do Estado* (há edição em espanhol e em português), *Teoria Geral do Direito e do Estado* (há tradução para o espanhol, para o italiano e para o português, sendo em inglês a edição original) e *Teoria Pura do Direito* (há edição em espanhol e em português).
- 6 Nas federações há fonte de direito tributário de natureza semelhante à convenção internacional, denominada *convênio*, pela qual são estabelecidas normas tributárias válidas somente entre os Estados que o celebrarem. É, assim, norma de *direito público interno convencional*, estabelecida pelo consenso de dois ou mais Estados da federação, com validade exclusivamente no território dos mesmos. Nesse caso, temos norma de direito interestadual, classificável acima das normas estaduais. Regras e princípios de direito inferidos dos tratados internacionais aplicam-se subsidiariamente na interpretação e lacuna destes. Outra fonte de direito público interno é a *resolução*, pela qual os Poderes do Estado estabelecem as suas organizações e regimentos, e o Senado suspende, por inconstitucionalidade, a lei assim declarada pelo Judiciário.

X

FONTES ESTATAIS DO DIREITO – CONSTITUIÇÃO, LEI, REGULAMENTO, MEDIDA PROVISÓRIA E DECRETO-LEI

69. FONTES ESTATAIS

As fontes estatais do direito são constituídas de normas escritas, vigentes no território do Estado, por ele promulgadas, no qual têm validade e no qual são aplicadas pelas autoridades administrativas ou pelas judiciárias. São textos que possibilitam o conhecimento do direito do Estado. Em seu conjunto formam o *direito do Estado*, ou seja, o direito interno (§ 88) ou nacional, legislado, isto é, o ordenamento jurídico do Estado. São formadas de *normas jurídicas escritas, promulgadas e garantidas pelo poder público, válidas no território do Estado*.¹ Assim, nessas fontes predomina o *princípio da territorialidade do direito*, que delimita a validade das mesmas ao território do Estado que as prescrever, sendo aplicáveis a todos, nacionais ou estrangeiros, que nele se encontrarem. Princípio absoluto nos ramos básicos do direito público e relativo em outros, como no direito privado, pois nesse campo do direito é possível a aplicação do direito estrangeiro (§§ 135 e 143). Garantidas pelo poder público, as fontes estatais desfrutam de força vinculante maior (*vide* nota 1, § 143), aplicáveis independente de grandes indagações, por serem precisas e certas. Assim, por exemplo, ocorrendo um furto, já se sabe logo que o ladrão, se preso, será condenado com base no artigo do Código Penal que prescreve esse delito. Por tal motivo, a lei tornou-se objeto de culto dos corifeus da “escola de exegese” (§ 137). Para esses cultores da lei (Aubry, Rau, Troplong, Demolombe), tais fontes eram consideradas dogmas absolutos, fixos e imutáveis. As transformações sociais rápidas, iniciadas a partir do século XIX e, principalmente, depois da Primeira Guerra Mundial, lançaram por terra essa mística: a “forma” foi mantida, mas o conteúdo dessas fontes foi-se adaptando aos novos tempos. Daí um autor, que na época fez sucesso, Cruet, ter ressaltado o anacronismo das fontes estatais em relação à realidade social, corrigidas pela sociedade, que estaria sempre antecipando-se ao legislador, seja pelo costume (§ 72) seja pela jurisprudência (§ 78) inovadora.²

70. CONSTITUIÇÃO

A Constituição³ é a pedra angular de toda a ordem jurídica estatal, fonte de validade de todo o direito do Estado, estabelecadora do processo de criação do direito estatal. Está acima de qualquer lei, sendo, por isso, a lei suprema. É a fonte principal do direito do Estado, a *lei fundamental*, à qual

devem adaptar-se todas as demais leis, pois se com ela conflitam, são inconstitucionais. A Constituição é expressão do poder constituinte que detém a sociedade política (Estado). Como lei fundamental, organiza e estrutura Estado e governo, bem como prescreve os direitos individuais, que devem ser respeitados pelo poder público, prevendo para tal fim procedimentos eficazes, aptos a garanti-los, como o *habeas corpus*, para a defesa da liberdade, ou o mandado de segurança, para a proteção de direito líquido e certo. A Constituição, por isso, é *lei de organização do Estado e lei de garantias*. É, repetindo, a lei das leis que estrutura e organiza o Estado e o governo, dando-lhes forma jurídica, estabelecendo as suas funções e os seus limites, bem como prescreve os direitos individuais e os procedimentos aptos a defendê-los. Enuncia os princípios fundamentais a serem observados pela legislação. Transforma o Estado em *Estado constitucional*; pode sofrer modificações através de *emendas constitucionais*, que não podem alterá-la substancialmente, por decorrerem do *poder de reforma*, que é limitado, derivado do poder constituinte (*vide* sobre inconstitucionalidade de lei [emenda] constitucional o meu *Manual de Direito Constitucional*, 1957, § 18, cap. IV). A Constituição pode ser substituída por outra, em havendo ruptura da ordem jurídica seja por revolução seja por “golpe de Estado” (golpe militar).

Se a Constituição, para a sua reforma, exigir procedimento legislativo especial (*quorum*), diverso do observado para a legislação ordinária (lei ordinária), é “Constituição rígida”, mas se não o prevê, é, então, “Constituição flexível”.

Seis são os tipos de Constituição: 1º, *promulgada*, formulada, aprovada e promulgada por órgão representativo (Assembleia Nacional, Congresso Nacional, Assembleia Constituinte etc.), resultante de consenso dos constituintes; 2º, *outorgada*, depende de decisão unilateral de quem exerce discricionariamente o governo, autolimitando-se. Decretada, nesse caso, pelo chefe de governo; 3º, *ratificada*, elaborada pelo governo e aprovada pelo Parlamento (Congresso) ou aprovada por *referendum* (§ 187); 4º, *rígida*, se exige procedimento legislativo especial (*quorum*) para ser reformada; 5º, *flexível*, se puder ser modificada (emendada) pelo mesmo processo legislativo das leis ordinárias (§ 63), não exigindo, assim, procedimento especial (*quorum*) para a sua reforma; 6º, *revolucionária*, se resulta de revolução vitoriosa, constitucionalmente se autodisciplinando, estabelecendo nova ordem jurídica (exemplo: a Constituição norte-americana, a brasileira de 1891, a francesa de 1793 e a soviética). Os três primeiros tipos (promulgada, outorgada e ratificada) decorrem da natureza política do órgão que a promulgar (Executivo ou Legislativo), enquanto as rígidas e flexíveis, do procedimento adotado para a sua modificação.

Pedra angular do direito constitucional ocidental é a divisão dos poderes ou das funções do Estado.

A razão histórica da teoria da separação de poderes, marcando a sua origem, foi o absolutismo político reinante na Europa antes da Revolução Inglesa e da Revolução Francesa. Encontra-se ela ainda na necessidade de se criar mecanismos destinados a evitar todas as formas de autoritarismo e

de abusos. Visa, pois, essa teoria a evitar o absolutismo político. Já dizia Montesquieu (*O Espírito das Leis*), o grande teórico dessa teoria, que “para que não se possa abusar do poder é necessário que as coisas se disponham de modo a que o poder detenha o poder”.

A ideia primária de Constituição retrata-a como um corpo de leis disciplinador das funções do Estado, ou melhor, organizador do Estado. Define-a, pois, como carta de organização política, redigida pelo soberano ou por legislador inspirado, contida em lei ou em práticas consuetudinárias. Esse foi o sentido que, no século XVI, lhe foi dado, principalmente por Loyseau, que a definia como a lei fundamental do Estado. No sentido de lei de organização do Estado, a Inglaterra outorgou às suas colônias *Fundamental Orders*, como a de Connecticut, que, em alguns casos, tinha caráter contratual, resultando de pacto entre colonos e a Coroa. Depois, pouco a pouco, ao lado do sentido de Constituição como plano de governo (*Plan of Government*), deu-se-lhe o de carta de garantias individuais. Sentido conquistado com sacrifícios e lutas. Tal acepção surgiu com as “declarações de direitos” (*Bill of Rights*), podendo ser, historicamente, considerada como a primeira, apesar de não ser propriamente uma carta de direitos, a *Petition of Rights*, de 1628, que os nobres ingleses fizeram o rei assinar (§ 178), bem como a *Bill of Rights*, de 1774, de Filadélfia, incluída na *Declaration of Independence* (1776) da América (§ 178). A mais conhecida, porém, é a *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* (1789), da Revolução Francesa, fruto do individualismo jurídico, que acrescentou ao sentido clássico de Constituição o de carta de garantias individuais. Desde então, a Constituição passou a ser entendida não só como “plano de governo”, ou seja, como documento solene que institui uma forma de organização política do Estado, como, também, “carta de garantias individuais”, que limita o poder do Estado em relação aos indivíduos, impondo ao governo o dever de respeitar os direitos individuais fundamentais. Com as crises econômicas que advieram depois da Primeira Guerra Mundial, para as quais os governos ainda não encontraram solução, o sentido de Constituição tornou-se mais amplo, invadindo o domínio econômico, autorizando a intervenção do Estado na ordem econômica (que foi desastrosa, principalmente no Brasil). Mais ampla ficou assim a matéria constitucional e muito mais quando, devido às crises que ameaçavam as tradições históricas do povo e da família, levaram o constituinte ou o legislador a dar à Constituição mais um sentido: o de tutela das tradições históricas e o de protetor da organização da família, segundo as tradições fundamentais da nação. Mas, nos anos 1990, nota-se o encolhimento da matéria constitucional devido à falência do Estado como gestor da economia, fato que está provocando a volta à economia de mercado (até no Leste Europeu), e, com ela, a redução drástica do papel do Estado na ordem econômica (pelo menos nos países que se dizem desenvolvidos), bem como, com a crise da família, o enfraquecimento de seus laços e a ampliação de sua conceituação. Seja como for, a Constituição é a lei fundamental, não só por ser a fonte de validade das demais normas, que nela encontram o procedimento de sua elaboração, como, também, por conter princípios que devem nortear toda a legislação, sob pena de, se com ela estiverem em conflito, serem declaradas inconstitucionais pelo Judiciário.

Historicamente, as duas primeiras Constituições escritas são a norte-americana, de 17 de setembro de 1787, ainda em vigor com poucas emendas, e a francesa, de 3 de setembro de 1791, da época da Revolução Francesa. As duas foram precedidas de dois documentos de grande importância histórica para o futuro da democracia e dos direitos humanos: a *Declaração de Direitos de Virginia*, norte-americana, de 16 de junho de 1776, e a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, da Revolução Francesa, de 26 de agosto de 1789. Ambas prescrevem o direito à igualdade entre os homens e os direitos à liberdade e à vida. Em ambas, referem-se a direitos naturais, de que não pode ser privado ou despojado nenhum homem. Na de Virginia, temos a base da democracia: “Todo poder reside no povo” e dele deriva. Em ambas, expressa ou implicitamente, está declarado ser o fim de todo Estado a conservação dos direitos naturais do homem.

71. LEI

A lei⁴ é a principal fonte do direito moderno. Historicamente, a primeira legislação que se tem notícia é o Código de Hamurabi (§ 160), da Babilônia, que depois se apurou não ser o mais antigo, mas o mais completo que se conhece. Depois, entre os romanos, a Lei das XII Tábuas e o *corpus iuris civilis* (§ 164). Anteriormente a ela predominou o costume (§ 75). E entre nós e em países que optaram pela codificação, como, por exemplo, a França, a Itália, a Alemanha, Portugal, a Espanha etc., e toda a América Latina, não há outra acima dela. É a principal fonte do direito estatal, com validade, eficácia e aplicabilidade no território do Estado (*princípio da territorialidade do direito*). Tem, como nota Roubier (*Théorie Générale du Droit*), “indiscutivelmente, uma vantagem: é estabelecida autoritariamente sobre o conjunto de uma questão, que pode, assim, encontrar uma regulamentação coerente e imediata. Entretanto, como é obra do soberano, isto é, de um chefe ou de uma Assembleia, cuja competência técnica pode ser medíocre, e cuja imparcialidade e espírito de justiça podem ser discutidos, não merece o fetichismo e a idolatria de que tem sido cercada”.

Como defini-la? De forma muito ampla, comum a todos os tempos: *norma escrita, geral e abstrata, garantida pelo poder público, aplicável por órgãos do Estado, enquanto não revogada*. Desde quando pela divisão do trabalho social, a um órgão da sociedade política foi atribuída a função de elaborá-la (assembleia), deve-se defini-la como a *norma jurídica escrita, emanada de um órgão estatal especializado em legislar, sancionada pelo poder público*, ou, então, a *norma escrita e geral, enunciada em um texto pelo legislador*.

Do sistema político depende a competência para formulá-la, que pode ser da assembleia ou do chefe de governo. Pode ser formulada pelo Legislativo e promulgada pelo chefe de governo, como ocorre no Brasil, como pode ser formulada e promulgada pela própria Assembleia ou prescrita exclusivamente pelo chefe de governo. Neste último caso, denomina-se *decreto-lei* (§ 71), *medida provisória* (§ 74), enquanto nos anteriores, *lei*.

Do ponto de vista de seu *conteúdo* ou *matéria*, a lei caracteriza-se por ser norma geral e abstrata, ou seja, por não disciplinar um caso particular, mas indeterminado número de casos que se enquadram no modelo por ela estabelecido e por não prever concretamente uma situação, isto é, em seus mínimos detalhes, mas só em suas notas típicas, bem como por não se destinar a um número reduzido de pessoas por ela determinado, mas a um número indeterminado de pessoas que estejam na situação jurídica por ela prevista. Por exemplo: “matar alguém. Pena...” (art. 121 do Código Penal de 1940); essa norma aplica-se a quem, de qualquer maneira, matar uma pessoa. Do ponto de vista *formal*, a lei varia em função do órgão que a formula: *lei formal* se formulada pelo Legislativo; *decreto-lei* (§ 73) ou *medida provisória* (§ 74) formulada pelo chefe de governo.

A lei não é produto espontâneo como o costume, mas fruto de elaboração discursiva, de estudos, discussões, debates, votações, sanção, publicação, que permite, com facilidade, determinar o momento em que se torna ela obrigatória, o que não ocorre com o direito consuetudinário, isto é, o direito resultante de costume.⁵

No direito moderno, caracteriza-se por ser a norma dotada de generalidade que permite aplicá-la com facilidade a casos concretos. Na Antiguidade, nada mais era do que a redação oficial, solene, de costumes tradicionais. Assim foi a Lei das XII Tábuas dos romanos (§ 164), bem como o Código de Hamurabi (§ 160). Muitas vezes, como ocorria na Grécia Antiga, foi prescrita depois de consulta a Oráculos, depois, por votação nas assembleias do povo. Só tardiamente surgiram órgãos do Estado especializados em sua elaboração. Mas, quer estabelecida por reis ou sacerdotes, quer formulada por legisladores sábios (Sólon), por assembleias populares ou pela assembleia de chefes de família, a lei (*lex*) se distingue do costume (§ 72) não só pela certeza e precisão de suas prescrições, que dá segurança às relações jurídicas, como, também, por ser a norma formulada por uma autoridade dotada de legitimidade, assim reconhecida pela sociedade civil, isto é, com competência para tal.

De certa forma, e na maioria das vezes, contém mais de um preceito, por isso está, no caso das mais simples, dividida em artigos numerados, nas mais amplas, subdividida em capítulos, parágrafos e alíneas, com seus preceitos, sanções. As mais complexas, como os códigos, dividem-se em títulos, capítulos, cada um contendo artigos e parágrafos de lei. Numerados são os artigos, que, nas leis mais modernas, têm uma ementa ou título, indicadores da matéria que tratam.

Nos países, como o Brasil, em que há divisão de poderes, havendo órgão do Estado cuja função principal é a elaboração de leis, denominado Assembleia Legislativa (Câmara dos Deputados etc.), *a lei formal é a formulada pela Assembleia Legislativa e promulgada por seu presidente ou pelo chefe de governo (Rei, Primeiro-Ministro, Presidente da República), enunciada em um texto, publicada no órgão oficial*. Entre nós, *é a formulada pelo Legislativo, sancionada e promulgada pelo Executivo* (Presidente da República ou Governador de Estado) *publicada no Diário Oficial*. A “lei formal” é autônoma. Dela se distingue a *lei material*, que da lei só tem o conteúdo, pois não é autônoma, porquanto depende de uma lei formal, como, por exemplo, é o caso do regulamento (§ 70),

que regulariza particularizadamente matéria prevista em lei, facilitando a sua aplicação. *Lei delegada* é a regra de direito outorgada pelo Poder Executivo, em virtude de delegação de poderes do Legislativo, que exclusivamente tem competência de formulá-la. A lei delegada depende de a Constituição permitir delegação de poderes, pois *delegatus delegari non potest*.

A lei,⁶ em seu processo de formulação, passa por várias etapas, estabelecidas na Constituição. Nesse processo temos a “iniciativa da lei”, “discussão”, “votação”, “aprovação”, “sanção”, “promulgação”, “publicação” e “vigência” da lei. A *iniciativa* pode competir ao Executivo ou ao Legislativo. Proposta a lei, segue-se a sua discussão na Assembleia Legislativa (Câmara dos Deputados, Senado, no caso de lei federal), seguida, depois, de sua *votação*, que é a manifestação da opinião dos parlamentares favorável ou contra o projeto de lei. Se favorável ao projeto for a maioria dos votos, a lei está aprovada pelo Legislativo. Aprovada pelo Legislativo, é, entre nós, encaminhada ao Presidente da República (lei federal) ou ao Governador de Estado (lei estadual), para *sancioná-la* ou *vetá-la* total ou parcialmente. Vetada, total ou parcialmente, o veto é submetido ao Congresso, que pode derrubá-lo. Rejeitado, o Executivo tem que acatar a decisão do Legislativo. Nesse caso, bem como nos casos em que o poder de veto não é exercido, o Presidente da República deve sancionar a lei. *Sanção* é o ato pelo qual o Executivo, concorrendo com o Legislativo na elaboração de lei, *aprova* a lei formulada pela Assembleia. Dela se distingue a *promulgação*, ato pelo qual o Executivo determina a sua execução. Sancionada e promulgada, é a lei publicada no órgão oficial (*Diário Oficial*). Publicada, tem *vigência* na data de sua publicação, isto é, entra em vigor a partir dessa data ou no prazo nela estabelecido. Publicada, ninguém pode alegar a sua ignorância. Pela *publicação* é, assim, fixado o momento em que a lei entra em vigor, ou melhor, a data em que ela se torna obrigatória, isto é, em que tem eficácia. Quando a lei não entra em vigor na data de sua publicação, há um período em que ela não produz efeitos, ou seja, que não é obrigatória, denominado por *vacatio legis*, que termina na data de sua entrada em vigor.⁷

Finalmente, as leis podem ser *constitucionais* e *ordinárias*. As primeiras (§ 63) são as que organizam politicamente o Estado, estabelecendo as suas funções e os limites de seus poderes em relação às pessoas que vivem em seu território, enquanto as *leis ordinárias* (§ 63) são as demais leis, não só as de direito público, como, por exemplo, o Código de Processo Civil, o Código Penal etc., como, também, as de direito privado, como, exemplificando, o Código Comercial, o Código Civil etc.⁸

72. REGULAMENTO

É a norma jurídica emanada, exclusivamente, da Administração Pública (Poder Executivo), em virtude de atribuição constitucional de poder normativo. É também denominada lei material, em contraposição à lei formal, ou, então, decreto.

Em sentido amplo, os *regulamentos* são *internos* ou *administrativos* e *externos* ou *normativos*. Os primeiros têm por objeto a organização de um órgão, ou de um ente público. Daí serem denominados regulamentos de organização; não vinculam terceiros. Os “externos” ou “normativos” alcançam terceiros, isto é, pessoas estranhas à Administração.

Os regulamentos podem ser ainda de *execução*, *independentes*, *delegados* ou por *autorização especial*. Os de execução contêm normas especiais para a aplicação de lei, sendo, assim, normas secundárias em relação à lei, que é, então, a norma primária. Pressupõem, portanto, lei anterior, que limita, previamente, a sua matéria, não podendo ampliá-la ou modificá-la. Nesse caso, a Administração possui poder normativo limitado, subordinado ao preceituado na lei.

Os regulamentos independentes resultam de poder normativo genérico, atribuído pelo legislador à Administração. O fundamento desses regulamentos está no fato de a Administração necessitar de competência para formular normas para desempenhar a sua função: administração e serviços públicos; não podem dispor sobre a matéria reservada, constitucionalmente, à lei.

73. DECRETO-LEI

Regra de direito baixada pelo chefe do Poder Executivo, quando monopolizar o poder legiferante com ou sem autorização constitucional. Imperou no Brasil de 1937 a 1988. É também denominado, impropriamente (*vide* § 69), *decreto legislativo*, ou, ainda, *ordenança de necessidade* ou de *urgência*, ou, como em alguns países, *decreto*, denominação que o confunde com regulamento. Tem força de lei e vale como lei. Nos países em que impera divisão de poderes não há lugar para essa norma. Querendo defini-lo, pode se dizer ser a *lei ditada pelo Executivo*. No Brasil, de 1930 a 1934, o Presidente da República legislava através de decretos (leis), porque a Revolução de 1930 havia dissolvido o Congresso, mas, durante o Estado Novo (Constituição de 1937), por decreto-lei. Assim, entre nós, só a partir de 1937 foi oficialmente empregada a expressão decreto-lei, extinta a partir da Constituição de 1988. Hoje, não existe mais decreto-lei para ser usado pelo Presidente da República.

74. MEDIDA PROVISÓRIA

Ato normativo, editado pelo Presidente da República, com força de lei, em havendo extraordinária urgência e necessidade, cuja eficácia cessa, retroativamente, se não aprovado pelo Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado). Aprovando-a, transforma-se em lei (§ 71). É medida normativa de extraordinária necessidade e urgência, exigida pela ordem econômico-financeira, pela paz social ou pela ordem e segurança públicas (os políticos assim não a entendem, porquanto a usam para qualquer questão, principalmente na presidência de Fernando Henrique

Cardoso). Extraordinária necessidade e urgência a justificam, desde que não possam aguardar a elaboração de uma lei. Matéria penal está dela excluída por não haver crime no Estado de direito sem ser previsto em lei (§§ 71 e 105). Prevista no art. 62 de nossa Constituição Federal de 1988, em “caso de relevância e urgência”, editada, produz efeitos da data de sua publicação, devendo o Presidente da República imediatamente submetê-la ao Congresso Nacional, que, se em recesso, deve ser convocado para se reunir extraordinariamente, no prazo de cinco dias, para apreciá-la.⁹ Perde a eficácia retroativamente se não convertida em lei pelo Congresso no prazo de sessenta dias (parágrafo único do art. 62, § 3º). Rejeitada, deverá o Congresso elaborar, com urgência, lei disciplinadora da matéria da medida provisória não aprovada. Porém, o Presidente da República (art. 84, XXVI, da Constituição Federal), no caso de o Congresso retardar a aprovação da medida, antes de expirar o prazo fatal de trinta dias, para evitar a insegurança das relações jurídicas dela decorrentes, pode, e deve, baixar outra idêntica ou semelhante, encaminhando-a, de imediato, ao Congresso. Se rejeitada, não pode ser repetida sob pena de inconstitucionalidade.

A origem histórica da Medida Provisória encontra-se no art. 77 da Constituição italiana de 1947, que faculta ao Governo, no caso de extraordinária necessidade e urgência, sem delegação das Câmaras, editar decreto-lei com força de lei. Prevê a lei fundamental italiana que o decreto deve ser de imediato submetido às Câmaras, e que, se não for transformado em lei, perde a eficácia retroativamente.

Como vemos, cautelas foram impostas pela Constituição italiana para edição de decreto-lei, tendo em vista, com certeza, ter dele abusado o regime fascista, cujo figurino, nesse terreno normativo, copiamos e abusamos no Estado Novo (1937-1945), bem como a partir de 1964 até a promulgação da Constituição de 1988.

Mas a origem mais remota dessa medida acha-se no art. 48 da Constituição de Weimar (1919), da Alemanha, que permitia ao Presidente, em havendo “perturbação ou ameaça graves à segurança e ordem pública”, decretar medida legislativa com a aprovação *a posteriori* pelo Parlamento.

A Constituição da Espanha de 1978, em seu art. 82, prevê o decreto-lei, com as cautelas previstas na Constituição de Weimar.

De certa forma, encontramos medida semelhante no art. 16 da Constituição francesa de 1958.

Desses precedentes históricos infere-se ser a medida provisória ou de urgência inspirada no princípio *salus reipublicae suprema lex esto* (a salvação do Estado é a suprema lei) ou, então, *salus populi suprema lex esto* (a salvação do povo é a suprema lei). Esses procedimentos disfarçam o velho decreto-lei, cercado somente de cautelas destinadas a evitar abusos por parte do Governo. Salvaguardas que, se não respeitadas pelo Governo e pelo Congresso, podem criar insegurança para as relações e situações jurídicas criadas pelo uso de medidas provisórias, tornando mais grave a situação de fato que a exigiu (no Brasil, no governo Fernando Henrique Cardoso, ocorreu abuso havendo até medida provisória em matéria processual).

Enfim, o Estado moderno, não podendo omitir-se em face de imprevisível, grave e extraordinária situação a exigir urgente medida jurídica, sob pena de fugir-lhe o controle da mesma, tem o dever de legislar, sob o controle imediato do Congresso. Nesse caso, edita decreto-lei (§ 73) ou medida provisória.¹⁰

-
- 1 O direito norte-americano, que se encontra em sua maior parte em precedentes (decisões) judiciais (*case law*), é escrito, mas não legislado ou codificado.
 - 2 Além das fontes estatais examinadas neste capítulo, que, a nosso ver, são as mais importantes, temos as seguintes: *decreto legislativo*, da competência exclusiva do Legislativo; atos do Executivo, como a celebração de tratados internacionais; *posturas*, normas municipais que dispõem sobre matéria de interesse da comunidade (construção etc.); *portaria*, ato normativo de autoridade administrativa, tendo por destinatários servidores a ela subordinados, fixadora de ordens de serviço etc.
 - 3 A partir do século XVIII, por Constituição, ideologicamente entendeu-se a elaborada, votada e promulgada por uma assembleia constituinte, enquanto as demais, outorgadas pelo governo, eram denominadas *Charte*, *Statuto* etc.
 - 4 Alguns juristas, em sua maioria constitucionalista, distinguem *lei em sentido formal*, ou *lei fo-mal* de *lei em sentido material*, ou *lei material*. A “lei formal” seria a que, tendo a forma de lei, tem por conteúdo disposição não tipicamente de lei, como é o caso, por exemplo, da lei que autoriza o chefe de Governo à prática de um ato ou a que abre créditos. Já a “lei material” seria a que, sem ter a forma de lei, tem o conteúdo dela, como é o caso do regulamento (§ 70). Como essas duas categorias não compreendem todas as formas de lei, a elas acrescentaram as seguintes: *lei formal-material* e a *lei exclusivamente formal*. A primeira seria a que, tendo a forma de lei, tem também o conteúdo típico desta, sendo assim ato do Legislativo que contém uma norma de conduta ou de organização, enquanto a “lei simplesmente formal” só teria a forma de lei, mas não o seu conteúdo, como a que abre créditos ou concede, p. ex., pensão para determinada pessoa. Mantiveram, ao lado desta, a categoria de “lei material”.
 - 5 A lei, muitas vezes, expressa tendências da jurisprudência, a opinião de magistrados, de advogados e de juristas. A jurisprudência e a doutrina são as fontes orientadoras do legislador. A jurisprudência deve-se grandes codificações, como, por exemplo, entre nós, o Código Civil de 1916 oriundo de projeto de Clóvis Beviláqua. Na França, o *Code Civil*, chamado *Code Napoleón*, reflete o pensamento do jurista Pothier.
 - 6 Segundo Montesquieu (*De l’Esprit desLois*, 1748), o estilo da lei deve ser conciso e simples, de modo a ser entendido por todos e despertar em todos os homens as palavras usadas pelo legislador, as mesmas ideias.
 - 7 Sobre o problema do desconhecimento da lei pelos seus destinatários, ou seja, da *obligatoriedade da lei* e do valor do *erro de direito*, consultar o § 135. Atrasando a publicação no *Diário Oficial*, a lei deve entrar em vigor na data em que efetivamente circular o órgão oficial, e não na data em

que figurar no mesmo. A divulgação antecipada da lei pela imprensa, tevê ou rádio não lhe dá autenticidade e nem eficácia.

- ⁸ Consultar *A obrigatoriedade Imediata das Leis Ordinárias*, São Paulo, Editora de Direito, 1997, de Celso Hiroshi Iocohama, tendo por base a realidade brasileira.
- ⁹ Sobre o atraso da circulação do *Diário Oficial* que a publicar, *vide* nota anterior.
- ¹⁰ Entre nós, nos anos 1990, o Presidente Fernando Henrique Cardoso, em seus dois mandatos, abusou dessa medida, devido, talvez, à omissão do Congresso, versando sobre matéria da alçada da legislação ordinária, como, por exemplo, sobre direito civil, direito processual e até direito penal.

XI

DIREITO CONSUETUDINÁRIO – VALOR E PROVA DO COSTUME – EVOLUÇÃO DO COSTUME

75. NOÇÃO, ELEMENTOS E TIPOS

O costume, no sentido jurídico, isto é, *direito consuetudinário*,¹ é a fonte mais antiga do direito. Os próprios códigos da Antiguidade, como o de Hamurabi ou a Lei das XII Tábuas, nada mais eram do que compilação de costumes tradicionais. Na *sociedade arcaica* era a única fonte do direito, isto por ser desconhecida a escrita. Mas, mesmo nas *sociedades letradas* da Antiguidade, o direito legislado demorou muito a aparecer. Por não ser enunciado em um texto, não é de fácil conhecimento, formando-se lentamente, não tendo vigência imediata. Forma-se depois de repetição ininterrupta de condutas ou de atos semelhantes, salvo quando provém de decisão judicial, caso em que pode ser estabelecida a sua origem. Forma-se sem a intervenção do Estado, ou seja, do legislador. Surge de maneira lenta e espontânea, emergindo de fatos, isto é, de condutas sociais reiteradas por longo tempo.

Talvez seja o costume a única regra jurídica que põe à prova a tese de Kant de que do “ser” (fato) não pode surgir o “dever-ser” (norma), pois, de certa forma, como notou Jellinek, de fatos repetidos surgem os costumes, ou seja, a norma (*doutrina da força normativa dos fatos*).

Juridicamente pode ser definido como a *regra de conduta usualmente observada em um meio social por ser considerada juridicamente obrigatória e necessária*. É a forma usual de agir considerada no meio social juridicamente obrigatória. Daí Brethe de la Gressaye e Marcel Larborde-Lacoste (*Introduction Générale à l'Étude du Droit*) o definirem como o *uso juridicamente obrigatório*.²

Os *elementos* do costume são: repetição habitual, uniforme, ininterrupta. Resumindo: repetição habitual, uniforme, ininterrupta, por longo tempo, em um meio social, de um ato ou conduta de forma semelhante, da qual se deduz a sua obrigatoriedade e necessidade. Antiga doutrina reduzia esses elementos a dois: 1º, *elemento objetivo ou material* – observância de uma praxe ou de conduta usual pela generalidade das pessoas interessadas em seus efeitos, ininterruptamente, por longo tempo (*longi temporis praescriptio*); 2º, *elemento subjetivo* – convicção de sua obrigatoriedade jurídica (*opinio iuris*) e de sua necessidade jurídica (*opinio necessitatis*) decorrente justamente da usual conduta em um meio social.³

O que distingue o *costume* dos demais *usos* sociais é a convicção de sua obrigatoriedade e de sua necessidade jurídica (*opinio iuris et necessitatis*), ou seja, a convicção de que determinada regra

costumeira é jurídica, obrigatória e necessária. Temos, portanto, no costume a repetição constante, ininterrupta, por largo tempo de uma conduta ou de um ato, que gera a convicção jurídica de sua obrigatoriedade para os negócios, para a convivência social etc. Em se formando essa convicção, opera-se à transformação em costume jurídico.

O *direito consuetudinário* (direito não escrito), após longa duração, tem sido objeto de compilação (§ 84). Além dos códigos da Antiguidade, que, como dissemos, são compilações, pode-se apontar como as mais antigas compilações os *Consuetudines* de Gênova (1056) e o *Constitutum usus* (1161) de Pisa, que deram origem ao direito comercial (§ 118). Mas a compilação, seja oficial, seja obra de juristas, não tem a mesma força da lei, destina-se a dar certeza e publicidade ao costume. Assim, a parte pode provar em juízo estar em *desuso* o costume compilado, que, não mais sendo obrigatório, é inaplicável ao caso *sub judice*.

O costume tem *vantagens* e *desvantagens*. Corresponde melhor à realidade social e ao sentimento de justiça da coletividade. Modifica-se com a mudança do contexto social, mais rapidamente do que se fosse obra do legislador. Acompanha, portanto, mais de perto as transformações sociais do que a lei. Porém, não estando contido em um texto, é, como dissemos, de conhecimento difícil. Daí depender de prova e daí a sua incerteza, a não ser quando compilado.

A *força obrigatória do costume*, pode-se inferir do que foi dito, decorre da crença de sua obrigatoriedade, resultante de sua observância por longo tempo em um grupo social. Em razão disso proporciona certeza e segurança aos negócios jurídicos. Segurança que cria com o tempo a convicção da necessidade e utilidade do costume.

Pode ser o costume: 1º, *secundum legem*, ou costume interpretativo, que dá a usual interpretação de uma lei; 2º, *praeter legem*, que supre a lacuna da lei, dispondo sobre matéria não disciplinada por ela; 3º, *contra legem*, que estabelece norma contrária à estabelecida pela lei, ou que torna usual a não aplicação de uma lei (*desuso*). O costume contrário à lei, no sistema em que a lei é a fonte principal do direito, como o brasileiro ou o francês, não tem juridicamente validade.⁴

Tem, em nosso século, o costume certa *limitação* em sua eficácia nos países em que prevalece o direito codificado. Nesses países – como no Brasil – o costume é considerado *fonte subsidiária do direito*, só aplicável quando a lei permitir. Portanto, onde domina o direito codificado, o costume, sendo fonte subsidiária, tem eficácia subordinada à lei, admitindo-se somente os costumes *secundum legem* e *praeter legem*.⁵

Mas o costume não tem o mesmo *valor* em todos os ramos do direito. Se no direito comercial desempenha relevante papel, no direito civil tem menor valor. Processualmente, na solução por arbitragem de conflito em matéria contratual, pode ser uma das fontes a se socorrer o árbitro. No direito penal, no regime democrático-liberal, em que predomina o princípio de legalidade (só há crime definido em lei), não tem aplicação. No direito público, principalmente no direito constitucional e no direito internacional, é de grande valor. Mas, para que se forme o costume

constitucional, é necessário que a ordem constitucional tenha certa estabilidade, não sofrendo modificações constantes. No direito internacional público é a principal fonte, ao lado do princípio *pacta sunt servanda*.

Cessa a vigência do costume com o *desuso* ou com a regulamentação de sua matéria por lei.

Do costume se distinguem os *usos*, destituídos de obrigatoriedade, apesar de úteis. Podem ser entendidos como o *conjunto de atos e práticas usualmente observados em razão de sua utilidade, reiterados em um meio social, destituídos de obrigatoriedade*. Têm em comum com o costume a conduta ou ato repetido, faltando-lhes, entretanto, a convicção de sua obrigatoriedade. Quando ela se forma, o uso passa a ser costume. No dizer de Gény (*Méthode d'Interpretation et Sources en Droit Prive*), são práticas que “concorrem para a formação dos atos jurídicos, especialmente dos contratos”, servindo para “interpretar ou completar a vontade das partes”. Têm grande importância no direito profissional, principalmente no direito comercial. Os usos comerciais, como nota Vivante (*Instituições de Direito Comercial*, trad.), afamado comercialista italiano cujas ideias estão na base da doutrina jurídica moderna, “começam muitas vezes pelo fato de serem adotados por um comerciante com a sua clientela, em seguida tornam-se próprios de um ramo de comércio, até que por vezes se estendem a todo um Estado e mesmo fora de seus limites”.

Os usos podem ser *gerais*, se observados em todo o território nacional, e, no caso dos comerciais, se, como entende Vivante, forem “seguidos em todo um ramo de comércio”; *locais*, se observados em certas regiões, e, no caso dos comerciais, no dizer de Vivante, se observados em um lugar (praça, bolsa, mercado etc.) e *especiais*, se, como entende Vivante, próprios de certos ramos de comércio (comércio de óleo, retalho etc.).

Como os costumes, os usos dependem de prova.

76. PROVA E EXTINÇÃO DO COSTUME

Depende o costume de prova? A doutrina antiga, considerando que o juiz estava obrigado a conhecer somente as leis, e não a ordem jurídica, obrigava a parte a prová-lo. Mas, a nosso ver, devemos distinguir, a respeito de costume, o sistema do direito continental ou legislado do sistema do *Common Law* (§ 166). Neste, em que o costume e o precedente judicial são fontes principais do direito, o juiz tem o dever de conhecê-lo. Mas no sistema continental, em que a lei é a fonte principal do direito, o juiz pode desconhecê-lo. Neste caso, o costume deve ser provado por quem o invoca. Prova-se o costume por todos os meios admitidos em direito.

Finalmente, o costume desaparece juridicamente pelo *desuso*: basta não ser mais observado para não ter mais existência jurídica (vigência).

77. COSTUME NA SOCIEDADE ARCAICA

O direito consuetudinário é a primeira manifestação do direito na sociedade arcaica, talvez pela simples razão de o homem daquele tempo não conhecer a escrita. Era transmitido oralmente. É a fonte mais antiga do direito.

Na sociedade arcaica, o costume consistia na repetição constante de certos atos amparados pelas tradições. Daí sua inflexibilidade. Era observado rigorosa e fielmente, porquanto, sendo sagrado, inobservá-lo atrairia a ira, a maldição ou a punição draconiana pelos deuses da tribo ou da cidade. Mas, era essa crença que garantia a sua eficácia.

Naquele tempo, estavam confundidos os costumes morais, religiosos e jurídicos. Daí a sacralidade dos mesmos. Eram casuísticos, desprovidos de generalidade. Sagrados, não podiam ser modificados ou desrespeitados, sob pena, como era crença, de abater sobre todo o grupo a vingança dos deuses ou a reação de forças sobrenaturais que naquele tempo os povos acreditavam governar o Universo. Daí o caráter conservador, inflexível, rígido do costume dos povos arcaicos. Garantido por sanções sobrenaturais e religiosas, modificava-se dificilmente. A imutabilidade é a sua nota característica. Como bem esclarece Declareuil, o costume dos povos antigos é um fato que independe de convicção jurídica ou de consentimento. Era observado, repetido, imitado pelo respeito que os povos primitivos e os da Antiguidade tinham a quem pensavam tê-lo estabelecido, ou, como diz Declareuil (*Romay la Organización del Derecho*, trad.), por “parecer bom e respeitável”. Era fato consumado para esses povos, que acreditavam ter sido estabelecido ou sancionado pela divindade do grupo social ou da cidade por processos sobrenaturais. O homem pré-letrado, primitivo, como era denominado impropriamente, e os povos da Antiguidade, não o julgavam, não indagavam sua validade e não discutiam a sua validade, por considerá-lo sagrado, objeto de veneração e de respeito. Era imperativamente obrigatório. Em regra negativo, garantido draconianamente por sanções severas, que excediam a gravidade do delito, muitas vezes desumanas. Esse direito era constituído em quase sua totalidade por proibições (v. §§ 157 e 158). Foi a primeira fonte de direito na Grécia antiga e em Roma.

¹ *Direito consuetudinário* é o direito costumeiro, não escrito, usual. “Consuetudinário” vem da palavra latina *consuetudine*, que significa costume.

² A respeito do fundamento do costume variam as teorias: funda-se na vontade tácita do povo (Puchta, Savigny); na convicção ou crença de sua obrigatoriedade (Zittelmann, Haesaert e a doutrina tradicional); no reconhecimento judicial (Austin, Kantorowicz, Lambert, Ross) etc.

³ Segundo a *Lei da Boa Razão* (08.08.1769), portanto, legislação portuguesa aqui aplicada ao tempo do Brasil colônia, o costume, para ter validade jurídica, deveria ser conforme a boa razão; não ser contrário às leis em coisa alguma e *ter mais de cem anos de antiguidade*. Repete essa lei o que prescreve as *Ordenações Reais* (v. § 176).

- ⁴ O costume pode ter, em certos casos, força de lei. Exemplo: *Terça-feira de Carnaval* não é feriado, entretanto é respeitada como tal e nos calendários está em vermelho, apesar de não ser previsto em lei. Assim decidiu a 2ª Turma do TRT-SP (2ª Região) (*Jornal do Brasil*, 06.02.2008, p. A20).
- ⁵ Entre nós, até 1996, era assim. A partir de então, com a Lei nº 3.907 (1996), usos e costumes podem ser fonte da decisão de árbitros no caso de desavenças entre contratantes, desde que assim seja previsto expressamente no contrato.

XII

FONTES INFRAESTATAIS DO DIREITO – CONTRATO COLETIVO DE TRABALHO – JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA

78. DIREITO INFRAESTATAL

Examinando a História, verifica-se poder ser o direito constituído independente da atividade legiferante do Estado. Já se disse que as convenções coletivas de trabalho, expressão, como querem uns, do direito social, atestam o declínio da lei e a sua impossibilidade de disciplinar relações que só os grupos representativos de categorias profissionais poderão fazê-lo de forma a satisfazer os seus interesses em conflito. Por outro lado, a jurisprudência, que no direito anglo-americano é a fonte principal do direito, já foi, como veremos em outro capítulo (cap. XXXI), na Antiguidade, a primeira fonte do direito, criadora do costume. No direito romano, foi a jurisprudência dos pretores que o tornou monumento jurídico, enquanto no direito moderno, na França, foi a introdutora de teorias avançadas, como, por exemplo, a do abuso do direito no direito francês. A doutrina (§ 81), que na Idade Média, no século XII, abriu o caminho para o renascimento do direito romano na Europa, tem sido a guia da jurisprudência inovadora, como no caso acima indicado, bem como da legislação. Dito isso, cabe a pergunta: qual o valor dessas fontes? É o que passaremos a examinar.

79. CONTRATO COLETIVO DE TRABALHO

É a convenção estabelecida pelas associações representativas de empregados e de empregadores, com o fim de estabelecer normas gerais obrigatórias para os contratos individuais de trabalho. É, pois, o *contrato que estabelece regras gerais a serem observadas obrigatoriamente nos contratos de trabalho*. Distingue-se, portanto, do contrato individual, primeiro, por *estabelecer norma geral*, enquanto este, norma individual; segundo, porque vincula todas as pessoas, mesmo as que não o celebrarem, mas que se incluem, profissionalmente, na categoria econômica representada pelo sindicato signatário do mesmo, e terceiro, porque vale como lei por tempo indeterminado, enquanto o contrato individual, como lei entre as partes, por tempo determinado ou determinável. Entretanto, é lícito dizer-se que o contrato coletivo de trabalho, sendo contrato, só vincula aqueles que pertencem à categoria representada pelas associações contratantes, isto é, pelas signatárias do mesmo.

O aspecto mais importante do contrato coletivo de trabalho está no fato de que suas cláusulas constituem normas jurídicas gerais, reguladoras das condições de trabalho a serem observadas em

futuros contratos individuais de trabalho. Assim, as cláusulas dos contratos coletivos de trabalho vinculam aqueles que pertencem à categoria econômica representada pelo sindicato, independentemente de se acharem ou não sindicalizados. Por esse motivo é fonte de direito positivo, uma vez que estabelece *regras gerais* que os contratos individuais de trabalho devem observar. Estes últimos são fontes de direito subjetivo (§ 147), e não de direito objetivo (§ 33), como é o caso do contrato coletivo de trabalho (§ 79).

Resumindo: o contrato coletivo de trabalho estabelece preceito geral, aplicável, coercitivamente, a todos os que pertencem ou vierem a pertencer à categoria econômica representada pelo sindicato, não podendo, portanto, empregado ou empregador modificar as condições de trabalho nele previstas. É, assim, forma de direito objetivo.

Desse modo, se a lei, regulando o contrato de trabalho, limita a autonomia da vontade, o contrato coletivo de trabalho é um limite a mais à liberdade contratual.

Pelo exposto, podemos definir o contrato coletivo de trabalho como *contrato normativo, contrato-lei ou ato-regra, que prescreve normas gerais aplicáveis a todos os que pertencem ou vierem a pertencer a uma determinada categoria econômica ou profissional*.

80. JURISPRUDÊNCIA

É o *conjunto uniforme e reiterado de decisões judiciais (julgados), sobre determinada questão jurídica, das quais se pode deduzir uma norma*. Portanto, como fonte de direito, no direito codificado (França, Brasil, Portugal etc.) não resulta de um único julgado, como ocorre no direito anglo-americano (§ 166), em que, na ausência de anterior decisão semelhante, a sentença prolatada pelo juiz, contendo solução jurídica nova para determinado tipo de caso, se transforma em precedente judicial. Precisando: a jurisprudência é o *conjunto de regras ou princípios jurídicos extraídos de decisões judiciais reiteradas e uniformes*, ou, então, *a regra de direito jurisprudencial decorrente não de decisão isolada, mas de decisões reiteradas e uniformes*.¹

Teoricamente, no direito europeu (§ 166), ao qual está o nosso filiado, a regra de direito jurisprudencial não tem força obrigatória, não obrigando, assim, a observá-la os juízes.² Todavia, se assim é em teoria, na prática tal não ocorre, pois a jurisprudência dos tribunais superiores vincula indiretamente as decisões de inferiores jurisdições, pois dessas decisões cabe recurso para tais tribunais. Mas, juridicamente é possível, sem quebra do sistema codificado, dar força vinculante às decisões dos tribunais superiores, por força de disposição constitucional.

A jurisprudência, como resultado da interpretação do direito, varia no tempo e no espaço, sofrendo a influência das transformações sociais. Mas, para que o direito tenha unidade e haja certeza do direito, o Estado moderno preocupa-se em unificá-la, atribuindo, constitucionalmente, a tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça) tal missão. Todavia, a

unificação da jurisprudência dos tribunais pelos tribunais superiores tem duração temporária, porque, não sendo lei, pode ser modificada pelo próprio tribunal que a estabelecer. No Estado de tipo federativo essa missão dos Tribunais Superiores é de grande importância dada a possibilidade de decisões contraditórias proferidas pelos tribunais estaduais.

Mas, de modo geral, mesmo em face da pluralidade de tribunais e de jurisdições, existe certa uniformidade na Jurisprudência. Uniformidade que resulta, primeiro, do fato de ter base comum: a lei em que se fundar. Tendo os juízes de observar a mesma lei, comum a todos, decidirão de forma análoga; segundo, da formação jurídica uniforme dos juízes; terceiro, dos valores, das ideias, ideologias, enfim, da atmosfera sociocultural que respira o juiz, comum a todos os juízes, dominante em uma sociedade em determinada época. Todos esses fatores fazem com que a jurisprudência dos tribunais seja, de certa forma, uniforme.

Deve-se acrescentar: há hierarquia na jurisprudência dos tribunais, podendo ser os julgados escalonados, culminando com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que podem ter por base a jurisprudência de tribunais estaduais ou regionais.

Do que foi exposto pode-se dizer ser a jurisprudência, como fonte formal de direito, a *regra jurídica extraída de julgados, reiterados e uniformes sobre determinada questão jurídica, dos tribunais de um Estado ou de um tribunal internacional*. Não resulta de decisões judiciais isoladas ou divergentes, mas decorre de decisões uniformes e reiteradas. Existe jurisprudência *secundum legem*, resultante da interpretação judicial do direito vigente. Nesse sentido, é a interpretação constante e uniforme do direito dada em sentenças prolatadas por juízes. Pode ser *praeter legem*, quando as decisões judiciais constroem regra jurídica para o caso de lacuna do direito. E a jurisprudência *contra legem*? Achamos que as decisões judiciais não podem ser contrárias ao direito vigente, pois cabe ao juiz aplicar, e não criar, o direito. Mas, na realidade, muitas vezes, a pretexto de interpretar, os juízes decidem *contra legem*, como se *secundum legem* fosse. No direito francês, a responsabilidade por riscos, admitida pela jurisprudência, era incompatível com a responsabilidade fundada na culpa provada pelo lesado (responsabilidade subjetiva) prevista no *Code Civil*, ainda em vigor.

Da jurisprudência uniforme e reiterada pode surgir o costume (§ 75). Assim ocorreu na Antiguidade.

Como a jurisprudência resulta da interpretação da lei dada por juízes, que, como homens, podem ter pontos de vista, saber, crenças, ideologias e valores diferentes, acontece modificar-se a jurisprudência com a modificação da composição dos tribunais, com a aposentadoria ou morte de seus membros, mudando, consequentemente, via judicial, o direito.

No sistema continental (§ 166), isto é, no direito codificado, como é o caso do nosso, o valor da jurisprudência como fonte de direito é relativo, apesar de, na realidade, o direito depender da interpretação dada pelos tribunais. As decisões de tribunais superiores são constantemente invocadas

pelos advogados e servem, muitas vezes, de reforço para as decisões de instâncias inferiores. Entre nós, o Supremo Tribunal Federal editou *Súmulas* de sua jurisprudência predominante, que representa a interpretação oficial do direito estabelecida por essa egrégia Corte. Tais *súmulas*, verdadeiras normas jurídicas, estão, sem sistema, enumeradas para facilitar a sua indicação, bastando ao juiz indicá-las pelo número sem necessitar transcrevê-las, pois são de conhecimento dos advogados. O mesmo ocorre com as *súmulas* do Superior Tribunal de Justiça. Tal prática constitui enfraquecimento da rigidez do direito codificado. No sistema anglo-americano, como já dissemos, os precedentes judiciais são as fontes principais do direito, tendo efeito vinculante. No direito internacional público (§ 91), a jurisprudência das cortes internacionais ao lado dos tratados, das convenções e dos costumes internacionais, é a fonte principal do direito.

A jurisprudência, apesar de se antecipar, muitas vezes, ao legislador, como aconteceu entre nós no tempo da guerra de 1939, acolhendo a revisão judicial de contratos leoninos, não prevista em norma legislativa (lacuna da lei), contém em si o risco de insegurança jurídica, devendo ser admitida com certas reservas, como fonte do direito. Não há dúvida de que espelha o direito vivo, traçando novos rumos para o direito, colaborando para atualizar o direito quando o legislador primar pela ausência. Tudo isto é verdade, mas daí não se deve concluir ser ela superior às demais fontes. Principalmente porque, como nota Roubier (*Théorie Générale du Droit*), a jurisprudência tem o seu lado fraco “que reside na circunstância de que a regra de direito por ela estabelecida não se estende sobre toda uma questão, senão, somente, em virtude de ser ditada para um caso individual, sobre um ponto particular; por isso, frequentemente, são necessárias numerosas decisões para chegar a um conjunto coerente sobre o qual o direito esteja definido”. “Entretanto”, prossegue Roubier, “a competência técnica e a imparcialidade dos juízes são garantia de primeira ordem do valor de regra”.

Finalmente, a jurisprudência, para ser conhecida, deve ser divulgada, pois do contrário fica perdida nos processos. No Brasil, a jurisprudência da Justiça Federal é divulgada no *Diário Oficial*, bem como em revistas especializadas, dentre as quais devem ser citadas a *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, a *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, a *Revista Forense*, a *Revista dos Tribunais*, as revistas de jurisprudência dos tribunais estaduais etc. Na Inglaterra e nos Estados Unidos é conhecida e divulgada por meio de *reports*, isto é, de coleções de julgados. Advogados e juízes fundam-se na jurisprudência publicada nos repertórios especializados. Arrazoados, sentenças e acórdãos dos tribunais transcrevem ou citam decisões anteriores. É comum, sendo até previsto em lei, recursos, como o *recurso especial*, para o Superior Tribunal de Justiça, e o *recurso extraordinário*, para o Supremo Tribunal Federal, motivados pela inobservância da jurisprudência predominante nesses tribunais. Portanto, a jurisprudência é, na verdade, a fonte viva do direito. O mais, mistificação.³

81. DOUTRINA

É o conjunto de ideias enunciadas nas obras dos jurisconsultos sobre determinadas matérias jurídicas. Pode ser definida, com mais singeleza, como a *opinião comum dos jurisconsultos sobre determinada questão jurídica*. Adquiriu força de fonte do direito em Roma com a opinião dos jurisconsultos clássicos (*prudentes* ou *jurisprudentes*) manifestada nas respostas às consultas a eles feitas. Inicialmente, como ensina Declareuil (*Roma y la Organización del Derecho*, trad.), os prudentes (juristas) faziam obra literária, devendo à sua cultura e ao seu prestígio pessoal a influência que exerceram sobre a formação do direito. Depois, Augusto (*princeps*) concedeu a alguns deles o *jus publice respondendi ex auctoritate princeps*, isto é, “o direito de dar consultas escritas e seladas, cuja solução se impunha ao juiz no processo, salvo se as partes tivessem obtido consultas contrárias sobre o mesmo assunto jurídico”. Foi assim reconhecida a autoridade de declarar o direito aos jurisconsultos Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gaio e Modestino.⁴

A opinião desses juristas, em regra, consiste em comentários do direito vigente em Roma. Entretanto, não se furtaram eles, em certos casos que fugiam da rotina, de introduzir princípios novos, ditados pelas necessidades práticas ou sugeridos pela experiência, ao buscarem as razões profundas das questões a eles submetidas. Na Idade Média, quando os “doutores” (juristas romanistas) estavam de acordo sobre uma questão jurídica, a doutrina tinha grande autoridade (*communis opinio doctorum*).

Tiveram os jurisconsultos, como dissemos, grande importância no período clássico do direito romano, bem como na Idade Média, quando foi introduzido o direito romano na Europa por obra de juristas medievais com base na opinião dos citados jurisconsultos romanos. Pode-se dizer ser o direito comum dominante na Alemanha até 1900, isto é, até a entrada em vigor do Código Civil alemão, obra da doutrina.

Depois das codificações, a doutrina foi, como fonte autorizada, colocada à margem, tornando-se os códigos as fontes únicas do direito. Desde então, o legislador dominou a cena, pelo menos até os anos 1920, quando reapareceu o jurisconsulto, respeitado pelo seu saber jurídico, fazendo renascer a doutrina como fonte do direito, porque os códigos envelheceram, não correspondendo mais às condições sociais e econômicas do pós-Primeira Guerra Mundial (1914-18).

Apesar disso, a doutrina não é, segundo a opinião dominante, em nossa época, fonte imediata do direito, por não ser o jurista, como foi em Roma, investido de *jus respondendi*; só indiretamente contribui para a formação do direito, não só sugerindo reformas legislativas, como, também, dando interpretação autorizada do direito vigente.

Se, porém, teoricamente, essa é a posição da doutrina em relação com as demais fontes do direito em nossa época, principalmente no direito continental (direito europeu codificado e latino-americano), na prática, a doutrina é, sem dúvida, fonte inspiradora de decisões judiciais. A

autoridade de certos juristas⁵ leva os juízes a acolher a interpretação do direito por eles dada. É comum encontrarmos nas sentenças e nos pareceres citação da opinião de jurisconsultos, e, muitas vezes, nessas opiniões se fundam os julgados. Quantas vezes os pareceres dos doutos têm modificado a opinião de juízes!

Assim, não devemos fugir à realidade e pretender escondê-la, mas sim desejar que os juízes se aproximem da boa doutrina, da verdadeira autoridade jurídica, e não dos falsos mitos jurídicos.

A doutrina, como fonte do direito, é o *conjunto de regras, ideias e princípios jurídicos extraídos das obras dos jurisconsultos*. Deve ser uniforme, isto é, sustentada pela maioria dos jurisconsultos de uma época para motivar decisões judiciais. Mas, em certos casos, um único jurisconsulto, de grande fama pela sua cultura, inteligência e erudição, como, por exemplo, Pontes de Miranda, com suas obras, tem autoridade jurídica para criar direito, desde que suas ideias sejam acolhidas pelos tribunais. Assim, em nossa época, em que o jurisconsulto oficialmente não mais declara o direito, a doutrina por si só, sem o acolhimento dos tribunais ou sem a formação de costumes, não cria direito.

A doutrina pode ser *secundum legem*, se resulta da interpretação dada por jurisconsultos de um texto legal; pode ser *praeter legem*, quando das obras dos jurisconsultos podemos tirar soluções para as lacunas do direito, e, finalmente, *contra legem*, se contrária ao disposto no direito vigente. Neste último caso, no sistema codificado, isto é, legislado, a nosso ver, a doutrina tem valor para os legisladores, indicando reformas a serem introduzidas no direito. Mas nem sempre é assim na prática, pois, como já dissemos no parágrafo anterior, a doutrina francesa criou as teorias do abuso do direito e da responsabilidade civil decorrente de riscos, incompatíveis com o *Code Civil*, mas que foram acolhidas pela jurisprudência francesa. No sistema anglo-americano, em que o direito é declarado pelos juízes, a doutrina contrária ao direito vigente (*contra legem*), incompatível com os precedentes judiciais, em oposição à orientação dominante na jurisprudência, pode levar juízes e tribunais a modificarem a jurisprudência e, assim, o direito.

Razão tem, pois, Morin (“Le rôle de la doctrine dans l’élaboration du droit positif”, em *Le Problème des Sources du Droit Positif*): deve a doutrina se esforçar para abrir caminho para a ordem jurídica nova, sem abandonar a antiga, por meio da conciliação das noções fundadas no direito retrógrado com as exigências do direito novo. Não deve assim ser exclusivamente conservadora, pois deve dar soluções jurídicas para as questões criadas pelas modificações da realidade social. Daí Morin ter sustentado ser a missão mais elevada da doutrina construir a estrutura técnica da ordem jurídica nova. Respondendo a Ripert, no Congresso de Filosofia do Direito realizado em Paris em 1933, disse Morin: “A doutrina não deve ser conservadora ou revolucionária, deve corresponder aos fatos”. E indaga: “Será conforme ao espírito científico manter as categorias tradicionais do direito civil quando os fatos, isto é, a realidade jurídica viva está manifestamente em oposição com eles? Será ato de ciência utilizar para as construções jurídicas princípios incapazes de

expressir a realidade do direito que se deve descrever e compreender?” Achamos que não, a doutrina deve ser conservadora quando assim exigir a realidade social, avançada, nas épocas de transformações, antecipando-se ao legislador, facilitando o trabalho dos tribunais, indicando novos caminhos e novas soluções para problemas imprevisíveis ao legislador quando formulou a legislação vigente. A doutrina francesa, tão citada neste livro, demonstrou o valor da Ciência do Direito no progresso do direito.

Finalmente, a doutrina tem, como nota Roubier (*Théorie Générale du Droit*), a “vantagem de constituir um conjunto coerente de soluções, estabelecidas independentemente de toda consideração de espécie; a competência técnica e a imparcialidade do jurisconsulto são garantias do valor da regra, posto que esta não se impõe senão por suas próprias qualidades”.

-
- ¹ Pode ser definida, ainda, do ponto de vista prático, como o *conjunto uniforme e reiterado de decisões judiciais, sobre determinadas questões jurídicas, que permite prever como decidirá o tribunal que a observar em caso análogo*.
 - ² No direito inglês e no norte-americano, ao contrário, a jurisprudência é a principal fonte do direito (*juge made law*, § 166).
 - ³ Consultar entre nós o trabalho de Oscar Tenório: “A Formação Judicial do Direito”, in *Revista de Jurisprudência do TJEG*, nº 9, 1965, e o de Fernando Pinto, *Jurisprudência, fonte formal do direito*, Rio de Janeiro, 1971, bem como o capítulo “O Direito, a Lei e o Juiz” do nosso livro *Filosofia do Direito*, Forense, 4ª ed., 1998.
 - ⁴ Nesse caso, a doutrina, ou seja, a opinião desses jurisconsultos, tinha força de lei. O *Digesto* (§ 161) de Justiniano nada mais é do que a compilação da doutrina dos juristas romanos da época clássica.
 - ⁵ A obra de Aubry e Rau (*Cours de droit civil*, 1839), exerceu, nos anos 1920, profunda influência na Corte de Cassação francesa, enquanto a de Laurent (*Principes du droit civil*, 1869-79), na jurisprudência dos tribunais belgas, como nota Boulanger (“Il método dell’interpretazione giudiziaria”, na *Rivista di Diritto Commerciale*, 1951). As opiniões de Clóvis Beviláqua, Pontes de Miranda etc. têm exercido influência na jurisprudência de nossos tribunais. O Código de Napoleão, ou seja, o Código Civil francês, inspirou-se nas ideias de Domat e de Pothier, enquanto nas de Windscheid, o Código Civil alemão.

XIII

FONTES SUPRAESTATAIS DO DIREITO – TRATADO INTERNACIONAL – COSTUME INTERNACIONAL E PRINCÍPIOS GERAIS DIREITO DOS POVOS CIVILIZADOS

82. FONTES SUPRAESTATAIS

O Estado não é, como jamais foi, autossuficiente. Depende da economia e da cooperação dos demais países, ou seja, da ordem econômico-financeira internacional. O desenvolvimento nacional depende do volume do comércio internacional, bem como do estabelecimento em seu território de empresas multinacionais, de investimentos de instituições financeiras ou de contribuições de instituições culturais nacionais e internacionais. Por isso o Estado tem interesse em se submeter às regras do direito internacional (§ 91). Participa compulsoriamente da comunidade internacional, como membro de organização internacional (§ 95) de âmbito mundial (ONU) ou regional, como, por exemplo, a OEA (§ 96), no caso da América. Normas internacionais não escritas e princípios de direito que desde a Idade Média vêm sendo estabelecidos pelos doutos regem a comunidade internacional. Do consenso dos Estados depende a vigência dos tratados internacionais, aos quais soberanamente se submetem e dos quais, também soberanamente, podem se desvincular, denunciando-os. Assim, há fontes do direito que estão acima do Estado, ou seja, fontes supraestatais do direito independentes do consentimento do Estado, como, por exemplo, os costumes internacionais, e fontes dependentes desse consentimento, como os tratados e convenções internacionais.

83. TRATADO INTERNACIONAL

É o acordo concluído por escrito entre Estados soberanos, contendo regras gerais disciplinadoras de suas relações e de seus posicionamentos a respeito de determinada questão.¹ Também denominado *convenção, pacto ou convênio internacional*, estabelece norma de validade internacional circunscrita aos países que o celebrarem, o ratificarem ou a ele aderirem.

O tratado obriga, assim, os Estados que o tiverem ratificado ou os que a ele tiverem aderido. Não tem, assim, validade universal, mas só para os países que o assinaram. Portanto, não obriga terceiros-Estados, isto é, os que não o tiverem ratificado ou não tiverem a ele aderido, salvo se se tratar de tratado consolidador ou codificador de costume internacional (§ 82) preexistente.

A adesão a um tratado pode ser com reservas, desde que declarada expressa e

especificadamente. A *ratificação* é ato praticado por representante do Estado, pelo Chefe de Estado, pelos Ministros das Relações Exteriores ou pelos chefes de missões diplomáticas, ou seja, por autoridade constitucionalmente autorizada a celebrá-lo.

Como a lei (§ 69), o tratado prevê a data de sua entrada em vigor.

Sendo um acordo por escrito, em sua interpretação deve ser perquirida, como nota Verdross (*Derecho Internacional Público*, trad.), a “autêntica vontade das partes”. Os termos nele empregados devem ser entendidos no “sentido comum” e “à luz de seu objetivo e finalidade” (*Convenção de Viena* de 1969).

Pela *denúncia* do tratado, o Estado que o tiver subscrito ou a ele tiver aderido poderá deixá-lo de observar, desligando-se do pacto. Porém essa decisão deve ser comunicada aos demais Estados-partes em prazo razoável.

A obrigatoriedade dos tratados funda-se no princípio fundamental do direito internacional: *pacta sunt servanda*, segundo o qual os Estados devem respeitar os pactos por eles estabelecidos. Esse princípio, segundo Kelsen, Verdross e Anzilotti, constitui a norma fundamental do *direito internacional convencional* (§ 89). Não é esse princípio suscetível de demonstração jurídica, por não se encontrar em norma alguma, não sendo, portanto, deduzível do direito escrito. Apesar disso, é pressuposto da eficácia dos tratados internacionais. É, portanto, fonte primária do direito internacional convencional.

Tratado transforma-se em norma de direito interno, tendo assim força de lei, obrigando o juiz a respeitá-lo e aplicá-lo aos casos a ele submetidos, quando, na forma prevista na Constituição, for ratificado por Decreto Legislativo do Congresso Nacional e promulgado por *decreto* do Presidente da República, dando-lhe assim executoriedade. Destarte, o tratado internacional, para ter valor de direito interno, ou seja, de lei, depende de dois atos normativos: decreto legislativo do Congresso Nacional e *decreto* do Presidente da República. Exemplo pode ser dado: o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 71.154, considerou ter vigência, no plano do direito interno, a *Lei Uniforme sobre cheque*, adotada pela *Convenção de Genebra* de 1931, aprovada pelo Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo nº 54, de 1964, promulgada pelo Decreto nº 57.595, de 1966. Incorporado ao direito interno, o tratado passa a ter força de lei. Nesse caso, se conflitar com legislação anterior, prevalece a norma internacional, mas se o conflito for com a Constituição, esta é que predomina.

O direito resultante de tratados denomina-se *direito internacional convencional*.

Finalmente, os tratados, pela *Convenção de Havana* (1928), devem ter a forma escrita e, pela *Convenção de Viena* de 1969, estão regulamentados por normas escritas (*direito dos tratados*) que disciplinam sua elaboração, aprovação, ratificação, adesão, interpretação, aplicação, modificação e extinção.

84. COSTUMES INTERNACIONAIS

São os *usos observados e reconhecidos uniformemente pelos Estados soberanos em suas relações*. São necessários ao comércio e às comunidades internacionais. O art. 38, letra b, do *Estatuto da Corte Internacional de Justiça* (§ 95), de 1945, define-os como “*práticas gerais aceitas como direito*”. São, no dizer de Sibert (*Traité de Droit International Public*), “juridicamente necessários para manter e desenvolver as relações internacionais”. Não têm as mesmas características do direito interno consuetudinário, pois são mais usos ou práticas aceitos como obrigatórios pelos Estados soberanos que os observarem. Resultam de fatos, ou seja, de atos reiterados, observados nas relações internacionais, que criam a presunção de serem obrigatórios. No dizer de Anzilotti (*Corso di Diritto Internazionale Pubblico*), decorrem de “atos dos Estados no campo das relações internacionais demonstrativos da vontade de agirem recíproca e obrigatoriamente em dado modo”. Não podem transgredir ou se opor aos tratados internacionais e aos “princípios gerais do direito dos povos cultos” (§ 83).

Podem ser *regionais* ou *particulares*, ou seja, praticados por alguns Estados soberanos, por exemplo, válidos no continente americano, como podem ser *gerais* (internacionais), válidos para países de continentes diferentes. Os *regionais* não valem contra terceiros-Estados, ou seja, contra países de outras regiões.

A obrigatoriedade dos costumes internacionais funda-se no *princípio fundamental* do direito internacional: *consuetudo est servanda*, segundo o qual os países devem agir da maneira que usualmente agem em suas relações internacionais. Segundo Kelsen, esta é a norma fundamental do direito internacional.

85. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DOS POVOS CIVILIZADOS

No dizer de Verdross (*Derecho Internacional Público*, trad.), são os “princípios concordantes que informam os ordenamentos jurídicos dos povos civilizados”, aplicáveis às relações internacionais. Por isso, são denominados *princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas*. São os princípios gerais do direito de países que, segundo Cansacchi (*Istituzioni di Diritto Internazionale Pubblico*), têm “comum grau de civilização”. São assim princípios comuns aos direitos de povos que têm afinidades na sua formação cultural e que têm, portanto, sistemas jurídicos semelhantes. Não são, dessa forma, princípios do direito natural ou decorrentes da equidade ou ditados pela razão, mas princípios do direito dos povos cultos. Não se confundem também com os *princípios gerais do direito* (§ 139), que, no caso de lacuna (§ 139), podem dar a solução ao juiz para o caso não previsto no direito nacional (§ 90), por serem, nesse caso, princípios de determinado direito (p. ex., do direito brasileiro, ou do direito francês). Os que estamos tratando não são princípios de algumas nações civilizadas, como, por exemplo, os dos direitos da França,

Inglaterra, Itália etc., mas princípios jurídicos comuns aos direitos de todas as nações tidas por civilizadas, componentes da comunidade internacional.

Ditos princípios aplicam-se no caso de *lacuna* (§ 139) *do direito internacional* (§ 91), ou seja, quando inexistir tratado ou costume internacional ou, ainda, jurisprudência da Corte Internacional de Justiça (§ 95) para solucionar uma questão internacional. Por isso, esses princípios são *fontes subsidiárias do direito internacional*. Facilitam a interpretação de tratados. Limitam a vontade dos Estados soberanos, pois contra estes regra alguma deve ser estabelecida por tratado ou por costume internacional.

De todos esses princípios, dois são fundamentais: *consuetudo est servanda*, que obriga os países a observarem os costumes internacionais, e *pacta sunt servanda*, que os obriga a observarem os tratados internacionais.

¹ Têm sido feitas distinções, sem grande alcance, no gênero *tratado*: *tratado*, quando tiver conteúdo político (tratado de aliança, de não agressão, de paz, de neutralidade etc.); *pacto*, com conteúdo político mais restrito; *convenção*, de natureza econômica, judiciária ou de direito privado; *acordo*, de natureza comercial; *concordata*, com a Igreja. A distinção entre *tratado-lei* (tratado de produção jurídica, estabelecedor de norma de validade geral) e *tratado-contrato* ou *tratado-negócio* (fonte de relações jurídicas, estabelecedor de normas concretas) não é aceita pela maioria dos internacionalistas.

CODIFICAÇÃO – RECEPÇÃO DE DIREITO ESTRANGEIRO

86. CODIFICAÇÃO

A Codificação com o movimento jurídico alcança o seu apogeu no século XIX. Em razão dela, os direitos ocidentais, quanto à forma, se dividem em: *a) direito continental*, ou direito codificado, que compreende o grupo francês, balizado pelo Código de Napoleão (*Code Civil des Français*) de 1807, e o grupo alemão, marcado pelo Código Civil alemão (BGB) de 1900; *b) sistema da Common Law* ou do grupo anglo-americano, em que predomina o precedente judicial.¹

O movimento, apesar de não ser muito antigo, pois data de pouco mais de um século, foi conhecido desde a Antiguidade. A história do direito romano processa-se entre duas codificações: a Lei das XII Tábuas e o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. Na Suméria existiram codificações famosas. Até bem pouco tempo era tido o *Código de Hamurabi* como a mais antiga codificação. Não só a mais antiga como também a mais desenvolvida, prevendo vários tipos de contrato e, sem caráter obrigatório, a reparação do dano, em vez da “lei de Talião” (“dente por dente, olho por olho”), que também era admitida. Até a última guerra, tinha-se esse código como o mais antigo. Mas na Suméria, em 1947, foi descoberto outro código, atribuído a um rei chamado Lipit-Istar, que reinou 150 anos antes de Hamurabi. Entretanto, em 1948, outro código mais antigo foi encontrado, escrito na língua semítica-babilônica, de autoria do rei Bilalama, que viveu 70 anos antes de Lipit-Istar. Mas essa prioridade foi posta abaixo pela descoberta de um código muito anterior ao de Lipit-Istar, o *Código de Ur-Namu*, que, apesar de estar gravado em uma tabuinha muito danificada, demonstra o alto espírito de justiça desse rei, substituindo a lei do “olho por olho” por multa em dinheiro. Está contido em uma “tabuinha” de argila, cozida ao sol, conhecida por “tabuinha de Istambul”. Desses códigos sumerianos se conclui que o de Hamurabi deve ter sido compilação de antigas leis. Neles não se encontra distinção entre direito civil e penal e nem com o processual.

Pondo de lado essas questões, pode-se dizer que na civilização europeia o movimento codificador desponta no século XVIII. Não se manifestou, a princípio, em códigos, mas em compilações, isto é, na reunião em um único texto de leis esparsas ou de costumes, como *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1687 e 1694), como as *Ordenações* de Luís XIV, de 1747 e de 1748, a compilação prussiana de 1784 a 1788, a coleção de leis italianas, aparecida em 1723, o *Codex Maximilianeus Bava-ricus civilis* de 1756. Só em 1804 é promulgado o primeiro código moderno: o de Napoleão (*Code Civil des Français* ou *Code Napoléon*).

Que significa esse movimento? Significa a tendência para enfeixar em uma única lei matéria

jurídica vasta, em regra, uma parte do direito, com o objetivo de dar-lhe unidade de tratamento jurídico. A lei, nesse caso, denomina-se *Código*, do latim *codex*.² Segundo o sentido moderno, código é o conjunto de normas ordenadas de forma sistemática, enumeradas segundo plano predeterminado, que rege matéria jurídica vasta, em regra, correspondente a uma parte do *direito*. É o caso do nosso Código Civil, do nosso Código Penal etc. Mas *codificação*, como movimento jurídico, não é a formulação de códigos – muitos países que pertencem ao sistema da *Common Law* têm alguns códigos –, mas sim a adesão ao direito escrito, ao direito codificado ou legislado, para o qual a lei é a principal fonte do direito. Nesse caso, em códigos estão os principais ramos do direito. O Brasil, a França, a Alemanha, a Itália, Portugal, Espanha etc., ou melhor, a maioria dos países ocidentais está integrada nesse movimento. Os códigos podem ter por objeto o direito privado, como também o direito público. Temos, assim, Código Civil (direito privado), Código de Processo Civil (direito público) etc.

A codificação não só unifica o direito, disciplinando em uma lei vasta matéria jurídica, como, também, a apresenta de forma orgânica, unificada, sistematizada, em virtude não só de suas regras observarem princípios gerais que o informam, como, também, de as normas codificadas serem agrupadas pelo escopo que perseguem. Não é raro se inspirarem numa filosofia, como, por exemplo, o Código de Napoleão, sob a influência do individualismo jurídico. Por tudo isso, as suas normas não estão em conflito, mas integradas, havendo entre elas compatibilidade.

Acaba a codificação com a legislação dispersa, unificando-a. Apresenta, quase sempre, tratamento jurídico novo.

O código, unificando o direito, pode resultar da necessidade de atualizar a legislação, como pode, também, decorrer do reconhecimento por parte do legislador da procedência de opinião emitida por jurisconsultos, de novos caminhos indicados por eles em suas obras, que formam o que se convencionou denominar de doutrina, que devem ser transformadas em lei. Não é necessariamente lei nova, do ponto de vista do tratamento jurídico, podendo ser nova redação de normas jurídicas vigentes, mas dispersas. As suas regras devem ser, segundo Gaston May (*Introduction à la Science du Droit*), redigidas em fórmulas condensadas, dentro de um plano sistemático, que possibilita encontrar facilmente qualquer uma delas. Por isso, as suas regras, diz Gaston May, “devem ser expressadas em linguagem que pode ser por todos entendida”.

Do ponto de vista técnico, pode-se distinguir *código de consolidação* e de *compilação*. Nesse caso, por código entende-se *lei nova sobre vasta matéria jurídica*, enquanto por “consolidação” a *uniformização do direito preexistente, esparso e fragmentário*. Como, por exemplo, entre nós, a *Consolidação das Leis Civis* (1858), de Teixeira de Freitas, que abriu o caminho para a codificação do nosso direito civil. Já por “compilação” deve-se entender a *redação, na forma escrita, de costumes ou de legislação fragmentária*. Os “códigos” da Antiguidade eram mais compilações do que propriamente códigos. Para os ocidentais, do ponto de vista histórico, a mais importante

compilação é o *Corpus Juris Civilis*. O objetivo, tanto da *codificação* como da *consolidação* e *acompanha*ção, é o mesmo: *unificação* do direito. Ao longo da História, a compilação e a consolidação antecedem a codificação. Esta resulta, como nota Capitant (*L'illicite. L'imperatif Juridique*), da necessidade de simplificar e ordenar copiosas regras jurídicas, esparsas em diversas leis, contidas em costumes ou usos distintos, bem como da necessidade de introduzir radicais reformas jurídicas. Mas não é só, pois, como diz Cogliolo (*Filosofia do direito privado*), responde à necessidade de “publicidade das leis”, tornando “certo e seguro o direito”. Conserva o “patrimônio jurídico”. As épocas revolucionárias, apesar de não serem propícias às codificações, por serem períodos de transformações sociais, são, paradoxalmente, as épocas das codificações. O Código Civil francês surgiu quando Napoleão era primeiro-cônsul, portanto, ainda sob o impacto da Revolução Francesa; os códigos italianos vigentes foram promulgados em plena guerra de 1939, o *Codice Civile* é de 1942, sancionado durante o domínio fascista, enquanto alguns de nossos modernos códigos, como o Código Penal e os de Processo, datam do “Estado Novo”, isto é, da época da ditadura getuliana.

Mas do que foi dito não se pode concluir ser o código obra perfeita. Os intérpretes do Código de Napoleão assim pensavam, dentre os quais Laurent, que sustentava estar o direito civil contido no *Code Civil*. Bugnet chegou ao ponto de admitir não conhecer o direito civil, mas só o Código Civil. Entretanto, os códigos ficam velhos, começando a ser emendados, chegando a um ponto em que devem dar lugar a outros, por não mais atenderem à sua precípua finalidade: unificação do direito, transformando-se em “colcha de retalhos” pelas novas leis que o reformam. Nesse caso, velho, sem dar solução aos problemas jurídicos novos, o código torna-se uma caricatura do direito. A jurisprudência às vezes lhe faz transfusões de “sangue” jurídico novo, colocando nele, como fizeram os tribunais franceses, por meio de interpretações atualizadoras, novas ideias, teorias e princípios correspondentes aos novos tempos, incompatíveis, muitas vezes, com a filosofia que o inspirou, imprevisíveis mesmo ao legislador que o formulou. A teoria do abuso do direito e a da relatividade dos contratos, por exemplo, inconciliáveis com o individualismo jurídico que inspirou o Código Civil francês, foram, pelos tribunais franceses, nele encaixadas em suas decisões.

Estando convencido de que os códigos fossilizam o direito, Savigny (§ 195) se opôs à codificação. E se opondo, em sua polêmica teórica com Thibaut, lançou as bases da *Escola Histórica do Direito* (§ 195). Em 1813, antes dele, Rehberg se insurgiu, na Alemanha, contra a codificação. Mas, desde 1814, Thibaut defende-a, mostrando que a unidade jurídica proporcionada pelos códigos é indispensável à unidade política, tão necessária à Alemanha naquela época, ainda não unificada, dividida em principados. Savigny resistiu a essa ideia, sustentando não ser o século em que viveu (século XIX) propício “à codificação”, sem “vocalização alguma para empreender codificações”. A certeza do direito e a sua unidade não são alcançadas, acrescenta Savigny (*De la Vocación de nuestro siglo para la Legislación y la Ciencia del Derecho*, trad.), com os códigos, que petrificam o direito, mas com o progresso da ciência do direito, desde que ela reflita o sentimento

jurídico, a consciência jurídica do povo e as suas reais necessidades. Se tal ocorrer, a ciência tem possibilidade de elaborar uma doutrina compatível com a realidade social, que o legislador e os juízes seguirão, evoluindo o direito.

A crítica de Savigny, se foi salutar para a Filosofia do Direito e para a ciência do direito, abrindo o caminho para a Sociologia Jurídica, não teve força para impedir a codificação do direito na Alemanha.

Assim, partindo da França, alcançando a Alemanha, o movimento codificador ganhou a corrida com o *direito comum* (direito romano adaptado às condições europeias pelos juristas europeus desde a Idade Média até o século XIX) e com o direito consuetudinário. Países como a Inglaterra e os Estados Unidos, que não aderiram a esse movimento, de certa forma sentiram a necessidade de, em certos casos, oficialmente unificar o direito mediante legislação. Na Inglaterra, escreve Cogliolo, “é sabido que os juízes se fundam nos chamados precedentes escritos, que se encontram em coleções e livros. Essa jurisprudência escrita (*case law*) é uma espécie de código sob outra forma”. Nos Estados Unidos, os precedentes judiciais predominantes, assentados e tradicionais, sobre determinadas matérias jurídicas, estão compilados (*restatement*).

Dessarte, o movimento oriundo da França espalhou-se pela Europa, ganhando afinal quase todo o Ocidente.

87. RECEPÇÃO DE DIREITO ESTRANGEIRO

As grandes codificações, seja por atos legislativos, seja por obra de juristas, penetraram em países para os quais elas não se destinam. Em nosso século, a Síria, em 1949, adotou o Código Civil egípcio.³ Esse fenômeno social de uma sociedade adotar, *espontaneamente* pelo valor jurídico, sem ser por força de baionetas do dominador estrangeiro, o direito de outro país, tornando-o o seu próprio direito, denomina-se *recepção de direito estrangeiro*. Esse acolhimento, geralmente, não é servil, pois importa sempre em adaptação do direito estrangeiro à cultura e às necessidades do país acolhedor. Em sociologia, denomina-se esse fenômeno de adaptação por *aculturação*.

O mais conhecido fenômeno de recepção de direito estrangeiro, e mais importante, ocorreu na Idade Média, quando, na Europa, o direito de um império desaparecido, isto é, o direito romano, passou a ser aplicado nos tribunais europeus. É a *recepção do direito romano*, adaptado ao mundo medieval. O trabalho dos juristas medievais, escreve Meynial (“Derecho Romano”, em *El Legado de la Edad Media*, trad.), não se limitou simplesmente a aproveitar o evangelho jurídico de Roma, pois o modificaram para adaptá-lo às “novas condições que passou a reger”, e, assim procedendo, distanciaram “o direito romano medieval do direito da Roma antiga”.

Como ocorreu essa incorporação? Em rápidas pinceladas, pode-se dizer ser fruto de pesquisas dos romanistas das Universidades italianas, bem como resultou da necessidade de dar à sociedade

européia certa unidade jurídica, pois nela, no período feudal, imperavam várias ordens jurídicas autônomas equivalentes (direito germânico consuetudinário, direito das corporações de ofício, direito canônico, direito dominial, costumes, tradições etc.), salvo o direito da Igreja Católica, que desfrutava de certa primazia. Iniciou-se no século XII ao tempo da fundação da Universidade de Bologna, e em 1600 estava praticamente encerrada. Assim, como nota H. J. Wolff (*Introducción histórica al derecho romano*, trad.), “durante séculos o direito romano dominou o cenário jurídico da Europa”, não havendo país algum da Europa “que não experimentasse em sua legislação e prática judicial a influência romanista”, mais em uns do que em outros, menor na Inglaterra, profunda na Alemanha, onde o chamado “direito comum” (*Gemeines Recht*), “fundado no *Corpus iuris*, segundo a interpretação da jurisprudência”, permaneceu sendo o direito civil alemão até 1900, quando então o “*Corpus iuris* perdeu a última grande zona de aplicação direta”, em razão da entrada em vigor do Código Civil alemão.

Esse movimento, como dissemos anteriormente, iniciou-se na Itália, na Universidade de Bologna, em fins do século XII e princípios do XIII, com Irnerius, fundador da *Escola de Bolonha*, com a colaboração dos “quatro doutores”: Búlgarus, Martinus, Hugo e Jacobus. Compilaram esses romanistas o direito romano de Justiniano, preocupando-se em lhe dar interpretação literal. Desse trabalho surgiram as “glosas”, *Glosa ordinária* ou *Glosa magna* ao *Corpus iuris*, que eram mais uma compilação de glosas, isto é, de explicações (notas) breves e comentários dos textos, feitos nos rodapés de seus manuscritos. Tais glosas influíram no direito daquela época, tanto assim que os estatutos das cidades italianas foram redigidos pelos graduados de Bolonha, que conciliaram as interpretações do direito romano de seus mestres com os direitos locais. A aceitação do direito romano, na versão dada pelos romanistas de Bologna, foi facilitada pelo desenvolvimento da atividade comercial que, como nota Wolff, requeria técnica jurídica refinada, não fornecida pelos direitos locais. Utilizaram os juristas bolonheses daquela época mais as interpretações dos *pós-glosadores*, ou comentaristas do velho direito de Roma. Interpretações ampliadas por Accursius, completadas por Bártolo, Cino de Pistóia e Révigny, fundadores da *escola dos dialéticos*. Esses *comentaristas* adaptaram o direito romano às necessidades daquela época, conciliando-o com os direitos locais. Na maioria dos lugares, escreve Wolff, os tribunais abriram uma via de acesso para as ideias romanas, chegando a tornar praxe serem os tribunais constituídos de juristas conhecedores do direito romano. No caso de dúvida ou de questão complexa, era uso medieval solicitarem os juízes parecer das Universidades, cujos professores eram romanistas.

Na Alemanha, o direito romano foi introduzido no século XIV, facilitado pelo Cristianismo, pela Reforma e pelo crescimento do comércio e dos negócios que necessitavam de um direito tecnicamente evoluído. O Cristianismo concorreu para que os germânicos adotassem mais esse elemento da cultura latina.

A princípio, o recurso ao direito romano não significou o desuso dos direitos locais, tanto assim que na Alemanha do século XIV o direito romano era exclusivamente fonte subsidiária. Na falta de

leis ou de costumes, recorria-se a ele. Mas, com o tempo, a perfeição técnica do direito romano foi se impondo sobre o direito local, consuetudinário e fragmentário, passando a ser, então, como dissemos, na Alemanha, até 1900, direito comum.

Eis aí, em rápidas pinceladas, a recepção do direito romano, que exerceu profunda influência na formação e na evolução do direito privado ocidental, conseqüentemente, em nosso direito, pois, entre nós, nas *Ordenações Filipinas* é visível a sua influência, chegando, mesmo, como fonte subsidiária, a ser imposto, em 1769, pela *Lei da Boa Razão*, que, em Portugal, e entre nós, mandava o juiz aplicá-lo em caso de falta de solução no direito local.⁴

¹ O Brasil, país em que domina o direito escrito, ou seja, a legislação, pertence ao grupo do direito continental. Sobre o sistema continental e da *Common Law*, vide § 166. Precedente judicial pode ser entendido como decisão judicial inovadora, que se torna modelo obrigatório com força de lei.

² Código (*Codex*), na Antiguidade, era o conjunto de tabuletas, recobertas de cera, presas umas às outras, em que eram gravadas normas. Depois, passou a designar folhas de pergaminho em que as normas eram escritas, em duas colunas, formando, de quatro em quatro folhas, um caderno, presas duas a duas. Em Roma, designa coletânea de *leges* (decisões imperiais).

³ O fato de juristas franceses terem lecionado em Rabá, Túnis, Cairo, Bengázi, Beirute, Bagdá, Istambul etc., e de muitos juristas do Médio Oriente terem estudado na França, facilitou a recepção do direito francês de obrigações no Oriente Próximo (Mousseron, *La Réception au Proche-Orient du Droit Français des Obligations*).

⁴ Sobre a “recepção” do direito romano e a sua influência na formação do direito europeu, vide § 165; sobre as “Ordenações Reais”, os §§ 174 a 177.

TERCEIRA PARTE

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA*

* Compreende os vários ramos ou sdivisões e subdivisões do direito positivo.

DIVISÃO DO DIREITO – DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO – DIREITO MISTO – DIREITO INTERNO E DIREITO INTERNACIONAL

88. DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

Eis aí uma divisão fundamental do direito, conhecida desde os romanos, que reduziam o direito público à tutela da coisa pública: *quod ad statum rei romanae spectat*, enquanto o direito privado, do interesse dos particulares: *ad singulorum utilitatem*. Daí Ulpiano assim concebê-los: *jus publicum est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem, sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*. (O direito público é o que diz respeito ao Estado romano; o privado atende ao interesse de cada um, isto porque há coisas de interesse público, outras, de interesse privado).

De modo muito amplo, podemos subdividir o *direito público* em *direito público interno* e *direito público internacional* (§ 90), isto é, *direito nacional* e *direito internacional*. O primeiro tem por matéria o Estado, suas funções e organização, bem como a ordem e segurança internas, os serviços públicos e os recursos indispensáveis à sua execução. Tutela assim o interesse público e o interesse do Estado. Já o *direito público internacional* ou *direito público externo* rege as relações e situações jurídicas em que são partes Estados soberanos (Brasil, Inglaterra, EUA, França etc.), com o objetivo de criar a comunidade internacional, manter a paz e garantir o comércio internacional. Em oposição a estes está o *direito privado*, que compreende todas as normas jurídicas em que o *interesse privado* é o alvo. Assim, a compra e venda de um apartamento, em que o interesse do particular (comprador e vendedor) ou das partes está em jogo, é ato regido pelo direito privado, enquanto as funções do Presidente da República são da alçada do direito público. O direito constitucional é, por exemplo, direito público interno, enquanto o direito internacional público, direito público externo, e o direito civil, direito privado.

Os juristas, desde os romanos, têm tentado dar as razões dessa distinção. O critério mais antigo, que vem desde os romanos, é o do “interesse”: é direito público o que trata de relações e situações jurídicas em que o interesse público¹ predomina, enquanto direito privado aquelas em que sobressai o interesse privado. Não negamos que no “interesse” possa se fundar essa distinção, mas devemos lembrar que há campos do direito privado, como, por exemplo, o direito de família, em que o interesse social prevalece. Daí pensarmos ter Ferrara tocado no ponto fundamental da questão quando conceituou o direito público (interno) como o em que o Estado se apresenta como portador de potestade suprema, investido de *imperium*, enquanto direito privado todos os demais, em que as

partes estão em posição de igualdade, pois o Estado, quando pratica atos jurídicos de direito privado, apresenta-se em posição de paridade com o particular. Pode-se dizer, ainda, que nas relações jurídicas de direito público o Estado é parte obrigatória, o que não acontece no direito privado. No próprio direito penal, que é direito público, o Estado se apresenta como monopolizador do poder de punir e como agente da ordem interna. Como nota Thon, no direito público o interesse público é tutelado pelo Estado, por meio de ação do Ministério Público ou de agentes do poder público, enquanto no direito privado compete ao particular decidir sobre a sorte de seu próprio interesse, defendendo-o ou não no Judiciário. Pode-se dizer, ainda, que o direito público é irrenunciável, enquanto o direito privado admite renúncia. Kelsen e Lévy-Ulmann dão destaque à circunstância de independer o direito público da vontade das partes, impondo deveres que não dependem da concordância de seus destinatários, enquanto no direito privado, em regra, a vontade das partes desempenha papel decisivo. Por isso, Gurvitch admite ser direito de subordinação o direito público, enquanto o direito privado, de coordenação.

O *direito público interno* (direito constitucional, direito administrativo, direito penal etc.) distingue-se do direito privado pelas seguintes razões: por ser direito de subordinação, não estando as partes em situação de igualdade, exigindo, assim, hierarquia. O Estado e os demais entes públicos nesse direito são os centros de relações jurídicas, apresentando-se investidos de *imperium*, em posição de supremacia, portadores de potestade suprema, tendo sempre por objetivo o interesse público e o do Estado, enquanto o direito privado é direito de coordenação, estando as partes em situação de igualdade, perseguindo o interesse individual enquanto não conflita com o interesse social, pois, muitas vezes, em épocas de crise se impõe o social como limite do interesse individual, o que não ocorre nas épocas de estabilidade econômica e social. O Estado, quando é parte de relações jurídicas de direito privado, se apresenta em igualdade de condições com o particular, isto é, despido de *imperium*, de potestade suprema. Grande parte do *direito público interno* organiza o Estado e os entes públicos, disciplina suas funções, estabelece seus poderes e competências, bem como cria serviços públicos, enquanto o direito privado ordena e disciplina a vida jurídica do particular (homem, sociedade comercial, empresa, banco, estabelecimento comercial etc.).

Parece-nos, finalmente, que nas épocas de estabilidade econômica e social a delimitação dos campos desses dois direitos é mais nítida, o que não ocorre em época de crise, em que o poder público interfere em áreas tradicionalmente da alçada do direito privado. Nesses períodos, há interpenetração do direito público e do direito privado.

As principais subdivisões do direito público interno são as seguintes: 1º, direito constitucional; 2º, direito administrativo; 3º, direito internacional privado; 4º, direito financeiro; 5º, direito penal; 6º, direito processual; 7º, direito judiciário; 8º, direito nuclear. Já no direito privado tem destaque o direito civil, o direito comercial e o direito do trabalho.

Nas Federações, como é o caso do Brasil, temos *direito público federal*, que compreende o que

organiza a Federação e a Administração Pública Federal, tendo por agentes os órgãos de segurança pública federal e o Ministério Público Federal, garantidos, em último caso, por decisões da Justiça Federal, bem como o direito penal, o direito civil, o direito processual, o direito fiscal etc., estabelecidos por lei federal; *direito público estadual*, que organiza os Estados-membros, e *direito municipal*, organizador dos municípios.

Finalmente, o direito internacional ou direito público externo, sendo direito de coordenação, na situação atual, em que inexiste uma autoridade supra-estatal e em que os países são tratados em pé de igualdade, não tem as notas características do direito público interno. No futuro, poderá tê-las. No momento atual, caracteriza-se por proteger o interesse da comunidade internacional, considerando as partes (Estados soberanos) em pé de igualdade.

89. DIREITO MISTO

A bipartição romana do direito em *público* e *privado* não corresponde mais à realidade jurídica e à complexidade da sociedade moderna.² No mundo atual, entre esses dois grandes e tradicionais campos do direito se encontra o *direito misto*, seja por tutelar tanto o interesse público ou social como o interesse privado, como, por exemplo, é o caso do direito de família (§ 128), do direito do trabalho (§ 123), do direito profissional (§ 127), do direito sindical (§ 124), do direito econômico (§ 122), do direito agrário (§ 125) etc., seja por ser *constituído de normas de direito público e de direito privado*, como é o caso do direito marítimo (§ 119), do direito aeronáutico (§ 120) e do direito falimentar (§ 130), seja, finalmente, por ser constituído de direito internacional e direito público interno (direito nacional), como é o direito nuclear (§ 131). Tem, pois, o direito misto, pontos de contato com o direito público e com o direito privado.

90. DIREITO INTERNO E DIREITO INTERNACIONAL

Direito interno é o direito do Estado, denominado também *direito nacional*. É o que rege as relações jurídicas que se processam no território do Estado. Pode ser direito público, como é, exemplificando, o direito constitucional ou o direito penal, e direito privado, por exemplo, direito civil. No primeiro caso, denomina-se *direito público interno*, para se distinguir do direito internacional público. Já o *direito internacional* disciplina relações jurídicas não delimitadas pelas fronteiras do Estado, ou seja, rege as relações internacionais entre Estados soberanos, constitutivas da comunidade internacional.

As relações entre o direito interno e o direito internacional são definidas de forma diferente pelas teorias *monistas* e *dualistas*. Entre as primeiras estão as que defendem o *primado do direito interno* (direito nacional), colocando o internacional na dependência do direito estatal. Outras

sustentam o *primado do direito internacional*, negando a validade do direito nacional (direito interno) quando violar tratados ou costumes internacionais. Para a *dualista* (Triepel) são autônomos esses dois direitos, independentes um do outro. A teoria da “Escola de Viena” (Kelsen e seus seguidores)³ possibilita a construção de um sistema global de direito unificado, impossível, logicamente, se acolhidas as posições dualistas.

Direito interno e direito internacional são direitos inconfundíveis – o interno é *direito de subordinação*, imposto ou assegurado pelo Estado, enquanto o internacional é *direito de coordenação*, garantido por consenso das nações, isto é, pela comunidade internacional, de certa forma, garantido pela ONU. O direito internacional resulta, como nota Anzilotti, de compromisso, enquanto o direito interno é imposto. Sustentou-se, como admite Anzilotti (*Corso di Diritto Internazionale Pubblico*), destinar-se o direito interno a “valer para um número *indeterminado* de pessoas”, enquanto o direito internacional, para um número *determinado* de Estados soberanos. Essa ideia teve a sua época no entreguerras, muito a gosto dos ditadores europeus. No mundo do pós-guerra (1945), a validade do direito internacional é universal, prevalecendo mesmo contra a vontade, a resistência e os interesses dos Estados-nações. A devastação das guerras e as desumanidades praticadas por vencidos e vencedores tornou a paz o objetivo fundamental desse direito. A “lei das selvas” está fadada a desaparecer das relações internacionais. O primado do direito internacional é o ideal jurídico dominante hoje na comunidade internacional. O pensamento de Anzilotti procede no que concerne ao direito internacional contratual, resultante de tratados, com validade para os países que o assinarem ou a eles aderirem. Entretanto, os princípios do direito internacional e os costumes internacionais têm validade universal.

¹ Questão de solução difícil é a definição de *interesse público*. Grosso modo, podemos dizer ser interesse público o interesse do Estado e das pessoas jurídicas de direito público, bem como o interesse de todos sem ser de nenhum em particular. É o interesse do Estado e das citadas pessoas desde que ligado às funções especificadas por lei, aos mesmos atribuídas pela lei; do Estado como fisco; do Estado como garantidor da ordem pública; do Estado como organização, como promotor do bem de todos e do desfrute por todos dos bens comuns, enfim, o vinculado às funções, aos poderes e à competência estatais, previstos em lei, que, por lei, são atribuídos a várias pessoas jurídicas de direito público.

² A esse respeito, o jurista francês Paul Roubier assim se manifestou: apesar da importância da “distinção entre o direito privado e o público”, há ramos do direito que não se enquadram nesta distinção, salvo forçando a interpretação. Para Roubier, ao lado dos dois grandes ramos citados, estão o “direito misto concreto” ou “direito profissional”, composto de normas de direito público e de direito privado, e o “direito misto abstrato”, constituído de normas relativas à sanção e à aplicação de direitos, como o direito internacional privado (§ 112) e o direito penal (§ 105). No tocante ao último, por dar lugar à reparação de danos, da alçada do direito civil. No “direito

misto concreto” inclui Roubier o direito comercial por compreender o direito marítimo e o de propriedade industrial (patentes, direito de autor etc.) e o direito rural (*Théorie Générale du Droit*; 2ª ed., Paris, Sirey, 1951, pp. 304 e segs.)

- ³ Em verdade, Kelsen não reconhece expressamente o primado do direito internacional. Admite-o como uma das soluções possíveis na Ciência do Direito. A “Escola de Viena”, com Verdross e Kunz etc. é que defende a predominância do direito internacional. Kelsen, rejeitando o *dualis- mo jurídico*, sustenta serem defensáveis duas posições: 1 – a validade do direito internacional depende de seu reconhecimento pelos direitos nacionais (*primado do direito nacional*); 2 – a validade do direito nacional depende de seu reconhecimento pelo direito internacional (*primado do direito internacional*), isto é, do reconhecimento da autoridade (governo) que o instituiu e o mantém em vigor.

DIREITO INTERNACIONAL E SUAS DIVISÕES – ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

91. DIREITO INTERNACIONAL

O direito internacional (*Droit des Gens, Volkerrecht, Law of Nations, International Law, Direito Internacional Público*) é constituído de regras consuetudinárias e pactuadas, que regem as relações entre Estados soberanos, impondo-lhes sanções, respeito e proteção aos direitos humanos (v. § 32).¹ É, pois, direito convencional, constituído por tratados (§ 83), por costumes internacionais (§ 84) e por resoluções da ONU. No passado denominado *direito das gentes*, denominação adotada por muitos internacionalistas. Até bem pouco tempo definido como o *direito que rege as relações entre Estados soberanos*. O Tratado de Versalhes (27.11.1919) com o objetivo de solucionar pela conciliação conflitos internacionais; de estabelecer, quando a mesma fracassar, sanções econômicas (bloqueio, p. ex.) e, em último recurso, sanção militar, e, ainda, o referido Tratado, para salvaguardar a paz entre as nações com base no Direito Internacional, estabeleceu o Pacto da Liga das Nações (§ 95), que não alcançou seus objetivos, sendo extinto com a Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Com os mesmos propósitos, após 1945, foi criada a ONU (§ 95), enfraquecida no início do século XXI, com a tese norte-americana da *Guerra Preventiva* à revelia do Conselho de Segurança da ONU (*teoria unilateralista*), empregada na invasão do Iraque a pretexto de destruir armas de destruição em massa e prender Saddam Hussein. A ofensiva militar durou um mês, sem descobrir tais armas e prendendo o ditador somente em 13.12.2003, sofrendo baixas por atentados terroristas, ocupando o Iraque, sem conseguir manter a ordem. Após os anos 1940, além dos Estados-Nações soberanos e das organizações internacionais, foram considerados sujeitos ou operadores (como se diz hoje) desse direito as minorias populacionais (étnicas, linguísticas, nacionais ou religiosas) e o homem (personalidade internacional) cujos direitos fundamentais são reconhecidos e protegidos pelo direito internacional (*Direito Internacional dos Direitos Humanos*). Direitos colocados em plano superior à soberania dos Estados (§ 33, nota 9), que foram assegurados solenemente em documento aprovado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 1948: a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, que, em seu art. 1º, prescreve nascerem todos os homens “livres e iguais em dignidade e direitos”, independentemente de raça, nacionalidade, língua ou religião. A violação desses direitos por ditadores, governos autoritários ou por ação terrorista ou por motivo de guerra, constitui crime contra a humanidade, imprescritível (Convenção Internacional de 1968), independentemente do que prescrever o direito nacional do autor

desse grave delito, que deve ser julgado e punido por tribunal internacional (*vide* §§ 97A e 97B). Incluem-se, nessa modalidade ilícita, prisões arbitrárias por motivo político, terrorismo, genocídio, tortura, sequestros políticos, assassinatos políticos etc. A penalidade, no caso desse delito internacional, é a intervenção armada autorizada pela ONU. Para penalizar os governos praticantes dos citados delitos foi criado pelo Tratado de Roma (1998) o Tribunal Penal Internacional (T.P.I.). Os Estados Unidos não aderiram a essa Convenção, mas o Brasil, sim (07/01/2000). Essa Corte (§ 97B) dará eficácia à referida Declaração. No mundo atual, o progresso – com suas novas tecnologias – vem pondo em risco o meio ambiente, preocupando a comunidade internacional com a sobrevivência da humanidade em nosso planeta. A gravidade desse problema é tal que, em 1992, para discuti-lo, realizou-se, no Brasil, a Conferência Mundial do Meio Ambiente. A preservação da natureza (*defesa do meio ambiente*) não é, pois, estranha aos problemas do direito internacional, tanto assim que, em 1997, foi assinado o Protocolo de Kyoto, que limita as emissões de CO₂ e de outros gases na atmosfera (os Estados Unidos resistem ao mesmo). Além disso, em nosso tempo está se ampliando o horizonte do direito internacional com a internacionalização do capital, com a intensificação das relações comerciais e financeiras internacionais, criando obstáculos ao poder de decisão dos governos nacionais, fazendo com que o jurista seja obrigado a rever o conceito de soberania nacional, principalmente por força da chamada globalização da economia.

Pode-se dizer, apesar de todas as transformações por que passa o mundo, que o direito internacional organiza e constitui a comunidade internacional ou sociedade de Estados soberanos, tornando-a possível. As suas fontes são escritas (tratados internacionais, pactos, convenções etc.), jurisprudência da Corte Internacional de Justiça (CIJ), resoluções do Conselho de Segurança e da Assembleia-Geral da ONU, e não escritas, como a doutrina, costumes internacionais, equidade e princípios gerais do direito das nações civilizadas. Três princípios são básicos nesse direito: *pacta sunt servanda*, isto é, respeito aos tratados internacionais; *respeito à soberania dos países* (*princípio da não ingerência*), que faz das fronteiras de cada Estado o limite da lei internacional, e o *princípio de não intervenção*, pelo qual cada país é soberano dentro de suas fronteiras (salvo quanto aos direitos humanos, como ocorreu no *affair* Kosovo). Desse princípio decorre o de *autodeterminação*. Além desses princípios básicos, os *princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas*. O segundo e o terceiro princípios foram colocados de lado em março de 1999 pela OTAN (organização militar), e não pela ONU, no *affair* Kosovo. Após a queda do Muro de Berlim (1989), a esses princípios foi somado o da *intocabilidade dos direitos humanos* (§ 33, nota 9).

A validade, a imperatividade e a obrigatoriedade do direito que estamos versando foram, muitas vezes, objeto de contestação por parte, principalmente, das grandes potências, que só dele se serviram quando de seus interesses colonialistas ou comerciais. Além disso, juristas positivistas, reconhecendo a juridicidade somente do direito do Estado, negaram-lhe a natureza “jurídica”; outros, por ser esse direito desprovido de coercitividade, não havendo poder supraestatal que o aplique

coercitivamente, também assim pensam. Assim, a ausência de uma autoridade supraestatal, ou seja, de um governo mundial ou de um poder político internacional, que torne efetivo os princípios desse direito, foi a principal razão de ser-lhe recusada a juridicidade. Seja como for, sem o direito internacional não haveria convivência pacífica de países com interesses em conflito. Por isso, esse direito, ao contrário do direito interno (nacional), é mais *direito de coordenação*, principalmente se considerarmos algumas das formas de resolução pacífica dos conflitos internacionais, tais como negociação, conciliação e arbitragem. Mas nem sempre esses conflitos foram resolvidos com o emprego dessas soluções, pois frequentemente houve recurso a sanções econômicas, ao bloqueio econômico, e, como remédio extremo, à guerra-sanção (guerra justa ou guerra de autodefesa),² bem como ao emprego de força militar autorizado por resolução do Conselho de Segurança da ONU. Após a Bomba, a guerra tornou-se alto risco de destruição total, principalmente com a tecnologia eletrônica a serviço da guerra, e com os sofisticados armamentos de que dispõem as potências militares. Desde então a diplomacia tem mantido os inimigos potenciais a distância, transferindo para o foro do Conselho de Segurança da ONU (§ 95) a discussão de questões internacionais, na dependência, entretanto, de um de seus cinco membros efetivos (Estados Unidos, Rússia, França, China e Inglaterra) não exercer o direito de veto. Todavia, o recurso à força militar, esgotados todos os meios pacíficos de solução dos conflitos, tem sido admitido no caso de *guerra de legítima defesa* ou de *libertação nacional*. Mas, se tal ocorrer fica o conflito armado submetido às regras e princípios do *direito internacional humanitário* (que trataremos no final deste parágrafo), que tem por objetivo dar proteção à população civil, aos prisioneiros de guerra, aos próprios combatentes etc.

Nos anos 1980 grave crise econômico-financeira abalou a Rússia, levando-a a necessitar de ajuda dos Estados Unidos e da Alemanha, provocando, em 1989, a queda do Muro de Berlim, a unificação da Alemanha e a libertação do Leste Europeu, pondo fim à *guerra fria*. Nesse contexto político-histórico, de hegemonia de uma única superpotência, a 2 de agosto de 1990, Saddam Hussein, governante do Iraque, invadiu e anexou o Kuwait. Reagiu o Conselho de Segurança da ONU, provocado pelos Estados Unidos, determinando, na Resolução nº 660, a retirada imediata e incondicional das tropas iraquianas do Kuwait. Não acatada, decretou, em outra resolução, o bloqueio econômico ao Iraque. Não surtindo efeito, em 29.11.1990, pela Resolução nº 678, autorizou o Conselho, ambigualmente, o emprego de “todos os meios necessários” para retirar as tropas iraquianas do Kuwait, caso de lá não saíssem até 15 de janeiro de 1991. Não sendo respeitada, no prazo fatal, iniciou-se a *guerra cirúrgica*, com bombardeios atingindo Bagdá, matando mais civis do que militares, levando a rendição incondicional do Iraque. Diga-se de passagem, a Resolução nº 678 só foi possível graças à grave crise econômico-financeira por que passava a ex-URSS, necessitando de ajuda dos Estados Unidos, da Alemanha e da Europa, que a levou a não exercer o direito de veto.

Mesmo assim, apesar de tudo o que aconteceu, de todas as suas possíveis motivações, a Resolução nº 678 tem, como precedente histórico, grande importância exclusivamente por ter dado

coercibilidade ao direito internacional, considerado por muitos juristas como sendo direito imperfeito (*lex imperfecta*) por não ter a mesma eficácia do direito estatal. É, a nosso ver, a referida resolução da ONU, fato histórico que marcará a história da ordem jurídica internacional, desde que se ignore as razões políticas que levaram as potências militares ocidentais a obtê-la e a forma como exerceram o mandato que receberam da ONU. Considerada em si mesma, despida de toda a sua motivação política, é precedente importantíssimo.³

Lamentável que tenha sido assim a evolução do direito internacional,⁴ principalmente se considerarmos a sua longevidade, cujas origens encontram-se na Idade Média, com o Papado transformado em árbitro dos litígios internacionais. Mas é com o aparecimento do Estado moderno que se desenvolveu. O *Tratado de Paz de Westphalia* (1648) firmado, em Münster e em Asnabrück, pela Alemanha, França e Suécia, pondo fim à Guerra de Trinta Anos (1618-1648), é o mais importante da Época Moderna, marcando o aparecimento do moderno direito internacional, segundo opinião de Anzilotti, Oppenheim, Hershey e de Brierly, enquanto a Resolução nº 678, de 29.11.1990, do Conselho de Segurança da ONU, em si mesma, pondo-se de lado todos os seus aspectos políticos, abre, a nosso ver, no final do século XX, a possibilidade da eficácia efetiva desse direito (o *Direito Internacional está em crise. 11 de setembro de 2001 marcou a História da Civilização Ocidental. A reação miliar norte-americana, unilateral ao terrorismo global, internacional, à revelia da ONU, contra a posição tomada pela Alemanha e pela França no Conselho de Segurança da ONU, constitui ilícito internacional, que não afeta a validade do Direito Internacional, como não atinge a do Direito Penal estatal o ilícito penal. Mas, não se pode deixar de reconhecer que o Direito Internacional ficou abalado, exigindo, no futuro, novas regras, estabelecidas por consenso, por tratados internacionais ou pela ONU, mas não unilateralmente, para enfrentar essa guerra assimétrica, sem fronteiras, sem ter por objeto Estado determinado ou determinável. Escrevo em setembro de 2004).*

Do direito acima versado, após os anos 1950, dois ramos se formaram, constituindo o *direito humanitário internacional*, conhecido também como *direito de Haia*, e o *direito internacional dos direitos humanos*. O primeiro, consequência do emprego de armas mortíferas na guerra de 1939 e no Vietnã, destruidoras de cidades e devastadora de populações civis, como, p. ex., é o caso da *Bomba Atômica* sobre o Japão ou da *bomba de napal* empregada pelos Estados Unidos no Sudeste Asiático, na Guerra do Vietnã. Reduz-se, assim, ao *direito de guerra*, destinado a humanizá-la (se isso é possível), levando em consideração a pessoa do combatente, os prisioneiros de guerra e a população civil. Já o *direito internacional dos direitos humanos* tutela esses direitos (*Declaração Universal dos Direitos Humanos* da ONU) e incrimina e pune os crimes contra a humanidade (assassinato político ou por motivo religioso, tortura, genocídio, sequestro por motivação política etc.), praticados por governos ditatoriais. Protege internacionalmente o homem contra a violência arbitrária do Estado. Seis estatutos fundamentais constituem as fontes desse direito: a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* da ONU (10.12.1948), a *Convenção de Genebra relativa ao*

tratamento de prisioneiros de guerra (1929), revista em 1949, a II Conferência Internacional de Direitos Humanos (Viena, 1993), a Convenção Americana sobre direitos humanos (“Pacto de San José de Costa Rica” de 22 de novembro de 1969), a Convenção contra a tortura e penas degradantes (1984) e a Convenção de Roma para a criação da Corte Penal Internacional (Roma, 1998) são as que podem ser citadas como exemplos. Os direitos inicialmente enumerados na citada declaração foram gradativamente ampliados (vide § 32); Cortes internacionais foram criadas para tutelá-los, como a Corte Europeia de Direitos Humanos (§ 97), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (§ 97A) e, em 1998, a Corte Criminal Internacional (§ 97B), ou seja, o Tribunal Criminal Internacional Permanente (TCIP). Convenções internacionais têm por objetivo alguns dos mais graves crimes contra a humanidade, como, p. ex., genocídio (1948) e tortura (1984). Em sendo assim, o Direito Internacional, lentamente (é certo) está evoluindo, deixando de ser exclusivamente direito que rege as relações internacionais e que tem por objetivo exclusivo a paz.

Como vemos, atualmente temos o *direito internacional geral*, que rege as relações entre os países soberanos, com base em princípios e regras aceitos pela comunidade internacional, e o *direito internacional especial*, que se subdivide em *direito humanitário internacional* e *direito internacional dos direitos humanos*.⁵

92. DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Também denominado direito internacional penal, distingue-se do direito penal internacional em sentido estrito (§ 92, nota 3), que é direito interno (nacional), que versa sobre competência legislativa e jurisdicional em matéria penal. Porém, o que estamos tratando aqui é direito de história recente, iniciada, mais ou menos, no século XIX, que, só depois de 1945, manifestou a sua eficácia. Esse direito, ou seja, o *direito penal internacional em sentido lato* ou *direito internacional penal é direito convencional, estabelecido por tratados, que rege a repressão de delitos que afetam as relações internacionais ou que atentam contra os direitos humanos e a Civilização*.⁶

Pune os crimes internacionais (crimes contra a paz e segurança internacional) e os delitos contra a Humanidade. Grande número de penalistas nega a juridicidade e a legitimidade desse direito, principalmente na forma em que foi pela primeira vez aplicado aos nazistas. Todavia, após a 2ª Guerra Mundial, normas foram estabelecidas por pactos internacionais, que vinculam os Estados signatários, estabelecendo princípios para o combate à delinquência e definindo os delitos contra a Humanidade. O Tribunal de Nüremberg (*Tribunal Militar Internacional de Nüremberg*), composto de representantes dos Estados Unidos, da Rússia, Inglaterra e França, que, em 1945, julgou e puniu os responsáveis pelos desmandos do governo alemão, relacionou os *crimes de guerra*: 1º, crimes contra a paz, tais como preparação e declaração de guerra de agressão; 2º, crimes de guerra, que transgridem as leis e os costumes de guerra; 3º, crimes contra a Humanidade (deportação, assassinatos, exterminação, crueldades praticadas em campos de concentração). Esse tribunal, é

certo, na época em que foi instalado, aplicou direito não escrito, bem como penas não previstas em tratado algum (Pella, *La Guerre-Crime et les Criminels de Guerre*, Paris, 1946). Entretanto, apesar de ferido o princípio de legalidade (não há crime e nem pena sem lei que os preveja de antemão), o Tribunal de Nüremberg representou grande passo para a humanização da guerra, constituindo séria advertência aos provocadores de guerras de agressão e aos que a conduzirem (governantes, generais etc.). Aliás, os juízes desse Tribunal reconheceram julgar os alemães com base no “princípio de justiça”, e não de legalidade...

Discute-se sobre o lugar do direito penal internacional entre os diversos ramos do direito: se pertence ao direito interno ou ao direito internacional. Entendido, no sentido estrito,⁷ como conjunto de regras disciplinadoras da aplicação da lei penal no espaço, é direito interno. Mas, depois de 1945, ao lado desse sentido estrito, firmou-se o que tratamos nesse parágrafo situável no direito internacional, como com acerto define-o Pella.

As fontes desse direito são constituídas por Resoluções da ONU e por convenções e tratados internacionais, dentre os quais destacamos o acordo de 8 de agosto de 1945, que instituiu o Tribunal Militar Internacional, que funcionou em Nüremberg, e julgou e condenou à morte ex-autoridades civis e militares alemães. Deve ser lembrada, pela importância que teve no passado a Convenção Internacional de Haia de 1907, que criou a lei de guerra; a Resolução da ONU de 1948 sobre genocídio; a Convenção de Genebra de 1949 para a proteção, no caso de guerra, das populações civis etc. A ONU tem tentado codificá-lo desde 11.12.1946 e constituiu uma comissão para esse fim que apresentou mais de um projeto, engavetados à espera de consenso sobre o conceito de guerra de agressão. Todavia, em abril de 1974, comissão da ONU, encarregada de definir agressão, alcançou afinal seu objetivo: “Agressão é o uso da força armada por um país contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado, ou de maneira contrária à Carta das Nações Unidas, segundo o estabelecido nesta definição”.

Mas, a fonte principal desse direito, após 17 de julho de 1998, é o *Estatuto de Roma*, em vigor a partir de 1º de julho de 2002, quando o Tribunal Penal Internacional foi instalado, porque esse Estatuto, de certa forma, codificou o Direito Penal Internacional, seja estabelecendo a competência do referido Tribunal, seja definindo os crimes contra a humanidade, que, por tratados internacionais, podem ser ampliados. O único problema é que a validade dessa codificação fica restrita aos países que reconheceram o *Estatuto de Roma* (§ 97 B). Não é aplicável, assim, aos Estados Unidos, à Rússia ou à China, que não o reconheceram, salvo se o Conselho de Segurança da ONU remeter ao Tribunal o caso, fato que nunca ocorrerá por terem esses países direito de veto no Conselho.

93. DIREITO DIPLOMÁTICO

Inicialmente deve ser dito que o direito diplomático deveria ser tratado no capítulo destinado ao

direito misto (cap. XIX), por ser constituído de normas de *direito interno* (direito nacional ou estatal) e de regras de *direito internacional*. De direito nacional, as de natureza constitucional, como, por exemplo, as que estabelecem a competência da autoridade para celebrar ou denunciar tratado e, ainda, para nomear agentes diplomáticos, bem como as de direito administrativo, no que tange à organização do Ministério das Relações Exteriores e da carreira diplomática etc. Além dessas, as propriamente de direito internacional, sejam escritas (tratados etc.) sejam consuetudinárias (em sua maioria), que dizem respeito especificamente ao diplomata. Mas, pondo de lado essa questão acadêmica, admitindo a colocação desse direito no campo jurídico internacional, por ser nesse terreno que o agente diplomático atua e lhe dá vida, resta ressaltar a importância desse direito e da própria diplomacia, porque do exercício dela dependem as relações internacionais. Diplomacia presente na História desde a Antiguidade, a princípio temporariamente, depois, permanentemente, que teve a sua regulamentação somente no século XIX, seja pelo *Regulamento de Viena* (19.03.1818) seja pelo *Protocolo de Aix-la-Chapelle* (21.11.1818). Foi no Congresso de Viena de 1815 que as prerrogativas e garantias que cercam e protegem os diplomatas foram formalmente estabelecidas, apesar de, desde a Antiguidade, serem considerados intocáveis. Anteriormente a esse Congresso, o direito diplomático encontrava-se em costumes internacionais. Costumes que até hoje são fontes desse direito, juntamente com tratados e convenções internacionais. Dessas fontes emergem o *princípio de igualdade dos Estados*, válido para países fracos como para grandes potências, e o de *reciprocidade*, segundo o qual o diplomata de um país tem, onde exerce a sua função, o mesmo tratamento jurídico que o seu país dá aos diplomatas. Além desses dois princípios básicos, nas fontes consuetudinárias e escritas estão prescritas a imunidade diplomática (que atualmente cessa em ocorrendo crime contra a humanidade, como no *affair Pinochet*), a inviolabilidade pessoal do diplomata e de sua família, a extraterritorialidade das embaixadas e legações, que faz delas um prolongamento do território do Estado que elas representam etc. Essas e outras regras garantem o exercício da diplomacia. Exercício que, muitas vezes, marca a diplomacia, dando-lhe estilo, como, por exemplo, a modulada por Rio Branco, caracterizada por resolver as questões internacionais por negociação e arbitragem, que, com o tempo, tornou-se a marca de nossa diplomacia. E foi assim que foram solucionadas questões envolvendo nossas fronteiras, como, por exemplo, a “questão do Acre” (1903), da Colômbia ou com a Argentina, no começo do século XX. Diplomacia que, além de seu aspecto jurídico, exige também arte de conduzir negociações, da qual tornaram-se célebres o francês Talleyrand (1754-1838) e o austríaco Metternich (1773-1859), no Congresso de Viena de 1815, no qual foram traçadas as fronteiras da Europa depois da derrota de Napoleão e estabelecido o *princípio de equilíbrio de poder das potências*, vigente até a guerra de 1939. Por tudo isso, pensamos ser perfeita a definição dada por R. Genet do direito diplomático: *arte e ciência da negociação internacional*.

Parte do direito internacional público que disciplina a utilização e a exploração do espaço extra-atmosférico⁸ e dos corpos celestes.⁹ A exploração e a utilização são feitas, atualmente, por satélites, espaçonaves, laboratórios orbitais, sondas e estações orbitais, ou seja, por objetos espaciais, alguns tripulados, como, nos anos 1990, a estação orbital soviética e o ônibus espacial norte-americano.

A utilização do espaço extra-atmosférico por satélites e estações, iniciada em 4 de outubro de 1957, com o Sputnik I, lançado pela ex-URSS e, um ano após, pelo Explorer I, em 31 de janeiro de 1958, enviado pelos Estados Unidos, tornou realidade, principalmente após a descida de astronautas norte-americanos na Lua (junho de 1969), a ficção científica de outrora (*De la Terre à la Lune*, 1865, de Julio Verne, e *The First Men in the Moon*, 1901, de H. G. Wells).

A exploração espacial, possível graças à sofisticada tecnologia de ponta de nossa época (Revolução eletrônica e da Física) pode ser usada para o benefício da humanidade ou para o mal (apesar de o Tratado do Espaço de 1967 tê-la destinado ao bem de todos os países). Para o bem, pelas valiosas informações científicas que obtém, utilizáveis em várias áreas, como, p. ex., na previsão do tempo, e até na possibilidade (remota, talvez) de exploração de planetas de nosso sistema solar e até de emigração do homem quando exaurida estiver a Terra (!?). Para o mal, se para fim militar. O Presidente Reagan, dos Estados Unidos, pretendeu tornar realidade o projeto militar denominado “Guerra nas Estrelas”, apesar de a ONU, desde a década de 1950, se esforçar para desmilitarizar o espaço extra-atmosférico. Essa e outras pretensões ameaçam a segurança de todos os países, porque no espaço os satélites, as sondas, as estações espaciais, as naves, não se posicionam exclusivamente sobre o país lançador, mas em órbita da Terra, passando por vários países. Eis outra razão para considerar como parte do direito internacional o espacial.¹⁰ E assim orbitando criam riscos a todos os países, podendo cair em qualquer um deles, com grande perigo para as áreas povoadas.

Não se trata de hipótese, porquanto tal ameaça tornou-se realidade seja no caso do “Skylab”, laboratório espacial americano, de 77 toneladas de peso, que colocou, em 1979, em pânico todas as nações, caindo seus fragmentos, felizmente, no Oceano Índico, seja em 1983, quando o satélite russo “Cosmos 1402”, com reator nuclear, se desintegrou no Oceano Atlântico, e, ainda, em 1986, outro satélite russo, o “Cosmos 1714”, que quase atingiu a costa dos Estados Unidos, caindo seus fragmentos no Oceano Atlântico.¹¹

Tais ocorrências revelam a complexidade desse direito, que não compreende só a utilização e a exploração do espaço extra-atmosférico, mas também a responsabilidade civil do Estado-lançador, ou melhor, dos países que exercem atividade espacial, pelos prejuízos que possam causar às suas próprias populações ou a outros países.

Os avanços tecnológicos nesse campo, obtidos principalmente pelos norte-americanos e russos, deixam o jurista perplexo, com a convicção de ser mera utopia o uso do espaço extra-atmosférico

exclusivamente para fins pacíficos, como enfatizado por Eisenhower, Presidente dos Estados Unidos, em 1958, na mensagem ao Primeiro-Ministro Bulganin, da ex-URSS.

Todavia, o ideal é não ter a exploração do espaço extra-atmosférico objetivo militar, bem como não se transformar em fonte de risco para as áreas povoadas e não se tornar mais uma causa de poluição da atmosfera e da ionosfera, perturbando comunicações por rádio, por tevê ou telefone.

A visão, por outro ângulo, do novo campo aberto ao homem pela ciência e pela tecnologia, não é melhor. Isto porque o homem avançando na conquista do espaço exterior poderá pretender, no futuro, explorar os recursos naturais de outros planetas ou de seus satélites, emigrar para os mesmos quando exaurida a Terra, e, finalmente, se possível, ultrapassar as fronteiras de nosso sistema solar, pondo em prática nova forma de colonialismo, pregando a “sua missão civilizadora”, salvo se no espaço encontrar outros seres mais evoluídos que tenham a mesma pretensão, hipótese que cientificamente não pode ser afastada. Nesse caso, o direito espacial terá de se transformar em direito interplanetário ou intraestelar... inspirado, esperamos, pelo princípio de igualdade, e não pelo “direito da força”, e pelo princípio de o espaço ser *res extra commercium* (fora do comércio o espaço, e não a atividade espacial por meio de ônibus espacial, viagem espacial etc.).

Concluindo, o direito espacial exige princípios e regras novas, que não podem ser extraídos dos que regem a navegação marítima ou aérea, devido à sua especificidade. Exige regras e princípios novos, sem abandonar os do direito internacional tradicional e a Carta das Nações Unidas.

Assim, o direito espacial, a nosso ver, deve cingir-se exclusivamente à atividade espacial para fim pacífico. Porém, colocando-nos assim, estamos nos posicionando utopicamente diante desse problema, cegos e surdos para os fatos históricos, para o “projeto guerra nas estrelas” (“escudo espacial”) de Reagan, ex-Presidente dos Estados Unidos, e para os satélites destinados à espionagem e à militarização do espaço que circulam a Terra.

Por isso, idealista e utópica é a posição de Marco Marcoff, excluindo do direito espacial as atividades militares. A História desmente essa pretensão, pois onde estiver o homem estão o bem e o mal, sendo difícil o controle da finalidade dos inúmeros satélites em órbita da Terra.

Fazemos votos para que o Homem se lembre das ruínas das Civilizações que antecederam a nossa, da destruição da Biblioteca de Alexandria e pense no futuro da Humanidade, destinando exclusivamente para fins pacíficos a atividade espacial.¹²

Do que foi dito, pode-se defini-lo como o *ramo do direito internacional que disciplina o uso do espaço cósmico (extra-atmosférico) e dos corpos celestes pelos Estados soberanos da Terra, prevendo a responsabilidade civil pelos danos causados a bens e pessoas na superfície terrestre com a queda de sondas, de foguetes ou de satélites, e os direitos, deveres e regime jurídicos dos astronautas e dos controladores em terra dos voos espaciais*. Fica assim claro: o direito em questão não disciplina a navegação no espaço atmosférico, objeto do direito aeronáutico. As fontes do direito espacial encontram-se em tratados internacionais, nos princípios do direito internacional

e, principalmente, na fase atual, na doutrina. Subsidiariamente, aplica-se-lhe o direito aeronáutico, no que couber. Em 1967, Inglaterra, Estados Unidos e Rússia firmaram tratado, aprovado pela Assembleia-Geral da ONU, em 19.12.1967, sobre os princípios disciplinadores da atividade dos países em matéria de exploração e de utilização do espaço extra-atmosférico (*Tratado sobre os Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Exterior, inclusive a Lua e demais corpos celestes*). Junto à ONU funciona o “Comitê para a utilização pacífica do espaço extra-atmosférico”.

95. ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS (ONU)

Os novos meios eletrônicos de comunicação e os aperfeiçoados e mais rápidos meios de transporte de nossa época, bem como os novos armamentos e as enormes verbas destinadas pelas grandes potências para aperfeiçoá-los e torná-los mais destruidores, tornaram mais intensas e perigosas as relações internacionais. Essa situação vem fortalecendo a crença na necessidade de uma organização internacional dotada de autoridade e competência para tomar decisões no caso de agressão por parte de um país. Mas enquanto tal utopia não se torna realidade, organizações internacionais vêm sendo criadas nesse século conturbado por conflitos.

Entende-se por organização internacional o *organismo, com personalidade jurídica, autônomo em relação aos países que o compõem, dotado de órgãos e ordenamento jurídico próprios e de meios de ação internacional, fundado no princípio de igualdade de seus membros*.

Têm as organizações internacionais personalidade jurídica, são pessoas jurídicas (§ 154), cuja personalidade é adquirida por força do tratado internacional que a instituir.

As organizações internacionais podem ser: *políticas*, como a ONU ou a Organização dos Estados Americanos (OEA ou OSA); *culturais* (Unesco); *sociais* (Organização Internacional do Trabalho – OIT); *militares* (Otan, Organização do Tratado do Atlântico Norte); econômicas (Fundo Monetário Internacional) etc.

As organizações políticas, destinadas a dar maior eficácia ao direito internacional, sobressaem sobre as demais. A primeira, em importância, que surgiu, foi a Sociedade das Nações (SDN), também denominada Liga das Nações, nascida do caos provocado pela Primeira Guerra Mundial. Inspirou-se nos “Quatorze Pontos” ou “Princípios para a Paz Permanente” do Presidente Wilson, dos Estados Unidos, enunciados no discurso ao Congresso, de 8 de janeiro de 1918, entre os quais estava prevista a “Criação de uma Sociedade das Nações asseguradora da independência política e da integridade dos Estados grandes e pequenos.” Instituída em 1919, nasceu com os seus dias contados, primeiro, por dela inicialmente não fazerem parte os Estados Unidos, que não ratificou o *Tratado de Versalhes* (10.01.1920), e segundo, em virtude de estarem por acordos secretos comprometidas as potências vencedoras da época, como, por exemplo, a França e a Inglaterra, em relação a

reivindicações territoriais da Itália. Criado pelo Tratado de Versalhes, o *Pacto da Sociedade das Nações* (SDN) tinha por objetivo principal salvaguardar a paz internacional com aplicação de sanções diplomáticas, econômicas e militares contra o Estado agressor. Prescrevia a solidariedade de todos os seus membros no caso de agressão a um deles, considerado juridicamente agressão a todos. Mediação e arbitragem, da alçada de um tribunal internacional, era a forma prevista no Pacto para solucionar os conflitos internacionais. O desarmamento estava em sua agenda. Mas, além de fins políticos, tinha missões sociais, como, por exemplo, a proteção dos trabalhadores por meio de tratados internacionais, que deveriam ser preparados pela *Agência Internacional do Trabalho* (Secretariado Internacional do Trabalho), órgão da SDN. Compunha-se a SDN ou Liga das Nações (LDN) de uma Assembleia-Geral, em que cada Estado-membro tinha direito a um voto, de um Conselho, composto de nove membros, dos quais cinco eram permanentes (Estados Unidos, França, Inglaterra, Itália e Japão),¹³ e quatro escolhidos pela Assembleia-Geral, e de um Secretariado, incumbido da tarefa administrativa. A sua sede era em Genebra. Instalada, verificou-se logo que as suas resoluções estavam na dependência dos interesses das grandes potências, pois dependiam de ratificação por parte dos Estados-membros, dificuldade agravada pelo fato de contar a Grã-Bretanha com seis votos por causa dos *Dominions*. Possuía um órgão jurisdicional: a *Corte Permanente de Justiça Internacional*, instalada, em 1921, em Haia, que, a princípio, era Corte de Arbitragem, transformada, em 1924, em órgão jurisdicional. Todavia, a partir de 1960, retornou a ser *Corte Permanente de Arbitragem*, com competência para litígios comerciais.

A SDN (Sociedade das Nações) desempenhou relevante papel no campo técnico e social, como atestam as várias convenções internacionais que promoveu, porém fracassou no campo político, para o qual havia sido criada, como, por exemplo, em 1932, no caso da invasão pelo Japão da Mandchúria; em 1935, na invasão da Abissínia (hoje, Etiópia) pela Itália, no rearmamento alemão, nas ocupações da Renânia, da Áustria e da Tchecoslováquia, por Hitler, enfim, por não poder evitar a Guerra de 1939.

Mas o espírito pacifista que a inspirou manteve-se vivo, manifestando-se, primeiro, durante a guerra, na *Carta do Atlântico* (14.08.1941), assinada por Roosevelt, por parte dos Estados Unidos, e por Churchill, pela Inglaterra (Reino Unido), e, depois da Segunda Guerra Mundial, na *Carta das Nações Unidas*, que declara solenemente o propósito de “preservar as gerações futuras do flagelo da guerra, que, por duas vezes no espaço de uma geração, infligiu à Humanidade indescritíveis sofrimentos”. Para que isso seja possível é indispensável a observância do princípio de respeito às obrigações estabelecidas em tratados internacionais e em outras fontes do direito internacional.

A ONU – Organização das Nações Unidas – foi criada, em 1945, na *Conferência de São Francisco*,¹⁴ sob a forma de órgão federativo e superestatal, para suceder a fracassada SDN. Em Nova Iorque foi estabelecida a sua sede. Em sua organização temos o *Conselho de Segurança* (CS), seu órgão máximo, constituído de quinze membros, sendo cinco efetivos, dez rotativos, com mandato de dois anos; os cinco efetivos (Estados Unidos, Reino Unido, Rússia, França e China) têm direito de

veto. Compete ao Conselho solucionar, por Resolução, conflitos internacionais que ameacem a paz ou a segurança das relações internacionais, podendo, em caso extremo, autorizar a solução militar para os mesmos. Além do Conselho de Segurança, a *Assembleia-Geral* (AG), em que cada Estado-membro tem direito a um voto, e um *Secretariado*, bem como de Conselhos de Tutela e Econômico-Social. É dotada também de órgão jurisdicional: a *Corte Internacional de Justiça*, com sede em Haia, instalada em 1946, que sucedeu a anterior Corte. Compõe-se de quinze juízes, eleitos pela Assembleia-Geral e pelo Conselho de Segurança da ONU, cujos nomes constam de uma lista preparada pela Secretaria-Geral da ONU, constituída por jurisconsultos especializados em direito internacional, que gozam de alta consideração moral. Na escolha de seus membros é observado o princípio de representação dos sistemas jurídicos mais importantes. O juiz escolhido tem completa independência e autonomia em relação a seu país de origem. Não o representa na Corte, apesar de representante do sistema jurídico de seu país. Tem imunidade diplomática. Se na escolha divergirem a Assembleia-Geral e o Conselho de Segurança da ONU, será formada uma comissão de três membros de cada um desses órgãos para escolher os cargos vagos. Tem esse tribunal competência para decidir matéria prevista na Carta das Nações Unidas, dentre as quais o julgamento de questões entre países. Responde a consultas jurídicas da Assembleia-Geral e do Conselho de Segurança da ONU. Quanto aos litígios internacionais, depende de os países em conflito a ela se submeterem declarando expressamente reconhecer a eficácia de sua decisão.¹⁵

Mas, a ONU, como sua antecessora SDN, não tendo força militar própria e nem sendo poder superestatal, ou seja, não sendo governo mundial dotado de poder coercitivo no campo internacional, revelou-se impotente para solucionar os conflitos internacionais em virtude de depender sua atuação de não ocorrer “veto” no Conselho de Segurança de um dos “cinco grandes”. Demonstrou-se incapaz de alcançar o seu objetivo formulado no *Preâmbulo da Carta das Nações Unidas*: “Criar condições necessárias ao império da justiça e ao respeito das obrigações nascidas de tratados e de outras fontes do direito internacional”. Impotente, apesar de prever a Carta das Nações Unidas o emprego de sanções econômicas e militares por decisão do Conselho de Segurança, quando ocorrer ameaças à paz ou atos de agressão (art. 41), porque se houver veto de uma das cinco potências nucleares (Estados Unidos, Rússia, França, Grã-Bretanha e China) tais sanções não podem ser aplicadas. (Enquanto não reformado os seus estatutos, extinguindo o poder de veto das superpotências – que não é do interesse das mesmas – a ONU não constitui garantia de paz, de respeito do direito internacional e da ordem internacional).

Porém, todos os progressos e todos os fracassos da Humanidade para estabelecer uma ordem internacional justa e segura, sob o império do direito, e não da força, baseada na “igualdade de todos os países”, se não conseguiram afastar a ameaça de guerra ou evitar conflitos localizados em algumas partes do mundo, serviram para tornar o século XX lembrado, como disse Toynbee, “pelo grau de consciência alcançado nas relações internacionais e pelo seu esforço para implantar a paz, apesar de preparar-se para a guerra”.¹⁶

96. ORGANIZAÇÕES REGIONAIS, A OEA E A UNIÃO EUROPEIA

Nada impede que Estados soberanos, membros de organização internacional como a ONU, se organizem em defesa de interesses regionais, constituindo uma ordem supranacional, de caráter regional, que não deve conflitar com a ordem internacional mundial. Nesse caso, a organização regional pode destinar-se a finalidades específicas, como, por exemplo, fins militares, como é o caso da OTAN (*Organização do Tratado do Atlântico Norte*), como podem ter finalidades políticas e econômicas mais amplas, como se fosse ONU regional, como é o caso da OEA (*Organização dos Estados Americanos*)¹⁷ ou finalidades econômicas, como a *União Europeia*. A OEA (Organização dos Estados Americanos) teve sua origem na *União Internacional das Repúblicas Americanas* (1889-90), em Washington, transformada em *União Pan-Americana* (UPA), em Buenos Aires, em 1910. Anos mais tarde, o *Pacto de Petrópolis* (1947) reconheceu a comunidade americana, que, um ano depois, foi criada pela *Carta de Bogotá* (1948), como organização internacional regional.

Tem por objetivo manter no Continente Americano a ordem fundada na justiça; garantir a paz e segurança continentais; solucionar pacificamente os litígios entre seus membros; organizar a ação solidária de seus membros no caso de agressão a um deles; promover, através da cooperação de seus membros, o desenvolvimento econômico, social e cultural de todos. Para isso, considera submetidos ao direito internacional todos os Estados americanos. Condena a guerra de agressão como meio de solucionar os litígios internacionais; reconhece os direitos fundamentais da pessoa humana e a igualdade de todos os seus membros. Compõe-se dos seguintes órgãos: 1) *Assembleia-Geral* (órgão supremo); 2) *Conselho Permanente* (órgão de consulta, formado por um embaixador de cada país membro); 3) *Comissão Jurídica Interamericana* (órgão de consulta, composto de onze juristas, com sede no Rio de Janeiro); 4) *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* (órgão de apreciação prévia de violação dos direitos humanos, preparatória para o pronunciamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão de consulta com sede em Washington); 5) *Corte Interamericana de Direitos Humanos* (constituída de sete juristas, com sede em San José, Costa Rica); 6) *Comissão Interamericana Econômico-Social* (com sede em Washington, órgão de planejamento); 7) *Secretaria-Geral*. A OEA tem sede em Washington. As decisões da citada Corte dependem, para ter eficácia, do reconhecimento de sua validade por parte dos países membros da OEA. O Brasil, a partir de 1998, as reconheceu.

Como a OEA, a *União Europeia*, ex-*Comunidade Europeia*, assim denominada por força do Tratado de Maastrich (01.11.1992), é também uma organização regional, destinada, talvez no futuro, a realizar o sonho de Napoleão: a confederação europeia; só que o general-imperador pretendeu instituí-la com o emprego de baionetas,¹⁸ enquanto a dos nossos dias resultou do consenso das grandes nações europeias. Possível com a redução de cada nação de sua soberania. Por enquanto,

ainda não é sujeito de direitos, não tem representação política, não tem assento na ONU. Inicialmente (Paris, 1951), forma de integração econômica (Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – CECA; Comunidade Econômica Europeia – CEE), acabou transformando-se em ente jurídico-internacional destinado a proteger os interesses econômicos dos países-membros. Mas não ficou por aí, pois se tornou uma organização complexa, podendo-se dizer política, culminando com a criação de um tribunal para a defesa dos direitos dos cidadãos dos Estados-membros: *Tribunal Europeu de Direitos Humanos* (§ 97).

Assim, a partir de 1952, com a criação pela Bélgica, Itália, França, Holanda, Alemanha Ocidental (hoje, depois da queda do Muro de Berlim, Alemanha) e Luxemburgo, da Comunidade Econômica do Carvão e do Aço (CECA); depois em 25.03.1957 (Roma) transformada em Comunidade Econômica Europeia (CEE), originou-se o Mercado Comum Europeu, ao qual, nos anos 1980, aderiram Grécia, Portugal e Espanha, e, nos anos 1990, a Grã-Bretanha, a Áustria, a Suécia e a Finlândia. Atualmente compõem-se de 27 membros, possibilitados pelo Tratado de Nice (2001). Formou-se então a comunidade de países europeus, que outrora se digladiaram, unidos por um único propósito: salvar a Europa, esmagada na época entre dois gigantes, USA e URSS, e ameaçada economicamente por um pequeno país, que, apesar de vencido e de ter sofrido as consequências da Bomba, se tornou grande potência econômica: o Japão. A Comunidade Europeia, hoje União Europeia, foi, pois, a solução jurídico-político-econômica encontrada para salvar as economias das ex-potências europeias, às quais se juntaram depois outros países europeus, como Portugal, Espanha etc. A partir de 1º de maio de 2004, passou a ser constituída de 27 países, sendo posteriormente aumentado o número para 28. Compõem a União Européia, alguns países do Leste Europeu, que estiveram sobre o controle de Moscou, e de outros da Europa Central. Em junho de 2017, foi aprovado em referendo popular a saída do Reino Unido da União Européia- encontrando-se o mesmo em fase de desligamento do referido Órgão. Organizada juridicamente por tratados, como os de Nice (1951) e o de Roma (1957). Dela resultou um direito comum (§ 57), ou melhor, direito comunitário, cujas lacunas são preenchidas pelos “princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-membros”. Ente supranacional, institucionalmente organizado, com cinco órgãos: Presidência Rotativa, Parlamento Europeu, Conselho Europeu, Conselho de Ministros e Corte de Justiça. A Assembleia ou Parlamento Europeu, inicialmente formado por delegados dos Estados-membros, designados pelos seus respectivos parlamentos, tendo Itália, França, Alemanha e Inglaterra (Reino Unido), maior número de representantes. Mas, a partir de 1979, é composto de representantes dos países-membros, eleitos, com mandato de cinco anos, em número de 518, distribuídos em grupos e comissões. Tem sede em Luxemburgo, mas reúne-se em Estrasburgo. Órgão deliberativo e consultivo, competente para controlar o Conselho, que pode, como no parlamentarismo, dissolvê-lo. No final dos anos 1990, o Parlamento Europeu, além de órgão consultivo, tornou-se também assembleia legislativa e controlador do Conselho Europeu. Já o *Conselho da União Europeia*, constituído de chefes de Estado ou de governo de cada país-membro, reúne-se em Bruxelas. Compete-lhe coordenar a política

econômica dos Estados-membros, tem poder de decisão. A *Comissão Europeia* executa as decisões do Conselho, sendo, pois, o órgão executivo. À *Corte de Justiça*, sediada em Luxemburgo, composta de vinte e sete juízes e seis advogados-procuradores, com mandato de seis anos, escolhidos pelos Estados-membros entre juristas ou magistrados de grande saber jurídico, compete julgar, com fundamento no direito comunitário, os conflitos de interesse entre os Estados-membros e entre estes e o Conselho, bem como o descumprimento por parte de um dos Estados-membros de obrigação oriunda de tratados, além de interpretar tratados e o direito comunitário, sendo, nesse caso, equiparadas à lei as suas decisões. Nas questões contenciosas, suas decisões têm força de título executivo, devendo ser cumpridas pelo país vencido. Dispõe, ainda, a União Europeia de órgão com função análoga à do Ministério Público, denominado Comissão, fiscalizador da observância dos Tratados, tendo iniciativa de ação judicial perante a Corte, após ouvir o Estado-membro transgressor. Completando, a União Europeia, em 1992, criou, pelo *Tratado de Maastricht*, a moeda única (*Euro*), vigente a partir de 1999, não tendo, portanto, cada país a sua moeda. Como consequência, foi criado o Banco Central Europeu. A unificação monetária pode ser considerada o caminho para a unificação política, ou melhor, para a confederação ou federação europeia, de forma incompleta atingida pelo *Projeto de Tratado da Constituição da Europa*, concluído em 18 de julho de 2003, por uma comissão presidida por Valéry Giscard d'Estaing, ex-Presidente da França. Manteve-se a União, conferindo-lhe personalidade jurídica (art. 6º). A partir de 1º de dezembro de 2009, a UE passou a ter Presidência (Presidente do Conselho Europeu) e Chancelaria (Ministro das Relações Exteriores), com a ratificação por todos os países que a compõe pelo *Tratado de Lisboa*.

19-20-21

Finalmente, o *Euro* corre o risco de deixar de existir, gerando grave crise econômico-financeira na Europa. Assim sendo (pensamos), a Alemanha será o primeiro país a restabelecer sua antiga moeda, o *Marco* (estamos escrevendo em 2010). Em 2011, o que admitimos acima, no que concerne ao *Euro*, ocorreu com o calote de 50% da dívida grega, dando origem a crise da moeda Europeia. Agravando-se a mesma, poderá ocorrer o esfacelamento da União Europeia, na previsão do Presidente francês Sarkozy.

Na América Latina o *Mercosul*, constituído pelo Brasil, Uruguai, Argentina e Paraguai, é ente supranacional em embrião.

97. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Damos, pela sua originalidade, destaque à *Corte Europeia de Direitos Humanos*, sediada em Estrasburgo, na França. É ela o resultado de um sonho que se tornou realidade: a proteção jurídica eficaz do Homem. Foi institucionalizada pela *Convenção Europeia de Direitos Humanos*, após longos debates no “Conselho da Europa”, apesar de prevista, desde 1940, pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa. É fruto de uma amarga experiência histórica de crueldades e desumanidades

praticadas, apesar de, paradoxalmente, figurar Declarações de Direitos nas Constituições europeias posteriores à Grande Guerra (1914-18). Para que esse passado não fosse repetido, foi criada essa Corte, com poderes de obrigar os países europeus, membros da União, a respeitá-las. Esse grande passo foi dado em 4 de novembro de 1950, em Roma, na Convenção Europeia destinada a encontrar meios eficazes de proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, na qual foi criada a referida Corte (art. 19), instalada em 16 de setembro de 1963.

Assim, foram as atrocidades sofridas pelo homem na Europa antes e durante a última Guerra (1939-1945) que despertaram a consciência de juristas, de políticos e de governos europeus, levando-os a codificar, através de uma Convenção, com riqueza de detalhes, aqui não indicados, os “direitos do homem”, outrora objeto de declarações formais, desprovidas de eficácia.

Para a proteção desses direitos foi instalado, em Estrasburgo, a Corte Europeia de Direitos Humanos, com jurisdição supranacional, cujas decisões têm força vinculativa, devendo ser observadas pelos Estados signatários da citada Convenção (Protocolo nº 11, de 1994). É a última instância, após esgotados os recursos ordinários aos tribunais de cada país-membro. A essa Corte pode recorrer qualquer europeu da UE,²² que tenha seus direitos ameaçados. Esse Tribunal é composto por juízes de grande cultura e de renome, “da mais alta consideração moral”, em número igual ao dos países signatários da Convenção, com mandato de nove anos, sendo reelegíveis. Compete-lhe todas as questões relativas à violação da *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*, assinada em Roma em 1950.

As sessões desse Tribunal só são marcadas quando há casos a serem apreciados, não funcionando com a sua composição plena, pois julga cada caso em seção constituída por sete juízes, escolhidos por sorteio, salvo um deles, que deve ter a mesma nacionalidade do recorrente. Quando complexo o caso, não se enquadrando nos “precedentes” do Tribunal, ou exigindo interpretação da Convenção, é convocado em sessão plena (Tribunal Pleno), decidindo com a totalidade de seus membros. É chefiado por um Presidente eleito por seus pares, para um período de três anos, podendo ser reeleito. São idiomas oficiais do Tribunal o inglês e o francês.

Decisões desse Tribunal têm levado à modificação da legislação do país de origem do recorrente.

Eis uma tentativa para dar eficácia efetiva às declarações de direitos, que, fora da União Europeia (Comunidade Europeia), é problemática.²³

97A.CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Prevista em 1959 na *Resolução VIII da V Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores*, realizada em Santiago do Chile, bem como na *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, ocorrida em 1969, em San José de Costa Rica, conhecida como *Pacto de San José de*

Costa Rica (art. 33), a *Corte Interamericana de Derechos Humanos* só foi instalada em 1979, em San José. A Convenção citada, além da Corte, criou a *Comissão Interamericana de Derechos Humanos* (art. 33, letra *a*), com sede em Washington, que é a “porta de entrada” da Corte, por ser nela que devem ser protocoladas as denúncias de violação dos referidos direitos. Cabe à Comissão examiná-las e tentar uma solução não contenciosa. Não sendo bem-sucedida, enviará relatório à Corte, desde que o país violador dos direitos humanos aceite a jurisdição dela. Não a aceitando, o processamento na Corte não se inicia. Compõe-se a Comissão de sete membros, eleitos pela Assembleia-Geral da OEA, com mandato de quatro anos. O seu Presidente é eleito por seus pares, por maioria absoluta de votos, com mandato de um ano. A Corte é constituída de sete juízes, eleitos pela mesma Assembleia, dentre juristas de “alta autoridade moral e de reconhecida competência em matéria de direitos humanos”, com mandato de seis anos. Quanto ao Presidente, é eleito por seus pares, com mandato de dois anos, respeitado o princípio de antiguidade. As decisões da Corte são irrecorríveis. Os processos iniciam-se a partir de comunicações da referida Comissão. Não são provocados por denúncias nela protocoladas. Igualmente não são conhecidos e julgados casos decididos pelos tribunais dos países membros da OEA. Além da função jurisdicional, tem a Corte a de consulta (art. 2º de seu Estatuto). Cabe-lhe apreciar a validade de legislação em conflito com a Declaração Americana de Direitos Humanos de 1969. Foi a Corte reconhecida pelo Brasil, após o regime militar, pelo Decreto Legislativo nº 89, de 03.12.1998.²⁴ Como está dito, e aí se encontra o seu ponto fraco, a sua jurisdição depende de ser aceita pelo país denunciado (o que na prática a inviabiliza...). Nesse ponto diferencia-se da que lhe serviu de modelo: a Corte Europeia de Direitos Humanos (§ 97). Os Estados Unidos não ratificaram o *Pacto de San José* (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), conseqüentemente não reconhecem a Corte Interamericana.

97B. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Realizou-se de 17 de junho a 17 de julho de 1998, em Roma, Conferência, promovida pelas Nações Unidas (ONU), sobre a internacionalização da jurisdição criminal.²⁵ Dessa reunião, conhecida por *Conferência de Roma*, resultou o *Estatuto do Tribunal Penal Internacional* (TPI), abreviadamente *Estatuto de Roma*, a vigorar a partir de seu reconhecimento por parte de sessenta países (art. 126). Tendo sido alcançado, em 2002, este número de adesões, estava criada a Corte Penal Internacional, instalada solenemente, em 11 de março de 2003, em Haia, nos Países Baixos (Holanda, designação não oficial), como determina o art. 3º de seu Estatuto. Os Estados Unidos, a Rússia e a China se recusaram a reconhecê-lo, o Brasil o fez em 07.02.2000.²⁶ Qualquer Estado que tiver aderido ao *Estatuto de Roma* pode dele se retirar, mediante notificação à ONU, que produzirá efeito um ano após a data em que a mesma tiver sido protocolada (art. 127). O Tribunal terá o seu Presidente eleito por seus pares, por maioria absoluta de votos. Compor-se-á de dezoito juízes, escolhidos em assembleia dos países que o reconhecerem, entre juristas da mais alta consideração

moral e de reconhecida “competência em direito e processo penal”.²⁷ Dividir-se-á em Câmaras: a de Primeira Instância, onde serão instaurados, julgados e encerrados, por sentença recorrível, processos por *crime contra a humanidade* (violação dos direitos humanos), como o de genocídio, e por crimes de guerra; a de Apelação, que apreciará os recursos das decisões daquela, e a de “Questões Preliminares”, que as conhecerá quando suscitadas. As decisões finais desse Tribunal são irrecorríveis e os crimes de sua competência, imprescritíveis (art. 29). Caber-lhe-á conhecer e julgar, como foi dito, crimes contra a humanidade, como, p. ex., genocídio, crimes de guerra, praticados por autoridades civis e militares de Estados que aderirem ao Estatuto de Roma, que não tiverem sido julgados em seus países de origem. Hoje, com a tecnologia eletrônica avançada, por exemplo, a internet, temos crime que põe em risco qualquer país: é a cyberguerra, modificando códigos, meios de comunicação etc. A pena máxima para esses crimes é a de prisão perpétua. Quanto à de reclusão, até 30 anos. A entrega (e não a extradição) do acusado terá de ser atendida, mesmo quando o processado se encontrar em seu país de origem ou mesmo que tenha exercido alta função pública, como, por exemplo, a de Chefe de Estado (art. 27). A Corte não conhecerá de casos julgados pelos tribunais de países que a reconhecerem, só o fazendo, portanto, se tal incorrer. Aguardemos a adesão da Rússia e da China porque os Estados Unidos não o reconhecerão, tanto assim que têm celebrado acordos bilaterais com vários países, que aderiram ao Estatuto de Roma, até com a União Europeia, para garantir a imunidade de seus militares em ação no estrangeiro, evitando assim que eles sejam processados e julgados pela Corte Penal Internacional, prometendo, entretanto, julgá-los pelos tribunais americanos. Esses acordos enfraquecem a Corte.

¹ A expressão “direito internacional” aparece pela primeira vez, em 1780, empregada por Bentham, em *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Anteriormente, denominava-se “direito das gentes”, expressão usada, no século XVI, por Francisco de Vitória. Ernst Beling denomina-o *Direito Constitucional Externo*.

² À guerra de autodefesa foi acrescentada a guerra preventiva, pelos Estados Unidos, após o atentado terrorista de 11 de setembro de 2002, que não tem amparo no Direito Internacional.

³ Deve ser dito ter ocorrido abuso dessa Resolução, a partir de 16 de dezembro de 1998, por parte dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha, atacando o Iraque, com a desaprovação da França, da Rússia e da China, membros do Conselho de Segurança da ONU, e que levou Kofi Annan, Secretário-geral da ONU, a considerá-los “triste para as Nações Unidas e para o mundo”.

⁴ A solução militar dada ao *affair* Kosovo, a partir de 24 de março de 1999, pela OTAN, organização militar, com o apoio do G7 (Grupo dos Sete Países mais industrializados), colocou em segundo plano a soberania da Iugoslávia e, em primeiro, os direitos humanos, modificando o conceito clássico e tradicional de Direito Internacional. Dessa solução, que durou mais de dez semanas, até junho do mesmo ano, causando danos pessoais e materiais em Belgrado e em outras

partes da Iugoslávia, surgiu a *Teoria da supremacia dos direitos humanos*, acima de quaisquer princípios jurídico-internacional, aplicável sempre que ocorrerem *crimes contra a humanidade*. Resta saber (ou aguardar para ver) se esta teoria será aplicada quando violados os direitos humanos na (ou pela) Rússia ou na (ou pela) China. O *affair* Kosovo colocou em cheque o princípio da soberania nacional.

5 A reação militar norte-americana, legitimada *a posteriori* pela ONU, ao audacioso, catastrófico, chocante e desumano ataque terrorista de 11 de setembro de 2001 (“*Terça-feira Negra*”), praticado por palestinos, sequestrando e pilotando dois *Boeings* com passageiros, arremessando-os contra as “torres” gêmeas do *World Trade Center* (centro financeiro americano), destruindo-as e soterrando a maioria das pessoas que lá se encontravam, e contra o *Pentágono* (símbolo militar do poderio americano), colocou o *Direito Internacional* entre parênteses aguardando que o bom senso, a razão e os valores ocidentais voltem a predominar. A razão e os valores ocidentais distanciaram-se mais com a *guerra preventiva*, empregada pelos Estados Unidos contra o Iraque (20.03.2003) e, como consequência, com o *unilateralismo* na solução dos conflitos internacionais abraçado pelo governo norte-americano, afastando-se do *multilateralismo*, dominante até 2003. A ideia empregada, pela primeira vez, para justificar a *guerra preventiva* é de Israel com a *Guerra dos Seis Dias*.

6 Sobre o *direito penal*, vide § 105.

7 O *direito penal internacional* tem sido conceituado de forma restrita por muitos penalistas: regras disciplinadoras da aplicação da lei penal no espaço (Jiménez de Asúa); regras disciplinadoras da competência judicial ou legislativa dos distintos Estados na repressão dos delitos (Diena); regras determinadoras da competência das jurisdições penais e da validade, no território do Estado, das sentenças criminais estrangeiras, motivado pela necessidade de colaboração dos Estados para combater a criminalidade internacional (Donnedieu de Vabres). Inegavelmente temos, no campo do direito interno (direito nacional), o direito penal internacional, que, no campo do direito privado, corresponde ao direito internacional privado (§ 122): ambos disciplinam conflitos de leis no espaço, o penal de leis penais, enquanto o privado de leis de direito privado e misto. Assim, o direito penal internacional no sentido estrito não pertence ao direito internacional, mas ao direito interno, disciplinador de conflitos de leis penais no espaço, estabelecedor de competência legislativa e jurisdicional em matéria penal. Daí por que muitos juristas, evitando confusões, preferem denominar o *direito penal internacional em sentido lato*, que estamos tratando neste parágrafo, de *direito internacional penal*, para distingui-lo do *direito penal internacional em sentido estrito*, conjunto normas de conflito de leis penais. Sobre o direito penal internacional em sentido amplo consultar: Donnedieu de Vabres, *Leprocès de Nüremberg (Recueil de Cours de l’Académie Internationale de Droit*, 1947, t. 70); Glaser, *Introduction à l’Étude du Droit International Pénal*, Bruxelles, 1954; Graven, *Les Crimes contre l’Humanité*, Paris, 1950, e Pella, *La Guerre-Crime et les Criminels de Guerre*, Genève-Paris, 1946. Para o direito penal internacional poderá ser encontrada uma exposição sumária em Lombois, *Droit Pénal International*, Paris, 1971.

8 Como não há limite, em tese, para o progresso dos conhecimentos científicos e para a tecnologia, alguns juristas ao definirem o direito espacial vão além do espaço *extra-atmosférico*, dando como campo desse direito o espaço “*interplanetário*”, “*intersideral*” ou “*cósmico*”, que, nos

anos 1990, ainda era mera hipótese.

- 9 Consideramos o direito espacial como direito internacional (*International Space Law*). Aliás, o Tratado Espacial de 1967 já prescrevia estar submetida a atividade espacial ao direito internacional e à Carta das Nações Unidas. Daí recusarmos a denominação de *direito aéreo espacial*, por parecer unificar o direito que utiliza o espaço atmosférico com o que explora o espaço extra-atmosférico. Bem como *direito interplanetário*, por reduzir o seu alcance à exploração de planetas e à exploração do espaço extra-atmosférico. Pelas mesmas razões, *direito astral* ou *direito cósmico*. A denominação *direito astronáutico* não dá uma ideia do campo desse direito, sendo, portanto, uma denominação imprecisa. Muito menos é de se acolher a ideia metafísica de direito espacial: *Metadireito (Metalaw)*, proposta por Haley, por trazer para o campo do direito positivo princípios filosóficos e, para a ciência do direito, nos anos 1990, a ficção científica.
- 10 A inclusão do direito espacial no campo do direito internacional público não afasta a possibilidade de haver direito espacial nacional (direito interno), campo do direito público interno, que, tendo em vista os grandes interesses do Estado na atividade espacial e os riscos que dela decorrem, a disciplina como uma das atividades estatais. Nesse caso, compreenderá normas específicas de responsabilidade civil, de contrato (direito civil), normas de direito penal, de direito administrativo etc.
- 11 O lixo espacial é incontrollável. Dejetos espaciais, como restos de foguetes, de satélites etc., ameaçam a vida e os bens na superfície da Terra, além de poluir o espaço. Afora os fatos graves apontados no texto, deve ser lembrado o que ocorreu em 08.02.1991, quando a estação orbital soviética Salyut-7 fragmentou-se, caindo destroços na Argentina, nas proximidades da Cidade Puerto Madryn. Diga-se de passagem, para avaliar a gravidade, as ameaças e o perigo desse lixo, o peso dessa estação soviética era de 40 toneladas. A ONU aprovou, em 29.11.1971, a *convenção sobre Responsabilidade Internacional por danos causados por objetos espaciais*, em vigor a partir 01.09.1972.
- 12 Há na ONU um órgão, criado em 1959, tendo por objeto a exploração e o “uso pacífico do espaço cósmico” (COPUOS).
- 13 Os Estados Unidos posteriormente ingressaram na LDN ou SDN.
- 14 A ideia de uma nova organização internacional, destinada a substituir a SDN, ocorreu em 1943, em Moscou (*Declaração de Moscou*), no encontro realizado entre representantes da China, Rússia, Estados Unidos e Inglaterra (Reino Unido). Ideia concretizada em *Dumbarton Oaks* (EUA), em 1944, e, um ano depois, em Yalta. Porém, só na *Conferência de São Francisco* (25 de abril a 26 de junho de 1945) tornou-se realidade, com a aprovação da *Carta das Nações Unidas*, que entrou em vigor em 24 de outubro do mesmo ano, com o objetivo de garantir a ordem internacional, a paz, e solucionar conflitos internacionais.
- 15 A Comunidade Internacional dispõe, também, da *Corte Permanente de Arbitragem* (CPA), criada em 1899, pela I Conferência de Haia, com sede em Haia, que, na realidade, é um juízo arbitral de litígios internacionais. Passou a ser Corte Internacional de Justiça, desde 1945.
- 16 A ONU, após a *Queda do Muro de Berlim* (1989), parece-se com a extinta Liga das Nações ou

Sociedade das Nações, desmoralizada com os fracassos de sua atuação na invasão pela Itália da Abissínia, no rearmamento alemão e na ocupação alemã da Áustria, da Tchecoslováquia, etc. O mesmo ocorre agora com a ONU, enfraquecida com a solução militar dada pela OTAN ao *affair* Kosovo (1999), na represália militar norte-americana ao bárbaro e desumano ataque terrorista, praticado por pilotos palestinos, em 11 de setembro de 2001, em Nova Iorque etc. Todos esses atos, ações e ataques foram por ela *a posteriori* legitimados. Desacreditada mais ainda com a *Guerra do Iraque (Guerra Preventiva)*, sem o aval do Conselho de Segurança, ocorrida em 20.03.2003, que violou a Carta das Nações Unidas e o Direito Internacional (*vide* notas 3 e 4). Em 2009, o Governo do Democrata Barack Obama não deve seguir a *Doutrina da Guerra Preventiva*.

17 A OEA foi, entre nós, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 64, de 1949, ratificada a 11 de fevereiro de 1950, promulgada pelo Decreto nº 30.544, de 1952. Posteriormente sofreu alterações.

18 Na França, o poeta e romancista Victor Hugo (1802-1885) defendeu também a ideia dos Estados Unidos da Europa.

19 O princípio que orienta o projeto dessa Constituição é o da união na diversidade, fundada nos “valores de respeito da dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do estado de direito e do respeito aos direitos do homem” (art. 2º). A Cúpula da União Europeia, reunida em Bruxelas em 13.12.2003, adiou a votação do citado projeto de Constituição, em razão do sistema eleitoral nele previsto, que dava a maioria à França e à Alemanha. Entretanto, em 18 de junho de 2004, a Cúpula de Bruxelas (Chefes de Estado e de Governo dos 25 países europeus) aprovou a Constituição.

20 Em 18 de junho de 2004, a *Cúpula de Bruxelas* (Chefes de Estado ou de Governo), como está dito na nota anterior, assinou o *Tratado Constitucional*, tendo como texto a *Constituição da Europa*, na dependência de ratificação para entrar em vigor em 2009. Criou o cargo de *Presidente da Europa* e o de *Ministro das relações Exteriores*. Incorporou ao texto a *Carta de Direitos Fundamentais*. A ratificação por cada país-membro poderá ser problemática por pretenderem, uns, que seja feita pelo Parlamento, outros, por referendo. Confirmou-se o que escrevi anteriormente nesta nota. O referendo, em 2005, “matou” a Constituição Europeia pelo “não” dos franceses e dos holandeses. Mas, a UE precisava ser reorganizada. Daí, reunidos em Lisboa, os seus líderes redigiram Tratado semelhante à Constituição rejeitada em 13 de dezembro de 2007. Trata-se de anteprojeto que dá organização jurídico-administrativa e política à UE. Do Tratado rejeitado, manteve o cargo de Presidente da UE. Ainda em Lisboa, em 13 de dezembro de 2007, foi ratificado o *Tratado de Lisboa* que rege a UE. Em 12.06.2008, a Irlanda vetou o Tratado de Lisboa. A UE, que se expandiu, continua a aguardar a reconsideração da Irlanda.

21 Em novembro de 2009, ratificado por todos os Estados-nações europeias o “Tratado”, foram eleitos o professor de Economia belga, Herman van Rompay, o primeiro Presidente da UE, e a Economista, do Partido Trabalhista inglês, Catherine Ashton, para a Chancelaria (chefia da diplomacia europeia). Tomaram posse em 1º de dezembro de 2009, quando, então, entrou em vigor o *Tratado de Lisboa*.

22 Até 11 de maio de 1994 fazia parte da Corte Europeia de Direitos Humanos a Comissão de

Direitos Humanos, na qual deveriam dar entrada denúncias de violações desses direitos. A partir da data acima indicada a Comissão foi extinta, as denúncias ingressam diretamente na Corte. Em novembro, a Corte tomou decisão polêmica não permitindo que o crucifixo fique nas salas de aula de Colégios Públicos da Itália.

²³ Daremos aqui alguns julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos: de 22.07.1972, concedeu indenização pela duração, por tempo não razoável, de prisão provisória de um austríaco; de 28.11.1978, anulou decisão de um Tribunal alemão por não terem sido assistidos os réus, que não eram alemães, por um intérprete, em virtude de não compreenderem o alemão; e de 13.06.1979, reconheceu ao filho natural os mesmos direitos sucessórios e patrimoniais dos filhos legítimos, por não distinguir a Convenção a família legítima da natural, enquanto a lei belga, que fora aplicada, fazia essa distinção.

²⁴ A respeito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos consultar: *Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos* (São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000) organizadores Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan, e de Sylvia Helena de Figueiredo Steiner: *A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

²⁵ *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries of an International Court*. O Estatuto de Roma entrou em vigor em 01.07.2002.

²⁶ O Brasil, em 07.06.2002, aprovou pelo Decreto Legislativo nº 112 o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e, em 25 de setembro de 2002, o promulgou pelo Decreto nº 4.338, publicado no DO de 26 do mesmo mês e ano.

²⁷ Da primeira composição do Tribunal constou uma magistrada brasileira, Sylvia Steiner.

DIREITO PÚBLICO INTERNO E SUAS DIVISÕES

98. DIREITO PÚBLICO INTERNO

É a parte do direito em que predomina o interesse público, principalmente o do Estado. Pode-se dizer ser o *direito organizador do Estado e protetor e garantidor da ordem pública e da paz social*. Nele o Estado prepondera, apresentando-se em posição de superioridade, revestido de *imperium*, como autoridade pública. É direito de subordinação. Divide-se em: direito constitucional (§ 99), direito administrativo (§ 102), direito financeiro e tributário (§ 103), direito judiciário (§ 104), direito processual (§ 111), direito internacional privado (§ 112) e direito penal (§ 105). São esses os ramos mais importantes desse direito.

99. DIREITO CONSTITUCIONAL

Direito constitucional é o principal, e mais importante ramo do direito público interno, ou seja, do direito estatal. E por quê? Por tratar da organização jurídico-política do Estado, de sua forma de governo, de seus órgãos fundamentais, de seus poderes, especificando as funções de seus agentes e as garantias individuais, que protegem o cidadão contra os abusos das autoridades. Na hierarquia dos direitos estatais o constitucional é superior a todos os demais, por ser manifestação da soberania nacional. A superioridade jurídica desse direito é tal que todos os demais ramos do direito público interno e do direito privado têm que se adaptar às suas prescrições, não podendo violá-las, sob pena de serem inconstitucionais. Levando em conta o que acima foi dito, podemos defini-lo como o *direito organizador dos poderes do Estado, de seu governo, disciplinador das relações jurídicas entre governantes e governados, garantidor dos direitos fundamentais do homem*. É, pois, o direito que estabelece a organização jurídico-política do Estado. Em que diploma legal encontra-se esse direito? Na Constituição (§§ 63 e 70) e nas emendas constitucionais, ou seja, nas leis que a modificam, sem desfigurá-la. Porém, não só nelas, mas também na jurisprudência das Cortes Constitucionais ou das Supremas Cortes (Supremo Tribunal Federal, entre nós) que a interpretam. Além disso, nos costumes constitucionais, nos países, como Estados Unidos, em que é longeva a Constituição. Encontra-se igualmente nas tradições constitucionais, formadas a partir das mais antigas Constituições, desde que não incompatíveis com as mais modernas. O valor e a importância delas é tal que, no Brasil, no ano de 1997, por ocasião das reformas da Constituição de 1988, vozes ergueram-se contra a emenda da reeleição do Presidente da República fundadas em nossas tradições que a vedam expressamente

desde a Constituição de 1891, respeitada nas de 1934, de 1946 e até mesmo nas dos governos militares.¹

Direito constitucional não depende, assim, da fisionomia política do Estado. Tanto pode versar sobre uma Constituição democrática como sobre uma Constituição socialista ou fascista.

Nas Federações, como é o caso do Brasil, existem dois direitos constitucionais: o direito constitucional federal e os direitos constitucionais estaduais. O primeiro predomina sobre o segundo, derrogando este quando com ele conflitar ou quando incompatível com ele. Há matéria constitucional da competência do direito constitucional federal, que delimita a competência constitucional estadual. O direito constitucional federal tem vigência e eficácia em todo o território nacional, enquanto o estadual só na unidade federativa que o promulgar.

Pode-se situar no espaço e no tempo o aparecimento desses dois direitos constitucionais; surgiram com o Estado federal moderno, instituído em 1787, pela Constituição de Filadélfia (Constituição norte-americana), enquanto no continente europeu com as Constituições suíças de 1848 e de 1874, e com o *Deutsches Reich* (1871-1918, 1919-1933 e 1949). Entre nós, com a Constituição de 1891.

100. DIREITO ELEITORAL

Ramo do direito público ou, como querem outros, do direito político (§ 101), *estabelece regras para eleição dos governantes pelos governados (eleitores), estipulando as condições para ser eleitor e as de elegibilidade, a data das eleições, a forma do voto e de sua apuração*. De forma resumida: *direito político que rege o processo eleitoral*. Do regime político dependem a natureza, a índole e a característica política do direito eleitoral. Do disposto no direito eleitoral dependem as condições para ser eleitor (cidadão ativo), qualidade sem a qual nenhum cidadão pode exercer qualquer profissão, e que não lhe pode ser negada, desde que reúna as condições legais para obtê-la. Ser eleitor não é, entre nós, exclusivamente direito do cidadão, mas também dever, função, por ser obrigatório o voto. O liberalismo considera-o como direito, que, como tal, pode deixar de ser exercido. Mas, entre nós segundo a nossa tradição, é obrigatório.

O direito eleitoral possibilita a decisão política do eleitorado, e não do povo. Se considerarmos-la como opção partidária, por serem os candidatos indicados por partidos políticos, e se considerarmos cada partido político ser representativo de um programa político, o direito eleitoral possibilita a escolha de um programa político, ou melhor, de uma política.

101. DIREITO POLÍTICO

Há publicistas que distinguem o “direito político” do “direito constitucional”. Este último teria

por objeto a ordem jurídica do Estado, enquanto o direito político, o Estado como comunidade. Jellinek é um dos que dividem o direito público em direito internacional e direito político. Há outros tratadistas, porém, que não os distinguem, considerando que ambos têm o mesmo objeto: a estrutura do Estado. Se entendermos o direito político como estudo da estrutura do Estado, sem qualquer confusão com a Política, que trata dos meios a serem usados para obter soluções políticas de sentido histórico, e sem confundi-lo com o direito constitucional, que versa sobre a ordem jurídica do Estado, pensamos ser possível admitir a autonomia do direito político. O direito político, nesse caso, compreenderia a *estrutura política do Estado, o direito eleitoral e os partidos políticos*. Nesse modo de entendê-lo (a nosso ver), as suas fontes estão em leis e, acima de tudo, na “doutrina” (§ 81), que unifica sistematizando, dentro de um ponto de vista político, o disposto na Constituição e na legislação política (direito eleitoral, leis dos partidos políticos etc.).

102. DIREITO ADMINISTRATIVO

É a parte do direito público que *organiza e disciplina a Administração Pública e os serviços públicos*. Pode-se dizer ainda ser o *sistema de normas de direito público que organiza a Administração Pública e disciplina a sua atividade*. Investe-a de poder de polícia e de poder discricionário, inconfundível com o arbitrário, pois é o poder de tomar a decisão mais oportuna, tendo em vista os fins estabelecidos pela lei para determinada situação. Dota-a de poder normativo (poder regulamentar) e de função disciplinar (processo ou inquérito administrativo). Define as relações jurídicas que vinculam por um lado a Administração Pública e por outro os seus membros (servidores públicos). Tutela os bens do Estado, disciplinando o seu uso.

Considerando o crescimento dos serviços públicos no mundo atual e o posicionamento do Estado em relação à ordem econômica, pode-se profetizar dizendo que o direito administrativo será o ramo mais importante do direito do futuro.

As fontes do direito administrativo são: leis, regulamentos, decretos, avisos, portarias, ordens, instruções etc., que, em sua maioria, organizam os serviços públicos. Por isso, pode-se dizer ser o direito administrativo constituído de *normas* de organização.

Do ponto de vista histórico, a legislação mais antiga, a respeito da matéria tratada neste parágrafo, é francesa, datando de 1800, bem como francesa uma das obras mais antigas de direito administrativo: *Les Éléments de Jurisprudence Administratif* (1818), de Macarel. É, ainda, na França que o moderno direito administrativo, em sua maior parte, se formou com a jurisprudência do Conselho de Estado a partir do século passado.

103. DIREITO FINANCEIRO

É o *direito que disciplina e organiza as finanças públicas*, ou então, com Pugliese (*Istituzioni di Diritto Finanziario*), o “conjunto de normas que disciplinam a arrecadação, a gestão e a distribuição de meios econômicos que necessitam o Estado e outros entes públicos para o cumprimento de suas atividades”. Prevê os meios necessários a cobrir as despesas do Estado, obtidos com impostos, taxas, empréstimos públicos (Letra do Tesouro etc.). O *Orçamento* é a lei que programa as despesas do Estado, tendo em vista a sua receita (recursos). A emissão de moeda é também por ele regida. Prescreve o *regime monetário* e, portanto, a *moeda de curso legal*.

O direito que rege impostos e taxas, impondo sanções para o caso de não pagamento dos mesmos, é o *direito tributário* ou *fiscal*. Assim, direito tributário é a *parte do direito financeiro* que compulsoriamente estabelece e dá a forma de recolher *tributos para cobrir as despesas do Estado* e dos demais entes públicos, bem como prescreve sanções para o caso de não pagamento daqueles, ou então, com Giannini (*Istituzioni di Diritto Tributario*): “*parte do direito financeiro que estabelece e recolhe tributos*”. As sanções desse direito são patrimoniais (multa, correção monetária etc.) e pessoais (prisão). A de prisão pode ser, em regra, reduzida se o contribuinte faltoso efetuar o pagamento do débito fiscal assim que notificado.

104. DIREITO JUDICIÁRIO

É o *direito que organiza o Judiciário e disciplina o seu funcionamento*. Tem relações estreitas com o direito processual (§ 111), mas com ele não deve ser confundido. Organiza os diversos órgãos do Poder Judiciário do Estado, bem como os seus auxiliares e os serventuários indispensáveis a seu funcionamento. Prevê meios corretivos dos serviços judiciários e sanções para faltas dos membros do Judiciário. Assim, o direito judiciário tem por objeto a *organização judiciária*, que varia de Estado a Estado, resultante, como notam Henry Solus e Roger Perrot (*Droit Judiciaire Privé*), “de uma longa evolução, tendo suas causas profundas na história e nas tradições, nos acontecimentos históricos, nos movimentos sociais e econômicos” de cada país; modelada, prosseguem os autores citados, “em função das condições geográficas e da densidade da população”; observa “princípios gerais que correspondem a uma concepção de Estado e da Justiça, próprias a cada povo”. No sistema federativo, como no caso do Brasil, não é a mesma em todos os Estados-membros, variando com as suas específicas condições geográficas e a densidade de população de cada um, apesar de respeitar princípios gerais estabelecidos na Constituição Federal. Não pode dispor de forma contrária ao direito processual (§ 111).

Entre nós, temos a *organização judiciária federal* e *organizações judiciárias estaduais*. A primeira é dada pela Constituição Federal e pelas leis federais de organização judiciária, enquanto as segundas, pelas Constituições estaduais e pelas leis estaduais de organização judiciária, por *resoluções* dos tribunais federais e estaduais, que não podem transgredir os princípios gerais de

organização judiciária previstos na Constituição Federal.

Temos, pois, em função do espaço: o *judiciário federal* e o *estadual*, e, em razão de competência: *jurisdição comum* e *especial*. A jurisdição comum aplica direito comum (direito civil, direito comercial, direito penal, direito administrativo etc.), decidindo questões para as quais não há jurisdição especial. A jurisdição especial é formada pelos juízes e tribunais do trabalho, juízes e tribunais militares e juízes e tribunais eleitorais.

Alguns países têm, ao lado dessas jurisdições, a “jurisdição constitucional” com competência para julgar os crimes de responsabilidade e decidir sobre inconstitucionalidade da lei. Essa forma de jurisdição apareceu depois da Primeira Guerra Mundial, quando foram criados “tribunais constitucionais” (*Verfassungsgerichtshof*), destinados a controlar a constitucionalidade das leis e a proteger a Constituição. A Constituição de Weimar (1919), a da Áustria (1919), a espanhola de 1931 e a da Tchecoslováquia de 1920, criaram tribunais desse tipo. Depois da última guerra, a Constituição francesa de 1946 instituiu o *Comité Constitutionnel*, e a italiana de 1947, a *Corte Costituzionale*. Entre nós, desde a primeira Constituição republicana (1891), cabe ao Supremo Tribunal Federal a função de corte constitucional.

Finalmente, difícil é separar a matéria do *direito judiciário* da matéria do *direito processual*. Pode-se dizer que a primeira é formada pelo que não for disciplinado pelo direito processual. É o resíduo do direito processual. Assim, o que hoje pertence ao direito judiciário pode ser amanhã da alçada do processual e vice-versa.

105. DIREITO PENAL

Também denominado *direito criminal*,² é o *sistema de normas que define e enumera os crimes e as respectivas penas, bem como prescreve medidas preventivas aplicáveis às pessoas perigosas*. Maggiore (*Principi di Diritto Penale*) assim o define: “sistema de normas jurídicas, por força das quais o autor de um crime (réu) sofre uma perda ou diminuição de direitos pessoais (pena)”. Já para Grispigni (*Diritto Penale Italiano*) é o “complexo de normas jurídico-estatais, cuja violação tem como consequência uma pena”, enquanto Pannain (*Manuale di Diritto Penale*): “grupo de normas jurídicas com as quais o Estado proíbe, mediante a ameaça de uma pena, determinados comportamentos humanos (ações ou omissões)”. É direito punitivo, porque ao proibir certas condutas (ações ou omissões) prevê a pena que lhes corresponde. Tem duplo destinatário: o preceito (ações proibidas) tem por destinatário todas as pessoas, enquanto a pena, o judiciário, por ser o órgão estatal que a impõe nas sentenças. A fonte única do direito penal é a lei. Costume, jurisprudência e doutrina não têm no terreno jurídico-penal força normativa. É um dos poucos ramos do direito cujas normas são acompanhadas, em sua maioria, de sanções (pena). Por isso, a estrutura da norma penal é simples: *preceito* (enumerador de crimes) e *sanção* (pena).

Mas o direito penal não é só o direito que pune o culpado por um delito, mas o que prevê também *medida preventiva* (medida de segurança) aplicável aos culpados pelo delito quando *perigosos*, bem como aplicável aos que, por incapacidade, não respondem pelo mesmo. Ao *culpado*, o direito penal prescreve a *pena* (prisão, multa, penas alternativas como serviço prestado à comunidade, prisão domiciliar etc.), aos *perigosos*, a *medida de segurança* (medida de internação). Medida que tem caráter *preventivo*, tendo em vista o delinquente ou a personalidade anormal do agente menor ou incapaz.

No mundo moderno, dando possibilidade do domínio do dinheiro, da corrupção, existem delitos de difícil individualização, ou seja, de ser apontado o delinquente. A maioria desses crimes só pode ser cometida por pessoas interligadas por trabalho ou por interesses, muitas vezes em graus diferentes. O penalista alemão Claus Roxin abrangia esses crimes continuados, em cadeia, em sua *Teoria do Domínio de Fato*, que considera quem estiver no comando de uma instituição, função, dando uma ordem ou admitindo ação de seu subordinado, da qual resultam delitos continuados, em cadeia, responde com os demais, em graus diferentes, pelos resultados desse fato. Essa Teoria funda-se em indícios, por isso só deve ser aplicada em casos especiais.

Visa o direito penal³ a garantir a segurança individual, a ordem pública, a ordem econômica e a paz social. Tutela bens existenciais (vida, liberdade, saúde, honra, nome, integridade física etc.) e bens patrimoniais, bem como a ordem pública, os bons costumes, o funcionamento do Estado, bens e interesses do Estado etc.

Assim, em função do direito penal, à conduta prevista de antemão pela norma penal como ilícita deve ser aplicada uma pena (perda ou diminuição de direitos pessoais) ao delinquente, desde que penalmente capaz e desde que considerado culpado por sentença. Cabe ao juiz individualizar a pena entre o máximo e o mínimo previsto em lei, ou seja, estabelecer a que corresponde à gravidade do delito praticado e às circunstâncias do mesmo.

Direito intimidativo, destinado a assegurar a ordem interna, o direito penal esteve, na sociedade arcaica, à mercê da vingança do ofendido ou de sua família. Era então governado pela lei do “dente por dente, olho por olho”. Depois, a aplicação dessa lei draconiana passou a depender da vontade da vítima ou de sua família, que podia escolher outra forma de punição. Muito depois, inicialmente com caráter facultativo, a penalização do criminoso era estabelecida por decisões de árbitros escolhidos pelas partes. Com o tempo, o poder de punir o delinquente foi monopolizado pelo Estado, pondo assim fim à insegurança e à intranquilidade geradas pela vingança, ou seja, pela justiça privada. Depois, passou a ser confundida com a reparação, para, finalmente, nas sociedades modernas, ter caráter expiatório, retributivo, intimidativo, destinada a desencorajar futuros delitos. Posteriormente, foi defendida como meio de defesa social e de recuperação ou ressocialização do criminoso (que nas penitenciárias incorrem).

A monopolização pelo Estado do poder de punir deu ao poder público instrumento de

intimidação perigoso. Daí a Civilização Europeia, para reduzir esse risco, fez depender o crime de anterior lei penal que o defina e o puna. Eis a razão do *princípio de legalidade*: não há crime e nem pena sem prévia lei (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*), espinha dorsal do direito penal ocidental.⁴

Do exposto, fica esclarecido que o direito penal é sistema de direito público, em razão dos bens e dos interesses que tutela, de natureza imperativa (*jus cogens*), por impor e proibir condutas, e de caráter aflitivo, porquanto a pena (sanção penal) tem principalmente caráter aflitivo, expiatório, intimidativo. Além desse aspecto fundamental, deve contribuir para a recuperação do delinquente e para a defesa da paz social e da segurança individual.

Quanto ao *fundamento do direito penal*, variam as teorias, seja justificando a pena como castigo seja como medida recuperadora do delinquente, ou seja, como defesa social. Assim, para a *teoria da retribuição* a pena é o sofrimento imposto ao agente como retribuição ao crime. Para essa teoria, a intimidação é a principal função do direito penal. Já a *teoria da recuperação*, isto é, da *emenda* considera a pena o meio de emendar, corrigir, reeducar ou recuperar socialmente o criminoso. Finalmente, para a *teoria da defesa social* a pena é o meio de defesa da sociedade contra o crime.⁵

A obra de Beccaria, *Dei Delitti e delle Pene*, aparecida em 1763, delimita, no direito penal, épocas. Exerceu profunda influência no mundo jurídico. Quando apareceu, revolucionou a teoria penal. Defende o princípio de legalidade: só a lei pode de antemão estabelecer penas para os delitos, devendo os juízes limitar-se a aplicá-las de forma proporcional à gravidade dos mesmos. Combate Beccaria as penas infamantes, desumanas e a pena de morte, bem como é partidário da defesa social preventiva: “melhor prevenir os delitos do que os castigar”. Dessas ideias resultou a *escola clássica de direito penal* (Romagnosi, Feuerbach e Bentham). A ela aderiram Rossi e Carmignani. Foi a obra de Carrara (1805-1888), porém, que lhe traçou o programa (*Programa del Corso di Diritto Criminale*, 1859). Proporcionalidade da pena ao delito, prevenção social do delito e imputabilidade moral (culpa, sanidade mental e maturidade do agente) são os princípios básicos dessa escola, para a qual o delito é exclusivamente entidade jurídica, cuja configuração jurídica independe da personalidade do delinquente. Contra ela, sob a influência do sociologismo e do positivismo, colocou-se a *escola positiva (positivista) de direito penal* (*Scuola Positiva*), indagando os fatores sociais, psicológicos e orgânicos do delito, não reconhecendo ser a imputabilidade moral, isto é, a culpa, condição para aplicação da sanção penal, admitindo a responsabilidade legal (sem culpa) do autor do delito. Atribui à pena função educativa e recuperadora do delinquente e de defesa social. Assim, para essa escola, para a qual tanto contribuiu Ferri (1856-1929) e em que se situam Von Liszt, Garofalo, Niceforo, Puglia, Florian, Grispigni e Pende, tanto o agente sadio psiquicamente como o mentalmente enfermo são alcançados pelo direito penal por ter, para esses penalistas, a sanção penal por objetivo principal a defesa social: para o agente capaz, a pena, enquanto para o incapaz, medida preventiva. A essa escola pertencem os brasileiros F. J. Viveiros de Castro e

Esmeraldino Bandeira. A *Terza Scuola* (Impallomeni, Alimena e Carnevale) ecleticamente não dá destaque ao delito e ao criminoso na fixação da pena. Mas, em oposição a estas, afastada das ciências humanas e sociais, dentro de uma posição puramente jurídica, formalista, portanto, aproximando-se mais da escola clássica, está a *escola técnico-jurídica* (Rocco, Manzini, Battaglini, Vannini, Massari etc.), que não se interessa pelas raízes do delito e nem pelo delinquente, pois entende o direito penal como direito repressivo, tendo por objeto a lei penal e o crime. Por fim, sofrendo a influência da Filosofia dos valores, a *teoria fnalística* ou *finalista* compreendendo o delito pela finalidade perseguida pelo delinquente. É a teoria do penalista alemão Welzel, que, segundo muitos penalistas, é de difícil aplicação seja no caso de crime culposos (em que não há intenção de causar o crime) seja no de dolo eventual, em que o fim ilícito não é desejado e nem previsto, apesar de previsível.

A tendência atual é no sentido da consideração tridimensional do delito: norma penal-realidade social-delinquente ou, então, norma penal-finalidade-gravidade da ação, respeitando a advertência de Beccaria: “é preferível prevenir do que punir”. “A personalidade do criminoso”, sustenta com razão entre nós Luís Ângelo Dourado (*Ensaio de Psicologia Criminal*), “é a figura central na psicogênese do crime, desempenhando o meio-social papel de fator precipitante”. Assim, crime, criminoso e lei penal devem ser os objetivos da ciência penal. Ciência que, a partir do Tribunal Militar de Nuremberg, ocupa-se também com os delitos praticados fora das fronteiras do Estado ou dentro delas, mas com efeitos além delas, isto é, com os chamados *crimes transnacionais*, dentre os quais os contra os chefes de Estados, ministros, militares, tráfico de drogas etc. Considerando esses delitos, pode-se dizer que o direito penal deixou de ser exclusivamente direito público interno para ser também internacional. Mas aquém desse aspecto, mais além do caráter nacional do Direito Penal, temos os efeitos das *regionalizações* sobre esse direito, como, por exemplo, a bem sucedida União Europeia (escrevemos em 2004), desnacionalizando o Direito Penal. Mas, mais além ainda do conceito clássico de Direito Penal, com validade dentro das fronteiras do Estado (se ainda se pode falar em fronteiras no mundo globalizado), temos o Direito Penal punindo delitos que não têm efeitos só nos países em que foram cometidos, mas mais além das fronteiras nacionais, criadores de riscos a outros países e à própria humanidade, como, por exemplo, contra o mercado financeiro (internacionalizado com a globalização ou mundialização), contra o meio ambiente, a ordem econômica etc.

No mundo atual, em que vivemos, há crime *on-line* (crime cibernético) que tem como vítima ou lesado pessoas no território nacional ou fora dele, seja lesando o direito de privacidade ou o de propriedade. No momento, a pena é a mesma dos crimes tradicionais.

106. DIREITO PENAL COMUM E ESPECIAL

O direito penal subdivide-se em *direito penal comum* e *direito penal especial*. O primeiro *define os crimes comuns*, enquanto o direito penal especial, os *crimes especiais*, decorrentes da natureza especial do bem tutelado atingido pelo delito ou do agente. Não é direito de exceção, mas direito especial.⁶

No direito penal especial temos, como principal ramo, o *direito penal militar*, que não é direito de casta, de privilégios, mas direito formulado segundo os princípios gerais do direito penal comum (Esmeraldino Bandeira). Define os *crimes militares*, bem como as suas penas. Portanto, há *crime comum*, definido pelo direito penal comum, que pode ser praticado por civil ou militar, julgado pela justiça comum, e *crime militar*. Este é toda ação ou omissão praticada por militar ou por civil contra a segurança nacional ou contra as instituições militares prevista na lei penal militar (Código Penal Militar). Por conseguinte, o que caracteriza, em regra, o crime militar não é só a profissão do agente: militar, mas também o objetivo do crime, ou melhor, o bem jurídico ameaçado ou lesado. Se a ação ou omissão atentar contra a segurança do Estado ou contra as instituições militares, temos crime militar, sendo ou não militar o agente. Desta forma, nem todo crime praticado por militar é crime militar, mas só os cometidos contra a segurança nacional ou as instituições militares, definidas na lei penal militar, ou, então, aqueles que somente podem ser praticados por militar (ex.: deserção). Assim, os crimes praticados por militar, no exercício de atividade militar, ou por civil contra a segurança do Estado e as instituições militares, são crimes militares, sujeitos a regime jurídico-penal especial.

A ideia de direito penal militar não é recente, mas muito antiga, datando dos romanos. Os romanos já distinguiram o crime praticado pelo cidadão (*ut civis*) do praticado por militar (*ut miles*). *Proprium militare est delictum, quod quis uti miles admittit*, então, *omne delictum est militis, quod, aliter quam disciplina communis exigit*. Com o tempo, crime militar deixou de ser, como vimos, só o praticado por militar, pois o civil pode, também, cometê-lo. Predominou, pois, no direito moderno a matéria sobre a profissão. Desde então, crime militar é não só o praticado por militar (*ratione personae*), como também o praticado por qualquer pessoa contra a segurança do Estado ou das instituições militares (*ratione materiae*).

107. DIREITO DISCIPLINAR

Próximo do direito penal, temos o *direito disciplinar público*, que, supondo relação de dependência (Manzini), visa à disciplina, prevendo sanções, de ordem administrativa, inconfundíveis com a pena, aplicáveis por superiores a subordinados. É o *direito repressivo destinado a obter maior eficiência, disciplina, decoro e produtividade no serviço público, nos parlamentos e nas Forças Armadas*. Nesse caso, as medidas disciplinares não são aplicadas pelo Poder Judiciário. Temos direito disciplinar Legislativo, cuja fonte são os regimentos das Assembleias Legislativas,

tendo como sanção mais grave a cassação de mandato de parlamentar; o direito disciplinar do Poder Judiciário, parte do direito judiciário, contido nos regimentos dos tribunais e na lei de organização judiciária, prescrevendo sanções aplicáveis aos membros do Poder Judiciário pelos tribunais e aos serventuários da justiça; direito disciplinar das Forças Armadas, e, finalmente, direito disciplinar da Administração Pública, com sanções aplicáveis aos servidores públicos, cuja principal fonte é o Estatuto do Funcionário Público.

108. DIREITO PENAL INTERESTATAL

Também denominado *direito penal internacional em sentido estrito* (vide § 92), é o conjunto de normas que dão solução ao conflito de leis penais no espaço. É o ramo do direito interno (§ 90), isto é, nacional, que estabelece a competência jurisdicional e a lei aplicável em matéria penal. Assim, enquanto o *direito internacional privado*, que veremos depois (§ 112), trata de conflito de leis no espaço em matéria de direito privado e de direito misto, o *direito penal internacional em sentido estrito*, ou *direito penal interestatal*, versa sobre o conflito de leis em matéria penal. Compõe-se assim de normas de direito interno, ou melhor, de *direito público interno*, que prescrevem a lei penal (nacional ou estrangeira) aplicável. Delimita a eficácia da lei penal no espaço. Tem por fontes convenções internacionais, bem como a lei. Também denominado *direito penal de conflito* ou *direito penal internacional “stricto sensu”*, soluciona o conflito de leis penais no espaço. Nesse campo predomina o princípio da territorialidade da lei penal, segundo o qual o crime praticado por nacional ou estrangeiro no território de um Estado é punido por sua lei. Há, entretanto, exceções a esse princípio, dentre as quais a decorrente de crimes internacionais previstos em tratados ou convenções internacionais, para os quais, independentemente do país em que for praticado, é punido pela lei do Estado em cujo território se encontrar o criminoso. Contra o mencionado princípio temos o da *personalidade*, segundo o qual a nacionalidade do criminoso determina a legislação penal que lhe é aplicável. Adota nossa legislação, com certas exceções, o princípio da territorialidade. Além desses princípios destaca-se o da *extradição*, segundo o qual o criminoso, quando estrangeiro, que, tendo praticado crime em um país, esteja refugiado em outro, é entregue ao país que deve julgá-lo. A maioria dos países não admite a extradição de criminosos políticos. O crime político, portanto, não admite a extradição. Entende-se por crime político toda ação contrária à organização política do Estado. Também, como exceção à extradição, temos a não extradição de nacionais, como no caso em que brasileiro, que tenha, por exemplo, praticado um crime na França, fuja para o Brasil, não será entregue à justiça francesa, mas será julgado aqui pela lei penal brasileira.

109. DIREITO CONTRAVENCIONAL

O *direito contravencional* distingue-se do direito penal pela menor gravidade das infrações que pune. Assim, enquanto o direito penal pune delitos, o direito contravencional pune faltas ou desobediências (Binding) sem muita gravidade. Em certos casos, o objetivo do direito contravencional é prevenir, e não punir, como, por exemplo, quando pune as vias de fato (luta corporal sem lesões), enquanto o objetivo do direito penal é punir homicídio, lesões corporais etc. O direito contravencional, como ensina Alimena (*Principi di Diritto Penale*), pune também fatos nocivos para a comunidade, como, por exemplo, barulho noturno etc. É, pois, o *direito que pune faltas sem muita gravidade*.

110. DIREITO PENITENCIÁRIO

É o ramo do direito repressivo que disciplina a forma que deve ser cumprida a pena de prisão celular, ou seja, a execução da pena imposta ao delinquente pelo juiz na sentença criminal. Há quem prefira denominá-lo de direito executivo penal. O direito penitenciário compõe-se de normas de direito administrativo e de técnicas pedagógicas destinadas a recuperar o delinquente no estabelecimento penitenciário, possibilitando, assim, que as sanções das normas penais alcancem os seus objetivos. Torna eficaz a execução da sentença condenatória. Direito que, servindo-se dos resultados das ciências auxiliares do direito penal, aplica-as nos limites do que dispõem as normas penais e processuais. Pode ser definido como o direito que tem por objeto a execução da pena em estabelecimento penitenciário e a recuperação social do delinquente.

111. DIREITO PROCESSUAL

É o *direito que disciplina o processo judicial, ou seja, a sequência de atos destinados a obter a sentença definitiva*.⁷ Pode-se defini-lo como o *complexo de normas que regulamentam a prestação jurisdicional por parte do Estado*. Em sentido lato: *direito que dá os meios para o exercício da jurisdição, quando provocada pelo prejudicado ou pelo Ministério Público, isto é, para a aplicação da lei pelo Poder Judiciário*. Para o iniciante na ciência jurídica talvez seja melhor defini-lo assim: *ramo do direito público que regulamenta a ação interposta pelo interessado no judiciário, por meio de seu advogado, para defesa de seus direitos*. Regulamenta as ações judiciais e os despachos e decisões que podem ser proferidas pelo juiz. Rege, portanto, as ações que, em juízo, destinam-se a proteger direitos e a ordem pública, enumera os recursos, ordena os atos processuais, fixa competência dos juízes, enumera as provas que podem ser produzidas e disciplina a produção das mesmas etc. Prescreve as condições para a aplicação do direito pelo Poder Judiciário.

Houve tempo em que o direito processual confundia-se com o direito material (direito civil, direito comercial etc.). Assim, por exemplo, o direito processual civil pertencia ao direito civil,

enquanto o processual penal, ao direito penal. A autonomia do direito processual foi obra da ciência jurídica moderna.

A partir do momento em que o Estado monopolizou o poder de punir o ilícito e em que formulou regras específicas para decidir os litígios, surgiu o direito processual, pondo fim à justiça privada (individual, familiar ou clânica).

As normas do direito processual têm estrutura diversa das demais normas jurídicas, que são *bilaterais*, enquanto as processuais são *trilaterais* ou *triangulares*, porque delas decorrem relação jurídica⁸ entre autor, que inicia a ação, e réu, contra quem é ela proposta, controlada pelo juiz, que lhe dá solução adequada e eficaz na sentença (autor-juiz-réu). Destarte, é constituída pelo menos de duas partes submetidas a um juiz, do qual depende o resultado da demanda. As partes (sujeitos do processo) da relação processual estão em pé de igualdade. Acima delas está o juiz ou órgão jurisdicional, que tem poder de decisão, ou seja, poder vinculativo; abaixo dele, subordinados à sua decisão, o autor e o réu. Como autor ou réu pode figurar no processo o próprio Estado, em igualdade de condições com a outra parte, submetido à sentença proferida por um de seus juízes, ou melhor, pelo Judiciário.

O direito processual, outrora denominado direito judiciário, divide-se em: 1) *direito processual civil*, regulamenta o processo que tem por objeto *matéria cível*⁹ (direito privado e direito público), ou seja, todo litígio não enquadrável na matéria penal; nesse caso, a iniciativa do processo depende da vontade das partes e seus efeitos não atinge pessoa alguma que não tiver sido parte do processo; 2) *direito processual penal*,¹⁰ que dispõe sobre a ação penal, isto é, o *exercício do poder punitivo do Estado*, que, ao contrário da ação cível, no seu curso pode ser modificada, atingindo, por exemplo, depois da denúncia (ato processual do Promotor iniciador da ação penal), pessoas que nela inicialmente não estavam incluídas, permitindo, em face da prova produzida, que o delito, pelo qual responde o réu, seja agravado, somado a outros, ou atenuado, e, ainda, que por outro crime, apurado no mesmo processo, seja condenado, desde que modificada a denúncia e dada nova oportunidade de defesa. Caso contrário, só em outro processo. O processo penal, regulamentado pelo direito que estamos tratando, tem duas fases: inicialmente *policia*l ou *inquisitório*, em que são feitas investigações e tomadas provas antecipadamente, destinadas a indiciar pessoas suspeitas de terem praticado um crime, e a segunda, *judicial*, ou da ação penal, iniciada com a denúncia do MP (Promotor), com produção de prova sob o controle do juiz. Atualmente, fala-se em *direito processual administrativo*, diverso do direito processual civil, que disciplina o processo administrativo. No direito processual, seja o civil, seja o penal, domina o *princípio do contraditório* (cada parte tem direito de contradizer o que a outra afirma).

112. DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Também denominado *direito de delimitação* ou *direito interprivado*, é o direito que indica a legislação de direito privado (nacional ou estrangeira) aplicável a casos em que há dúvida quanto à lei que os rege. Soluciona, assim, o conflito de leis no espaço (§ 143). Conflito que pode surgir quando, por exemplo, um brasileiro, falecido em Paris, fez testamento na Suíça. Qual a lei aplicável: a brasileira, a francesa ou a suíça? O direito internacional privado soluciona essa questão. Aponta, pois, para o juiz o direito interno (§ 90), nacional ou estrangeiro, aplicável a um caso sujeito a mais de uma legislação. Rege relações jurídicas estabelecidas entre pessoas de nacionalidades diferentes, ou relações jurídicas que tenham por objeto um imóvel que se encontra em país diverso do domicílio do titular. Isto não significa que um caso com as características acima mencionadas, regido, por exemplo, por lei estrangeira, deva ser julgado no país em que ela for vigente, ou seja, no estrangeiro, mas sim que será julgado no Brasil, caso aqui seja ajuizada a ação, aplicando-lhe, entretanto, o juiz brasileiro a lei estrangeira cabível segundo o que determinar o direito internacional privado.

Compõe-se de algumas regras, havendo em nossa época princípios comuns, que o orientam, acolhidos pelos povos cultos.

Resulta da diversidade de legislações, pois, se todos os países tivessem legislações idênticas ou semelhantes, seria desnecessário. Em razão disso, as relações jurídicas estabelecidas entre partes de nacionalidades diferentes, que se encontram, ao celebrá-las, em países diferentes, facilitadas pelos novos e rápidos meios eletrônicos de comunicação, podem provocar dúvida quanto à legislação aplicável, se a lei de um país ou a de outro. Para hipóteses como essa e para outras é indispensável haver um direito que, de forma eficaz, objetiva, imperativa e geral, resolva, de forma objetiva, sem arbítrio judicial, o conflito de legislações no espaço, isto é, de legislações de países diferentes a elas aplicáveis. Esse direito é o *direito internacional privado*, que não se confunde com o *direito internacional* (§ 91), por ser *direito interno* (§ 90) ou *nacional*,¹¹ isto é, no dizer de Coviello (*Manuale di Diritto Civile*): “direito próprio de determinado Estado”, e não “direito comum a todos ou muitos Estados”, como é o direito internacional, ou, como nota Niboyet (*Traité de Droit International Privé Français*), por não ser comum às nações e por não ter fontes internacionais, mas “fontes *especificamente nacionais*, isto é, próprias de cada país”. Isso porque as regras desse direito não são comuns a todos os países, tendo, cada um, as suas. Encontra-se, geralmente, não em costumes ou tratados internacionais, mas em lei, em regra, nas que precedem os códigos civis (*Lei de Introdução ao Código Civil*). Variam assim com as legislações de cada país. Apesar da denominação, é direito interno por ser prescrito por legislação de cada país, no nosso caso, por lei federal.

Norma de aplicação de lei, não pertence ao direito privado (§ 113), principalmente por ser, como nota Coviello, “conjunto de normas impostas ao magistrado”, que “manda somente aplicar uma legislação em vez de outra”, apesar de se encontrar, por tradição, nas leis de “Introdução ao Código Civil”.¹²

Pode ser reduzido a poucos princípios, dentre os quais destacamos os seguintes: 1) da *nacionalidade*: da nacionalidade da pessoa depende a legislação que lhe é aplicável (*lei nacional*). Exemplo: o italiano domiciliado em São Paulo estaria submetido à lei italiana, no tocante aos direitos pessoais; 2) do *domicílio*: do domicílio da pessoa depende a legislação que lhe é aplicável (*lei do domicílio*). Exemplo: ao alemão domiciliado no Rio de Janeiro aplica-se o direito brasileiro, e não o alemão. *Lei nacional* e *lei do domicílio* estão em conflito; a adoção do *princípio da nacionalidade* impede a aplicação do *princípio do domicílio*. Há países que adotam o da nacionalidade, como a Itália, e outros, como o Brasil, o do domicílio; 3) *locus regit actum* (o lugar em que o ato for realizado determina a lei que o rege); 4) *lex rei sitae* (a lei do país em que se encontrar a coisa lhe é aplicável) etc. Maiores considerações faremos no § 143 ao tratarmos da eficácia da lei no espaço.

Em sua origem, como na origem de todo o direito, formou-se espontaneamente, resultando de costumes, de sentenças, de praxes e da doutrina (§ 81).

É na Itália, por volta do século XIII, que apareceu esse direito no cenário jurídico por força do comércio intenso entre as cidades banhadas pelo Mediterrâneo, bem como por força de problemas criados pelo comércio internacional.

Com a Escola dos Glosadores, a questão da aplicação da lei estrangeira sofisticou-se, defendendo os seus corifeus a necessidade de ser atribuído certo arbítrio ao juiz para decidir qual a legislação mais adequada à questão a ser julgada, em regra a que melhor atingisse a finalidade do negócio jurídico *sub judice*.

É, entretanto, com Bártolo de Sassoferrato, com sua famosa Teoria dos Estatutos (§ 143), que o direito internacional privado consolidou-se. Aperfeiçoou-se, portanto, por obra de juristas, e não de legisladores.

¹ O leitor interessado em nosso passado constitucional pode consultar: Chrysolito de Gusmão, “As Bases Genéticas do Nosso Direito Constitucional e o Liberalismo Pátrio”, in *Direito Judiciário e Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Liv. Freitas Bastos, 1956. Esse trabalho originariamente foi publicado no *Livro de Ouro Comemorativo do Centenário do Brasil e da Exposição Internacional* (Rio de Janeiro, Typografia do Annuario do Brasil, 1923), obra que pode ser consultada na Biblioteca Nacional em microfilme. Para se ter uma ideia das raízes de nossa tradição em matéria de reeleição, consultar: Barbalho (J.B.U.), *Constituição Federal Brasileira. Comentários*, Rio de Janeiro, Briguiet, 1924, 2ª ed., cor. e aumentada, pp. 225-230, comentários ao art. 43.

² Alguns penalistas distinguem o *direito penal não criminal*, que tem por objeto penas não impostas pelo Estado, como, por exemplo, o *direito penal contratual* (penas previstas em contratos) ou o *direito penal corporativo* (penas previstas nos estatutos das sociedades aplicáveis aos sócios),

do *direito penal criminal*, promulgado pelo Estado, que prescreve penas correspondentes aos crimes. Como consequência, esses penalistas distinguem a *pena não criminal*, prevista em contrato ou em estatutos, da *pena criminal*. Pensamos, para evitar confusões, ser preferível denominar por *direito disciplinar* (§§ 107 e 115) ou *direito convencional disciplinar* (estatutos de sociedades) e *direito convencional penal* (cláusula penal prevista em contratos) os direitos punitivos que esses penalistas denominam por direito penal não criminal. Além dessa distinção, *direito penal* é a denominação dada a esse direito pelos juristas que dão ênfase à pena por considerá-la o meio eficaz de dar segurança à sociedade. Enquanto *direito criminal*, os que priorizam o *crime* e que a ele se referem, tendo em mente quem o pratica, isto é, o criminoso, catalogado, segundo as teorias, em função da sua personalidade, da influência desempenhada nela pela sociedade etc.

3 Do *direito penal internacional* tratamos no § 92.

4 O primeiro Código Penal moderno data de 1810, promulgado por Napoleão.

5 A pena é aplicada independentemente da vontade da vítima, que pode até perdoar o seu agressor, sem consequência jurídica alguma, por não ter, no direito penal, o perdão valor jurídico algum.

6 Sobre a noção de *direito especial*, vide § 58.

7 O primeiro Código de Processo moderno é francês, *Code de Procédure Civile*, promulgado em 1806, por Napoleão. Inspirou-se na *Ordonnance* de Luís XIV, de 1667. Anteriormente a esse código, as normas de direito processual confundiam-se com as de direito privado. As *Ordenações do Reino* (vide §§ 176 e 177) continham normas de direito civil, comercial, penal e processual. O direito processual, devido ao seu caráter instrumental, em razão de ser meio para a aplicação do *direito material* (direito civil, direito comercial, direito penal, direito fiscal etc.), é *direito formal*, por dar a “forma” de proceder do Judiciário para a aplicação do direito material. Assim, *direito formal*, em oposição ao direito material (direito civil, direito comercial etc.), que dá solução ao conflito de interesses, é o *sistema de normas que prescreve a forma possibilitadora da aplicação do direito material*.

8 Foi Chiovenda que aplicou a noção de relação jurídica (§144) ao direito processual.

9 O termo “direito processual civil” é de uso recente. O primeiro Código de Processo Civil, promulgado por Napoleão, denomina-se *Code de Procédure Civil* (1806). O termo *processo civil* veio do direito germânico (*Zivilprozessrecht*). Hoje, porém, é de uso corrente.

10 O direito processual penal só há pouco tempo deixou de fazer uma parte do direito penal. O primeiro Código de Processo Penal é francês, datando de 1808, foi também promulgado por Napoleão. Denominava-se *Code d’Instruction Criminelle*. Entrou em vigor só em 1811. Pode-se dizer que o direito processual penal dá os meios jurídicos para que o Estado possa *processar o delinquente e, de acordo com a lei, o Judiciário, em sentença definitiva, estabeleça a pena, correspondente ao crime por ele cometido, que por ele deve ser cumprida*.

11 Há autores, como Foelix, que consideram o direito internacional privado como parte do direito internacional. Foelix divide o direito internacional em público e privado. Outros, como Niederer, consideram-no direito misto, por ter fontes do direito interno e ser objeto de direito supranacional. Quanto ao espírito, diz Niederer, é direito internacional, mas quanto à forma,

direito nacional. Assim, segundo o citado autor, quanto à forma, direito interno, quanto ao espírito, direito internacional.

¹² Tentativas houve de codificação do direito internacional privado. No que nos interessa, o *Código Bustamante* (1928), do Instituto Americano de Direito Internacional, elaborado por uma comissão de juristas, da qual fazia parte o cubano Sánchez de Bustamante, que apresentou (1925) um projeto, depois emendado pela comissão, foi aprovado pela Sexta Conferência Interamericana de Havana (1928).

113. DIREITO PRIVADO

O direito privado é o direito em que predomina o interesse privado e em que as partes se apresentam em pé de igualdade. O próprio Estado, quando celebra atos jurídicos (§ 155), regidos pelo direito privado, em suas relações com os particulares, apresenta-se despido de autoridade. Protege esse direito interesses pessoais, isto é, interesses exclusivamente do titular do direito (§ 147): interesse do proprietário, do locador, do locatário, do comprador, do acionista, segurador, credor etc. De certa forma é o *direito dos particulares*, dominado pelos princípios de liberdade e de igualdade. Subdivide-se, tradicionalmente, em *direito civil* (§114) e *direito comercial* (§ 117). Esta subdivisão tinha razão de ser até, mais ou menos, 1914. Depois, a partir dos anos 1950, o Ocidente deu um grande salto, facilitado principalmente pelo desenvolvimento tecnológico, industrial e eletrônico, transformando empresas, por exemplo, de setores vitais para o país, em grandes centros de poder econômico, com influência na ordem econômica e social. Empresas que detêm poder de decisão, podendo influir na política econômica do Estado, sacrificando políticas sociais, podendo criar riscos para os interesses nacionais. A partir de então, o interesse privado, tutelado pelo direito privado, passou a colidir com o interesse público. Em razão dessa colisão, ocorrida antes de 1939, portanto, anteriormente à Guerra, deu-se a autonomia de alguns setores do direito privado, tornando sem sentido científico a dicotomia direito civil e direito comercial. Esses novos direitos, apesar de continuarem a dar mais ênfase ao interesse privado, conciliaram-no, porém, com o interesse social e o interesse público. Esses direitos, como, por exemplo, o direito marítimo, o direito econômico, o direito que rege os transportes, as comunicações, contratos de câmbio etc., passaram a formar a categoria que denominamos de *direito misto* (§§ 89 e 118).

Historicamente, o direito privado, até a Idade Média, identificava-se com o *direito civil*. A partir da Idade Média, formou-se espontaneamente, sem a intervenção do Estado, outro ramo do direito privado: o direito comercial. Depois, já no século XX, outras subdivisões ocorreram, tendo por base o direito civil: *direito do trabalho* (§ 123), *direito agrário* (§ 125), *direito urbanístico* etc. Esses ramos, até a Primeira Guerra Mundial, considerados partes do direito privado, à medida que foram atendendo também ao interesse público, passaram a fazer parte do *direito misto* (§§ 89 e 118). Por tudo isto, o direito civil, que era o único direito privado, foi perdendo sua majestade, podendo acabar ainda mais reduzido, como salientaram Hamel e Lagarde (*Traité de Droit Commercial*), à “regulamentação da família e das relações humanas independentes da vida econômica”. Mas, tal

inocorreu, a Itália manteve-se fiel às ideias dos autores do *Anteprojeto Franco-Italiano de Código de Obrigações*, elaborado em 1925, por Scialoja, entre outros, pois unificou o direito privado no *Codice Civile* de 1942. O Brasil seguiu o exemplo da Itália, em seu *Código Civil* de 2002, enquanto a França ouviu Planiol, atualizando o *Code Civil (Code Napoléon)*, porque, segundo Planiol, outro melhor não seria feito. Era o que o Brasil deveria ter feito também.¹

114. DIREITO CIVIL

Também denominado *direito comum*, o direito civil é a forma originária de todo direito privado. Não deve ser confundido com o *ius civile* dos romanos,² em seu sentido primordial de direito do *cidadão* romano, em oposição aos *ius gentium*, direito privado que regia as relações jurídicas dos estrangeiros submetidos a Roma e destes com os romanos.³

Até a Idade Média, identificava-se com o direito privado, quando então apareceu o direito comercial. Desde esse tempo, o direito civil é uma das partes do direito privado, oriundo não só do direito privado romano (*ius civile* e *ius gentium*), como também do direito germânico e do direito canônico. Essa é a origem do direito civil ocidental.

Disciplina as relações entre pessoas consideradas em pé de igualdade, independentemente de suas profissões e situação social, com as mesmas aptidões a terem os mesmos direitos e a contrair as mesmas obrigações. Estabelece regras relativas à *pessoa em si* (direitos personalíssimos ou direitos da pessoa) e à *pessoa na família* (direito de família), compreendendo as relações que derivam do matrimônio ou da filiação. Além dessas, regula as relações jurídicas entre particulares de caráter patrimonial (contratos, propriedade etc.). Controla a vida da pessoa desde o seu nascimento até a sua morte. Rege as relações jurídicas constitutivas da família, e as dela decorrentes, as provenientes da propriedade e dos contratos, bem como as decorrentes da sucessão *mortis causa*. No dizer de H. Lévy-Bruhl, tem por “objetivo essencial definir o estado das pessoas, a condição dos bens patrimoniais, as formas e os efeitos das relações de ordem econômica”.

O direito civil funda-se no princípio de igualdade de todos perante as suas normas.

As raízes mais profundas do direito civil europeu encontram-se, como dissemos, no direito romano (§164), no direito canônico (§165), no direito germânico e nos direitos consuetudinários medievais. Formou-se gradualmente até adquirir, no século XIX, o caráter individualista que o dominou até 1914, quando então ocorreu o ocaso da Era Vitoriana. Nesse período, o individualismo, que o dominava, se fez sentir em suas três principais colunas: contratos, responsabilidade civil e propriedade. Nos contratos dominava a autonomia de vontade dos contratantes, isto é, a liberdade contratual; a responsabilidade civil tinha por fundamento único a culpa, que devia ser provada pelo lesado, e a propriedade era absoluta, havendo o direito de livremente usar, gozar e dispor da coisa. Em consequência, o direito subjetivo (§147) era absoluto, tendo por limites os expressamente

estabelecidos em lei ou os direitos das demais pessoas.

A Primeira Guerra Mundial pôs fim à época que assim o concebeu. Desde então, assistimos ao enfraquecimento do vínculo contratual, ao intervencionismo estatal, direto ou indireto, na ordem econômica, reduzindo a liberdade contratual e limitando a propriedade. A responsabilidade civil ampliou-se. Tais modificações alteraram profundamente a fisionomia do direito civil, que, de individualista que era, passou a ser influenciado pela ideia de solidariedade social. Duguit pintou, com cores fortes, essas transformações.

Como defini-lo? Assim: *parte do direito privado que regula as relações jurídicas, com ou sem natureza patrimonial, entre pessoas, consideradas em situações de igualdade, não regidas pelo direito comercial, pelo direito do trabalho ou por outro direito especial.*

Como vemos, o direito civil, outrora direito comum, é hoje sombra do que foi, mutilado, com seu território ocupado por outros direitos autônomos. Entretanto, ainda pode se orgulhar de ter sido a raiz de todos os direitos privados e de muitos conceitos do direito público, como, por exemplo, mandato, representação etc.

115. DIREITO PRIVADO DISCIPLINAR

No *direito privado* temos, também, direito de natureza disciplinar, tendo por fontes estatutos de clubes, de associações, de instituições ou de sociedades (civis ou comerciais), prevendo penas (exclusão de sócios, suspensão de associados, multa etc.) aplicáveis a seus associados. As penalidades previstas nos estatutos de sociedades são penas disciplinares. Pode ser definido como o *direito repressivo que dá poder à sociedade civil e à sociedade comercial para punir as faltas de seus sócios.*

Próximo do direito disciplinar privado, sem com ele se confundir, temos a *cláusula penal*, muitas vezes estipulada pelas partes nos contratos, prevendo punição (multa ou indenização) para o caso de inexecução ou incompleta execução do contrato.

116. DIREITO COMUM

“Direito comum” (*ius commune*) é o nome dado ao direito europeu vigente a partir do século XIII até as codificações de Napoleão (1804) e alemã (Código Civil alemão de 1900), ou seja, até o final do século XIX, constituído não só pelo direito romano, na forma interpretada pelos glosadores, pós-glosadores, professores universitários e juristas, como, também, pelos costumes vigentes em mais de um país europeu. Direito comum à França até o Código de Napoleão, e à Alemanha até o Código Civil alemão (1900). Direito unificado sem a intervenção do Estado, obra de jurisconsultos, observado e aplicado pelos juízes europeus daquele tempo. Era o direito da Europa daquela época.

Com a codificação do direito francês, passou a ser na França direito subsidiário, aplicável no caso de lacuna do direito codificado. Gradativamente, onde continuou a ter validade, esse direito foi sofrendo a influência de direitos locais e, com as transformações das nações europeias, foi perdendo sua unidade, deixando de ser assim “comum” às mesmas. Influuiu na codificação de Napoleão e no Código Civil alemão. Hoje, tem valor histórico. Não era, pois, direito nacional, mas direito comum a várias nações europeias. Nesse sentido, pode ser definido como direito europeu, anterior às codificações, fundado no direito romano, comum a várias nações europeias (outro sentido de “direito comum”, *vide* § 57). Esta definição é válida para o antigo “direito comum”, de importância histórica extraordinária, que se encontra na raiz das codificações europeias do século XIX. Hoje, com a União Europeia (§ 96) assistimos ao renascimento do “direito comum” a partir dos anos 1990. Esse novo direito comum rege o comércio e as relações jurídicas entre os países que dela fazem parte. Direito hierarquicamente acima dos direitos desses países, tendo por fonte costumes, jurisprudência, tratados e convenções internacionais. Quanto a esse direito, podemos dizer ser o *direito europeu organizador da União Europeia, que rege o comércio e as relações jurídicas estabelecidas entre os países que a integram e entre as pessoas físicas e jurídicas nela domiciliadas, que tutela e dá garantia jurisdicional aos direitos humanos, solenemente declarados*. Direito misto, constituído de regras e de princípios de direito público (direito constitucional, administrativo, fiscal, monetário etc.), de direito privado e de direito econômico. No mundo jurídico encontra-se entre o direito internacional e os direitos dos países-membros da mencionada União. A Europa com a sua União e com esse novo direito mais uma vez dá lição ao mundo...

117. DIREITO COMERCIAL

Definiu Vivante (*Instituições de Direito Comercial*, trad.), com aquela clareza que lhe é peculiar, o direito comercial como a “*parte do direito privado que tem por objeto regular as relações jurídicas que nascem do exercício do comércio*”, ou, segundo Alfredo Rocco (*Princípios de Direito Comercial*, trad.), o “*complexo das normas jurídicas que regulam as relações derivadas da empresa comercial*”. Pode ser ainda conceituado como o *direito que rege atos jurídicos que objetivam especulação e lucro, bem como a empresa constituída para esse fim*.⁴

Direito oriundo do direito civil, forma de especialização dos princípios civilistas, o direito comercial, atualmente, rivaliza, em importância, com o direito civil.

Já não pode ser considerado, como foi, sistema de normas de exceção em relação ao direito civil,⁵ mas como direito igual ao civil, ou seja, parte do direito privado.

A antiguidade maior do direito civil, o prestígio das doutrinas civilistas, as tradições nele consagradas, fizeram com que os civilistas vissem com desconfiança e receio esse corpo de normas que assustadoramente se erguia e que se destinava a lançar-lhe sombra.

Com o rápido crescimento da cidade, da indústria e do comércio, deixou de ser o direito de uma corporação, de um grupo profissional, ou melhor, o direito dos comerciantes, para ser direito que regula as relações jurídicas que têm natureza comercial, que visam à especulação, à circulação de riquezas e à colocação e venda de mercadorias e serviços, bem como relações a elas vinculadas.

Surgiu da consideração das coisas como valor de troca, como mercadoria. Desenvolveu-se com a atividade do intermediário, com o crescimento do mercado e com a impossibilidade, na maioria dos casos, das trocas diretas.

Tem matéria própria: *matéria comercial*, formada por atos praticados com o fim de *especulação*, compreendendo não só relações econômicas que têm por objeto troca de bens, como, também, serviços, que permitem o fortalecimento e a expansão do mercado, bem como a circulação de mercadorias do produtor ao consumidor, e, ainda, a atividade industrial. De tudo isso, pode-se dizer ser o *direito comercial a parte do direito privado que disciplina a atividade comercial e empresarial*. Mas, do ponto de vista legal, matéria comercial é a submetida, pelo legislador, à lei comercial.

Despontou na Idade Média, em cidades italianas (Gênova, Veneza, Pisa), das práticas e costumes observados pelas corporações de mercadores. As suas raízes estão, primeiro, nos estatutos dessas corporações, depois, nos costumes observados pelos mercadores (*consuetudo mercatorum*) e nas decisões dessas corporações, verdadeiros tribunais, com competência para decidir conflitos entre os mercadores. Aparecido sem a intervenção do Estado, consuetudinariamente, foi depois compilado, em 1056, em algumas cidades italianas, onde os costumes comerciais eram vigentes e eficazes. Como exemplo dessas compilações, indicamos os *Consuetudines* (1056), de Gênova, e o *Constitutum usus* (1161), de Pisa. Também as decisões das corporações, proferidas pelos “cônsules” (*consoli*), que estavam à testa daquelas compilações, acabaram sendo reunidas, podendo ser lembradas: *Breve consulum mercatorum*, de Pisa (1305), e *Statutum mercatorum*, de Bolonha (1305).

Era, portanto, a princípio, o direito aplicável somente a mercadores, isto é, a seus negócios. Depois, além de atos (atos de comércio) praticados por comerciantes, passou a reger os celebrados por quem não era, desde que tivesse o lucro, a especulação por objetivo principal. Adquiriu desde então completa autonomia em relação ao direito civil. Depois da Revolução Industrial, e, principalmente, depois da Primeira Guerra Mundial, começou a ampliar-se, tendendo a se tornar, segundo Hamel e Lagarde (*Traité de Droit Commercial*), a parte do direito econômico que disciplina a circulação de mercadorias e de capitais.

De seu corpo saíram, aos poucos, novos direitos, como, por exemplo, o direito econômico, o direito marítimo, o direito aeronáutico, o direito falimentar, o direito bancário etc.

Concluindo, depois de todas essas transformações, decorrentes da intensa atividade comercial e empresarial ocorrida no mundo ocidental, o direito comercial deixou de ser, como fora anteriormente

considerado, direito especial (§ 58) em relação ao direito civil (§ 114), que seria o direito geral típico, passando a ser o corpo de normas gerais que rege o comércio. Direito em que o ato de comércio deixou de ser o centro gravitacional de seu sistema, substituído pela empresa (comercial, industrial ou agrícola), caracterizada pelo exercício de atividade econômico-produtiva ou destinada à prestação, profissionalmente, de serviços com objetivo de lucro.

O direito comercial, no século XXI, ampliou-se, compreendendo *contratos virtuais* celebrados por meio da *internet* (comércio eletrônico ou virtual).

Deve ser esclarecido que, até 2002, a matéria comercial estava, entre nós, disciplinada pelo *Código Comercial* (Lei nº 556, de 1850) e por legislação complementar, a título de exemplo: Decreto nº 2044, de 1905, sobre Letras de Câmbio, Lei nº 5.474, de 1968, sobre Duplicatas etc. O legislador nacional, em vez de consolidar essa legislação, atualizando-a, como fez a França com o *Code Civil* (§ 113), seguiu o exemplo da Itália, que, em 1942, unificou o direito privado no *Codice Civile*, de 1942.

-
- ¹ O anteprojeto de 1925, acima referido, foi elaborado pela *Comissão franco-italiana destinada a elaborar um projeto de unificação das obrigações e contratos*, da qual faziam parte Scialoja e De Ruggiero, pelo lado italiano, e Henry Capitant e Ripert, pelo francês.
 - ² Pacchioni (“Diritto Civile” no *Novissimo Digesto Italiano*) esclarece que o termo *ius civile* no mais antigo direito romano se identificava com a ciência do direito em geral, do conhecimento exclusivo dos Pontífices. Depois, prossegue Pacchioni, compreende a Lei das XII Tábuas e leis comerciais. No final da República, continua Pacchioni, ao *ius civile* foi contraposto o *ius praetorium*, ficando reduzido assim o sentido do primeiro às normas estabelecidas e desenvolvidas pela ciência do direito, enquanto o direito pretoriano (*ius honorarium*), ao resultante de provimentos e normas estabelecidas pelos Pretores. Posteriormente, escreve Pacchioni, no começo do Império, ao *ius civile* foi contraposto o *ius gentium*, sendo o primeiro, o direito do cidadão romano, enquanto o segundo, o direito privado do estrangeiro ou direito comum a estrangeiros e romanos em suas relações.
 - ³ Na Idade Média, o *ius civile* se opunha ao direito canônico, direito da Igreja Católica. Deve-se a Domat, em 1694, a identificação do *ius civile* com o direito privado. Desde aí, o direito civil passou a ser considerado direito privado *geral*, ou seja, como notam Enneccerus, Kipp y Wolff (*Tratado de Derecho Civil*, trad.), o “reverso do direito público”, ao lado do qual estaria o *direito privado especial* (direito comercial). “Leis civis” (*lois civiles*) entendidas no mesmo sentido de direito civil. Em 1687, na França, foram compiladas as “leis civis” (*Les Lois Civiles leur Ordre Naturel*) e, em 1876, foi promulgado o *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*. Porém, o primeiro Código Civil, no sentido moderno, contendo todo o direito civil, é o de Napoleão, de 1804. No Brasil, em 1858, tivemos a *Consolidação das Leis Civis*, de Teixeira de Freitas, e em 1859 o *Esboço do Código Civil*, também de Teixeira de Freitas. Na República, Coelho Rodrigues, em 1893, apresentou outro projeto, mas só em 1917 vigorou o Código Civil,

projeto de Clóvis Beviláqua.

- 4 Em suas origens foi direito de classe, ou melhor, dos mercadores inscritos nas corporações. Aparece no século XII e atinge a fase de codificação em 1807, com o *Code de Commerce* de Napoleão. Surgiu porque o direito romano, cristianizado, favorecia ao devedor, não reforçando o crédito. A sua razão de ser encontra-se na proteção do crédito de mercadores inscritos em corporações. Depois da descoberta da América, a Itália deixou de ser o centro da atividade comercial europeia, que passou para a Espanha, Portugal, Holanda, França e Inglaterra. Inaugura-se então a fase nacionalista e estatal do direito comercial, em 1673, com a *Ordonnance* de Luís XIV. A terceira fase data da Revolução Francesa, em que deixa de ser o *direito dos comerciantes*, para tornar-se direito regulador de *atos de comércio*, praticados por comerciantes ou não comerciantes. O *Código Comercial* francês, de 1807, marca o início dessa fase. A quarta fase desponta com o Código suíço de 1881, *unificador das obrigações*, isto é, do direito privado. Posteriormente a 1939, em seu centro de tutela encontra-se a empresa comercial (Asquini). É a fase iniciada na legislação com o *Código Civil* italiano, de 1942.
- 5 Locré de Boissy (1758-1840) foi um dos que consideraram o *Code de Commerce* como lei de exceção. E o fez com a autoridade de ser um dos que colaboraram nos projetos de codificação civil e comercial. Membro do Conselho de Estado. Obras principais: *Esprit du Code Civil, Tiré de la Discussion du Conseil d'État*, Paris, 1805; *Esprit du Code de Commerce*, Paris, 1809.

XIX

DIREITO MISTO E SUAS DIVISÕES

118. DIREITO MISTO

O direito é misto quando tutela interesses privado e público, ou, então, quando é constituído por normas e princípios de direito público e de direito privado ou, ainda, de direito nacional e de direito internacional. Generalizando, direito em que, sem haver predominância, há confusão não só de interesse público ou social com o interesse privado, como, também, de direito nacional com o internacional. No primeiro caso, se confundem esses interesses, fazendo com que o princípio de liberdade nele não impere. As partes, muitas vezes colocadas em nível de igualdade jurídica, estão submetidas a princípios inderrogáveis, estabelecidos na lei, protetores do interesse social. Subdivide-se em: direito marítimo (§ 119), direito aeronáutico (§ 120), direito econômico (§ 122), direito social (§ 126), direito agrário (§ 125), direito de família (§ 128), direito industrial (§ 129), direito falimentar (§ 130) e direito do trabalho (§ 123). O *direito misto*, em certos tipos, tem normas de direito público e de direito privado, como ocorre, por exemplo, no caso do direito marítimo (§ 119). Há, entretanto, outros tipos de direitos mistos, como nota Niederer, constituídos de direito internacional (§ 91) e de direito interno (§ 90) ou direito nacional. Niederer nesses insere ainda o direito internacional privado (§ 112). Entretanto, preferimos classificá-lo, em virtude de suas fontes, como direito interno (*vide* § 90, nota 6). O mesmo não ocorre com o direito nuclear (§ 131), que é misto de direito público interno (direito nacional) e de internacional.

119. DIREITO MARÍTIMO

É o conjunto de regras de direito público e de direito privado que disciplina o transporte, a navegação e o comércio marítimo. Tem normas de direito administrativo (p. ex., organização dos portos), de direito disciplinar (aplicação de penalidades aos tripulantes das embarcações) e de direito privado (direito comercial marítimo). Tem, em parte, aspecto comercial: *direito marítimo comercial*, conjunto de regras que visam a facilitar, através do transporte marítimo, a circulação de mercadorias, protegidas por regras especiais de seguro e de responsabilidade civil. É direito codificado, contido em leis, códigos, bem como em costumes e convenções internacionais. Compõe-se, assim, de normas de direito nacional (direito interno) e de direito internacional. Combatida no passado a sua autonomia em relação ao direito comercial terrestre, hoje não é negada, em virtude de ter, como notam Scialoja e Ripert, institutos próprios.

As suas origens históricas¹ encontram-se nos *Etatuti e consuetudini marittime* e no *Consolato del mare*, que dominaram no Mediterrâneo no período medieval. Porém, a sua principal fonte histórica é a *Ordonnance de Louis XIV*, de 1681, obra de Colbert. Depois, o *Editto di marina e navigazione marittima Toscana* (1748), e de navegação mercantil de Viena (1774) e, finalmente, o *Code de Commerce* (1807), de Napoleão, que aprimorou a *Ordonnance* de Luís XIV.

Tendo em vista a ampliação e o aumento do comércio internacional, pensa-se em uniformizá-lo. No século passado, foi criado para esse fim, um órgão, com sede em Bruxelas, o *Comité Maritime International*, fundado em 1897. Várias convenções internacionais foram celebradas, uniformizando-o parcialmente.

120. DIREITO AERONÁUTICO

O direito aeronáutico é o *conjunto de normas que regem o transporte aéreo na atmosfera, aplicável às aeronaves, às suas tripulações, aos aeroportos e ao espaço aéreo*. Disciplinando o transporte aéreo na *atmosfera*, distingue-se do *direito espacial* ou *cosmonáutico* (§ 94). Tem, como sustentam autores autorizados, como Ambrosini, autonomia em relação aos transportes terrestre e marítimo. É direito autônomo em relação ao direito marítimo, apesar de, no passado, juristas italianos, como Spasiano e Scialoja, defenderem a unificação de ambos em um *Código de Navegação*. Mas, inegavelmente, exige o transporte aéreo tratamento jurídico especial em relação ao transporte marítimo. Por isso, tendo em vista a singularidade do transporte aéreo, pensamos não haver lugar para *direito de navegação*, englobando os transportes marítimo e aéreo.

Ao transporte aéreo foram inicialmente aplicadas as normas regedoras do transporte marítimo e terrestre. Porém, o aéreo, dada sua natureza especial, exigiu normas especiais. A ausência de costumes, em campo completamente novo, dificultou o desenvolvimento desse direito, que foi lento. Convenções internacionais venceram as dificuldades. O rápido aperfeiçoamento tecnológico do avião, criando possibilidades novas de transportes e problemas novos, a se renovarem anualmente, dificultaram a codificação. Mesmo assim, leis surgiram para disciplinar esse meio de transporte. As novas aeronaves, encurtando distâncias, superando fronteiras, tornaram necessárias regras internacionais uniformes, disciplinadoras de seu uso e de suas consequências danosas a terceiros, a passageiros e a cargas. Daí as tentativas de unificação dos vários sistemas legislativos e o valor das convenções internacionais nesse campo jurídico. Como consequência, foram criados organismos internacionais destinados a formular normas uniformes nesse terreno, como, por exemplo, o *Comité Juridique International de l'Aviation* (CJIA), fundado em 1909, e o *Institut du Transport Aérien* (ITA), criado em 1954. Dentre as convenções, podem ser lembradas a “Convenção para a regulamentação da navegação aérea” (Paris, 1919), a “Convenção para a unificação de regras relativas ao transporte aéreo internacional” (Varsóvia, 1919), a “Convenção relativa aos danos

causados a terceiros no solo pelas aeronaves estrangeiras” (Roma, 1952) etc. Entre nós, o direito versado neste parágrafo é regido pelo *Código Brasileiro do Ar* (1966).

Tutelando o interesse público e o particular, tendo normas de direito público e de direito privado, bem como de direito nacional e de direito internacional, é *direito misto*.

As relações jurídicas decorrentes do voo de espaçonaves, tripuladas ou não, são objeto do *direito espacial*, também denominado *direito cosmonáutico* (*vide* § 94), e não do direito aeronáutico.

121. DIREITO DA NAVEGAÇÃO

Direito, sobre o qual nos referimos no parágrafo anterior, tem existência e natureza jurídicas controvertidas. No século passado (século XX), Scialoja foi o seu maior defensor. Tem sido definido como o *direito que disciplina a navegação tanto marítima como aérea*. Alguns juristas restringem o seu campo, reduzindo-o ao da navegação mercantil, excluindo dele as normas de direito internacional privado, as de direito administrativo, as penais, as processuais, as relativas ao mar territorial, ao espaço aéreo e à polícia da navegação (Dominedo e Fiorentino). Restringir-se-ia assim ao *aspecto mercantil dos transportes aéreo e marítimo*, ou seja, direito comercial marítimo e aéreo. A nosso ver, como já dissemos, o desenvolvimento do transporte aéreo e a particularidade desse meio de transporte exigem tratamento jurídico especial diverso das regras do transporte marítimo, motivo por que não vemos como unificá-los. Poder-se-ia, querendo, entendê-lo como a *parte do direito que estabelece princípios e normas comuns aos transportes aéreo e marítimo, de natureza comercial*.

122. DIREITO ECONÔMICO

É o *direito que controla a produção e a circulação de riquezas*. É, por isso, a parte do direito que trata das relações econômicas ligadas à produção (agrícola e industrial), disciplinador de sua distribuição e proteção, bem como do mercado financeiro. É direito misto, com princípios de direito público e de direito privado. Apareceu depois da Primeira Guerra Mundial. Os tratadistas não estão de acordo com a sua conceituação; Haemmerle: direito da economia estatalmente organizada; Dochow: direito dos negócios econômicos; Allorio: direito da empresa; Huber: direito administrativo da economia. As definições de Dochow e de Allorio têm o defeito de confundi-lo com o direito comercial.²

123. DIREITO DO TRABALHO

É o direito que rege as relações jurídicas entre assalariados e patrões e estabelece as condições de trabalho, salário e assistência, vantagens e prerrogativas do trabalhador. É, pois, o direito que rege as relações decorrentes de contrato de trabalho, especialmente o trabalho e sua remuneração, as condições de sua segurança e higiene e as destinadas a impossibilitar a exploração do trabalhador. Procura resolver os problemas sociais e econômicos oriundos do trabalho, ou seja, a chamada “questão social”, originária da Revolução Industrial.³ Resolvendo coercitivamente essas questões, pondo fim a conflitos sociais prejudiciais ao desenvolvimento econômico do país, é também denominado *direito social*. É direito mais de proteção dos economicamente mais fracos, que, sem o amparo da lei, seriam, em contratos leoninos, explorados e lesados pelos patrões, economicamente mais fortes, como ocorreu no século passado na Inglaterra e no Continente Europeu, fato que provocou o aparecimento das teorias socialistas, dos movimentos sociais e da doutrina social da Igreja, consubstanciada na *Rerum Novarum* (1891).

A maioria das normas de direito do trabalho são normas de *jus cogens* (§ 61), não podendo por isso, as partes, no contrato de trabalho, dispor de forma diferente do que nelas estiver prescrito. Norteado pelo interesse social, apesar de se destinar a reger as relações entre patrões e empregados oriundas de contrato de trabalho, o direito do trabalho não pode ser incluído no direito privado (§ 113), mas sim no *direito misto* (§ 118). Sendo direito impositivo, taxativo (*jus cogens*), os direitos, que dele decorrem, são irrenunciáveis, não podendo os assalariados abrir mão deles.

Não é direito muito antigo, mas de formação recente, fruto, pode-se dizer, da Revolução Industrial, das lutas entre patrões e operários, pois até a Primeira Guerra Mundial o contrato de trabalho era regido pelo direito civil e por poucas leis sociais. Resultou da luta entre sindicatos e patrões, determinada pelas condições inumanas do trabalho: jornada de 12 horas, ausência de direitos do operário, preferência ao trabalho de crianças e mulheres, mesmo grávidas, por ser mais baixo o salário do que o dos homens, condições de insalubridade das fábricas, ausência de segurança no trabalho etc. Em virtude desse conflito, a produção foi afetada, diminuindo, por conseguinte, o lucro. O Estado, que se beneficia também com a produção, não só pelos impostos, como, também, pela redução da importação e pelo aumento da exportação, viu-se prejudicado com esses conflitos. Por outro lado, ideias humanitárias e sociais exigiam a modificação das condições de trabalho e a reforma social.

Surgiu, assim, ao lado da ação sindical operária, das ideias humanitárias e sociais e do grave problema econômico e social criado por essa situação, o movimento endereçado à intervenção do Estado nesse pleito, a fim de dirimir o conflito entre patrões e empregados. Esse movimento se fez sentir na Europa desde meados do século XIX.

Tudo porque a máquina havia criado grandes riquezas e, também, condições de vida intoleráveis para os assalariados. Em virtude desses fatos e das condições de trabalho, surgiram, como dissemos, as várias teorias socialistas, postulando a socialização dos meios de produção.

Percebendo o Papa Leão XIII que a Igreja não podia ignorar esse grave problema social, publicou, em 1891, a encíclica *Rerum Novarum*, que, reconhecendo a propriedade privada, condena o lucro fácil às custas do operário, que não deve ser considerado simples instrumento da cobiça do patrão ganancioso, “instrumento para fazer dinheiro”, mas pessoa humana, com direitos inalienáveis, dentre os quais o de ter justo salário. Essa encíclica desempenhou, no mundo católico, relevante papel. Depois da Segunda Guerra Mundial, o Papa João XXIII, em 1961, retorna ao tema com a encíclica *Mater et Magistra*, renovação, tendo em vista as novas condições sociais do pós-guerra, da *Rerum Novarum*.

Mas, não foi só a Igreja que se preocupou em dar solução justa para esse grave problema, também os estadistas das nações vencedoras da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), que dele trataram, no Tratado de Versalhes. Esse Tratado criou a Organização Internacional do Trabalho, de natureza mais científica, que, através do *Bureau International du Travail*, colhe material, estuda problemas, a fim de preparar as Conferências Internacionais do Trabalho, que dão diretrizes para as legislações trabalhistas dos países associados.⁴

As fontes do direito do trabalho são estatais (Capítulo X), infraestatais (Capítulo XII) e internacionais (Capítulo XXIII). Ei-las: a “lei” (§ 71), “contrato coletivo de trabalho” (§ 79), “costume” (§ 75), “equidade” (§ 44), “convenções internacionais” e “tratados internacionais” (§ 83).

Todo movimento social e ideológico, do qual brotou o direito do trabalho, feriu mortalmente o individualismo jurídico e o liberalismo econômico, dando origem à nova época jurídica, marcada pela solidariedade social e pelo espírito social, transformando o direito em meio de proteção dos fracos contra os poderosos. Todavia, nos anos 1990, após a queda do Muro de Berlim (1989), com o retorno do liberalismo desenfreado, sob a forma de neoliberalismo, com a globalização da economia e com a robotização da indústria, provocando desemprego, agravado em países como o Brasil com a preocupação de sanear a moeda, pairam ameaças sobre as garantias conquistadas pelos assalariados.

124. DIREITO SINDICAL

O direito sindical não pertence ao direito privado e nem ao direito público, mas ao direito misto, por não tutelar exclusivamente o interesse privado, mas também o interesse social, ou melhor, de categorias profissionais. Pode ser definido como o *direito que, tendo por objeto o exercício de atividades profissionais, disciplina o poder normativo e de representação dos sindicatos*. É, pois, o *complexo de normas que atendem aos interesses oriundos de atividades profissionais, representados pelos sindicatos, dotados de poder normativo, instituídos para defendê-los*. A autonomia jurídica do sindicato, a representação de interesses profissionais dos sindicalizados e dos interesses de categorias profissionais constituem a matéria desse direito. As suas fontes são legislativas (lei), convencionais (contrato coletivo de trabalho) e internacionais (convenções

internacionais). A lei dispõe sobre o poder normativo (autonomia jurídica) dos sindicatos, enquanto as convenções internacionais fornecem matéria e diretrizes para a legislação, além de estabelecerem normas gerais a serem observadas nas relações de trabalho nos países que as ratificarem, tornando-as, assim, direito interno (§ 90).

O exercício do poder normativo do sindicato manifesta-se em contratos coletivos de trabalho (§ 79), manifestação de seu poder normativo. Como a convenção internacional lhe dá, também, matéria, é lícito dizer haver *direito internacional do trabalho*, constituído de convenções internacionais do trabalho.

Estreitas são as relações entre o *direito sindical* e o *direito do trabalho*, podendo-se dizer que aquele está para este como a lei para o regulamento (§ 72): o direito sindical pormenoriza e complementa a legislação trabalhista, sem alterá-la. Nesse sentido, pode-se dizer ser o direito sindical o *direito do trabalho dos particulares*, enquanto o direito do trabalho, o estatal.

125. DIREITO AGRÁRIO

O direito agrário, também denominado direito rural (legislação rural), *rege a produção agropecuária e a propriedade industrial-rural*.

Discute-se a sua natureza: Roubier considera-o, como já vimos, direito misto, situado na fronteira do direito privado e do direito público, enquanto outros, como Argangeli, Scialoja e Cicu, negam-lhe autonomia. Pensamos que têm razão os que, como Donati, Pergolesi e Brugi, consideram-no direito autônomo. Assim, para nós, é direito autônomo, ramo do direito misto, disciplinador da exploração agrícola e da propriedade industrial-rural, cujo uso deve ser subordinado ao interesse social.

126. DIREITO SOCIAL

Entre o direito público e o direito privado se encontra o *direito social*. Fundado na solidariedade social, subordina o egoísmo e os interesses de seus destinatários ao interesse social, conciliando os interesses do homem com os das pessoas jurídicas (empresas, grandes corporações, sociedades comerciais etc.), em suas relações jurídicas, de modo a instituir uma ordem de justiça social. Tem afinidade com o *direito institucional* de Hauriou, por objetivar, solucionar a chamada “questão social” sem prejuízo da obra ou do resultado visado por seus destinatários; distingue-se do direito privado, dominado pelos interesses individuais, e do direito público, que tutela o interesse público. Pertence ao direito social o direito do trabalho, o de assistência social, o de previdência social etc. Há juristas que nele incluem o direito de família. Como vemos, o direito social enquadra-se na categoria dos direitos mistos, dada a diversidade de interesses que tutela, caracterizando-se

por ser fonte de direitos subjetivos que envolvem o dever de exercê-los. Não se encontra em leis e nem em Códigos, mas em princípios inferidos da doutrina jurídica.

127. DIREITO PROFISSIONAL

Disciplina o exercício de profissões que exigem conhecimentos técnicos ou técnico-científicos, bem como tem por objeto a defesa dos interesses de classes profissionais e de sua clientela. Contém dispositivos disciplinares. O Estado em alguns países, como o Brasil, é o juiz da oportunidade e da necessidade social e profissional da regulamentação de profissões. Enquanto em outros, é direito corporativo, disciplinado por associações de profissionais. Regulamentada a profissão, não basta a posse de diploma de conclusão de curso profissionalizante, universitário, técnico ou técnico-científico, para exercê-la, pois é necessário atender a exigências legais.

Apesar de os profissionais e a sua clientela serem os destinatários desse direito, não impera nele o interesse individual. Historicamente originou-se como direito de classes profissionais. No direito corporativo medieval, encontramos a sua origem. A pressão de associações de profissionais, defendendo os interesses de categorias profissionais, entrando em conflito com os da clientela e com os interesses sociais, apressaram a intervenção do Estado nesse terreno, principalmente porque, no mundo contemporâneo, dominado pela ciência e pela tecnologia, a profissão é uma das alavancas do desenvolvimento econômico, necessitando, por isso, de proteção e de regulamentação. Não só protege o profissional, mas, também, impõe-lhes deveres, responsabilidades e condições para o exercício da profissão. Apesar de ter como fonte principal a lei, deixa larga margem à convenção. Contém normas disciplinares. Exemplo de direito profissional é o que rege o exercício da advocacia.

Em Roma, no Baixo Império, a advocacia era regulamentada por um colégio de advogados. Entre nós, a regulamentação ocorreu em 1930, com o Decreto nº 19.408, que criou a *Ordem dos Advogados do Brasil*. Por lei é estabelecido o Estatuto da OAB.

É a OAB não só órgão disciplinar, como, também, de defesa da classe dos advogados.

Para o exercício da profissão de advogado, além do diploma de bacharel em direito, é necessária a inscrição na OAB. O título de “doutor em direito” também não basta.

128. DIREITO DE FAMÍLIA

É a parte do direito que, norteadado pelo interesse social, rege as relações jurídicas constitutivas da família e as dela decorrentes. Tem por matéria as relações jurídicas que formam a família, ou seja, as entre esposos, entre pais e filhos e entre parentes. Disciplina o casamento (*direito matrimonial*), as relações entre os esposos (regime de bens ou matrimonial, direitos e deveres recíprocos dos cônjuges), a dissolução do casamento (desquite ou separação judicial e o divórcio).

Versa também sobre as relações pessoais e patrimoniais entre pessoas que vivem como se casados fossem, e como são conhecidos em seu meio social, ou seja, as relações entre membros da sociedade que a lei denomina de união estável. Trata das relações entre pais e filhos oriundos do casamento e de filhos fora do matrimônio (*direito à filiação*), que dá ao filho o direito de ter um pai e uma mãe e de ser por estes amparado material e moralmente, e as relações entre parentes (*direito ao parentesco*), que envolvem *direito de sucessão* e *direito a alimentos*. Como vemos, sendo a família o grupo básico da organização social, em que a criança desenvolve-se, forma a sua personalidade e em que são transmitidos os costumes e os valores às novas gerações, mantendo-os assim vigentes, o direito que a tem por objeto é dominado pelo interesse social, motivo por que é *direito misto*, porquanto não é só governado pelo interesse individual, isto é, dos cônjuges, dos companheiros e dos pais, mas também pelo interesse público. Estão incluídas, portanto, como dissemos no direito que estamos versando, a família não oriunda de casamento, resultante da união de um homem com uma mulher sob o mesmo teto, denominada legalmente *união estável*. Há também a família reduzida à mãe solteira e seu filho, com direitos e deveres recíprocos. Entrando também nesse direito pela porta do laboratório de cientistas, a prole resultante de inseminação artificial, em que há um triângulo formado pelo marido, pela mulher e pela que cede o ventre para a procriação. Caminha-se, ainda, para a família constituída de mãe e filho, em que a prole não resulta de relações sexuais e em que a mãe mantém-se ou não virgem, decorrendo a gestação de inseminação laboratorial. A ciência e a tecnologia estão, portanto, revolucionando esse direito, que, durante séculos, foi muito conservador e rígido.

129. DIREITO INDUSTRIAL

É o *direito que rege a atividade industrial*. Atividade que compreende produção, modificação e o beneficiamento de matéria-prima, dando-lhe nova destinação, criando produtos (mercadorias), capazes de satisfazer campo amplo de interesses. Para o exercício dessa atividade, ou seja, para a industrialização, são necessários “trabalho” e “capital”, bem como método e tecnologia industriais. Tecnologia que depende de invenções sujeitas a privilégios ou monopólios (patentes), garantidas pelo direito industrial e por normas penais. Individualizando e indicando a procedência do produto, temos as marcas, ou seja, sinais impressos, gravados ou colocados no produto, também protegidas por esse direito. Em uma sociedade competitiva como a nossa, é comum mais de uma empresa ter a mesma atividade industrial, produzindo o mesmo produto, lutando para obter a preferência do mercado, havendo, por isso, concorrência entre indústrias similares, disciplinada também pelo direito industrial, até com normas penais. A concorrência desleal é crime. Dependendo o desenvolvimento do Estado do desenvolvimento industrial e a segurança nacional de certos setores da indústria, é natural que a produção industrial e os métodos de produção sejam regulados tendo em vista não só o interesse público, como, também, os interesses da empresa e dos operários. Por isso,

pode-se dizer ser o direito industrial o complexo de normas regulador das relações jurídicas decorrentes da produção industrial. Essa definição está muito próxima da de Finochiaro (*Sistema di Diritto Industriale*): “conjunto de normas destinado a disciplinar as relações pertinentes à produção industrial”.

A natureza desse direito é controvertida. Há autores que o incluem no direito comercial; outros, como La Lumia, consideram-no especialização do direito do trabalho. Mas não faltam os que distinguem o direito industrial privado do direito industrial público, e outros, como Navarrini, que admitem serem seus institutos comuns ao direito comercial, além dos que reconhecem que a ordem econômica obriga a discipliná-lo com vista ao interesse público. Isto porque o direito industrial tem normas de direito privado e de direito público, normas que atendem ao interesse da empresa, e outras, ao interesse social e ao interesse público. Normas penais protegem as invenções (patentes), as marcas, bem como punem a concorrência desleal. Tendo normas de direito privado, de direito público interno e de direito internacional é direito misto.

As suas fontes são: lei, regulamento e convenção internacional. As fontes históricas estão nos éditos romanos e na *Lex Julia*. Porém, as suas fontes mais antigas, especificamente de direito industrial, são: *Statute of Monopolies* (1623), inglês, *Pactent Act* (1790), norte-americano, a lei francesa sobre invenções (1791), e as convenções internacionais de Paris (1884) e de Berna (1886) sobre propriedade industrial.

130. DIREITO FALIMENTAR

É o *complexo de normas protetoras do crédito no caso de insolvência do comerciante*. Supõe a insolvência, ou seja, a impossibilidade de o patrimônio do comerciante garantir seus débitos. No estado falencial, é liquidado o patrimônio do falido para atender aos credores que se habilitarem na falência. Compõe-se de normas asseguradoras de direitos e de preferências dos credores (direito privado), de normas que regem o processo de falência (direito processual falimentar) e de normas penais (direito penal falimentar). Composto-se de normas de direito privado, de normas processuais (direito público) e de normas penais (direito público), o direito falimentar é direito misto.

A sua origem histórica encontra-se na Idade Média, quando penas infamantes foram impostas ao comerciante insolvente. Porém, os principais diplomas legais de valor histórico desse direito são: a *Ordonnance* de Luís XIV, devida a Colbert, e o *Code de Commerce* de Napoleão, de 1808. Entre nós, a primeira disciplina jurídica da falência se encontra no Código Comercial de 1850, pois, anteriormente, era regida pelas Ordenações Filipinas (§ 177).

O direito falimentar, no que couber, é aplicável à liquidação extrajudicial de empresas decretada pelo Banco Central.

131. DIREITO NUCLEAR

Parte do *direito misto que disciplina a produção e o uso da energia nuclear para fins pacíficos*.

Não só a possibilidade de mais de um país ser atingido pela irradiação, em caso de acidente em usina nuclear, como, também, a possibilidade de a energia nuclear ser usada para fins militares, lhe dá a *natureza mista* de direito público interno e internacional.

Direito público interno, porque só o Estado, dada as suas possíveis consequências catastróficas e ao seu mau uso, deve explorá-lo. Porém, se pelo regime de concessão permitir a sua exploração por empresas privadas, deverá cercá-la de salvaguardas, dentre as quais a inspeção permanente.

A possibilidade de a sofisticada tecnologia, no futuro, permitir a fabricação de artefatos atômicos de pequenas dimensões, obrigará o Estado a manter vigilância redobrada, até em suas próprias usinas, por poderem cair esses artefatos ou matéria-prima radioativa em mãos de grupos de terroristas ou de revolucionários pondo em risco a segurança de pessoas, de bens e da ordem social e política.

Eis a razão de a produção dessa energia ser objeto de direito público, com sanções draconianas, apesar de seus subprodutos poderem ter larga aplicação na medicina, principalmente no diagnóstico médico e na terapia, bem como na agricultura e na indústria, sem nos esquecermos das pesquisas física e química, indispensáveis ao desenvolvimento e ao aperfeiçoamento de sua produção e da pesquisa sobre o átomo, bem como do emprego da energia nuclear em usinas nucleares para a produção de energia elétrica, em satélites, sondas, laboratórios orbitais...

Como vemos, “Prometeu”, no século XX, “mais uma vez” deu ao homem, para que ele pudesse continuar a sua obra, uma energia de dois gumes. Benéfica, se considerarmos o seu uso pacífico; podendo tornar-se maléfica ao ser humano. Mais ameaçadora quando destinada à produção de armas, dado o seu poder arrasador. E, ao dar ao homem esse poder e esse conhecimento, revolucionou a ideia que se tinha de átomo, tido anteriormente como elemento irredutível da matéria, pois, atualmente, a ciência revelou a sua estrutura complexa, composta de elétrons, prótons e nêutrons, os dois primeiros carregados de energia, enquanto o terceiro, partícula sem carga energética. A Ciência ainda não se deu por satisfeita, sendo possível que, no futuro, descubra, nesses elementos, outros microuniversos, teoricamente previstos.

A energia nuclear, como dissemos, pode ter aplicação para o bem como para o mal, podendo ter a sua produção e o seu uso sentido político.

Dentre os riscos que cria, está a ameaça a comunidades, como no caso do acidente em *Three Miles Island*, ocorrido em 28 de março de 1979, nos Estados Unidos, que colocou em risco populações, poluindo a Natureza. Considerando-se os riscos que cria, pode constituir-se em uma ameaça à sobrevivência da Civilização e da própria Humanidade.

Além disso, ter o segredo de seu uso para fins bélicos, poder usá-la na fabricação de artefatos atômicos, que podem ser lançados por foguetes ou como projéteis, transformou-se, desde a sua descoberta, em pesadelo, para chefes de Estado, pacifistas, físicos, intelectuais, enfim, para a própria Humanidade etc. Esse pesadelo levou países a celebrarem o Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares (1970 e 1995) e o de Proibição completa de Testes Nucleares (Nova Iorque, 1996). O Brasil em 1998 aderiu a esses dois tratados.

Daí a preocupação com a disciplina rígida de seu uso, porque o uso dessa energia, ao mesmo tempo em que é do interesse do Estado, que dela se beneficia, é, também, do interesse de todas as nações.

É justamente por esta razão que esse direito tem também aspecto internacional.⁵

A comunidade internacional, desde o lançamento da bomba atômica sobre Hiroshima (06.08.1945) e Nagasaki (09.08.1945), têm feito tentativas para a celebração de pactos e convenções internacionais, destinadas a controlar a sua produção e a limitar as armas nucleares.

Por iniciativa dos Estados Unidos, da Inglaterra e do Canadá, a Assembleia-Geral da ONU, em 26 de janeiro de 1946, criou, sem a participação dos russos, uma comissão destinada a formular um sistema de salvaguardas, com inspeções, na tentativa de controlar o uso dessa energia que comporta graves riscos para a Natureza e para o homem. “Comissão de Energia Atômica” – assim foi ela denominada. Reuniu-se pela primeira vez em 14.07.1946, tendo por tema o *Plano Baruch*, elaborado por Baruch, Acheson e Lilienthal, todos norte-americanos. Foi a primeira tentativa para limitar com normas internacionais o uso da energia nuclear, exclusivamente para fins pacíficos. A preocupação com os “Átomos para a Paz” levou à criação da Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA ou IAEA), criada pelo Tratado de 26 de outubro de 1956 (Conferência de New York), tendo sede em Viena, com poderes de assistência, cooperação, fiscalização e controle da produção e emprego dessa energia. É órgão, dotado de autonomia, da ONU. Há, também, comissões ou agências regionais, como, por exemplo, a Euratom (Comunidade Europeia de Energia Atômica), criada pelo Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, e a CIEN (Comissão Interamericana de Energia Nuclear).

No Brasil, temos a CNEN (Comissão Nacional de Energia Nuclear), com funções de fiscalização, de supervisão, de pesquisa e de disciplina normativa dessa energia, e a Nuclebrás (Empresas Nucleares Brasileiras S.A.), hoje, Indústria Nuclear do Brasil (INB), tendo, além de outras funções, a de construção e funcionamento de usinas nucleares.

Portanto, avanços e recuos marcam a luta pelo controle da produção e uso da energia nuclear, com a celebração de convenções e de pactos internacionais, prevendo sistemas de salvaguardas, destinadas a impedir que o uso dessa energia seja prejudicial à Humanidade.

A fragilidade das normas internacionais deixa o jurista perplexo e apreensivo nesse terreno, em que a Humanidade, a Civilização, o homem e toda espécie de vida estão em perigo potencial com a descoberta científica do século, que, como dissemos, tanto serve para o bem como para o mal.

No campo do direito nuclear, a responsabilidade civil, no caso de acidente nuclear, é objetiva, não se cogitando de culpa. As legislações, lamentavelmente, estabelecem teto para a indenização, que, apesar de alto, não cobre, muitas vezes, o dano nuclear, acima referido, produzido, dada a imprevisibilidade do alcance, dos efeitos e da duração da radioatividade, bastando lembrar as consequências, seja na Rússia seja na Europa, do acidente nuclear, acima referido, ocorrido em abril de 1986, na usina nuclear de Chernobyl (Tchernobil), situada nas proximidades de Kiew. Lamentável, dissemos ao nos referirmos à legislação, porque, se não fosse limitada a indenização no caso de dano nuclear, as cautelas seriam maiores, seja na construção, seja na conservação e seja no funcionamento das usinas nucleares.⁶

¹ No direito marítimo, a legislação mais antiga é a *Lei de Rodes* (V século a.C.), compilação de costumes vigentes no Mediterrâneo antes de Roma, revista, em Bizâncio, ao tempo de Leão Isaurico. Abizantina vigiu até o século XVI no Mediterrâneo.

² De direito econômico é a maior parte do *direito comunitário* da União Europeia (§ 94).

³ Na Idade Média, as corporações de artesãos, artistas e mercadores, constituíram a primeira tentativa de proteção jurídica do trabalho.

⁴ Entre nós, antes de Vargas, tivemos leis esparsas disciplinadoras das relações jurídicas oriundas de contrato de trabalho, como, por exemplo, o Decreto nº 1.313, de 17.01.1891, sobre trabalho de menor, a Lei nº 3.742, de 15.01.1919, sobre acidentes do trabalho. No *Ciclo Vargas* foi dada ênfase à legislação trabalhista a partir de 1931, com decretos sobre o sindicalismo, trabalho do menor, férias etc., consolidada em 1943 (*Consolidação das Leis do Trabalho*). A primeira obra jurídica sobre direito do trabalho publicada no Brasil é de Antonio Evaristo de Moraes: *Apontamentos de Direito Operário*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1905.

⁵ Mas não é só a “bomba atômica” que nos faz pensar pertencer o direito nuclear ao campo do direito internacional, porquanto, além do acidente acima relatado, as usinas nucleares, quando acidentadas, podem colocar em risco a vida humana e o meio ambiente. Basta lembrar, para confirmar a nossa assertiva, o acidente ocorrido, no final de abril de 1986, na Rússia, na usina nuclear de Chernobyl (Tchernobil), situada nas proximidades de Kiew, que atingiu a Finlândia, a Polônia, a Noruega, a Suécia e a Dinamarca, com índices anormais de radioatividade, e, com menores índices, devido à mudança de ventos, o Centro-Sul da Europa (Iugoslávia, Romênia, Suíça e Itália) e, com nível muito baixo, Inglaterra, França e Mônaco. Os países atingidos pelo acidente na usina de Chernobyl estão a mais de mil quilômetros da mesma. Além de acidentes como esses, há os que podem ser causados por satélites espões ou sondas espaciais com combustível radioativo. O satélite soviético Cosmos 954, que, em 1978, se desintegrou, deixando cair fragmentos no Canadá, tinha gerador nuclear. Assim, acidentes desse tipo, além de contaminar a atmosfera terrestre, podem afetar países que se encontram em sua órbita.

⁶ Neste capítulo, entre os direitos mistos, poderia ser incluído o *direito de previdência e*

seguridade social, que pertencem à categoria do *direito social* (§ 126). Mas, para nós, esse direito é mais bem classificado no grupo de direitos que formam o direito público. O *direito previdenciário* pode ser definido como a *parte do direito público que garante a seguridade social, atendendo os infortúnios da vida humana, dando segurança à velhice, garantindo justa aposentadoria, possibilitada por contraprestação, e pensão à família do segurado*. Como além da seguridade social garantida pelo Estado pode haver a proporcionada por instituições profissionais ou por empresas, e como em outros países é ela da alçada da iniciativa privada, não é errado colocá-la no grupo de direito social, ou melhor, de direito misto por ser norteadada pelo interesse individual do segurado, e da empresa que o garante e pelo interesse social pelo risco que correm todos os segurados. A previdência social foi instituída, como seguro, na Alemanha, em 1883, por iniciativa, em 1881, de Bismarck. Entre nós, em 1923, com a chamada *Lei Elói Chaves*.

INTER-RELAÇÕES ENTRE OS VÁRIOS DIREITOS – PLURALISMO DE DIREITOS – ANTINOMIA

132. INTERLIGAÇÃO ENTRE OS DIREITOS

As ordens jurídicas (direito internacional, direitos nacionais, direito social, direito econômico, direito sindical etc.) e os vários tipos de direito (direito internacional e direito constitucional, direito civil e direito comercial, direito tributário e direito civil, direito do trabalho e direito civil etc.), bem como todos os direitos componentes do chamado direito interno (§ 90), estão ordenados em sistemas, em que alguns servem de fundamento para outros – o direito constitucional, por exemplo, fundamenta os demais direitos do Estado. Todos os direitos se encontram em estado de inter-relação, de acomodação e de integração. Essa integração, na medida em que se processa, vai reduzindo os conflitos entre os direitos, dando origem assim às unidades jurídicas. Muitas prescrições de um direito têm suas origens ou suas bases em outro, como, por exemplo, é o caso do direito comercial, cujas raízes estão no direito civil. Assim, o tecido jurídico não é formado de espaços vazios ou com quistos, pois é um todo orgânico, cujas partes estão interligadas em processo de interação, de inter-relação e de compatibilização. É o que procuraremos, em rápidas pinceladas, retratar.

Inicialmente, a interligação entre o *direito internacional* e o *direito nacional* (brasileiro, francês, norte-americano etc.) depende de posição teórico-ideológica. Para a *teoria monista* há a predominância do nacional (nacionalistas), enquanto para outros, a do internacional (pacifistas). Há, entretanto, ponto pacífico: conflitando com a Constituição não prevalece o internacional, mas quanto à legislação ordinária (leis), a primazia é do tratado internacional. Todavia, após a Queda do Muro de Berlim, o *direito internacional dos direitos humanos* (§ 91), quando violado, pode não respeitar fronteiras, soberanias, como ocorreu no *affair Kosovo*.

Quanto ao *direito comunitário europeu*, isto é, o direito da União Europeia (§ 96) prevalece sobre os direitos nacionais (francês, alemão, italiano, português etc.). Futuramente, se for avante o Mercosul, teremos problema semelhante, ou seja, predominância do futuro direito comunitário latino-americano sobre os direitos nacionais (Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai e de outros países que aderirem à comunidade sul-americana).

O *direito internacional* (§ 91) e o *direito constitucional* (§ 99) coexistem interligados, sem, contudo, um decorrer ou depender do outro. É sabido que a Constituição de um país e o governo dela oriundo podem ser mantidos de pé com apoio nas baionetas, porém, necessitam ser internacionalmente reconhecidos, por depender de créditos internacionais, do comércio internacional

etc. Ora, o reconhecimento da legitimidade da Constituição e do governo nela fundado é ato da alçada do direito internacional. Eis por que Kelsen (§§ 197 e 200), na pirâmide jurídica, ou seja, na hierarquia das normas jurídicas, coloca no vértice dessa pirâmide, como uma das soluções científicas, o direito internacional. A nossa Constituição (1988) contém, a título de exemplo, os seguintes princípios: igualdade entre os países, solução pacífica dos conflitos internacionais, autodeterminação (art. 4º), bem como estabelece as condições de eficácia interna do tratado internacional e a competência para celebrá-lo (arts. 5º, § 2º, e 84, VIII) etc. Por sua vez, a ONU, instituição internacional, formulou a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), consubstanciada em um tratado internacional, que deve ser respeitada pelos Estados ratificantes. Em Nüremberg, um tribunal internacional julgou chefes do governo alemão. Assim, tanto o *direito constitucional* como os demais campos do direito interno têm relações com o *direito internacional*. Tratados e convenções internacionais disciplinam a navegação aérea e a marítima, sendo assim profundas as ligações entre os *direitos marítimo* (§ 119) e o *aeronáutico* (§ 120) com o direito internacional.¹

Por outro lado, excluída a Constituição norte-americana, modelo de norma exclusivamente de organização do Estado, as constituições modernas, principalmente as latino-americanas, são como que “camisas de força” para todos os demais ramos do direito estatal. Estabelecem as normas e os princípios fundamentais do direito nacional. Entre nós, a Constituição contém os princípios fundamentais de organização do Poder Judiciário federal e estadual. Consequentemente, o *direito judiciário* (§ 104) está subordinado a essas normas e a esses princípios, tendo que os respeitar, sob pena de inconstitucionalidade.

Prescreve a Constituição a forma básica de organização dos órgãos fundamentais do Estado, não só do Executivo como também do Legislativo e do Judiciário, os direitos e deveres dos funcionários públicos, a desapropriação da propriedade por interesse público etc., sendo, portanto, muitos os pontos de contato do *direito constitucional* (§ 99) com o *direito administrativo* (§ 102).

A Constituição dá as regras básicas do “orçamento” do Estado e da “fiscalização financeira”, indicando os órgãos investidos de soberania financeira, as relações entre estes. Estreitas são também as relações entre o *direito constitucional* e o *direito financeiro e fiscal* (§ 103).

Dedicando a Constituição um capítulo à “ordem econômica e social”, prescrevendo a função social da propriedade, tendo outro tratando da “família”, de sua constituição, do casamento, da filiação, da assistência à prole etc., sem falar da proteção que dá ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido, à liberdade de pensamento e ao direito autoral, evidente é a relação que há entre *direito constitucional* (§ 99) e *direito civil* (§ 114) e, desde que se reconheça autonomia ao *direito de família* (§ 128), também com este direito.

Assegura ainda a Constituição, no capítulo dedicado à “ordem econômica”, a liberdade de iniciativa, a conjugação dos fatores de produção, tendo em vista o desenvolvimento econômico, e,

ainda, a repressão ao abuso do poder econômico (domínio de mercado, eliminação de concorrência, aumento arbitrário de lucros), a intervenção na ordem econômica quando necessária à segurança nacional, a disciplina da produção etc. Ora, tais garantias e a organização da ordem econômica evidenciam muitos pontos de contato entre o *direito constitucional* e os *direitos comercial* (§ 117) e *econômico* (§ 122).

A sanção penal é constitucionalmente submetida a princípios como o da individualização da pena, tornando-a restrita ao delinquente, levando sempre em conta a sua personalidade e as circunstâncias do delito, bem como prescreve o princípio de legalidade, que impede a aplicação retroativa ou analógica da lei penal. Assim, também com o *direito penal* (§ 105) tem o *direito constitucional* (§ 99) relações. Prevê a Constituição as condições da prisão em flagrante, da obrigatoriedade de sua comunicação ao juiz, a instituição do Júri, o direito de defesa e o princípio do contraditório do processo criminal, bem como consagra o *habeas corpus* para a proteção da liberdade e mandado de segurança para a proteção de direitos claríssimos quando ameaçados ou lesados por ilegalidade ou abuso de poder. As comissões parlamentares de inquérito observam regras processuais, que também regem o processo de *impeachment*. Assim, entre o *direito processual* (§ 111) e o *direito constitucional* existem muitos pontos de contato.

A Constituição brasileira prescreve os direitos fundamentais dos assalariados, como, a título de exemplo, salário-mínimo, salário noturno superior ao diurno, repouso semanal, férias, estabilidade, aposentadoria, greve etc. Relações há, portanto, entre o *direito do trabalho* (§ 123) e o *direito constitucional*.

Pode-se dizer manter o direito constitucional relações estreitas com todos os ramos do direito nacional por prescrever os princípios retores da ordem jurídica nacional.

Mas não é só entre o direito constitucional e os demais ramos do direito que notamos ligações, porque pontos de contato existem entre quase todos os direitos.

Examinemo-nos: em face da intensidade do comércio internacional, convenções internacionais foram estabelecidas sobre navegação marítima e sobre tráfego aéreo, bem como sobre cheque etc. O uso do espaço cósmico é objeto de convenções internacionais. Tais convenções se tornaram direito interno nos países que a celebraram. Tem, assim, o *direito internacional* ligações com os *direitos marítimo* (§ 119), *avonáutico* (§ 120), *cosmonáutico* (§ 94) ou *espacial* e com o *direito comercial* (§ 117). As Cortes Internacionais (§ 96) são organizadas e funcionam com base em princípios estabelecidos pela ciência do direito processual. A questão da competência dessas Cortes é estabelecida nos atos que as instituírem e inferida dos princípios do direito processual. Como vemos, tem também o *direito internacional* (§91) relações com o *direito processual* (§ 111). A antiga Sociedade das Nações, desaparecida depois da última guerra, tinha um órgão internacional destinado a estudar e indicar soluções à chamada questão social. Essa sociedade era dotada de um Secretariado Internacional do Trabalho. Atualmente, pertencendo à ONU, temos a Organização

Internacional do Trabalho com a função de elaborar projetos de convenções internacionais do trabalho e de fazer recomendações aos Estados-membros em matéria de trabalho. As deliberações de suas conferências ou as soluções propostas por seus órgãos não obrigam os Estados-membros, mas só as convenções ratificadas. Porém, fornecem regras e princípios que podem influir na reforma da legislação de cada país. Assim, não se pode dizer que entre o *direito internacional*, que rege essa Organização, sua atividade, seus órgãos, poderes etc., e o *direito do trabalho* (§ 123) não existam relações. Por outro lado, na organização da ONU, da Unesco, da Organização Internacional do Trabalho e de outras instituições internacionais são observados regras e princípios estabelecidos pela moderna ciência do *direito administrativo* (§ 102), que, portanto, tem também pontos de contato com o direito internacional.

Entre o *direito administrativo* (§ 102) e o *direito constitucional* (§ 99), como vimos, existem estreitas relações. Com o *direito civil*, o direito administrativo, apesar de não ter relações íntimas, dele acolhe regras gerais sobre nulidade, prazos, responsabilidade civil, ato jurídico, e sobre a interpretação dos mesmos etc. O *direito penal empresta* ao *direito administrativo* princípios gerais de aplicação das sanções, auxiliando-o na configuração do ilícito administrativo, enquanto do *direito processual* o direito administrativo serve-se de seus princípios no processamento do inquérito administrativo.

Já vimos as relações entre o *direito financeiro e fiscal* e o direito constitucional. Apesar de ser parte do direito público, tem o direito financeiro e fiscal relações com o direito privado. Rendas ou outras formas de recursos obtidos com administração de bens públicos, sob a forma de locação ou arrendamento, são regidas por normas do direito privado. Impostos ou taxas, que recaem sobre transações com bens, constituem pontos de contato entre o direito financeiro e o direito privado. À devolução do imposto indevido, pago voluntariamente, se aplicam princípios do direito civil que dizem respeito ao pagamento indevido. Finalmente, os princípios gerais do direito privado facilitam a definição, conteúdo e o alcance dos institutos, dos conceitos e das formas de direito tributário, sem influir, entretanto, na definição dos efeitos tributários.

No que concerne ao *direito penal*, já vimos as suas relações com o direito constitucional e com o direito administrativo. Além dessas, destaca-se a que tem com o *direito internacional*, porquanto os seus princípios são comuns ao *direito penal internacional* (§ 92). No caso de *crime transnacional*, praticado por organizações ilícitas multinacionais (máfias), como, por exemplo, tráfico de drogas, é evidente a relação entre esses dois direitos, como se infere da Declaração de Nápoles de 1994 (Conferência Mundial da ONU sobre Crime Organizado Transnacional). Com o *direito executivo penal*, que disciplina a execução da pena, e com o *direito penitenciário*, que não só regula a execução material da pena, permitindo-lhe atingir a sua finalidade, como, também, a administração das penitenciárias, está presente o *direito penal*, que prescreve as penas, aplicadas nas sentenças condenatórias, em cuja execução interferem os citados direitos. Com o *direito processual penal* (§ 111) são evidentes as suas ligações, porque a condenação e punição do

delinquente, ou seja, a aplicação pelo juiz da pena prevista na lei penal depende de ação penal regulada pelo processual. Vínculos do *direito penal* com o *direito comercial* existem, bastando lembrar o crime falimentar.

Já nos referimos às relações do *direito do trabalho* com o direito constitucional e com o direito internacional. Há entre nós órgãos da Administração Pública vinculados às questões trabalhistas, como o Ministério do Trabalho, o Instituto de Previdência Social etc., cujas funções e organização observam o *direito administrativo*. Com o *direito civil* são enormes os vínculos. Aplicam-se ao direito do trabalho os princípios civilistas que regem os contratos e, especificamente, os da locação de serviços. Do *direito comercial* utiliza-se a noção de empresário. Tem ligação com o *direito marítimo*, por ser aplicável ao contrato de trabalho dos portuários e das tripulações de navios, e com o *direito aeronáutico* por reger o pessoal dos aeroportos e à tripulação das aeronaves. Finalmente, tem estreitos vínculos com o *direito sindical* (§ 124), que colabora na formulação de regras gerais dos contratos de trabalho.

Finalmente, o *direito civil* (§ 114) tem ligações com todos os ramos do direito, devido talvez ao fato de ter sido o primeiro a se constituir em ciência jurídica. Assim, por exemplo, o mandato político, instituto do direito constitucional, tem suas raízes no mandato disciplinado pelo direito civil, cujos princípios foram, com algumas alterações, transpostos para o direito público. Os princípios do direito dos contratos são comuns a todos os contratos e atos bilaterais disciplinados pelos demais direitos, principalmente pelo *direito comercial* (contratos comerciais), pelos *direitos marítimo e aeronáutico* (contrato de transporte) e pelo *direito do trabalho* (contrato de trabalho). A teoria civilista da culpa é comum a todos os direitos. O *direito comercial* (§ 117) nada mais é do que desenvolvimento das obrigações civis (contratos) e do direito das sociedades. Aliás, já se cogitou da unificação das obrigações civis e comerciais em um código único. A ideia, entre nós, foi lançada por Teixeira de Freitas (1816-1883), em seu projeto de Código Civil. França e Itália, entre as duas guerras, criaram comissões para a elaboração de um código franco-italiano de obrigações. O Código Civil italiano de 1942 as unificou. Existem elementos comuns a todos os atos jurídicos (comerciais, administrativos etc.) estabelecidos pelo direito civil: condições de validade dos atos jurídicos, tais como “capacidade” das partes, “formas”, “consentimento” etc.

Direito marítimo, direito aeronáutico e direito ferroviário, desde que considerados como disciplina jurídica do transporte de bens e de pessoas, têm princípios comuns. Aliás, no que concerne aos direitos marítimo e aeronáutico, já se pensou em unificá-los no *direito da navegação* (§ 121). O direito civil prescreve ainda as regras fundamentais das obrigações e dos contratos aplicáveis a esses direitos, que, por outro lado, prescrevendo penas para as infrações cometidas por comandante na navegação e no tráfego aéreo, têm, como já dissemos, relações com o *direito penal*. O contrato de transporte (aéreo, marítimo, ferroviário), parte fundamental dos referidos direitos, objetivando lucro, coloca-se na área do direito comercial.

Direito processual civil (§ 111) e *direito processual penal* (§ 111) têm pontos de contato, sendo a teoria do processo comum a ambos. Há princípios comuns aos mesmos. Com o *direito judiciário* (§ 104), que tem por objeto a organização judiciária, a composição dos tribunais etc., é forte o parentesco. Aliás, em muitos países esses direitos estão unificados. Tanto o direito judiciário como o processual, como vimos, têm relações com o *direito constitucional*. O direito judiciário tem vários pontos de contato com o *direito administrativo*, porque à organização da carreira de magistrado se aplicam os princípios desse direito, igualmente à organização das Secretarias dos Tribunais e às carreiras de serventuário da Justiça. Com o *direito civil*, porque é através de ações perante os Tribunais, regidas pelo direito processual civil, que são protegidos os direitos subjetivos (§ 144) e as situações jurídicas dele oriundas. A punição de criminosos é possível por meio de ação penal disciplinada pelo direito processual penal, que assim está interligado com o *direito penal*. A teoria do processo e os princípios do direito processual, bem como regras gerais concernentes a prazos, à competência etc., são aplicáveis às demandas processadas na Corte Internacional de Justiça (Haia), estando assim entrelaçado com o *direito internacional*. Esse tribunal está organizado com base nos princípios gerais do direito judiciário. A organização da Justiça do Trabalho observa também os princípios do direito judiciário, demonstrando o entrelaçamento desse direito com o *direito do trabalho*. Na jurisdição trabalhista os processos são regidos pelos princípios e pelas regras do direito processual. No judiciário, finalmente, são solucionadas todas as questões, sejam trabalhistas, comerciais, civis, administrativas, fiscais, de natureza constitucional etc., isto porque somente com o exercício da *ação judicial* pode-se lutar pelos direitos e pela defesa da liberdade. Assim, o direito judiciário e o direito processual estão interligados com todos os ramos do direito.

133. PLURALIDADE DE DIREITOS

Na Antiguidade, em virtude da simplicidade da organização social, único era o direito, encerrado muitas vezes, em um único código. O direito babilônico foi todo consolidado e reunido no *Código de Hamurabi* (§ 160), enquanto o dos romanos, por muito tempo, encontrava-se na *Lei das XII Tábuas* (§ 164). O desenvolvimento social, a ampliação e a complexidade crescente das relações jurídicas fizeram com que fosse o campo jurídico dividido em regiões, dominadas por princípios e regras próprias. Devemos aos romanos a primeira divisão do direito em público e privado, sendo que este em *ius civile*, direito do cidadão romano, e *ius gentium*, estatuto do estrangeiro, posteriormente ampliados pelo direito pretoriano e pelo direito dos jurisconsultos. Com a Igreja Católica, direito do Estado e direito canônico e, a partir da Idade Média, direito internacional (direito das gentes) e direito interno (direito civil, direito das corporações de mercadores e direito canônico). Do direito civil foram se destacando partes, que adquiriram autonomia jurídica, como, por exemplo, o direito comercial, o direito do trabalho, o direito agrário etc. Assim, da unidade passou-se ao pluralismo de direitos, chegando-se, então, à conclusão: *não há direito, mas direitos*.

Mas, se considerarmos todos os ramos do direito interno (direito civil, comercial, constitucional, penal, processual, administrativo, fiscal etc.), formando *uma ordem jurídica*, caracterizada por ser um sistema de normas jurídicas hierarquizadas, ou melhor, um *ordenamento jurídico*, temos outro aspecto do pluralismo jurídico resultante da coexistência do *direito internacional* (§§ 90 e 91) com o *direito interno* (direito nacional, § 90), este formulado ou reconhecido pelo Estado, aquele resultante da tradição, de costumes, usos, tratados e convenções. Temos, no caso do direito internacional, direito internacional convencional, estabelecido por tratados e convenções; jurisprudencial, decorrente de decisões das Cortes Internacionais; e consuetudinário, enquanto no direito interno, estatutário ou legislado (lei, regulamento etc.), consuetudinário e jurisprudencial.

Dentro das fronteiras do Estado, se for uma Federação, direito federal, direito estadual e direito municipal. Além dessas formas de direitos oficiais, temos o direito da Igreja e o direito sindical, que, por outro ângulo, revela o pluralismo de ordenamentos jurídicos: estatal, canônico e de entidades privadas.

Se considerarmos que o direito positivo representa o último estágio de um processo que tem por ponto de partida normas espontaneamente observadas, acabaremos por admitir a vigência do direito legislado ou estatutário, com a do consuetudinário, do jurisprudencial e do social (direito sindical, contratos coletivos de trabalho etc.).

O pluralismo jurídico, para não se transformar em caos jurídico, depende de hierarquia de direitos que o compõem para que conflito não haja. Como no mundo moderno nenhum país pode dispensar o concurso dos demais países e como o preço do isolamento, do conflito e da guerra é muito alto, o direito internacional ocupa o vértice da pirâmide jurídica, seguido pelo direito constitucional, vindo depois as demais formas de direito público; a seguir, o direito misto e, finalmente, o direito privado. A eficácia do direito consuetudinário, que no direito internacional é indiscutível, depende no direito interno de o direito estatal reconhecê-lo ou admiti-lo. O direito das sociedades civis e comerciais (estatutário) deve se submeter às regras previstas em lei, em regulamento etc., enquanto o direito sindical, às regras do direito do trabalho. A sentença, regida pelo direito processual, bem como o ato jurídico, fundado no direito civil, no direito comercial etc., que, na hierarquia das fontes jurídicas, se encontram na base da pirâmide, estão submetidos ao disposto em leis, em regulamentos etc.

Paralelismo de ordens jurídicas temos se considerarmos o direito estatal e o direito canônico, cada um com sua esfera de ação, sem que, desde que haja separação da Igreja do Estado, um interfira no outro. Já o direito ideal (*jus condendum*) não tem eficácia, por não ser coercível, sendo desprovido de apoio do poder público. Porém, indiretamente, através da interpretação, seja dos jurisconsultos seja do juiz, penetra no direito vigente, enquanto o legislador não o transformar em lei.

134. ANTINOMIA

Da coexistência de vários direitos, estabelecidos em épocas e fontes diferentes, podem ocorrer conflitos ou incompatibilidades. Por isso nas leis encontramos sempre este dispositivo: “revogam-se as disposições em contrário”. Se assim não dispusessem, frequentes seriam os casos de *antinomia*, que, segundo Bobbio (“Sui criteri per risolvere le antinomie” nos *Studi in Onore di Antonio Segni*), é *incompatibilidade entre duas normas pertencentes a um mesmo ordenamento jurídico*. Incompatibilidade por terem preceitos conflitantes duas normas de grau hierárquico igual do mesmo ordenamento jurídico. Não sendo possível, do ponto de vista lógico, a aplicação de normas incompatíveis entre si, pois uma só delas deve reger o caso a ser julgado, três caminhos tem o juiz, segundo nos ensina Bobbio (ensaio cit.): critério “*cronológico*” – inaplicabilidade da norma anterior incompatível com a nova; critério “*hierárquico*”, ineficácia da norma hierarquicamente inferior ou subordinada, e o critério da “*especialidade*” – que faz depender da “*matéria regulada*” a prevalência de uma das normas. Tais critérios podem solucionar o conflito em questão. O primeiro, quando a norma tiver a mesma natureza e valor; o segundo, quando ocorrer incompatibilidade entre normas de naturezas diferentes, sendo aplicável, apesar de mais antiga, a norma superior. Assim, por exemplo, a lei que dispuser de forma incompatível com a Constituição, mesmo que posterior a ela, é inconstitucional, por prevalecer a norma constitucional; igualmente regulamento posterior à lei, incompatível com ela, não terá valor na medida da incompatibilidade. Mas, no caso de normas do mesmo valor, que tiverem naturezas diferentes, inexistente critério geral para solucionar a antinomia, dependendo do exame que se faça de cada caso. Assim, exemplificando, lei especial posterior incompatível com lei geral anterior tem plena eficácia, porque *speciali generalibus derogant*. Já no caso de norma geral nova incompatível com norma da mesma natureza, a mais nova prevalece sobre a antiga. Lei geral posterior não atinge lei especial anterior por disciplinarem matérias diferentes: *lex posterior generalis non derogat priori speciali*.

Finalmente, devemos dizer que a solução dada pelo juiz na sentença ao problema da antinomia, isto é, entre duas leis em conflito, aplicáveis ao caso a ser por ele decidido, não tem força de derrogar a lei, mas só de negar a aplicação de uma delas. Quando assim proceder estará usando a *interpretação corretiva* ou *ab rogans* (§ 138). Mas na declaração judicial de inconstitucionalidade de uma lei por incompatibilidade com a Constituição, a decisão, se for do Supremo Tribunal Federal, tira-lhe a eficácia, sem derrogá-la. De outros tribunais só tem força no caso *sub judice*.

Ditos procedimentos visam a restabelecer a harmonia que deve haver entre os direitos e, em cada direito, entre suas normas, bem como manter a hierarquia das regras de direito, sem a qual inexistente ordem jurídica.

¹ No tocante ao direito comunitário (europeu até a data desta edição) e as suas relações com os direitos nacionais e o direito internacional, *vide* § 166.

QUARTA PARTE

HERMENÊUTICA JURÍDICA*

* Parte da ciência do direito que trata da interpretação e aplicação do direito.

APLICAÇÃO DO DIREITO – OBRIGATORIEDADE DA LEI – ERRO DE DIREITO

135. APLICAÇÃO DO DIREITO. PROBLEMA DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI

A aplicação coercitiva do direito é da competência exclusiva do Estado, no que concerne ao direito interno (§ 90), e das organizações internacionais (§ 95), no que diz respeito ao direito internacional. No primeiro caso, *é ato de direito público pelo qual a autoridade administrativa ou judiciária competente impõe as consequências jurídicas previstas na norma jurídica a um caso concreto*. É, assim, o ato de direito público que transforma a norma geral em norma individual sob a forma de sentença ou de decisão administrativa. A autoridade administrativa pode aplicar de ofício ditas consequências, sem ser provocada pela parte, desde que ocorra a condição (fato) prevista na norma para a produção de seus efeitos. Já o juiz (autoridade judiciária)¹ só as aplica quando provocado pela parte interessada (particular, o Ministério Público ou a advocacia da União). O meio de provocar a aplicação judicial do direito é a ação, regida por leis processuais, que dão os meios de o titular do direito protegê-lo mediante decisão judicial. Pela ação o titular exerce a faculdade de exigir de outrem uma prestação (§ 147). Torna efetiva a pretensão, possibilitando que o Estado, monopolizador do poder coercitivo, faça-a ser direta ou indiretamente atendida. Na sociedade primitiva não era assim, por nela imperar a justiça privada.

A toda pretensão (ex., exigir o pagamento de um débito) corresponde uma ação, como a todo direito subjetivo (§ 147), uma pretensão (ex., no direito de propriedade a pretensão é de que todos a respeitem). Sem a ação, o direito está desarmado, passando a pertencer ao reino da Moral, como ocorre quando há prescrição (§ 145), em que a prestação (pagamento da dívida no exemplo citado) não pode mais ser exigida judicialmente, ficando o cumprimento da mesma dependendo exclusivamente da vontade do devedor. Assim, o titular do direito, além de ter o direito subjetivo, ao qual corresponde uma pretensão, tem, por ser titular, *direito de ação*, ou seja, *o direito autônomo de provocar a prestação jurisdicional do Estado por meio de uma ação* (direito subjetivo público). Ação² pode ser definida como *o meio processual, previsto na lei processual, pelo qual é pleiteável a tutela do Estado para o direito ameaçado, contestado ou lesado*, ou, então, *o meio de provocar a prestação jurisdicional do Estado para a proteção de um interesse legítimo*.³

Ajuizada a ação, contestada, isto é, com a “resposta” do réu, produzida a prova, chega o momento da *aplicação do direito*, na fase final do processo. Nesse momento, o juiz tem que, primeiro, determinar a natureza da demanda e precisar a pretensão das partes. Feito isto, verifica a

norma jurídica aplicável ao caso *sub judice*. Em regra, aplicável é o *direito nacional*, em virtude do *princípio da territorialidade das leis*, segundo o qual todas as pessoas, nacionais ou estrangeiras, que se encontrarem no território do Estado, estão submetidas às suas leis. Mas pode ao caso ser aplicável mais de um direito, o direito nacional ou o estrangeiro, por serem, por exemplo, as partes estrangeiras, ou por ser só uma delas, ou por ter sido o ato celebrado no estrangeiro ou, ainda, por se encontrar a coisa, objeto do litígio, no estrangeiro etc. Em tal ocorrendo, há *conflito de leis no espaço* (§ 143), dirimido pelo *direito internacional privado* (§ 112). Pode ocorrer que o ato tenha se iniciado sob o império de uma lei já revogada, no qual tenha se formado quase totalmente, tendo sido concluído, entretanto, na vigência de outra lei. Quando tal ocorrer haverá *conflito de leis no tempo* (§ 142), surgindo a questão da *retroatividade* ou da *irretroatividade* da lei nova ou a de sua *aplicação imediata* (§ 142). Pode ser arguida por uma das partes a *inconstitucionalidade* da lei, ou seja, a incompatibilidade da lei, aplicável ao caso concreto, com a Constituição (§ 70).⁴ Mas, havendo dúvida quanto à constitucionalidade, deve o juiz seguir a lição de Black: “havendo razoável dúvida, resolve-se em favor da constitucionalidade” (*Handbook of American Constitutional Law*). Pode ser arguida a *revogação* tácita (§ 140) da lei aplicável por ser incompatível com lei nova da mesma natureza, em vigor ao tempo do julgamento, que, por isso, a torna inaplicável ao caso *sub judice*. Finalmente, pode ocorrer não ser o caso concreto previsto no direito vigente, ou seja, pode inexistir norma jurídica aplicável ao mesmo. Aí, diz-se haver *lacuna* (§ 139) do direito, sanável pela *analogia* (§ 139), pelos *costumes* (§ 77) ou pelos *princípios gerais do direito* (§ 139). Se o caso concreto for trabalhista, a lacuna poderá ser preenchida pela *equidade* (§ 44). Assim, mesmo havendo lacuna (§ 139), o juiz terá meios para encontrar a norma jurídica aplicável à questão não prevista. Mas, se se tratar de questão criminal, havendo lacuna, inaplicável a analogia, bem como se se tratar de restrição de direitos.

Determinada, afinal, a norma jurídica aplicável ao caso concreto, o juiz deverá interpretá-la. Pela *interpretação* (§§ 137 e 138) estabelece o exato sentido da norma, o seu alcance, as suas consequências jurídicas e os elementos constitutivos do caso típico nela previsto. Interpretada, verificará o juiz a tipicidade do caso que ele tem de julgar, isto é, se corresponde ao modelo legal. Se corresponder, aplicará ao mesmo as consequências jurídicas previstas na norma. Tal aplicação tem a forma do *raciocínio silogístico*. Daí denominar-se *silogismo jurídico* ou *judicial* a atividade mental de aplicação do direito. Dito silogismo tem por *premissa* maior a norma jurídica; por *premissa* menor, o caso concreto a ser decidido pelo juiz, e por *conclusão* ou *corolário*, a sentença, que impõe a uma das partes ou a ambas as consequências previstas na norma jurídica.⁵ Assim, por exemplo, ocorrendo bigamia, teríamos o seguinte raciocínio – *premissa maior*: nulo é o casamento se ocorrer bigamia (preceito legal); *premissa menor*: Fulano, casado, escondendo tal situação, casa-se com Beltrana, solteira, que pode desconhecer o estado civil de seu noivo; *conclusão*: nulidade do casamento (consequência jurídica da violação do preceito legal citado), além do procedimento penal. Como nota Claude du Pasquier (*Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du*

Droit), o silogismo jurídico pode se apresentar de forma mais complexa. Nesse caso, podem existir *silogismos jurídicos sucessivos*, que ocorrem quando a aplicação de uma regra de direito supõe a aplicação preliminar de outras regras, tendo, então, de se “decompor o raciocínio em uma série de silogismos sucessivos”. Como, por exemplo, no caso em que houver conflito de leis no espaço (§ 142). Para Kelsen⁶ (Teoria Pura do Direito), a conclusão, ou seja, a sentença, é norma jurídica individual, por ser a concretização de uma norma geral, tendo em vista as particularidades do caso concreto.

Mas o silogismo jurídico, como dissemos, nem sempre é simples, podendo haver, na premissa maior, recurso ao direito intertemporal, se se tratar de norma revogada; ao direito internacional privado, se se tratar de dúvida quanto à legislação aplicável (nacional ou estrangeira), enquanto o caso concreto pode apresentar particularidades que obriguem o juiz a recorrer a mais de uma regra jurídica para resolver a questão principal ou os incidentes. Por isso, tem razão Ferrara (*Trattato di Diritto Civile Italiano*) quando escreve: é verdade que o julgamento é um silogismo, porém “não se deve acreditar ser a atividade judicial simples operação lógica, não só porque na aplicação do direito entram fatores psíquicos e apreciações de interesses, especialmente na determinação do sentido da lei, como, também, porque o juiz jamais deixa de ser uma pessoa que pensa e tem consciência e vontade, para ser degradado a um autômato de decisões”. Dramática, muitas vezes, é a aplicação do direito, bastando lembrar, por exemplo, a aplicação do direito de família no tocante à posse e guarda de filhos menores quando separados estão os pais. Muitas vezes, nesses casos, há drama na consciência do juiz entre a frieza da lei (*dura lex, sed lex*), os interesses do menor, objeto do litígio, que comandam a decisão, e o sofrimento do pai ou da mãe que perder a guarda do filho.⁷

136. OBRIGATORIEDADE DA LEI. ERRO DE DIREITO

A lei, a partir do momento em que entrar em vigor, é obrigatória para todos os seus destinatários, não podendo o juiz negar-se a aplicá-la ao caso *sub judice*. Entrando a lei em vigor, ninguém pode alegar sua ignorância. Daí o princípio jurídico: a ninguém é lícito ignorar a lei. Qual o fundamento desse princípio? A doutrina, seguida pela maioria dos juristas do século passado, encontrou-o na *presunção* absoluta de conhecimento da lei. A justificação desse princípio decorre, segundo a opinião moderna, da *necessidade social* de que, publicada a lei, transcorrida a *vacatio legis*,⁸ deve ser a lei aplicada mesmo aos casos em que for arguida sua ignorância. Na verdade, a multiplicidade de leis, fenômeno característico de nossa época, que Carnelutti denominou por inflação legislativa, dificulta o conhecimento de toda legislação pelos próprios juristas, quanto mais pelos leigos. Assim, esse princípio só pode ser justificado tendo em vista razões de ordem social e de segurança jurídica.

Portanto, depois da publicação ou decorrida a *vacatio legis*, a lei torna-se obrigatória, não podendo ser alegada sua ignorância: *nemo jus ignorare censetur*, sendo aplicada, como bem diz

Ferrara (*Trattato di Diritto Civile Italiano*), mesmo àqueles que a desconhecem, porque o “interesse da segurança jurídica exige esse sacrifício”. Por isso, a obrigatoriedade da lei não está condicionada ao seu efetivo conhecimento, pois a lei é aplicável a todos, desde que publicada, independentemente de seu conhecimento. Se a aplicação da lei dependesse de seu efetivo conhecimento, não haveria segurança nas relações jurídicas, pois, como o conhecimento é subjetivo, não poderia ser provada a falsidade da alegação de sua ignorância.

Consequência da obrigatoriedade da lei, independente de seu efetivo conhecimento: *o erro de direito não anula os atos jurídicos*. Em regra, o erro de direito não justifica: *error juris non excusat*, salvo quando for a causa única ou principal do negócio jurídico. No direito penal, no que diz respeito às normas que fixam crimes e penas, não tem nenhum valor o erro de direito, porém, nas contravenções penais, desde que escusável, tem valor relativo, pois o juiz pode, no caso de *error juris*, deixar de aplicar a pena.

¹ *Jurisdição* é a função pública que consiste na aplicação do direito pelo juiz. É o poder que tem o juiz de impor às partes uma norma individual (sentença) derivada da norma geral. Pode ser jurisdição *graciosa (voluntária)*, se não há litígio, como ocorre na separação judicial (desquite amigável), no inventário etc., e *contenciosa*, se ocorrer litígio (despejo, anulação de casamento etc.). Pode ser ainda: *criminal*, se se tratar de aplicação de norma penal, e *civil*, nos demais casos. Mas, apesar de o juiz ter por função a aplicação do direito, nem todo juiz pode decidir qualquer demanda, salvo se a lei lhe der competência para tal, pois, em regra, lhe delimita o poder de conhecer e julgar em função da natureza do caso. Assim, *competência* é a “medida da jurisdição”, ou seja, o poder que tem o juiz de decidir determinado caso por força de lei. Por exemplo: na Cidade do Rio de Janeiro e na de São Paulo, o juiz de Vara Cível não tem competência para julgar anulação de casamento, apesar de tê-la para anular contratos.

² As ações podem ser “civis” e “criminais”. Nestas se apuram a autoria de um crime e o grau de culpabilidade para individualizar a pena, prevista na norma penal a ser aplicada ao acusado, enquanto as “civis” são todas as demais. As “civis” podem ser “pessoais” e “reais”, estas têm por objeto coisas. As primeiras tutelam direitos pessoais (§ 148), enquanto as segundas, direitos reais (§ 148). Há os que ainda ampliam essa classificação incluindo as “declaratórias”, que afirmam ou negam a existência de uma relação jurídica; as “condenatórias” e as “constitutivas”, que constituem uma situação jurídica inexistente anteriormente à ação, como, por exemplo, a investigação de paternidade que declara judicialmente a situação de filho ou a anulação de casamento, que faz retornar as partes à situação anterior ao casamento.

³ Prestação jurisdicional é o dever que tem o juiz de exercer a jurisdição a ele atribuída por lei. *Vide* nota 1 deste capítulo sobre “jurisdição”.

⁴ O controle judiciário da constitucionalidade da lei é criação norte-americana, datando de 1803, quando foi pela primeira vez exercido pelo juiz John Marshall da Corte Suprema. O Brasil segue

esse modelo. Em outros países não cabe esse controle ao Judiciário, como é, por exemplo, o caso da França, em que é exercido por um órgão que não pertence ao Poder Judiciário: o Conselho Constitucional.

- 5 Em virtude do *princípio da sucumbência*, que obriga o vencido (perdedor da demanda) a pagar ao vencedor o custo da demanda, além das consequências previstas no direito material (direito civil, comercial etc.), são aplicáveis ao vencido, ou seja, ao que sucumbiu, as consequências processuais: pagamento de custas (despesas feitas com o processamento da ação) e de honorários de advogado, arbitrados pelo juiz, ao vencedor. Se ambas as partes são vencidas em partes, pagam em proporção tais despesas, compensando-se os honorários.
- 6 Segundo Kelsen, todo ato de aplicação do direito é também ato de criação de norma jurídica. O juiz, diz Kelsen, ao aplicar o direito, cria norma individual (sentença), estabelecida para as partes da regra disciplinadora de suas relações. Igualmente, o legislador quando formula a lei aplica direito superior, disciplinador da criação do direito, isto é, a norma regedora da elaboração do direito prevista na Constituição. Sobre a questão da sentença em relação à norma, consultar Carlos da Rocha Guimarães, “A Norma e a Sentença”, na *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, janeiro, 1974.
- 7 Entre nós, clássicos: Paula Baptista, *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*, S. Paulo, Saraiva, 1984 (reedição com apresentação de Alfredo Buzaid) e Ramalho (Barão de), *Cinco Lições de Hermenêutica Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1984 (apresentação de Moacyr Lobo da Costa), textos publicados em um só volume por Alcides Tomasetti Júnior. Moderno: João Baptista Herkenhoff, *Como Aplicar o Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1986.
- 8 Interregno entre publicação no *Diário Oficial* e a entrada em vigor da lei. Ocorre quando a lei estabelecer uma data posterior à da publicação para a sua entrada em vigor.

MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO DA LEI REVELAÇÃO CIENTÍFICA DO DIREITO – DIREITO LIVRE

137. A interpretação visa a descobrir o sentido objetivo do texto jurídico. Mas que sentido? O que corresponde à “vontade do legislador” ou à “vontade da lei”? Ou, então, o que resulta da livre convicção do juiz? A solução dessa questão originou os chamados *métodos de interpretação*, dos quais o mais antigo é coetâneo com as primeiras codificações do direito civil. É o método dos intérpretes do *Code de Napoléon*, denominado método da *Escola de Exegese* ou *Escola Dogmática*, ainda conhecida por adotar o *método tradicional* (§ 196), que, considerando a norma legislativa como dogma, limita a interpretação à indagação da “vontade do legislador”, mantendo-se a ela fiel, dela não se afastando. Por isso, é denominado *método subjetivo*. Foi defendido, no século XIX e começo do século XX, por Demolombe (1804-1888), Laurent (1810-1887), Aubry (1803-1883), Rau (1807-1877) e Baudry Lacantinerie (1837-1913). “Ignoro” – dizia Bugnet (*Cours de droit civil français*) – “o direito civil, só conheço o Código de Napoleão”. “Os códigos”, escreve Laurent (*Principes de droit civil*), “nada deixam ao arbítrio do intérprete; o direito está escrito em textos autênticos”. Ou, então, com Demolombe (*Cours de Code Napoléon*, 1845-82): “os textos antes de tudo, nos quais posso descobrir a vontade do legislador”. A “vontade do legislador” é a lei, repetiam em coro os corifeus desse método, chegando ao ponto de, quando clara a lei, limitar a interpretação ao sentido das palavras usadas pelo legislador. Porém, quando obscura, nos limites delas se deve manter o intérprete, pesquisando o pensamento do legislador nas palavras por ele empregadas.

Gény (§ 109), em 1899, criticou esse fetichismo legal, considerando-o insustentável por não poder o legislador prever tudo, não tendo o monopólio da formulação do direito. Como saber, em um sistema representativo, em que vários parlamentares concorrem para a elaboração da lei, a vontade do legislador? A “vontade coletiva, expressa na lei”, não é igual à vontade manifestada no contrato ou no testamento, mesmo porque a legislativa corresponde à da maioria dos parlamentares, politicamente movidos por motivos diferentes por pertencerem, geralmente, a partidos diversos, salvo quando um dos partidos tem maioria de votos na assembleia legislativa (Câmara, Senado, Parlamento). Mas, nesse caso, a vontade legislativa corresponde à do partido dominante na Câmara ou no Senado. Por isso, a vontade dos contratantes ou a do testador podem ser pesquisadas, enquanto a legislativa, adverte Gény, só pode ser estabelecida com independência da vontade dos parlamentares. Dando um passo à frente, sem abandonar a posição tradicional, acabou indicando a “vontade legislativa”, e não a do legislador, como objetivo da interpretação, sem que isso signifique a substituição do legislador pelas convicções do intérprete (*método objetivo*). Mantendo-se nessa

posição, negou poder expansivo à lei, cujo significado (para ele) não depende do momento histórico em que é interpretada. A lei, segundo Gény, é uma só, idêntica à que deve ser aplicada à sancionada. Atualizá-la por meio de interpretação seria transformar o intérprete em legislador. Mas, pensando assim, Gény estava longe de admitir a submissão do intérprete aos códigos, porque o direito, para ele, não está contido exclusivamente na lei, que, dispondo para o futuro, não pode prever todas as situações jurídicas.¹ A lei não contém solução para todos os casos, não sendo possível expandi-la para atender à situação imprevisível na época em que foi elaborada. É necessário encontrar-se uma técnica, escrevia ele em 1899, em *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, controlável, que possibilite, no caso de não se encontrar na lei a solução, estabelecer cientificamente os elementos para formulá-la. Essa técnica foi por ele denominada *livre investigação científica do direito*. *Livre*, por não estar submetida a nenhum texto legal ou a nenhuma fonte do direito, e *científica*, por se fundar em critérios objetivos, fornecidos pelas ciências. Empregando-a, o intérprete, com o auxílio das ciências auxiliares do direito, iluminado pelo sentimento jurídico, pode encontrar na natureza das coisas os elementos para a formulação da norma para o caso não previsto pelo legislador. Contudo, o método de Gény só admite a interpretação criadora no caso de lacuna (§ 139), deixando nos demais casos intocável a lei, aplicável na forma prescrita pelo legislador, mesmo quando injusta a sua aplicação ou mesmo quando, do ponto de vista social, produza resultados condenáveis.

Todavia, a lei não se destina a um corpo social moribundo, mas a uma sociedade viva, em mobilidade, tendo épocas de crise, outras de estabilidade e de desenvolvimento. Por isso, pela interpretação, deve-se, pensam outros, adaptar a velha lei aos novos tempos, sem, entretanto, abandoná-la. Saleilles foi o defensor desse ponto de vista na França, denominado *método histórico-evolutivo*. Método “cuja característica consiste em dar vida aos códigos”, levando em conta as tradições, o sistema vigente como um todo, os seus princípios e as exigências do momento de sua aplicação. Aplicando-o, o intérprete possibilita a conciliação entre a lei e a realidade social, operando-se “incessante câmbio de ações e reações, mediante o qual se realiza o processo jurídico; sem transformações radicais, sem bruscas mudanças, graças somente à jurisprudência, que, sem se sujeitar a um texto anacrônico, a mantém sempre viva” (prólogo ao livro *Méthode d'Interprétation*, cit., de Gény). Método, diz Saleilles, que, para atender ao objetivo dos negócios e das novas realidades, dá elasticidade às fórmulas, sem livre criação do direito. Assim, a aparência do edifício jurídico manter-se-ia a mesma; somente os “elementos que o compõem seriam tomados do exterior, renovando-se sem cessar”.

A jurisprudência francesa valeu-se largamente desse método, mantendo de pé até hoje, apesar de todas as transformações sociais trazidas pela implantação da sociedade industrial, pela era eletrônica, e pelas crises oriundas das duas Guerras Mundiais, o *Código de Napoleão*, ou seja, o *Code Civil* francês, colocando nele teorias que só surgiram em épocas posteriores à sua promulgação, decorrentes das grandes transformações socioeconômicas, como, por exemplo, a teoria

da responsabilidade civil por riscos criados, tão importante quando crescem assustadoramente acidentes de automóvel, acidentes de trabalho e ferroviários, bem como a revisão judicial dos contratos (Teoria da Imprevisão), que abalou o princípio do “contrato é lei entre as partes”, e a teoria do abuso do direito, incompatíveis com o liberalismo e o individualismo jurídico que inspirou os redatores do referido código. Mudou a jurisprudência a filosofia, mas manteve de pé o edifício jurídico francês.²

Contudo, autores houve que foram além dessa solução. No século XIX, na França, um magistrado, Magnaud (1848-1926), conhecido por *bon juge*, interpretava e aplicava a lei com equidade, indo além dela (v. nota 4). Outros sustentam dever ser abandonado o código quando injusta for a sua aplicação ao caso histórico. A justiça acima da lei. Sacrificam, para fazer justiça, a certeza e a segurança do direito, proporcionadas pela codificação. O povo, dizia Kantorowicz, um dos defensores desse método, conhece o direito vivo, o direito que considera justo, inspirado, historicamente, nos ideais de justiça, e não o direito mumificado nas leis. Essa posição foi defendida pela *escola do direito livre (Freirecht)* (§ 199). *Der Kampf um die Rechtswissenschaft (A luta pela ciência do direito)*,³ surgido em 1906, de Kantorowicz, sob o pseudônimo de Gnaeus Flavius, contém o programa dessa escola. Segundo essa doutrina, o juiz deve primeiro formular a norma para o caso segundo a justiça, depois, procurar na legislação o texto para fundamentá-la. À concepção clássica, dizia Kantorowicz, do direito natural, empedrecida através dos séculos, dever-se-ia preferir a do “direito livre”, que, no século XX, representaria o “direito natural rejuvenescido”. Só a ciência do direito, e não o legislador, poderia encontrá-lo, motivo por que ela deve desempenhar papel criador, e não papel de repetidora servil dos textos. A tarefa do juiz seria a de descobrir o direito, não nos textos, mas na realidade social. O juiz, acrescenta, em 1903, Ehrlich, outro defensor desse método, *deve abandonar a lei e ir contra ela* quando assim exigirem as circunstâncias do caso novo.⁴ Segundo outros, descobrindo os interesses que em cada situação devem prevalecer, o juiz estaria apto a encontrar a norma que atenda ao fim social do direito. Assim, de certa forma, pensavam também Philippe Heck e Rümelin (§ 199), defensores da chamada “jurisprudência dos interesses” (*Interesenjurisprudenz*).

A nosso ver, nem o método tradicional e nem o método revolucionário da “escola do direito livre” atendem aos valores e fins do direito: a justiça e a segurança jurídica. O primeiro, porque sacrifica a justiça, mantendo vivo um direito morto, contrário aos ideais jurídicos dominantes e desajustado da realidade social, provocando a aplicação do direito anacrônico à condenação pela opinião pública da sentença, enquanto o segundo porque sacrifica a segurança em benefício da justiça, deixando à mercê das concepções do juiz e de seu modo de compreender os fatos históricos o direito a ser aplicado. A nosso ver, o direito deve, acima de tudo, estabelecer o equilíbrio entre segurança e justiça. Em nosso *Curso de Filosofia do Direito* (1950) definimos o direito como a “realização da segurança com o mínimo sacrifício da Justiça” (§ 202). Por isso, achamos que o *método histórico-evolutivo*, que não impede que as transformações jurídicas penetrem nos códigos

sem abandoná-lo, é o método mais compatível com o equilíbrio da segurança com a justiça. Como salientou certa vez H. Lévy-Bruhl, “suavizar o rigor das leis, com certa liberdade de interpretação, é a melhor solução” (“Les sources. Les méthodes. Les instruments de travail” em *Introduction à l’Étude du Droit*. (Vide nossa posição no § 138.))⁵

¹ O Autor, como desembargador, nos anos 1970, teve ocasião de se antecipar ao legislador, interpretando contrato como atípico, celebrado, por tempo indeterminado, entre conhecida fábrica de automóveis e um de seus concessionários, reconhecendo-lhe a natureza de *concessão comercial*, tipo contratual criado muito depois pelo legislador, não previsto, portanto, na legislação quando do julgamento (*Revista de Jurisprudência do TJERJ*, nº 45, ps. 87-110). Eis aqui um exemplo de lacuna da legislação (§ 139) preenchida pelo juiz.

² Entre nós, anteriormente à legislação que dá efeitos jurídicos à união estável, constituída por um homem e uma mulher sob o mesmo teto, como se casados fossem, segundo a jurisprudência dos anos 1980, o concubinato não gera direitos para os concubinos, salvo se configurar uma sociedade de fato, constituída pelo patrimônio comum, isto é, formado pelo esforço de ambos os concubinários. Sociedade cujo reconhecimento judicial é pretendido quando ocorre o rompimento do concubinato. Nesse caso, exige a jurisprudência que o concubino, autor da ação, prove ter contribuído para a formação do patrimônio que se encontra em nome ou na posse do outro. Trata-se de construção jurisprudencial por não estar previsto na época o concubinato no Código Civil. O autor, como desembargador, nos anos 1980, avançou mais, admitindo a presunção de cooperação na formação do patrimônio comum, isto é, a sociedade de fato, possibilitando o reconhecimento judicial do direito à divisão do mesmo, quando operários forem os concubinos. E, avançando assim sanou lacuna de nossa ordem jurídica. Eis a ementa do acórdão: “Sociedade de fato. Na classe operária, urbana e rural há presunção relativa de esforço comum, que inócorre na classe média e na alta, em que depende de prova a contribuição dos concubinários” (vide: *Dicionário de Direito de Família*, do autor, ps. 872-873).

³ “La lucha por la ciencia del derecho” no volume *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1949, trad. de Werner Goldschmidt.

⁴ No Brasil, principalmente no Rio Grande do Sul, vem sendo defendido o *direito alternativo* ou *insurgente*, que, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, dá-lhe decisão justa, mesmo que contrária à lei que prescrever solução incompatível com a justiça. Juízes gaúchos defendem-no, citando-se, dentre muitas sentenças, a que considerou válida a doação feita por homem casado à sua amante, apesar de vedada pelo Código Civil (Lei nº 307, de 1916). Esse modo de entender o direito tem parentesco próximo com o pensamento de Kantorowicz: vale-se da justiça, mesmo contra lei expressa, na medida em que atender melhor à realidade social e às necessidades mínimas do homem, sem as quais a sua dignidade fica comprometida. Para atendê-las consideram lícito, sacrificar a certeza do direito, a segurança jurídica e a legalidade. Eros Roberto Grau aponta o perigo desse modo de concebê-lo que desemboca no “subjativismo do juiz” (“Reflexão sobre o futuro do direito” in *Revista do Advogado*, nº 36, 1992, p. 35). A nosso ver, o ideal é o

meio-termo (v. notas 1 e 3 deste capítulo e do seguinte). Consultar: Edmundo Lima de Arruda Jr.: “Direito Alternativo e Cidadania Operária” (*Lições de Direito Administrativo*, São Paulo, Ed. Acadêmica, 1991). Pode-se definir o *direito alternativo* como o *direito não escrito, correspondente ao sentimento de justiça predominante em um meio social, fundado na equidade*.

- ⁵ Exame das modernas tendências da doutrina jurídica em matéria de interpretação da lei pode ser encontrado no ensaio de Luigi Bagolini, publicado na *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (1974): “Fedeltà al diritto e interpretazione”. L. Fernando Coelho, em *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, apresenta-nos a questão hermenêutica à luz da lógica moderna, divorciada da aristotélica.

INTERPRETAÇÃO DA LEI – ESPÉCIES E RESULTADOS

138. Interpretar a lei é *determinar o seu sentido objetivo, prevendo as suas consequências*.

Toda lei deve ser interpretada para ser aplicada, mesmo quando clara, porquanto não é condição da interpretação ser ela obscura.¹ Dessa forma, não procede o aforismo *in claris non fit interpretatio*, pois só interpretando-a poder-se-á saber se ela é clara. Pode-se dizer ser mais fácil a interpretação quando clara for a norma, mais difícil e penosa, quando obscura. “Sem a interpretação”, escreve Maggiore (*Principi di diritto penale*), “a lei, isolada em sua abstração e generalidade, seria letra morta. A interpretação dá vida à lei”. E, para dá-la, pode o intérprete proceder por interesse científico, para saber o que comanda a lei em si, ou, em virtude de função pública que exerce, como procede o juiz, para determinar a vontade da lei em confronto com o caso *sub judice*, ou, ainda, por interesse profissional, como faz o advogado. Em qualquer um desses casos, emprega-se a interpretação.

O objetivo da interpretação é, pois, estabelecer o sentido do texto legal. Mas, que sentido? A *vontade do legislador* ou a *vontade da lei*? Ao tentarem responder a essa questão, divergiram, como vimos no capítulo anterior, os juristas, defendendo uns o método dogmático-jurídico (*Escola de Exegese*), enquanto outros, o método histórico-evolutivo (*Escola Atualizadora do Direito*), não faltando quem preferisse a livre interpretação do direito (*Escola do Direito Livre* e, entre nós, *Escola do Direito Alternativo*).

A nosso ver, pensamos que a razão esteja com a “escola atualizadora”: a interpretação deve sempre modernizar a lei, porque a posição dogmática, presa à letra da lei, impede soluções jurídicas adequadas ao presente, enquanto a revolucionária cria a possibilidade da ditadura togada, isto é, o abuso do poder jurisdicional, criando o juiz o direito sob o manto da legalidade.

Pensando assim (como pensamos), interpretar o direito é estabelecer o sentido atual da norma. Não o sentido retrógrado e nem aquele que de forma alguma poderia dela ser inferido, mas o que se depreende do texto ajustado à realidade social. Para descobri-lo, o intérprete deve pensar como homem de sua época, e não como homem do tempo em que a lei foi sancionada. Assim, o sentido da lei deve ser atual, e não retrógrado e nem revolucionário.

Mas, o *sentido atual da norma dado pelo intérprete tem de ser compatível com o texto interpretado e com o sistema jurídico*. Portanto, a letra da lei, objeto de interpretação, bem como o sistema jurídico a que ela pertence, limitam a liberdade do intérprete. Há um ponto em que ele não pode ir além, sob pena de se afastar do direito vigente, para criar direito, a pretexto de interpretá-lo.

Isto porque a norma tem potencialidades literárias limitadas e esgotáveis. A atualização da lei tem, pois, limites.

Para descobrir o sentido objetivo da lei, o intérprete procede por etapas, percorrendo o que se convencionou chamar de *fases, etapas, ou momentos da interpretação*. A primeira, parte da letra da lei, denominada *interpretação gramatical* ou *literal*, que, pesquisando o significado das palavras empregadas pelo legislador, não isoladamente, mas em conexão lógica e sintática com as demais, dá prevalência ao sentido técnico das mesmas sobre o usual. Portanto, *interpretação gramatical é a que estabelece o sentido objetivo da lei com base em sua letra*. Mas, como as palavras podem mascarar um significado, não manifestado com fidelidade, o intérprete não pode se satisfazer com os resultados dessa interpretação, partindo então para a investigação da *ratio legis*, ou melhor, do fim perseguido pela lei, de modo a que, em função dele, possa estabelecer exatamente o sentido decorrente da “letra da lei”. Essa fase é denominada de *interpretação lógica*. Destarte, *interpretação lógica é a investigação do fim ou da razão de ser da lei com o objetivo de clarear o seu real sentido*. Como a norma interpretada faz parte de um sistema de normas integradas, denominado *ordenamento jurídico*, o intérprete deverá confrontar o resultado obtido com a interpretação lógica, com o conhecimento que tem do sistema como um todo, principalmente com as do instituto jurídico a que ela pertence, de modo a que o sentido inicialmente apurado seja estabelecido de forma compatível com todo o sistema jurídico. Essa fase é conhecida por *interpretação sistemática*. É a *adaptação do sentido da lei ao espírito do sistema*.

Entretanto, muitas vezes, não é suficiente o emprego dessas interpretações para se ter o exato sentido da lei. Nesse caso, o intérprete vê-se obrigado a se socorrer do elemento histórico, verificando as razões históricas (*occasio legis*) determinadoras da lei (fontes: jornais, periódicos, revistas jurídicas da época da elaboração legislativa etc.). Eis a *interpretação histórica*, fundada em *documentos históricos do direito*. Geralmente nessa interpretação se socorre dos chamados *trabalhos preparatórios*, isto é, projetos de lei, debates nas comissões técnicas das assembleias legislativas e no plenário das mesmas, pareceres, emendas e justificações destas. Esses trabalhos não têm força de lei. Não são essenciais, pois a lei, a partir do momento em que é sancionada, promulgada e publicada, torna-se independente do pensamento de seu autor. Podem auxiliar o intérprete, mas não o convencer definitivamente. Como ensina Ferrara, valem como subsídio, não como fonte autêntica da vontade da lei. Nessa fase da interpretação que acabamos de versar, o intérprete, para ter a ideia mais exata do sentido da lei, deve consultar jornais, periódicos, revistas etc., para ter conhecimento do momento histórico em que a lei foi formulada. Mas no dia a dia, o intérprete não pode proceder assim, principalmente em se tratando de juiz, por se encontrar cercado de processos.

O sentido histórico da lei dá ao intérprete a ideia da lei ao tempo em que ela foi elaborada, bem como da sua motivação histórica. Mas, não lhe dá o sentido que deve ter no momento de sua aplicação, só servindo para estabelecer os limites da atualização da mesma. Para atender a essa

finalidade é necessário o recurso à *interpretação sociológica*, pela qual pesquisando o intérprete os fatores sociais determinantes da norma e os efeitos sociais que poderão decorrer de sua aplicação, encontre o sentido que socialmente lhe corresponde, isto é, o sentido social da lei. Estabelecido, na medida do possível, deve adaptá-lo à realidade social do momento de sua aplicação. Entende-se, assim, por *interpretação sociológica a investigação das razões sociais motivadoras da lei, de seus efeitos sociais e de seu sentido atual*.

Nessa difícil pesquisa, o intérprete nem sempre chega a resultados semelhantes aos obtidos com a interpretação gramatical. Pode concluir ser a *ratio legis* mais ampla do que a fórmula empregada pelo legislador, por ter este dito menos que queria (*minus scripsit quam voluit*), tornando-se, então, necessário ampliá-la, de modo a restabelecer sua correspondência com o sentido da lei. Essa é a *interpretação extensiva*, que consiste em ampliar a incompleta fórmula legal. Todavia, pode chegar a resultado diverso, verificando que a fórmula da lei é mais ampla do que a *ratio legis*, tendo o legislador dito mais do que queria (*plus scripsit quam voluit*), restringindo-a, então, de modo a manter a sua correspondência com o sentido da lei. Eis aí a *interpretação restritiva que restringe o alcance* da fórmula ampla da lei. Finalmente, pode chegar ao mesmo resultado da interpretação gramatical, concluindo corresponder a fórmula legal à *ratio legis*. Nesse caso, diz-se ser a *interpretação declarativa*. Nessa interpretação, *o resultado final da exegese do texto corresponde ao sentido inicialmente evidente*. É, pois, aquela em que a *fórmula clara da lei torna evidente o seu sentido completo*.

Do exposto, chega-se à conclusão de o resultado final da interpretação poder corrigir o sentido da norma inicialmente encontrado. É o que se denomina de interpretação *corretiva: corrige, amplia, restringe ou modifica o sentido da norma alcançado inicialmente*.

Portanto, quanto ao *resultado*, a interpretação pode ser *extensiva, restritiva, declarativa e corretiva*.

A interpretação varia em *função da fonte* de que provém. Autêntica, se dada pelo próprio legislador através de lei. É a *estabelecida por norma jurídica (lei, regulamento, decreto-lei, tratado etc.)*, tendo por objeto norma anterior obscura. Essa interpretação importa a retroatividade da lei que a estabelece, sendo obrigatória da data em que entrou em vigor a lei interpretada pelo legislador. *Jurisprudencial ou judicial*, a que se encontra nas decisões judiciais, nas sentenças, nos acórdãos dos tribunais. É, pois, a *dada pela jurisprudência*. É a mais importante, porque é por ela que se orientam os advogados e se esclarecem os juízes em suas dificuldades ao julgar. Declara o direito vivo. Os juristas norte-americanos dão importância tal a essa interpretação que Oliver Wendell Holmes, antigo juiz da Corte Suprema dos Estados Unidos, considerou o direito uma profecia de como decidirão os tribunais. Entre nós, o Supremo Tribunal Federal baixou *súmula* de sua jurisprudência predominante, “publicada, oficialmente”, como Anexo de seu Regimento, cujos arestos nela contidos, numerados, representam uma profecia de como serão decididas questões

semelhantes. Assim, em função dela, pode-se fazer uma profecia de como o Supremo decidirá caso semelhante. Igualmente, após 1988, o Superior Tribunal de Justiça.

Além das acima referidas, temos a *interpretação administrativa, estabelecida pelos órgãos da Administração Pública*. De certa forma, despachos, decisões, circulares, portarias, instruções ou regulamentos das autoridades administrativas dependem da interpretação por eles dado à lei ou ao regulamento. Quando constantes, formam a *jurisprudência administrativa*. Essa interpretação não tem força igual a da judicial, uma vez que pode não ser acolhida pelos tribunais, que, quando provocados pela parte interessada, dão a última palavra, acolhendo-a ou seguindo outra linha de pensamento. Mas a força da decisão judicial só alcança o caso julgado, não impedindo que a Administração Pública continue a observar a sua jurisprudência.

Temos, ainda, em função da fonte que provém, *interpretação doutrinal*, dada pelos doutos (juristas, jurisconsultos). Entende-se por *interpretação doutrinal a dada pelos juristas, em suas obras, com espírito científico*. Não tem ela força de lei, apesar de os tribunais, em regra, respeitarem-na.

Assim, em função da fonte de que provém, a interpretação pode ser: *legislativa, jurisprudencial, administrativa e doutrinal*.²

Se o intérprete, através de interpretação sistemática, descobrir incompatibilidade entre a norma, objeto de interpretação, e outras do mesmo sistema jurídico, deverá, primeiro, determinar a posição hierárquica de cada uma delas no sistema, para, depois, com o emprego da *interpretação “abrogans”* ou *revogatória*, negar eficácia à norma hierarquicamente inferior, deixando, assim, de aplicá-la ao caso concreto. A interpretação “*abrogans*” ou *revogatória* é, pois, a que *nega eficácia à norma que estiver em conflito com norma hierarquicamente superior*. Não a revoga, portanto, pois só lhe retira a eficácia para determinado caso, não a aplicando o juiz ao caso concreto. Exemplo: lei em conflito com a Constituição, regulamento com a lei etc.

Falta referência à *interpretação institucional*, estabelecida em função da finalidade das instituições sociais disciplinadas pela lei, como, por exemplo, a família, a propriedade etc., e à *interpretação normativa*, com força de lei, estabelecida nos Estados Unidos pelos precedentes judiciais e, entre nós, pelas *Súmulas* do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Finalmente, *interpretação razoável*, que foi muito empregada pelo Supremo Tribunal Federal, e que, afastando-se da letra da lei, dá solução conveniente para determinado caso, sem ferir flagrantemente a Constituição e sem brigar com o espírito da norma interpretada desde que nela possa ser enquadrado o entendimento do intérprete.

¹ Alguns juristas não pensam assim, como, por exemplo, H. Lévy-Bruhl (*Sociologie du Droit*):

quando clara a lei, escreve ele, “se faz desnecessária e até perigosa...”

- 2 *Interpretação prévia* é a estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, tendo por objeto lei federal, independentemente de litígio. Assim, é interpretação judicial dada sem ser em ação pendente de decisão. É provocada pelo Procurador-Geral da República. Enunciada, com força de lei, tendo os mesmos efeitos de lei interpretativa.

LACUNAS DO DIREITO – ANALOGIA E PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO – CRIAÇÃO DO DIREITO PELO INTÉRPRETE

139. Pode ocorrer que o caso submetido ao juiz não seja previsto em nenhum texto legal. Assim, por exemplo, na França, no fim do século passado, prescrevendo o art. 1.382 do Código Civil francês a responsabilidade civil fundada na culpa provada pelo lesado, muitos acidentes de trabalho ficaram, antes da lei de 9 de abril de 1898, sem reparação, por não poder o operário acidentado provar a culpa do patrão. O que fez a jurisprudência francesa? Decidiu pela responsabilidade do patrão, salvo se ele provasse culpa exclusiva do empregado. Vemos aí um caso em que a lei, anterior a fatos criados pela industrialização, não dava solução para inúmeros acidentes deixando a parte economicamente mais fraca desamparada, quase sempre com sua capacidade de trabalho reduzida para toda a vida, quando permanente a lesão. A jurisprudência encontrou a solução, invertendo o ônus da prova. A revisão judicial dos contratos leoninos, não prevista no nosso Código Civil de 1917, foi pelo Supremo Tribunal Federal admitida ao tempo da Segunda Guerra Mundial.

Assim, nem sempre o código ou a lei dá ao juiz solução jurídica para o caso *sub judice*. Quando tal ocorre, diz-se haver *lacuna*.

A questão da lacuna é, na verdade, um problema. Muitos autores negam-na. A lacuna, dizem eles, é da lei, dos códigos (*lacuna formal*), não do direito (*lacuna material*). Brunetti¹ defende esta tese. No direito, há sempre solução para qualquer caso, pensaram os que a defendem, enquanto outros admitem ser isso ficção, por ter o direito lacunas. O Código Civil suíço, de 1912, ao contrário dos demais, a admitiu expressamente, ao prescrever: “nos casos não previstos, o juiz decidirá segundo o costume e, na falta deste, conforme as normas que estabeleceria se legislador fosse, inspirado na doutrina e na jurisprudência dominante”. Huber, autor dessa solução, estava sob a influência da *libre recherche scientifique* de Gény (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*). Mas outros códigos, como o nosso ou os italianos de 1865 e de 1942, não dão essa margem de arbítrio ao juiz, mandando-o, primeiro, pela “analogia”, depois pelos costumes e, por fim, pelos “princípios gerais do direito”, decidir o caso não previsto. Assim, o legislador suíço admitindo a lacuna da legislação, deu ao juiz poder de criar a norma jurídica, enquanto o nosso, seguindo o modelo italiano, submeteu-o ao espírito dela. Há, portanto, duas posições tradicionais: a que dá ao juiz poder de criar, como se legislador fosse, a norma para o caso não previsto pelo legislador, e a que não lhe dá esse poder, determinando que ele descubra no sistema jurídico o princípio geral aplicável ao mesmo. A primeira corrente sustenta ser da lei a lacuna, por não poder o legislador tudo prever, e não do direito, inesgotável pela legislação, encontrado na doutrina, nacional

ou na estrangeira, no direito comparado (§ 5º) ou ainda nos costumes. A segunda entende que a lei encerra todo o direito e que fora dela não há direito obrigatório do qual o juiz possa se valer. A primeira corrente é a dos juristas historicistas (§ 195), dos juristas sociólogos (§ 199), dos defensores do “direito livre” (§ 199), que admitem o direito espontâneo, provocado pelas transformações sociais, que vige conjuntamente com o direito oficial. A outra corrente, expressada na maioria dos códigos, é a dos positivistas: todo direito está contido na legislação, nos costumes ou na jurisprudência; fora delas, não há direito. Próxima desta última solução Zitelmann,² seguido depois por Donati (*Il problema delle lacune dell’ordinamento giuridico*), sustenta haver no ordenamento jurídico uma norma geral, implícita e complementar, segundo o qual é lícito o que não for proibido. Igualmente, Kelsen (*Teoria Pura do Direito*, trad.): inexistem lacunas no direito, por ser, segundo ele, permitido o que não for proibido. No mesmo sentido, Cossio (*La plenitud del ordenamiento jurídico*).

Os que pensam poder ser sanada a lacuna do direito com os princípios do próprio direito, ou seja, os que negam a existência de lacuna e sustentam ser completo o sistema jurídico servem-se do *método de autointegração* do ordenamento jurídico, enquanto os que admitem existir lacunas insanáveis com os referidos princípios usam o *método de heterointegração*, ou seja, servem-se de elementos estranhos ao sistema (equidade, natureza das coisas, justiça etc.) para saná-las.

A nosso ver, o direito tem lacunas. Há lacunas da lei, dos códigos, da doutrina, da jurisprudência e do próprio direito, por não conter, muitas vezes, solução para casos imprevisíveis na época em que foram promulgados (leis e códigos), como os que citamos, que datam do final do século passado, ocorridos na França, cuja solução adotada pelos tribunais franceses não se encontrava no *Code Civil*.

Mas, como proceder o juiz no caso de lacuna? Primeiro, servindo-se do processo de autointegração ou de expansão do ordenamento jurídico, isto é, da *analogia*. Processo aplicável a qualquer campo do direito, menos no direito penal nos países que acolhem o *princípio de legalidade*: não há crime ou pena sem lei penal que expressamente o preveja de antemão. Feita essa ressalva, pode-se dizer que muitos casos não previstos pelo legislador podem ser resolvidos com recurso à analogia, desde que o intérprete encontre no sistema jurídico, ou seja, no ordenamento jurídico, hipótese semelhante à *sub judice*. É, pois, a *analogia processo de aplicação de um princípio jurídico estatuído para determinado caso a outro que, apesar de não ser igual, é semelhante ao previsto pelo legislador*, ou, mais singelamente, *extensão do tratamento jurídico, previsto expressamente na lei para determinado caso, a um semelhante*, não previsto. Há, segundo a doutrina, duas formas de analogia: *analogia legis* e *analogia juris*. A primeira, quando tomamos por base um caso similar, enquanto a segunda, matéria análoga. Alguns juristas, principalmente os alemães, em virtude, talvez, de o Código Civil alemão não prever o recurso aos princípios gerais do direito, e, entre os italianos, Ferrara, tem considerado a *analogia juris* como sinônimo de princípios gerais do direito. O próprio Ferrara (*Trattato di diritto civile italiano*) modificou posteriormente

essa opinião, reconhecendo haver duas espécies de princípios: os princípios norteadores da legislação aplicáveis por analogia *juris* e os não deduzíveis da legislação, que constituem o espírito do ordenamento jurídico, e que podem ser considerados como sendo os princípios gerais do ordenamento jurídico (Ferrara, *Principi generali dell'ordinamento giuridico*, 1943). A analogia é uma só. Não se confunde com os princípios gerais do direito, porque o próprio legislador os indica como distintos e porque a aplicação dos princípios supõe não haver norma alguma aplicável ao caso, enquanto a analogia pressupõe haver norma que preveja hipótese semelhante ao caso não previsto.

Mas nem sempre pode ser encontrada norma reguladora de caso semelhante. Não havendo, segundo nosso direito e nossa doutrina, o juiz deverá decidir o caso pelos *princípios gerais do direito*.³ Como entendê-los? Há grande divergência entre os autores a respeito da natureza desses princípios. Assim, segundo uns, são os do direito natural (Del Vecchio); os da equidade (Osilia, Maggiore); os acolhidos pelos povos cultos; os estabelecidos pela jurisprudência (Pacchioni); os do direito romano (ou os do direito comum) e, por fim, segundo a opinião tradicional, os que informam a legislação, descobertos com emprego de processo lógico de abstração e generalização progressiva partindo das singulares normas do direito positivo.

Procede, em parte, a última opinião porque o direito positivo é norteado por princípios gerais que lhe dão unidade. São os princípios que nortearam o legislador. A esses princípios deve recorrer o intérprete no caso de lacuna insanável por analogia. Como conhecê-los? Partindo das normas componentes do ordenamento jurídico, primeiro, da Constituição, depois, dos códigos e de toda a legislação vigente para deles deduzir os princípios que, não escritos, lhes informam e lhes dão unidade? Tarefa impraticável, basta pensar em um de nossos códigos, o Código Civil, de 1917, por exemplo, composto de mais de mil artigos, para comprovar a impraticabilidade do emprego desse método. A solução, a nosso ver, só pode ser alcançada pelo jurista que dominar direito vigente, do qual deve ter uma ideia dos princípios generalíssimos do direito, comuns ao direito privado e ao direito público, como, por exemplo, é o caso do princípio *pacta sunt servanda* (cumpram-se os pactos) comum ao direito dos contratos e ao direito internacional. Princípios novos e princípios antigos, uns resultantes de exigências políticas e histórico-sociais do presente, outros de longa história, vindo uns do direito romano, outros do direito português e até do direito canônico. Como vemos tarefa mais fácil para o jurista e para o juiz culto.

Mas os princípios citados, considerados pela legislação e doutrina ocidentais como a última fonte do direito, muitas vezes não dão solução ao caso não previsto pelo legislador por terem potencialidades normativas limitadas, podendo ter, pois, lacunas. Apesar da grande generalidade e elasticidade desses princípios, têm potencialidade expansiva limitada, tendo, assim, ponto de saturação, sendo, como são as obras humanas, limitados. Têm, portanto, lacunas, não podendo, muitas vezes, regular o caso não previsto, por maior que seja a ginástica intelectual feita pelo intérprete para enquadrá-lo nos princípios que estamos tratando. Com muita justeza disse Maggiore

(*Suiprincipi generali del diritto*) não poder ser encontrado, por maior que fosse a acrobacia de abstração feita pelo intérprete, “no ordenamento jurídico feudal o princípio para resolver uma situação jurídica que só pode nascer em uma concepção socialista da vida”.

Quando isso ocorrer, pode-se dizer haver lacuna material no direito positivo, não havendo no direito vigente elementos para regular o caso não previsto.

Nesse momento, o intérprete será obrigado a se entregar à livre investigação do direito, ou seja, a encontrar a norma para solucionar o caso não previsto, com auxílio do *método de heterointegração*, isto é, com auxílio de elementos estranhos ao direito positivo (equidade, justiça, interesses, razões sociais, doutrina nacional e estrangeira etc.), desde que compatíveis com os princípios gerais do direito.

Nessa investigação socorrer-se-á, primeiro, dos princípios jurídicos dos povos cultos, bem como daqueles extraídos da doutrina nacional e da estrangeira, não qualquer uma, mas a de juristas conceituados. Depois, indagará os princípios gerais que estruturam o direito da cultura em que o sistema jurídico lacunoso esteja integrado. Em nosso caso, os princípios gerais do direito europeu, que vêm sendo estabelecidos desde os tempos da jurisprudência romana e da filosofia grega. Por fim, entregar-se-á à livre interpretação do direito, levando em conta as ciências afins ao direito, a realidade social, o ideal jurídico dominante, os costumes, a equidade e as tradições. Deverá sempre ter em vista a ordem pública, os bons costumes e o equilíbrio dos interesses em conflito. Procedendo assim, o intérprete antecipa-se ao legislador, agindo como se legislador fosse, ditando a norma justa, oportuna, para o caso não previsto, considerando não só os ensinamentos das ciências afins ao direito, como, também, a doutrina autorizada nacional e estrangeira,⁴ a jurisprudência dominante, as tradições, os costumes, o direito comparado e a “natureza das coisas”. Procedendo assim, observando tais critérios, agirá de forma científica, objetiva e controlável. Esse modo de proceder pode ser rotulado de revelação científica do direito, que, de certa forma, se assemelha à “livre investigação científica do direito”, propugnada por Gény. Investigação “livre, toda vez que o intérprete se subtrai à ação própria de uma autoridade positiva”, ou seja, das fontes formais do direito; “investigação científica, porque encontra as suas bases sólidas nos elementos objetivos que só a ciência pode revelar”, como ressalta Gény. E assim deve ser, porque “o legislador e o juiz são”, como nota Cornil (*Le droit privé. Essai de sociologie juridique simplifiée*), “dois órgãos de expressão do direito, cada um cumprindo uma função salutar: a do legislador, satisfazer à exigência de estabilidade das relações sociais, e a do juiz, à necessidade não menos imperiosa de mobilidade das relações sociais”. Por isso, foi sábio o legislador suíço quando, no art. 1º de seu Código Civil, prescreveu dever o juiz, no caso de lacuna, aplicar a “regra que ele ditaria se tivesse de agir como legislador”, observando as soluções consagradas pela doutrina e pela jurisprudência.⁵ Quando o juiz, em face de lacuna na ordem jurídica, a que está submetido, cria solução jurídica para o caso não previsto na lei (v. notas 1, 2 e 4 deste capítulo), exerce o que se convencionou chamar de *função pretoriana da jurisprudência*, semelhante à exercida pelos pretores romanos (§ 164).

-
- ¹ Tem Brunetti vários ensaios sobre a lacuna do direito, republicados em *Scritti Giuridici Varii* (1915-25). O último, “In margine alla questione della completezza dell’ ordinamento giuridico”, não se encontra nesses *Scritti*, mas na *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (1926).
 - ² “Las lagunas del derecho”, no volume *La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1949, tradução de Carlos Posada.
 - ³ Entre nós, a partir da Lei nº 9.307, de 1996, esses princípios podem ser fonte de decisão arbitral, desde que os contratantes assim convencionem no contrato.
 - ⁴ *Vide* nota 1 (§ 137), em que o autor para julgar se informou na doutrina francesa.
 - ⁵ Exemplo de, em caso de lacuna, o juiz proceder como se legislador fosse demos na nota nº 1 (§ 137), tirada de nossa atividade jurisdicional como desembargador, em que concedemos, nos anos 1970, indenização a uma concessionária pela rescisão unilateral e abrupta de contrato, por tempo indeterminado, por parte de conhecida fábrica de automóveis. Quando o juiz procede assim, isto é, quando cria a norma no caso de lacuna, servindo-se da doutrina, dos princípios gerais do direito e da equidade, diz-se estar exercendo *função pretoriana da jurisprudência*, semelhante a dos Pretores romanos. Outros exemplos, extraídos de nossas decisões, podem ser encontrados no nosso *Dicionário de Direito de Família*, nos verbetes “Concubinato” e “Sociedade de Fato” (*vide* também nota 2, § 137).

EFICÁCIA DA LEI NO TEMPO – REVOGAÇÃO DA LEI – DESUSO – RETROATIVIDADE E IRRETROATIVIDADE DA LEI

140. REVOGAÇÃO DA LEI

A norma jurídica tem eficácia delimitada no tempo, tendo, pois, princípio e fim.

O tempo em que impera a norma jurídica, isto é, em que é aplicável pelo Judiciário, pela Administração Pública, denomina-se vigência, que pode ser previamente delimitado pelo legislador; mas, geralmente, não o é. No primeiro caso, a lei dispõe sobre o tempo de sua vigência ao prescrever: vigorará até determinada data.

Assim, em certos casos, pode o legislador limitar o tempo de vigência, e, portanto, de eficácia da lei, quer estabelecendo termo fixo, isto é, data em que cessa a sua eficácia, quer condicionando-a a um fato ou a acontecimento futuro, ou, ainda, subordinando-a a uma situação temporária.

Nesses casos, a lei tem vigência e, conseqüentemente, eficácia temporária, por tempo determinado, estabelecido pelo próprio legislador.

Além dessas hipóteses, a lei tem vigência, portanto eficácia, indefinida, até que outra lei a revogue, ou então, até que lei nova com ela seja incompatível. Na última hipótese, quando a lei nova for incompatível com lei anterior. Nesse caso, a incompatibilidade pode ser total ou parcial. Sendo total, há a *ab rogação da lei*. Mas se parcial, *derrogação* da lei, ficando derrogada somente na parte em que for inconciliável com a nova norma. Assim, *ab rogação* é a *revogação integral de uma lei anterior por uma posterior*, enquanto *derrogação* a *revogação parcial de uma lei por outra*.

Tanto a ab rogação como a derrogação podem ser *implícita* ou *expressa*. Expressa, quando a lei nova expressamente ab roga ou derroga lei anterior. Implícita, ou tácita, quando o preceito da nova lei é incompatível, no todo ou em parte, com lei anterior. Nesse caso deve-se indagar, para estabelecer o alcance da nova lei, a natureza de ambas. Se a lei nova for norma geral (§ 58), revoga lei anterior da mesma natureza. Mas, se for norma especial (§ 58), não revoga lei geral anterior, salvo na parte em que disciplinar de forma diversa matéria anteriormente regulada por ela (*speciali generalibus derogant*). Exemplo: a lei, ao dispor sobre a carreira do Ministério Público (MP), pode conter regras em conflito com o Estatuto do Funcionalismo Público (lei geral), que não é revogado por tal motivo. Entretanto, se a uma lei especial sucede uma lei geral, coexistirão ambas, porque *lex posterior generalis non de rogat priori speciali*, por disciplinarem matérias diversas, salvo se a lei geral nova expressamente revogar lei especial anterior. Todavia, nova Constituição revoga integralmente Constituição anterior, mesmo que tenha partes compatíveis com a nova, bem como,

implícita ou tacitamente, revoga todas as leis com ela incompatíveis.

A ab-rogação ou a derrogação de uma lei, bem como o prescrito em novas normas, alteram a ordem jurídica. Nesse caso, para que a reforma da legislação alcance a sua finalidade e para evitar mudança brusca de tratamento jurídico, é comum serem acompanhadas as novas leis de regras que estabelecem tratamento jurídico temporário, destinadas a adaptar a elas a vida social. São as *disposições transitórias* criadoras de regime jurídico diverso não só do estabelecido na legislação anterior, como, também, daquele oriundo da nova lei, sendo por isso denominado *terceiro regime legislativo ou jurídico*.

Além desses casos, uma lei pode ter sua vigência suspensa, temporariamente, por outra lei. Nessa hipótese, não existe derrogação nem ab rogação, mas só *suspensão temporária da eficácia de uma lei, por motivos de utilidade social*. São os casos, por exemplo, das *leis moratórias* e das *anistias*.

Quanto ao costume, desaparece com o desuso, isto é, com a inobservância pelos tribunais de uma jurisprudência tradicional, ou quando inobservado na praça ou no mercado. Pode ser também derogado pelo aparecimento de novo costume incompatível com o antigo ou pela própria lei.

141. DESUSO DA LEI

Houve tempo em que se discutia, no meio jurídico, a possibilidade do *desuso*, isto é, da revogação tácita da lei pela sua não aplicação pela Administração Pública ou pelos Tribunais, por tempo razoável. Beudent (*Cours de droit civil français*), em 1896, enfrentou essa questão, tendo a seu lado Portalis, ao sustentar no século passado: “algumas vezes as leis são ab rogadas por outras leis, outras vezes o são pelos simples costumes”. Cruet, em 1918, em sua obra *La vie du droit et l'impuissance des lois*, defendeu tese semelhante. Não falta em nossa época quem a defenda, como, por exemplo, o jurista francês Bonnet. A nosso ver, o costume, ou melhor, o desuso, não revoga a lei. A lei “arquivada”, por motivo de utilidade social, pelos efeitos sociais prejudiciais que produz, pela iniquidade que representa em face de novas aspirações jurídicas ou por outros motivos de ordem prática, continua a ser lei, podendo ser, enquanto não revogada, aplicada pelo juiz, não podendo a parte se insurgir contra tal aplicação, alegando ser lei, em desuso, sem eficácia.

142. RETROATIVIDADE E IRRETROATIVIDADE

A substituição parcial ou total de uma lei por outra envolve o problema da retroatividade das leis. Entende-se por *retroatividade a incidência dos efeitos jurídicos da lei nova sobre fatos ou atos ocorridos anteriormente a ela*. Discute-se, então, se a nova lei é aplicável a situações jurídicas, constituídas sob o império da lei anterior (revogada), que produzem efeitos jurídicos

durante a vigência da nova legislação. Portanto, o problema da retroatividade ou da irretroatividade das leis só surge quando há para a mesma situação jurídica duas leis incompatíveis entre si: a derogada e a nova. Alguns juristas, considerando que a nova lei atende mais as atuais necessidades sociais, defendem o princípio da retroação das leis. Mas a retroatividade das leis ou princípio de anualidade, como princípio absoluto, coloca em risco a segurança jurídica, ameaçando permanentemente as garantias individuais, os negócios jurídicos, a própria ordem social e os interesses públicos, sendo motivo de incerteza para as relações jurídicas. A retroatividade assim entendida é incompatível com a certeza do direito. Admitir-se, escreve Bonnetcase (*Introducción al Estudio del Derecho*, trad.) que a lei nova possa “modificar todo um passado jurídico regularmente estabelecido” seria transformá-la em “instrumento de opressão e de anarquia”. Por isso, há limites aos efeitos da nova lei. “Se não fosse assim”, diz Josserand (*Derecho civil*, trad.), “as transações estariam ameaçadas de destruição e a vida jurídica careceria de segurança, ficando arruinada a autoridade da lei mesma”. Há, pois, limites à retroação da lei.

Assim, no campo do *direito penal*, em que predomina o princípio de legalidade, que exige a anterioridade da lei penal ao crime, não é possível a retroatividade da lei penal nova, salvo quando for mais favorável ao criminoso.

No direito processual admite-se a retroatividade das leis porque o que muda é o procedimento de defesa do direito, e não o direito, que não é ameaçado.

Apesar de tudo, a *regra é a da retroatividade*. A lei, a partir do momento em que entra em vigor, tem eficácia, atingindo todas as situações jurídicas nela previstas. O individualismo levou o legislador francês de 1804, no *Code Civil*, em seu art. 2º, a estabelecer: “a lei só dispõe para o futuro, não tem efeitos retroativos”. Esse princípio não domina de forma absoluta no direito moderno. Mas, para proteger a segurança dos negócios jurídicos e a segurança individual, nos países ocidentais são admitidos pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência limites à retroatividade das leis. Quais são esses obstáculos? O “direito adquirido”, o “ato jurídico perfeito” e a “coisa julgada”. Foi Lassale (*Théorie systematique des droits acquis*, trad.) quem inicialmente formulou o conceito de “direito adquirido”. Mas foi Gabba (*Teoria della retroattività delle leggi*) quem precisou a noção daquele definindo-o como o que integra o patrimônio de uma pessoa, por força de lei, ou de fato voluntário verificado na vigência da lei derogada, cujos efeitos produzem-se ainda no futuro, apesar de a lei que o rege estar revogada. Pela teoria de Gabba, só são protegidos os direitos adquiridos de conteúdo patrimonial.

Mas a teoria de Gabba, muito simples e clara, foi aos poucos criando sérios problemas, em face da dificuldade de se precisar, em cada caso, o direito adquirido.

Modernamente, a opinião dominante restringe os direitos adquiridos aos direitos patrimoniais, de natureza privada, que fazem parte do patrimônio de uma pessoa, e que para ela tenha utilidade razoável. Estão, assim, excluídas da noção de direito adquirido as expectativas de direitos, os

direitos públicos e as faculdades jurídicas.

Procurando fugir às dificuldades criadas pela noção de direito adquirido, alguns juristas preferiram substituí-la pela de “fato perfeito”. Nesse sentido, a nova lei não deve regular os fatos ocorridos na vigência da lei abolida.

A teoria dos fatos consumados parte, portanto, do princípio de que todo fato jurídico ocorrido na vigência de uma lei será por ela regido, mesmo no caso de ela vir a ser revogada e de, conseqüentemente, produzirem-se os seus efeitos sob o império de outra lei. Pela teoria dos fatos consumados, que tem a vantagem de prescindir da indagação sobre a existência de direito adquirido, não se aplica o princípio de irretroatividade às expectativas de direito, às qualidades jurídicas, à capacidade, ao estado pessoal, por não serem fatos jurídicos. Como se vê, essa teoria nada mais é do que aperfeiçoamento da teoria dos direitos adquiridos, porque todo fato jurídico, ocorrido no império de uma lei, importa na aquisição de um direito para uma pessoa (titular), só tendo essa teoria a vantagem de prescindir a verificação, em cada caso, de haver direito adquirido.

Dessa teoria surgiu o segundo limite à retroatividade das leis: o *ato jurídico perfeito*, ou seja, o consumado segundo a lei vigente ao tempo em que foi celebrado.

Roubier (*Le droit transitoire*), repensando essa complexa questão, distingue o *efeito retroativo* do *efeito imediato* da lei. Para ele, a lei não deve retroagir alcançando o fato consumado sob a vigência da lei anterior. Quanto aos atos jurídicos celebrados durante a vigência da lei revogada, que continuam a produzir efeitos na vigência da nova lei, distingue Roubier os efeitos decorridos dos efeitos a serem produzidos depois da revogação da lei. Segundo Roubier, os efeitos produzidos na vigência da lei anterior são intocáveis pela nova lei (irretroatividade); já os efeitos que ocorrerão na vigência da nova lei são por ela regulados (efeito imediato da lei). Assim, não alcança os efeitos já produzidos sob o império da lei antiga. Quando, segundo a lei anterior, a situação jurídica é perfeita, não é atingível pela nova lei, sob pena de lhe ser dado efeito retroativo. Mas, se ao ser revogada a lei a situação não se tiver completado, será alcançada pela lei nova. Defende, pois, Roubier o princípio da *aplicação imediata da lei*. Esse princípio aplica-se ao direito processual. A lei processual nova rege os processos em curso, iniciados sob o império da lei revogada (anterior).

Finalmente, a última barreira à aplicação retroativa da lei é a *coisa julgada*, ou seja, a sentença de que não cabe mais recurso, que não pode ser mais modificada, cuja questão por ela decidida não pode ser renovada em juízo. Nesse caso, não é modificável pela lei nova.

Eis os limites à retroatividade das leis.

Assim, a regra, como dissemos, é a da *retroatividade da lei*, limitada pelo *princípio de irretroatividade*, que determina só dispor a lei para o futuro, não sendo aplicável ao passado, nos casos acima indicados, ou seja, quando houver direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada.¹

¹ “Chavão” dito, repetido, até por nosso Supremo Tribunal Federal, é de que *contra a Constituição não há direito adquirido*. Certo, mas contra a Constituição originária, a estabelecida pela Constituinte, e não quanto à *emenda constitucional*. A emenda, quando passa a fazer parte da Constituição, deve ser interpretada, sistematicamente, e o sendo, esbarra em dispositivos constitucionais imodificáveis pelo legislador ordinário, dentre os quais está o direito adquirido. Aliás, em 1957, em nosso *Manual de Direito Constitucional* (§ 18, Cap. IV, p. 54), sustentamos a possibilidade da inconstitucionalidade da emenda constitucional. Assim, segundo o nosso ponto de vista, *contra a Constituição* (originária) *não há direito adquirido*, mas *contra a emenda constitucional* há. Na medida em que a emenda ferir direito adquirido, é inconstitucional.

EFICÁCIA DA LEI NO ESPAÇO – PRINCÍPIO DO DOMICÍLIO E DA NACIONALIDADE – TEORIA DOS ESTATUTOS – APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO

143. Em regra, o direito nacional tem eficácia em todo o território nacional, pois a eficácia extraterritorial da lei depende de outro país admiti-la, seja por lei, seja por força de tratado internacional.¹ Assim, toda lei tem seu espaço geográfico de vigência e de eficácia. Há, muitas vezes, dentro das fronteiras do Estado como nas relações internacionais, para determinadas situações, mais de uma lei aplicável, estabelecida por entidades políticas diferentes. Assim, por exemplo, no Estado de tipo federativo, como é o caso do Brasil, temos competências legislativa federal e estadual definidas pela Constituição federal. Há, assim, *leis federais*, que têm vigência em todo o território nacional, e *leis estaduais*, que vigem somente no território do Estado-membro (por exemplo, São Paulo, Rio de Janeiro etc.) que as promulgar. Entre lei federal e lei estadual não há, em regra, possibilidade jurídico-constitucional de choque, mas entre leis estaduais há. Se no interior do Estado de tipo federativo ocorrer conflito de leis federais e estaduais, resolve-se pela preeminência da lei federal, desde que o legislador federal não tenha excedido a esfera de competência que lhe for traçada pela Constituição federal. Porém, se invadir campo da competência de legislação estadual, previsto na citada Constituição, deve prevalecer a lei estadual, por respeito ao princípio de autonomia legislativa dos Estados-membros dominante no sistema federativo. Já o conflito, no sistema federativo, entre leis de dois ou mais Estados-membros, isto é, entre leis estaduais, depende do lugar em que a coisa se achar ou em que o ato for celebrado.

No espaço geográfico podemos ter ainda conflito entre lei (norma estatal) e norma estabelecida por tratado internacional, incorporado ao direito nacional, como, por exemplo, em matéria de cheque, ou entre direito interno e norma editada por organizações internacionais, como, por exemplo, em matéria de propriedade industrial. Nesse caso, só prevalece a norma internacional sobre a de direito interno se tiver sido por ato do Legislativo a este incorporada.

No que concerne aos conflitos mais complexos entre normas de direito privado estrangeiro, ou seja, entre lei nacional e lei estrangeira, aplicáveis no caso de terem as partes nacionalidades diferentes, de terem seus domicílios em países diferentes ou de encontrar-se a coisa em país diverso daquele em que as partes se encontram ou em que ajuizaram a ação para havê-la ou para protegê-la, ou por outros motivos, decorrentes de intercâmbio comercial, em um mundo que desconhece distâncias, o problema é mais complexo, sendo resolvido pelas regras do chamado *Direito Internacional Privado* (§ 112), que indica a legislação aplicável no caso de conflito entre a lei

nacional (p. ex., a lei brasileira) e a estrangeira.

No direito moderno, um dos princípios fundamentais é o da *territorialidade da lei*, segundo o qual o direito de um país é aplicável somente dentro de suas fronteiras. Assim, o direito nacional fica circunscrito aos limites do território nacional, estando a ele submetidas todas as pessoas e coisas que nele se acharem. Contra esse princípio, a doutrina formulou o da *personalidade da lei* ou *do direito*, fundado sobre a nacionalidade da pessoa. Segundo esse princípio, o indivíduo é regido, mesmo quando se encontrar no estrangeiro, pela sua lei nacional. Como se pode ver, esses princípios estão em conflito, pois, de um lado, a lei nacional impera sobre o estrangeiro que se encontrar no território do país que a prescreveu (*territorialidade da lei*), de outro, o estrangeiro pretende ser regido por sua lei nacional, isto é, pela de seu país de origem, ou seja, por direito estrangeiro (*personalidade da lei*). Para resolver esse conflito, os juristas medievais elaboraram a *teoria dos estatutos*, idealizada por Bártolo, que distinguia os *estatutos pessoais*, determinadores da capacidade e do estado pessoal, isto é, de tudo o que diz respeito à pessoa em si, dos *estatutos reais*, que disciplinam as coisas, o direito de propriedade, os direitos reais e os obrigacionais. O primeiro subordina-se ao princípio da *personalidade da lei*, enquanto o segundo, ao da *territorialidade*. Assim, segundo a teoria dos estatutos, os direitos personalíssimos, os direitos de família e o estado civil seriam regidos pela lei nacional da pessoa, enquanto as coisas pela lei do lugar em que se encontrarem.

Com a crescente complexidade do mundo moderno revelou-se insuficiente a teoria dos estatutos, porém os *princípios da territorialidade e da personalidade da lei*, por ela formulados, ficaram de pé.

Partindo do pressuposto de que o princípio da territorialidade e o da personalidade da lei não devem ser admitidos em sua forma absoluta, bem como admitindo haver “comunhão de direitos,” que impõem o reconhecimento por parte de cada país da validade do direito de outro país, Savigny formulou no século passado uma teoria que até hoje é aplicada e de grande utilidade para países, como o Brasil, que recebem ou receberam levas de imigrantes. Segundo essa teoria, os chamados direitos pessoais são regidos pelo *princípio da sede da relação jurídica*, que manda, no caso de conflito entre lei nacional e estrangeira, verificar o lugar em que a relação jurídica foi criada ou produz os seus efeitos ou, ainda, encontram-se as pessoas vinculadas entre si. É a *teoria do domicílio*, que resolve esses conflitos pela *lei do domicílio*, isto é, pela lei do país em que a pessoa é domiciliada. Em oposição a essa teoria, está a defendida por Mancini, fundador da “escola italiana de direito internacional privado”, que se funda no *princípio da nacionalidade*, segundo o qual a lei aplicável a uma pessoa é a de seu país de origem (*lei da nacionalidade*). De certa forma, o princípio do domicílio é desenvolvimento ou especialização do princípio da territorialidade, enquanto o da nacionalidade, do princípio da personalidade da lei. Entre nós, antes de 1942, dominou o princípio da nacionalidade, estabelecido, primeiro, pelo Decreto nº 3.084, de 5 de novembro de 1898, e depois pelo art. 8º da Lei de Introdução ao Código Civil de 1917. Mas, a partir de 1942 (Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.1942), como dissemos, passamos a adotar o princípio do domicílio.

A doutrina e a legislação acrescentaram aos dois princípios básicos, acima apontados, outros critérios para resolver os referidos conflitos, tais como: o lugar em que o ato foi realizado ou em que o fato ocorreu, determina a lei que os rege (*locus regit actum*);² o lugar em que a coisa se encontrar determina a lei (nacional ou estrangeira) a ela aplicável (*lex rei sitae*) etc. Quanto aos contratos, admite-se que as partes possam estabelecer a lei que os rege, predominando, no caso de silêncio, a respeito dessa questão, a do lugar em que forem celebrados.

As regras acima dadas resolvem o *conflito de direitos privados*. No caso de *direito público*, em regra, prevalece o *princípio da territorialidade*, valendo as suas regras somente no território do país que as promulgar. Assim, por exemplo, o direito constitucional de um país só vale em seu território. Tem-se admitido a *extraterritorialidade* no caso de diplomatas, sujeitos à lei dos países por eles representados. O *direito penal* não vai além das fronteiras do Estado que o promulgar, estando, assim, regido pelo *princípio da territorialidade*. Entretanto, admite-se a *extradição* de criminosos no caso de crime que não seja crime político, quando estrangeiro for o criminoso e o crime tiver sido praticado no país que a pleiteia; mas se tiver por objeto o cidadão nacional, ela não é admissível.

Segundo a maioria das legislações e segundo os princípios gerais do direito, a lei estrangeira é inaplicável quando contrária à ordem pública e aos bons costumes. Assim, a *ordem pública* e os *bons costumes* constituem limites à aplicação da lei estrangeira.³

O conceito de “ordem pública” é muito elástico, compreendendo tanto as leis de ordem pública como as que estão ligadas às tradições fundamentais de um povo. Assim, têm razão Pillet e Weiss: a noção de ordem pública é muito elástica, não podendo ser definida em tese. É uma noção histórica que, em cada época, em cada sociedade, é reformulada pelo jurista. Mas é lícito entendê-la *restrita à ordem político-social (regime político etc.), à paz e segurança social e nacional, à segurança do mercado, às tradições sociais e até à dignidade humana (liberdade, segurança individual etc.)*.

Próximo e ligado ao conceito de ordem pública temos o de *bons costumes*, que, como o de ordem pública, é também histórico, elástico e relativo, apesar de mais restrito.

“Bons costumes” diz respeito a padrões morais e de conduta social (Huc e Planiol), cujo conceito histórico resulta da média de sentimentos e de padrões morais dominantes em uma época, numa sociedade. Pode-se defini-los como a *média de sentimentos e padrões morais vigentes em um meio social*.

Da *territorialidade* da lei se distingue a *ultraterritorialidade*, que consiste na possibilidade de aplicação da lei de um país a atos ilícitos ocorridos fora de seu território.⁴ Depende de convenção internacional, de costumes internacionais e do consenso dos países. Geralmente, é admitido o *princípio da ultraterritorialidade* da lei penal, por exemplo, no caso de falsificação de moeda estrangeira.

- ¹ Após a queda do Muro de Berlim, do esfacelamento da URSS e da Guerra do Golfo, os Estados Unidos, tornando-se a maior potência econômica e militar do mundo, pretendeu ditar leis, em matéria de contrato, para todos os países (eficácia extraterritorial da lei). É o caso da *Lei Helms-Burton* (julho 1996), que prevê sanções econômicas aplicáveis a empresas estrangeiras com filiais nos USA que se instalarem em Cuba, e da *Lei D'Amato-Kennedy* (agosto 1996), que, nas mesmas condições, explorarem petróleo ou gás no Irã e na Líbia. A União Europeia reagiu, ameaçando revidar, e o Brasil condenou essas leis por afrontar os princípios do Direito Internacional.
- ² Tanto o princípio do domicílio como o do lugar em que o ato for celebrado ou o em que se encontrar a coisa são de difícil aplicação nos contratos *e-mail*, nos quais, em vez de partes domiciliadas, temos receptores e despachantes. No ciberespaço, ou seja, no espaço virtual, em que os contratos são firmados com assinaturas digitais e em que se pensa criar novas formas de tabeliães para autenticá-los, a solução está em as partes estabelecerem no contrato a legislação que lhe é aplicável, bem como o foro competente.
- ³ Não só da lei estrangeira, mas também de costumes e de regras internacionais do comércio, indicados pelos contratantes, como as fontes que o árbitro deve se socorrer para decidir conflitos que porventura ocorram entre eles (Lei nº 9.307, de 1996).
- ⁴ No *affair* Pinochet, ex-ditador chileno, em 1998, um juiz espanhol pediu a extradição dele ao governo inglês (Pinochet achava-se em Londres para se submeter a tratamento médico-cirúrgico), por crimes contra a humanidade, praticados no Chile contra espanhóis, no governo desse ditador. Pretendia-se assim aplicar a lei penal espanhola a Pinochet, que se achava em Londres, por crimes de tortura e morte ocorridos no Chile. A questão jurídica arrastou-se até março de 2000, quando Pinochet, por questão de saúde, foi libertado, retornando ao Chile.

QUINTA PARTE

RELAÇÃO JURÍDICA

RELAÇÃO JURÍDICA, NOÇÃO E ESPÉCIES – PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA – TUTELA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

144. RELAÇÃO JURÍDICA, ELEMENTOS E DEFINIÇÃO

A doutrina, principalmente a civilista, tem dado ênfase ao problema da relação jurídica.¹ Preocupação compreensível por ser o próprio direito forma de relação social: relação social garantida por sanções eficazes e organizadas.

“O direito – diz Ferrara (*Trattato di Diritto Civile Italiano*) – torna as relações da vida social em relações de direito, munindo-as de eficácia, transformando e plasmando essas relações humanas em relações juridicamente vinculantes.” Há relações jurídicas criadas pelo legislador para atender a exigências da ordem econômica ou social, como no caso do mercado acionário (Bolsas de Valores). Há relações jurídicas que decorrem de lei (*relações legais*), como a entre pais e filhos, e outras que são oriundas de contrato (*relações contratuais*). No ensinamento de Savigny, Merkel e Ferrara, deve-se distinguir na relação jurídica a *matéria* da *forma*: a primeira, “origina-se das relações humanas, enquanto a outra resulta da lei” (Ferrara: *Trattato di Diritto Civile Italiano*). Em sua grande maioria são constituídas de relações sociais reconhecidas pelo legislador como dignas de tutela, por satisfazerem interesses legítimos, como as resultantes da maternidade ou da paternidade. Mas muitas relações sociais estão fora do campo jurídico, sendo controladas pela Moral, pela Religião, pela etiqueta etc. A jurídica, como a definiu Ferrara, vincula duas ou mais pessoas, submetendo-as a consequências jurídicas (obra citada). É assim uma das formas de relação social por se tratar de relação entre pessoas. Portanto, só há relação jurídica entre mais de uma pessoa (Ortolan, Roguin). Assim posicionou-se Roguin em sua *Teoria dos dois sujeitos*. Nela temos, no direito privado e no direito misto, de um lado, sujeito ativo (titular do direito subjetivo) e do outro, o sujeito passivo, que é o devedor, isto é, o que por lei ou por contrato está obrigado a determinada prestação para com o sujeito ativo; enquanto, nas relações jurídicas de direito público interno (estatal) temos, de um lado, em posição de superioridade, o detentor de *imperium*, de poderes, de competências e de funções, e, do outro, todas as pessoas (nacionais ou estrangeiras), que, por lei, estão obrigadas a se submeterem a suas determinações (*relação jurídica autoritária*). Nas relações jurídicas decorrentes do direito internacional as partes (países) estão em pé de igualdade (como nas de direito privado), obrigadas, umas em relação a outras, na forma em que, soberanamente, tiverem se submetido em tratados e convenções internacionais, bem como segundo os costumes internacionais e os princípios gerais do direito das nações civilizadas. No direito real, que tem por objeto uma

coisa (móvel ou imóvel), temos de um lado o sujeito ativo (proprietário ou quem tem a posse), e de outro, as demais pessoas, isto é, o sujeito passivo. O primeiro é o titular, enquanto o segundo, todas as demais pessoas que estão obrigadas a tolerar, nos limites legais, que o titular exerça o seu direito, não o impedindo de gozar, usar ou dispor da coisa. Há, nesse caso, para o sujeito passivo, dever de abstenção, ou seja, o dever de nada fazer que impeça o exercício do direito pelo titular.

A relação jurídica, em última análise, tem por fonte a regra de direito, pois o próprio contrato dela depende. Assim, só pode haver relação jurídica prevista na legislação. Supõe evento jurídico (fato jurídico, ato jurídico ou ato ilícito), previsto em lei, que vincula duas ou mais pessoas juridicamente, podendo uma exigir da outra comportamento típico, determinado ou determinável prestação. Tem objeto (objeto do direito) definível, determinável, que pode ser uma prestação ou uma coisa. Pode ser *bilateral*, quando formada de duas pessoas, e *plurilateral*, quando de mais de duas pessoas.

Forma de vinculação de uma pessoa a outra, a relação jurídica não depende exclusivamente da vontade das partes, pois tem por base a lei, que está acima dos interesses delas (sujeito e devedor, poder público e súditos), não podendo ser, assim, pelas mesmas livremente modificada.

A maioria dos tratadistas ao definirem-na fizeram à luz do direito privado, considerando-a como entrelaçamento entre direitos de uma parte e deveres de outra, isto é, entre a pretensão de um e a obrigação de outro: *just et obligatio sunt correlata*. Ora, a *relação de direito público* também é bilateral, podendo até ser multilateral, sendo uma parte investida de *imperium* (poderes, competências e prerrogativas), enquanto as demais têm a obrigação de a ela se submeterem.

Dessas observações podemos definir a relação jurídica como o *vínculo que une duas ou mais pessoas, decorrente de um fato ou de um ato previsto em norma jurídica, que produz efeitos jurídicos*, ou, mais singelamente, *vínculo jurídico estabelecido entre pessoas, em que uma delas pode exigir de outra determinada obrigação*.

Tem a doutrina estabelecido as modalidades de relações jurídicas, das quais destacamos as seguintes: *pessoais* e *reais*. As primeiras se caracterizam pela inter-relação de condutas, em que a conduta de uma parte depende da de outra, ou, ainda, em que a conduta de um é o meio para satisfazer interesse de outro (direito de família, contratos etc.). Nas relações jurídicas, em que coisas são o objeto, sobressaem os poderes e as faculdades que tem o titular em relação à coisa, estando as demais pessoas na situação jurídica de não impedir que ele os exerça.

As relações jurídicas podem ser de direito privado e de direito público. No primeiro caso, decorrem de norma de direito privado (lei ou contrato), enquanto no segundo, de direito público (lei ou tratado internacional).

Algumas relações jurídicas têm *forma especial*, imposta por lei (*relações jurídicas constituídas por atos solenes*), por exemplo, casamento, compra e venda de imóvel (escritura pública), outras devem ter *publicidade* para produzir efeitos jurídicos contra qualquer pessoa

(compra e venda de imóvel, que deve ser inscrita no registro imobiliário). Uma são *duráveis*, por não serem estabelecidas por tempo determinado, como as decorrentes do casamento ou da propriedade; outras são *relações jurídicas temporárias*, por vincularem uma pessoa a outra por tempo determinado, como a locação de um imóvel, e, outras, ainda, são *relações jurídicas efêmeras*, que se exaurem em pouco tempo, como as estabelecidas entre o comprador de um livro e a livraria, que termina com o pagamento do preço. Pode-se, por outro lado, distinguir as *triangulares* ou *trilaterais* das *bilaterais*, e, ainda, das *plurilaterais*. As primeiras, típicas do direito processual, vinculam o autor da ação ao réu através do juiz, que estabelece, na sentença, a qual dos dois cabe uma obrigação, enquanto a *bilateral*, típica do contrato, vincula duas pessoas, podendo cada uma ter direito e obrigação em relação à outra, como na locação, em que o locador tem o direito de exigir o aluguel e o locatário a obrigação de pagá-lo e o direito de usar o imóvel durante o prazo contratual. Nas plurilaterais podemos ter mais de uma pessoa tanto no polo passivo (com obrigação a cumprir) como no polo ativo (direito de exigí-la).

Finalmente, como toda relação jurídica cria um vínculo que une duas ou mais pessoas, temos, como já dissemos, nas de direito público, de um lado, o ente público com poderes e competências, e de outro, o particular (pessoa física ou pessoa jurídica não investida de poder público) com obrigação de observar as suas determinações (sentença, regulamento, portaria etc.), enquanto na de direito privado, de um lado, o titular de direito subjetivo, de outro, a pessoa que assumiu uma obrigação. Em regra, na relação de direito público interno há um lado mais forte, isto é, um ente público, em última análise o Estado. Nela o mais forte encontra-se em posição de superioridade. São, por isso, *relações de subordinação* ou *autoritárias*. Excepcionalmente, no direito público interno temos o Estado como sujeito passivo, devendo respeitar os direitos individuais e os direitos subjetivos públicos. Tais relações são minoria em comparação àquelas. Já nas de direito internacional não há subordinação, sendo soberanas e iguais as partes, isto é, os países. Por isso, são relações de coordenação. Nas de direito privado, as partes estão em pé de igualdade. O próprio Estado, quando delas é parte, está em situação de igualdade com o particular, despido de *imperium*. Por esse motivo, são relações de coordenação as de direito privado.

145. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

As relações jurídicas sofrem a influência do tempo, sendo, às vezes, constituídas para perdurar por tempo indeterminado, e outras por tempo limitado. Podem extinguir-se pelo decurso de tempo, em havendo omissão do titular do direito não exigindo o cumprimento, por parte do devedor impositivo, da obrigação. Quando tal ocorre, há *prescrição*, que, extinguindo o direito de ação, que tem o titular para compelir judicialmente o faltoso a efetuar a prestação, torna o direito ineficaz. Assim, o devedor não cumprindo, no prazo, a obrigação e não a exigindo o credor, apesar de estar em situação de fazê-lo, ocorre, decorrido o prazo fixado em lei, a extinção do direito, livrando-se o

devedor da obrigação assumida (*prescrição extintiva*). Pode ser definida como a *extinção da obrigação por não a ter exigido judicialmente o credor do devedor, depois do vencimento da mesma, no prazo prescricional fixado em lei, iniciado a partir de quando a prestação deveria ser cumprida*. É a extinção da obrigação pela inércia do credor.

A prescrição está sujeita à *suspensão* e à *interrupção*. As causas de suspensão, estabelecidas em lei, são as que impedem o início ou o curso da prescrição, em virtude de estar impossibilitado o titular, legalmente ou por situação de fato, de exercer o seu direito. Por exemplo: a menoridade, a doença mental, o casamento podem impedir o início ou suspender o curso da prescrição. As causas que suspendem a prescrição são, como dissemos, estabelecidas por lei; além delas, não há outras. Já a interrupção é provocada pela ação do titular, ou seja, pelo exercício do direito. A ação judicial, a notificação, a citação interrompem a prescrição. Os efeitos da suspensão são diversos dos da interrupção. Esta torna sem efeito jurídico o tempo transcorrido anteriormente, não sendo levado mais em conta no caso de nova inércia do titular, enquanto a suspensão não apaga o tempo transcorrido até a ocorrência da causa suspensiva, que será computado quando cessada a mesma, acrescido ao que faltar para completá-la. Próximo da prescrição temos a *decadência* ou *caducidade*, forma, também, de extinção de direito com prazo, expressamente previsto em lei, para ser exercido. Não admite suspensão e nem interrupção. Nos casos de decadência, o direito e a faculdade só podem ser exercidos dentro de prazo determinado ou determinável, tendo, assim, duração determinada ou determinável. Exemplos típicos são os prazos para recursos judiciais (agravos, apelações etc.). Diversa da prescrição, a *decadência* pode ser definida como a *perda do direito ou de faculdade não exercida no prazo fatal estabelecido em lei*. Assim, enquanto na decadência só *no prazo fixado em lei* o direito e a faculdade podem ser *exercidos* sob pena de extinção, na *prescrição* o prazo fatal começa a correr depois de vencida a obrigação, ou seja, depois da data em que a prestação deveria ser cumprida. Exemplo: a lei, no caso de paternidade, dá ao marido prazo fatal para negá-la. Não a impugnando nesse prazo, não mais pode fazê-lo. Trata-se de *decadência*, porque a faculdade só pode ser exercida no prazo legal; já no caso de *prescrição*: vencida uma obrigação, por exemplo, em 12 de junho de 1998 (data em que deveria ser cumprida), a partir dessa data a lei estabelece prazo em que o credor ainda poderá judicialmente exigí-la. Não o fazendo nesse prazo, não terá mais meios para cobrá-la judicialmente do devedor. Nesse caso, a prescrição extingue a exigibilidade judicial da obrigação, ou seja, a extingue (*prescrição extintiva*). Mas, a prescrição pode ter a força de aquisição de direito de propriedade (*usucapião*), quando ocupado imóvel por quem não é proprietário, pelo prazo estabelecido em lei, sem que o proprietário proponha ação para desocupá-lo (*prescrição aquisitiva*).

Há direitos imprescritíveis; são os indisponíveis. Assim, por exemplo, o direito à filiação é imprescritível, podendo a qualquer tempo ser proposta a ação de investigação de paternidade, mas as consequências patrimoniais dela decorrentes são prescritíveis.

146. TUTELA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS (DEFESA DOS DIREITOS)

A proteção judicial das relações jurídicas, e, conseqüentemente dos direitos e deveres que delas decorrem, denomina-se tutela do direito.

No direito primitivo, a defesa do direito subjetivo estava a cargo do próprio titular (autodefesa) ou de seus parentes próximos. Transformando-se a justiça privada, isto é, a autodefesa, em fonte de injustiça, de intranquilidade e de insegurança, a defesa dos direitos centralizou-se, gradativamente, no chefe do grupo, ou no conselho de anciãos ou, ainda, de chefes de famílias, na pessoa do rei e, finalmente, nos tribunais. Assim, paulatinamente, a sociedade monopolizou o poder jurisdicional, tutelando os direitos subjetivos, tornando ilícita a justiça privada. No mundo civilizado, somente no caso de legítima defesa e no de estado de necessidade é possível fazer justiça pelas próprias mãos.

Portanto, a tutela (defesa) do direito é procedida mediante a intervenção do poder público. A ação (judicial) é o meio clássico de defesa do direito por meio da qual o titular ingressa em juízo pleiteando a defesa de seu direito ameaçado ou lesado. Através dela o titular recorre ao Poder Judiciário para obter o reconhecimento e a tutela de seu direito. É, portanto, o meio de se forçar o pronunciamento do juiz competente, com o *objetivo* de ser reconhecido ou tutelado o direito lesado.

A forma correta de tutela das relações jurídicas é, portanto, a *ação (judicial)*,² *que tem por objetivo declarar ou reconhecer determinado direito, reparar dano, fazer cessar ato antijurídico, condenar, e, enfim, possibilitar o exercício do direito impedido por alguém, ou então obrigar o cumprimento de obrigação legal ou contratual*. Nesse sentido, a ação (judicial) é o meio de tutela do direito.

Pela ação provoca-se a *decisão judicial* (sentença), ato de direito público, praticado por juiz ou por tribunal.

Questão resolvida em juízo, por meio de sentença irrecorrível, não pode mais ser objeto de outra ação. Passando em julgado a sentença, ou seja, não cabendo mais recurso, tem *autoridade de coisa julgada*, que se restringe à matéria nela decidida. Nesse caso o direito está assegurado eficaz e definitivamente.

Coisa julgada é, pois, sentença definitiva, irrecorrível, que impede a renovação em juízo da matéria nela decidida.

Ocorrendo, no entanto, nulidade da sentença transitada em julgado, a coisa julgada não impede a sua revisão dentro do prazo estabelecido em lei. A esse respeito, preceitua o direito inglês: “nada está estabelecido até que esteja estabelecido certo” (“*nothing is settled until it is settled right*). Entre nós, no direito penal, para fazer desaparecer o erro judiciário, temos a *revisão criminal*, enquanto para os demais erros judiciários a *ação rescisória*, ajuizável em prazo certo e curto. Transcorrido o prazo sem a interposição da rescisória, a sentença errada torna-se intocável por assim exigir a certeza e a segurança das relações jurídicas. Note-se: a sentença injusta não enseja

ação rescisória, ou seja, revisão.

São, ainda, meios de tutela dos direitos a *legítima defesa*, em que o titular defende pessoalmente, sem o auxílio do poder público, o seu direito, desde que ameaçados de sofrer lesão iminente, e o *estado de necessidade*, em que o titular, em estado de perigo, sacrifica bem jurídico de outrem para defender direito seu. O primeiro não cria obrigações, enquanto o segundo gera obrigação de indenizar o prejuízo causado. Além desses casos de *autotutela*, o direito admite outros, como, por exemplo, o direito de retenção de coisa do devedor enquanto não pago o débito.

Além desses, o direito prevê outros meios de defesa dos direitos subjetivos e das relações jurídicas.

Concluindo, a ação (judicial) é direito autônomo, meio de proteção do direito e de aplicação de norma jurídica. Pela ação garante-se o direito, restabelece-se a ordem jurídica. Decidido o litígio por sentença definitiva, cabe a sua execução forçada, meio de tutela do direito por excelência. Fora dela temos, como já dissemos, as formas de autotutela reconhecidas pelo direito, como, por exemplo, legítima defesa, estado de necessidade, retenção de coisa de propriedade do devedor até o pagamento etc.³ Quando impossível juridicamente a execução forçada da obrigação, cabe indenização, isto é, perdas e danos (prejuízo efetivo e o que deixou de ganhar o titular), e, em certos casos, a execução da obrigação por terceiro à custa do devedor etc. Tanto uma como outra depende de sentença condenatória.

A partir de 1996, por força da Lei nº 9.307, os direitos, oriundos de contrato, podem ser tutelados sem recurso ao Judiciário, por arbitragem, desde que da avença assim conste. Nesse caso, do contrato deve constar que, em havendo litígio entre as partes contratantes, por arbitragem será o mesmo decidido. Podem as partes estipular no contrato o direito que o rege: lei, costumes, usos, equidade, princípios gerais do direito e até regras internacionais. A sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença judicial (art. 31). O não cumprimento dela enseja execução judicial, ou seja, recurso ao Judiciário. Finalmente, o árbitro, sem ser membro do Judiciário, desempenha o papel de juiz (art. 18).

¹ O conceito de relação jurídica deve-se aos pandectistas (§196, nota 26) alemães, restrito a princípio exclusivamente ao direito civil.

² Vide § 135, nota 2 do mesmo parágrafo, e § 147.

³ Vide §§ 135, notas 1, 2 e 3, e 147.

XXVIII

DIREITO SUBJETIVO – TEORIAS E CLASSIFICAÇÃO – AQUISIÇÃO, MODIFICAÇÃO E EXTINÇÃO DE DIREITOS – FACULDADE, ESTADO E POSIÇÃO JURÍDICA – DEVER JURÍDICO, ESPÉCIES – ABUSO DO DIREITO

147. DIREITO SUBJETIVO, NOÇÃO E TEORIA

Direito subjetivo,¹ de modo geral, pode ser entendido como a prerrogativa ou faculdade outorgada, por lei ou por contrato, a uma pessoa, para praticar certo ato. Mais precisamente: faculdade, assegurada por lei, de exigir determinada conduta (ação ou omissão) de alguém, que, por lei ou por ato ou negócio jurídico, está obrigado a observá-la. É *subjetivo* por ser o direito de uma pessoa, opondo-se por isso ao *direito objetivo*, expresso na lei. Assim, quando falo em direito de propriedade posso estar me referindo ao direito que tem determinado fulano a determinada coisa (*direito subjetivo*) como posso pensar no direito de propriedade na forma prescrita no Código Civil (*direito objetivo*). Em razão disso é entendido como *facultas agendi*. Do dito é fácil deduzir que ao direito subjetivo de uma pessoa corresponde sempre o dever de outra, que, se não for cumprido, poderá sê-lo por força de procedimento judicial ou, excepcionalmente, pela legítima defesa. É protegido sempre através de ação judicial (§ 146). Ocorrida a prescrição (§ 145) da ação (judicial), torna-se ineficaz o direito subjetivo, não podendo mais ser exercido.

Duas teorias tentam defini-lo: a de Windscheid (*Diritto delle Pandette*, trad.), que o concebe como poder de vontade reconhecido pela lei, e a de Ihering (*El espíritu del derecho romano*, trad.), que o define como interesse juridicamente protegido. Ambas são incompletas, porque, como já se disse, há pessoas incapazes de, juridicamente, querer, que têm direitos exercidos por seus representantes. A sociedade comercial tem direitos e não tem vontade no sentido psicológico. Por outro lado, como assinala Thon (*Norma giuridica e diritto soggettivo*, trad.), o direito subjetivo é o meio de proteger interesse, e não o interesse protegido. Muitas vezes o interesse extingue-se, sem desaparecer o direito. Por isso, não satisfaz também a definição de Jellinek (*Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, trad.): interesse tutelado pela lei, mediante manifestação de vontade do titular. Pondo de lado o elemento vontade, sem abandonar a ideia de interesse, pois se o titular exercer o seu direito sem interesse legítimo, ou seja, só para prejudicar outrem, não terá o amparo legal, pois estará praticando abuso do direito, pensamos poder defini-lo como *faculdade, outorgada a uma pessoa, de exigir o cumprimento de uma obrigação por parte de outra, capaz de satisfazer a um interesse legítimo*, ou, então, de forma singela: *faculdade de exigir de uma pessoa uma prestação, a*

que está obrigada por lei ou por contrato, capaz de satisfazer a um interesse legítimo de quem a exige, ou ainda, com Groppali (*Filosofia del diritto*), “poder de agir, garantido pela norma jurídica, para a satisfação de um interesse”.²

A todo direito subjetivo corresponde uma *pretensão*, ou seja, a *faculdade de exigir de outrem uma prestação*. A toda pretensão corresponde uma ação (§ 146), isto é, *o meio processual apto a obter do Judiciário tutela do direito ameaçado ou lesado, na forma estabelecida na sentença*, ou, então, *faculdade de pleitear a prestação jurisdicional do Estado*. O *direito de ação*, direito público subjetivo, distingue-se do direito subjetivo. Este, em relação àquele, é denominado *direito subjetivo material*, enquanto o *direito de ação*, direito subjetivo público, ou, como ensina Chiovenda, *direito potestativo*, por ser *poder jurídico* sem obrigação que lhe corresponda. Assim, o direito de ação é autônomo, como disse Chiovenda, em relação ao direito subjetivo material: completa-o e protege-o.

Para melhor compreender essa distinção daremos o seguinte exemplo: o direito de propriedade (direito subjetivo material), distingue-se do direito de ação (ações possessórias) que tem o proprietário, no caso, por exemplo, de turbação da posse.

A distinção do direito subjetivo material do direito de ação é moderna.

Outrora, os tratadistas de tendência civilista, como Savigny, consideravam o direito de ação como elemento constitutivo do direito subjetivo.

Mas, se a todo direito subjetivo corresponde uma ação judicial, nem a toda ação corresponde um direito, podendo haver ação destinada a esclarecer a existência de uma relação jurídica, ou mesmo de um direito duvidoso (ação declaratória), ou a existência de uma situação jurídica, como, por exemplo, a paternidade (ação de investigação de paternidade), da qual decorre direito subjetivo, como, no exemplo apontado: do filho havido fora do casamento de ser reconhecido pelo pai por força de sentença. Coube a Chiovenda, fundador da moderna teoria processual, estabelecer as bases do direito de ação, como poder jurídico criador de condição para a aplicação judicial do direito, ou seja, como o define Chiovenda: *direito potestativo*.

Direito de ação tem não só todo titular de direito, como também qualquer pessoa. Pode haver, assim, direito de ação sem direito subjetivo. Tem-no qualquer cidadão, legitimado a propor *ação popular* na defesa do patrimônio público e de *interesses difusos*, que são de todos, sem ser exclusivamente de determinada pessoa, como, por exemplo, a defesa do meio ambiente (ar, rio, floresta, mar, espaço etc.).

O direito de ação está sujeito à prescrição (§ 145), enquanto o direito subjetivo material não, tornando-se, entretanto, ineficaz em ocorrendo a prescrição da ação, por não poder mais o titular do direito ajuizá-la, ou seja, não poder exigir judicialmente a obrigação que corresponde ao seu direito lesado.

Assim, o que distingue o direito de ação (por exemplo, direito à ação de cobrança de uma promissória) do direito subjetivo material (por exemplo, direito do credor, ou seja, do titular da

promissória) é a possibilidade de o primeiro ser passível de prescrição, enquanto o segundo, não.

Ocorrendo a prescrição da ação, a obrigação torna-se *obrigação natural*, isto por não ser mais *exigível* judicialmente, cumprida somente se o devedor quiser. Mas, se cumprida espontaneamente, apesar de prescrita, mesmo que por erro, não dá lugar a arrependimento, tornando-se incabível exigir judicialmente a devolução ao *status quo ante*, isto é, do que foi pago, sob alegação de prescrição, porque havia a obrigação, somente desarmada de ação, não exigível judicialmente.

Assim, havendo prescrição, se o devedor espontaneamente efetuar o pagamento, a lei não lhe dá o benefício de pedir a devolução.

148. CLASSIFICAÇÃO

Os direitos subjetivos podem ser *patrimoniais* e *não patrimoniais*.³ Os primeiros têm conteúdo econômico, tendo por objeto coisa estimável em dinheiro, enquanto os não patrimoniais têm objeto não suscetível de avaliação em dinheiro. Estes últimos formam o grupo dos *direitos personalíssimos* (direito ao nome etc.), dos *direitos pessoais* (direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, direitos e deveres dos cônjuges etc.) e dos *direitos subjetivos públicos* (direitos individuais, direitos políticos etc.). Já os direitos patrimoniais se subdividem em *direitos reais* e *direitos obrigacionais* ou de *crédito*, denominados, também, *direitos pessoais* em sentido estrito. As obrigacionais (pessoais) têm por objeto uma prestação (ação ou abstenção) de pessoa determinada ou determinável, denominada devedor, enquanto no direito real o objeto imediato é a coisa, que fica à disposição do titular (proprietário, possuidor da coisa etc.). Nos direitos reais (*jura in re*) a coisa se sobressai, tendo as demais pessoas o dever de abster-se de qualquer ato que impeça o titular de usar, gozar ou dispor dela. A propriedade e a posse são os dois principais direitos reais.⁴

Os direitos não patrimoniais são inalienáveis, intransmissíveis, sendo adquiridos alguns pelo nascimento. Extinguem-se com a morte do titular. Já os patrimoniais são, em regra, alienáveis e transmissíveis.

Os *direitos reais* e os *direitos personalíssimos* são *direitos absolutos*, por valerem contra qualquer pessoa (*erga omnes*), enquanto os *direitos de crédito* ou *obrigacionais* são *direitos relativos* por valerem somente contra pessoas determinadas ou determináveis (*erga singulum*) que assumiram a obrigação. Por isso são impropriamente denominados também de direitos pessoais.

Os direitos personalíssimos podem ser *direitos originários* ou *inatos* (direito ao nome dos pais, à vida, à liberdade etc.), por serem adquiridos pela pessoa ao nascer com vida, enquanto os demais direitos são *direitos adquiridos*. Mas uns e outros são adquiridos por força de lei, isto é, do direito objetivo (§ 33).

A maioria dos direitos subjetivos, principalmente os de direito privado, são suscetíveis de aquisição, modificação e extinção por força de lei, de fato ou de ato jurídico.

O direito subjetivo divide-se, ainda, em *direito público subjetivo* (direito subjetivo público) e *direito subjetivo privado*. O primeiro decorre de situações ou de relações jurídicas relacionados direta ou indiretamente com o Estado. Nelas o Estado apresenta-se como sujeito ativo (titular), dotado de prerrogativas ou poderes. Exemplos: os que tem o Estado de punir, de cobrar com sanções o imposto não pago, de estabelecer impostos, de facultar o uso de seus bens etc. Há direitos subjetivos públicos em que o Estado é sujeito passivo. Desses direitos os titulares são os cidadãos (direito de eleger, de ser eleito, direitos individuais declarados na Constituição) e as pessoas estrangeiras que se encontrarem em seu território (direito de pleitear a prestação jurisdicional do Estado, direito de liberdade etc.). Os *direitos subjetivos privados* são os demais, tendo por fontes normas de direito privado ou de direito misto, ou seja, normas que não sejam de direito público. Exemplos: direito de propriedade, direito a uma marca, direito autoral, direito de crédito etc. No mundo moderno temos também *direitos subjetivos internacionais* tais como, a título de exemplo: direitos ecológicos tendo por finalidade a defesa da natureza em benefício da vida humana e da qualidade da mesma; direitos humanos; direitos contratuais internacionais etc., esses direitos têm por fonte tratado internacional (§ 83).

Finalmente, temos os *direitos individuais*, como o de liberdade, igualdade etc., reconhecidos desde a Revolução Francesa (*Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen*, 1789), que, em razão de datarem dessa época, são conhecidos por *direitos de primeira geração*. Depois, a esses foram acrescentados outros, seja protegendo a pessoa humana contra arbítrio de governos totalitários, seja garantindo-lhe a sobrevivência, designados *direitos de segunda geração*, como o direito de não ser torturado, direito de ampla defesa etc., e os *direitos sociais* (educação, trabalho, saúde, previdência social etc.), chamados também de socioeconômicos, bem como os *direitos coletivos*, que têm por objeto, por exemplo, condições vitais de existência. Os sociais datam de 1919, pois foram pela primeira vez enunciados na constituição alemã de Weimar (1919). Depois, solenemente, consta da *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (1948) da ONU.

Os *direitos individuais*, também denominados *Direitos do Homem* (§ 32), anteriormente referidos, têm proteção constitucional, por se encontrarem declarados na Constituição, e processual, como pelo *habeas corpus*, o direito de liberdade. A violação desses direitos, se grave, pode se transformar em *crime contra a humanidade*, como no caso de prisão seguida de tortura (com morte ou não), que deve ser julgado, no futuro, pela *Corte Penal Internacional* (§ 97B), criada pelo *Tratado de Roma*, em 1998 (§ 91). O *affair Pinochet* (1999), ex-ditador chileno, é exemplo recente da consequência da violação desses direitos.

149. AQUISIÇÃO, MODIFICAÇÃO E EXTINÇÃO DE DIREITOS

Aquisição de um direito, ensina Coviello (*Manuale di diritto civile*), nada mais é do que a

“união do direito a uma pessoa determinada, como a perda é a separação”. A aquisição pode ser por força de lei, como no caso de direito à aposentadoria do trabalhador que o adquire ao atingir determinada idade; pode ser por contrato, nesse caso, o direito se transfere de uma pessoa para outra, como, por exemplo, na compra e venda. Segundo Coviello, a perda nem sempre é uma “extinção do direito, já que a perda do direito para um pode ser a causa da aquisição em favor de outro”.

Entendemos por *aquisição de direito a vinculação a uma pessoa (titular) de um direito pela forma prevista em lei*. Pode ser *originária e derivada*. A primeira, modo *ex novo* de aquisição, independe de precedente titular. Nesse caso, o direito nasce com o fato. Assim, por exemplo, o nascimento de uma pessoa é causa de aquisição originária de direitos personalíssimos (direito ao nome dos pais, à honra, à vida etc.), da mesma forma que a ocupação, que depende só de ação do ocupante. Já a aquisição derivada supõe o direito de um precedente titular, que o perde consequentemente, como na compra e venda de um imóvel. Aí, o direito é adquirido de outrem, isto é, de um anterior titular. Supõe precedente titular. O testamento, o contrato são causas ou títulos jurídicos, de aquisição derivada. Nessa forma de aquisição, o direito passa de um titular (autor) para outro (sucessor). Supõe relação jurídica entre o *sucessor*, isto é, adquirente, e o *autor*, ou seja, a pessoa da qual provém o direito. Já na aquisição originária inexistente essa relação. Na derivada há, de um lado, aquisição por parte de uma pessoa, e extinção, para o que transmite. Mas nessa forma de aquisição o autor não pode transmitir ao sucessor mais direito do que tem: *nemo plus iuris in alium transfere potest, quam ipse habet*.

A aquisição do direito, como dissemos, pode ocorrer por força de lei (*ope legis, ipso iure*) ou por ato de vontade (ocupação, contrato, testamento). Os direitos personalíssimos são adquiridos por força de lei, mas a sucessão testamentária depende de ato de vontade (testamento).

Também a extinção do direito pode decorrer de lei (por exemplo, do direito à aposentadoria por tempo de serviço), da vontade humana (renúncia ou cessão de direitos em favor de outrem) ou de fato independente da vontade, como, por exemplo, destruição da coisa objeto do direito, morte no caso de direitos personalíssimos.

A transmissão de direitos patrimoniais pode ser a *título universal* e a *título particular*. Na primeira, transfere-se todo o patrimônio, ou uma fração do mesmo, de uma pessoa (titular) a outra pessoa. Já na transmissão a “título particular” transmitem-se somente bens passíveis de determinação, de enumeração e identificação. A sucessão *mortis causa* é forma de transmissão universal, enquanto a compra e venda de uma coisa é meio de transmissão a título particular.

A transmissão do direito pode ocorrer por ato *inter vivos*, quando celebrado para produzir efeitos durante a vida de seus autores, como no caso de contrato, e por ato *mortis causa*, que depende da morte de seu autor, para produzir efeitos depois de ela ocorrer. É o caso de testamento. Pode ser a *título gratuito*, quando não exigir contraprestação (exemplo: doação), e a *título oneroso*, quando a pressupõe (exemplo: compra e venda).

Finalmente, as modificações do direito podem ser “subjetivas”, quando há só mudança de titularidade do direito, passando o direito de uma pessoa a outra, a título universal ou a título particular. Há modificação objetiva quando se modifica o objeto do direito, como, por exemplo, no caso da destruição parcial de um imóvel etc.

Tanto a aquisição como a modificação e a extinção de direitos supõem causas ou acontecimentos jurídicos, isto é, fatos, atos ou negócios jurídicos, que veremos em outro capítulo (§ 155). Tais causas são denominadas *título jurídico*, ou seja, título pelo qual se adquire, se modifica ou se extingue o direito.

150. STATUS, FACULDADE, DIREITO CONDICIONADO, LÍCITO JURÍDICO E POSIÇÃO JURÍDICA

O direito subjetivo não se confunde com o estado pessoal (*status*), com a *expectativa de direito*, com a *faculdade jurídica*, com o *lícito jurídico* e com a *posição jurídica*.

Status (estado civil etc.) é um dos pressupostos do direito subjetivo, consistindo em uma situação jurídica, ou qualidade jurídica, da qual decorrem, ou podem decorrer, direitos subjetivos (exemplo: estado de casado, de concubino). Já a *expectativa de direito* se distingue do direito subjetivo por ser direito subjetivo em formação, *in fieri*, caracterizando-se pela possibilidade de vir a ser direito. Exemplo: o do funcionário público a ser promovido por antiguidade, quando se encontrar no primeiro lugar da lista de antiguidade elaborada pela Administração Pública, que só se consolida em direito quando ocorrer vaga. Na expectativa há circunstâncias que fazem crer ser admissível o nascimento de um direito se ocorrerem determinadas condições.

Da “expectativa de direito” deve-se distinguir o *direito condicionado (ainda não adquirido)*, que depende para se incorporar ao patrimônio do titular de um termo (§ 155) ou de uma condição (§ 155). Ocorrido o termo (exemplo: data) ou a condição (exemplo: nascimento), o direito torna-se adquirido, podendo ser, então, exercido pelo titular, que dele pode dispor. Mas enquanto a condição ou o termo não ocorrerem, não pode ser exercido. Igualmente, a extinção do direito pode ser condicionada a um fato (exemplo: casamento) ou a um termo (exemplo: data). Bem próximo da “expectativa de direito” temos o *direito eventual*, isto é, o que pode resultar de uma situação jurídica em formação.

Quanto à *faculdade jurídica*, pode ser entendida como poder de agir, permitido pelo direito, para satisfação de interesse legítimo. Há faculdades jurídicas que se confundem com o direito subjetivo, como, por exemplo, no direito de propriedade, a de usar, dispor e gozar de uma coisa. Mas há faculdades autônomas, que independem de direito subjetivo; umas, decorrem de disposição legal, sendo juridicamente permitidas, outras, pertencem ao campo do lícito jurídico.

O direito subjetivo não se confunde também com o *lícito jurídico*, esfera de ação social deixada

à livre decisão do indivíduo, não regulamentada juridicamente. É constituído de ações sociais não disciplinadas pelo direito, exercidas livremente pelo indivíduo. É o permitido por não ser proibido pelo direito.

Finalmente, Ferrara (*Trattato di Diritto Civile Italiano*), com muita razão, distingue o direito subjetivo da *posição jurídica*, que, “afim à qualidade jurídica”, é a “situação do sujeito em uma relação, por força da qual é chamado a agir na esfera jurídica de outro. A posição jurídica é accidental, exterior e temporal”. São de Ferrara os seguintes exemplos de posição jurídica: “representante, administrador e oficial público”.

151. DEVER JURÍDICO E OBRIGAÇÃO

No lado oposto do direito subjetivo está o *dever jurídico*, que consiste na situação em que se encontra uma pessoa (*sujeito passivo*) de ter de praticar um ato ou, ao contrário, de omitir-se, em ambos os casos em vantagem de outra, sob pena de sofrer uma sanção. Supõe, assim, vínculo que enlaça o titular do direito ao devedor. É, pois, a sujeição jurídica de uma pessoa (devedor) a outra (titular) que obriga aquela a uma prestação em favor desta, que pode exigí-la no Judiciário. Nem sempre a um dever jurídico corresponde um direito. Assim, exemplificando, alguns deveres decorrentes do *pátrio poder* não geram direitos aos filhos. Quando o dever jurídico consiste em uma prestação de natureza patrimonial, temos *obrigação*. O cumprimento dela promove a circulação de bens. Tem natureza patrimonial mesmo quando consistir em prestação de serviços. Pode ser definida como o vínculo que une duas pessoas, no qual uma delas (devedor) está obrigada a uma prestação de natureza econômica à outra (credor).

Podem ser de várias espécies os deveres (obrigações) jurídicos. Dentre todos, se destacam: *dever positivo*, que importa a obrigação de dar ou de fazer, e *dever negativo*, que consiste exclusivamente na obrigação de não fazer (abstenção). O primeiro, se a obrigação for de dar, origina, modifica ou extingue direito real, de crédito ou direito pessoal, mas, se a obrigação for de “fazer”, reduz-se à prestação de serviço. No caso de dever negativo, é exigível omissão do devedor, enquanto no de dever positivo, ação. Além desses dois tipos fundamentais, temos *obrigação contratual*, que tem no contrato a sua origem ou fonte, e *obrigação extracontratual* ou *aquiliana*, em razão da *lex Aquilia* que a previu, também denominada dever legal, tendo por fonte a lei. Toda obrigação decorrente de ato ilícito é obrigação extracontratual, portanto, legal, prevista em lei.

Da mesma forma que os direitos, o dever (obrigação) jurídico é suscetível de nascimento, modificação e extinção. O modo regular de extinção é a execução da prestação, pelo pagamento etc. A inexecução do dever (obrigação) jurídico dá lugar à cobrança deste na Justiça, além da possibilidade de “perdas e danos”, ou seja, de indenização, desde que o credor tenha sofrido prejuízo (dano). Todavia, força maior ou caso fortuito libera o devedor, em virtude de estar

impossibilitado, sem ter culpa, de cumprir a obrigação. Dever jurídico nasce ou modifica-se por ato, negócio ou fato jurídicos ou por força de lei.

O *dever (obrigação) jurídico* distingue-se do *dever moral*, como muito bem disse Radbruch (*Filosofia do Direito*), por ser exigível. O dever moral não pode ser exigido, enquanto o não cumprimento do dever (obrigação) jurídico pode ser a condição para a aplicação de uma sanção jurídica pelo juiz na sentença, caso seja cobrado judicialmente.

152. EXERCÍCIO E ABUSO DO DIREITO

O uso do direito é sempre prejudicial a outrem. O credor que exige do devedor o pagamento do débito, quando efetuado, produz uma diminuição no patrimônio do devedor; o proprietário que, guardando os limites legais, abre em seu edifício janelas, devassa o prédio vizinho. Assim por diante. Tais prejuízos ou incômodos são normais, estando obrigado, quem os sofrer, a tolerá-los. O direito não os considera ilícitos.

Entretanto, há os prejuízos anormais, produzidos pelo uso anormal do direito. Tal ocorre, de modo muito amplo, quando o titular usa o direito com o fim exclusivo de causar prejuízo a outrem, sem obter qualquer vantagem ou utilidade, bem como quando o exerce de má-fé. Nesse caso, há *ato emulativo*. Assim, por exemplo, o art. 266 do Código Civil alemão dispõe: “o exercício de um direito é vedado quando tem por escopo único causar dano a outrem”. Contudo, pode o titular obter vantagem pessoal com o uso do direito, às vezes grandes vantagens, só obtidas usando o direito de forma incompatível com o fim econômico ou social para o qual foi constituído. Nessa hipótese, o titular, formalmente, se mantém dentro da lei, dela se afastando pelo escopo com que usa o direito. Aí, diz-se haver *abuso do direito*.⁵

Nosso direito não prevê o ato emulativo e nem o abuso do direito de forma expressa. Mas, lapidarmente, o nosso Código Civil (1916) limita-se, em seu art. 160, a prescrever não constituir ato ilícito o praticado no “exercício regular de um direito reconhecido”, *a contrario sensu*, constitui ilícito o exercício irregular ou anormal (ato emulativo e abuso do direito).⁶

Finalmente, o direito pode ser exercido pessoalmente pelo titular ou por meio de outra pessoa. Neste caso, diz-se ser indiretamente exercido por meio de representante. Nem todos os direitos podem ser exercidos por meio de outra pessoa.

¹ Diverso do direito subjetivo, podendo em sentido amplo com ele se confundir, temos o *poder jurídico*, inconfundível com poder político, examinado em outro lugar deste livro (§ 184). Por *poder jurídico* pode entender-se: 1º, situação jurídica em que a uma pessoa são atribuídos poderes relativos sobre outra, exercível em favor e no interesse desta, que tem a obrigação de

obedecê-lo, desde que não abusivo. Exemplo: 1º, pátrio poder; 2º, em sentido amplo: o mesmo que direito subjetivo; 3º, o mesmo que faculdade (§ 150); 4º, poder sobre uma coisa. O mesmo que domínio; 5º, poder decorrente de norma jurídica, por ela disciplinado, exercível nos limites e segundo suas finalidades.

- 2 Havendo muitos direitos subjetivos que envolvem deveres, como, por exemplo, o de propriedade ou os decorrentes do direito de família, autores afamados pretenderam substituir a categoria de direito subjetivo pela de *situação jurídica*. Coube a Duguit, em 1912, defender essa tese, chegando à conclusão de não haver direito puro, mas direito-função ou direito-dever. Savatier e Haesaert admitem que situações de fato que, sem ser jurídicas, possam produzir consequências jurídicas, como, é o caso, por exemplo, da sociedade de fato ou do concubinato. Mas coube a Roubier (*Droits subjectifs et situations juridiques*), depois da Segunda Guerra Mundial, delinear a noção de situação jurídica: complexo de prerrogativas, de direitos e deveres, criadores de condições vantajosas para os seus beneficiários, dependentes de fato ou de estado, ou, ainda, de ato produtor de consequências jurídicas. Exemplo típico de situação jurídica: a do filho em relação aos pais.
- 3 Pode-se distinguir *direito individual* do *direito social*. O primeiro tutela bens de interesse diretamente individual, como, por exemplo, direito ao nome, direito à liberdade etc., enquanto o *direito social*, também denominado *direito corporativo* ou *direito institucional*, tutela bens de interesse social, como, por exemplo, o direito à guarda de filho menor, direito ao salário ou às férias etc.
- 4 A distinção dos *direitos reais* dos *pessoais* conduz à distinção das *ações reais* das *pessoais*. As primeiras têm por fundamento um *direito real*, a ser protegido, enquanto as *ações pessoais* protegem e têm por fundamento um *direito pessoal* ou de crédito. Exemplo da primeira: ação de reintegração de posse; e da segunda, ação de alimentos, ação de cobrança, de rescisão de contrato etc.
- 5 Divergem os autores na conceituação de abuso do direito. Consideram-no: conflito de direitos (Desserteaux); conflito entre o direito e a moral (Savatier); turbamento do equilíbrio de interesses (Bosch); exercício do direito com intenção de causar dano a outrem (Capitant, De Ruggiero, Porcherot e Noto-Sardegna); uso do direito desviado de sua finalidade econômico-social (Saleilles); abuso de liberdade (Josserand em sua primeira fase) ou uso do direito com móvel ilegítimo por ser contrário aos fins determinadores de sua instituição (Josserand); exercício putativo (de boa-fé) do direito causador de dano (Groppali); exercício do direito condenado pela consciência social, mas não vedado pela lei (Rotondi).
- 6 Clássicos exemplos de normas condenatórias de abuso do direito: “Não é permitido o uso do direito quando o seu único objeto for causar um dano a outra pessoa” (art. 226 do Código Civil alemão de 1900) e “toda pessoa está obrigada a exercer seus direitos e a cumprir suas obrigações, segundo as regras da boa-fé. A lei não protege o abuso manifesto dos direitos” (art. 2º do Código Civil suíço de 1907). Para maiores considerações, *vide* os nossos *Elementos de Direito Civil* (Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S. A., 1969), pp. 229 a 269.

ELEMENTO PESSOAL DA RELAÇÃO JURÍDICA – PESSOA NATURAL E PESSOA JURÍDICA

153. SUJEITO DE DIREITOS. PESSOA NATURAL

Sujeito de direitos é o ente que, para o direito, pode ser titular de direitos e de obrigações.¹ Ente que, para o direito moderno, se reduz à pessoa, seja a pessoa física (homem) seja a pessoa jurídica (sociedade civil, sociedade comercial, fundação). Na fase social pré-letrada era titular de direitos exclusivamente o grupo social (tribo) ou a família. Na evolução jurídica, o grupo social, como sujeito de direitos, deu entrada primeiro no cenário jurídico; hoje, principalmente sob a forma de sociedade comercial (empresa), agiganta-se, ensombreando o homem.

Direitos e deveres somente têm as pessoas, ou seja, os sujeitos ativos ou titulares de direitos, enquanto os sujeitos passivos ou devedores têm obrigações. Só as pessoas podem ser titulares de direitos. *Pessoa*, tanto o homem (pessoa física) como a pessoa jurídica (sociedade, fundação, empresas etc.), é o centro de relações jurídicas, que o direito reconhece ter *personalidade*,² isto é, aptidão genérica a ter direitos e deveres. Definindo: *personalidade, para o direito, é a qualidade que tem a pessoa de ser sujeito de direitos e de obrigações*. Segundo os partidários do direito natural, toda pessoa tem personalidade jurídica pelo fato de ser homem. Mas, a História desmente essa afirmação, pois, ao tempo da escravatura, o escravo era igual à coisa, considerado mercadoria, não sendo sujeito de direitos. Colocando de lado essa questão acadêmica, a personalidade jurídica, em cada pessoa, concretiza-se na *capacidade jurídica*, que é a medida do sujeito de direitos e de obrigações em função de seu estado pessoal. Pode ser definida como *a aptidão que tem a pessoa, em função de seu estado pessoal, de adquirir direitos e assumir obrigações*.

Exemplificando: o menor de dez anos não tem a mesma capacidade jurídica do homem de 30 anos. O menor não tem direito político de voto e, muito menos, de ser eleito deputado, e nem de se casar. Houve tempo, não muito antigo, que o sexo, a raça ou a nacionalidade limitavam a capacidade jurídica da pessoa. A mulher até 1930 teve limitações em seus direitos, estando-lhe vetada muitas carreiras profissionais. O negro, nos Estados Unidos ou na África do Sul, tinha, até recentemente, capacidade jurídica mais reduzida do que a do branco. O estrangeiro também sofreu restrições em sua capacidade jurídica, p. ex., de adquirir ações de determinadas sociedades anônimas. Assim, é inegável que se pode definir a *capacidade jurídica como a medida da personalidade jurídica em razão do estado pessoal do sujeito de direitos*.

Todavia, essa nossa conceituação não é aceita por muitos civilistas, que a entendem como a

aptidão de exercer ou adquirir por si direitos. Ora, esse modo de entendê-la confunde-na, *data venia*, com a *capacidade de fato*, que depende do estado psíquico da pessoa, isto é, de ela ter a capacidade de entender e de manifestar livremente a sua vontade. O menor ou o doente mental podem ter direitos, bem como podem adquiri-los, mas não por si, mas através de seus representantes.

A personalidade jurídica, igual para todos, inconfundível com a personalidade individual, variável com os homens, é atribuída pelo direito tanto ao homem (pessoa física ou pessoa natural) ao nascer com vida,³ como à pessoa jurídica (sociedade civil e sociedade comercial, fundações, instituições, empresas públicas etc.). É ampla, enquanto a capacidade jurídica é a sua medida.

No que concerne ao homem, pode-se dizer que toda pessoa tem personalidade e capacidade jurídica, mas nem toda pessoa tem *capacidade de fato*, isto é, *capacidade de exercício de direitos* que a habilite a exercer por si seus direitos e a obrigar-se. A menoridade, a doença mental impossibilitam-na. O menor, o incapaz ou o louco, por si, não podem adquirir direitos, devendo agir por meio de outra pessoa capaz, denominada representante, isto é, do pai, do tutor ou do curador.

A idade, a cidadania, a saúde e a delinquência podem influir sobre a capacidade jurídica e sobre a capacidade de exercício de direitos. A idade limita ou impede o exercício de direitos *in genere*, pois, não os podem exercer pessoalmente os menores. O menor não pode, pois, por exemplo, casar, não tem direito de voto. Da idade depende a capacidade penal (imputabilidade). Da cidadania depende a capacidade jurídica em relação a alguns direitos políticos. A saúde influi não só sobre a capacidade jurídica, como, também, sobre a capacidade de exercício: o impotente sexualmente não tem capacidade matrimonial, e, se casar, anulável é o casamento; o surdo-mudo tem restrições em sua capacidade, bem como o portador de doença mental, que não tem capacidade matrimonial e nem de exercício de direitos.⁴

Toda pessoa física tem *nome* que a distingue das demais, em regra, imutável, também chamado prenome. Além do prenome, tem *sobrenome* ou nome de família, que a situa em uma família, também denominado *cognome*. Este é transmissível e modificável pela adoção, pelo casamento, pelo reconhecimento da paternidade etc.

Os atos e fatos fundamentais da vida da pessoa natural, criadores ou modificadores do estado civil da pessoa ou de situações jurídicas, como, por exemplo, nascimento, casamento, separação judicial (desquite), morte, interdição, são registrados em livros próprios, que constituem o *registro civil*, destinado a torná-los conhecidos e autenticamente provados, por certidões. Outrora, desde 1564, a Igreja, pelo Concílio de Trento, foi incumbida desses registros. A Revolução Francesa atribuiu-os ao Estado e, entre nós, deixou de ser da Igreja a partir da criação do Registro Civil, em 1871, com a Lei nº 1.829. Os atos registrados no mesmo denominam-se *atos do estado civil*, praticados por funcionário público com base na declaração do interessado ou de seu responsável. O Registro Civil faz parte de um registro mais amplo, destinado a dar segurança às relações jurídicas, denominado *Registro Público*, que, por exemplo, registra ou inscreve, em livros próprios, a

titularidade de imóveis (Registro de Imóveis), registra documentos (registro de títulos e documentos), registra a constituição, modificação ou extinção da pessoa jurídica etc.

Mas não é só, pois toda pessoa física tem *domicílio* e *residência*. O primeiro é a sede de suas relações jurídicas, o centro principal de suas atividades, no qual pode a pessoa ter a sua residência. É o local em que, de modo definitivo, fixa a sua residência. Quando a pessoa vive, mora em local no qual não exerce sua atividade, exercida em outro, diz-se ter aí sua *residência*. Portanto, residência é o local em que a pessoa se encontra de fato, e não de direito, por não ser o lugar em que tem o centro de seus negócios ou atividade, isto é, o centro de suas relações jurídicas. Mas, quando nela tem o centro de sua atividade jurídica, domicílio e residência se confundem.

154. PESSOA JURÍDICA

Ao lado das pessoas físicas ou naturais, isto é, do homem, temos, como sujeitos de direito, as *pessoas jurídicas* (associação, sociedade civil ou comercial, corporação, instituição, fundação), também denominadas *pessoas morais* ou *entidades jurídicas*. Tais pessoas podem resultar da união de mais de uma pessoa física para atingir a um fim comum, com autonomia jurídica, independente de seus sócios (sociedade), como podem resultar da destinação de um patrimônio para determinado fim (*fundação*), ou, ainda, de lei (pessoa jurídica de direito público).

A pessoa jurídica é construção da técnica jurídica, que atribui personalidade⁵ a uma associação de pessoas, a um patrimônio ou serviço público, reconhecendo-lhe interesses e prerrogativas distintos dos sócios, administradores ou destinatários. É um ente criado, primeiro, pelos costumes, depois, pelo direito. Tem autonomia jurídica em relação aos sócios, administradores ou destinatários. É centro de imputação de direitos e obrigações, independente dos indivíduos que a compõem ou a que ela se destinam ou que por ela agem e que por ela deliberam. Para explicá-la, surgiram várias teorias. A mais antiga, a *teoria da ficção*, a define como ficção legal necessária às exigências da vida econômica, com algumas prerrogativas do homem. Para essa teoria, defendida por Savigny, a pessoa jurídica é mera criação do direito. Em oposição, temos a *teoria da realidade* (Gierke, Dernburg, Zitelmann, Michoud e Ferrara), para a qual esse ente jurídico tem autonomia em relação aos seus membros ou destinatários, com finalidade própria, organizado de forma a atingi-la. Divergem, entretanto, seus partidários quanto à natureza dessa realidade: *social*, nada mais fazendo o direito do que a reconhecer (Gierke), *ideal* (Dernburg) e *jurídica* (Ferrara). Entre essas duas posições extremas, a *teoria do sujeito aparente* (Ihering) a vê como mero meio técnico apto a proteger os interesses de seus componentes ou destinatários.

A nosso ver, do ponto de vista jurídico, e não do sociológico, quem melhor a explica é Ferrara (*Le persone giuridiche*), ao reduzi-la a um conceito técnico, que nada mais significa do que sujeito de direitos e obrigações. A personalidade, escreve Ferrara, é “uma categoria jurídica que por si não

implica condição” alguma de corporalidade ou espiritualidade. Assim, para o direito, pessoa jurídica é simplesmente a técnica de atribuição, por lei ou contratualmente, de *personalidade* a uma associação (sociedade civil ou comercial), a um serviço público (autarquia) ou a um patrimônio destinado por uma pessoa a uma finalidade (fundação, instituição). Realidade jurídica; não realidade perceptível pelos sentidos, mas realidade ideal, como a de todos os entes jurídicos. Realidade jurídica, e não realidade sensível.

Pondo de lado essa questão acadêmica, pode-se dizer ter a pessoa jurídica capacidade jurídica mais restrita do que a pessoa física, não podendo ter direitos que só o homem pode tê-los, como, por exemplo, os de família. Criminalmente, tendo em vista a sua natureza, como sustentam ainda vários juristas, não pode ser em geral incriminada, respondendo, pelos ilícitos penais, que em seu nome forem praticados, os seus diretores. Entretanto, atualmente, principalmente no terreno financeiro, muitas legislações, como a francesa e a nossa, admitem-na, com fundamento diverso da responsabilidade criminal individual, ou seja, independente de culpa, afastando-se, assim, dos princípios clássicos do direito penal. A pena que lhe é aplicável é compatível com a sua natureza, a título de exemplos: multa, suspensão de suas atividades etc. Pena que não exclui a responsabilidade penal de seus diretores. Pode a pessoa jurídica ser extinta por força de lei (pessoa jurídica de direito público) ou por vontade de seus membros ou de seus sócios (pessoa jurídica de direito privado). Tem *denominação* ou designação social, que as individualiza, bem como *sede* ou *domicílio*, que, geralmente, é o lugar em que se encontra a sua administração principal. Podem ser de direito público e de direito privado. As primeiras são investidas de *jus imperii*, de poder público destinado a exercer um serviço público, enquanto as segundas têm capacidade jurídica ampla no campo do direito privado.

São elementos da pessoa jurídica: a) *meios econômicos*, constituídos por destinação legal, isto é, pela lei que a instituir, no caso de pessoa jurídica de direito público; por contribuição dos sócios (sociedades civis ou comerciais); por destinação de uma soma razoável de bens pelo fundador por escritura pública ou por testamento (fundação); b) *elemento pessoal*, isto é, pessoas que se vinculam para constituí-la através de ato de constituição ou de contrato social (sociedades civis ou comerciais), ou que são indicadas ou nomeadas para gerir os meios econômicos destinados por lei (pessoa jurídica de direito público) ou incumbida pelo fundador (fundação). Na sociedade civil ou comercial e na de direito público, a organização surge primeiro, enquanto na fundação é *a posteriori* à destinação dos meios; c) *escopo*, que pode ser social, financeiro, comercial, serviço público etc.; em qualquer caso, durável e determinado; d) *reconhecimento jurídico*, promovido pelo Estado, através de procedimentos previstos em lei, exclusivamente no caso de pessoa jurídica de direito privado (sociedades civis, sociedades comerciais e fundação), porquanto a de direito público é criada por lei.

Associação e fundação, eis a distinção fundamental que se faz no terreno das pessoas jurídicas. A primeira se caracteriza pela *união permanente de pessoas para atingir um escopo comum*,

enquanto a fundação, pela *destinação de um patrimônio para um fim determinado*, para o qual se compõem uma organização destinada a administrá-lo, a fim de atingir a sua finalidade.

As pessoas jurídicas de direito privado podem ser *civis* e comerciais. As primeiras são de dois tipos: *associações*, também denominadas *corporações* ou *sociedades civis*, constituídas pela união de pessoas, destinada a criar um sujeito de direito diverso delas, destituídas de finalidade econômica, sem haver direitos ou obrigações recíprocos entre os sócios, e *fundação*, instituída pela destinação, por testamento ou por escritura pública, de bens para finalidade religiosa, moral, cultural, ou assistencial etc. Já a *sociedade comercial* é a constituída por contrato (contrato social) de duas ou mais pessoas com a finalidade de exercer uma atividade econômica, seja empresarial seja financeira, tendo sempre fim lucrativo. Pode ser: “sociedade de pessoas”, por exemplo, sociedade por cotas de responsabilidade limitada, e “sociedade de capitais”, por exemplo, sociedade anônima. Tanto as civis como as comerciais são constituídas por contrato (contrato social). Algumas sociedades civis o são por ato jurídico plurilateral.

A doutrina moderna admite no campo do direito privado uma forma de centralização de interesses juridicamente protegíveis: a *sociedade de fato*, desprovida de personalidade jurídica, denominada também por “sujeito coletivo não personalizado” (Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*), que, tendo patrimônio comum, constitui uma comunidade de interesses, sem ser, entretanto, pessoa jurídica.⁶

Concluindo, pode-se definir a pessoa jurídica como o *sujeito de direito criado pela manifestação de vontade de duas ou mais pessoas (pessoa jurídica de direito privado) ou por lei (pessoa jurídica de direito público), com personalidade, interesses e patrimônio independentes dos sócios ou dos administradores*.⁷ Pessoa jurídica é expressão que só juridicamente tem sentido e quando é empregada em outros ramos do saber é sempre no sentido jurídico acima dado. No campo processual, apesar de destituídas de personalidade, têm legitimação para ingressar em juízo, na defesa de direitos e de bens dos quais lhes cabe a tutela, o espólio (direitos e bens de pessoa falecida, que são objeto de inventário) e a Massa Falida. Pode-se dizer que nesses casos temos uma “quase pessoa jurídica” (Gabriel Nettuzi Perez).

¹ Para os jusnaturalistas (§ 192), a pessoa como sujeito de direito não é criação do direito. A pessoa física, isto é, o homem, é sujeito de direitos desde que nasce, e não por força de lei, dizem os jusnaturalistas. Assim, a lei limitar-se-ia a reconhecer-lhe, e não a criá-lo juridicamente, podendo estabelecer limitações ou condições para ter e exercer direitos (idade, saúde, nascimento com vida etc.). Já os positivistas (§ 193) distinguem o homem do sujeito do direito; este seria criação do direito, enquanto o homem, como tal, não. Nesse caso, o homem, como homem, não é sujeito do direito, passando a ser por força de lei. Kelsen (§§ 197 e 200) se aproxima da posição positivista.

- 2 A personalidade era desconhecida na sociedade primitiva. A situação jurídica de chefe de tribo marca o aparecimento dela. O primeiro titular de direitos, com personalidade destacada do grupo social, foi o chefe de tribo. Depois, o *pater familias*; só posteriormente o homem e as associações, corporações.
- 3 O concebido (*nascituro*) tem proteção jurídica de ordem patrimonial, subordinada a uma condição suspensiva: nascimento com vida. Se nascer com vida, os bens e direitos, que lhe foram reservados, lhe pertencerão; mas, se nascer morto é como se não lhe tivessem sido reservados, sendo atribuídos aos que teriam direito aos bens e direitos, caso não ocorresse a gravidez. Se nascer com vida, a aquisição ocorre a partir do momento da concepção.
- 4 Para saber as condições para ser sujeito de direitos, para ter capacidade jurídica, maioridade etc., basta abrir o Código Civil, como também para saber quem pode ter a situação jurídica de comerciante ou quais as sociedades comerciais é suficiente consultar o Código Comercial ou a lei das sociedades. O Código Penal indica as condições de imputabilidade, ou seja, da capacidade penal, enquanto a lei eleitoral, da capacidade eleitoral etc.
- 5 O reconhecimento jurídico da personalidade das pessoas jurídicas data dos romanos.
- 6 A jurisprudência de nossos tribunais nela encontrou o meio de amparar a concubina no caso de rompimento do concubinato (vide: *Dicionário de Direito de Família* do Autor, verbetes: “Concubinato” e “Sociedade concubinária”).
- 7 No direito moderno temos empresas públicas, órgãos da administração descentralizada, e sociedades de economia mista, em que o Estado tem a maioria das ações, acionadas no foro comum, como qualquer pessoa jurídica, salvo quando a União intervém, assumindo a posição de parte, deslocando, então, a competência para a Justiça Federal.

FONTES DO DIREITO SUBJETIVO – FATO, ATO E NEGÓCIO JURÍDICOS – ATO ILÍCITO – OBJETO DO DIREITO

155. FATO, ATO E NEGÓCIO JURÍDICOS. ATO ILÍCITO

Os direitos subjetivos e as obrigações dependem de *pressupostos jurídicos* (*tatbestand*), que a doutrina francesa denomina por fatos jurídicos (*fait juridique*) e que nós preferimos chamar de *fontes de direitos e de obrigações*. Tais fontes, ou “pressupostos jurídicos”, são os *fatos jurídicos*, isto é, os acontecimentos a que o direito atribui consequências jurídicas, aptos a criar, modificar, transmitir ou extinguir relações jurídicas. Podem independender da vontade humana, como, p. ex., terremoto, nascimento, morte, como podem dela depender (contrato, testamento, casamento etc.). Os primeiros são fatos jurídicos em sentido amplo, enquanto os segundos, em sentido restrito, denominados mais propriamente de atos jurídicos, que produzem consequências jurídicas (atos lícitos e atos ilícitos). Os atos jurídicos, no sentido de ato lícito, segundo a doutrina alemã, hoje acolhida pela maioria dos civilistas, com exceção dos franceses, subdividem-se em ato jurídico e negócio jurídico. Divergem os autores sobre os critérios dessa distinção: para uns, *ato jurídico* seria o ato unilateral, que independe, para a sua formação, do concurso da vontade de outra pessoa (testamento, doação), enquanto negócio jurídico seria o ato bilateral que depende de acordo de duas ou mais vontades, como o contrato de locação. Já outros pensam que o ato jurídico seria o que, dependendo da vontade, não exige a manifestação desta para se formar, como a ocupação de um imóvel, enquanto o negócio jurídico supõe a manifestação de vontade para produzir efeito jurídico, como o contrato de compra e venda. Mas, a nosso ver, nenhum desses critérios satisfaz, talvez por isso os franceses, com o senso de precisão e de clareza que lhes é peculiar, preferiram não a acolher. Procederam corretamente por haver atos que dependem de manifestação da vontade e de consenso, como o casamento, que não é negócio jurídico, mas ato jurídico. Por isso temos sustentado encontrar-se no critério econômico o traço dessa distinção. Para isso, transpuzemos uma categoria econômica – negócio – para o campo jurídico, transformando-a em negócio jurídico. Assim, para nós, *ato jurídico* é todo ato que, dependendo de manifestação da vontade, não tem imediata ou diretamente natureza patrimonial, como, por exemplo, casamento, adoção, emancipação etc., enquanto *negócio jurídico* é a declaração expressa de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos de natureza patrimonial ou econômica, como o contrato. O Código Civil e o Código Comercial estabelecem os tipos padrões de contratos (tipos legais), modificáveis pelos contratantes, desde que respeitados os seus requisitos básicos.

O ato jurídico pode ser de direito privado, exemplificando, casamento; e de direito público, como a lei, a sentença, o ato administrativo¹ etc. Tanto um como o outro podem ser *normativo de forma geral* (lei, regulamento, estatuto de uma sociedade, contrato coletivo de trabalho etc.), se contiver norma de natureza geral, e *normativo singularmente* (contrato, sentença etc.). Os normativos, dotados de generalidade, pertencem à categoria de *ato-regra* ou *ato-norma*, denominação dada por Duguit.

No terreno dos atos e negócios jurídicos, ou seja, dos atos de direito privado, domina o princípio de *autonomia da vontade*, também denominada *autonomia privada*, que é o poder de os particulares decidirem sobre os seus negócios, de administrar e dispor livremente de seus bens através de atos e negócios jurídicos. Autonomia, que se manifesta na liberdade contratual, que permite a pessoa contratar na forma que melhor satisfaça a seus interesses, não devendo sofrer coação de espécie alguma para celebrar contratos. Se sofrer, poderá anulá-los. Entretanto, a liberdade contratual ou negocial pode ser limitada pela lei em alguns tipos de contrato, como, por exemplo, no de seguro. Nesse caso temos contrato de adesão porque o segurado não pode modificar as suas cláusulas. Já o ato administrativo e os demais atos jurídicos de direito público, praticáveis pela Administração Pública, são regidos pelo princípio de *discrecionalidade*, que dá poder à Administração de tomar a decisão que lhe parecer ser mais oportuna.

Podem ser os atos jurídicos *unilaterais*, quando dependem de uma só manifestação de vontade, como o testamento; *bilaterais*, quando decorrem de acordo entre duas pessoas, ou seja, de consenso entre pessoas que perseguem finalidades e interesses diversos, como o contrato de compra e venda; *complexos* ou *coletivos*, quando depender de acordo de mais de uma pessoa para alcançar fim comum, como, por exemplo, a constituição de uma sociedade civil ou comercial. Levando em conta as vantagens que podem resultar do ato jurídico, pode-se distinguir o *ato a título oneroso* do *ato a título gratuito*. No primeiro, há vantagens patrimoniais recíprocas, estando cada parte obrigada em relação a outra a uma prestação (prestação de uma e contraprestação de outra), como, por exemplo, no contrato de compra e venda (venda por parte de uma e pagamento do preço por parte da outra), enquanto no ato a “título gratuito” só uma das partes é beneficiada patrimonialmente, não tendo qualquer vantagem o celebrante, como no caso de doação. Pode-se distinguir os *atos jurídicos em “inter vivos”*, cujos efeitos são produzidos em vida de seus autores, como a locação de imóvel, e em *atos “mortis causa”*, quando os efeitos devem ocorrer depois da morte do celebrante, como o testamento. Podem ser ainda *consensuais*, se dependerem exclusivamente de consenso (exemplo: contrato de locação), independente de qualquer formalidade, e *não consensuais* ou *solenes*, quando a manifestação de vontade deve observar *forma* prescrita por lei para sua validade (casamento, por exemplo). Há, no mundo em que vivemos das telecomunicações, da Internet, *negócio jurídico virtual* ou *contrato eletrônico*, celebrado por pessoas que não se conhecem e se encontram a distância, concluídos e assinados eletronicamente (*assinatura criptográfica* ou *assinatura digital*), que, a nosso ver, ainda não tem a segurança dos clássicos e tradicionais contratos. Deve ser dito que a

“*virtualidade*” não cria novo tipo de negócio jurídico, mas nova forma dos tipos clássicos caracterizada pela rapidez da celebração. Os contratos, por exemplo, continuam sendo de compra e venda, locação etc. (*vide* no Índice de Matéria: *Informática Jurídica*).

O *s atos jurídicos* supõem condições de validade, tais como: capacidade jurídica e consentimento das partes, objeto lícito, e, para alguns atos, condições relativas à forma que devem revestir: escritura pública (exemplo: na compra e venda de imóvel a escritura pública), forma solene (no casamento, p. ex.). Faltando essas condições, é passível de *nulidade* (nulidade absoluta) ou de *anulação* (nulidade relativa). *Nulo* se faltar-lhes um de seus elementos essenciais (exemplo: capacidade jurídica para praticá-lo) ou se for contrário à expressa disposição legal. A nulidade decorre de lei, não dependendo da vontade da parte prejudicada. É imprescritível. Exemplo: venda de imóvel celebrada por pessoa interditada. *Anulável*, quando viciada a vontade que lhe der origem. O direito só protege a vontade consciente e livremente manifestada. Ineficaz é a viciada, obtida por coação da parte interessada, isto é, quando conseguida por constrangimento, violência, ou melhor, coação (moral ou física); quando resultar de manobras fraudulentas de outrem, ou seja, de dolo, bem como se manifestada por erro quanto à pessoa da outra parte ou erro quanto à coisa objeto do negócio. Assim, ocorrendo erro, dolo ou coação, o ato é anulável, e não nulo. Nesse caso, depende da vontade da parte prejudicada. É, por isso, suscetível de prescrição. Não promovida pelo prejudicado no prazo legal a anulação (nulidade relativa), o ato torna-se perfeito, intocável. Tal não ocorre em havendo nulidade, invocável a qualquer tempo.

Em se tratando de ato de direito público, é condição de validade a competência da autoridade que o praticar. Competência no campo do direito público corresponde à capacidade no do direito privado. O ato de direito público pode ser também viciado: quando ocorrer falta de competência da autoridade que o praticar, desrespeito à lei ou a regulamento, abuso de poder ou violação da Constituição etc. Quando tal ocorrer, a via judicial será o caminho para cassá-lo, impedindo ou suspendendo a produção de suas consequências, sempre a requerimento do interessado, ou por iniciativa de qualquer cidadão (ação popular). Viciado o ato, pode ser revogado também pela própria autoridade.

O ato jurídico pode ser pessoalmente celebrado pelo beneficiário de suas consequências jurídicas, como pode ser por intermédio de outra pessoa. Nesse último caso, a pessoa que o celebrar estará agindo em nome e no interesse do autor do ato. Quando tal ocorrer, diz-se haver *representação*. Há *representação legal*: do incapaz, do interdito, prescrita por lei, que indica quem deve exercê-la (pai, tutor, curador), e *representação voluntária*, que supõe a capacidade do representado, que dá poderes, através de contrato (mandato), para outrem celebrar ou praticar atos especificados no instrumento (procuração).

Também o ato de direito público pode ser celebrado por meio de pessoa ou órgão diverso daquele que pela lei ou pela Constituição pode praticá-lo. Nessa hipótese é necessário *delegação de*

poderes ou de competência, desde que a lei expressamente a permita. Havendo silêncio na Constituição ou na lei, a delegação não é possível, imperando, o princípio: *delegata potestas non potest delegari*. Todavia, alguns sistemas constitucionais modernos admitem a possibilidade de delegação de poderes mesmo no silêncio da Constituição, como a dos Estados Unidos. Forma mais restrita de delegação é a *delegação de atribuições*, pela qual um órgão delega poderes a outro, que lhe é subordinado, para praticar certos atos, como, por exemplo, a delegação de poder legislativo pela Câmara Legislativa a uma comissão parlamentar. A delegação pode ser para a formulação de lei (lei delegada), de ato normativo ou para celebração de contrato ou de outro ato jurídico. Composto-se de muitos membros as câmaras legislativas no Estado moderno, é comum essa forma de delegação, constitucionalmente prevista, à comissões especializadas, que dinamizam e facilitam o trabalho do plenário.

Prova-se o ato jurídico pelo documento que o contiver, por pública-forma fornecida por tabelião, por fotocópia ou xerocópia autenticada por tabelião, pelo registro do ato no Cartório de Títulos e Documentos, por certidões do registro público ou por certidão de peças do processo, bem como por testemunhas nos casos em que a lei a admitir, pela confissão ou pelo reconhecimento de sua existência pelo próprio celebrante (autor). Quanto aos *documentos digitalizados* ou *virtuais*, que contêm contratos, atos jurídicos etc., prova-se pela cópia impressa dos mesmos, devidamente certificados (reconhecimento) e da *assinatura digitalizada* com recursos criptográficos, por órgão público especializado.

Podendo o ato ou o negócio jurídicos produzirem efeitos contra terceiros, exige a lei para a eficácia de certos atos contra terceiros a *publicidade* dos mesmos, que se opera registrando-os no Registro Público ou publicando-os no *Diário Oficial* e, em certos casos, publicando-os também em jornais de grande circulação. A publicidade dos atos normativos de direito público se dá no *Diário Oficial*, produzindo efeitos, salvo disposição em contrário, a partir da data de sua publicação. A cópia impressa de *atos e negócios jurídicos digitalizados*, com certificação de sua autenticidade, pode ser objeto dessas mesmas formas de publicidade.

Quando exigida por lei, a falta de publicidade tem consequência jurídica, como, por exemplo, não ter eficácia o negócio jurídico em relação a terceiros, apesar de válido e eficaz para as partes; exemplificando: a venda de automóvel, que, para valer contra terceiros, deve ser registrada no Cartório de Títulos e Documentos, bem como no órgão da Administração Pública competente.

Os atos jurídicos podem conter *elementos acidentais*, tais como *condição* e *termo*. Contendo esses elementos, os seus efeitos dependem da ocorrência dos mesmos. *Condição* é o acontecimento *futuro e incerto* do qual depende o início (*condição suspensiva*) ou término (*condição resolutiva*) dos efeitos do ato jurídico. Termo é o acontecimento *futuro e certo* que marca o começo ou a extinção dos efeitos do ato, uma data, por exemplo. Pode ser *inicial* e *final*. O primeiro marca o início dos efeitos do ato, enquanto o segundo, o término dos mesmos. Esclarecendo: *termo*

estabelece o tempo de duração dos efeitos do ato jurídico. Portanto, *condição* e *termo* são acontecimentos futuros, diferenciando-se por ser incerta a condição, enquanto certo, o termo.

O ato e negócio jurídicos, sendo manifestações de vontade, dependem de interpretação destinada a descobrir o que as partes realmente pretendem em função da natureza do negócio jurídico. Pela interpretação descobre-se o sentido da manifestação de vontade das partes, que deve prevalecer sobre a letra do negócio independente da intenção das partes.

Finalmente, o ato jurídico pode ser *lícito*, se for de acordo com o direito, e *ilícito*, se for *contra legem*.

Ato *ilícito* gera a obrigação de indenizar ou a obrigação de sofrer uma pena. Pode ser: *ilícito penal*, se transgredir norma penal, tendo como consequência jurídica a pena (restritiva da liberdade, pena pecuniária, pena de morte e pena alternativa como serviço prestado à comunidade) aplicável ao delinquente, e *ilícito civil*, que consiste no descumprimento de *dever legal* ou de obrigação contratual, *causador de dano* à pessoa ou a seus bens, que origina a obrigação de indenizar. Só há, pois, ilícito civil se ocorrer dano, não exigível no ilícito penal. Este pode se configurar pela *tentativa*, em que não há dano ou prejuízo, por não ter ocorrido o evento, que só foi tentado. Dano punível é o dano injusto, pois o praticado no exercício normal do direito é lícito.

No ilícito, ao contrário do que ocorre nos atos lícitos, o agente persegue fim ilícito, sendo a consequência jurídica (pena, reparação do dano) imposta pela lei, contra a sua vontade e interesse.

Os atos ilícitos podem ser *dolosos*, se deliberadamente o agente causa o evento (dano, lesão corporal etc.) ou se assume o risco de produzi-lo, e *culposos*, se produzidos sem intenção, por falta de diligência ou de prudência.

O ato ilícito é fonte de *responsabilidade civil*, isto é, da obrigação de reparar o dano. A base da responsabilidade civil é a *culpa*: que pode configurar-se como dolo, isto é, intenção de causar o dano, e como culpa, em sentido técnico-jurídico, decorrente de negligência, imperícia, falha técnica, imprudência. Se penal, o ato ilícito é fonte de *responsabilidade penal*, ou seja, da obrigação de o autor, julgado culpado pelo crime que praticou, sofrer uma pena, prevista na lei penal, fixada por sentença definitiva. Para que haja responsabilidade penal é necessário: *a)* que o ato praticado seja de antemão definido por lei como crime; *b)* que o agente tenha capacidade penal (maioridade penal e normalidade mental); *c)* que o fato não tenha resultado de caso fortuito, força maior, ou não tenha sido praticado em legítima defesa. Enquanto a responsabilidade penal é pessoal, não passando da pessoa do delinquente, não atingindo assim a seus familiares, a *responsabilidade civil*, que tem exclusivamente consequências patrimoniais, pode obrigar, na medida da herança, aos herdeiros a reparar o dano.

156. OBJETO DOS DIREITOS. COISA E BEM

Toda relação jurídica, todo direito subjetivo e toda obrigação têm um objeto (objeto do direito).² Como entendê-lo? De modo amplo, pode-se dizer que, sendo o direito a vinculação de, pelo menos, uma pessoa a outra para que esta satisfaça interesse legítimo daquela, o objeto do direito é a ação (ação ou omissão) da pessoa que está, por lei ou por contrato, obrigada a praticá-la. Ferrara (*Trattato di diritto civile italiano*) defende esse sentido. Assim, no direito de crédito seria a prestação, o pagamento; no de alimentos, a pensão alimentícia; nos direitos personalíssimos, o respeito por parte de todos da liberdade, da honra, da vida etc. de cada um. Mas os últimos, isto é, o direito à vida, direito à liberdade, à integridade corporal etc., provocaram a questão da possibilidade de *direitos sobre a própria pessoa*. Windscheid admite-os, enquanto a maioria dos tratadistas os nega, não reconhecendo *direitos sobre a própria pessoa*, por entender que, no caso desses direitos, o titular não pode dispor do bem protegido, por se confundir com ele, havendo só direito à vida, e não sobre a vida, direito à liberdade, e não sobre a liberdade, tendo as demais pessoas, em virtude de se tratar de direitos absolutos, a obrigação de respeitá-los ou de se absterem de qualquer ato capaz de ameaçar ou prejudicar o bem protegido pelos mesmos. Essa posição, com o progresso da ciência médica, deve ser aceita com reserva dada a possibilidade do transplante de órgãos e, conseqüentemente, da doação dos mesmos, bem como do “aluguel de útero”, no caso de esterilidade da mulher. A questão da “comercialização” de órgãos, contrária à ética, tem dado margem à polêmicas.

Tecnicamente, deve-se distinguir no direito subjetivo o conteúdo do objeto. O *conteúdo* é formado pelo conjunto de prerrogativas, de faculdades e de interesses, juridicamente protegidos, que detém o titular, enquanto o *objeto* do direito, pelos bens suscetíveis de gozo e de disposição por parte do mesmo. Exemplo: no direito de propriedade o objeto é a coisa, enquanto no direito de crédito, a prestação, isto é, o pagamento efetuado pelo devedor. Dentro desse conceito técnico e restrito, *objeto do direito* se confunde com *coisa*. Por coisa entende-se tudo que no *espaço pode ser determinado, passível de ser submetido à vontade humana, suscetível de estimação em dinheiro*. Tem assim a noção de coisa (*res*) característica econômica ou patrimonial. Não é só o que se vê, mas o que é perceptível pelos demais sentidos, como a eletricidade. São de várias espécies, sendo as principais as seguintes: *coisas imóveis*, que por natureza ou por destinação não podem circular, como o prédio e o que a ele se destina ou tudo o que a ele se adere, e *coisas móveis*, que, por natureza, podem ser deslocadas no espaço sem se alterarem ou podem circular no meio social de forma inalterável; *coisas no comércio*, que podem ser objeto de venda, troca, empréstimo, ou seja, de direitos privados, e *coisas fora do comércio*, que não podem ser, por força de lei ou por natureza, objeto de direitos, como as coisas do domínio público, o mar etc.;³ *divisíveis* que admitem divisão sem sofrer alteração em sua natureza, como, por exemplo, a manteiga, e *indivisíveis*, que material ou economicamente não admitem divisão; *materiais*, perceptíveis pelos sentidos (*quae tangi possunt*), e *imateriais*, não perceptíveis pela visão, podendo ser pelos demais sentidos, como a eletricidade etc.; *consumíveis*, isto é, as modificáveis, que podem extinguir-se pelo uso normal a que se destinam,

como o feijão, e *inconsumíveis*, que pelo uso normal não sofrem alteração. Na era eletrônica em que vivemos, da Internet, há *coisa virtual*, vista pelo interessado na tela do monitor, anunciada, comercializada eletronicamente, que pode se encontrar no estrangeiro. *Virtual* no momento em que é celebrado o contrato, porém tem existência material no lugar em que se encontrar o seu negociador (vendedor etc.).

O objeto do direito pode não ter utilidade estimável em dinheiro. Nesse caso, juridicamente, não tem a denominação de “coisa”, mas de “bem”, que Rotondi (*Istituzioni di diritto privato*) assim define: “entidade que possa ser objeto de gozo e de disposição autônoma” sem caráter patrimonial.

Das coisas e dos bens se distinguem os *frutos*, ou seja, o produto de uma coisa, dela separável, capaz de tornar-se objeto do direito. É, portanto, tudo o que produz ou rende uma coisa, sem lhe alterar a substância. Os frutos podem ser *naturais* (banana, manga etc.) e *civis* (juros do capital). Podem ser, ainda, *pendentes* (p. ex.: em um laranjal, as laranjas verdes, ainda não amadurecidas, que podem ser objeto de venda) e *separados* (no exemplo acima, as laranjas colhidas para a venda, vendidas ou para consumo do proprietário do laranjal); *percebidos* (já produzidos, armazenados ou alienados pelo titular da coisa produtora) e *percipiendos* (os que podem vir a ser percebidos ou, ainda, que podem ser percebidos se diligente for o titular); *consumidos* (gastos ou extintos pelo uso) e *existentes* (ainda não consumidos); *industriais* (dependendo de atividade humana para serem produzidos) e *naturais*, que independem de ação humana.

-
- ¹ O ato administrativo recebe denominações diferentes: *provimento*, *decreto*, *resolução*, *deliberação* de órgão colegiado, *portaria*, *regimento* etc.
 - ² O termo “objeto”, como disse Ferrara (*Trattato di Diritto Civile*), é “usado em vários sentidos. Fala-se de *objeto do direito* no sentido de objeto do poder jurídico, bem como de *objeto da norma jurídica*, para indicar as relações da vida juridicamente reguladas, e de *objeto do ato jurídico*, significando os direitos que por força do mesmo ato são constituídos, modificados, transmitidos ou extintos, e, ainda, de *objeto da prestação* para indicar a coisa”. No mesmo sentido Coviello. Por isso, há quem prefira o termo *objeto jurídico* a “objeto do direito”, no sentido de “objeto qualificado juridicamente”, compreendendo não só direitos, como, também, obrigações, créditos, direitos reais e coisas (Locatelli). A grande maioria dos autores admite que “objeto do direito” tem sentido amplo, não se reduzindo à coisa, compreendendo coisa corporal e a imaterial, a prestação de valor patrimonial ou não, bem como o comportamento humano (trabalho) etc. Em sentido restrito confunde-se com coisa.
 - ³ Dentre as *coisas fora do comércio* encontram-se as *coisas públicas*, que são inalienáveis e impenhoráveis, não sujeitas a usucapião. As *coisas públicas*, em oposição às *particulares*, não estão no comércio, podendo ser: a) *bens de uso comum*, que podem ser usados por todos (praia, estrada, rua, praça etc.); b) *bens de uso especial*, reservados ao serviço público (hospital, quartel, museu etc.); c) *dominiais*, que pertencem à pessoa de direito público (Estado, Município

etc.) sobre os quais tem verdadeiro domínio (fazenda, terreno etc.). As últimas integram o patrimônio do Estado. Os bens públicos podem ser ainda: federais, estaduais e municipais.

SEXTA PARTE

HISTÓRIA DO DIREITO

EVOLUÇÃO DO DIREITO – FORMALISMO DO DIREITO ARCAICO – DIREITO EGÍPCIO, BABILÔNICO E HEBRAICO – CÓDIGO DE MANU – DIREITO GREGO ARCAICO, ROMANO E MEDIEVAL – DIREITO PRIVADO NA IDADE MÉDIA – DIREITO FEUDAL, DAS CIDADES E DAS CORPORações DE MERCADORES – OS GLOSADORES – DIREITO CANÔNICO – FORMAÇÃO DO DIREITO PRIVADO OCIDENTAL – DO DIREITO MODERNO AO DIREITO CONTEMPORÂNEO

157. EVOLUÇÃO DO DIREITO POSITIVO

O direito, nos primeiros tempos, manteve-se vigente graças à memória dos sacerdotes, que foram os primeiros juízes e que guardavam em segredo as regras jurídicas. Depois, vigorou nas decisões do conselho dos mais velhos. Transmitiu-se oralmente a princípio. Era então tradição sagrada. Cada caso a rememorava e devia ser decidido fielmente como o antecedente. Nesse tempo, inexistiam códigos ou leis. Secreto era o conhecimento do direito, guardado com muito zelo pelos sacerdotes ou pelos mais velhos, que assim mantinham as suas posições sociais e privilégios. Com o tempo, o direito tornou-se o conjunto de decisões judiciais, casuístico, mantido ainda em segredo. Muito depois, tais decisões, sendo ininterruptamente repetidas, tornaram-se costumeiras. Surge assim da sentença o costume jurídico. Mas, em algumas comunidades a indiscrição de um escriba revela o segredo guardado pelos juízes (sacerdotes), tornando-o público, como ocorreu em Roma com o *Ius Flavianum*, direito dos pontífices revelado em 304 a.C. pelo escriba Gneo Flavio. Então, das sentenças surgiu a lei, ou melhor, o código.¹ Finalmente, em outras comunidades, reis-legisladores-sacerdotes reduziram a escrito as principais sentenças imemoriais, como fizeram Hamurabi e os reis sumerianos anteriores. Nesses códigos nota-se perfeitamente a origem casuística de seus preceitos. Aí também da sentença provém a lei. Assim, parece-nos que o direito inicialmente foi casuisticamente estabelecido, formulado em decisões judiciais, proferidas pelos iniciados em uma ciência jurídica secreta. Aparece primeiro como sentença, que, repetida, dá origem ao costume, a mais antiga fonte do direito. O direito, escreve Declareuil (*Romay la organización del derecho*, trad.), mais antigo foi exclusivamente consuetudinário, tendo por origem, geralmente, a “decisão tomada um dia por um chefe ou uma sentença, conhecida ou não como tal” (Declareuil). Apenas, escreve Cogliolo (*Filosofia do direito privado*, trad.), “um povo deixa a vida nômade e se apresenta com certa solidez, as contendas privadas deixam de ser resolvidas com as armas na mão e passam a ser decididas pelo chefe da tribo, pelo pai de família ou pela pessoa mais velha e mais respeitada. A primeira fonte do direito é, pois, a sentença do juiz. Antes de existirem os costumes e as leis,

existiam as sentenças dos chefes”. A repetição de decisões, legitimada pela autoridade do chefe que as prolataram, tornaram-nas precedentes, obrigatórias, surgindo assim o costume. À medida que as relações jurídicas multiplicaram-se, tornando-se complexas, e que as sociedades pluralizaram-se, tornaram-se incertos os costumes, sendo então compilados por sacerdotes ou por determinação real.² Tal é a origem dos antigos códigos, como, por exemplo, o de Hamurabi.

O direito primitivo era respeitado religiosamente, não só pelo temor às suas sanções draconianas e desumanas, como, também, por medo da ira de divindades que poderia se manifestar por epidemias, secas, chuvas etc., como acreditavam os povos das primitivas culturas. Por isso, o direito primitivo tinha caráter religioso, era sagrado. Eis a razão de, como dissemos, serem os sacerdotes os primeiros juristas. A maioria dos legisladores antigos declarava ter recebido as suas leis de uma divindade. Os códigos sumerianos, dentre os quais o de Hamurabi, eram apresentados como transmitidos pela divindade da cidade à qual pertencia o rei-legislador. Daí o ilícito se confundir com o pecado, isto é, com o desrespeito à divindade que as ditou. Neles não há distinção entre direito civil e direito criminal, podendo-se dizer que do direito penal surgiu, como bem disse Ihering (*L'Esprit du droit romain*, trad.), o direito civil. A noção de culpabilidade lhe é estranha, respondendo o criminoso pelos seus atos, independente de culpa, juntamente com sua família, sendo destruídos os seus pertences e tudo o que ele houver tocado com suas mãos. Da mesma forma, débito não pago significava pecado, sendo o devedor faltoso sacrificado pela prestação não executada. O juramento dava segurança aos negócios. Predominava a crença de que não honrá-lo ofendia aos deuses. Se tal ocorresse, o grupo poderia sofrer as consequências da ira divina, salvo se o faltoso fosse exemplarmente punido. Os sacerdotes-juízes ou os reis-juízes invocavam divindades para saber com quem estava a verdade, a fim de que, com sua intervenção, fosse apontado o criminoso para ser exemplarmente punido, protegido, assim, o inocente. Procedendo-se assim, acreditavam esses povos antigos, a paz social estava restabelecida. Os *julgamentos de Deus* (ordálio), sob a forma de prova do fogo, de veneno ou de duelo, eram empregados para descobrir o responsável pela falta. Quando esse sistema de julgamento foi implantado, o direito já havia evoluído muito, tendo ultrapassado a fase da justiça privada, isto é, da “Lei de Talião” (dente por dente, olho por olho), impondo represália igual à ofensa (pena privada). A vingança, tornando-se fonte de insegurança e de intranquilidade, acabou substituída pela composição pecuniária, a princípio maior que o prejuízo, em regra o dobro, inicialmente com caráter facultativo (pena privada), como prescrevia, por exemplo, o *Código de Ur-Namu*, descoberto depois da última guerra, contido na “tabuinha de Istambul”, muito anterior ao de Hamurabi.

O formalismo, o cerimonial, caracteriza o direito arcaico, prevalecendo a forma, os atos simbólicos, os gestos, as palavras sagradas e os rituais sobre o conteúdo de atos ou de ações. O formalismo era sua marca registrada. As pessoas não tinham direitos, que praticamente pertenciam ao grupo. Pertencer ao grupo importava ter deveres, e não direitos. O contrato era celebrado entre grupos. Os direitos individuais e os contratos individuais só tardiamente apareceram no Egito e na

Mesopotâmia. Daí a procedência da *lei de Maine*: a evolução jurídica se processou pela passagem do regime de *status* para o regime de contrato.³ Em Roma, a princípio, só os chefes de família tinham direitos. No seio da família, a vontade do *pater familias* era a lei, ou seja, a vontade do chefe de família tinha autoridade absoluta sobre os seus membros, sobre os escravos e também sobre todas as coisas a ela pertencentes. Cabia-lhe, igualmente, julgar e punir os membros faltosos.

Foi esse direito que permitiu a coesão e sobrevivência do grupo social. Tivemos de esperar os romanos para termos a autonomia do direito em relação à Moral e à Religião.

158. FORMALISMO DO DIREITO ARCAICO

O formalismo caracteriza, como dissemos, a vida social das sociedades antigas. No direito arcaico predomina o formalismo, presente até Roma. No entender de H. Lévy-Bruhl, é o regime no qual predomina a forma sobre o fundo, sendo suficiente a observância de formalidades preestabelecidas para produção de efeitos jurídicos, independentemente da intenção do autor do ato. O formalismo, segundo o ilustre jurista e sociólogo francês, supõe certo automatismo, comparável a um mecanismo de precisão. Introduz nas relações sociais a segurança que reina na natureza (*Aspects sociologiques du droit*). O emprego de uma fórmula de natureza normativa, de um rito, de um símbolo, sem contestação possível, produz, segundo a crença então dominante, o resultado previamente conhecido. Marca o direito antigo em todos os seus aspectos, pois nele, como nota Fustel de Coulanges (*A Cidade Antiga*, trad.), o exterior, a letra, é tudo, não sendo pensável naquele tempo a investigação do sentido ou espírito da lei. As palavras são sagradas, devendo ser repetidas corretamente para que sejam produzidos os efeitos jurídicos desejados. Devido a isso, o direito arcaico é constituído de formas e fórmulas sagradas, religiosamente conservadas, como ensinava Cogliolo (*Filosofia do Direito Privado*, trad.), pelo receio de serem perdidas. Permitiu o formalismo, por largo tempo, que a norma jurídica fosse visível, e assim possibilitava, como esclarece Cogliolo, ter nos olhos o direito, não como regras, mas como atos. Havia, continua Cogliolo, nas fórmulas sagradas “alguma coisa de misterioso que se temia violar e se respeitava como imposta por uma força superior. Esses símbolos não deviam ser substituídos, as palavras prescritas deviam ser repetidas sem variações, porque se receava mudar o efeito mudando a forma”.

O formalismo jurídico, preleciona Cogliolo, compõe-se de duas partes distintas: atos e palavras. A princípio, o ato destaca-se; depois são mais importantes as palavras fielmente pronunciadas. Da palavra “surgiu o direito; da fórmula, a ação judicial” (Cogliolo).

Com o tempo, a palavra e as fórmulas perderam o significado arcaico, sendo mantidas pelo uso. Tardamente, o homem delas se libertou, não totalmente, pois até hoje, sem caráter sagrado, algumas fórmulas e formas são usadas em atos legislativos e em certos atos e negócios jurídicos, como, por exemplo, o compromisso no casamento ou a forma (escritura pública) na compra e venda de imóvel.

159. DIREITO EGÍPCIO

Na Civilização Egípcia predominou, como nas demais teocracias da Antiguidade, a Religião. Por isso, o direito egípcio sofreu a influência do elemento religioso. O seu estudo é difícil pela precariedade de fontes. Os documentos jurídicos egípcios (atos jurídicos e decisões judiciais) desafiaram os séculos em papiros, que o clima seco do Egito conservou até nós. O mais antigo que se conhece é o Papiro de Berlim, da VI Dinastia (2420-2294). Luta-se assim no estudo desse direito com a deficiência de fontes. Sabe-se que as terras eram de propriedade do rei, podendo as castas privilegiadas usufruí-las, pagando tributos altíssimos à Coroa. Compra e venda de terras não era conhecida, reduzindo-se o direito de propriedade e dos contratos a locações de serviço e a transações com bens móveis, objetos de propriedade privada.

As obrigações a serem cumpridas no futuro eram assumidas mediante juramento, com invocação do nome (não de deuses) do Faraó, como garantia de sua observância. Em virtude da crença na continuidade da vida depois da morte, era comum haver contratos em que a parte que sobrevivesse obrigava-se a levar oferendas periódicas ao túmulo da que morresse primeiro. Tais contratos são equiparados por Erwin Seidl (*El Legado de Egipto, trad.*) às *donationes pro anima* medievais, ou seja, ao compromisso de uma pessoa mandar celebrar missa pela alma de outra. No casamento, uma das formas de contrato, a mulher mantinha a propriedade de seus bens. O divórcio só o marido podia obtê-lo. Mais tarde, ao tempo dos Ptolomeus, a mulher conquistou esse direito. A autoridade do marido e o pátrio poder eram absolutos. O testamento, desconhecido. Entretanto, permitia o direito egípcio que, por ato *inter vivos*, pudesse ser feita a doação de bens móveis a outrem, produzindo efeitos após a morte do doador. O doador, para se garantir, retinha em seu poder o documento que a comprovava, que com sua morte era entregue ao donatário. A posse desse documento transferia a propriedade dos bens doados. Era comum o ato jurídico ser celebrado em “documento duplo” (E. Seidl, ob. cit.), sendo um deles, o original, selado, fechado, lacrado e arquivado; a cópia circulava; o original era aberto em Juízo quando fosse posta em dúvida a autenticidade da mesma. Os atos jurídicos eram celebrados com observância de formulários preestabelecidos. Havia atos solenes, celebrados por escribas (funcionários), na presença de testemunhas, autenticados com o selo real. Os tribunais, cujos juízes eram os dignitários locais, julgavam em nome do Faraó, orientados por um funcionário da corte, que dirigia o julgamento. O tribunal só podia iniciar o julgamento com a presença desse funcionário. A tortura era meio de prova usualmente empregado não só aos acusados, como, também, às testemunhas. As penas eram cruéis e draconianas. Para o homicídio, pena de morte; para o parricídio, a morte na fogueira; para o adultério, mutilações e vergastadas. Mas, se a mulher adúltera estivesse grávida, a execução da pena só ocorria depois do parto. Para o furto, escravização do ladrão ou mutilação. Assim, bastonadas, mutilações (ablações das orelhas, do nariz, da língua ou das mãos), exílio, lançamento à fogueira com mãos e pés amarrados, eram as penas mais usadas no direito penal egípcio. O direito internacional parece ter sua pré-história no Egito.

Conhece-se um tratado de aliança e paz celebrado por Ramsés II (1297-1231) com o rei hitita Hattusibis III.

160. CÓDIGO DE HAMURABI (BABILÔNICO)⁴

Código gravado em enorme bloco cilíndrico de pedra negra, de 2,25m de altura, com 2m de circunferência, encontrado, em 1902, na cidade persa de Susa, para onde fora levado, por volta de 1175 a.C., como despojo de guerra. É a “esteia de Hamurabi” que se encontra no Museu de Londres. Acreditavam os babilônicos ter Hamurabi recebido esse código do deus Sol (Shamash). A própria esteia, no alto, contém um relevo representando essa transmissão. O deus Sol o teria confiado a Hamurabi, tornando-o “rei do direito”, com a missão de decidir com equidade e “disciplinar os maus e os mal-intencionados e impedir que o forte oprima o fraco”. O código não é o mais antigo do mundo, como se supunha até 1948, pois na “tabuinha de Istambul”, descoberta em 1952, como dissemos anteriormente, encontra-se um código mais antigo, o *Código de Ur-Namu*, também mesopotâmico. Mas, não sendo o mais antigo, é o mais famoso. É precedido de um prólogo de grande beleza literária. Não é um código especializado, pois contém todo o ordenamento jurídico da cidade: organização judiciária, direito penal, processual, contratos, casamento, família, sucessões, direito de propriedade. É, assim, código civil, código penal, código de processo, código comercial e de organização judiciária, com 282 artigos. Não tem ordem sistemática, pois é uma coletânea de julgados ou de hipóteses acompanhadas de decisões. O casuísmo caracteriza-o, sendo muito minucioso no que concerne às punições. Os artigos apresentam um caso concreto acompanhado de sua solução jurídica.

Os seus preceitos estão formulados em breves sentenças, como, por exemplo, esta: “A esposa que mandar assassinar o marido por gostar de outro homem será empalada”. Talvez seja a compilação de decisões judiciais consuetudinariamente consolidadas. As proposições iniciam-se assim: “admitindo-se que...”. Enunciam casos hipotéticos, como, por exemplo, o seguinte: “Quando um filho disser a seu pai: – Vós não sois meu pai, deverá ser marcado a ferro em brasa com o sinal dos escravos, acorrentado e vendido”. No terreno dos contratos, exige a forma escrita, reveladora da preocupação pela segurança das relações jurídicas. Deveriam ser celebrados na presença de testemunhas. No campo do direito de propriedade, as normas são precisas, protegendo a propriedade, não só a imobiliária, como, também, a dos bens móveis e a dos escravos equiparados às coisas. Prevê castigos cruéis para quem der ajuda ao escravo fugitivo. Poderia ser o escravo dado em penhor ou em depósito. O proprietário era responsável pela conservação dos canais de irrigação que passassem em suas terras. No que concerne à reparação de danos, a pena de talião, “dente por dente, olho por olho”, era aplicada no caso de a vítima ser homem livre, mas, se escravo, a pena era pecuniária. No direito de família, a procriação era a finalidade precípua. Por isso, a esterilidade da mulher era caso de divórcio, ou, então, de o marido ter uma escrava, como concubina, para ter

descendentes, ou, ainda, esposa secundária para o mesmo fim, colocada em segundo plano no lar. Pode, também, no caso de esterilidade da esposa, o marido escolher a solução da adoção, mediante contrato. A mulher no direito mesopotâmico desfrutava certa independência, principalmente em relação ao dote, do qual ela era a única proprietária. Se o marido estivesse impossibilitado de administrar os bens do casal e se o filho fosse de menoridade, caberia à mulher administrá-los.

Mas, se adúltera, poderia ser repudiada pelo marido, lançada, com o amante, no Eufrates, salvo se o marido lhe concedesse perdão. O código silencia quanto ao adultério do marido. O casamento tinha a forma de contrato que previa os direitos e deveres dos cônjuges, semelhante à compra e venda. O marido, sem motivo justo, não podia repudiar a mulher. Se a mulher repudiasse o marido, o juiz deveria, segundo a legislação de Hamurabi, investigar as causas. “Se tem razões justas, terá direito de retomar o seu dote e de regressar à casa paterna. Mas, se for culpada, deverá ser lançada à água.” No que concerne à sucessão, os filhos herdavam todos os bens pertencentes à esposa, pois o marido, pela morte da mulher, a eles não tem direito. Igualmente, no caso de morte do marido, são seus herdeiros os descendentes, por não ser meeira a esposa. O código não prevê testamento, mas admite doações até a pessoas estranhas à família. O falso testemunho era severamente punido. Os crimes eram punidos com penas draconianas, tais como pena de morte, executada de forma cruel e desumana (afogamento, crucificação, mutilações, escravização). Para as infrações menos graves, penas pecuniárias. Para o roubo, pena de morte. Furtos de coisas de pequeno valor, amputação das mãos do ladrão ou pagamento de multa. O rapto de mulher era punido com a pena de morte. O legislador babilônico teve a preocupação de fazer corresponder a pena ao prejuízo. Fixa o preço de gêneros de primeira necessidade, tais como trigo, azeite etc. O rei era o maior proprietário, porém os templos, muito numerosos, detinham grande poder econômico. A justiça era exercida, a princípio, pelos sacerdotes (*juízes do templo*); depois, na época de Hamurabi, por juízes civis. Mas o rei era o juiz supremo. O oprimido, diz Hamurabi, encontrará no código o seu direito.

Prescrevia o Código de Hamurabi, “se um homem negligenciar a fortificação de seu dique, se ocorrer uma brecha e o cantão inundar-se, o homem será condenado a restituir o trigo destruído por sua culpa. Se não puder restituí-lo, será ele vendido, assim como os seus bens, sendo o produto da venda repartido entre os prejudicados”. Se um “homem alugar um boi ou um asno, e se no campo o leão matá-los, o proprietário do gado sofrerá a perda”. Se “um homem bater em seu pai, terá as suas mãos cortadas”. Se “um homem furar o olho de um homem livre, ser-lhe-á furado o olho”. Se “um médico tratar ferida grave do paciente com punção de bronze, e se ele morrer, terá as mãos decepadas”. Se “um arquiteto construir para outrem uma casa e não a fizer bastante sólida, se a casa ruir, matando o dono, o arquiteto deverá ser morto. Se o morto for o filho do dono da casa, deverá ser morto o filho do arquiteto”. Se “alguém penetrar por arrombamento numa casa, terá de morrer, o seu corpo deverá ser enterrado no próprio lugar do arrombamento”. Se “alguém levar à força a filha de outrem, contra a vontade do pai e da mãe, mantendo com ela relações sexuais, é ladrão, devendo ser condenado à morte”. Quando “a esposa é surpreendida com outro homem, serão ambos

amarrados e lançados ao rio, salvo se o marido e o rei os perdoar”. A “mulher que odiar o marido e lhe disser *tu não és meu marido* deve ser lançada no rio, de pés amarrados ou atirada do alto da torre da muralha”. Se “um homem der a um jardineiro um campo para ser transformado em pomar, se o jardineiro plantá-lo e dele cuidar durante quatro anos, no quinto ano o pomar será repartido igualmente entre o proprietário e o jardineiro; o proprietário poderá escolher a sua parte” etc.⁵

161. LEI HEBRAICA

A “lei” de Israel não contém exclusivamente matéria jurídica; prescreve preceitos morais e religiosos, acima de tudo rituais. Não se reduzia a uma só lei, mas a vários “livros”, sob a forma de sentenças, salmos, provérbios etc. Era (e é) considerada expressão da vontade de Deus, transmitida diretamente ao povo hebreu (“povo eleito”). Acreditavam (como acreditam) os hebreus como tendo origem divina. O *Deuteronômio*, atribuído pela Bíblia ao rei de Judá, Josias (621), era tido como o “Livro da Lei encontrado na casa de Yahvé (Jeová), pelo sumo sacerdote”. Yahvé era o deus universal. A lei mosaica foi condensada na *Torá*; sofreu a influência do direito babilônico. Tinha objetivo certo: proteger o “povo eleito”. Por isso, proibia o casamento com estrangeiros. Vedava o empréstimo a juros entre os compatriotas, permitindo-o, entretanto, ao estrangeiro. Foi formulada com espírito ético: “Quando teu inimigo tomba não te alegres” ou se “teu inimigo tem fome dá-lhe de comer; se tem sede, dá-lhe água para beber”. Os humildes e os fracos eram protegidos contra a exploração dos poderosos. Prescreve o *Deuteronômio*: “Não oprimirás mercenário pobre e indigente, seja ele um de teus irmãos ou um dos estrangeiros que permanecem em teu país, às tuas portas. Dai-lhe o salário de sua jornada antes de se pôr o sol, porque ele é pobre e tem pressa de recebê-lo.”

Nota-se nas prescrições das leis hebraicas a preocupação com a justiça, como, por exemplo, nesta sentença: “tem mais valor fazer justiça do que observar todos os mandamentos”, porque “justiça e paz estão juntas”. Para que o juiz assim julgasse deveria ser “sábio, equitativo, piedoso, modesto”.

A lei hebraica previa os contratos de compra e venda, empréstimo, locação de coisas e serviços e o de depósito. Disciplinou o direito de vizinhança, estabelecendo distâncias que deveriam ser guardadas entre os prédios. A vingança privada não era permitida. “Eu (Deus) vingarei a vida do homem da mão do homem, e da mão de seu irmão, que o matou. Quem derrama o sangue do homem será punido pela efusão de seu próprio sangue, porque o homem foi criado à imagem de Deus”. Mas quem matava deveria morrer. Os filhos não respondiam pelos crimes dos pais, e nem estes pelos daqueles. Admitia a lei hebraica a reparação do dano. Mas a Lei de Talião, “olho por olho, dente por dente”, estava prevista no *Levítico*. Prescrevia a lei hebraica pena pecuniária para vários delitos. Assim, por exemplo, o sedutor pagava importância igual ao dote à sua vítima. Se um animal mata alguém, o dono é punido com a pena de morte, que pode ser suspensa pelo pagamento de indenização

à família do morto. Draconianamente punia a idolatria, a blasfêmia e o adultério com pena de morte. No direito de família, era permitida a poligamia. Autorizava o “levirato”, ou seja, a obrigação da viúva sem filhos casar-se com o cunhado, para poder dar descendência ao morto. Tolerava o concubinato. A monogamia só tardiamente foi introduzida. O casamento, a princípio por compra da mulher, passou a ser celebrado com a entrega de dote aos nubentes. Compreendia várias cerimônias de caráter religioso. O marido administrava os bens da mulher; se dissolvido o casamento, ela os recuperava. Marido e mulher tinham os mesmos direitos, mas a concubina, situação inferior. A propriedade reduzia-se mais ao usufruto de bens, pois as vendas eram revogáveis. A propriedade imobiliária devia ser mantida com as famílias na forma distribuída por Moisés. O filho mais velho recebia, por morte do pai, mais do que os demais (direito da primogenitura). As filhas não herdavam, salvo na falta de varão. A organização da família era patriarcal. Previa a lei hebraica a pena de apedrejamento com a participação de todo o povo. Segundo a lei hebraica: “Ninguém será condenado pelo testemunho de um só”. “Não se punirá o homicídio antes de ouvidas as testemunhas”. Ao falso testemunho correspondia a mesma pena que deveria sofrer o culpado inocentado ou a sofrida pelo inocente sentenciado. No que diz respeito às sanções, não havia distinção entre ricos e pobres: todos poderiam sofrê-las.

162. CÓDIGO DE MANU

O direito da Índia antiga era de fundo religioso, destinando-se a proteger e a consolidar o regime de castas, então dominante. O nascimento marcava a posição social do homem até a morte; era, pois, inalterável. O Código de Manu, escrito em versos, é, apesar de ter fundamento religioso, mais jurídico do que os anteriores. Está, como foi dito, em verso porque, segundo Summer Maine (*L’Ancien Droit*, trad.), o verso é um dos expedientes adotados para auxiliar a memória e, assim, manter nela viva a lei. Nesse código os contratos, principalmente o de compra e venda, decorridos três dias, tornavam-se irrevogáveis. O credor poderia escolher entre senhorear-se do devedor relapso, transformando-o em escravo temporário, obrigando-o a trabalhar até pagar a dívida, ou chamá-lo a Juízo. Se não comparecesse para se defender, estaria sujeito a penas draconianas. Podia, também, coagir (coaçoão moral ou física) o devedor faltoso a pagar a dívida. A usura não era proibida. Como meio de prova admitia o ordálio, que consistia em queimar o acusado com ferro em brasa, ou a fazê-lo ingerir veneno; resistindo, era considerado inocente. Permitia a prova testemunhal. A mulher era venerada: “Não se bate em uma mulher nem mesmo com uma flor, qualquer que seja a falta por ela cometida”, prescrevia o Código de Manu. Mesmo assim, o homem desfrutava de posição privilegiada. A mulher, se solteira, estava sob a autoridade do pai; se casada, sob a do marido, e se viúva, sob a do filho mais velho. Não tinha ela direito a divórcio, reservado só aos homens. No que concerne à herança, só o filho mais velho herdava os bens. No campo criminal, as penas eram draconianas, além da de morte, a de mutilação. No campo político o rei reinava

assessorado por um conselho dos mais sábios.

163. DIREITO GREGO CLÁSSICO

O direito da Grécia Antiga, também denominada Grécia clássica, particularmente o de Atenas, era bem diferente do direito do Egito e do direito da Mesopotâmia; apesar de conter elementos religiosos e morais, não era considerado expressão da vontade da divindade da cidade-Estado.

Em suas origens, não era escrito, do conhecimento exclusivo de aristocratas-juízes, em regra, proprietários. Depois, foi codificado. A partir do século VI a.C., as leis de Atenas diferenciavam-se das demais leis dos povos da Antiguidade por serem democraticamente estabelecidas. Não eram decretadas pelos governantes, mas estabelecidas livremente pelo povo na Assembleia depois de debates. Resultavam, pois, da vontade popular. Entretanto, o enriquecimento dos que não eram aristocratas, criou conflitos com a classe dirigente, beneficiada pelo direito por eles criado. Para solucioná-los dois legisladores, lendários, foram chamados a estabelecer um novo direito: Drácon, mais ou menos em 600 a.C., e Sólon, mais ou menos em 500 a.C. A codificação criada pelo segundo, mais moderada e mais justa, atendeu a todas as duas classes. A partir daí evoluiu o direito grego.⁶

Devemos aos gregos parte de nossa terminologia jurídica, que passou para o direito romano, empregada até nossos dias, como, por exemplo, “sinalagmático” (vínculo contratual que obriga reciprocamente as partes) ou “quirografário” (ato escrito do devedor). Outros termos poderiam ser lembrados, como “enfiteuse”, “anticrese” ou “hipoteca”.

Construíram os gregos tipos embrionários de contratos; aperfeiçoaram o contrato de permuta dos egípcios e dos babilônicos. Disciplinaram a propriedade privada, bem como construíram, principalmente com Platão, uma teoria da pena. Em regra draconiana eram as penalidades, tendo largo emprego a pena de morte ou de desterro. A propriedade, a princípio, era familiar; só tardiamente individualizou-se. A escravização por dívida, permitida inicialmente, foi banida com a reforma de Sólon. O casamento, monogâmico; o concubinato, tolerado. A mulher infiel era severamente punida; mas o adultério do marido, tolerado. Na ausência de filhos, o pai podia apelar para a adoção. O direito de vida e morte em relação aos filhos era em Esparta exercido no caso de recém-nascido deformado, doente ou aleijado. Na família, a mulher tinha condição inferior, submetida à autoridade do pai, depois de casada, à do marido, e, quando viúva, à do filho mais velho; enviuvando, ficava sob a de um tutor. Era, pois, incapaz. Não tinha direito à escolha de marido, pois ao pai competia escolhê-lo. Entretanto, no recesso do lar desempenhava relevante papel: administrava a casa, cuidava dos filhos e participava do culto familiar. O divórcio era admitido, mas só os homens dele se beneficiavam. No que concerne à sucessão, os ascendentes eram excluídos, não herdavam dos descendentes. Estes eram os únicos herdeiros, primeiro os filhos, pois as filhas só herdavam se não houvesse varões. Admitia o direito grego, na falta de filhos, herdar os

colaterais. Antes de Sólon, o empréstimo era garantido pela pessoa do devedor, que seria escravizado se a dívida não fosse paga. Sólon aboliu essa garantia.

O forte dos atenienses não foi o direito privado, mas o direito público. Lançaram as bases da democracia (§ 178). Devemos a eles o princípio do primado da lei, incorporado à Cultura Ocidental. Para eles, as leis, sejam as tradicionais (*Thesmoi*) sejam as históricas (*Nomoi*), eram sagradas. Promulgada a lei, nota Glotz (*A Cidade Grega*, trad.), impunha-se a todos, igual e uniformemente, sejam governantes ou governados. A justiça, pode-se dizer, era a meta do direito grego, confundida sempre com o bem da *polis*.

164. DIREITO ROMANO

Roma teve a vocação jurídica. Distinguiu o direito da Moral e da Religião. Dizer, escreve Declareuil (*Roma y la organización del derecho*, trad.), que Roma “organizou o direito não significa somente que teve grande número de leis. A quantidade na produção legislativa não é sinal de perfeição, sendo, muitas vezes, ao contrário. Outros povos anteriores tiveram mais leis do que os romanos, bem como outros que vieram depois. Se se tem em conta somente o número de leis, Roma é atrasada para representar o papel de iniciadora”. Não é, continua o autor citado, por haver tido leis ou certas leis que Roma adquiriu a supremacia no campo do direito, senão por haver “criado uma ciência e uma arte do direito”.

Em sua origem, o direito romano não se afastou do direito de outros povos: foi consuetudinário e jurisprudencial,⁷ encontrando-se as suas origens nos costumes e nas decisões de *pontífices*. Entre duas legislações encontra-se a história desse direito: a primeira, datando de 462 a.C., a “Lei das XII Tábuas”⁸ (*Lex duodecim tabularum*), que codificou o direito romano primitivo, exclusivo do cidadão romano (*jus quiritum*), e, no seu crepúsculo, o *Corpus Iuris Civilis*, de Justiniano.⁹ Entre essas duas legislações, uma longa história, durante a qual o gênio dos romanos aperfeiçoou o direito, estabelecendo as suas bases. É o direito herdado pelo Ocidente, que se encontra nas raízes de nossos códigos. A história desse direito começa, assim, com a *Lei das XII Tábuas*, que, afastando do direito a religião, contém direito público, direito processual, direito penal e delitos privados. Não indicava a ação para proteção dos direitos. Draconiana, impunha a “Lei de Talião” (“dente por dente, olho por olho”) e penas severíssimas para leves culpas (retaliação, exílio, pena de morte etc.), bem como estava dominada por formalismo obscuro, em que o gesto e as palavras eram sagrados. Dessa lei, até o fim da República, o direito foi se aprimorando, mais por obra de juristas (*Prudentes*) do que do legislador. As obscuridades e lacunas dessa lei e o desenvolvimento dos negócios levaram à criação, em 367 a.C., do *praetor* (pretor), que em seus éditos indicava a ação cabível, a ser instruída pelas partes, com produção de provas, julgada por um árbitro (*iudex privatus*). O édito, que tornava menos draconiana, menos severa, a lei, e preenchia lacunas, a princípio estabelecido para o caso submetido ao pretor, adquiriu, depois, força de lei, não podendo ser modificado nem mesmo pelo que o baixou

e, muito menos, por seus sucessores (*Edictum perpetuum*). Forma-se, assim, o *ius praetorium* ou *ius honorarium*, que, a pretexto de interpretar a *Lei das XII Tábuas*, a corrigiu, a ampliou e a simplificou, tornando-a menos formalista e menos obscura. Dos éditos do *praetor urbanus* (pretor da cidade), competente para apreciar litígios entre cidadãos romanos, resultou o *ius civile* (direito do cidadão romano), enquanto dos éditos do *praetor peregrinus* (pretor para estrangeiros), criado em 242 a.C., competente para litígios entre estrangeiros e entre estes e os romanos, nasceu um direito novo, fruto da equidade, desprovido de formalismo, o *jus gentium*. Roma cresceu, evoluiu economicamente, criando situações e relações jurídicas novas, para as quais a *Lei das XII Tábuas* não continha solução, nem tampouco os éditos dos pretores. Tornou-se, então, necessário o concurso de técnicos do direito para resolvê-las. Surgiu, então, nos séculos II e III, a praxe de solicitar a um jurista a solução para o caso não previsto na lei ou quando obscuramente prescrito. Os pareceres desses juristas (*responsa prudentium*), principalmente os de Papiniano (*Papinianus*), Ulpiano (*Ulpianus*) e de Gaio (*Gaius*), tinham, no século XII d.C., força de lei; remodelaram o direito romano, criando a ciência jurídica. Augusto deu força de lei à opinião dos eminentes jurisconsultos citados (*ius publice respondendi ex auctoritate prudentium*). No período bizantino, no Baixo-Império, esses pareceres foram por três vezes compilados,¹⁰ culminando com a Codificação de Justiniano (530 d.C.)¹¹ É o *Corpus Iuris Civilis Romanorum*.

Prevaleceu em Roma o *princípio da territorialidade do direito*, submetendo todos, romanos e estrangeiros, ao direito romano; os romanos, ao *ius civile*, os estrangeiros, ao *jus gentium*.

O direito romano, legislado desde a *Lei das XII Tábuas*, aperfeiçoado pelos pretores e pelos juristas romanos, codificado no *Corpus Iuris* de Justiniano, constitui o marco inicial do direito europeu, conseqüentemente do latino-americano. Os romanos deram sentido jurídico ao vocábulo “pessoa” (*persona*); deram ao chefe de família e ao marido plenos poderes. A mulher era incapaz, estando na dependência jurídica do pai, do marido ou de um tutor. O casamento dependia do pai, mas, entre os plebeus o concubinato vinculava os concubinários. O escravo era equiparado à coisa; a propriedade (*dominium*) era entendida como o direito de usar e dispor da coisa sem limites. Reconheceram os romanos o direito de ser mantida e usada a coisa por quem não tem domínio, ou seja, a posse (*possessio*), bem como admitiram que a posse mansa e pacífica da coisa pudesse gerar domínio (*usucapio*). Contrato, delito (dano causado intencionalmente), quase contrato (celebração de negócios lucrativos em benefício de outrem sem sua prévia autorização) e quase delito (dano causado por culpa) eram fontes de obrigações. A culpa, por mais leve que fosse, conduzia à reparação do dano. A escravização por dívida foi a princípio substituída por trabalho forçado a favor do credor até o montante do débito; depois, no tempo de César, desapareceu, passando então a responder os bens do devedor por suas dívidas. A “Lei de Talião” foi aos poucos posta de lado, dando lugar à composição (preço do dano), e, depois, à reparação do dano, sempre na dependência de culpa.

Esse direito, considerado ser a “razão escrita”, resultante de éditos dos pretores e da opinião de juristas, codificado por Justiniano, manteve-se vivo, mesmo depois do colapso de Roma, como *direito comum* na Alemanha até 1900, e no sul da França até 1804. As *Ordenações Filipinas* (§§ 176 e 177), que nos regeram, sofreram a sua influência, e a *Lei da Boa Razão*, de 18.08.1769, mandava o juiz recorrer ao direito romano no caso de lacuna. Assim, a secular árvore do direito romano cresceu em várias direções, com vários ramos, introduzindo suas raízes até em terras desconhecidas dos romanos.

165. DIREITO PRIVADO NA IDADE MÉDIA. DIREITO FEUDAL. DIREITO DAS CIDADES. DIREITO DAS CORPORAÇÕES DE MERCADORES. GLOSADORES. DIREITO CANÔNICO. FORMAÇÃO DO DIREITO PRIVADO OCIDENTAL

Caracteriza-se a Idade Média pelo *pluralismo de ordens jurídicas*: direito romano vulgar (sul da França, Itália), direito consuetudinário (Inglaterra), direito bárbaro, direito romano vulgar (Sul da França), direito dos senhorios, direito das corporações de mercadores ou de ofícios, direito das cidades e direito canônico, vigentes muitas vezes no mesmo território. Pluralismo resultante da política jurídica adotada pelos germanos impondo o *princípio da personalidade das leis*, segundo o qual a “nacionalidade” da pessoa determina o seu estatuto jurídico: germanos, direito germânico; latinos, direito romano vulgar, e clérigos, direito da Igreja. Pluralismo agravado pelo fato de não ter unidade o direito germânico: havia tantos direitos quanto o número de tribos germânicas. Para preservá-los foram codificados sem qualquer sistema.¹² Essas compilações, que datam do século V, a princípio tratavam do direito penal, depois do direito privado, sob a influência do direito romano vulgar. Eis as principais compilações do direito germânico: *Lex Wisigothorum*, dos godos; *Lex Borgundionum*, dos burgundos; *Lex Alamannorum*, dos alemães, e *Lex Salica*, dos francos. Pluralismo também no terreno judiciário, pois havia o tribunal dos senhorios em seus castelos, o das cidades, o da Igreja, o das corporações de mercadores, e os do próprio Rei, como última instância.

O *direito germânico* admitia, no caso de delito, a vingança por parte da família da vítima, renunciável em troca de uma boa compensação (*Whergeld*); reconhecia a propriedade coletiva do solo e a familiar dos demais bens. O direito penal germânico tinha caráter privado, visando desfazer o prejuízo, preocupado com o preço do delito, pago pelo agressor de acordo com uma tabela, enquanto o direito processual admitia os “juízos de Deus”, reveladores do culpado através do duelo, do veneno, do mergulho em uma tina com água fervente, da internação em gaiola etc. Vencedor no duelo ou escapado da morte quando submetido a essas provas bárbaras, era considerado inocente.

O *direito romano vulgar*, isto é, direito romano modificado pelos costumes, adaptado pelos juristas à sociedade medieval, era o direito, sem unidade, aplicável aos latinos, variando de lugar para lugar. Daí tornar-se também necessário compilá-lo, o que ocorreu, entre 506 e 508, por ordem dos reis germânicos, na forma vigente em cada reino. Assim surgiu a *Lex romana Wisigothorum*,

também denominada *Breviarum Alarici* (506), aplicável aos latinos no território dos godos (Itália, França, Espanha e Portugal), a *Lex romana Borgundionum*, no território dos burgundos (sudeste da França), e o *Edictum Theodorici*, no norte da Itália. A *Lex romana Wisigothorum* vigiu até 654, quando entrou em vigor o *Liber Iudiciorum*, consolidação do direito germânico, do direito romano vulgar e do direito canônico, que, sistematizados, deu certa unidade ao direito. O *Liber Iudiciorum* imperou na Espanha e em Portugal, tendo exercido profunda influência na formação do direito desses países, principalmente na forma em que foi traduzido sob o título *Fuero Juz-go* (*Forum judicium*), também denominado *Libro de los Jueces* (§ 176, nota 1), vigorou até o reinado de Afonso X, quando foi revogado por outra codificação denominada *Siete Partidas* (século XIII).

Casamentos entre latinos e germânicos, bem como negócios jurídicos por eles celebrados, criaram problemas jurídicos a respeito da legislação aplicável: romana ou germânica. Para resolvê-los foram estabelecidas algumas regras: em matéria de família, a lei do marido; contratos, a lei do devedor; propriedade, a lei do proprietário, e no campo penal, a lei do acusado.

O comércio florescente, exigindo flexibilidade jurídica, não atendida pelo formalismo do direito romano e pelo tradicionalismo do direito consuetudinário, necessitava de direito especializado. As corporações de mercadores¹³ criaram-no em parte por convenção, em parte consuetudinariamente. Era flexível, desprovido de formalismos. Esse direito, não oficializado, criado na feira de mercadores, compilado em 1056, em Gênova e, posteriormente, em Pisa e em Milão, não era, por isso, reconhecido pelos tribunais das cidades, que não o aplicavam. Em razão disso, tornou-se necessária a criação de cortes nas corporações nas quais era aplicado para solucionar litígios entre mercadores, e entre eles e sua clientela. As decisões dessas cortes eram respeitadas pelos mercadores. Transformaram-se, com o tempo, em costumes, vigorando nas feiras, no mercado etc. Depois foram compilados. Essas cortes eram conhecidas como *courts of piepowders* (tribunais dos pés poeirentos). Das decisões dessas cortes, dos costumes respeitados pelos mercadores e das convenções celebradas pelas corporações, surgiu, no mundo medieval, o direito mercantil, direito da classe de mercadores, bem diferente do direito romano.

As cidades-livres (não submetidas ao poder dos senhores feudais), a partir do século X, desenvolvendo-se por força do comércio, disciplinado pelas corporações, tiveram de valer-se desse direito, conciliando-o então com o direito consuetudinário nelas dominante, e com fragmentos do direito romano, originando, gradualmente, graças às decisões de juízes, um direito mais adequado à vida urbana. E foi assim que cada cidade, constituindo-se em sociedade política, teve o seu direito (direito das cidades).¹⁴ Cercadas por muralhas fortificadas, para se defenderem de assaltos, de cercos de inimigos, tornaram-se centros comerciais, mercados, nos quais, a partir do século XI, formou-se nova classe social, que mudará o destino da Europa, o burguês (pequenos proprietários, comerciantes, artesões etc.), homens livres, que criaram as letras de câmbio, o crédito e os bancos, principalmente nas cidades italianas.

O direito criado nas cidades medievais impunha, muitas vezes, aos cidadãos a renúncia de seus direitos de origem (germano ou romano), submetendo-os ao império de direitos nelas vigente. Do século X ao XI foi esse direito compilado. A primeira compilação é o *Liber iurium republicae Januensis* de Gênova. Resultou esse direito de convênios com os senhores feudais, com validade somente nos territórios das cidades, em razão das vantagens que lhes proporcionavam as feiras nelas realizadas, não regulamentadas pelo direito feudal, além dos impostos que lhes favoreciam. Mas, em muitos casos, os direitos das cidades foram conquistados com sangue.

Fora da cidade dominava outro direito, com jurisdição própria, o dos senhorios, aplicável a servos e vassalos. A jurisdição senhorial não se encontrava submetida à soberania do rei, que por conveniência a reconhecia. Das decisões das cortes constituídas de nobres (possuidores de terras) nasceram os *direitos consuetudinários territoriais* ou *senhoriais*. Direito desigualitário, com privilégios, fundado no princípio de hierarquia e de subordinação, em que o contrato tinha importância fundamental. Nessa ordem jurídica, o feudo (propriedade) dos senhorios, militarmente centralizado no castelo-fortaleza (símbolo da dominação), garantia a subordinação e a servidão; dava, porém, proteção a vassalos e servos, que em troca o cultivavam, pagavam impostos e prestavam serviços aos senhorios. Admitia esse direito técnicas cruéis para obtenção da confissão dos acusados e penas severíssimas. Esse era o *direito feudal* dominante nos domínios dos senhorios, em regra, consuetudinário, salvo na França meridional que era escrito e romanizado.

O pluralismo jurídico resultante dos direitos das cidades, dos direitos feudais e dos direitos consuetudinários constituía grave ameaça para a unidade política do que restava de reinos, artificialmente divididos, e de nações em gestação. Casualmente, foi encontrada a solução para esse problema com a descoberta, no século XI, em Amalfi, no sul da Itália, de um texto completo do *Digesto (Pandecta)* de Justiniano. Era o direito que faltava à Europa medieval, para organizar a vida social em bases mais estáveis. Irnério, gramático erudito da Universidade de Bolonha, que viveu na segunda metade do século XI, entregou-se ao estudo desse texto, formulando interpretações (*glosas*) do mesmo. Glosas que, no século XII, eram numerosas, formuladas nas entrelinhas do texto (*glosa interlinear*), e depois, à margem dos mesmos (*glosa marginal*) adaptando-o ao mundo medieval. Inicia-se, então, com os *Glosadores* de Bolonha, o *renascimento do direito romano* na Idade Média. Deve-se esse ressurgir aos juristas das Universidades italianas, principalmente a Accursius (1184-1263) e Bártolo (1313-1357), fundadores da ciência jurídica romanizada e da *Escola de Comentadores*. Do trabalho dos glosadores resultou novo direito romano adaptado à sociedade medieval cristianizada,¹⁵ que, na Idade Moderna, se transformou em *direito comum* por ser vigente em toda a Europa. Vigiu até o fim do século XIX, como *ratio scripta* (razão escrita), ou seja, direito por excelência.

Além do direito consuetudinário medieval, do direito das corporações de mercadores, do direito das cidades e do direito romano interpretado pelos juristas de Bolonha, concorreu para

cunhar o direito privado medieval e, por conseguinte, europeu, o direito da Igreja Católica, conhecido como *Direito Canônico*.

O direito da Igreja, influenciado pelo direito romano, estabelecido por vários decretos, foi compilado, no século XII, por Graciano (*Decreto de Graciano*), com o título *Concordia discordantium canonum* (1140), que apresenta em ordem sistemática os anteriores decretos, com comentários do próprio compilador, resolvendo dificuldades e contradições. Graciano adotou como método a formulação de “casos”, isto é, problemas hipotéticos, solucionados com base em suas ideias e nas de autoridades da Igreja, bem como no direito romano. Versa sobre todo o direito: das pessoas (principalmente direito de família e sucessões), sacramentos, direito eclesiástico e direito em geral. Depois, a essa legislação somou-se a de Gregório IX (*Decretali*), aparecida entre 1230 e 1234, tendo por objeto processo, casamento, delitos e clero. Em 1298, Bonifácio VIII promulgou o *Liber sextus*, compilação, simplificada e sistematizada, do direito anterior; a seguir, as *Clementinae* (1317) de João XXII, inicialmente chamada *Liber septimus decretalium*, contendo inovações. Essas legislações, completadas pelos decretos de João XXII (*Extravagantes Ioannis XXII*) e por outros decretos destinados a rever a legislação de Graciano, foram pelo Concílio de Basileia (1431-43) compiladas com o título *Corpus iuris canonici*.¹⁶ Essa compilação vigorou até 1917. No pontificado de Pio X foi reformada pelo cardeal Gasparri. As modificações nela introduzidas entraram em vigor em 1917, no pontificado de Benedito XV. É o *Codex iuris canonici*.¹⁷

Influi, desde a Idade Média, nos institutos jurídicos de direito privado o *Corpus iuris canonici*, isto é, o direito da Igreja Católica, modificando não só o direito romano, como também o direito consuetudinário medieval, principalmente no setor de família, bem como nos direitos reais. Como notou Vinogradoff, a Igreja contribuiu para acabar com a exclusão das mulheres do direito de receber por sucessão propriedades territoriais. Entre nós, que não admitíamos até bem pouco tempo o divórcio, a separação judicial (desquite), acolhido pelo nosso legislador, correspondia ao *divortium* dos canonistas, que tinha por causa adultério, injúria ou crueldade grave.¹⁸

Por isso, tem razão René David, quando diz que, além do direito romano, “outros elementos contribuíram para a formação do direito moderno: o direito canônico, os costumes mercantis mediterrâneos, a doutrina do direito natural etc.” Essa doutrina, principalmente na forma apresentada pela *Escola do Direito Natural* dos séculos XVII e XVIII (§ 192), prescrevendo o princípio do *pacta sunt servanda*, segundo o qual o contrato é lei entre as partes contratantes, contribuiu para a conceituação individualista do direito, principalmente do contrato. Esse posicionamento jurídico predominou no direito europeu até nossa época. Deve-se à referida escola a ideia de direitos individuais, que influenciou na conceituação dos direitos personalíssimos.

166. DO DIREITO MODERNO AO DIREITO CONTEMPORÂNEO

As descobertas marítimas do século XVI marcam o declínio do papel cultural e comercial do Mediterrâneo no desenvolvimento econômico da Europa. O papel desempenhado pelas cidades italianas nesse crescimento passou a ser exercido pelos portos da rota atlântica. Mas o aumento do comércio marítimo necessitava de um direito codificado que desse segurança às relações jurídicas, que não podiam ficar à mercê de um direito fragmentário, fundado em costumes, romanizado.

Surgiu, então, por força de necessidades do comércio, a vocação europeia para a codificação, manifestada, primeiro, pelos motivos que citamos ao tratar do direito comercial (§ 117). Coube, na França, a Colbert, em 1674, redigir o *Edit de Louis XIV servant de reglement pour le commerce des négociants et marchands soit en gros qu'en detail* (Ordonnance de Colbert), que, apesar da ênfase que deu aos atos de comércio, não impediu que o direito comercial continuasse a ser direito de classe: da classe dos comerciantes. Posteriormente, o mesmo Colbert, em 1681, compilou costumes marítimos, dominantes nos portos do Atlântico e do Mediterrâneo, na *Ordonnance touchant la marine*, que substituiu a antiga compilação *Guildone del mare* (1607), tida como tendo por base as antigas *leis de Rodes* dos séculos VIII e IX.

No campo do direito civil, na França, na região romanizada, ocorreu o declínio do direito romano, fortalecido, entretanto, na Alemanha. Isto não significou o princípio do fim do direito romano porque o *direito comum* (*ius comune*), de natureza consuetudinária, tinha por base o *corpus iuris civilis* na forma interpretada pelos juristas medievais. Foi esse direito que, a partir do século XIII, dominou e vigorou na França até o século XIX, enquanto na Alemanha até o começo do século XX.

No campo do direito constitucional, no século XVIII, o documento jurídico mais importante que marca a Era das Revoluções: é a Constituição norte-americana (1787), a primeira Constituição moderna (§ 189), que instituiu o presidencialismo como forma de governo e o federalismo como forma de Estado, e que exerceu profunda influência no Brasil.

A Revolução Francesa, acabando com o Antigo Regime, necessitou de leis rígidas e intocáveis, estatuídas para o futuro, que mantivessem e impusessem os princípios revolucionários de “igualdade” e de “fraternidade”, formulados na “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” (1789). Para alcançar esses objetivos foi criada uma legislação de transição, substituída depois pelo *Code Civil des Français* (1804), obra de uma comissão de juristas notáveis da época, da qual faziam parte Portalis, Trouchet, Bigot-Préameneu e Maleville, e na qual Napoleão colocou o seu dedo. Esse Código, inspirado no projeto (1803) de Cambacères, foi mais tarde denominado *Code Napoléon* (1807) e, posteriormente, *Code Civil* (1814), que, graças às interpretações atualizadoras dos tribunais franceses, ainda está em vigor. Funda-se nos princípios individualistas de liberdade contratual, da propriedade como direito absoluto e da responsabilidade civil fundada na culpa provada pela vítima. Lançou as bases do direito privado moderno. É o primeiro trabalho científico de codificação, com a matéria sistematizada, rigorosamente classificada, com normas concisas,

precisas e claras. A codificação napoleônica, marcada pelos ideais individualistas dos revolucionários, sofreu a influência do direito romano e do direito canônico. Vigiu em vários países, ducados e principados europeus (Bélgica, Luxemburgo, Savoia, Piemonte, reino de Westfália, ducado de Baden, cantões suíços, reino de Nápoles etc.). Inspirou códigos civis europeus como o português (1868), obra do Prof. A. L. Seabra, o italiano (1866), o espanhol, o belga, o holandês, o romeno, o egípcio, o canadense de Quebec e o norte-americano de Louisiana.¹⁹ Com a *codificação napoleônica* inicia-se a fase do direito sistematicamente ordenado, unificado e uniforme, estabelecido em uma única lei. Pode-se dizer que a partir daí a segurança jurídica e a certeza do direito tornou-se maior.

Além disso, com o *Code Civil* (1804) iniciou-se o movimento codificador europeu, que, na Alemanha, foi duramente criticado por Savigny (§ 192) e pelos corifeus da Escola Histórica (§ 192). Mas acabou sendo vencida a resistência dos romanistas. Em 1º de janeiro de 1900 entrou em vigor o Código Civil alemão, conhecido pela sigla BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) elaborado por várias comissões, que formularam mais de um projeto.²⁰ Esse código está, como notam Saleilles e René David, “impregnado de direito romano”. Exerceu profunda influência no Código Civil brasileiro, no húngaro, no grego e até no japonês. Não tem a clareza do francês. É um código vazado em linguagem técnica.

Dessas codificações resultou o que se convencionou chamar de *sistema continental*, por dominar no continente europeu, também conhecido por *sistema de direito codificado* ou, ainda, *civil-law*, cujas raízes encontram-se no direito romano e no direito consuetudinário germânico. Daí ser também denominado *Sistema Romano-germânico*. Compreende o *grupo francês*, tendo por ponto de referência o Código Civil francês, e o *grupo alemão*, cuja fonte e influência é o Código Civil alemão. Característica desses sistemas é ser a lei a fonte principal do direito, sendo subsidiárias as demais fontes. Fora isso, a presença neles do direito romano, do direito canônico e dos direitos germânicos. Em oposição a esses sistemas está o da *Common Law*, também denominado *sistema anglo-americano*, em que o precedente judicial (sentença-padrão), fundado no princípio de dever haver julgamento similar quando análogos forem os casos (*rule of precedent*), é a fonte principal do direito e em que a lei (*statute law*) desempenha papel secundário. Mas no terreno constitucional os norte-americanos optaram pela Constituição escrita. Na atualidade, nos Estados Unidos, a lei tem marcada a sua presença em alguns campos jurídicos. No sistema anglo-americano, a influência do direito romano foi menor, ou quase nenhuma, tendo grande força a equidade e os costumes na formulação de seus princípios e de suas regras jurídicas.

A *Common Law*, direito declarado pelo juiz (*judge made law*), tem no precedente judicial (*case law*) a sua fonte principal. Caracteriza-se por reservar à lei papel secundário, provocada por situações excepcionais ou para solucionar conflito insuperável entre direitos jurisprudenciais, regionais ou estaduais.²¹ Por isso, nesse sistema é comum ser a lei interpretada restritivamente. Esse *sistema de direito jurisprudencial* surgiu na Inglaterra, no século XII, com a criação, por Henrique

II, em 1154, de juízes visitantes do rei, cujas decisões, revistas pelas Cortes Reais, deram origem a um corpo de julgados uniformes (precedentes), que, a partir de 1800, tornaram-se obrigatórios para todos os juízes (*stare decidis*).²² Esse sistema domina na Inglaterra, no País de Gales, na Irlanda, no Canadá (menos Quebec), na Nova Zelândia, na Austrália e nos Estados Unidos (menos Louisiana).

Mas a diferença entre o Sistema Continental e o da *Common Law* é mais de forma, pois, enquanto no primeiro predominam a lei e o código, no segundo dominam o precedente judicial, os repertórios de jurisprudência e o costume, tendo o precedente judicial força de lei, sendo a própria lei. Quanto ao conteúdo, as diferenças não são tão grandes, porque o Direito Romano foi, no século XII, ensinado em Oxford. Apesar disso, não é, nesse direito, clara a distinção entre direito privado e direito público. Depois, muito depois, a partir dos anos 1950, a experiência jurídica norte-americana no campo econômico, fiscal e administrativo passou a ser objeto de estudos fora dos Estados Unidos, tendo, de alguma forma, acolhimento em alguns países integrados no sistema continental. As Súmulas do Supremo Tribunal Federal e, depois de 1988, as do Superior Tribunal de Justiça, entre nós, assemelham-se, de certa forma, às *Law Reporters*.

Mas, nesses dois sistemas está, ainda, de pé o direito da Era Vitoriana, isto é, da época em que a Europa estava convencida de ter ingressado numa fase de constante progresso. A Primeira Guerra Mundial a despertou desse sonho e as crises que de lá para cá se sucederam abalaram o espírito dos códigos referidos, inspirados no individualismo jurídico. Nota-se, então, em todos os campos do direito privado a lenta penetração da solidariedade social no território outrora dominado exclusivamente pelo interesse individual. Mas, não é só, pois o direito privado, aos poucos, vem tendo seu território dividido e subdividido. Várias partes do direito civil e do direito comercial gradualmente adquiriram autonomia.

Com a Revolução Russa forma-se o *terceiro sistema jurídico*: o *sistema soviético*, que, quanto às fontes do direito, se enquadra no “sistema continental” por ser sistema legislado, afastado, entretanto, do europeu, não quanto à forma, mas quanto ao conteúdo. É o sistema socialista, dominante até a *Queda do Muro de Berlim* em 1989, que não admite a propriedade privada dos meios de produção e que subordina o exercício dos direitos à sua destinação econômico-social e que, ainda, instituiu governo colegiado de partido único (Partido Comunista). Assim, quanto ao conteúdo, depois da Revolução Russa (1917) até 1989, dois sistemas jurídicos conflitaram-se: o *sistema capitalista* (sistema continental e sistema da *Common Law*) e o *sistema soviético* (ex-URSS). Mas, depois de 1945, a área socialista deixou de ser identificada com a *soviética*, porque países socialistas, como, por exemplo, a China e a Iugoslávia, passaram a ter, apesar de não integrados no bloco soviético, direitos socialistas. Em virtude de tal cisão pode-se dizer que, depois de 1945 até 1990, tivemos dois sistemas jurídicos antagônicos: *sistema capitalista* (Continental e *Common Law*) e *sistema socialista* (ex-URSS, China, Iugoslávia, ex-Alemanha Oriental etc.). Entretanto, de forma acelerada e imprevisível, mudou o mundo dos anos 1980 aos 1990. Caiu o Muro

de Berlim (1989) e em 1990 unificou-se a Alemanha. O Leste Europeu ingressou na economia de mercado. Gravíssima crise econômica, social e política implodiu a ex-URSS em dezembro de 1991, dando lugar à *Comunidade de Estados Independentes* (CEI), sem poder central, confederação criada pela Rússia, Ucrânia e Bielo-Rússia, nos moldes da *Commonwealth* britânica. Terminou, assim, após 70 anos, a Revolução Russa. O que virá depois, na Rússia, é imprevisível, só a História dirá...

E a História no final do século XX reservou novidades na ordem econômica, com a globalização da economia, desconhecendo as fronteiras políticas, internacionalizando o capital, trazendo de volta as leis do mercado financeiro (sem regulamentação jurídica), fragilizando o Estado; novidades de ordem tecnológica, com a robotização da indústria e a revolução eletrônica (Internet etc.); de ordem biológica graças à engenharia genética, revolucionando, todas elas, o direito civil, principalmente o direito de família, e o direito comercial; novidades geopolítico-econômicas: regionalismos, sejam econômicos, sejam políticos, dos quais a União Europeia (§ 96) é a única que está consolidada e tem moeda própria (Euro). Considerando a União Europeia, pode-se dizer (exclusivamente em relação a ela), haver três sistemas jurídicos: o *direito nacional*, o *direito comunitário (supranacional)* ou *europeu*, estabelecido por convenções, e o *direito internacional*, hierarquicamente integrados. Em pé de igualdade, os direitos nacionais dos países que a integram; acima deles, os da Comunidade; independente e acima de ambos, o Internacional. Fora da União Europeia, temos, no momento, o sistema de direitos nacionais (brasileiro, norte-americano, argentino, turco etc.) e o do direito internacional. A interdependência econômica, a desnacionalização do capital financeiro, com a globalização da economia, a multiplicação de multinacionais, de transnacionais e a crise econômica parecem conduzir o mundo a se dividir em regiões político-econômicas organizadas, umas mais pobres, outras mais ricas. Organizações criadas para competir com o poderio econômico dos Estados Unidos, como é o caso da União Europeia. Se essa trajetória histórica continuar, forçosamente os direitos nacionais terão de se integrar e de se adaptar ao direito comunitário (supranacional) dessas organizações. Além disso, a *globalização* continuará a exigir modificações na ordem econômico-financeira e, como consequência, na ordem jurídica. Problemas jurídicos surgirão. Surpresas nos aguardam. Aguardemo-las...

¹ O direito passa então a resultar de um ato de vontade: *le droit n'est pas donné mais construit* (Dabin, *Théorie Générale du Droit*).

² Compilado, deixou de acompanhar de perto as transformações sociais. Petrificou-se, tornando-se necessário readaptá-lo à realidade social. Eis a origem dos juristas, dos pretores romanos e dos jurisconsultos (§ 163). Dessa necessidade surgiu também a ciência do direito, com as *Instituições* de Gaio, com os glosadores (§ 164), os pandectistas alemães e os civilistas franceses.

³ Durkheim, e sua escola sociológica, também defendiam essa tese, acolhendo estudos de R. Smith,

segundo os quais os primitivos contratos estavam concluídos com a observância do *blood-covenant*, isto é, com a mistura de gotas do sangue dos contratantes (chefes de tribos, de famílias) unificando *status*.

- 4 Não é pacífica no meio acadêmico a natureza de legislação do Código de Hamurabi. Seja como for, com os que sustentam a natureza de codificação, o colocamos entre os grandes da Antiguidade.
- 5 Comparado com o *direito babilônico*, o *direito assírio*, apesar de muito posterior ao *Código de Hamurabi*, era evoluído. Previa penas cruéis para pequenos delitos, desproporção entre o delito e a sanção, sendo esta muito superior àquela. Já o *direito hitita* era mais evoluído, a multa e a indenização eram preferidas à Lei de Talião (dente por dente, olho por olho). Igualmente, o *direito persa* era mais humanizado, devendo ter sofrido a influência do babilônico. Ciro, o Grande, banuiu a vingança privada, entregando a punição dos culpados aos tribunais.
- 6 Dois grandes legisladores teve Atenas: Drácon e Sólon. O primeiro, chamado, cerca de 620 a.C., para dar uma legislação aos atenienses, que não dependesse da interpretação ou da vontade dos juízes, acabou por ditar um código “escrito com sangue”, em que a pena de morte é prevista para delitos de pequena gravidade. Essa legislação, rígida e dura, foi substituída pela de Sólon, que acabou com a escravização por dívida e que procurou fazer corresponder a pena à gravidade do delito.
- 7 O direito a princípio era sagrado, do conhecimento exclusivo de *pontífices* (sacerdotes patrícios), que o aplicavam. Por tal motivo, os plebeus sentiam-se ameaçados e injustiçados por desconhecerem o direito a que estavam submetidos. Por isso, houve conflito entre eles e os patrícios, pacificados com a compilação do direito consuetudinário (Lei das XII Tábuas).
- 8 Foi gravada em 12 tábuas de bronze, fixadas no *Forum*. Transformou o direito romano consuetudinário em direito escrito, do conhecimento de todos, patrícios e plebeus, aplicável a ambos. Anteriormente, era do conhecimento exclusivo dos patrícios.
- 9 A codificação de Justiniano recebeu o nome de *Corpus Iuris Civilis*, em 529, cunhada por Dionísio Godofredo.
- 10 *Codex Gregorianus* (295), da época de Deocleciano, *Codex Hermogenianus* (314 d.C.), da época de Valeriano I, *Codex Theodosianus*, devida a Theodosius II.
- 11 A codificação de Justiniano compreende quatro grandes livros: “Digesto” (*Digestorum seu Pandectarum*), ou *Pandectas*, aparecido em 530-533 d.C., com fragmentos de jurisconsultos romanos do período clássico (Quinto Mucio Escévola, Ulpiano, Paulo, além de outros), é obra do jurista Triboniano; “Instituições” (*Institutiones seu Elementa*), de 533 d.C., tendo por base as Instituições de Gaio e a obra de Ulpiano, é um manual de direito; *Codex Justinianus* (529-534 d.C.), compilação das anteriores codificações bizantinas, em sua maioria de direito público, e *Novellae Leges*, legislação baixada por Justiniano, no campo do direito de família e sucessões, modificadora dos livros anteriores. *Digesto* significa distribuição ordenada de matérias, enquanto *Pandecta*, de origem grega, compilação.
- 12 A compilação do direito germânico recebeu várias denominações: *Pactus*, entre os francos, aliás, a *Lex Salica* denominava-se *Pactus legis salicae*; *Édito* entre os godos e ao tempo de Carlos

Magno; entre os francos, *Capitulares*, por serem divididas em capítulos. Todas essas compilações tinham natureza contratual, sendo aprovadas, sob a forma de pacto (*pactum*), pela assembleia da tribo. Eram escritas em latim.

13 As corporações de ofício tinham em cada lugar denominações diferentes: *mercadantia* na Itália, *confrèriés* na França, *guilds* na Inglaterra, *gilden* na Alemanha, *gremios* na Espanha, *hansa* no Báltico.

14 Cidades que se tornaram verdadeiros Estados: Florença, Milão, Antuérpia e as da Liga Hanseática, para citar algumas.

15 Não se deve a cristianização do direito romano a Justiniano, pois ocorreu em 739, no século VII, no reinado de Leão, o Isáurio, com a promulgação de sua *Écloga*, que reduziu os motivos de divórcio, aumentou os impedimentos matrimoniais decorrentes de parentesco e melhorou a posição da mulher na família. Depois, houve retorno ao direito justiniano com Basílio, o Macedônico, que, em conflito com a Igreja, promulgou uma codificação (*Basílica*), em que os princípios do direito justiniano foram restabelecidos e em que o divórcio foi facilitado. Posteriormente, nenhuma legislação importante foi decretada. Mas, a partir de 1345, a Igreja começou a influir no direito secular. O formalismo foi restabelecido e meios cruéis de obter a confissão foram admitidos e empregados.

16 Na Idade Média *corpus* significava conjunto de documentos sobre determinada matéria. Assim, *corpus iuris* significa conjunto de documentos jurídicos sobre determinada matéria jurídica, no caso, *canonici*, da Igreja, enquanto o de Justiniano, *corpus iuris civilis* versando sobre direito civil.

17 Na Idade Média, *canones* eram as normas prescritas pela Igreja, em oposição às *leges* seculares. Em 25.02.1983, foi promulgado pelo Papa João Paulo II o novo Código Canônico, observando as resoluções do Concílio Vaticano II.

18 O divórcio foi introduzido entre nós pela Lei nº 6.515, de 1977, precedido da “separação judicial”, que corresponde ao *divortium* do direito canônico.

19 Depois foram promulgados os *Code de Procédure Civil* (1807), o *Code de Commerce* (1808), Código de Processo Penal (*Code d’Instruction Criminelle*, 1809) e o *Code Penal* (1810), todos da época de Napoleão. Com o Comercial, o direito comercial deixou de ser direito de classe, apesar da influência que sofreu da *Ordennance* de Colbert.

20 O primeiro projeto de Código Civil alemão é do pandetista B. Windscheid. V. nosso trabalho “*Elaboração ou revisão de Código Civil. Tarefa árdua*” (*Revista de Direito do Ministério Público da GB*, 1969, vol. 7).

21 Nos Estados Unidos é comum a divergência entre leis e precedentes judiciais estaduais em matéria comercial, processual e de direito civil. Conflito dirimido, não pelo legislador, mas através de *restatment* (*restatment of the law*), elaborado por juristas membros do *American Law Institute*, que, em certos casos, têm obtido êxito. *Restatment*, legislação sem cunho oficial, contém soluções jurídicas dadas pelo citado Instituto, uniformizadoras de leis estaduais, tendo por base princípios gerais da *Common Law*. Mas, não tem força de lei, apesar de influir nas decisões judiciais (há, em alguns Estados dos Estados Unidos, códigos, denominados *Civil Codes*, que não

são de direito civil, mas de processo).

²² A partir de 1970, anualmente, as decisões judiciais foram publicadas nos *Year Books* e depois nas *Law Reporters*.

EVOLUÇÃO DE INSTITUTOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS

167. FAMÍLIA. SUAS TRANSFORMAÇÕES

A família é a forma mais natural, espontânea e antiga de vida social. No âmbito da família, principalmente na aurora da Civilização Ocidental, na Grécia e em Roma, concentravam-se grandes poderes sociais. A família tinha seu culto, seus julgamentos, seus costumes e suas tradições. Era a guardiã das tradições e dos costumes. Dela, como diz Fustel de Coulanges (*A cidade antiga*, trad.): “provieram todas as instituições, assim como todo o direito privado dos antigos. Foi dela que a cidade tirou os seus princípios, as suas regras, os seus usos, as suas magistraturas”.

Mas a família antiga difere da contemporânea, por ser o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo de consanguinidade e de solidariedade. Na Antiguidade, era o conjunto de pessoas com a mesma origem, cujo poder que detinham tinha a mesma fonte: os antepassados e as tradições da família, cultuadas no altar familiar. Era, de certa forma, constituída de pessoas vinculadas por parentesco místico. Eram muito numerosas, constituindo unidades de culto, formadas, como dissemos, de pessoas unidas por um ancestral comum, tendo uma divindade comum.

Na religião do lar e dos antepassados, segundo Fustel de Coulanges, encontra-se a força da família grega e romana.

Alguns estudiosos, entre os quais Bachofen, Morgan, Durkheim, Lubbock e Mac Lennam, sustentam anteceder à família a promiscuidade. Para eles, na *promiscuidade originária*, a paternidade não podia ser determinada. Essa tese foi combatida por autorizados pensadores, como, por exemplo, Sumner Maine, Westermarck e Starck, que a negam, por ser imemorialmente o incesto punido draconianamente, sendo as relações sexuais disciplinadas por tabus e por normas religiosas inflexíveis naqueles tempos arcaicos. Para esses estudiosos, no princípio, a família poderia ter sido patriarcal ou matriarcal. Morgan (*A sociedade primitiva*, trad.), partindo do princípio *mater semper certa est*, sustenta que o *matriarcado*, em que a descendência se faz pela linha materna, predominou na origem da família, enquanto outros, como Sumner Maine (*L'Ancien Droit*, trad.), pensam ao contrário, pois admitem que a família patriarcal, em que a descendência se faz pela linha paterna e em que predomina a autoridade despótica do ascendente masculino mais velho, teria sido a forma de organização da família arcaica. Pensamos ter razão Lowie (*História de la etnologia*, trad.), quando admite depender de condições demográficas e econômicas a predominância de um desses tipos, não podendo ser estabelecido neste terreno um traçado único. Ralph Linton (*O homem: uma introdução à antropologia*, trad.) é desse parecer: “parece certo que a descendência matrilinea e patrilinea não

apresenta estágios sucessivos no decorrer de uma inevitável evolução das instituições sociais”.

Pode-se afirmar ser a família arcaica muito numerosa, compreendendo esposa, filhos e parentes de todas as idades. Constitui verdadeira unidade política, com suas leis, seus julgamentos e seu culto. O varão mais idoso era o chefe do culto, juiz quanto às questões familiares e titular dos bens da família. Já a família moderna em regra, reduziu o seu tamanho, passando a ser formada por pessoas ligadas pelo vínculo de consanguinidade, restringida ao grupo constituído de pai, mãe e filhos. Identificou-se até os anos 1950 com a *família conjugal* (pai, mãe e filhos), isto é, com a família oriunda do casamento. Hoje, o conceito de família compreende tanto a família conjugal como a resultante da união de um homem com uma mulher sob o mesmo teto (união estável, como é denominado na lei). Em sentido *lato*: grupo formado pelos ascendentes, descendentes e colaterais mais próximos.

Muitas das funções da família antiga passaram para o Estado e para a Igreja. Suavizou-se progressivamente a autoridade paterna. No que concerne à sua finalidade, primeiro, a constituição de um grupo solidário, afetivamente unido; depois, a prole e a educação dos filhos, de modo a integrá-los na vida social.

Qual a função social da família? Já dissemos ser a procriação uma de suas funções (função que, a partir dos anos 1990, pode prescindir do homem em face da possibilidade científica da procriação sem ato sexual). Mas há outras, tão importantes como esta, pois como ensina G. Davy (“La famille et la parenté d’après Durkheim” em *Sociologues d’hier et d’aujourd’hui*): a família não exerce só a função de defesa e de proteção, pois desempenha, também, a de educação e de moralização. Não é só meio de defesa e de proteção de seus membros, pois é, também, *meio moral* em que são disciplinadas as tendências individuais e em que é formada a personalidade dos filhos. Conclui o autor citado assim: a família é um foco de moralidade, de energia e de doçura, uma escola de dever, de amor, de trabalho, uma escola de vida. Nela são transmitidos os valores e as ideias morais às novas gerações. É a guardiã das tradições.

Por tais motivos, Marcial Bresard (*Renouveau des idées sur la famille*) admite ser a família, de todas as comunidades humanas, a verdadeira “célula social”.

Daí a sua importância, porque nela processa-se intensa interação social, e nela são formadas a personalidade e o caráter dos homens de amanhã.

A família, do ponto de vista jurídico, até bem pouco tempo, era constituída pelo *casamento*. No começo, na sociedade arcaica, o matrimônio realizava-se mediante rapto, pela captura de mulheres de outros grupos sociais. Depois, o rapto que provocando lutas sociais (basta recordar a *Iliada*, obra genial de Homero que narra o rapto de Helena do qual teria, segundo a lenda, resultado a Guerra de Troia) e atritos, foi substituído pela compra e venda. Gradualmente, a própria compra e venda tornou-se simbólica, mantendo-se o dote como resíduo do aspecto negocial do ato. Nesse tempo, o marido manteve o direito de tutela vitalícia sobre a mulher. Com o Cristianismo, elevando a

condição da mulher, o casamento, apesar de ser decidido pelos pais dos nubentes, não mais atribuía poderes absolutos ao marido. Depois, muito depois, o matrimônio passou a depender do consentimento dos nubentes. A princípio, mera formalidade, pois os pais eram ainda que decidiam. Hoje, havendo coação paterna (praticamente improvável), anulável é o casamento. Ao lado do casamento formal ou oficial, regulado por lei, há o casamento informal, resultante da coabitação de um homem com uma mulher sob o mesmo teto, sem impedimentos para se casarem, com duração razoável. Desse “casamento” surge uma família com os mesmos direitos da constituída legalmente, legalizada como *entidade familiar* pela Constituição de 1988 sob a denominação de *união estável*.

Finalmente, na família moderna ocorreu o desaparecimento da autoridade marital. A mulher deixou de ser submetida ao marido, assumindo a posição de companheira. A incapacidade da mulher casada não mais existe. Assumiu ela novas funções e responsabilidades na família. Tem novo papel social. Já não é só mãe, “dona de casa”, e companheira, pois passou a contribuir para a formação do patrimônio familiar com o seu trabalho. Tem profissão, sendo comum trabalhar fora do lar, bem como ser corresponsável pelas despesas da família. Com o divórcio, instituído entre nós em 1977 (Lei nº 6.515) e com os novos costumes, é comum ficar reduzida a família à mãe ou ao pai com os filhos oriundos do casamento dissolvido ou, então, à mãe solteira com seus filhos. Nesses casos, as mulheres são as chefes de família.

Além de todas essas transformações, a família começa a enfrentar grave crise. A pílula libertou sexualmente a mulher. A rotina despersonalizou os cônjuges, absorvidos com a televisão ou com a Internet, que lhes rouba o tempo do diálogo. Os filhos tornam-se contestadores, não tendo diálogo com os pais. Protestam e se afastam dos padrões observados pelos mais velhos. A companheira obtém legalmente direitos que até 1996 eram exclusivos da esposa (Lei nº 9.278, de 10.05.1996). A explosão dos valores e das tradições da família ocorreu em todo o Ocidente no final do século XX. Na França, a oposição do legislador a casamento de homossexuais levou-o a criar o *Pacto Civil de Solidariedade* (PACS), a eles destinado, estabelecido por lei em 15.11.1999, depois de forte resistência de políticos e de setores conservadores da sociedade. É um contrato que oficializa a união de homossexuais e de lésbicas, criando direitos e obrigações, com proibição de adoção de menores. No mundo de hoje, mulheres solteiras podem ter gravidez médico-assistida, gerando filhos, criando famílias onde não há pai. O caminho está aberto. Não há dúvida, a família está sendo posta à prova.¹

168. PROPRIEDADE. SUA EVOLUÇÃO

Do ponto de vista biológico, a propriedade, segundo alguns sociólogos, é fruto do instinto de conservação. Foi coletiva na sociedade primitiva, tanto da terra como das coisas móveis, sejam armas, facas, machados, utensílios etc. Não havia distinção, nessa fase, entre a propriedade privada e a do grupo. A comunhão de bens entre pessoas, vinculadas e identificadas com o grupo social, foi a

primeira forma de propriedade. Tudo pertencia a todos e a ninguém em particular e todos a desfrutavam e desempenhavam em comum as funções do grupo. A propriedade individual apareceu simultaneamente com a chefia do grupo.² Ao chefe da tribo, só a ele, foi, a princípio, concedido o direito de propriedade, principalmente a imobiliária. Só ele administrava e dava destino às coisas do grupo. Competia-lhe reparti-las entre todos. Gradativamente, explica Post (*Giurisprudenza etnologica*, trad.), os bens de uso pessoal, como roupas, armas, utensílios ou ornamentos, tornaram-se propriedade e membros do grupo, que os usavam ou portavam. Foi a primeira forma de propriedade individual. Depois, estendeu-se aos produtos do trabalho individual e, só muito mais tarde, aos terrenos cultivados. Assim, primeiro, propriedade de coisas móveis, depois, tardiamente, da terra. A propriedade familiar antecede à propriedade individual. O *pater familias* foi o primeiro titular.

Portanto, primeiro, comunhão de bens, depois, propriedade do chefe do grupo social (rei, sacerdote-rei etc.), finalmente, propriedade familiar e, tardiamente, propriedade individual. Esta, que com o individualismo tornou-se absoluta: “Direito de gozar e de dispor das coisas da maneira mais absoluta”, como prescrevia o Código de Napoleão, sofre hoje o impacto do interesse social. O uso abusivo da propriedade é vedado.³

169. RESPONSABILIDADE CIVIL. SUA EVOLUÇÃO

Da mesma forma que a propriedade, a responsabilidade, na sociedade primitiva, era também coletiva.

Identificando-se na sociedade arcaica a pessoa como o grupo social, a responsabilidade estendia-se a todos, sem qualquer distinção e sem qualquer dependência de culpabilidade ou de maturidade mental do causador do dano. Era de todos, sem ser de ninguém em particular. Respondia o grupo, a tribo ou a família do ofensor pelo ilícito, e não exclusivamente o causador do dano. Dominava, então, a *responsabilidade coletiva (culpa coletiva)*. Não só coletiva, como, também, objetiva, pois, como dissemos, o primitivo não indagava a capacidade ou a culpabilidade do causador do dano para puni-lo, pois bastava tê-lo praticado para responder, mesmo que fosse menor de idade, louco e até o animal. Devia ser imediatamente castigado, bem como sua família, e destruídos seus bens e tudo o que havia tocado, devido ao animismo dominante entre os primitivos. Se assim não fosse, poderiam recair desgraças sobre todos, cuja ameaça os atemorizava, por terem medo da ira dos deuses.

Por esse motivo, na sociedade primitiva, responsabilidade tinha sentido expiatório. Para ser responsável, bastava viver. Nessa sociedade, a idade, a sanidade mental, a culpa, o desenvolvimento mental e a própria vida não influíam na responsabilidade. Predominava o nexo de causalidade material, podendo ser responsável por uma ofensa tanto o animal, a criança, o adulto, a coisa como o

louco ou o cadáver.

Fauconnet (*La Responsabilité*), seguidor de Durkheim, salientou o fato de a responsabilidade, na sociedade arcaica, limitar-se a indicar quem deveria ser castigado por ter perturbado a paz social. Substituiu o crime pela expiação do responsável. Daí ser usual a imolação de uns, o sacrifício de outros, até de uma criança. A sociedade primitiva exigia a punição; reclamava, diz Fauconnet, cabeças. Procurava um “bode expiatório”, podia ser um inocente, incriminado pelas circunstâncias; um louco, uma criança, uma coisa ou um cadáver. A exigência de punição, ou seja, de sanção, gerou, como nota Fauconnet, a responsabilidade. Isto porque, na sociedade arcaica, a função da sanção era apagar o crime. Nesse sentido primitivo, responsabilidade decorre exclusivamente do nexo de causalidade, procurando-se o causador do ato ilícito, ou seja, o responsável, para puni-lo exemplarmente por haver a crença de que punindo-o estava-se destruindo o crime.

Com a civilização, com as graves consequências da *talis esto* (dente por dente, olho por olho) e, principalmente, com o aparecimento da propriedade privada e com a formação do princípio individualizador, foi aos poucos sendo abandonada a “pena de talião” (dente por dente, olho por olho), que acabou substituída pela *composição*, pondo fim à insegurança criada pela *Lei de Talião*, passando a ser reparados os danos mediante compensações materiais, levando em conta o bem atingido, a idade, o sexo e a situação social do ofendido. Mas a própria “composição pecuniária” (*Wehrgeld* ou *composito*) foi, a princípio, coletiva, isto é, do grupo como um todo. Depois, individualizou-se, restringindo-se à obrigação de o ofensor dar à vítima, a título de compensação, algo valioso. Essa obrigação foi inicialmente da família do ofensor. A princípio, facultativa, podendo a vítima ou sua família escolher entre a “pena de talião” ou a composição pecuniária. Depois, obrigatória, estabelecida por árbitros. Assim, a composição pecuniária, em lugar da *Lei de Talião*, no começo, dependia da conveniência da vítima ou de sua família. Inicialmente, como dissemos, facultativa; depois, compulsória. As primeiras tarifas dependiam dos interesses do ofendido ou de sua família, que a fixavam; depois, foram estabelecidas por árbitros, cujas decisões se tornaram, aos poucos, costume. Posteriormente, nas primeiras “altas culturas”, como a sumeriana e a da Índia, foram codificadas.

Nessa fase mais evoluída da vida social, a responsabilidade é a situação jurídica em que se encontra uma pessoa ou sua família obrigada a compensar pecuniariamente a vítima ou sua família, pelas lesões ou danos a ela causados. Surge, assim, pela primeira vez, a responsabilidade como obrigação de reparação de danos. Todavia, ainda nessa fase, não se cogita de culpa, desconhecida pelo direito arcaico, mas só do nexo de causalidade material: quem causou o dano, mesmo involuntariamente, é responsável, devendo pagar pela ofensa.

Com o processo de civilização, com a propriedade privada, com o indivíduo cada vez tendo mais autonomia em relação ao grupo e com o amadurecimento das ideias morais, completou-se a individualização da responsabilidade. Desde então, só o homem, com certo desenvolvimento físico e

mental, é responsável por seus atos, deixando de ser pelo crime alcançadas as coisas, as crianças, os animais, os loucos e o cadáver. Depois, se processou a espiritualização da responsabilidade, subordinando-a não só ao “nexo de causalidade material”, como, também, à culpabilidade. Passou-se, então, a exigir a culpa para a configuração da responsabilidade.

Mas, apesar da individualização da responsabilidade, não devemos esquecer que nas sociedades mais evoluídas, como na europeia do século XVIII, a responsabilidade pelo crime de traição se estendia a toda a família do traidor.

Porém, sob a influência da Escola do Direito Natural e do individualismo jurídico, passou a prevalecer a individualização da responsabilidade penal, restringida ao criminoso, não se estendendo mais à sua família.

Desde então, a culpa é a base da responsabilidade civil e penal.

Mas, o crescimento industrial, o progresso da ciência, novas tecnologias criaram situações perigosas e graves riscos, provocadores de graves danos irreparáveis juridicamente segundo a noção de *responsabilidade subjetiva* (fundada na culpa), por se tornar cada vez mais difícil a prova da culpabilidade. Os tribunais começaram então a admitir a presunção de culpa, transferindo para o acusado o ônus da prova de sua inocência, de ter procedido prudentemente, de ter tomado todas as cautelas, para não responder pelo dano. Não satisfeitos com a presunção de culpa, os civilistas passaram a defender a teoria do risco, que impõe a obrigação de reparação de danos causados por atividade perigosa.

Mas enquanto no direito privado a responsabilidade deixou, em certos casos, de depender da culpa, no direito penal manteve-se a ela fiel. Todavia, no final do século XX, em alguns países como, p. ex., na França e no Brasil, admite-se a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, responsabilidade de natureza objetiva, sem ser fundada em culpa. Responsabilidade que não exclui a de seus diretores, nesse caso fundada em culpa. Essa inovação briga com os princípios clássicos do direito penal e com o fundamento moral da responsabilidade criminal.

170. CONTRATO. EVOLUÇÃO

Sabemos que nas sociedades primitivas, nas primeiras fases de sua evolução, predominou, como ensina Sumner Maine (*L'Ancien droit*, trad.), o *status*, sendo estatutárias todas as obrigações jurídicas. Não dependiam, assim, da vontade da pessoa, mas de sua posição no grupo social, imposta pela norma jurídica. Não havia, pois, obrigação voluntariamente assumida, não podendo, como consequência, haver contrato, por independer a obrigação da vontade das partes. Havia somente obrigações legais.

A maioria das obrigações primitivas era assumida pelos grupos, pelas famílias ou pelas pequenas unidades sociais, nunca por seus membros. Por isso, as primeiras formas de contrato foram

celebradas pelos grupos. Primeiro, entre grupos sociais, depois, entre chefes de grupo; posteriormente, entre chefes de família e, somente quando ocorreu a individualização da propriedade, entre pessoas.

Inicialmente, teve natureza delituosa. A inexecução da obrigação era crime, sujeitando o devedor a pena grave. A escravização ou a morte do devedor impontual podia ser exigida e executada pelo credor. O vínculo obrigacional (*vinculum*) era sagrado, sendo inaceitável a inexecução da obrigação. O devedor, diz Huvelin, estava vinculado ao credor por fórmulas ou ritos mágicos. Eram previstas as mais cruéis sanções ao devedor faltoso, na ausência de outras formas de garantia. Tudo porque pelo *nexum* o devedor dava sua pessoa como garantia do pagamento. Assim, a *obligatio* do direito antigo é a “dominação sobre uma pessoa”, resultante de certos compromissos, que restringem a liberdade do devedor, sujeitando-o à vontade do credor.

Gradativamente, à medida que a civilização progredia, humanizou-se a situação do devedor, que podia oferecer seus bens em lugar de seu sacrifício. Nessa fase, o credor podia escolher a vida, a escravização do devedor ou seus bens. Posteriormente, desapareceu essa faculdade, respondendo exclusivamente os bens do devedor pela inexecução da obrigação. Segundo a maioria dos autores que trataram do assunto, a “permuta” e o “empréstimo” foram os primeiros tipos de contratos celebrados na sociedade arcaica; a compra e venda só apareceu quando se convencionou converter certos bens (metais ou gado) em símbolo de unidade de medida. Com a moeda, tornou-se o principal tipo de contrato.

Os contratos, a princípio, tinham caráter religioso. O *vinculum* unia de forma indissolúvel as partes. O juramento, por exemplo, garantia a execução da obrigação, pois havia a crença de que descumpri-lo acarretaria vingança dos deuses. Certas palavras sagradas, quando pronunciadas, tornavam celebrado e sagrado o contrato. No direito primitivo, diz Fustel de Coulanges (*A cidade antiga*, trad.), palavras sagradas dão-lhe força mágica, aterrorizando homens e grupos das culturas arcaicas. Eram verbais os primitivos contratos, garantidos pelo juramento, pelo medo de castigos sobrenaturais, caso não fossem fielmente executados, ou pela cruel vingança do credor. Depois, vieram os compromissos assumidos sob a forma escrita: “documento caseiro” do Antigo Egito (3188-1700 a.C.), “duplo documento” do período ptolomaico (322-20 a.C.), e, no direito romano, *tabulae* e *epistolae*, enquanto no direito grego, *syngrapha*. Eram atos solenes, em que fórmulas e palavras sagradas deviam ser repetidas pelas partes, do conhecimento exclusivo dos sacerdotes ou dos jurisconsultos.

A partir dos romanos, o contrato passou a depender da vontade dos contratantes. Estava firmado o princípio de autonomia da vontade ou de liberdade contratual dominante no direito contratual até 1914. Hoje, esse princípio está enfraquecido. As convenções coletivas de trabalho, os contratos de adesão e a revisão judicial de contratos leoninos, propugnada pelo direito moderno, vão fazendo declinar a teoria individualista do contrato, que, oriunda de Roma, teve seu reconhecimento solene

no Código Civil francês de 1804. Por isso, Morin (*La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*) e Ripert (*Le régime démocratique et le droit civil moderne*) afirmam estar em decadência a “soberania do contrato”.

Para onde caminhamos nesse terreno? Estamos retornando à fase estatutária do contrato, que, na aurora de nossa civilização, marcou o início da era contratual? Achamos que até a queda do Muro de Berlim (1989), caminhávamos para uma nova teoria do contrato, compatível com época de crise em que vivia todo o mundo no fim do século XX, com os interesses sociais pairando acima dos interesses privados no próprio campo do direito privado. Nos anos 1980 admitíamos a teoria social do contrato, fundada na solidariedade social (que ainda defendemos). Entretanto, com a globalização ou mundialização da economia no final do século XX, ficamos mais apreensivos com a previsão tenebrosa da prevalência, nesse mundo calculista e frio, da lei do mais forte economicamente, ditada por megacorporações.⁴

Além disso, temos a fragilidade do contrato na Era Eletrônica, que tem por meio a Internet. Até onde vamos nesse terreno é imprevisível.

171. DIREITO DAS SUCESSÕES. EVOLUÇÃO

De certo modo, pode-se dizer que o direito de sucessão só apareceu depois da individualização da propriedade. A princípio, só na linhagem de chefes de tribo se processava a sucessão. Falecido ou destronado o chefe, o sucessor, observando cerimonial sagrado, entrava na posse dos bens do antecessor. Depois, a sucessão processou-se entre chefes de família, pois nessa fase a propriedade pertencia à família, e não a seus membros. Com a individualização da propriedade, a sucessão passou a ser entre pessoas. A princípio, antes da propriedade familiar, a sucessão compreendia só bens móveis (utensílios, armas, instrumentos de trabalho etc.), transmitidos aos descendentes e parentes. Inicialmente, falecido o varão mais velho, sucedia-lhe o filho mais velho (direito de primogenitura), que passava a ser o chefe de família, isto é, o *pater familias*. Só o homem podia herdar, a mulher não, estando afastada da sucessão. Primeiro, só o filho mais velho, depois, o direito de sucessão se estendeu aos demais, excluídas as mulheres, que não herdavam. Não deixando o *de cujus*, herdeiro varão, herdavam os parentes varões da linha paterna. Inexistindo varões nessa linha, os bens, inicialmente, revertiam para a comunidade; depois, foi deferida a sucessão aos parentes varões do ramo materno; só tardiamente as mulheres começaram a ter direitos à sucessão, somente quando não houvesse varões. Mas, nesse caso, geralmente, não lhes eram transmitida a propriedade, mas só o usufruto. Foi em Roma, com a *Lei das XII Tábuas*, que à mulher foi concedido o direito de suceder. Finalmente, deixou de haver distinção de sexo em matéria de sucessão.

Completando-se a individualização da propriedade, foi permitida a partilha da herança entre os herdeiros. Primeiro, sucessão *legítima*; tardiamente, *testamentária*.

172. PROCESSO NO DIREITO ARCAICO E NA IDADE MÉDIA. EVOLUÇÃO

Na sociedade arcaica, no clã totêmico, não havia, em virtude de não ser individualizado o poder, órgão destinado a administrar a justiça. Os laços profundos de solidariedade social que uniam os homens, a necessidade de paz e de segurança interna e externa, o receio de recair sobre todos a ira dos deuses,⁵ caso fossem inobservados os *tabus*, levaram os homens, coletivamente, a reagir ao ilícito. Todo o grupo, como uma só pessoa ou um só juiz, investia contra o turbador da paz, da ordem e segurança do grupo, destruindo tudo que alguma ligação tivesse com ele. Nessa sociedade, seus membros estavam convencidos da necessidade de ser extirpado todo vestígio da ofensa, destruídos todos os pertences do ofensor, bem como ele próprio e seus próximos.

Nessa fase predominou o sistema de autodefesa social (*regime de autodefesa*).

Os excessos de vingança, enfraquecedores do grupo social e geradores de insegurança, bem como a intranquilidade que a justiça privada perpetuava, tiveram como consequência a criação de limites à *vingança defensiva*: primeiro, o *talião* (*Lei de Talião*), “dente por dente, olho por olho”, impondo reação e dano igual ao causado pela ofensa, depois, com caráter facultativo, a composição. O talião copia a agressão, reproduzindo-a no agressor, para a ela igualar-se. Serve-se até dos mesmos instrumentos. Tudo pela crença de que o mal causado deve ser fielmente reproduzido no causador do dano.

Mas, com as limitações impostas à *Lei de Talião*, muitas vezes desrespeitadas, a justiça privada foi exercida por longo tempo.

Com a individualização do poder político exercido, seja pelos chefes de tribos seja pelo Conselho de Anciãos, aos poucos o grupo monopolizou a função de punir, pondo fim à justiça privada. A intervenção, a princípio facultativa, depois obrigatória, de árbitros, para solucionar litígios, foi, em certos grupos, a origem da função jurisdicional do Estado. Tanto na Mesopotâmia, no Egito como em Atenas ou Roma, no começo, sacerdotes ou o próprio rei eram juízes, aplicando punições draconianas. A condenação era geralmente maior do que o prejuízo sofrido. O dobro, prescrevia, no mínimo, a *Lei das XII Tábuas*.

Das decisões de reis, de sacerdotes ou de pontífices, surgiu o direito. Assim, na sociedade arcaica: a *actio* criou o *jus*, nascendo o direito da ação, das decisões de sacerdotes, reis, pontífices ou juízes. “No mundo romano”, escreve Cogliolo (*Filosofia do direito privado*, trad.), “durante muitos séculos, a *actio* criou o *jus*, e só quando se tornou vasto o patrimônio jurídico, o *jus* preexistiu e a *actio* transformou-se no modo de garanti-lo e impedir a sua violação”. A ideia de ação, como faculdade de formular uma pretensão ao juiz para obter uma sentença que a julgue, representa, diz Cogliolo, grande progresso. A Humanidade teve de esperar os romanos para conhecê-la.

O processo,⁶ entre os romanos, revestia-se de formalismo excessivo. Nada mais era do que um conjunto de fórmulas e gestos sagrados ou rituais que as partes deviam pronunciar e repetir

corretamente, sob pena de nulidade ou de não produzir efeitos jurídicos. Não havia, a princípio, exposição pelo litigante do fato e muito menos fundamentação da decisão como há hoje. Com um gesto, representativo, em regra, da ofensa, destinado a imitar a justiça privada, o *actor* pleiteava a proteção do juiz. O juiz, de forma simples, sem fundamentação alguma, pronunciava a decisão.

Conheceram os romanos o processo criminal e o processo civil. Primeiro, surgiu aquele, depois, o outro. Distinguiram, como salienta Mommsen (*Droit public romain*, trad.), a ação privada (processo penal privado), de iniciativa do ofendido, decidida por árbitros, da ação pública (processo penal público), promovida pelo Estado, julgada por juízes, destinada a punir crimes mais graves. A ação pública aos poucos absorveu a ação privada, que ficou circunscrita a poucos crimes, principalmente à injúria.

Na Idade Média, sob a influência do direito canônico, o *processo inquisitório* predominou. A “confissão” tornou-se a prova principal, a “rainha das provas”, passando a ser o objeto principal do processo. Podia ser arrancada por meio de tortura.

Os germânicos introduziram por sua vez a prova mística, os *juízos de deus*, pelos quais se provocava, por meio de uma prova bárbara e desumana (prova do fogo ou do emprego de veneno, ou, ainda, do duelo), a intervenção divina para apontar o culpado. Se o acusado saísse vitorioso, ou com vida, após ser submetido a uma dessas provas, era inocente; caso contrário, culpado. Tais processos perduraram até o século XVI.

Dois eram os tipos de processo penal no mundo medieval: o processo acusatório e o inquisitório. O primeiro dependia de uma denúncia apresentada ao juiz pelo acusador. Quando a questão era complexa, o juiz pedia parecer a um jurisconsulto. Essa prática concorreu para o renascimento do direito romano. De posse do parecer ou diante do fato, o juiz sentenciava. Já o processo inquisitório era secreto, sem acusador, destinado a *expurgare civitatem malis* (limpar a cidade dos maus homens). Era escrito, sem publicidade, secreto. Admitia denúncia anônima e secreta. A tortura era empregada ao acusado para obter a confissão, bem como às testemunhas. A sentença não era fundamentada, pois dependia exclusivamente da livre convicção do juiz.

No mundo medieval, devido aos canonistas e aos glosadores (§ 165), o processo tornou-se complicado, moroso e excessivamente formalista. As questões eternizavam-se. Por esse motivo, para atender a casos urgentes, foi, em 1306, criado o procedimento sumário, desprovido de formalidades, decidido de plano. Esse procedimento foi instituído por decreto (*Clementina Saepe*) do Papa Clemente V.

Nova fase surge com as Ordenações (*Ordonnances*) de Luiz XIV, de 1667, simplificadora do processo civil, dando-lhe publicidade. Serviram de base para o *Code de Procédure Civil* (1807) de Napoleão.

Mas, a publicidade do processo e o papel central nele exercido pelo juiz foram conquistas do *Regulamento Processual Civil* (ZPO), de 1877, alemão. Esse regulamento deu poder ao juiz para

orientar e dirigir o processo.

De lá para cá, o direito processual foi humanizado, despidido gradualmente de formalismo e racionalizado. Fortalecida foi a posição do juiz, deixando o processo de ser espécie de duelo entre as partes. A tortura foi condenada e, por fim, não mais empregada, tornando-se as provas controláveis e científicas. A simplificação do processo e do número de ações e de recursos, bem como maiores poderes dados ao juiz na direção e orientação do processo são conquistas do direito moderno.

173. PROVA JUDICIÁRIA NO DIREITO ARCAICO E NA IDADE MÉDIA. EVOLUÇÃO

Interligada com o processo, temos a questão da “prova” judiciária. Já vimos que o formalismo do direito antigo objetivava não só dar certeza às relações jurídicas, como, também, facilitar aprova de atos jurídicos. Entretanto, na sociedade arcaica, o formalismo, por si, não atingia a sua finalidade precípua, alcançada, segundo era crença naquela época, por processos mágicos, místicos, grosseiros, bárbaros e desumanos como meios de prova. Dominava, então, o que H. Lévy-Bruhl denomina “prova mística”. A ela se referindo, assim ele se pronunciou: junto às populações pouco evoluídas, a prova judiciária reduz-se a um apelo a poderes superiores para a indicação do culpado, responsável pelo ilícito. O processo mais empregado para esse fim é o *ordálio* (julgamento de Deus), prova grosseira, bárbara e desumana do direito arcaico, fundada na crença da possibilidade de manifestação do julgamento divino, indicando o culpado. Era uma prova de resistência física e moral destinada a provar a inocência ou a culpabilidade do acusado. Empregada quando não havia prova do crime. Suas formas principais eram o veneno, o fogo, a água fervente e o duelo. Apesar de comum nas sociedades arcaicas, encontramos ainda vestígios desse meio probatório na Europa até o século XIII, devido principalmente ao domínio germânico. Se a pessoa submetida a uma dessas provas resistisse ao ferro em brasa, ao fogo ou à água fervente, cicatrizando-se rapidamente as feridas, ou, então, se vencesse no duelo, era inocente. Em caso contrário, culpada.

A religiosidade do homem primitivo levou-o a crer que todos os seus passos eram vigiados por deuses, seres e forças sobrenaturais. Tudo o que faziam não deveria escapar à vigilância da divindade. Por isso, se errasse, sofreria a ira dos deuses, recaindo sobre eles e os seus a desgraça. Daí o interesse que todos tinham em castigar o culpado e daí dever ter sido rara a mentira ou a falsidade na sociedade primitiva. Eis o porquê do grande valor dado ao juramento nas sociedades arcaicas e nas civilizações antigas, feito sobre objetos sagrados. Essa prática, fortalecida pelo conceito de honra, cultuado na Idade Média, perdurou até nossos dias, pois em alguns países é tomado o juramento do acusado, de testemunhas ou de jurados sobre objetos sagrados para a sociedade, como a Constituição ou a Bíblia.

O juramento, por isso, reforçava a negativa da autoria do delito. Mas não afastava a

possibilidade do uso de provas “bárbaras”, desumanas, como a tortura, submetendo o suspeito, com requintes de selvageria, aos mais atrozes sofrimentos, na presença de representantes da autoridade (política e religiosa), para ter validade a confissão obtida por esses meios, principalmente quando havia alguma suspeita. Mas, em 1507, na Alemanha, Carlos V por um decreto (Carolina) negou valor à confissão obtida por tortura. Sob o impacto do Racionalismo, as provas judiciais sofreram transformações. Destinam-se desde então a convencer o juiz. São fundadas, como diz H. Lévy-Bruhl (*Aspectos sociologiques du droit*), na concatenação de causas e de efeitos dos fatos. Depois, a ciência e a tecnologia, com o progresso que alcançaram, vêm em socorro do processo. A datiloscopia passa a ajudar a identificar o criminoso. A prova pericial, com o auxílio de várias ciências, como, p. ex., a Medicina, a Psiquiatria, a Psicologia, a Física, a Química, a Matemática, a Engenharia, a Contabilidade etc., abre o caminho para a prova técnica. A Psicologia ajuda o juiz a descobrir o falso testemunho, enquanto a Farmoquímica fornece drogas capazes de anular as resistências da mente, possibilitando assim arrancar confissões (empregada nos regimes políticos não democráticos). Por outros caminhos estaremos retornando ao passado? Em certos campos do Direito, no de Família, por exemplo, a Genética é promissora, principalmente no caso de investigação de paternidade com os testes DNA, isto é, com a identificação através da *impressão digital genética* do pai. Entretanto, esta técnica está engatinhando no direito penal em países do Primeiro Mundo.

A Ciência e a tecnologia eletrônica, com os progressos que têm alcançado, virão em socorro do juiz, tranquilizando-lhe a consciência, dando-lhe bases mais sólidas para decidir, principalmente no campo penal. Mas elevará em muito o preço do processo, reduzindo, assim, o número daqueles que dela poderão se beneficiar...

No campo penal, a quebra do sigilo telefônico e bancário, requerida pelo Ministério Público (Promotor, Procurador da República), autorizada pelo juiz, como também as imagens e conversas entre pessoas suspeitas, conseguidas por microfone, gravadores ou filmadoras, imperceptíveis às pessoas filmadas, juntamente com os circuitos internos de televisão, constituem princípio de prova, que o Ministério Público pode dela se servir. São as provas da Era Eletrônica em que vivemos.

¹ Consultar: Roudinesco, E. *A família em desordem*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2003, tradução de André Telles.

² É sabido que a *personalidade*, como centro de direitos e obrigações, aptidão para ter direitos e assumir obrigações jurídicas, foi inicialmente atribuída ao chefe da tribo (§§ 184 e 188). Foi ele o primeiro titular de direitos e o primeiro a ter personalidade autônoma, independente da do grupo. Depois, com romanos, ao *pater familias* foi a mesma reconhecida. A Revolução Francesa estendeu-a a todos os homens. A *personalidade moral*, ou seja, a das pessoas jurídicas, só foi conhecida a partir dos romanos.

- ³ Em Babilônia, muito antes de Cristo, foi criado o primeiro registro de imóveis. Tábuas de argila encontradas registram medidas e demarcações de terras.
- ⁴ O art. 421 do Código Civil em vigor (Lei nº 10.406, de 10.01.2002) submete a liberdade de contratar à função social do contrato.
- ⁵ Ao *Incesto de Édipo*, dramatizado na literatura grega por Sófocles, foi atribuída a peste que ceifou muitas vidas humanas em Tebas.
- ⁶ O processo tinha inicialmente natureza religiosa. Entre os antigos povos, principalmente entre os germânicos, invocava-se o pronunciamento de deuses através de uma prova (duelo, prova do fogo ou da água fervendo etc.) para apontar o culpado, acreditando-se poder se chegar a um resultado certo, seguro e infalível através dessa prova. Entre os romanos, a princípio, pontífices guardavam em segredo as fórmulas, ou seja, o processo, enquanto na Idade Média a Igreja sacramentou rituais religiosos que deveriam preceder à tortura de modo a legitimar a confissão assim obtida.

174. VISÃO GERAL

A história do sistema jurídico brasileiro inicia-se antes da História do Brasil, quando a Europa fazia a História, pois começa muito antes de 1500.

De modo geral, podemos dizer que o sistema jurídico brasileiro pertence ao sistema ou espaço social do direito codificado. É, pois, sistema de direito escrito, de direito codificado, onde a lei é a fonte suprema do direito.

Quanto ao conteúdo, o direito brasileiro, através do direito português, sofreu a influência do direito romano, do direito germânico e do direito canônico.

Nosso sistema constitucional, desde a proclamação da República, foi presidencialista, e federativa é a forma de Estado que adotamos. Depois, em razão de grave crise político-militar, foi, em 1961, implantado o parlamentarismo, que não vingou, pois em 1963 foi restabelecido o presidencialismo. Nossa Constituição teve por modelo a norte-americana; é escrita, inflexível, pois só pode ser modificada por lei constitucional (emenda constitucional), com observância de procedimento especial diverso do previsto para as leis ordinárias e para as complementares. Nossas câmaras político-legislativas (Câmara dos Deputados e Senado Federal) são representativas.

Nosso direito privado ressent-se ainda da influência do liberalismo e do individualismo, apesar das limitações impostas ao direito de propriedade, à autonomia da vontade, à liberdade de empresa e ao exercício do direito subjetivo.

No que diz respeito aos grandes campos do direito, estão, em regra, contidos em códigos.

Eis aí, como introdução, ou melhor, uma visão panorâmica de nosso sistema jurídico. Que caminhos percorremos? Quais as suas fontes históricas?

É o que veremos a largas pinceladas.

Tivemos as épocas colonial (1500-1822), a imperial (1822-1889) e a republicana. A elas correspondem três fases de nosso sistema jurídico. A primeira é mais portuguesa que propriamente brasileira; a segunda se caracteriza pela transição para o que se poderia chamar brasileira, que só se desabrocha, com toda desenvoltura, no fim do século passado e na fase republicana de nossa História.

Mas, como não podia deixar de ser, em qualquer uma dessas fases está presente a influência do direito português contido nas *Ordenações Reais* (corresponde ao *decreto* da 1ª Era Getuliana, de

1930 a 1934, ao *decreto-lei* da segunda fase de 1937 e da ditadura de 1964).¹

175. LEGISLAÇÃO DA METRÓPOLE E DA COLÔNIA

É evidente que os portugueses, com suas naus e armas, só puderam transferir para o Brasil a sua organização jurídica adaptando-a ao novo meio social em que deveria vigor, como não poderia deixar de ser, pois toda norma jurídica supõe condições sociais possibilitadoras de sua aplicação, para as quais se destina. Daí não ter sido aplicada aqui toda a legislação portuguesa. Tivemos, assim, *legislação comum* a Portugal e ao Brasil e *legislação especial* destinada ao Brasil.

176. ORDENAÇÕES

A ordem jurídica portuguesa, que se encontrava nos *Forais* (denominação arcaica da legislação portuguesa), foi codificada nas *Ordenações do Reino*, que compreendiam, primeiro, as *Ordenações Afonsinas*, depois, as *Manuelinas* e, ao tempo do Período Espanhol ou Filipino (1580-1640), as *Filipinas*. Essas Ordenações, isto é, o sistema jurídico português, teoricamente, eram aplicáveis ao Brasil. Entretanto, como vimos, por falta de condições sociais, muitos preceitos e normas do direito português eram inaplicáveis aqui e outros necessitavam de adaptação para o serem. Surgiu, então, legislação especial adaptadora do direito da Metrópole à Colônia, bem como legislação local ou especial destinada especificamente ao Brasil.

A legislação portuguesa, que se destinava exclusivamente ao Brasil, era, de regra, decretada em Portugal e, em certos casos, aqui ditada pelos portugueses.

Deve ser dito que as penalidades prevista nas Ordenações, do ponto de vista atual, eram desumanas, variando com a classe social do delinquente. O nobre tinha tratamento penal diverso das demais pessoas. Esquartejamento, com lançamento de partes do corpo do delinquente pelos lugares em que viveu, como ocorreu com Tiradentes; morte na fogueira, enforcamento, enfim, sanções cruéis, destinadas a fazer padecer o delinquente, principalmente em se tratando de crime político, ou contra as autoridades e dogmas da Igreja Católica, eram previstas nessa legislação. Por isso, havia justiça secular e tribunal religioso (Santo Ofício). No mais, a influência predominante do direito romano se faz sentir.

177. ORDENAÇÕES AFONSINAS, MANUELINAS E FILIPINAS. LEIS EXTRAVAGANTES. DIREITO BRASILEIRO

O direito português vigente no Brasil estava, como dissemos, contido nas “Ordenações Reais”. Essas Ordenações compreendiam: 1º) *Ordenações Afonsinas*, datando do século XV, vigentes de

1500 a 1514, sendo seus compiladores João Mendes, Ruy Fernandes, Lopo Vasques, Luiz Martins e Fernão Rodrigues. Foram elaboradas sob os reinados de João I, D. Duarte e Afonso V. Como o trabalho foi concluído no reinado de Afonso V, recebeu o nome de *Ordenações Afonsinas* (1448). Compunham-se de cinco livros, compreendendo direito penal, direito civil, direito comercial, organização judiciária, competências, relações da Igreja com o Estado, processo civil e comercial. 2º) *Ordenações Manuelinas* (1514-1603), compilação exigida pela grande massa de leis e atos modificadores das *Ordenações Afonsinas*. Segundo Coelho Rodrigues, revisão das *Afonsinas*. Foram seus compiladores: Rui Botto, Luiz da Grã e João Cotrim. Iniciaram o trabalho em 1505, no reinado de D. Manuel I, e terminaram-no, mais ou menos, em 1514. Contém as mesmas matérias das anteriores Ordenações. Revista por Duarte Nunes Leão, cujo trabalho ficou conhecido por *Código Sebastião*. 3º) *Ordenações Filipinas*, que, juntamente com as *Leis Extravagantes* (leis que tratam de questões não disciplinadas nas ordenações) tiveram vigência no Brasil de 1603 até 1916. Essa compilação data do período do domínio espanhol, sendo devida aos juristas Paulo Afonso, Pedro Barbosa, Jorge de Cabedo, Damião Aguiar, Henrique de Sousa, Diogo da Fonseca e Melchior do Amaral, que começaram seus trabalhos no reinado do rei espanhol Felipe I (1581-1598), terminando-o em 1603, no de Felipe II (1598-1621).

Devemos esclarecer que essas Ordenações não eram códigos no sentido atual, mas compilações de leis, de atos e de costumes.

Eis as principais fontes históricas do direito português vigente no Brasil.

Ao lado delas, como fontes subsidiárias, o direito consuetudinário, o direito romano e o direito foralício, formado pelos *forais* ou *cartas forais*, dispendo sobre direito civil, direito penal, bem como contendo concessão de privilégios e de terras. Junto a estas fontes, as *leis extravagantes*, isto é, as leis avulsas, não incorporadas nas Ordenações.

Ao tempo do Governo-Geral (1548-1581) tivemos, em direito civil e processo civil, o *Código Sebastião*, modificador em grande parte das *Ordenações Manuelinas*, que deu grande importância ao direito canônico e às resoluções do Concílio de Trento. Deve-se esse código a Duarte Nunes de Leão. Concluído, em 1569, no reinado de D. Sebastião. Daí o seu nome, apesar de ser também conhecido por *Código de D. Duarte*. Tivemos, também, nesse período, os *regimentos*, investindo funcionários portugueses, que para cá vieram, de autoridade e competência.

Em 1581, os reis de Espanha passaram a reinar também em Portugal. É o período do domínio espanhol. Nessa época era vigente na Espanha o *Código Filipino* ou *Ordenações Filipinas*. Mas, na verdade, essa legislação não alterou o sentido e a tendência das legislações anteriores, pois os espanhóis reconheceram a validade do direito português em Portugal e no Brasil. Nesse período, foi dada maior importância ao direito romano, ao direito consuetudinário e ao direito natural no caso de lacuna.²

O Código Filipino, como as anteriores Ordenações, consta de cinco livros, que tratam das

mesmas matérias reguladas nas anteriores Ordenações. Esse código, no Brasil, no que diz respeito ao direito civil, vigorou até 1º de janeiro de 1917, quando entrou em vigor o Código Civil, projeto de Clóvis Beviláqua.

As Ordenações Filipinas não atendiam também às necessidades da Colônia. Daí a promulgação de várias *leis extravagantes*, das quais as mais importantes, pela sua originalidade, foram as que disciplinaram matéria comercial, como, por exemplo, as leis sobre letra de câmbio (1672-1688), sobre câmbio marítimo (1609-1655) e sobre seguros (1684-1695).

A importância do direito romano, marcante no Código Filipino, acentuou-se no período que vai de 1750 a 1808. Nessa época, foi promulgada a *Lei da Boa Razão* (18.08.1769), que estabeleceu regras para a interpretação da legislação vigente e que mandou aplicar, no caso de lacuna, o direito romano, desde que compatível com a “boa razão” (confundível com o direito natural).

Com a vinda de D. João VI e da Corte portuguesa para o Brasil, em 27 de novembro de 1807, iniciou-se o período de fermentação de ideias e de modificações de padrões e de costumes oriundos do período colonial. É quando desabrocha o direito brasileiro. Tivemos, então, a Carta Régia, de 16 de dezembro de 1815, que transformou o Brasil em Reino (*Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves*) e lhe deu centralização política, tendo como centro de irradiação a cidade do Rio de Janeiro.

D. João VI, aqui no Brasil, até 1821, decretou várias leis, destinadas a atender às necessidades sociais, jurisdicionais, políticas e econômicas do Brasil. Dentre elas, em 10 de maio de 1808, transferiu para cá a *Casa de Suplicação*, sediada em Lisboa, que era a última corte a dar decisão definitiva e final a qualquer recurso. Transformou-se, anos depois, no Supremo Tribunal Federal. Antes dessa transferência, aqui havia a *Relação da Bahia*, a mais antiga, a *Relação do Rio de Janeiro* e a *do Maranhão*. Existiam também juízes não bacharéis; depois tivemos os juízes com curso jurídico feito em Coimbra (*Juízes de Fora*), com competência em vilas; posteriormente magistrados, com curso em Coimbra, com competência em regiões mais amplas, ou seja, em Comarcas (*Juízes Ouvidores*). Das decisões desses juízes cabia recurso para as referidas Relações (Tribunais), e dos dela para a Casa de Suplicação. O regresso de D. João VI a Portugal, em abril de 1821, não alterou o movimento de emancipação jurídica iniciado com a sua vinda para cá. Ficou aqui o príncipe-regente D. Pedro, que continuou a obra legislativa do pai, D. João VI.

Mas o Brasil, naquele tempo, apesar de Reino, não tinha ainda Constituição. Para preencher essa lacuna, por decreto de 1821, promulgado na Corte portuguesa, nos foi imposta a Constituição espanhola de 1812. Imposição sob condição: até que fosse decretada a Constituição para o Brasil, a ser elaborada em Portugal.

É fácil de se compreender o mal-estar causado por esse decreto aos nacionalistas e aos defensores de nossa independência. Como consequência desse estado de coisas, foi revogado o ato que mandava aplicar ao Brasil a Constituição espanhola no dia seguinte ao de sua decretação, bem

como foram apresentados os trabalhos de redação de uma Constituição para o Brasil, tendo por fonte as *Bases da Constituição Portuguesa* de 1821.

Todavia, na realidade, o que ocorreu, em 1821, foi a extensão das referidas “Bases” ao Brasil, com valor de carta constitucional. Esse documento considerava a Nação a fonte do poder constituinte, manifestado através de seus representantes. Como forma de governo estabeleceu a monarquia constitucional. Garantias individuais foram asseguradas.

Mas era ainda uma Constituição elaborada em Portugal, que só teve o mérito de ter substituído a espanhola.

Não estavam satisfeitos ainda os que aqui residiam e que sonhavam com uma organização jurídico-política correspondente à nossa realidade político-social.

O decreto de 3 de junho de 1822 parecia que ia abrir caminho para a solução desejada: convocação da Assembleia Constituinte, que jamais se reuniu.

Ocorreu, então, retrocesso em nossas relações com a Coroa Portuguesa, que tentou nos impor novamente o regime de colônia.

Foi a gota d’água de que precisávamos, para que, em 7 de setembro de 1822, ficassemos independentes. Estava instaurado o Império (Primeiro Império), que durou até 1831. Como diz Evaldo Cabral de Mello (*Um imenso Portugal*), o Brasil “se fez império antes de se fazer nação”. A legislação portuguesa aqui em vigor e as *Ordenações* foram pela Lei de 20 de outubro de 1823 revalidadas.

Nesse período, foi convocada a Assembleia Constituinte. Instalada em 3 de junho de 1822, discutiu e decretou várias leis, sem contudo formular a Lei Maior. Por decreto, de 13 de novembro de 1823, foi dissolvida. Esse decreto instituiu o Conselho de Estado, do qual fazia parte Carneiro de Campos, com a incumbência de elaborar a Constituição. O resultado não se fez esperar: o Conselho a redigiu e D. Pedro, em 25.03.1824, transformou-a na primeira Constituição do Brasil.

Tivemos assim a Constituição outorgada por D. Pedro I, instituindo o governo unitário, a monarquia-constitucional-hereditária e a divisão de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), coordenados e harmonizados pelo Poder Moderador exercido pelo imperador. Assegurou garantias individuais, definindo a Nação como fonte da soberania e do poder político. Instituiu o sistema representativo, o bicameralismo (Câmara dos Deputados e Câmara dos Senadores), eleitos os membros da primeira e nomeados, pelo Imperador, os da segunda, que eram vitalícios. O Poder Moderador, exercido pelo Imperador, era a “chave de toda organização política”, cabendo-lhe estabelecer o equilíbrio e a harmonia entre os poderes políticos. Este quarto poder reduzia a autonomia do Parlamento, pois, com base nele, o imperador podia dissolver a Câmara dos Deputados. O imperador não respondia, politicamente, pelo governo, ao contrário de seus Ministros, responsáveis perante as Câmaras pelos atos do Executivo. Os Ministros eram de livre escolha e demissão pelo Imperador. Introduziu o princípio de centralização política, apesar de dividir o país

em Províncias, cada uma tendo seu Conselho-Geral, cujas resoluções dependiam de aprovação do Governo Central.

Em 7 de abril de 1831 abdicou D. Pedro I ao trono em favor de seu filho Pedro, que, sendo de menoridade, não podia exercer o poder. Por isso, foi criada a *Regência* (1831-1840).

Pelo Ato Adicional de 1834, no reinado de D. Pedro II, a Constituição de 1824 foi reformada parcialmente no tocante à organização político-administrativa das províncias, dando-lhes maior autonomia. Além disso, suprimiu o Conselho de Estado, tornou unitária a regência e deu competência às assembleias provinciais em matéria fiscal, judiciária, administrativa etc., independente de controle do Governo central. Entretanto, os governadores provinciais não eram eleitos, mas nomeados pelo imperador, fato que demonstra terem elas relativa autonomia.

Questões políticas levaram à antecipação da maioridade de D. Pedro II em julho de 1840. Inicia-se, então, o *Segundo Império*.

Posteriormente, tivemos a *Lei de Interpretação* (Lei nº 105, de 12.05.1840), que, a pretexto de interpretar o Ato Adicional, o modificou, restringindo o poder legislativo das Províncias.

Decorrido pouco mais de um ano, pela Lei nº 234 (23.11.1841), a Constituição imperial sofreu nova reforma: foi restabelecido, com certas modificações, o Conselho de Estado.

Com essas alterações vigorou a Constituição do Império até a Proclamação da República, isto é, até 15 de novembro de 1889.

Instaurada a República, pelo Decreto nº I (15.11.1889), foi dada ao Brasil a forma federativa, constituída pela união das Províncias. A centralização política, prevista na Constituição imperial, foi, então, substituída pela descentralização político-administrativa, tendo por modelo a organização política norte-americana. Desde aí o país foi constituído por Estados-membros, cada um com sua própria Constituição, por eles mesmo elaboradas. Rezava, ainda, esse decreto republicano que, enquanto não fosse eleita a Assembleia Constituinte e promulgada a Constituição, a Nação seria governada pelo Governo Provisório da República.

Em 1891 foi promulgada a primeira Constituição republicana,³ que implantou o presidencialismo, o federalismo, a separação harmônica dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), o bicameralismo (Câmara dos Deputados e Senado), os graus de jurisdição, a autonomia dos Estados-membros e assegurou as garantias individuais. Assim, a não ser em alguns períodos de nossa História, como, por exemplo, os compreendidos entre 1930 a 1934 e de 1937 a 1945, a tradição constitucional, implantada pela Constituição de 1891, foi respeitada. Mas, em agosto de 1961, em razão de grave crise político-militar, foi instalado o parlamentarismo no Brasil, que não vingou, pois, em janeiro de 1963, foi restabelecido o presidencialismo.

No tocante à legislação, as Ordenações do Reino tiveram vigência, entre nós, até 16 de dezembro de 1830 em matéria penal, quando foi transformado em lei o projeto de *Código Criminal do Império* de Bernardo Pereira Vasconcelos (havia também na época projeto de José Clemente

Pereira, não aproveitado, apesar de elogiado por penalistas estrangeiros, tendo servido de modelo para muitos códigos latino-americanos); em matéria processual penal, tiveram as Ordenações vigência até 29 de novembro de 1832, com a promulgação do *Código de Processo Criminal de Primeira Instância*, de autoria de Manoel Alves Branco, reformado pela Lei nº 261 de 3 de dezembro de 1841 (*Código de Processo Criminal*); em matéria comercial, até 25 de junho de 1850, com o advento do *Código Comercial do Império do Brasil* (Lei nº 556), cujo projeto é de José Clemente Pereira; em processo civil, no tocante à matéria comercial, até 25 de novembro de 1850, por força do (*Decreto* nº 737). Esse decreto, a partir de 19 de setembro de 1890 (*Decreto* 763), foi estendido às ações civis. Na República, entrou em vigor a 11 de outubro de 1890, o *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil* (*Decreto* nº 847), fundado no anteprojeto de J. Baptista Pereira, que, alterado por várias leis, deu lugar à *Consolidação das Leis Penais* (*Decreto* nº 22.213, de 14.12.1932), de autoria do desembargador Vicente Piragibe, contendo toda a legislação penal. Finalmente em direito civil, as Ordenações Filipinas mantiveram-se em vigor até 1º de janeiro de 1917, quando o projeto de *Código Civil* de Clóvis Beviláqua tornou-se lei (Lei nº 3.071 de 5 de janeiro de 1916), vigorando a partir de 1917.

A elaboração do Código Civil foi uma odisseia, começando em 1899, no Governo Campos Salles, terminando no de Wenceslau Braz, em 1916. Da batalha literária, jurídica e legislativa, travada em livros, em pareceres, em jornais, em comissões e nos plenários, em torno do trabalho de Clóvis, resultaram quatro projetos: *Projeto Beviláqua*, elaborado por Clóvis Beviláqua, professor do Recife, em dez meses, ou seja, de janeiro a outubro de 1899; *Projeto Revisto da Comissão dos Cinco Doutos*, presidida por Epitácio Pessoa. É o de Clóvis, emendado; *Projeto da Câmara* (1902), relatado na *Comissão dos Vinte e Um* pelo deputado Sylvio Romero. A forma literária lhe foi dada pelo prof. Carneiro Ribeiro; *Projeto do Senado* (1915), com emendas literárias e jurídicas de Ruy Barbosa e outras da Comissão do Senado. Todos esses projetos tinham por base o de Clóvis Beviláqua. Sancionado, pelo Presidente Wenceslau Braz, em 1º de janeiro de 1916, foi publicado no *Diário Oficial* de cinco do mesmo mês (Lei nº 3.071), entrando em vigor em 1º de janeiro de 1917. Em sua elaboração ocorreu célebre polêmica acadêmica entre Carneiro Ribeiro, que lhe deu a forma literária, e Ruy Barbosa, que a criticou veementemente em sua *Réplica* (1903) de 955 laudas. A gestação de nosso Código Civil foi, assim, laboriosa e difícil, em razão da preocupação com a perfeição literária e jurídica. Esse código, inspirado no Código Civil alemão (BGB), marca a independência de nosso direito das Ordenações portuguesas. Depois, a partir de 1930, tivemos inflação legista, mas nenhuma das leis ou códigos tem a clareza do Código Civil de 1916.

Com os citados diplomas legais iniciamos a fase nacional do nosso direito, tendo por base, como não podia deixar de ser, o direito português, o direito romano, o direito canônico e os códigos europeus do século XIX. Na década de 60 do século XX, elementos estranhos começaram a infiltrar-se em nosso sistema jurídico para atender às necessidades de nosso desenvolvimento econômico, do comércio internacional e da ampliação do mercado de capitais. Esses elementos não vieram da

Europa, mas dos Estados Unidos, e até do Japão, introduzindo-se no direito comercial, no direito econômico e, principalmente, no direito financeiro, como, por exemplo, “alienação fiduciária”, *leasing*, *trading companies*, estas últimas muito desenvolvidas no Japão. O nosso sistema jurídico, que tinha suas fontes exclusivamente no direito romanístico-continental, passou, no final da década de 1960, a obter subsídios em outras fontes.

As fontes romano-continentais foram auferidas por brasileiros que, até 1827, estudaram na Universidade de Coimbra, fundada, em 1288, por D. Diniz, em cuja Faculdade de Direito Civil, instalada em 1772, bacharelaram-se brasileiros que deixaram marcada a presença em nossa História, tais como José Bonifácio de Andrada e Silva, o Patriarca da Independência, Barbalho, autor de *Constituição Federal Brasileira – Comentários* e José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu, autor de importante obra sobre o direito comercial.⁴

Em 11 de agosto de 1827, por lei, foram criados os Cursos Jurídicos (*Cursos de Ciências Jurídicas e Sociais*), precisamente dois, sendo um em Olinda e, o outro, em São Paulo. O de Olinda instalou-se, em 15 de maio de 1828, no Mosteiro de São Bento, transferindo-se depois para o Recife, em 1854, onde originou-se importante movimento intelectual, denominado, por Sylvio Romero, *Escola do Recife*,⁵ opondo-se às ideias dominantes em nosso meio cultural, seja em Filosofia, seja em Literatura. Devemo-lo ao espírito irreverente e brilhante de Tobias Barreto (1839-1889) que a modelou segundo a cultura germânica.⁶ Destacaram-se nesse movimento, além de Tobias, Sylvio Romero (1851-1914), Clóvis Beviláqua (1859-1944), grande civilista e codificador, e Pontes de Miranda (1859-1944), constitucionalista, civilista e processualista de escol. Bacharelaram-se, ainda, no Recife, Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883), autor da *Consolidação das Leis Civis* (1858) e de um *Esboço de Código Civil*, encomendado em 1855 pelo governo imperial, não aproveitado, mas que serviu de base para o *Código Civil Argentino*, e João Barbalho (1846-1909), autor do clássico *Comentários à Constituição do Império de 1891*, que acabou Ministro do Supremo Tribunal Federal. O Curso Jurídico paulista instalou-se, em 1º de março de 1828, no velho Convento de São Francisco do século XVII, demolido, em 1936, por força de plano de urbanização de então, fato que a levou a se transferir para o prédio em que ainda se encontra, no Largo de São Francisco. Conhecida como *Academia de São Paulo*,⁷ ou, então, *Arcadas*, nela originaram-se grandes movimentos políticos nacionais, como, por exemplo, o da Abolição da Escravatura e, no século XX, a Revolução Constitucionalista de 1932. Da Faculdade de São Paulo foi um de seus primeiros professores o Conselheiro Joaquim Ignácio Ramalho, que desempenhou importante papel na formação do pensamento processual brasileiro, e José Bonifácio, o moço, no pensamento e movimento político. Dela saíram estadistas como Joaquim Nabuco (1849-1905), Ferreira Viana (1832-1905), Rodrigues Alves (1848-1919), Campos Salles (1841-1913) e Prudente de Moraes (1841-1902), e jurisconsultos, como Ruy Barbosa (1849-1923), Teixeira de Freitas (1816-1883), autor da *Consolidação das Leis Civis* (1858), Pimenta Bueno (1803-1878), cujo *Direito Público Brasileiro* (1857) é ainda obra clássica, Lafayette Rodrigues Pereira (1834-1917), lembrado ainda pelo seu

Direito das Coisas (1877), e Pedro Lessa (1859-1921), ou melhor, o Ministro Pedro Lessa do Supremo Tribunal Federal, conhecido como “Marshall brasileiro”, de cuja experiência como juiz resultou *O Poder Judiciário* (1915), e de cuja atividade acadêmica, *Estudos de Philosophia do Direito* (1911). Ainda no século XIX, em 1854, por força do Decreto nº 1.836, os Cursos anteriormente referidos passaram a se denominar Faculdade de Direito.

No século XX, nos anos 40, na Faculdade do Largo de São Francisco, originou-se importante movimento jurídico, motivado pelo processualista italiano Enrico Liebman, exilado por força do Fascismo, primeiro no Rio de Janeiro, depois, na capital paulista, conhecido por *Escola Processual de São Paulo*, formado por Francisco Eulálio de Bueno Vidigal, Alfredo Buzaid, Moacyr Amaral dos Santos, José Frederico Marques, Bruno Afonso de André, Benvindo Ayres e Sebastião Soares de Faria. Deve ser dito que foi o juiz e processualista carioca Eliezer Rosa que abriu o caminho para Liebman no Brasil, acolhendo-o, levando-o a formar o que penso poder ser denominado por *Grupo da Forense*, constituído por Luiz Macedo Soares Machado Guimarães, Hélio Tornaghi, Alfredo Lamy Filho, Aguiar Dias, Martinho Garcez Neto, Guilherme Estelita, Luiz Antonio de Andrade, e, inclusive, Alfredo Buzaid, que para o Rio vinha semanalmente participar do grupo de estudos processuais. Na mesma Faculdade, a partir dos anos 1950, formou-se o *grupo realeano*, em torno de Miguel Reale, defendendo a concepção tridimensionalista do direito (§ 198).

Essas escolas, a do Recife e a das Arcadas, e esses juristas revolucionaram a nossa cultura jurídica e filosófica de tal forma que estamos convencidos de ser grande o nosso débito para com a *Escola do Recife* e para com a *Academia de São Paulo*.⁸ A elas acrescentamos o *Instituto dos Advogados Brasileiros*, fundado por ato do Governo Imperial, em 7 de agosto de 1843, tendo Francisco G. A. de Montezuma como seu primeiro presidente. O Instituto insurgiu-se em fases críticas de nossa História na defesa do direito e da legalidade. Órgão de classe até a criação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), pelo Decreto nº 19.408, de 18.11.1930, que tanto deve à iniciativa do então advogado André de Faria Pereira (depois desembargador), que teve por primeiro presidente Levy Carneiro.

¹ Na Península Ibérica, vigiu o direito romano vulgar, que depois da invasão dos visigodos foi substituído pela *Lex Romana Wisigothorum* (§ 166), compilação do direito romano e de costumes observados pelos invasores, aplicável exclusivamente aos ibéricos, pois os germânicos eram regidos por seus costumes. A partir de 654, foi introduzido na Península Ibérica o *Liber Iudiciorum* (§ 166), também denominado *Forum Iudicium*, compilação que integrou o direito romano com o direito consuetudinário germânico e com o direito canônico, compreendendo direito penal, direito civil, direito processual e direito eclesiástico, que se tornou legislação comum a germanos e ibéricos. Depois da invasão dos mouros, essa compilação, que vigorou até o século XIII, perdeu a sua eficácia, sendo, entretanto, restabelecida pela compilação decretada por

Afonso X, denominada *Fuero Juzgo*, que, em verdade, é o *Forum Iudicium* com algumas inovações. Compreendia todo o direito: constitucional, penal, civil, processual e teoria da aplicação da lei. Foi recompilada várias vezes, sempre com inovações. Delas, data do século XVI, a mais importante, de autoria de A. Villadiego, conhecida por *Glosa de Villadiego*, mas oficialmente denominada *Forum antiquus gothorum regum Hispaniae, olim Liber Iudicium: hodie Fuero Juzgo nuncupatus* (1600). A título de esclarecimento: “fuero” significa lei. Posteriormente, o *Corpus Iuris Civilis* dos glosadores tornou-se direito comum a Portugal e à Espanha. O *Fuero Juzgo* eo *Corpus Iuris Civilis* serviram de base à *Ley de las Siete Partidas* (1256), decretada no século XIII, por Afonso X. Eis as fontes históricas das *Ordenações*.

2 As Ordenações Filipinas, após o domínio espanhol, foram revalidadas por D. João IV em 1643 (*Lei da Confirmação das Ordenações*). V. Coelho da Rocha (*Ensaio sobre a História do Governo e Legislação de Portugal*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1896, p. 192, nota 2). Sobre o poder judiciário consultar: Carlos Sussekund de Mendonça, “A justiça carioca de 1500 a 1822”, na *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, vol. IV, janeiro-abril, 1968.

3 O Brasil teve *Constituição provisória* decretada, pelo Governo Provisório (Deodoro da Fonseca) em 1890 (Decreto nº 510, de 22 de junho), elaborada por Ruy Barbosa Benjamin Constant, Eduardo Wandenholck, Floriano Peixoto, Quintino Bocayuva, Campos Salles, Cesário Alvim e Francisco Glicerio, que serviu de base para a Constituição de 1891. Nos “considerando” do decreto supracitado está dito que: “Considerando a suprema urgencia de acelerar a organização definitiva da Republica, e entregar no mais breve prazo possivel á Nação o governo de si mesma, resolveu formular sob as mais amplas bases democraticas e liberaes, de accordo com as lições da experiencia, as nossas necessidades e os principios que inspiraram a Revolução de 15 de novembro, origem actual de todo o nosso direito publico, a Constituição dos Estados Unidos do Brazil, que com este acto se publica, no intuito de ser submettida à representação do paiz, em sua proxima reunião, entrando em vigor desde já nos pontos abaixo especificados”.

4 O fundador, pode-se dizer assim, da cultura jurídica luso-brasileira foi João das Regras, como era conhecido João de Aregas, cuja data de nascimento é incerta, falecido em 3 maio de 1404, que estudou na Universidade de Bologna, aluno dos glosadores (§ 165). Foi reitor da Universidade de Lisboa, transferida, posteriormente, para Coimbra. Introduziu em Portugal as interpretações dos glosadores do direito romano.

5 Beviláqua (Clóvis), “O centenário da criação dos cursos jurídicos: a Faculdade de Direito do Recife” (*Revista de Crítica Judiciária*, julho, 1927); Chacon (Vamireh), *Da Escola do Recife ao Código Civil*, Rio de Janeiro, Simões, 1969; Pinto Ferreira, “A Faculdade de Direito e a Escola do Recife” (*Revista de Informação Legislativa*, jul./set., 1977); Saldanha (Nelson), *A Escola do Recife*, São Paulo, Convívio, 1985; Veiga (Glaucio), *História das Ideias da Faculdade de Direito do Recife*, Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 1980. A *Revista de Crítica Judiciária* pode ser encontrada nas bibliotecas dos Tribunais de Justiça.

6 Dignos de nota os trabalhos do professor italiano Mario G. Losano sobre Tobias Barreto, publicados na Itália e aqui. Em português destaque: “O Germanismo de Tobias Barreto” (*Revista Brasileira de Filosofia*, nº 154, p. 100, 1989; na mesma revista, 1993, nº 172, p. 335), e “Os

correspondentes alemães de Tobias Barreto”, em *Direito, Política, Filosofia e Poesia. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*, São Paulo, Saraiva, 1992.

- 7 Vampré (Spencer), “A Academia de São Paulo na história intelectual do Brasil” (*Revista de Crítica Judiciária*, Jun., 1927); Venancio Filho (Alberto), *Das Arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*, São Paulo, Perspectiva, 1977.
- 8 Ainda no século XIX, foram fundadas Faculdades de Direito particulares, no Rio de Janeiro, em Minas Gerais e na Bahia, que, por decreto do governo federal, após inspecionadas, foram reconhecidas como *Faculdades Livres*. Nesse caso, *livre* significava faculdade particular, reconhecida pelo governo. A do Rio de Janeiro, *Faculdade de Sciencias Jurídicas e Sociaes*, foi fundada em 18 de abril de 1882, por Fernando Mendes de Almeida, João Baptista Pereira, Rodrigo Octavio de Oliveira Menezes, José da Silva Costa, J. E. Sayão de Bulhões Carvalho e Coelho Rodrigues. O Conselheiro Antonio Joaquim Ribas figurava como decano dos professores. Pelo Decreto nº 639, de 31 de outubro de 1891, foi reconhecida, com a denominação *Faculdade Livre de Sciencias Jurídicas e Sociaes*. Ainda no Rio de Janeiro, em maio de 1891, foi fundada outra Faculdade de Direito, estando Sylvio Romero e José Higinio entre os seus fundadores, reconhecida pelo mesmo Decreto nº 639, de 1891, com o título de *Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro*. As congregações dessas duas faculdades, por iniciativa do Conde Affonso Celso, decidiram fundi-las em um só estabelecimento de ensino jurídico. O Decreto nº 14.163, de 12 de maio de 1920, legalizou a fusão, dando-lhe a denominação de Faculdade de Direito do Rio de Janeiro. É a que, incorporada à antiga Universidade do Brasil, passou a ser denominada *Faculdade Nacional de Direito*, hoje Faculdade de Direito. Na Bahia, José Machado de Oliveira fundou, em 15 de abril de 1891, a *Associação Faculdade de Direito da Bahia*, que, instalada em Salvador, recebeu, pelo Decreto Federal nº 599, de 17 de outubro de 1891, o título de *Faculdade Livre de Direito da Bahia*, hoje Faculdade de Direito da Universidade da Bahia. Em Ouro Preto, antiga capital de Minas Gerais, em 4 de maio de 1892, o então Presidente de Estado (era o título dos governadores), Conselheiro Affonso Penna, juntamente com Virgilio Martins de Mello Franco, David Campista, Levindo Ferreira Lopes e Affonso Arinos de Mello Franco, fundaram a *Escola de Direito*, instalada em 10 de dezembro de 1892, reconhecida, com o título de *Faculdade Livre de Direito do Estado de Minas Gerais*. Foi pelo Decreto nº 1.289, de 21 de fevereiro de 1893, transferida, em 1897, para Belo Horizonte, nova capital do Estado, hoje Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais.

EVOLUÇÃO DOS REGIMES POLÍTICOS

178. Se entendermos “regime político” como forma de governo (§ 187), que se caracteriza pelas relações entre governantes e governados e pelo modo de exercer o poder político, toda sociedade política, por mais arcaica que seja, tem regime político. Partindo dessa conceituação, é possível dar um rótulo único aos regimes políticos dominantes na Antiguidade. Nela, com exclusão da Grécia e de Roma, dominaram as *teocracias*¹ com poderes absolutos, despóticas, chefiadas por reis-deuses, ou melhor, encarnações ou representantes de divindades (Egito) ou por reis-emissários de deuses (Suméria). O despotismo² desumano atingiu o seu auge na Assíria. Mas, com os persas, de Ciro a Dario I, humanizou-se. Aliás, Dario I foi o primeiro déspota organizador do Estado. Unificou o Estado, dividindo-o em vinte satrapias, governadas por sátrapas, sem poder militar, para não se tornarem déspotas. Em Esparta, predominou a *aristocracia*, ou melhor, a *oligarquia*, ou seja, governo em que uma classe (nobres, melhor dizendo, proprietários de terras) monopoliza o poder assessorado por um conselho de anciãos, enquanto Atenas evoluiu da *realiza* (monarquia), exercida por um ou dois reis, assessorados por um conselho de nobres (proprietários de terras), para a *aristocracia* (oligarquia), em que um ou mais nobres, por tempo determinado, exerciam o governo com plenos poderes, depois, para a *democracia*. Atenas, politicamente, evoluiu, Esparta, não. Após a oligarquia, o governo de Atenas passou a ser colegial, exercido por mais de um magistrado (arconte), em número de nove, escolhidos pelos atenienses, submetidos à Assembleia. Sendo mais de um, o abuso de poder era mais difícil, como acreditavam os atenienses. Temporárias eram as magistraturas,³ geralmente anuais. O governo ateniense era exercido pela assembleia (*Eclésia*) de cidadãos (*democracia direta*), de certa forma onipotente. Nela os cidadãos aprovavam leis, adotavam decisões políticas e administrativas formuladas pelo Conselho (*Boulé*), cujos membros, em número de quinhentos, eram escolhidos pela assembleia. O direito dependia, assim, da vontade da maioria, manifestada na assembleia. Os mandatos, como dissemos, eram anuais; por sorteio eram em Atenas escolhidos os governantes, os membros das assembleias e dos tribunais, forma de eleição criticada por Sócrates. Os tribunais eram também populares, sendo o mais importante (*Hélia*) composto de seis mil atenienses, sorteados anualmente, dividido em seções, de quinhentos membros cada uma. Segundo Glotz (*La Cité Grecque*), nesses tribunais os juízes desempenhavam o papel de jurados. Nas épocas de crise, a democracia interrompia-se, dando lugar à *tirania*,⁴ por tempo determinado, escolhido o tirano pela assembleia, para enfrentar situações de perigo iminente para o Estado. Dos tiranos, Pisístrato, que governou de 545 a 527, manteve-se dentro da lei, executando a reforma de Sólon. Depois dele, Clístenes (século VI a.C.) implanta a democracia ateniense (508

a.C.). Esparta e seus satélites não seguiram essa linha de transformações políticas, mantendo-se militarizada e oligarquicamente governada.

Roma foi sempre aristocrática. A *realidade* ou *monarquia* foi a sua primeira forma de organização política até 510 a.C., quando foi substituída pela *república* (510 a.C. a 29 a.C.), presidida por dois cônsules, eleitos pelos “comícios por cúria” (assembleia dos patrícios). Ambos os cônsules tinham os mesmos poderes, podendo cada um vetar os atos do outro. Assim, Roma procurou evitar a tirania do *Consulado* (república). O Senado, assembleia aristocrática, composta em sua maioria de patrícios e de ex-cônsules, fiscalizava os atos praticados pelos cônsules, mantendo vivas as tradições jurídicas e sociais. Em face da possibilidade de os cônsules implantarem uma tirania, foi instituído mais tarde, depois de conflitos, o *tribunato*, ou seja, o poder tribunicio, que conferia ao tribuno poder de vetar leis injustas e prejudiciais à plebe. O tribunato passou, então, a limitar o poder consular. A administração da justiça estava a cargo de árbitros (*juízo arbitrai*), sendo o processo preparado por *prettores*, que declaravam a ação a ser proposta e o direito a ser aplicado. Todas essas funções eram exercidas pelos patrícios, só tardiamente pelos plebeus, depois de muitas lutas. Posteriormente, conheceu Roma o *Principado*, de 29 a.C. a 284 d.C., substituído pela *ditadura* ou *Império* ditatorial, de 284 d.C. a 597 d.C., ou seja, o despotismo de generais-salvadores, que acabaram derrotados por vizinhos aguerridos.

Na Alta Idade Média, conheceu a Europa o caos político e jurídico, refugiando-se no Oriente o espírito romano. Lá, por algum tempo, manteve-se de pé a ordem imperial, garantida por um soberano desprovido de caráter sagrado, mas dotado de poderes absolutos.

É em Bizâncio que o legado de Roma é inventariado, para posteriormente ser transmitido ao Ocidente.

O que restava do Estado romano acabou esfacelando-se. Carlos Magno tentou renascê-lo, transferindo para o Ocidente o prestígio da Igreja. Nessa fase histórica o poder real era submetido à Igreja, de tal forma que, em 1302, o Papa Bonifácio VIII baixou uma *bula* subordinando o poder secular (real) ao poder espiritual (Roma), ou seja, o rei e o senhor feudal ao Papa. Não tardou, porém, o conflito entre o Papado e os reis.

A possibilidade de restauração da ideia romana de Estado foi sepultada definitivamente, em 1002, com a morte de Ótão III. Não havia mais lugar para *Impérios*.

As ameaças multiplicavam-se, agravadas com o declínio da autoridade real, sem meios para defender seus domínios da invasão de povos vizinhos, bem armados, disciplinados, dispostos a conquistar e usufruir as conquistas romanas. Para enfrentá-las, nobres, da mais alta hierarquia (barões), criaram seus próprios exércitos, dando segurança aos que residiam em seus domínios, exigindo-lhes em troca lealdade, serviço militar e pagamento de impostos. E, assim, a partir dos anos 600, principalmente na França, o poder político descentralizou-se, originando o *feudalismo* e, com ele, o crepúsculo do Estado, como era concebido no passado. Os territórios reais passaram a ser

regidos nominalmente pelo rei, divididos em pequenas cidadelas-Estado (*feudos*), em que efetivamente se concentrava e residia o poder. O poder real, nominal, dependia do poder dos nobres, governantes dos feudos, garantidos pelos seus exércitos, com seus tribunais, suas leis, seus costumes e seus impostos. Nos séculos XI e XII, essa organização atingiu o seu apogeu. Era uma ordem caracterizada pela descentralização do poder e pela vinculação, de natureza contratual, de “vassalos” e “servos” aos proprietários de terras (senhores), em troca de segurança nas fortalezas (castelos) de seus senhores quando ameaçados por outros chefes feudais ou por assaltantes. Segurança paga com alto preço, seja com serviço militar, seja com prestação de serviços aos senhores, seja com parte da colheita.⁵ Houve, assim, no feudalismo, descentralização do poder, divisão da autoridade e confusão do direito público com o direito privado (contrato, propriedade). O rei, um “senhor” entre “senhores”, era *primus inter pares*, colocado na escala mais alta da hierarquia. Reinava ouvindo a corte de nobres e bispos; enquanto nos feudos, o senhor feudal era aconselhado por chefes militares e por párocos. O rei não decidia arbitrariamente, mas era a última instância recursal em questão de justiça. Partilhados a soberania e o poder político, cada castelo era um Estado. O Estado, no sentido autêntico da expressão, deixou de existir.

Mas casamentos de descendentes de senhores feudais com membros da família real, bem como anexação de territórios mediante indenizações, ou por ocupação militar ou ainda por sucessão *mortis causa*, aumentaram o domínio real. Por outro lado, o crescimento das cidades,⁶ graças ao desenvolvimento do comércio, com suas próprias organizações jurídica e política, juntamente com a diminuição de risco de novas invasões de “bárbaros”, fez declinar a ordem feudal (séculos XIV e XV). O crescimento do comércio, exigindo estabilidade política, possibilitada pela decisão real de ter exército permanente, constituído de mercenários, gradativamente determinou a concentração do poder na pessoa do rei, dando origem ao Estado como o entendemos, ou seja, ao aparecimento na França do *Estado monárquico*, que depois da Revolução Francesa (1789) tomou a forma de *Estado-nação*.

A partir daí, o rei sucedeu ao Papa como autoridade absoluta. O fim da *Guerra de Cem Anos* facilitou a concentração de poder, surgindo, então, o *poder real absoluto*. A dominação dos Capetos na França durante 300 anos gerou a unidade nacional, bem como a centralização do poder. Juristas, literatos, como Ronsard, cooperaram na criação da ideologia do poder central absoluto. Foi formulada, então, na França, a teoria do poder real absoluto, base ideológica do *absolutismo político*. Maquiavel, na Itália, em 1513, delineando a figura de *Príncipe* astuto, tendo por meta o domínio das massas com o emprego de meios legais e ilegais, deu sua contribuição; Bossuet (1627-1704) deu-lhe bases filosóficas e religiosas, enquanto Hobbes (1588-1679), partindo de posição muito próxima do jusnaturalismo, em 1651, atribui-lhe origem contratual, e Bodin (1530-1596), pela primeira vez, formula em 1576 a noção de soberania, como poder soberano, absoluto, uno e indivisível, que se tornou básica para a noção moderna de Estado.

A *monarquia absoluta*, organização política dominante após o feudalismo, caracterizava-se

pela confusão da pessoa do rei com o Estado, proclamada por Luís XIV (1643-1715), bem como pela concentração dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na pessoa do rei, que os exercia com os seus delegados, sem barreiras. É a nota característica desse período histórico. É a época da centralização na pessoa do monarca de todos os poderes. O Cardeal Richelieu a preparou e Luís XIV encarnou-a. Os “doutores” criaram a ideologia de o rei governar por direito divino, sem obrigação de prestar contas de seus atos ao povo ou aos nobres, salvo a Deus, na forma pregada por Bossuet. Na França, o absolutismo, bem estruturado e ideologicamente fundamentado, foi praticamente uma forma de totalitarismo, que tentou sufocar a livre manifestação de pensamento pela censura de livros e de jornais, exercida por Maslesherbes (1721-1794), no reinado de Luiz XV (1754-1793). Totalitarismo incompatível com o espírito do Iluminismo, dominante nos séculos XVII e XVIII na França, que submete à razão a vida intelectual e política. Para evitar a censura, os intelectuais de então (“livres-pensadores”), como Voltaire e outros, foram obrigados a, sob pseudônimos, publicarem as suas obras fora da França, ou clandestinamente, para então divulgá-las e comerciá-las no território francês (*vide* P. Lepape, *Voltaire*). Em razão da censura e da ação policial, surgiu o costume, que acabou tornando-se tradição em Paris, de os intelectuais reunirem-se em “cafés” (*Le Procope*, café fundado em 1686, frequentado por Voltaire e Rousseau, ainda aberto) para divulgação e debate de suas ideias ou, então, em “salões” de grandes “damas” da aristocracia ou da alta burguesia enobrecida. Esses *hommes de lettres* com suas ideias, expostas em livros, jornais clandestinos, panfletos ou em dissertações nos cafés ou em “salões”, minaram os alicerces do *Ancien Régime*, enfraquecido por grave crise econômica, culminando com a Queda da Bastilha, em 14 de julho de 1789 e, conseqüentemente, com o fim do feudalismo, do absolutismo e da monarquia.

Na Inglaterra o *absolutismo* não teve as mesmas características, sendo mais a manifestação de poder absoluto do monarca em matéria tributária, que provocou a reação da nobreza, que, em 1215, obrigou o rei a assinar a “Magna Carta” (*Magna Charte*), documento semelhante às Constituições modernas.⁷ O conflito prosseguiu entre o soberano e o Parlamento, a princípio órgão consultivo, depois, deliberativo.⁸ Em 1628, golpe mortal foi dado no *absolutismo inglês* ao não reconhecer Coke, líder do Parlamento, a origem divina do poder real, definindo-o como poder consentido pelo povo. A promulgação por Carlos I, em 1628, da *Petition of Rights*,⁹ documento solene redigido pelo Parlamento, enumerando as suas prerrogativas, bem como os atos ilegais praticados pela Coroa, que não deveriam ser repetidos, estabeleceu o *governo responsável e limitado*, ou seja, a *monarquia constitucional*. Consagrou, ainda, o princípio de o rei não poder modificar a *Common Law*, submetendo-se a ela incondicionalmente. Dessa forma, a reação ao absolutismo na Inglaterra colocou em oposição a Coroa e o Parlamento, originando um conflito entre essas instituições, que terminou com a vitória parlamentar, consolidada com a execução de Carlos I e com a decretação do *Instrument of Government*, espécie de Constituição que dava predominância ao Parlamento.¹⁰ Mais do que isso, solidificou-se o princípio de o governo estar submetido às leis do Reino.

Começa, então, com alguns períodos de crepúsculo, para depois se firmar, definitivamente,¹¹ o

parlamentarismo (§ 187) na Inglaterra, em que o rei reina, mas não governa, pois o governo é exercido efetivamente pelo Parlamento através do *Gabinete* (*Governo de Gabinete*).¹²

A França, depois de Napoleão, teve mais de uma Constituição, conhecendo “Golpes de Estado” militar e guerra civil sangrenta, como a *Comuna* (1871), bem como o conflito ideológico entre *Direita* (monarquista, conservadora) e *Esquerda* (revolucionária, liberal), terminado em 16 de maio de 1877, com a opção pelo parlamentarismo segundo o modelo inglês.

Mas enquanto na Inglaterra o parlamentarismo proporcionou estabilidade política, na França, ao contrário, foi motivo de instabilidade, com frequentes quedas de “gabinetes” (ministérios).

Em resumo, o movimento político inglês, que deu origem ao *parlamentarismo*, instituiu o *regime representativo* e a *separação de poderes* (§ 186) do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário). As vantagens desse sistema foram divulgadas na França por Montesquieu e Voltaire, que, com os *Enciclopedistas*, contribuíram para que, no século XVIII, caísse o *Ancien Régime*,¹³ com a Revolução de 1789, que proclamou a Igualdade Civil e os Direitos do Homem (*Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*, de 1789). Em 1791, redigida pela Assembleia Nacional francesa, foi promulgada a primeira *Constituição liberal*, inspirada no individualismo jurídico, protegendo a propriedade privada e reconhecendo os direitos naturais. As suas bases filosóficas encontram-se nas ideias dos *Enciclopedistas* e, principalmente, em Rousseau e em Locke. O primado da lei, como expressão da vontade popular, e o Poder, tendo por fonte a nação, foram as ideias-mestras desse movimento político que reacendeu a chama da *democracia*, governo do povo para o povo e pelo povo, e que, na Europa, abriu as portas para a *república*,¹⁴ fazendo depender o governo do voto da maioria dos eleitores. A sua forma moderna foi-nos dada anteriormente pelos “pais” da nação norte-americana (1787), como são assim conhecidos os artífices não só do presidencialismo¹⁵ (§ 187) como do *federalismo*?¹⁶ e, também, da primeira *Declaração de Direitos*. No *presidencialismo*, ao contrário do *parlamentarismo*, o governo concentra-se na pessoa do Presidente da República, responsável pelas decisões políticas do governo, e não no Parlamento (Congresso).

A Independência dos Estados Unidos¹⁷ e a Revolução Francesa, bem como a prática constitucional inglesa, deram origem ao *constitucionalismo ocidental*, ideologia de combate ao absolutismo político, e a todas as formas de autoritarismo, tendo por ideias básicas a primazia da lei, a divisão de poderes (§ 186) e a instauração de governo responsável. A *Primeira Guerra Mundial* (1914) derrubou as monarquias autocráticas, implantando a democracia parlamentarista. Mas, a Grande Depressão (1929), profunda crise econômica, financeira e monetarista, provocou o “recuo da democracia” com o aparecimento do fascismo e do autoritarismo (Itália e Alemanha). Depois da *Segunda Guerra Mundial*, a organização política ocidental foi posta à prova por fatos graves que ocorreram no Ocidente. Primeiro, a grave crise econômico-político-social que se seguiu ao armistício de que resultou o fortalecimento do Executivo; segundo, o crescente estado de tensão internacional, e, terceiro, o aumento assustador do poder econômico multinacional e transnacional,

do qual dependem as economias nacionais, fora de controle por parte dos governos. Apesar desses riscos e ameaças, mantiveram-se ainda de pé as duas principais formas de organização política, resultantes das práticas constitucionais europeias e americanas, o *parlamentarismo* e o *presidencialismo*, ambas instituindo governos responsáveis, submetidos à lei, bem como o primado do direito.

Na Itália e na Alemanha, entretanto, o autoritarismo, valendo-se da crise econômica e do receio do comunismo soviético, entrou em cena, seja sob a forma de fascismo nos anos 1920, seja sob a de nazismo nos anos 1930, implantando o *totalitarismo* (expressão criada por Mussolini) e o despotismo, afastando-se do liberalismo europeu. Nos Estados Unidos, apesar da forte reação da Corte Suprema, enfraquecida com a aposentadoria “voluntária” de alguns de seus juizes liberais, Roosevelt, com o *New Deal*, interveio na economia para enfrentar a crise de 1929, desfigurando o Estado-Liberal, do qual o norte-americano era modelo.

A crise de 1929 na América Latina foi devastadora, arruinou a ordem econômica e “varreu” a democracia de nosso Continente. Entre nós provocou a Revolução de 1930 e iniciou a Era Vargas, enquanto na Argentina, a Era Péron.

Na década de cinquenta, na França, país tradicionalmente parlamentarista, grave crise política levaram as forças políticas majoritárias a promulgar a Constituição de 1958 (V República), emendada em 1960, 1962 e 1963, instituindo o *parlamentarismo misto* (§ 187), combinação de presidencialismo com parlamentarismo, caracterizado pelo fortalecimento do Chefe de Estado (Executivo). Com a reforma constitucional de 1958, além de ter saído fortalecido o Chefe de Estado, ficou mais difícil a queda do Gabinete e a dissolução do Parlamento. A bem da verdade, deve ser dito que as crises ministeriais ocorridas antes da V República não foram a causa única dessa reforma constitucional, pois, como nota Raymond Aron (*Mémoires*, 1983), elas resultaram da necessidade urgente de terminar a guerra da Argélia.¹⁸ Soma-se a esses fatores a gravíssima crise econômico-financeira em que se encontrava mergulhada a França ao tempo em que o General De Gaulle (1890-1970) assumiu o poder em 1958, como ele mesmo relata em suas *Mémoires d’Espoir*. Esses fatores é que levaram a França a adotar o *parlamentarismo misto*, abandonando o sistema parlamentar puro vigente desde 1875. Mas, a nosso ver, tendo em vista o relatado pelos historiadores e memorialistas, se não fosse a volta de De Gaulle, talvez tivesse ficado de pé o velho sistema, apesar de todas as crises a que dera origem. Pensamos que o povo francês se decidiu pela adoção desse tipo híbrido de parlamentarismo, não por considerá-lo uma forma de governo mais perfeita, mas para dar maiores poderes a De Gaulle, de modo a que ele pudesse enfrentar a grave crise política e econômica em que se encontrava mergulhada a França. Daí Raymond Aron, em suas *Mémoires* (1983), chegar a admitir não ser a V República resposta *durável* para os problemas franceses (o grifo é nosso). Nos anos 1990, apesar de bem-sucedido o socialista François Mitterand, principalmente nos meios de comunicação de massa, havia quem pregasse a *VI République*... O próprio Mitterand, em novembro de 1991, admitiu a necessidade de ser emendada a Constituição para fortalecer o Parlamento...

Igualmente, Portugal e Espanha, saindo do fascismo, em que se sobressai o poder autoritário do Chefe de Estado, engolfados em grave crise econômico-política, adotaram o modelo francês de 1958. Assim, Portugal (Constituição de 02.04.1976) e Espanha (Constituição de 27.12.1978), também em razão de grave crise política e econômica, acolheram o parlamentarismo mitigado.

Dessa forma, esse regime híbrido, que não é parlamentarismo nem presidencialismo, foi criado e instituído em razão, não da imperfeição do parlamentarismo ou do presidencialismo, mas em razão de graves situações históricas vivenciadas por esses países. Tanto é assim, que a Alemanha, apesar de derrotada e de dividida, submetida à grave crise política e econômica logo após a Guerra de 1939, solucionada graças ao Plano Marshall, manteve-se fiel ao parlamentarismo (Lei Fundamental de 1949), apesar do fracasso desse sistema na República de Weimar, que facilitou o acesso de Hitler ao poder... Eis outro reforço à nossa opinião de que o *parlamentarismo híbrido* foi adotado, não por ser um modelo político mais perfeito, mas por condições históricas que o exigiram, peculiares aos países citados. Tanto é assim que na França, como dissemos, já se pensa na *VI^a République*.

A evolução ou aperfeiçoamento dos regimes políticos tende a ter importância relativa, instrumental, porque o Estado, ao qual elas dão forma, está em crise, desfigurando-se progressivamente desde a queda do Muro de Berlim (1989), com soberania enfraquecida no final dos anos 1990 e começo dos 2000, por imposições da chamada *globalização*.

-
- ¹ *Teocracia* é forma de governo em que o governante governa a título de emissário da divindade da cidade, desempenhando nesse governo papel principal os sacerdotes. As normas religiosas são fontes de leis jurídicas.
 - ² *Despotismo* é o governo autoritário em que o rei (*basileus*) tem total poder de decisão, às vezes, arbitrário.
 - ³ Magistrado, na Antiguidade, era não só o juiz, como, também, todo e qualquer funcionário público. Era o cidadão investido de *imperium*, ou seja, de poder soberano de comando, que exercia função pública. Na Grécia e em Roma, eram os que, investidos nesse poder, deliberavam pelo povo, decidiam e agiam em nome dele. Havia em Roma *magistratus populi romani*, que exerciam as principais funções, e magistrados que representavam as municipalidades. Geralmente, tanto na Grécia como em Roma o mandato era anual. Em regra, no mundo antigo, a magistratura era gratuita, sendo dever do cidadão exercê-la. Todavia, em Atenas, Péricles assalariou os membros do conselho. Posteriormente, em Roma, na fase monárquica, a magistratura deixou de ser temporária, tornando-se vitalícia, sendo absolutos e irresponsáveis os magistrados. O mesmo não aconteceu em Atenas, onde o funcionário ao deixar o cargo estava obrigado a prestar contas, que, se não aceitas, poderia determinar o confisco de seus bens. O povo poderia suspendê-lo de suas funções, acusando-o perante a Assembleia, levando-o a julgamento perante o tribunal popular (*Hélia*).

- 4 *Tirania* é o governo de um só, cujo poder, em regra, é usurpado, daí a sua ilegitimidade. Mas em Atenas essa instituição foi, muitas vezes, provisória, aprovada pelos atenienses pelo voto na assembleia, sendo, nesse caso, o governo consentido de um só, com poderes absolutos, por tempo determinado, para enfrentar situação social ou política grave.
- 5 O vínculo de vassalagem nascia de duas cerimônias: juramento ou “homenagem”, pelo qual o vassalo jurava fidelidade ao “senhor”, e “investidura”, pelo qual o “senhor” atribuía o usufruto de terras ao vassalo, que podia transferi-lo, total ou parcialmente, a outrem, tornando-se assim “senhor” de outro “vassalo”, mediante as mesmas cerimônias. Destarte, na hierarquia feudal havia altos senhores feudais, que só nominalmente deviam fidelidade ao rei, e que eram os verdadeiros detentores do poder político; “senhores vassalos”, submetidos àquelas altas dignidades, eram, ao mesmo tempo, “senhores” de vassalos aos quais haviam transferido o usufruto total ou parcial das terras recebidas daqueles. Abaixo desses senhores estavam submetidos, absoluta ou parcialmente, os “servos”, considerados “coisas”, que não tinham direitos e nem liberdades. Estavam vinculados à terra do “senhor”, devendo-lhe trabalho e impostos. Encontravam-se, pois, sob o regime de “servidão”. O destino deles dependia do destino da terra a que estavam vinculados. Pode-se dizer que, em relação à terra, eram verdadeiros “acessórios”. A partir do século X, o regime de “vassalagem” tornou-se compulsório. O preço da vassalagem consistia em ajuda militar, serviço e pagamento de impostos. Em suas propriedades, o “senhor” era a suprema autoridade, tendo as suas leis, a sua justiça, a sua moeda e o seu exército, só ele podia julgar os seus vassalos e seus servos, mesmo que cometessem crimes em outro feudo. O *regime econômico* do feudalismo era primitivo: a produção era disciplinada pelas necessidades de consumo. Produzia-se no feudo exclusivamente para o consumo de seus habitantes. Inexistiam trocas ou comércio entre os feudos.
- 6 O desenvolvimento das cidades, do comércio e das riquezas, a miséria no campo e a exploração dos servos concorreram para a fortificação da monarquia com o auxílio dos cidadãos (burgueses), artesãos e comerciantes, facilitada pelo enfraquecimento do poder militar dos senhores feudais sem condições de enfrentar o exército de mercenários do rei. Surgem então as nações e o Estado moderno (França, Espanha e Inglaterra), enquanto a Itália mantém-se dividida em repúblicas (cidades-Estado).
- 7 A “Magna Carta” instituiu o governo submetido à lei e à vontade dos súditos. Do exercício do poder dependia a legitimidade do governo. Se com observância das leis e dos costumes, legítimo; se contra a lei ou sem a audiência do Parlamento, ilegítimo. Iniciou-se assim o *governo responsável*, controlado pela lei e pelo Parlamento (deve ser lembrada a *Curia Regis*, conselho formado por nobres, instituída em 1066, por Guilherme o Conquistador, que assessorava o rei). Henrique III (1216-1272) tentou restaurar o absolutismo real inobservando a Carta Magna. Mas, procedendo assim provocou a revolta dos barões, que o obrigaram a assinar o *Estatuto de Oxford* (1258), que instituiu o *Conselho de Barões*, origem do Parlamento. A inobservância desse documento motivou a prisão do rei (1264). O chefe vitorioso, Montfort, convocou então uma assembleia-geral, formada de representantes do clero, da nobreza e dos burgueses, que, instalada em 1265, *deu origem ao Parlamento inglês*. Em 1341, foi dividido em duas Câmaras: a dos Lordes (aristocrática) e a dos Comuns, formada de representantes das cidades e dos condados. No século XVII e durante a ditadura de Cromwell (1653-1658), o Parlamento perdeu a sua força.

No que concerne à *Magna Charta Libertatum* deve ser dito que ela condena a prisão ilegal; garante o direito de resistência dos nobres no caso de violação da Carta pelo rei; proíbe impostos não aprovados pelo Conselho do rei (primeira forma do Parlamento inglês); veda prisão sem sentença condenatória pronunciada pelos pares (juizes da classe social do réu). O *Estatuto de Oxford*, acima referido, imposto a Henrique III pelos nobres, estabelecia que o *Conselho do Reino*, constituído de barões, prelados e delegados de Londres, deveria reunir-se três vezes por ano.

8 Sob os reinados de Henrique VIII (1491-1547) e de Elizabeth I (1558-1603) enfraqueceu-se o poder do Parlamento.

9 No reinado de Carlos I (1625-1649), os impostos foram aumentados sem a iniciativa ou aprovação do Parlamento, bem como ocorreram prisões ilegais, isto é, sem prévio julgamento pelo sistema do júri. A esses fatos reagiu o Parlamento, redigindo então a *Petition of Rights* (1628), que enumera os direitos dos súditos e os atos ilegais praticados pelo rei, que deveriam ser revogados e não repetidos.

10 Assim mesmo, ilegalidades foram praticadas por Carlos II (1660-1685), levando o Parlamento a baixar o *Act of Habeas Corpus* (1679), que obriga a apresentação, dentro de curto prazo, do detido ao juiz, acompanhado das razões da prisão. Novas arbitrariedades foram praticadas por Jaime II (1685-1688), sucessor de Carlos II. Reagindo às mesmas, o Parlamento solicitou a ajuda de Guilherme de Orange, que se encontrava na Holanda, que tinha direito ao trono da Inglaterra. Aceitando o apelo, Guilherme desembarcou na Inglaterra, derrotando Jaime II. Coroado, como Guilherme III (1689-1702), reconheceu a supremacia do Parlamento. Elaborado pelo Parlamento, sancionou Guilherme III a *Bill of Rights* (1689), que enumera os atos que não podiam ser praticados pelo rei e os direitos dos súditos.

11 Depois da revolução de 1688, no reinado de Guilherme III, o Parlamento, como dissemos na nota anterior, consolidou os seus poderes, transformando-se praticamente em órgão do governo.

12 A partir de 1714, a Inglaterra passou a ser governada por ministros pertencentes à maioria parlamentar, reunidos em um *Conselho (Gabinete)*, sob a chefia de um deles (*Primeiro-Ministro*). Inaugurou-se então o *Governo de Gabinete*.

13 O *Ancien Régime* caracterizou-se pelo absolutismo político, que, no caso francês, primou pela confusão de poderes nas mãos do rei. Os *Estados Gerais*, assembleia de representantes da nobreza, do clero e da burguesia, instituídos em 1302, só eram convocados por decisão real. As liberdades individuais não eram respeitadas.

14 Não deve ser esquecido o fato de o Congresso de Viena (1814) ter ensejado à “restauração” do absolutismo político (1815-1830) e do “sistema de intervenção”, que permitia aos coligados (Santa Aliança) intervir onde fosse implantado um sistema republicano e liberal. Em 1830, desapareceu praticamente a Santa Aliança (Áustria, Rússia, Prússia, Inglaterra e França) e, com ela, o regime intervencionista. As revoluções de 1830 e de 1848 restabeleceram na França a república e o sistema liberal, mais tarde interrompido como Segundo Império (1852-1870). A reforma de 1875 instituiu na França o *regime parlamentarista*. Na Inglaterra, a reforma eleitoral de 1832, completada com as de 1867 e 1884, implantou o sistema liberal. Rússia, Áustria e Prússia mantiveram-se dentro do regime autocrata. Em nossa época, modificaram os seus regimes,

mantendo-se, entretanto, fiéis às suas tradições políticas.

- 15 Forma de governo em que o Presidente da República é Chefe de Estado, do Governo e do Executivo, podendo ou não nesse sistema haver equilíbrio de poderes, pois atualmente nota-se o fortalecimento progressivo do Executivo (§ 187). Tal ocorre, como acentuou o presidente Wilson, dos Estados Unidos (1913-1921), quando o Congresso se enfraquece.
- 16 Forma de Estado (§ 183) constituído de Estados-membros dotados de autonomia, com governo próprio e em que há descentralização do poder político. Pode resultar de pacto ou de ato da assembleia constituinte. Esta estrutura jurídico-política do Estado foi estabelecida pela primeira vez pela *Convenção Constitucional* norte-americana de 1787. No Brasil, o federalismo foi instituído pela Constituição Federal de 1891, que delimitou e prescreveu os poderes dos Estados-membros.
- 17 Decisões arbitrárias do Parlamento inglês, proferidas em 1771 e em 1773, levaram à instalação, por iniciativa dos colonos de Boston e de Massachusetts, do I Congresso de Filadélfia (1774), que promulgou a primeira *Declaração de Direitos*. O II Congresso (1775) declarou guerra à Inglaterra, enquanto o terceiro proclamou a independência dos Estados Unidos (1776) e promulgou a *Declaração da Independência* (1776), reconhecendo os direitos individuais fundamentais, bem como prescrevendo o dever de resistência de todo cidadão aos governos ilegítimos. Essa declaração foi redigida por uma comissão da qual faziam parte Benjamin Franklin e Thomas Jefferson. O Congresso então nomeou uma comissão para redigir os princípios dos “artigos da Confederação”. Redigidos, estabeleceram a federação e o princípio de “soberania, liberdade e autonomia” dos Estados-membros. Insuficientes se mostraram logo esses “artigos”, resultando deles confusões jurídico-políticas, tornando-se necessária, por isso, a convocação de uma assembleia constituinte, que, eleita e reunida em Filadélfia (1787), promulgou a *Constituição norte-americana* (1787), ainda em vigor, com algumas emendas. Assim surgiu o *governo federativo, republicano e presidencialista* dos Estados Unidos (§§ 181 e 185). Tanto os citados “artigos” como a Constituição firmaram pela primeira vez os princípios da soberania do povo, da igualdade de todos os homens e da proteção da liberdade. Instituíram o governo responsável perante o povo: todo o poder emana do povo e os que o exercem são seus servos, podendo ser a qualquer tempo responsabilizados. A Constituição norte-americana, observando esses “artigos”, instituiu a divisão de poderes e garantiu a liberdade de imprensa. Pela Declaração da Independência, a finalidade do governo foi definida como sendo a proteção dos direitos individuais.
- 18 Simone de Beauvoir (*A Força da Idade*, 1995, trad.) relata os graves acontecimentos ocorridos, principalmente em Paris e Argel, que provocaram o apelo a De Gaulle e, com ele, o autoritarismo da V República.

SÉTIMA PARTE

ESTADO E DIREITO

179. ESTADO E DIREITO

A inegável eficácia do direito estatal, decorrente da coerção exercida pelos aparelhos estatais de segurança e pelo Judiciário, levanta uma *vexatissima quaestio*: a da relação entre direito e Estado, de cuja solução depende admitir a predominância do direito natural ou, então, a do direito positivo (direito estatal), bem como o reconhecimento (ou não) do primeiro como direito.

A resposta depende da posição filosófica tomada pelo jurista: se positivista, o direito depende da vontade do Estado; se jusnaturalista, o Estado deve legislar conforme os princípios da justiça; e, se sociológica, o direito estatal resulta da pressão de fatores sociais, dentre os quais o econômico e o político. Entretanto, se recorrermos à História ou à Sociologia, acabaremos reconhecendo haver direito antes do Estado propriamente dito. Na sociedade arcaica, sob a forma de costume, o direito regeu de forma efetiva as relações entre os membros da sociedade política; na Idade Média, as decisões das corporações de mercadores transformaram-se, sem qualquer interferência do Poder Público, em direito comercial, e o direito canônico vige independente da vontade do Estado, como, também, é o caso do direito da comunidade internacional. Apesar disso, ainda há os que o colocam na dependência da vontade do Estado (*positivismo jurídico*, § 196). Na Alemanha, a *teoria estatal do direito* teve grande sucesso, inspirada em Hegel (§ 194). Jellinek, abraçando-a e admitindo a supremacia do Estado, defendeu a teoria da *autolimitação do Estado* pelo direito por ele mesmo formulado ou reconhecido. Ihering (§ 199) encontrou no Estado a garantia da eficácia do direito. Mas, em posição oposta, a *teoria do direito natural* (§ 192) sustenta o primado do direito, entendendo ser a Justiça o fundamento da autoridade do Estado e a fonte de legitimação de seu direito. Assim, enquanto os positivistas defendem a *autolimitação do Estado pelo seu próprio direito*, a *teoria do direito natural* advoga a limitação do Estado pelo direito natural. Para o *sociologismo jurídico* (§ 199), o Estado é somente uma das formas de grupo social organizado, com competência legislativa, que, monopolizando o poder coercitivo da sociedade, impõe um direito dotado de maior eficácia do que os demais direitos. Assim se posicionando, os sociólogos não confundem o direito com o Estado e nem submetem um ao outro, por admitirem a possibilidade de criá-lo todo grupo social organizado. Mas, enquanto os que defendem o positivismo jurídico (§ 196) não confundem o direito com o Estado (apesar de fazê-lo depender deste), Kelsen (§§ 197 e 200) identifica-os. O Estado, para ele, é “a ordem jurídica vigente”. O direito, na *teoria da identidade do direito com o Estado*, é a “forma” que o modela, ou melhor, a roupa que o veste. Assim, para Kelsen

não pode haver Estado sem direito e nem direito sem Estado, pois todo Estado é Estado de direito. O aspecto sociológico do Estado, ou seja, o Estado como realidade social ou cultural, não é para o kelsenismo, tema da ciência do direito, mas da Política e da Sociologia.

Dadas, de forma sumaríssima, as principais posições em relação a essa *vexatissima quaestio*, passemos à nossa modesta opinião. Inegavelmente, o direito formulado ou reconhecido pelo Estado é o direito mais eficaz e o único garantido pelo Poder Público. No interior do Estado, em seu território, o direito público (§ 98) é totalmente estatal, ou seja, criado ou reconhecido pelo Estado, enquanto o direito privado (§ 114) e o direito misto (§ 119), apesar de criados pelo Estado em sua maior parte, podem originar-se do costume (§ 75), da jurisprudência, da doutrina (§ 81) e do contrato coletivo de trabalho (§ 79). Na ordem internacional, o direito não depende da vontade de um ou de poucos Estados soberanos, mas do consenso das nações constitutivas da comunidade internacional. Nesse terreno aplicam-se, como uma luva, observações de Sanchez Bustamante y Serven (*Derecho Internacional Privado*): o “poder não pode ser ilimitado, salvo se for o único”, o que não ocorre na comunidade internacional. O direito estatal, ou melhor, o governo do Estado tem legitimidade na medida em que for internacionalmente reconhecido. Caso contrário, está excluído da ordem política, econômica e social internacional, ou seja, da comunidade internacional. Acima do Estado e do direito está a Justiça (§§ 45 e 202), assim pensamos. Mas, como nota Roubier (*Théorie générale du droit*), assim como a força deve se apoiar na Justiça nos tempos normais, o poder, ou seja, o Estado, em qualquer momento, “tem interesse em se apresentar como poder justo”. Porém, “se ocorrer o divórcio entre o direito e a autoridade em dias difíceis, é necessário que as pretendidas necessidades do Estado não nos façam esquecer que por cima das leis positivas estão princípios superiores do direito” (Roubier). O ideal é o *Estado de direito*, isto é, o Estado submetido ao direito por ele mesmo criado ou reconhecido, dotado de eficácia e que, tendo estabilidade, possa servir de base para profecias de como decidirão as autoridades e os juízes. No *Estado de direito*, como escreve Henkel (*Introducción a la filosofía del derecho*, trad.), autovinculado à “lei como expressão da vontade comum da sociedade”, tendo o governo controlado pelo Judiciário, é possível a correção de arbitrariedades e de abusos de autoridade. Nele, a segurança individual tem proteção garantida. “Direito e Estado unidos proporcionam para ambos”, no entender de Henkel, “apoio e reforçamento bilateral”. Hoje, Estado de Direito é algo mais, é o Estado em que impera a democracia, o primado do direito e a proteção plena dos direitos do homem (§ 32).

Mas, além do problema da prioridade das fontes, há o da relação *forma-matéria*. Aí então tem razão Kelsen, porque, abstraindo-se das bases sociais do Estado (povo, território, condições geográficas e econômicas, tradições etc.), que são dados reais, objetivos, sociais, o Estado nada mais é do que a organização jurídica estabelecida pela Constituição, pelas leis administrativas, fiscais, processuais, judiciárias etc., que, quando modificadas são substituídas por outras. Em todas essas questões caracteriza-se pelo monopólio da coação e pelo poder de modificar a ordem jurídica dominante nos limites estabelecidos pela Constituição. Esse é o lado jurídico do Estado, que nos

leva a considerá-lo, com Kelsen, simplesmente como ordem jurídica ou, com Scelle, “ordem jurídica de superposição”. Seja como for, tem razão Vinogradoff (*Principes historiques du droit*) quando escreve: entre direito e Estado há dependência recíproca, sendo “impossível imaginar o direito sem uma organização política, que lhe serve de suporte, e não menos possível conceber um Estado sem leis”.

180. ESTADO. NOÇÃO E ELEMENTOS

O Estado, juridicamente considerado, é a *organização jurídica do poder civil e militar destinada a proporcionar, em determinado território, ordem, paz social, segurança e desenvolvimento do povo nele fixado*. Se o pensarmos como personificação de interesses, ou seja, como pessoa jurídica (§ 154), poderemos defini-lo como *pessoa jurídica soberana*, constituída de povo, de território e de órgãos e aparelhos destinados a representá-lo e a manifestar a sua vontade soberana, regulamentado pela Constituição. Sociologicamente, o Estado é *grupo social territorial*. Nesse sentido, é o *grupo social que em um território tem o poder de, soberanamente, organizar-se sem ser controlado por outro Estado ou instituição, e de impor, coercitivamente, a quem estiver em seu território, a observância de sua ordem jurídica*. Admitindo que o Estado tem competência legislativa exclusiva em seu território e que é fonte de direito, garantido pelo poder coercitivo que monopoliza, pode-se defini-lo, sociologicamente, como *grupo social que, monopolizando o poder coercitivo, garante a eficácia de sua ordem jurídica, aplicada por seus órgãos*.

O Estado compõe-se de: *soberania, governo, povo* (população) e *território*. Da soberania e do governo trataremos nos parágrafos que se seguem (§§ 180 e 186).

Povo é a coletividade humana ou agrupamento de homens, isto é, as pessoas submetidas juridicamente ao Estado. Tem certa unidade, decorrente de seu passado histórico, dos laços de solidariedade que unem os seus membros, bem como de interesses, projetos, propósitos, necessidades, problemas e ideais comuns a todos. Não é formado por reduzido número de pessoas, mas por número considerável, isto é, como diz Del Vecchio, por uma “multidão”, desde que se possa apurar seu número. Por não se confundir com grupo étnico, isto é, com raça, há quem pense dever ser evitado empregar a palavra “povo”, carregada de sentido étnico, ao definir Estado. Nesse caso, legítimo falar de população.

Já *território* é o espaço geográfico em que o Estado exerce, soberanamente, a sua autoridade, em que vigora a sua ordem jurídica e no qual se encontra a sua população. É formado pelo solo, subsolo, espaço aéreo que o recobre, ilhas e mar territorial que o banha, quando o mar lhe serve de fronteira, como é o caso do Brasil. Sobre os bens que se encontram em seu território, e que lhe pertencem, exerce *domínio*.

O território delimita geograficamente o poder do Estado. Estabelece, assim, o limite territorial

de sua autoridade e de sua competência legislativa, administrativa e jurisdicional. Marca os limites de validade territorial de sua ordem jurídica, ou seja, de seu direito.

O Estado, dizem Jellinek e Santi Romano, não pode ser compreendido sem território. É, desta forma, “ente territorial”; que, como nota Santi Romano, só surge quando o grupo superou o “período de vida errante”.

Finalmente, o Estado pode ser definido como *vínculo político* ou como *governo*; em qualquer um desses sentidos é a submissão da população à autoridade pública, obrigada a obedecê-la. Esse vínculo une governantes e governados; cria diferenciação política, inconcebível nos reinos e impérios antigos, em que os governantes pertenciam sempre à mesma classe social. Mas, na democracia e na república, que admitem a mobilidade política, os governados de hoje podem ser os governantes de amanhã.

Finalmente, o Estado encontra-se presente em suas leis e em outras regras de direito por ele prescritas ou reconhecidas, bem como em portarias, avisos, resoluções, contratos, atos administrativos e jurisdicionais (sentenças). Isto por ter o Estado funções legislativa, executivo-administrativa e jurisdicional.

181. SOBERANIA

Pode-se definir soberania como poder supremo e originário de governar e organizar juridicamente um povo, em um território, sem a ingerência de outro poder, ou de outro país ou de outra ordem jurídica.¹ É originário por não se derivar de ordem jurídica alguma ou de outro poder. A soberania se manifesta na ordem jurídica nacional, em atos de governo e de aplicação coercitiva do direito, bem como no posicionamento internacional do Estado. É, pois, o poder originário de impor a um povo, em um território, uma ordem jurídica e um governo e de representá-lo na comunidade internacional. Distingue-se, no Estado federativo, como é o caso do Brasil, *soberania de autonomia*. Esta é o poder, decorrente da Constituição Federal, atribuído aos Estados-membros, de formularem a sua ordem constitucional, dentro dos limites e do espírito da ordem constitucional federal, bem como de terem governo autônomo, e não soberano. *Autonomia* é o poder que detêm os Estados federados de se organizarem jurídica e politicamente sem a interferência de outro poder ou autoridade, desde que na conformidade da Constituição Federal. Decorre de ordem constitucional hierarquicamente superior (Constituição Federal), não sendo, por isso, originária. Consequência da autonomia é ser limitado o poder que detêm os Estados-membros de estabelecer as suas ordens jurídicas e de organizarem-se administrativamente, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal.

A noção de soberania provém do direito romano. No conceito de *imperium*, encontra-se sua raiz. Os romanos subjugaram povos e impuseram sua vontade nos territórios ocupados. As suas decisões políticas eram indiscutíveis. Dessa ideia, que vem dos romanos, de autoridade suprema

sobre uma população em um território, originou-se o conceito de soberania. Os próprios romanos sustentavam pertencer ao povo romano esse poder, delegado a certos magistrados ou aos imperadores. Assembleias, como o Senado romano, investiam os magistrados e o imperador de *imperium*, enquanto a *lex regia* lhes dava poder absoluto (*potestas*). Conferia-lhes assim autoridade suprema, só limitada pelas leis romanas, e não por outro poder, que os romanos não reconheciam. *Imperium* e *potestas*, eis os elementos da autoridade romana suprema, que impunha suas ordens a todos dentro das fronteiras do império romano, por todos obedecidas e executadas, que, nos séculos XV e XVI, modelou as nações em formação, que, ao desarticularem a organização feudal, deu origem ao poder real absoluto. A noção de direito de propriedade, como direito absoluto de dispor da coisa segundo a vontade do titular, oriunda do direito romano, renascido nas Universidades italianas, principalmente em Bolonha, no século XIII, contribuiu também para formar a ideia de soberania. O poder político que, no Feudalismo, encontrava-se associado à propriedade, exercido pelos barões em suas terras, foi então centralizado no rei, senhor supremo, que o adquiriu por contrato, casamento ou pelas armas, tornando-se a personificação do Estado. Nessa fase histórica, a soberania era poder absoluto, ilimitado, exercido no território real pelo rei, assessorado pela Corte, ou seja, por um Conselho constituído por barões, bispos e abades. Depois, o rei reduziu a importância do Conselho, consultando, em alguns casos, barões e bispos de sua confiança. Seja como for, foi assim que se originou a praxe de o rei ouvir, antes de proferir decisões importantes, os seus conselheiros (ministros). Nenhuma lei dessa época limitava a vontade do rei, salvo os costumes, a religião e os compromissos assumidos com os barões. Consolidou-se na medida em que ficou na dependência de reconhecimento pelo Papa, coroando, em nome de Deus, reis, atribuindo-lhes poder absoluto e ilimitado, em razão da vontade divina manifestada pelo Chefe da Igreja (No *Louvre* pode-se ver *Le Sacre de Napoléon I*, obra de David, na qual está retratada a presença do Papa.)

Desde então soberania significa poder absoluto do “imperador ou rei em seu reino”, que imprime força coercitiva ao seu direito e às suas ordens.

Bodin, em 1577, em sua obra, em seis volumes, *De la république*, secularizou a noção de soberania: poder absoluto e perpétuo do Estado. Desvinculou-a assim da pessoa ou da vontade do rei, atribuindo-a ao Estado, considerando-a de sua essência, negando-lhe origem divina, definindo-a como poder supremo, absoluto, indivisível e permanente, submetido somente ao direito natural e às leis da Igreja. Eis aí os elementos da noção moderna de soberania: poder absoluto e indivisível sobre uma população em um (e sobre o) território, autolimitado somente pelo próprio direito estatal. A *Declaração de Direitos* da Revolução Francesa de 1789 seguiu esses ensinamentos ao prescrever: “o princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que não emane expressamente dela”, e a Constituição francesa de 1791 estabelecia: “a soberania é una, indivisível, inalienável e imprescritível. Pertence à Nação; nenhuma parte do povo, nem indivíduo algum, pode atribuir-se seu exercício”.

De lá para cá, com a secularização do poder e do direito, a soberania identifica-se com a

autoridade absoluta do Estado sobre um território no qual se encontra o que se convencionou chamar de povo, melhor dizendo, população. Poder limitado pelo direito por ele próprio promulgado (autolimitação). Daí se dizer ser poder autolimitado, isto é, limitado por si mesmo, por suas leis.

Depois, fizeram-se distinções entre *soberania interna* e *soberania externa*. A primeira é poder absoluto, na conformidade das leis, ou melhor, autoridade suprema, no território estatal, sobre uma população que nele se encontra; poder de criar a ordem jurídica válida e eficaz nesse território (direito nacional); poder de gerir os serviços públicos; poder de julgar em conformidade com a lei nacional, sem interferência interna ou externa; e, acima de tudo, poder de estabelecer livremente a sua organização política e de escolher os seus governantes. Essa noção é reforçada por dois princípios do direito internacional: o de *não intervenção* nos negócios internos de um Estado soberano por parte de outro Estado e o de *autodeterminação*, que reconhece a cada Estado o poder de decidir soberanamente sobre a forma de governo que mais lhe convém historicamente, segundo a vontade da maioria de sua população.

A soberania interna se manifesta por excelência no Poder Constituinte, no Poder Legislativo, no Poder Executivo e no Poder Judiciário.

Já a *soberania externa* consiste no poder de representação da Nação e de celebrar em nome dela tratados e acordos internacionais. Antes da última Guerra, alguns países dela abusavam, garantidos pelo poder militar que detinham, como foi o caso dos Estados Unidos, da Alemanha, França e Inglaterra. Daí as zonas de influência que foram naquela época reconhecidas a cada potência. Detinham, então, as grandes potências poder absoluto de controlar algumas zonas, enquanto nas demais não interferiam diretamente, salvo no caso de estarem ameaçados os seus interesses. Dessas “zonas” resultou o chamado Equilíbrio Europeu. Porém, as trágicas consequências da última Guerra e a Bomba, não mais do domínio de uma ou de duas potências, modificaram o conceito de “soberania externa”, submetendo-a ao direito internacional, ou seja, aos costumes internacionais (direito internacional consuetudinário) e ao princípio do *pacta sunt servanda*, que obriga o Estado a respeitar tratados, acordos e convenções internacionais a que celebrar ou aderir, sob pena de ser excluído da comunidade internacional, bem como a respeitar os direitos humanos, sob pena de o seu governo responder perante a jurisdição internacional. Até quando terá validade a noção que acabamos de dar de soberania? Justifica-se a indagação porque, desde o fim do século XX, temos, de um lado, os Estados Unidos e o capital internacional, de outro, os regionalismos e as comunidades supranacionais, como a União Europeia (§ 96) e, se não bastasse, a globalização da economia sem qualquer regulamentação jurídica, obrigando a países soberanos (principalmente os em desenvolvimento, como é o caso do Brasil ou da Argentina), a se adaptarem à ordem econômica mundial, colocando, assim, à prova a noção de soberania e o próprio Estado-nação. É difícil fazer previsões nesse terreno, aguardemos o amanhã com apreensão, mas, por que não, com alguma esperança.²

182. ESTADO E NAÇÃO

Vimos que *povo* (população) ou *coletividade, território e soberania*, esta entendida como poder soberano sobre um território, criador de vínculos políticos e, propriamente, do governo, são os elementos do Estado. Pergunta-se: e a *Nação*?

Nas origens do Estado moderno, havia coincidência entre Estado e Nação. Daí falar-se em Estado Nacional. Esta identificação parte de conceito rígido e antigo de nação, como agrupamento humano que tem origem étnica, religião, língua e história comuns. As guerras, as conquistas, a assimilação de nações vencidas nas guerras de conquistas, as migrações, as federações e confederações tornaram esse conceito inadequado ao mundo que surgiu com as unificações políticas, com a Revolução Industrial e com o imperialismo. Seria impossível hoje, depois de tanta fusão de raças, por casamentos, concubinatos, relações sexuais (gerando filhos) e de tantas transformações nos idiomas, bem como das federações e confederações, como, por exemplo, a Suíça, a Rússia ou os jovens Estados africanos (alguns artificialmente formados, divididos pelo tribalismo), seria impossível, dizíamos, pensar em Estado como organização política da Nação, entendida esta no sentido original. Consequência: a ideia de nação sofreu transformação de modo a se adaptar aos novos tempos. Foi assim que Durkheim viu na Nação a vontade comum de um agrupamento humano de viver sob um governo soberano e sob uma mesma ordem jurídica. Mas foi Maurice Hauriou quem a definiu em termos modernos: agrupamento humano fixado ao solo, ligado por laços de parentesco espiritual que criam a consciência da unidade do grupo. Poder-se-ia acrescentar: gerador da consciência de sua independência. Parentesco espiritual que não depende de unidade de raça, língua, religião ou crença, por ser expressão somente do sentimento de nacionalidade, resultante da interação e inter-relação sociais entre pessoas que se encontram em um mesmo território. Sentimento que, apesar de sujeito a transformação, não perde seus traços característicos, exercendo pressão social sobre todas as pessoas que se encontram no território do Estado. É desse sentimento que nasce a vontade comum e que faz surgir a consciência de unidade nacional. Não estava, assim, longe, Renan (*Qu'est-ce qu'une nation?*) quando considerou a Nação como uma grande solidariedade moral, isto é, “uma grande solidariedade constituída pela lembrança dos sacrifícios feitos e dos que devem ser feitos ainda. Tem passado; reduz-se, no entanto, a um fato tangível: o consenso, o desejo claramente expresso de continuar a vida em comum”.

“O elemento essencial da unidade nacional”, escreve Duguit, “deve procurar-se na comunidade de tradições, de necessidades e de aspirações. A Humanidade, diz-se, é formada mais por mortos do que por vivos. A Nação é formada também por mais mortos do que vivos”. As lembranças dos feitos do passado “contribuem poderosamente, segundo Duguit, para criar e precisar a solidariedade nacional”. Por outro lado, a “comunidade de aspirações e de necessidades do presente, o sentimento do papel que os cidadãos devem desempenhar em comum no mundo, a necessidade de defender um patrimônio comum de ideias, de riquezas morais ou materiais – tudo isso mantém e aumenta, dia a

dia, a coesão nacional” (Duguit). Mas não é só, pois, como ainda nota Duguit, a Nação resulta, também, de “laços de solidariedade por divisão do trabalho”, consequência da troca de “serviços que podem prestar-se mutuamente por virtude de suas diferentes aptidões”. Assim, diz Duguit, a Nação é uma realidade, não metafísica, mas social, que “consiste num laço de solidariedade, de interdependência, que une entre si, de maneira particularmente estreita, os homens que são membros da mesma Nação”. É “o meio em que se produz o fenômeno que é o Estado”. Muito antes de Hauriou ou Renan, historicamente a ideia de nação se deve à Revolução Francesa.

Entendida assim a Nação, sem qualquer relação com raça, língua ou religião comum, pode-se considerá-la como a base sobre a qual se sustenta a superestrutura jurídico-política do Estado. Neste sentido, pode-se pensar ser o Estado a Nação politicamente organizada.

De grande importância é o conceito de nação como agrupamento humano fixado a um solo, com passado, tradições, origem, aspirações, mentalidade, consciência, interesses e vontade comuns, para se compreender fenômenos históricos ligados à história do Estado. Em função desse conceito, pode-se compreender que, na guerra, a derrota pode implicar o desaparecimento temporário do Estado que, vencido, perde sua soberania, em face do domínio do vencedor sobre seu território, sem, entretanto, desaparecer a Nação, que, como força latente e viva, aguarda o momento de se impor e de se constituir novamente em Estado, quando puder readquirir sua soberania, seja por acordo com o vencedor ou, então, por revolução. Como exemplo recente, para comprovar a validade desse conceito moderno de nação, temos a Alemanha, que, com a ocupação pelos Aliados, desapareceu como Estado, mas não como nação, que se manteve viva, permitindo, depois da desocupação, o reaparecimento do Estado alemão (República Federal da Alemanha) e, após a queda do *Muro de Berlim* (1989), a sua reunificação em 1990, desaparecendo, então, as duas Alemanhas. Nesse sentido, desde que posto de lado o aspecto étnico, que alguns lhe emprestam, por não ser possível pensar-se hoje em raça pura, bastando lembrar o caso do Brasil, da França, da Itália, dos Estados Unidos etc., verdadeiras “mesclas de tipos raciais”, bem como abandonado o sentido cultural que lhe tem sido atribuído, por não haver cultura única, mas pluralismo cultural; excluída de seu conceito a religião, porquanto podem vigorar em uma nação várias religiões, não se esquecendo os ateus; eliminados os interesses econômicos, por variarem com os grupos sociais, com as classes sociais e as categorias econômicas que a formam e os do próprio país, enfim, admitido, com reserva, o elemento linguístico, que facilita a coesão nacional e a unidade nacional, sem lhe ser essencial, pois há nações, como a Bélgica ou a Suíça, por exemplo, em que há grupos linguísticos diferentes; eliminado tudo isto, pode-se dizer ser a *Nação a comunidade, fixada em determinado território, quase fechada, vinculada por fortes laços de solidariedade social, unida por vínculos linguísticos (nem sempre essenciais), moldada por tradições, aspirações, consciência, mentalidade e origem comuns*. É grupo territorial, que, organizado política e juridicamente, se transforma em Estado. Nesse sentido, repetindo, pode-se considerar o Estado a *nação política e juridicamente organizada*. Assim entendida, é o alicerce, isto é, a base do Estado. A falta dela não torna inviável o Estado,

desde que haja uma população em um território, organizada política e juridicamente. Mas, nesse caso, temos o Estado vazio, sem alicerces, por ser a Nação a força viva do Estado.

Desde o fim do século XX, o Estado-Nação vê-se incapaz de manter íntegra a sua soberania e as suas fronteiras para o capital internacional, em virtude da globalização da economia, da Era Eletrônica em que a Internet facilitou e eletrificou as comunicações, deslocando o centro de decisões para poucas, mas poderosíssimas, corporações transnacionais, com sede em países diferentes. Da circulação eletrônica do capital financeiro internacional, da dependência de países em desenvolvimento (periféricos), como, por exemplo, Brasil e Argentina, de empréstimos externos, e, acima de tudo, da intervenção indireta, mas eficaz, que sofrem do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Mundial, impondo-lhe políticas econômicas, o Estado-Nação, nesses países, está sendo posto à prova.

183. FORMAS DE ESTADO

O Estado pode ser simples ou composto. O primeiro tem, em regra, *governo unitário*, exercido em todo o seu território. Já o composto é constituído de Estados-membros, cada um com seu próprio governo. O seu tipo clássico é o federal (*Bundesstaat*), com governo central, também denominado governo nacional ou federal, e governos regionais ou estaduais, que exercem o poder político nos territórios dos Estados-membros que governam. No Estado federal, a soberania é da federação. Os Estados-federados ou Estados-membros têm autonomia, poder político limitado, na medida estabelecida pela Constituição Federal. Temos, também, próximo do Estado federal, a *confederação*, isto é, a união de Estados soberanos para defesa comum ou para obra comum.

184. FUNÇÕES DO ESTADO

O Estado desempenha várias funções. Entende-se por função, no Estado constitucionalmente organizado, a *atribuição constitucional a órgãos do Estado de competência para exercer certa atividade de interesse nacional*. No século XX, após a crise de 29, ampliaram-se muito as suas funções. A própria ordem econômica, que segundo o liberalismo deveria ficar à mercê do mercado, se encontrou sob forte controle estatal, protegendo os assalariados e a atividade econômico-financeira, em nome da segurança nacional, pois poder econômico e poder militar, em nossa época, são interdependentes. Todavia, essa ingerência na economia não deu certo. Daí a tendência, principalmente a partir da queda do Muro de Berlim, para o afastamento gradual do Estado dessa área. Pode-se dizer ser cíclica essa interferência, ora intensa, ora enfraquecida ou apagada, ao sabor de crises. Por outro lado, sem ser propriamente função do Estado, muitos deles, dentre os quais o Brasil, dão constitucionalmente proteção especial à família e traçam os princípios de política educacional, que a escola particular e a Universidade devem observar. Igualmente protegem a

cultura, os documentos históricos, garantem a segurança social da alçada da Polícia e do Judiciário, cabe-lhe assegurar a área de saúde etc. e, principalmente, a pesquisa científica da qual dependem o desenvolvimento econômico e o poder militar.

Mas, além dessas funções, que variam com os Estados, existem três funções básicas, comuns a qualquer tipo de Estado e de governo, a saber: legislativa, jurisdicional e executiva.

A *função legislativa* consiste na competência para legislar, ou seja, para formular normas com alcance geral, ou melhor, para elaborar e impor normas jurídicas (lei formal, decreto-lei, lei delegada, medida provisória); a *executiva*, exercida pelo chefe de Estado (presidencialismo), ou pelo chefe de governo (parlamentarismo), com o concurso de seus auxiliares, ou por órgãos colegiados (Suíça), tem por fim a execução da ordem jurídica, dos serviços públicos e a administração do Estado. Já a *função jurisdicional* é exercida somente quando provocada por ação judicial, consistindo na aplicação do direito pelo juiz sob a forma de sentença aos casos a ele submetidos, protegendo direitos, impondo obrigações, condenando, estabelecendo punições etc., tutelando assim a ordem jurídica. O Judiciário controla os governantes, impedindo o excesso ou o abuso de poder; controla a legalidade dos atos jurídicos (de direito privado e de direito público) e das situações jurídicas, bem como a constitucionalidade das leis.³

Essas funções podem ser centralizadas ou descentralizadas. A primeira leva à tirania, à autocracia, a segunda, à democracia.

Locke e Montesquieu sustentaram a indispensabilidade da divisão de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) para evitar o abuso de poder, que, para tal, deveriam ser exercidos por órgãos diferentes e independentes. Deve, diziam eles, haver independência entre os poderes. Teríamos, assim, o Poder Legislativo, com a missão de exercer a função legislativa; o Poder Executivo, exercendo a função executiva e administrativa, e o Poder Judiciário, a jurisdicional. Cada poder deveria controlar o outro. Em nossa época, a “teoria da divisão dos poderes” transformou-se em *teoria da divisão de funções*, cabendo a cada órgão uma dessas funções a título principal, podendo exercer outra a título acessório dentro de certos limites.

Além dessas funções básicas, ao Estado moderno compete *serviços públicos*, isto é, serviços técnicos, uns essenciais à segurança nacional, como a Polícia ou as Forças Armadas, outros indispensáveis à comunicação, como o serviço ferroviário, rodoviário, telegráfico, correio, rádio, televisão, telefonia etc., outros indispensáveis a seu desenvolvimento, como a produção de energia elétrica etc., criados e atribuídos por lei ao Estado, que podem ser ampliados com as necessidades estatais. Tais serviços devem ser, uns, só pelo Estado diretamente exercidos, como é o caso da polícia, enquanto outros mediante concessão de serviço público, ou seja, entregues, sob condições e controle, ao particular, como, por exemplo, o serviço ferroviário. Predomina nesses serviços a regra da descentralização, podendo ser confiados a autarquias, entes públicos, órgãos, instituições ou à empresa privada. Não podem ser esquecidas três funções essenciais: proporcionar educação ao povo

em igualdade de condições (escola e Universidade), proteger-lhe a saúde (sistema médico-hospitalar) e completar a segurança e paz pública com bom sistema penitenciário, que possa atingir a sua finalidade de recuperação do delinquente.

No Estado não constitucionalmente organizado, as funções primordiais são: ordem social e econômica e obediência efetiva às suas normas. Nesse caso, os aparelhos estatais de repressão desfrutam de posição privilegiada. Mas todo Estado nessa situação política tende a se constitucionalizar, mesmo que não democraticamente.

185. PODER POLÍTICO

É a aptidão que tem a sociedade política de fazer seus membros obedecerem às normas ou ordens dela emanadas, mesmo contra a resistência daqueles. Detém-no o Estado, alianças de Estados, como a União Europeia e, em processo de formação, a comunidade internacional (§ 95). Não se confunde com a força física ou militar, das quais depende quando ocorrer resistência a seus atos. Foi difuso na sociedade primitiva, ou seja, não concentrado em pessoa ou órgão algum. Assim, nesse período da evolução social, quando uma norma era desrespeitada, o medo da ira ou vingança da divindade do grupo social fazia com que todos reagissem contra o infrator, punindo-o seja com a morte ou com a expulsão do grupo. Nessa fase, pertencia a todos sem ser de nenhum em particular. Depois, estendeu-se à família, em virtude não só da necessidade da divisão do trabalho social, como, também, da proteção das tradições e do crescimento do grupo. Nela, o seu chefe, ou seja, o ascendente mais velho, detinha o direito de punir os seus membros, enquanto de reagir às ofensas sofridas por um deles. Nessa etapa da evolução social, a família unida vingava as ofensas sofridas por um de seus membros, enquanto o seu chefe punia, até com a morte, qualquer um de seus familiares que o desrespeitasse ou que violasse as tradições da família. Foi a primeira *concentração* ou *personalização* do poder. Alguns juristas-sociólogos, como Morgan e Bachofen, sustentam que, nessa fase, a princípio, o poder pertencia às mulheres (*matriarcado*), enquanto outros, como Sumner Maine, se opõem a essa ideia, por entenderem caber aos homens mais velhos, ou seja, ao ascendente mais velho, o exercício da chefia da família (*patriarcado*). Os Patriarcas hebreus seriam exemplos do poder exercido pelos mais velhos. Mas, como ressaltaram R. H. Lowie (1883-1957) e R. L. Linton (1893-1953), não existe anterioridade do *matriarcado* sobre o *patriarcado*, pois sociedades existiram em que predominou primeiro uma dessas formas de organização, enquanto em outras, a oposta. Os mais autorizados autores admitem que o *matriarcado* não é uma organização chefiada por mulheres, mas a em que se fazia a transmissão do poder pela *linha materna*, em obediência ao princípio *mater semper certa est*, inaplicável à paternidade.⁴

Posteriormente, a necessidade de defesa do grupo contra as ameaças de grupos rivais e a necessidade de maior divisão do trabalho social fizeram com que as famílias se submetessem a uma autoridade, que, em certos casos, foi exercida pelo mais sábio, pelo mais hábil, pelo mais valoroso,

mais valente ou mais astuto, e, em outros, pelo “Conselho de Anciãos” (chefes de família), dando assim origem à *tribo*, concentração do poder coercitivo na pessoa do chefe ou no citado conselho. Com o aumento da complexidade da vida social, com o crescimento do grupo e com a rivalidade entre chefes de família, o poder progressivamente desvinculou-se da pessoa que o exercia, transferindo-se para um órgão. Tornou-se, desde então, impessoal, *institucionalizado*, pertencendo a um centro ativo da sociedade juridicamente organizado. É a fase da *institucionalização do poder*.

Contra essa versão sociológica temos a *teoria teocrática* ou *teológica*, que atribui origem sobrenatural ao poder político. Para essa corrente, o poder tem origem divina, e não social. Essa teoria serviu de base ao *absolutismo político* (§ 189). Bossuet (prelado francês, 1627-1704) a defendeu, sustentando dever o rei prestação de contas de seus atos somente a Deus, e não a seus súditos. O racionalismo e o jusnaturalismo (§ 192) encontraram no consenso a origem do Poder Público, resultante de um pacto social. Essa é a ideia central da *teoria do contrato social* (§ 193), dominante no século XVIII, defendida por Hobbes, Kant, Locke e Rousseau. Segundo essa teoria, o poder resultaria de um pacto, originador da autoridade, destinado a garantir a ordem e a proteger os Direitos do Homem. Nesse pacto, considerado hipotético, e não fato histórico, mas boa hipótese dessacralizadora do fato político fundamental, encontrar-se-ia a origem do Estado, que, por ser contratual, estaria obrigado a observar a vontade do povo. A Magna Carta inglesa (§ 178) é exemplo histórico de limitação do poder real por pacto social. Finalmente, opondo-se à teoria evolucionista do poder, o *darwinismo social* (§ 199) de L. Gumplowicz (1838-1904), F. Oppenheimer (1863-1943) e G. Ratzenhofer (1842-1904) encontra na luta armada e na conquista a origem do poder. A força militar seria, assim, a fonte do poder político.

A nosso ver, houve sociedades em que a fase de *institucionalização* do poder foi precedida pela de *personificação* alcançada por golpe de força, enquanto em outras a personalização resultou de acordo entre os súditos ou, então, de crenças religiosas, de tradições ou, ainda, do sucesso alcançado na chefia instituída para enfrentar situação de risco de luta armada. Isto porque, segundo os ensinamentos da História e da Sociologia, no terreno dos fatos histórico-sociais inexiste evolução retilínea.

Finalmente, todo poder exige legitimação. Nas sociedades teocráticas (Egito, Babilônia, Israel, Assíria, Pérsia etc.) ou nos reinos europeus absolutistas, a encontramos na crença de o poder resultar da vontade de Deus. Já na sociedade europeia racionalista, é na tradição, nos costumes ou na lei que se encontram a legitimação e a forma de investidura no poder político. Na democracia, a legitimação depende da vontade da maioria.

No Estado moderno, a chamada “separação de poderes” (§ 183) não significa o fracionamento do poder, como ocorreu na Idade Média. Sobre esse assunto trataremos adiante (§ 186).

186. DIVISIBILIDADE E INDIVISIBILIDADE DO PODER

Os juristas ocidentais, opondo-se ao absolutismo político, formularam a *teoria da separação de poderes*, defendida, imprecisamente, em 1653, por Cromwell, desenvolvida, em 1690, por Locke, exposta, com detalhes, em 1748, por Montesquieu, em *De l'esprit des lois*.⁵ Essa teoria incorporou-se à ideologia política do Ocidente. Exerceu grande influência no direito constitucional europeu e americano, tendo sido acolhida pela constituinte instaurada pela Revolução Francesa, que, no art. 16 da *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* prescreveu não ter Constituição toda sociedade em que não for estabelecida a separação dos poderes. Montesquieu, entretanto, em vez de defender a teoria do “isolamento de poderes”, preferiu a da separação e colaboração dos três poderes. Para ele, tais poderes deveriam controlar-se reciprocamente, por ser “necessário que o poder detenha o poder” para evitar desmandos da autoridade, bem como não dever a mesma autoridade ou órgão deter os poderes legislativo e executivo para que não possam formular “leis tirânicas” executadas tiranicamente. Porém, a sua teoria não foi adotada integralmente pela Constituição francesa de 1781, por não haver nela completa independência do judiciário e nem pelas posteriores. Entretanto, tornou-se ideia central dos “pais” da Constituição dos Estados Unidos.

A teoria moderna da separação de poderes defende a atribuição a cada órgão do Estado de determinada função, exercida com independência dos outros poderes. Assim, ao Executivo cabe a administração pública, os serviços públicos e a segurança do Estado, enquanto ao Legislativo, a formulação de leis e o controle do Executivo, por meio de comissões parlamentares de inquérito, e ao Judiciário, a aplicação das leis e o controle do Legislativo mediante a declaração de inconstitucionalidade das leis, como, também, o controle indireto do Executivo pela apreciação e julgamento de seus atos, quando provocado por meio de ação judicial.

Incompatível com essa teoria temos a que defende a unificação dos três poderes do Estado, dando a uma autoridade ou a um órgão a competência para, por meio de órgãos subordinados ao governo, a elaboração de leis e a aplicação destas. Essa teoria é a base da tirania, pois como já se disse, com muita justeza, em 1765, Blackstone (constitucionalista inglês, 1723-1789), quando o direito de fazer e aplicar as leis é atribuído ao mesmo e único homem ou ao mesmo e único órgão, não há lugar para a liberdade política. Por isso, a divisão de poderes é condição do Estado de direito, ou seja, do Estado submetido à sua ordem jurídica, bem como do Estado em que a segurança individual e as liberdades individuais não dependem das *razões de Estado*, não correndo o risco de serem suprimidas pelo governo.

A teoria da separação de poderes não deve ser confundida com a questão da *divisibilidade ou indivisibilidade* do poder do Estado. Poder estatal é uno, indivisível, manifestado nas funções executiva, legislativa e jurisdicional, cujo exercício pode ser atribuído a órgãos diferentes e independentes, sem, com isso, fragmentar-se a autoridade ou o poder do Estado, pois, quando o Legislativo legisla é o Estado que o faz, da mesma forma quando o Judiciário julga ou o Executivo executa ou administra. A distribuição de poderes do Estado a órgãos diferentes não é da essência do

poder estatal, mas exigência da segurança individual, bem como fruto da necessidade de descentralização de funções e serviços, tendo em vista o agigantamento do Estado e a complexidade de suas funções e serviços.

187. GOVERNO. FORMAS DE GOVERNO

Todo Estado é constituído por duas camadas: governantes e governados. Há o centro de poder, exercido pelo governo, e as pessoas a ele submetidas. A ideia de Estado é associada à de governo. Por governo entende-se, no sentido próprio, o *conjunto de órgãos de decisão, com poder de executá-la, dotados de coerção, que exercem as funções do Estado, administrando e gerindo os serviços públicos*. Nesse sentido, que, a nosso ver, é o próprio, não se confunde com chefe de governo ou com as autoridades públicas. Em sentido estrito, governo é a *autoridade ou órgão constitucional que exerce o Poder Executivo* e administra o Estado.

Há várias *formas de governo*, umas tradicionais, outras provocadas por situações históricas oriundas de crise institucional e econômica instalada na Europa depois da Primeira Guerra Mundial. Tradicionais são parlamentarismo e presidencialismo.

Entende-se por “forma de governo” a *maneira de organizar e estruturar as instituições governamentais, atribuindo-lhes determinado papel político, isto é, determinadas funções, e a maneira de escolher ou indicar as pessoas que devem ocupá-los*. Se levarmos em conta a maneira de organizá-lo e de atribuir a cada instituição governamental determinado papel político, podemos classificar os governos em *presidencialista, parlamentarista e autocrata*. No *presidencialismo*, o Presidente da República, eleito diretamente (sufrágio universal direto), preside o governo, conseqüentemente é o chefe do Poder Executivo, que, *independente do Congresso*, governa com auxílio de Ministros de Estado. Cabem-lhe as decisões do governo. Essa forma de governo foi instituída, pela primeira vez, em 1788, nos Estados Unidos. No *presidencialismo norte-americano* não há, como pensam alguns publicistas, *presidência imperial*, pois o Presidente da República sofre o controle do Congresso e da Corte Suprema. Nomeação de juiz da Corte Suprema ou de embaixadores, por exemplo, depende de aprovação do Senado, que, em 1987, rejeitou a indicação do juiz Roberto Bork, por ser ultraconservador. Comissões do Congresso controlam a Presidência. Exemplo clássico é o caso *Watergate*, que culminou com o *impeachment* de Nixon. A Corte Suprema controla a constitucionalidade das leis e dos atos da Presidência. Assim, no presidencialismo norte-americano, o Presidente da República não detém poderes imperiais. Dizem seus constitucionalistas, inclusive Wilson, que se tornou Presidente da República, que o Congresso se fortalece à medida que se enfraquece o governo, e vice-versa. O Brasil adotou-a. *Parlamentarismo* é o regime político em que o governo depende do Parlamento, exercido pelo Gabinete ou Conselho, composto de ministros, chefiados pelo primeiro-ministro (Presidente do Conselho, *Premier*), que exerce a chefia do governo. Nesse sistema, o Conselho de Ministros, ou Gabinete, é da confiança exclusiva do

Parlamento, caindo quando perdê-la (noção de desconfiança). Quando a crise é grave, o chefe de Estado dissolve o Parlamento, convocando novas eleições. No parlamentarismo, geralmente unicameral, o chefe de Estado (rei ou Presidente da República) tem mera função simbólica, decorativa, de representação do Estado. Nesse tipo de governo, o rei reina, mas não governa (monarquia); o Presidente da República preside, mas não governa. Ambos exercem funções protocolares. Foi o parlamentarismo introduzido, no século XVII, na Inglaterra, e em 1875, na França.

Na década de 1950, deu entrada no cenário político o *parlamentarismo mitigado* (§ 178), ou seja, regime misto de Presidencialismo e Parlamentarismo em que o governo do Estado se acha dividido entre o Presidente da República e o Parlamento, sobressaindo-se, entretanto, o Chefe de Estado. Esse novo regime denominado “bicéfalo” por alguns ensaístas franceses, surgiu em país tradicionalmente parlamentarista, a França, não tendo sido criado para aperfeiçoar o governo, mas para dar a De Gaulle poderes para enfrentar a grave crise político-militar oriunda da Guerra da Argélia, bem como para proteger a ordem econômica em profunda crise. Nele o Presidente da República tem poder discricionário de dissolver a assembleia e de convocar, em seguida, eleições gerais. Nesse sistema, instituído pela Constituição francesa de 1958 (V República), se inspiraram os constituintes portugueses (Constituição de 1976) e espanhóis (Constituição de 1978), após a queda do fascismo, talvez pelas trágicas lembranças da soma de poderes que desfrutaram Salazar e Franco. Todavia, com o afastamento de De Gaulle da política, já se cogitou, na França, da *VI Republique* (*L'Express*, nº 2.061, 10.01.91).

De maneira análoga, *Presidencialismo mitigado* ou *Presidencialismo* misto, outro regime híbrido, combinação de duas formas de governo clássicas: presidencialismo e parlamentarismo, em que o Presidente da República, eleito diretamente, conservando algumas de suas prerrogativas, é controlado pelo Parlamento (Congresso), podendo, em certos regimes, provocar a queda do Ministério em havendo moção de censura. Admite salvaguardas destinadas a evitar crises ministeriais sucessivas. Regime defendido na Constituinte brasileira de 1987, como forma de evitar abusos de poder por parte do Presidente da República. Como o *parlamentarismo mitigado* (§ 178), esse regime foi idealizado, não por defeitos do presidencialismo puro e nem para aperfeiçoá-lo – pois os *Watergate* e *Irãgate*, nos Estados Unidos, e, no Brasil, o *impeachment* do Presidente Fernando Collor (1992) demonstram ter o Congresso, no presidencialismo, mecanismos eficazes para combater arbítrios e delitos praticados pelo chefe do Executivo. No Brasil, pensou-se acolhê-lo em virtude do fracasso da política econômica de governos anteriores à Constituinte de 1987, que gerou grave crise social e econômica. Assim, pensou-se nesse regime, não, como dissemos, por defeitos do presidencialismo, mas pelo fracasso dos que exerceram a Presidência da República. O mal, portanto, está no homem, e não no regime.

Finalmente, além das duas formas clássicas de regime democrático, presidencialismo e

parlamentarismo, temos a *autocracia*, sistema em que a vontade do chefe de governo é a lei, e em que se sobrepõe discricionariamente o governo sobre a sociedade civil, compreende os regimes fascistas e os comunistas da era stalinista, apesar de terem simulacros de órgãos representativos, e o *autoritarismo*, em que o Chefe de Estado detém grande soma de poderes, impondo sua política e suas ideias à sociedade civil, governando-a com um Congresso submisso, destituído de prerrogativas, submetido, por força de preceitos constitucionais, às decisões do Executivo, mesmo que os seus membros sejam eleitos pelo voto direto e secreto e mesmo que haja pluralismo partidário.

Mas, se levarmos em conta o *modo de escolha ou de indicação das pessoas que devem exercer o governo*, podemos classificar os regimes políticos (sistemas de governo) em *monarquia*, *república* e *autocracia* ou *ditadura*. Na *monarquia*, o soberano, a título próprio, detém, hereditária e vitaliciamente, a potestade governativa por pertencer à família real. Mas, na monarquia parlamentarista, dita constitucional, o monarca, chefe de Estado, hereditariamente indicado, reina, mas não governa. Na *república*, o governo é eleito, na forma estabelecida por lei, diretamente, pelo eleitorado, ou indiretamente, pelos representantes dos partidos políticos (presidencialismo), ou escolhido pelo parlamento (parlamentarismo), enquanto na *autocracia (ditadura)* o governante detém poder absoluto, apoiado nas Forças Armadas, podendo inobservar a legislação do movimento revolucionário, que pode ser revogada ou modificada.

Na *república*, o governo é exercido geralmente por um só governante,⁶ como é o caso do Brasil, como pode ser por um colegiado. Nesse último caso, diz-se ser *colegiado* ou *diretorial* o governo, como é o governo da Suíça.

Essas são as formas fundamentais de governo.⁷

Resta pronunciarmos sobre a *democracia*, que se caracteriza pelo *governo da maioria* e pelo sufrágio universal. Distingue-se, ainda, por fundar-se no princípio de *igualdade política*. Sobressai-se nela: *autogoverno do povo, separação de poderes, legislação resultante da vontade da maioria, eleições periódicas e livres, controle parlamentar e jurisdicional do governo*. É, acima de tudo, o sistema governamental em que impera o primado do direito. É, definindo, o *sistema em que o governo e a legislação expressam a vontade da maioria dos eleitores, manifestada em instituições representativas e independentes, passível de controle judicial e parlamentar*.⁸ Acrescentando ao que foi dito: a democracia caracteriza-se, ainda, pela garantia do direito de crítica ao governo, às instituições e às leis, bem como por assegurar a liberdade de manifestação de pensamento e de imprensa e por admitir o pluralismo partidário. Definiu-a o Presidente dos Estados Unidos, Abraham Lincoln (1809-1865), assim: “*governo do povo, pelo povo, para o povo*”. É a democracia, por excelência, pluralista. Nas antigas cidades gregas, onde originou-se, caracterizava-se por ser *direta*, tomando o povo, diretamente, nas assembleias as decisões políticas, e nos tribunais populares, proferindo julgamentos, muitas vezes injustos, como o de Sócrates (399 a.C.). Hoje, a *democracia*

direta não é mais possível. No Estado como o conhecemos, só cabe a *democracia indireta*, ou seja, o governo da maioria, exercido pelo chefe de governo livremente eleito, por representantes (deputados, senadores, vereadores) da maioria do eleitorado. Há, entretanto, alguns procedimentos políticos em nossa época que permitem, no caso de leis ou de atos fundamentais, a manifestação direta do povo: o *referendum*, isto é, a ratificação popular de ato do governo ou de lei constitucional, e o *plebiscito*, aprovação ou rejeição popular de projeto de lei. Em sentido restrito, consulta popular sobre reforma política fundamental.

188. ESTADO E LIBERDADE

O Estado, monopolizando o poder coercitivo, de certa forma, em relação ao homem, é uma organização controladora de suas liberdades. Daí o conflito que há entre liberdade individual e Estado, conflito de trágica história, pois houve mais tempo em que a liberdade foi cerceada do que esteve sem peias. O *liberalismo* reduziu o papel do Estado a de mero árbitro, que só deveria intervir para dirimir conflitos, deixando à iniciativa individual campo livre de ação. Porém, a grave crise econômica ocorrida depois da Primeira Guerra Mundial levou-o a exercer papel intervencionista, ou seja, papel atuante na ordem econômica. O Estado tornou-se então uma grande empresa, muitas vezes falida, com o poder de decidir sobre as direções econômicas da sociedade civil. Papel que, devido ao seu insucesso, está sendo abandonado. Pondo-se de lado essa questão, que em épocas de crise é desafiadora, pode-se dizer que as liberdades estão cada vez mais limitadas por leis. Por isso, fortalece cada vez mais a convicção de ser necessário encontrar-se o justo equilíbrio entre autoridade e liberdade.

As liberdades individuais, indispensáveis ao desenvolvimento cultural (literário, científico, artístico etc.), tecnológico e econômico, não devem ser, entretanto, transformadas em castelo onde o indivíduo se isole indiferente ao que lhe passa ao redor, da mesma forma que o Estado não deve levar longe demais a sua missão pacificadora e garantidora da ordem, sufocando-as. Ambas devem ser exercidas sem excessos, pois o direito só protege o uso regular de faculdades e poderes, e não o abuso. Os excessos de liberdade podem provocar os excessos de autoridade, bem como os excessos da autoridade, às vezes, conduzem às revoltas. Para que não haja abusos de parte a parte, é indispensável a separação de poderes do Estado, condição para que haja liberdade e segurança individual. Além disso, indivíduo e Estado devem coexistir, respeitando-se mutuamente, ambos submetidos ao bem geral e à lei. “A liberdade”, disse Aristóteles, “consiste no fato de cada um ser livre à sua maneira”. Mas “à sua maneira” não significa ignorar a liberdade dos demais e muito menos as leis e o bem comum. Em Atenas, respeitados os deveres do cidadão, além das limitações legais, a liberdade não poderia ser restringida por qualquer pretexto. Esse ideal – liberdade submetida somente à lei (desde que a lei não a sufoque) – ainda é válido, sendo um dos princípios do Ocidente.

189. ORIGEM DO ESTADO

O problema da gênese do Estado não tem solução científica. Pode-se admitir não haver uma única origem, pois deve ter sido várias. Por isso, nesse terreno não são válidas as teorias monistas, mas as pluralistas, que têm várias soluções para essa questão. Por tal motivo, inventariaremos as hipóteses mais prováveis. Inicialmente, a que aponta a origem do Estado na força e a que o considera fruto do consenso comum. O Estado pode ter surgido da conquista, teoria defendida, em 1907, por Oppenheimer e Gumpłowicz, como pode ter surgido do acordo de chefes de tribos para defesa comum ou para vencer dificuldades (econômicas, religiosas, políticas), ameaçadoras da sobrevivência do grupo e de sua unidade. Nesse último caso, o Estado teria resultado do processo de centralização do poder, enquanto em outros, do impacto de elementos estranhos ao grupo, ou seja, da pressão ou força militar de grupos vizinhos.

Concluindo, o Estado pode ter surgido: a) da conquista, impondo o conquistador instituições ou órgãos destinados a impor a sua vontade ao vencido, submetendo-o; b) da divisão, lutas, conflitos, cismas etc., que levaram à organização de um polo de poder destinado a estabelecer a ordem e a manter a unidade do grupo; c) de risco de ser dominado por outro Estado, que provocou a organização e o fortalecimento do poder central (geralmente, exercido pelo melhor guerreiro ou pelos mais velhos); d) de um pacto, que ocorre geralmente no caso das confederações (ex-Comunidade Europeia, hoje, União Europeia, e, em 1991, a CEI constituída pela Rússia, Ucrânia etc.).

Mas, seja qual for a razão, o Estado só surgiu com a centralização, monopolização e organização do poder político de natureza coercitiva, por ele monopolizado.

190. TEORIA GERAL DO ESTADO

O estudo científico do Estado, sob o aspecto jurídico e sociológico, é o objeto da *Teoria Geral do Estado*, que tem origem recente, tendo sido cultivada pelos alemães, que a denominaram de *Allgemeinstaatslehre*. Todavia, não é ciência nova, pois, desde os gregos, o Estado foi objeto de reflexões por parte de filósofos e, séculos depois, de muitos pensadores e sociólogos. Não há dúvida de que a *República* de Platão, a *Política* de Aristóteles, ou *De res publica* de Cícero, apesar de tratarem do Estado ideal, são teorias do Estado. E que dizer d' *O Príncipe* de Maquiavel, que introduziu na ciência política a palavra Estado? Ou, então, *De la Republique* (1577), de Bodin, em que a soberania e a organização do Estado são tratadas, de forma científica, pela primeira vez?

A Teoria Geral do Estado, muitas vezes, foi confundida com a *Política*, e como *Política*, ou seja, *Political Science* ou *Political Theory*, é cultivada na Inglaterra e nos Estados Unidos. Coube, na Europa Continental, a Gerber, em 1885, e a Albrecht, em 1837, tratar da teoria do Estado independente da *Política*. Seguiram-se-lhes Laband, Meyer, Seydel, Bluntschil e Gareis, que

formaram a “escola de direito público alemão”.

Finalmente, essa tradição, na França, levou Duguit e Esmein a também versarem sobre a doutrina do Estado com independência da *Política*, enquanto na Itália seguiu-a Orlando.

Portanto, nova em nome, velha no tema, a Teoria Geral do Estado é Ciência Política que tem por objeto o Estado.

Parece ser essa afirmação simples petição de princípio, mas em torno dela há discussão acadêmica, em que sobressaem Kelsen e Jellinek, para só citar os que ainda exercem influência sobre os rumos dessa teoria. Kelsen, partindo da definição do Estado como ordem jurídica, reduz a Teoria do Estado à Teoria do Direito, enquanto Jellinek as distingue, apesar de dividir a Teoria do Estado e “teoria jurídica do Estado” (teoria geral do direito público) e “teoria sociológica do Estado”. Além disso, deve-se dizer que, da mesma forma que a Teoria Geral do Direito, a Teoria Geral do Estado não é teoria do Estado universal, tendo por objeto uma estrutura política definitivamente acabada, fora da História. É, antes de tudo, teoria “geral” que, por meio da análise comparativa e da generalização de tipos de Estados históricos, chega à estrutura histórico-cultural do Estado moderno.

Dito isso, passaremos ao problema da natureza dessa teoria. A nosso ver, faz parte da Política, apesar de ter aspectos jurídicos.

A Política, ciência social que trata de estruturas políticas, de fenômenos políticos relacionados com o poder, da arte de governar e de meios de governo, compreende a “ciência política” em sentido estrito, a Teoria Geral do Estado e a Filosofia Política. A primeira é a teoria da arte de governar, dos meios de governar, dos processos de formação da opinião pública da qual depende a legitimação do governo, e das forças políticas, bem como dos fenômenos políticos que gravitam em torno do poder, do centro de controle da sociedade, assim como das reações políticas, da formação de ideologias políticas e da estratificação e mobilidade políticas. Já a *Filosofia Política* tem por objeto o Estado ideal, ou seja, o Estado justo, seja do ponto de vista universal, como, também, do ponto de vista histórico, isto é, do Estado justo para uma época, sociedade e civilização. Considerando-o universalmente justo é propriamente filosófica; mas, ao entendê-lo justo historicamente, é Filosofia Política histórica. A primeira pertence ao reino da utopia.

Concluindo: a Teoria Geral do Estado *tem por objeto o Estado como estrutura e como forma*. Compreende *Teoria Jurídica do Estado* e *Teoria Sociológica do Estado*. Acompanhamos assim Jellinek nessa questão. A primeira versa sobre *os elementos essenciais do Estado, suas formas típicas, suas funções fundamentais e os tipos de governo*. Trata da estática e da dinâmica jurídica do Estado. A segunda *estuda o Estado como grupo social e suas transformações sociais, bem como pesquisa os fatores sociais que influem em sua dinâmica, estudando-o em relação com os demais fenômenos socioculturais*.⁹

- 1 No século XXI, devido à globalização, a instabilidade do mercado das grandes potências econômicas (USA, Europa e China) está afetando a economia dos demais países (2005). A crise econômico-financeira de setembro de 2008 comprova essa afirmação.
- 2 A propalada “crise” da soberania e do Estado-Nação, enfatizada pelos ideólogos da globalização, é incompatível com a afirmação norte-americana de sua soberania em todas as questões que envolverem o seu interesse. O futuro dirá se o Estado-Nação e a sua soberania territorial reduzir-se-ão. No caso da União Europeia ocorreu cessão de parcela de soberania dos Estados-membros (França, Alemanha etc.), principalmente no que toca a ordem econômica e política. Vide § 96.
- 3 O controle da constitucionalidade da lei não é exercido pelo Judiciário em muitos países, como, por exemplo, na França. Lá é da competência do *Conseilho Constitucional* que pronuncia-se, não sobre leis, mas sobre projetos de lei. O controle pelo Judiciário é criação norte-americana (1803), modelo seguido pelo Brasil.
- 4 Segundo a teoria evolucionista de J. J. Bachofen (1815-1887) e L. H. Morgan (1818-1881), a Humanidade teria passado do estado de *promiscuidade sexual* ao *matriarcado*, e deste ao *patriarcado*. Entretanto, outros autores, como H. Sumner Maine (1822-1888), em *Ancient Law* (1861), estudo do direito antigo dos arianos e indianos, sustentam tese oposta, negadora da fase da *orda*, ou seja, da promiscuidade sexual, que teria dominado durante o nomadismo, sem regras comuns a todos, pois, para Maine e outros, a *família patriarcal* teria sido a primeira forma de organização social. O patriarcado para ele é o primeiro estágio da evolução social. Segundo os mais autorizados sociólogos, o *matriarcado* deve ser entendido como a organização social em que os membros da família pertencem ao clã da mulher e em que há o predomínio da mulher, com poderes religiosos e políticos. Essa forma de organização social, determinada por fatores econômicos (agricultura) e demográficos (maior número de mulheres do que de homens), observada na Austrália, Índia e Congo, bem como junto aos iroqueses, não pode ser tida dogmaticamente como a primeira forma de organização social, porque têm sido constatados, primeiro, a incidência maior do patriarcado na origem de povos conhecidos e estudados e, segundo, o aparecimento do matriarcado esporadicamente só depois da fase do patriarcado. A Bíblia é documento histórico revelador da predominância do patriarcado entre os hebreus. De tudo isto se pode concluir ter havido povos que conheceram primeiro a *orda* (promiscuidade sexual, ausência de normas sociais) e depois o *matriarcado*, para finalmente atingirem o *patriarcado*, bem como pode ter havido a passagem do *patriarcado* para o *matriarcado*. Deve ser dito ainda que a maioria dos povos conhecidos, em suas mais primitivas formas, tinha a organização patriarcal.
- 5 A teoria da separação de poderes de Locke distingue o “Poder Legislativo”, exercido pelo Parlamento, destinado a legislar e a controlar o governo, sendo por isso soberano, do “Poder Executivo”, que executa as leis e comanda a política externa. Já Montesquieu defendeu a teoria do equilíbrio de poderes, separando, como fez Locke, o “legislativo” do “executivo”. Porém, indo além do pensador inglês, destacou dos dois o “Poder Judiciário”, destinado a aplicar, com independência e imparcialidade, as leis. Poderes que deveriam ser exercidos por órgãos diferentes, sob pena de haver tirania.
- 6 O governante, em qualquer forma de governo, tem sempre uma equipe que o auxilia e tem poderes

para tomar decisões.

- 7 Há quem faça distinção entre *Estado liberal* e *Estado social*. O primeiro, forma de governo em que há intervenção mínima possível na ordem econômica, regida pela lei do mercado, destinando-se o Estado a preservar a ordem estabelecida, conhecido como *Estado-mínimo* (a Primeira Ministra da Grã-Bretanha, Margareth Thatcher, foi, em 1979, a precursora desse tipo de Estado). Já *Estado social (Welfare State)* é o governo que intervém na ordem econômica (*Estado intervencionista*), para minorar a situação dos economicamente fracos, orientando e dirigindo o desenvolvimento econômico de modo a promover a justiça social e a desenvolver o país, evitando contrastes flagrantes entre regiões, bem como melhorando a distribuição da renda nacional.
- 8 Spengler (1830-1936), filósofo alemão da História, em seu livro *A decadência do Ocidente*, inspirador de Toynbee e de outros, disse o seguinte: a democracia começa com o governo do povo, pelo povo e para o povo e acaba como “governo dos políticos, pelos políticos e para os políticos”. A esse pensamento poderíamos acrescentar a seguinte reflexão: a democracia é o regime em que os governantes e a maioria estão na dependência da mídia. Aliás, pesquisa da *Folha de São Paulo*, publicada em 3 de janeiro de 1999, na primeira página, mostra que “parte das concessões de rádio e TV postas em licitação” está “sendo adquirida por grupos políticos” reforçando o “*coronelismo eletrônico*” no interior.
- 9 No Brasil, após a Guerra 1939-45, nos anos 1940 e 50, o problema do objeto e da natureza da Teoria Geral do Estado foi versado com originalidade por J. J. Queiroz (*Posição e conteúdo da Teoria Geral do Estado*, Rio de Janeiro, 1951), por Miguel Reale (*Teoria do Estado*, São Paulo, 1940) e por Lourival Vilanova (*O problema do objeto da Teoria Geral do Estado*, Recife, 1953). A partir dos anos 1950, profundos estudos apareceram entre nós no campo da Ciência Política e da Teoria do Estado, bastando lembrar os de Aderson Menezes (*Teoria Geral do Estado*), Darcy Azambuja (*Teoria Geral do Estado*), Machado Paupério (*Teoria Geral do Estado*), Orlando de Carvalho (*Caracterizações da Teoria Geral do Estado*), Paulo Bonavides (*Ciência Política*), Pinto Ferreira (*Teoria Geral do Estado*) e, recentemente, *Teoria Geral do Estado* (1990), de Fernando Whitaker da Cunha. Do ponto de vista político: Raymundo Faoro (*Os donos do poder*) e Victor Nunes Leal (*Coronelismo, enxada e voto*).

OITAVA PARTE

CONCEITO E FUNDAMENTO DO DIREITO

CONCEITO E FUNDAMENTO DO DIREITO – DIREÇÕES DO PENSAMENTO JURÍDICO

191. INTRODUÇÃO

Definimos o direito (§31) como a norma aplicável coercitivamente. Mas, a norma pode, por exemplo, dispor: “todos os homens são iguais perante a lei”, que é uma norma justa, como a esse preceito pode o legislador acrescentar outros parágrafos limitadores de seu alcance, como, exemplificando: “não se aplica o disposto neste artigo aos judeus ou aos negros” etc., que não tem validade ética e nem jurídica, além de injusto. Como vemos, o direito, como norma, pode ter os mais variados conteúdos. Qual deve ser o conteúdo do direito, ou melhor, quando é válido o conteúdo do direito? Eis o problema fundamental da teoria do direito, que deu origem às várias correntes do pensamento jurídico, cada uma fundamentando o direito de forma diferente.

Através da História, o Homem tem procurado uma explicação para os fatos, um fundamento para as suas ações e a razão de ser da obrigatoriedade das normas controladoras de sua conduta. Desde a Antiguidade, os legisladores, como Hamurabi, por exemplo, impuseram os seus códigos como expressão da vontade de uma divindade.¹ Fundamento sobrenatural foi dado sempre ao direito nas civilizações arcaicas. A partir de Atenas, os filósofos colocaram em dúvida essa origem, preocupando-se mais com o fundamento moral ou racional das normas éticas. Na Civilização Europeia, a mesma preocupação, ao sabor de ideologias em moda ou de filosofias predominantes em suas várias épocas, tem levado juristas e filósofos a darem diversos fundamentos para o direito. Tal preocupação tem sua razão de ser: a uma, por depender a liberdade, a segurança individual, o patrimônio de cada um, a ordem e a paz sociais do direito; a duas, por não dever ser o direito a manifestação da vontade arbitrária do legislador e nem atender interesses de minorias, pois deve corresponder a um ideal jurídico, reconhecido, historicamente, pela maioria como válido. Considerar, como já se considerou em vários períodos históricos, o direito na dependência exclusiva de interesses das classes predominantes, tem levado a promulgação, sob o manto jurídico, de direitos injustos, desprovidos de apoio da opinião pública, fato que sobrecarrega os aparelhos policial e judicial. Isto porque quanto mais o direito corresponder ao ideal histórico predominante, mais será espontaneamente observado.

Mas, ao procurarem ajustá-lo a um ideal, divergiram juristas e filósofos. Ao divergirem, abraçaram ideias-chaves, criadas pelos mais talentosos, dando origem a *escolas*, como, por exemplo, a *Escola do Direito Natural* dos séculos XVII e XVIII, a *Escola Histórica* alemã do século XIX, a

Escola Positivista francesa e italiana e a *Escola de Viena*, de nossa época. Dessas e de outras “escolas” surgiram *correntes* ou *direções* do pensamento jurídico.

Se por *correntes* entendermos os grandes caminhos percorridos pelo pensamento jurídico, pelo qual grande número de juristas perseguiu uma fundamentação universal para o direito ou uma explicação exaustiva para o fenômeno jurídico, pensamos poder reduzi-las a dez: *jusnaturalismo*, a mais antiga, que desde Atenas está presente na Civilização Europeia; *contratualismo jurídico*, importante pelas consequências históricas que produziu; *idealismo jurídico*, *positivismo jurídico*, *historicismo jurídico*, *kantismo jurídico*, *culturalismo jurídico*, *sociologismo jurídico*, *purismo jurídico* e *realismo jurídico*.

192. JUSNATURALISMO

A *Teoria do Direito Natural* é muito antiga, estando presente na literatura jurídica ocidental desde a aurora da Civilização Europeia. Na descoberta ateniense do homem, parece encontrar-se a semente desse movimento, que atende ao anseio comum, em todos os tempos, a todos os homens, por um direito mais justo, mais perfeito, capaz de protegê-los contra o arbítrio do governo. Considerado expressão da natureza humana ou deduzível de princípios da razão, o direito natural foi sempre tido, pelos defensores dessa teoria, como superior ao direito positivo (lei etc.), como sendo absoluto e universal por corresponder à natureza humana. Antes de Cristo, seja em Atenas, com Sófocles (*Antígona*), seja em Roma, com Cícero (*De res publica*) assim era concebido. Direito que, através dos tempos, tem influenciado reformas jurídicas e políticas, que deram novos rumos às ordens políticas europeia e norte-americana, como, por exemplo, é o caso da *Declaração da Independência* (1776) dos Estados Unidos, e da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789), da Revolução Francesa. Lê-se no art. 2º da citada *Declaração dos Direitos do Homem* de 1789: “o fim de toda associação é a proteção dos direitos naturais imprescritíveis do homem”. Fácil é encontrar a sua presença na *Declaração Universal dos Direitos* (1948) da ONU (v. § 32). Caracteriza-se por sustentar a vigência, a validade e a eficácia do direito natural, superior a todo e qualquer direito positivo. Corrente *dualista* por admitir duas formas de direito, que se tem mantido de pé, apesar das várias crises por que tem passado, e que, apesar de criticada por muitos, mantém-se fiel ao menos a um princípio comum: a consideração do direito natural como direito justo por natureza, independente da vontade do legislador, derivado da natureza humana (*jusnaturalismo*) ou dos princípios da razão (*jusracionalismo*), sempre presente na consciência de todos os homens. Esse modo de concebê-lo engloba uma plêiade de juristas e uma variedade de teorias que divergem não só quanto à sua fonte (a natureza ou a razão), como, também, quanto aos meios de deduzi-lo ou apreendê-lo (lógico ou intuitivo) e, quanto à conceituação da natureza humana: belicosa (Hobbes), boa e pacífica (Locke, Rousseau), racional, social, individualista etc. Corrente que, presente em todas as épocas da Civilização Europeia, tem, como dissemos, sofrido crises. Porém, sobrevivendo-as, tem renascido

quando se acreditava estar irremediavelmente morta, talvez por ser a única salvaguarda do Homem em um mundo que transformou o direito em mero instrumento técnico e, muitas vezes, de opressão. Por isso, têm razão Landsberg e outros quando se referem ao *eterno retorno ao direito natural*, apesar de haver uma *eterna* crise do direito natural. Mas os “retornos” e “crises” atestam somente a vitalidade e as potencialidades criadoras da ideia do direito natural, porque cada uma de suas reapresentações no cenário jurídico é rica em substância. A constante redefinição e a divergência que impera entre os jusnaturalistas a respeito do que seja e do que prescreve o direito natural impedem a formação de uma única “escola” bem definida, apesar de ter florescido, nos séculos XVII e XVIII, a *Escola do Direito Natural*, que concebeu o “jusnaturalismo” como forma de “jusracionalismo”. Essa escola surgiu e desenvolveu-se no meio protestante, fruto do racionalismo. Nela se encontram Grocio,² seu chefe, sustentando ser o direito natural deduzido da razão, de conformidade com a natureza humana, Pufendorf,³ o consolidador desse movimento, além de Leibniz,⁴ e, de certa forma, de Kant (§ 197). As ideias defendidas pelos corifeus dessa escola não estavam longe das de Cícero,⁵ que o identificava com a “lei de acordo com reta razão, conforme à natureza, conhecida por todos, eternamente a mesma”, que ordena o que se deve fazer.

Mas, primeiro, com o kantismo (§ 194), provocando a crise do racionalismo dogmático, depois, com o positivismo, o historicismo e o sociologismo, que despontaram no século XIX, começou a ser abalado o direito natural. O culto dos códigos, que haviam incorporado muitos princípios defendidos pelos jusnaturalistas, e a veneração da lei, por um lado, e, por outro, a obra gigantesca dos pandectistas alemães, criadores da ciência do direito, abriram o caminho para a filosofia do direito positivo, seja como *Analytical Jurisprudence*, seja como *Etnologia Jurídica*, seja como *Teoria Geral do Direito*, que passaram a ocupar lugar de destaque no cenário jurídico outrora privativo da Teoria do Direito Natural. Mas a Revolução Industrial criou um clima tal de injustiça social, que acabou gerando a chamada “questão social” até hoje preocupante. O menor apreço ao homem nas fábricas insalubres do século XIX e nos campos de batalha de 1914, principalmente nos de Verdun, a crise econômica oriunda da Primeira Guerra Mundial e a agonia da Era Vitoriana, sepultada definitivamente em 1929, motivaram a *Renaissance du Droit Naturel* (1910), título sugestivo de um livro de Charmont. Mas o retorno foi só à ideia do direito natural, e não à doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII. O novo posicionamento caracterizou-se por tentar conciliar a antiga ideia de direito natural com os resultados da Sociologia, bem como com o historicismo dominante e com a nova ciência do direito. Para isso os seus defensores reduziram-no a pouquíssimos princípios generalíssimos, válidos por si mesmos, socialmente necessários e indispensáveis ao respeito da dignidade humana. Nessa corrente minimizadora do conteúdo do direito natural (*direito natural mínimo*) despontaram Gény (§ 199), defendendo o *irredutível direito natural*,⁶ identificado com a ideia de justiça, e Del Vecchio (§ 197), considerando-o como o mínimo de conteúdo que qualquer direito positivo deve conter para, pelo menos, se aproximar do direito justo, com base no qual devem ser formulados os seus demais preceitos. Transformações bruscas e violentas do mundo a partir da

Revolução Tecnológica nos anos 1930 tornaram necessária a adaptação do direito natural a um mundo em mudança. Eis a razão de Stammler (§ 196) defender o *direito natural de conteúdo variável*, constituído de princípios generalíssimos capazes de identificar, no tempo e no espaço, o direito justo. Próximo dele, Renard sustentando em vários ensaios a ideia de *direito natural de conteúdo progressivo*, sem admitir modificações na essência do direito natural, mas admitindo a possibilidade de progresso de seu conhecimento através do tempo. Como vemos, as transformações sociais e culturais ocorridas no Ocidente nos anos 1930 forçaram aos juristas e filósofos a modificar a ideia de direito natural.

Ora, esse novo posicionamento estava em choque com as tradições jusnaturalistas, aproximando-se mais do *relativismo jurídico* (§ 198) de Radbruch (§ 198), em moda depois de 1914, admitindo, no tempo e no espaço, transformações dos valores jurídicos ao sabor de pressões históricas, e da *Teoria Pura do Direito* (§§ 197 e 200) de Kelsen (§§ 197 e 200), uma das mais importantes de nosso século. Nesse tempo, em 1929, entravam em crise a economia e a democracia. A sombra de uma nova guerra começava então a lançar-se sobre a Europa, que não tardou a ser deflagrada, esgotando de 1939 a 1945 a Civilização Europeia, como se estivesse sendo cumprida a profecia de Spengler da “Decadência do Ocidente” (*Der Untergang des Abendlandes*, 1917-22). Mas as atrocidades e desumanidades praticadas em muitos países com aparência jurídica, os horrores da guerra de 1939-45, culminando com o lançamento da bomba atômica, suas trágicas consequências, o progresso da tecnologia, da eletrônica e do poder econômico multinacional, o agigantamento da empresa e do Estado, ameaçando o homem, levaram juristas, por diferentes caminhos, a admitirem a validade de um direito acima do legislador, que por ele deveria ser respeitado, inerente à pessoa humana, impondo o respeito à vida e à liberdade. Assim é que juristas, outrora indiferentes à ideia do direito natural ou que a consideravam mera ideologia, depois de terem sofrido ou presenciado atrocidades praticadas com apoio na lei, passaram a serem defensores de um direito supralegal, como inequivocamente Radbruch. Foi, pois, as ameaças que pairam sobre o Homem e a Civilização que fizeram com que os juristas, por caminhos diversos, defendessem um direito superior à lei. Chega-se a pensar em defini-lo como a “lei da justiça”, que determina o que corresponde a cada um, segundo a ideia de ordem social de conformidade com a natureza humana, que impõem, por meio de coação, a sua estrita observância (Bréthe de la Gressaye e Laborde-Lacoste), apesar de outros admitirem-no, como é o caso de Dabin,⁷ sem as mesmas características da legislação por ser mera prescrição da Moral, que qualquer homem, por ser homem, conhece, mas que, entretanto, não passa de “direito natural moral”, destinado a inspirar e a nortear o legislador, e não “direito natural jurídico”. Os vários caminhos que levaram os juristas ao moderno direito natural desembocaram, em 1948, na *Declaração Universal dos Direitos do Homem* da ONU, que, em seu art. 1º, prescreve nascerem todos os homens “livres e iguais em dignidade e direitos”, devendo, por serem dotados de razão e consciência, “comportar-se fraternalmente uns com os outros”.

No momento em que até a ficção científica estabelece as “leis da robótica” (Azimov),

protetoras do Homem, que prescrevem nada dever fazer o *robot* que prejudique o Homem, os juristas, por caminhos diferentes, se voltam para uma ideia que tem sido constante na História do Ocidente: a do direito natural.

193. CONTRATUALISMO JURÍDICO

Eis a corrente que encontra no consenso entre os membros da sociedade, ou seja, no *contrato social* ou *contrato original*, a origem do direito e do Estado, que se renova cada vez que a Constituição é mudada. Movimento que distingue o *estado natural*, originário, em que teriam vivido os homens sem qualquer vínculo de subordinação a autoridade política alguma, do *estado social*, criado contratualmente. Essa teoria, conhecida como *Teoria do Contrato Social*, é um dos frutos do jusracionalismo dominante nos séculos XVII e XVIII. Serviu de ideologia política para fundamentar a Revolução Francesa ou ao menos para legitimar a oposição ao *absolutismo político* na Inglaterra e na França. Fortaleceu-se ao servir de base ideológica para políticos e filósofos que se opunham ao *Ancien Régime* (§ 186, nº 11) francês, e que, incorporado ao ideário revolucionário, teve garantida a sua presença no cenário cultural da Europa de então. Exauriu-se, entretanto, ao dar lugar às teorias do Estado de direito (Estado subordinado à lei) e à teoria da autolimitação do Estado (Estado submetido ao direito por ele mesmo criado), bem como com a promulgação das *Declarações de Direitos* das Revoluções Americana e Francesa, que tornaram lei muitas das prescrições que os fundadores dessa teoria sustentavam ter origem contratual. Por outro lado, o acolhimento dessa teoria naquela época deveu-se a um fenômeno cultural que se poderia chamar de *contratualismo*, que, segundo Sorokin,⁸ é a característica fundamental da Sociedade Europeia dos séculos XIX e XX. Nesses séculos, diz Sorokin, a Sociedade Ocidental baseou-se em pactos, tanto no plano econômico, com seu “sistema capitalista” fundado em “contratos entre partes livres”, como no político, que, eliminando as autocracias, instituiu o governo eleito contratualmente, “destinado contratualmente a respeitar os direitos inalienáveis do cidadão, suas liberdades, sua igualdade e seu individualismo”.

Mas, que se deve entender por teoria do contrato social?

Por doutrina do contrato social entende-se, como dissemos, a explicação do Estado e do direito por um *pacto social*, que teria limitado os direitos naturais em troca de segurança, garantida pelo Estado. Diferentes são as teorias clássicas de contrato social como a de Hobbes, Locke e Rousseau. Os três admitem o “estado natural” anterior ao Estado, porém, no caso de Hobbes,⁹ teria imperado nessa fase a insegurança, a guerra de todos contra todos, isto é, e a lei da força (*bellum omnium contra omnes*), enquanto, segundo Locke, nesse estágio o direito natural garantiria relativamente a propriedade; no entender de Rousseau, imperariam a perfeição e a felicidade. A razão do contrato social, para Hobbes, é a paz social; para Locke,¹⁰ a proteção da propriedade; enquanto para Rousseau, a manifestação da vontade geral (da maioria) da sociedade, criando obstáculo ao abuso de poder. O contrato social instituiu, segundo Hobbes, o governo forte consentido, ou seja, o

absolutismo político, domesticador da bestialidade humana e instaurador da paz social; para Locke, o governo responsável, com supremacia do Parlamento, formulando leis, escolhendo juízes independentes, garantindo a propriedade, enquanto para Rousseau,¹¹ assegurou a igualdade, a liberdade e o governo submetido a leis, que deveriam ser a expressão da vontade geral. Assim, a ideia de contrato social serve, com Hobbes, para justificar o absolutismo real; com Locke, o capitalismo e o parlamentarismo; e com Rousseau, o liberalismo e a república. No caso de Hobbes, o contrato social explica a origem dos direitos individuais; no de Locke, os protege, ampliando-os; enquanto no de Rousseau, transforma os direitos naturais em direitos civis.

As doutrinas contratualistas, frutos do jusnaturalismo, influíram ideologicamente não só na Revolução Inglesa (1688-89), como, também, na Revolução Francesa. Kant (§ 197), inspirado em Rousseau, não admite a historicidade do contrato social, considerando-o simplesmente pressuposto lógico do “Estado de direito”, isto é, hipótese necessária à fundamentação do governo submetido à lei. Entretanto, a História nos dá notícia de pactos sociais, como a *Magna Carta*¹² e a *Petition of Rights*¹³ redigida pelo Parlamento inglês, com as quais concordou o rei, limitando o poder real. Na Antiguidade, em Atenas, nobres e plebeus celebraram um pacto para terminar a guerra civil, escolhendo Sólon¹⁴ como árbitro e legislador, que, com suas leis, abriu caminho para a democracia ateniense.¹⁵

A partir dos anos 1960, o neoliberalismo incorporou o pacto social em sua proposta filosófica e política como condição possibilitadora de reformas sociais. Destaca-se nesse posicionamento o professor de Harvard, John Rawls, com o livro *A Theory of Justice* (1972). Rawls faz depender o pacto social de consenso em torno de uma ideia de justiça, que, garantindo igual liberdade para todos, independentemente de raça, sexo, credo religioso, ideologia etc., admite como toleráveis as desigualdades sociais e econômicas, desde que razoáveis, resultantes da escassez de bens e do limitado número de posições possibilitadoras de razoável situação econômico-financeira, e desde que seja condição de uma ordem social que ofereça iguais oportunidades para todos e que seja aberta a todos. Concluindo, para o pensador norte-americano, a equidade é a essência da justiça.

Tanto para Rawls, como para Kant e para os contratualistas o contrato social não é fato histórico, mas condição hipotética da sociedade aberta.

194. IDEALISMO JURÍDICO

Eis outra corrente tradicional, que, tendo suas origens em Platão,¹⁶ atingiu com Hegel o seu ponto culminante, tendo a ela aderido filósofos e juristas, em sua maioria alemães. Fora da Alemanha, em nossa época, na Itália, merecem destaque Croce¹⁷ e Gentile¹⁸ pela originalidade.

O idealismo pode ser entendido também como a doutrina dos ideais norteadores do comportamento humano e das criações culturais (direito, Estado etc.). Nesse sentido, poder-se-ia

aqui incluir nesse movimento a *Cidade de Deus*, de Santo Agostinho,¹⁹ modelo para a “cidade dos homens”, a *Cidade do Sol* (1623), de Campanella (1568-1639), ou, ainda, a *Utopia* (1516), de Thomas More (1478-1535), formas utópicas de sociedades políticas. Concebível também como a doutrina que só reconhece realidade às ideias. Esse é o idealismo de Platão segundo a sua *Teoria das Ideias*, exposta principalmente nos diálogos *Parmenides* e *República* (Livro VII), definindo o mundo conhecido como cópia imperfeita de ideias universais e absolutas, inatas, que, para ele, é a única realidade (realidade para o homem). O filósofo como sábio, é o único que, segundo Platão, tem conhecimento da ideia pura de Estado perfeito. Por isso, deveria ser o governante. Na Grécia, de Platão para cá, nenhum filósofo idealista se destaca, pois Aristóteles, não era idealista. Mas, não ficou perdido o idealismo na História, pois presente esteve em teorias religiosas que encontravam a fonte do saber em Deus, ou, então, no pensamento de filósofos defensores de ideias inatas, por trás das quais estava a razão onipotente.

Mas o idealismo, que parte do poder ilimitado da atividade espiritual, principalmente da razão, modeladora da realidade independente da experiência, equipou-se por obra de Kant (*vide*, § 197), revolucionador da Filosofia, convicto do alcance limitado da mente, relativamente independente da experiência (*idealismo transcendental*). Porém, com Fichte²⁰ desconhece esses limites, sob a forma de *idealismo subjetivo*, para o qual a consciência é que tem o sentido das coisas, do mundo e da “cultura”. Estava, então, aberto o caminho para o *idealismo absoluto* de Hegel.

De Hegel emanou também o *culturalismo jurídico* (§ 197) esboçado por Kohler (1849-1919). Na obra dele também se inspiraram Marx (§ 199) e, em nossa época, Julius Binder, Mayer, Croce, G. Gentile, F. Battaglia, W. Cesarini Sforza e o penalista Giuseppe Maggiore, além de outros. Lendo as suas obras (quando se consegue entender) chega-se à conclusão de ser a sua obra o modelo mais completo e perfeito de idealismo jurídico, o primeiro sistema filosófico do direito, quiçá o primeiro e último.

Para Hegel,²¹ o mundo como conhecemos, a cultura e todas as suas manifestações, inclusive o direito, só podem ser compreendidos se levadas em conta as épocas históricas nas quais elas floresceram. Por trás de todas as manifestações culturais (inclusive a jurídica), pensa Hegel, encontra-se uma ideia-chave que lhe dá sentido. Ideia dinâmica, em devir, sempre aberta a modificações, em processo de autorreforma, dentro dos limites de seu princípio central. Paralelamente a essa ideia dominante, surgem, motivadas pela mesma situação histórica, ideias contrárias ao princípio central dela. Esse processo remonta, segundo Hegel, à alvorada da civilização. De lá pra cá, teria ocorrido enriquecimento da cultura e das ideias-chaves. Do conflito de ideias-chaves resultaria a síntese de ambas, que contém o que de melhor tem cada uma delas. Mas, a síntese, com o tempo, transforma-se em tese, contra a qual virá a se opor outra ideia (antítese), e desse conflito, nova síntese, e assim indefinidamente. O direito, através de todas as civilizações, passou por esse mesmo processo dialético, havendo na História grandes sínteses, como a do Código de Hamurabi (§ 160), a do direito romano (§ 164), a do Código Napoleão (§ 166) e a do

Código Civil alemão (§ 166). O direito, em qualquer uma de suas fases, na teoria hegeliana, é a conformidade da conduta com a norma. Conformidade manifestada também na família, na sociedade civil ou na cidade-Estado. O Estado, fase final do processo dialético, tem a sua expressão mais completa no governo autoritário. Napoleão, segundo Hegel, é o soberano por excelência, modelo ideal de governante.

Nesse processo a que acabamos de nos referir, o “*racional é real e o real é racional*”, como escreveu Hegel no prefácio de sua Filosofia do Direito (1821), no sentido de a realidade histórica ser criação da razão. Isto não significa a racionalidade da realidade, por ser ela em grande parte irracional, mas só na possibilidade da irracionalidade, provocadora da síntese, que é predominantemente racional. Mas, tanto racionalidade como irracionalidade, são históricas, expressões de um contexto histórico.

O direito natural não tem lugar nesse sistema filosófico por reduzir Hegel o direito aos costumes e às leis, ou seja, ao direito do Estado, expressão da vontade estatal, à qual Hegel submete o direito internacional.

Eis aí um sistema idealista puro e fechado, que *explica e fundamenta* o direito, a sociedade e o Estado por um processo espiritual de desdobramento de uma ideia essencial e inicial. Com Hegel, autor do mais perfeito e mais completo modelo de *idealismo jurídico*, encerramos este parágrafo, que, com rápidas pinceladas, pretendemos ressaltar o fato de o Homem não se conformar em ser mero espectador do mundo, insistindo em participar de sua criação e em transformá-lo à sua imagem, isto é, construí-lo em função de uma ideia ou ideal de grande potencialidade criadora, que imprimiria o seu ser no mundo.

195. HISTORICISMO JURÍDICO

O historicismo tem suas raízes em Hegel (§ 194), que interligou as manifestações culturais com situações históricas, sempre em devenir, bem como corresponde ao espírito evolucionista, fruto do progresso das ciências físico-naturais, ocorrido no século XIX, que influenciou nas ciências sociais, principalmente na Sociologia de Spencer (§ 199) e de Marx (§ 199), este último, mais historicista, compreendendo a História como resultante do entrelaçamento de classes sociais. Movimento iniciado no século XIX, não afetado pelo racionalismo, admitindo novas técnicas para o estudo da História. Caracteriza-se por suas posições negativas, pois é antimetafísico, antirracionalista, contrário à imutabilidade. Substituiu a Providência, defendida pelo prelado francês Bossuet (1627-1704), por determinismos sociais ou naturais; a razão, pela intuição ou pela “compreensão” (Dilthey), decisiva no processo de conhecimento do histórico. Descobre novas chaves capazes de decifrar a História e acaba, com Dilthey, “historiciando” tudo. Com os neokantianos (§ 197), afasta do estudo da História os “juízos de valores”, por lhe caberem os “juízos de realidade”, que não julgam os fatos históricos,

mas os compreendem. Todas essas ideias brotaram na Alemanha no século XX. Desde então, foi enterrada definitivamente a concepção ptolomaica da História, que a submete ao progresso linear, criticado com arte por Spengler (1830-1936), em sua obra *Decadência do Ocidente* (1917-22), para quem a Europa é o modelo mais perfeito de civilização. Ideia abraçada depois por Toynbee, Sorokin e Alfred Weber.

Todo esse movimento conduziu, por um lado, ao relativismo e, por outro, a posições nacionalistas em relação ao “mundo histórico”, em processo de mudança sem ser à luz da razão. Para esse posicionamento, cada fato histórico é considerado expressão da mentalidade do povo, e não fruto da ação de um “herói” ou de qualquer homem de gênio.

Nesse clima espiritual surgiu o *Historicismo Jurídico*, movimento principalmente alemão, que, em suas origens, se caracterizou por se opor à codificação (§ 86) e à Teoria do Direito Natural (§ 192) e por defender a formação e transformação espontânea do direito, marcada pelo “espírito do povo” (*Volksgeist*). Para os que formaram a *Escola Histórica do Direito*, o direito é um fenômeno espontâneo da sociedade, manifestado primeiro como costume, que, para os seus corifeus, é a sua fonte por excelência, por corresponder mais fielmente aos ideais e necessidades da sociedade em dado momento histórico e por acompanhar de perto as transformações dos demais fatos históricos (econômicos, éticos, políticos etc.). Como costume, e não na forma de lei ou de código, dificultaria o descompasso entre o direito e a sociedade. Por isso, para essa escola, o costume é a fonte principal do direito, devendo prevalecer sobre a lei. Opõe-se ao jusnaturalismo (§ 192), que coloca fora da História, ao menos em parte, o direito. Insurge-se contra a codificação, por petrificar o direito, interrompendo a sua evolução. Os seus principais defensores foram romanistas, tais como, Hugo, Savigny e Puchta, que da história do povo alemão deduziram o espírito do direito alemão.

O direito, dizem Savigny²², Hugo²³ e Puchta²⁴, origina-se espontaneamente, imperceptível, juntamente com as demais obras culturais, espelhando o espírito do povo (*Volksgeist*). O direito assim concebido deveria ser o objeto da ciência jurídica por corresponder mais à realidade histórica, e não, como pensa a maioria dos juristas, o direito artificialmente criado pelo legislador.

De geração espontânea, o direito não é, entretanto, para essa escola, fenômeno *sui generis*, sem qualquer relação com os demais fenômenos socioculturais, pois, como nota Savigny ao tratar da origem do direito positivo, o direito, em todas as nações, tem caráter próprio, peculiar, correspondendo ao espírito de cada povo, da mesma forma que o idioma e os demais costumes. Tanto o direito como os demais fatos socioculturais “estão indissolúvelmente” interligados, apesar de aparentemente não darem essa ideia. Interligação marcada pelo espírito de cada povo. Daí o seu caráter nacional e histórico que o impedem de ser imutável.

O progresso do povo e a evolução de sua cultura devem ser, segundo os historicistas, acompanhados de perto pelo direito. Para tal, não pode ser legislado, sob pena de ser petrificado na legislação. “O direito progride com o progresso do povo, fortalecendo-se com ele, entrando em

decadência e perecendo quando a nação perde sua identidade”, di-lo Savigny. Desta forma, o destino do direito estaria ligado ao da nação. Produto histórico e nacional está vinculado ao futuro da nação. Como os povos são diferentes, cada povo e cada nação, teriam seu próprio direito. Mas, para que assim seja, não deve ser codificado, por não ser congelável o espírito da nação. Legislado não acompanharia as modificações das situações históricas, não se mantendo fiel às tradições nacionais. Eis o motivo de a Escola Histórica defender o direito consuetudinário como a forma mais perfeita de direito por se amoldar espontânea e constantemente às flutuações do “espírito do povo”.

Admitindo a natureza histórica do direito e defendendo a sua formação espontânea, independente da vontade do legislador; reconhecendo a correspondência do direito à realidade histórica, integrado na cultura de cada povo, bem como considerando o costume como a fonte por excelência do direito, por expressá-lo fielmente, no *Historicismo Jurídico* está a origem do *Sociologismo Jurídico* (§ 199), que trataremos no § 199, bem como da Sociologia do Direito e da moderna Ciência do Direito (§ 1º).

Concluindo, para o historicismo, o *fundamento* do direito são as tradições jurídicas de cada povo, bem como a realidade histórica.

196. POSITIVISMO JURÍDICO

O Positivismo Jurídico, como doutrina filosófica, é, por um lado, a aplicação, no campo do direito, do *Positivismo*, ou seja, da doutrina de Comte,²⁵ na forma apresentada no seu *Cours de Philosophie Positive* (1852-54). Dando grande importância à ciência sobre as demais formas de saber, o positivismo comteano restringe o seu objeto aos fatos e à descoberta das leis que os regem. Posicionando assim, o Positivismo pretendia ser a filosofia da ciência, ou seja, o coroamento do saber científico. Excluindo de seu domínio a metafísica, acabou sendo o saber fundado nos fatos *tout court*. No que diz respeito ao jurídico, pondo de lado a metafísica, reduzindo o direito ao direito positivo e definindo-o como fato, passível de estudo científico, fundado em dados reais, o Positivismo Jurídico tornou-se a doutrina do direito positivo, bem como a manifestação intelectual do absolutismo estatal. Nesse sentido tem razão Bobbio quando diz ser o positivismo jurídico a corrente do pensamento jurídico para a qual “não existe outro direito senão aquele positivo”. Consequentemente, *teoria monista* por reduzir o direito ao legislado ou consuetudinário, opondo-se, assim, à *Teoria do Direito Natural* (§ 192), bem como a todas as formas de metafísica jurídica. Em razão disso, os positivistas abandonaram a Filosofia do Direito que, até o século XIX, estava confundida com a *Filosofia do Direito Natural*, substituindo-a pela *Teoria Geral do Direito* (§ 6º), cultuada pelos alemães, e pela *Analytical Jurisprudence*, do inglês Austin, ambas formuladas com base no direito positivo (§ 79) e ambas considerando o Estado a única fonte do Direito. Para os seus cultores, fora da experiência jurídica, do fato ou do direito positivo, isto é, do direito ordenado pelo Estado em suas leis e jurisprudência, não há direito. O direito, para eles, identificava-se com o

direito estatal (legislado ou jurisprudencial), na dependência da vontade do legislador (*positivismo jurídico alemão, francês e italiano*) ou da decisão do juiz, manifestada na sentença (*positivismo jurídico anglo-americano*). Por outro lado, reduziram a filosofia jurídica à síntese dos resultados da ciência do direito. Identificando o direito com a lei ou com o código (*positivismo jurídico francês*), com os precedentes judiciais (*positivismo jurídico anglo-americano*), ou, ainda, com direito estatal, escrito ou não escrito (*positivismo jurídico formal*) ou, simplesmente, com o direito positivo *tout court* (*positivismo jurídico alemão*), o positivismo jurídico manifestou-se, na França, como culto da vontade do legislador e, como consequência, dos códigos, considerados perfeitos, sem lacunas. Desse culto resultou a *escola de exegese* (Aubry, Rau, Demolombe, Laurent, Bugnet etc.), apegada aos textos, defendendo a subordinação do juiz à vontade do legislador (§ 137). Já o *positivismo jurídico alemão*, acolhendo as lições do historicismo jurídico (§ 195), não fez essa identificação, endereçando-se mais para a teoria geral do direito positivo. Teoria geral fundada nos conceitos básicos estabelecidos pelos pandectistas alemães²⁶ (§ 6º). Construíram-na Merkel (1836-1896), Bierling (1841-1919) e Bergbohm, sem nos esquecermos de Ihering, com seu clássico *O Espírito do Direito Romano* (1852), em que estão lançadas as bases da moderna ciência do direito. Já o *positivismo jurídico inglês*, fruto do *empirismo inglês* (Locke, Hume, Spencer), reduzindo o direito aos costumes, aos precedentes judiciais e à lei, independente de serem justas ou injustas, caracteriza-se também, principalmente com Austin,²⁷ por ser a análise e a sistematização do direito positivo, com o objetivo de formular os conceitos jurídicos fundamentais. Por isso, diz-se ser a *Analytical Jurisprudence* de Austin, afastada dos “juízos de valor”, tendo por objeto o direito positivo, o embrião da *Teoria Pura do Direito* de Kelsen. Aliás, uma das obras de Austin denomina-se *Philosophy of Positive Law*. Dada essa afinidade alguns estudiosos incluíram Kelsen no positivismo jurídico, com certa razão, porquanto ele próprio define sua teoria como “Teoria Geral do Direito Positivo”. Entretanto, há os que o filiam ao *neokantismo jurídico* (§ 197), que veremos adiante.

No direito penal tornou-se a doutrina da *Escola Positivista* ou *Positiva* (*Scuola Positiva*), tendo Enrico Ferri (1856-1920) como o seu arauto, principalmente com sua obra *Sociologia Criminale* (1928) e com a revista de direito penal, por ele fundada nos anos 20, *Scuola Positiva*, que publicou importantes trabalhos de penalistas italianos.

Finalmente, no positivismo jurídico podem ser enquadradas todas as teorias que consideram ser o direito expressão da vontade do legislador, definindo-o como comando e reduzindo-o ao direito do Estado. Esse positivismo tem sido rotulado de *positivismo estatal* ou *positivismo normativista*, por dar preponderância à lei (*positivismo francês, alemão e italiano*) ou ao precedente judicial (*positivismo anglo-americano*) sobre as demais fontes do direito, e por fazer depender o direito do Estado. Para essa versão de positivismo, o direito é identificado com o direito estatal: é o criado ou reconhecido pelo Estado, manifestação, portanto, de sua vontade. Assim pensava, com outros juristas, Ihering (v. nota 51): o Estado é a única fonte do direito, formulado segundo o princípio de finalidade, e não de causalidade. Jellinek,²⁸ apesar de admitir a possibilidade de algumas

comunidades estabelecerem os seus próprios direitos independentemente do Estado, como a Igreja, por exemplo, não se afastou desses postulados, por entender depender do Estado o direito, que o formula ou o reconhece. No positivismo insere-se também a teoria da autolimitação do Estado de Jellinek, que, reduzindo as fontes do direito ao Estado, submete-o ao seu próprio direito, que a qualquer tempo por ele pode ser derogado ou modificado, substituído por outro, por ele mesmo criado, ao qual se submeterá.

Esse modo de entender o direito e de compreender o papel da Filosofia do Direito e da ciência jurídica dominou o pensamento jurídico brasileiro até, mais ou menos, os anos 1930, podendo-se dele citar dois destaques: *Estudos de Philosophia do Direito* (1911) de Pedro Lessa, e a *Introdução crítica à Philosophia do Direito* (1918) de Francisco Campos (1891-1968), sendo que o último sofrendo, também a influência de Vanni, cuja posição daremos a seguir.

Ao lado dessas posições há uma forma eclética de positivismo, denominada *positivismo crítico*, defendida por Vanni,²⁹ que procura conciliar o positivismo com o *criticismo*³⁰ de Kant (§ 197). Esse positivismo esforça-se por formular uma teoria do direito fundada na experiência jurídica, colocando em questão o resultado por ela alcançado, como condição de sua validade. Apegada mais à experiência resultante da aplicação judicial do direito e às questões das origens e dos efeitos sociais produzidos por essa atividade estatal, temos outra corrente eclética, a do *positivismo sociológico*. O maior representante desse movimento é o norte-americano Pound (§ 199), adepto da *Sociological Jurisprudence*.

No direito penal foi enorme a influência do positivismo jurídico tornando-se a doutrina da *Scuola Positiva*, na qual se destaca o seu fundador o penalista italiano Enrico Ferri (1856-1920), autor de várias obras dentre as quais se destaca a *Sociologia Criminale* (1928).

Na corrente positivista encontram-se dois pioneiros da sociologia do direito: Sumner Maine (§ 199) e Post,³¹ bem como o próprio Vanni. Atualmente nessa corrente poder-se-ia encaixar o inglês Hart,³² conciliador de Austin com Kelsen, à luz da sociologia. Para ele, todo ordenamento jurídico tem sua *norma de reconhecimento* que prescreve critérios, aceitos no meio jurídico, de validade do direito. Observados, é obrigatório, dotado de validade e de eficácia, independente de recurso a qualquer fonte metajurídica para justificá-lo. Nesse ponto, a “regra de reconhecimento” de Hart assemelha-se à “norma fundamental” de Kelsen (§ 200).

Temos ainda o *positivismo lógico*, também denominado *neopositivismo* ou *doutrina do Círculo de Viena* que, preso à análise da linguagem e à experiência como fonte de todos os “significados”, defende a natureza instrumental e convencional da verdade em virtude de serem limitadas as potencialidades da razão. Dentro dessa linha encontra-se Bobbio³³ considerando ser o objeto da ciência do direito a análise da linguagem jurídica, de que se serve o legislador, que deve ser rigorosa, possibilitadora do discurso jurídico logicamente exato. Ultimamente, porém, Bobbio aderiu a Hart, pois, como o professor inglês, admite encontrar-se o fundamento do direito em uma norma

jurídica pressuposta, fonte de validade das demais, de natureza atributivo-imperativa, que dá “competência ao poder constituinte para legislar” e que impõe a todos a obrigação de obedecê-lo.

Eis aí várias formas de positivismo jurídico, que, em síntese, se caracteriza por ser antimetafísico e a antijusnaturalista, por ser empirista, por afastar do estudo científico do direito os valores e por considerar o direito positivo o único objeto da Filosofia e das Ciências Jurídicas. Excluído o positivismo lógico, as várias formas de positivismo jurídico encontram no fato social, na autoridade, nas razões de Estado, no poder ou na pressão das necessidades sociais o *fundamento* do direito.

197. NEOKANTISMO JURÍDICO

Movimento jurídico cujas origens encontram-se no meio acadêmico alemão do século XIX, motivado pela pregação de *volta* a Kant. Iniciou-se, em 1886, com Lange no campo filosófico, seguindo o dito de Windelband: “compreender Kant, indo além dele”. Não tem unidade, apesar de nele se destacarem duas “escolas”: a “logicista” de Marburgo, tendo por catecismo a *Crítica da Razão Pura* de Kant, preocupada mais com o problema do conhecimento, da qual pertence o jurista Stammler, e a de Baden, mais apegada à *Crítica da Razão Prática*, interessada nos problemas éticos.

Pode ser considerado como movimento restaurador do prestígio da Filosofia, abalada com o culto cientificista e com a dominação do positivismo no meio intelectual francês, italiano e alemão. Restauração que não podia ser norteadada por dogmatismos, pois só podia florescer à luz do historicismo que havia marcado o espírito do final do século XIX. Por isso, Kant, ponto de partida do relativismo, tenha pontificado nessa restauração.

No domínio jurídico desponta em 1896. Porém, é no século atual que se firmou. Restaurou o prestígio da filosofia do direito, abalada com a crise do direito natural (§ 192), bem como reagiu ao positivismo (§ 196), ao empirismo e ao cientificismo então em voga no campo jurídico. *A questão da possibilidade da ciência do direito* tornou-se para os seus corifeus o problema número um de suas preocupações filosóficas.

É uma das mais importantes direções do pensamento jurídico, bastando, para comprovar essa afirmação, apontar o nome de três juristas neokantianos: Stammler, Radbruch e Kelsen.

Não pretendem os neokantianos dizer como o direito “é”, mas como “é possível”, estando assim interessados na possibilidade lógica da própria experiência jurídica.

Ora, a possibilidade lógica da Ciência, como forma de saber, é o problema a que se propôs resolver Kant.³⁴ A Ciência é possível? Responde-nos: sim, desde que admitamos a anterioridade lógica de certas ideias, ou conceitos, tais como, por exemplo, “causalidade”, “espaço-tempo”, “quantidade” etc., por terem todos os fenômenos causa, por serem situáveis no espaço e no tempo e por serem mensuráveis. Sem as ideias de “causalidade” e de “espaço-tempo” a Física seria

logicamente inconcebível, igualmente a Matemática sem a ideia de “quantidade”. Assim, Física e Matemática, como as demais ciências físico-naturais, são possíveis, graças a algumas ideias, logicamente *a priori*, da razão, que tornam possível entender os fenômenos, isto é, conhecê-los.

A moral é possível? Indaga Kant. Responde-nos: sim, desde que admitamos a anterioridade lógica da ideia de dever. Que prescreve essa ideia? Manda *agir de maneira que a nossa ação possa ser convertida em lei universal*, isto é, *em modelo de ação*. Exemplificando, se quisermos matar, podemos, porém matar, não podendo ser convertida em lei universal, não é boa ação, sendo, portanto, moralmente condenável. Além disso, a razão não nos dá a boa ação em si, porém, em tese, fornece-nos apenas o critério para, em qualquer situação, identificá-la e poder por meio dela conduzir-se.

E o direito justo, como defini-lo? Os juristas neokantianos entendem que a razão dá o critério para formulá-lo em qualquer situação histórica. Qual é esse critério? *A ideia de direito*. Que prescreve essa ideia? *O exercício da liberdade desde que não impeça a liberdade das demais pessoas*, isto é, *admite a liberdade na medida em que possa se transformar em lei universal*, ou seja, de qualquer sociedade. Eis a regra básica segundo esses juristas.³⁵ Transpondo essa máxima para o campo jurídico, pode-se dizer ser justo o direito que impuser limites à liberdade de cada indivíduo exclusivamente para tornar possível a liberdade de todos os outros. Respeitando essa máxima o direito é compatível com a justiça.

Stammler,³⁶ engajado no kantismo, preocupou-se com o problema da possibilidade lógica da Economia. A Economia é possível? Responde-nos: sim, desde que admitamos a anterioridade lógica do direito, definido por ele como a vinculação de pessoas para atingir finalidades. Isso significa que logicamente a ordem econômica só é possível em uma ordem jurídica. Assim, o capitalismo, o feudalismo, o socialismo etc. seriam (e foram) logicamente possíveis porque, pelo o direito, podem ser impostas formas de vinculação de pessoas, com interesses diversos, orientadas pelas metas desses sistemas econômicos. A empresa, por exemplo, apesar de ser conceito econômico, só é viável recebendo a “forma” jurídica, tornando-se também noção jurídica. E o direito justo, é concebível? Sim, diz Stammler, desde que admitamos a anterioridade lógica da ideia de direito, que prescreve a temporalidade da vinculação jurídica e o respeito da dignidade humana. Ideia indispensável a qualquer conceituação de direito justo. Isto porque, a razão não tem a fórmula do direito universalmente justo, mas só o critério ou método para formulá-lo. Por isso é que há mais de um direito justo, apesar de haver para cada situação histórico-social um só. Em face de haver a possibilidade lógica de mais de um direito justo, é possível, com Stammler, defini-lo como *direito natural de conteúdo variável*.

A possibilidade da ciência do direito positivo é, também, o tema de Kelsen.³⁷ Admite-a desde que despida de todos os elementos que não são jurídicos, ou seja, desde que fundamentada em uma norma fundamental (*Grundnorm*), que não se encontra em legislação alguma, mas que, logicamente,

possibilita reconhecer a validade de qualquer norma ou ato (sentença ou ato jurídico), sem recurso a elementos estranhos ao direito positivo, isto é, à Moral (justiça), à Política (ideologia) ou à Sociologia. Elaborada assim, o jurista poderia construir a autêntica ciência do direito, ou melhor, a “teoria pura do direito” (*eine Rechtslehre*). Que prescreve a norma fundamental? Determina o dever respeitar a Constituição *tout court*, fonte de validade de todas as normas formuladas com observância de suas regras.

Além de Kelsen e de Stammler, seguindo o modelo dos neokantianos, Del Vecchio³⁸ faz depender do “conceito de direito” o saber jurídico, porquanto sem essa noção confundir-se-ia o direito com as demais normas sociais. Assim, para ele, o conceito de direito, condição lógica possibilitadora do conhecimento do direito, qualificador de determinadas normas, em todos os tempos e lugares, como jurídicas, é que possibilita a Ciência do Direito.

Como vemos, os kantianos³⁹ preocuparam-se com o problema do conhecimento jurídico e com a possibilidade lógica da Ciência do Direito.

198. CULTURALISMO JURÍDICO

Movimento originariamente alemão, atualmente muito difundido na América Latina. Marcado pelo historicismo e, de certa forma, pelo relativismo. Tem por ponto de partida a distinção, de origem kantiana, entre *natureza*, *valor* e *cultura*. A cultura, como objetivação de valores ou sentidos em algo, exige, segundo os defensores desse posicionamento, método de conhecimento diverso do empregado nas ciências físico-naturais.

O direito, para essa corrente, pertence ao reino da *Cultura*, e não ao da *Natureza* (*physis*). Por quê? Por ser cultura qualquer obra humana. Assim, o direito, como obra humana, é cultura; na História, modelado pela cultura na qual está integrado, tem o “sentido” que ela lhe dá. Sendo carregado de “sentido”, o conhecimento do direito depende de metodologia própria, diversa da específica das ciências físico-naturais, interessadas em explicar os fenômenos por suas causas, enquanto as ciências culturais, em compreendê-los por seus “sentidos” ou por seus “valores”. Daí, as ciências culturais indagarem os *significados* de fenômenos sociais, para em função deles descobrir o sentido das obras culturais, dentre as quais o do próprio direito. E é por isso que, em se tratando de direito, fala-se em *interpretação*, e não em *conhecimento*. Dentro dessa linha de pensamento, o culturalismo jurídico distingue no direito dois planos: o do *sentido* e o do *suporte do sentido*. E não poderia ser de outra forma porque o direito não é parte da “Natureza” e nem exclusivamente “valor”, como, por exemplo, a justiça, é parte da “Cultura”, ou seja, do reino construído pelo Homem (legislador, jurista, sociedade) em função de uma situação histórico-social, realizando “valores” em normas, condutas, atos, perseguindo razoavelmente finalidades.

Para o culturalismo jurídico, inicialmente com Kohler,⁴⁰ depois, mais kantianamente, com

Lask,⁴¹ o direito pertence a uma terceira realidade: a da Cultura, composta de objetos que podem participar da Natureza, como, por exemplo, o bloco cilíndrico de pedra em que está gravado o Código de Hamurabi, que se encontra no Louvre, ou como o pano da bandeira nacional, o mármore da Vênus de Milo, mas que, além disso, tem sentido e significação que lhes muda a natureza, isto é, não são só pedra, pano ou mármore. A mudança de natureza aqui não significa transformar “água em vinho”, porque o bloco que está no Louvre é, desde o tempo de Hamurabi até nossos dias, pedra, mas em transmutar, desde o momento em que a lei foi nele gravada, o significado do bloco de pedra que se tornou um código jurídico. Esse é o sentido da transformação cultural. E é nesse sentido que Radbruch⁴² disse ser o direito a realidade a serviço do valor jurídico. Defendeu Radbruch, entre as duas guerras mundiais, o *relativismo jurídico*, segundo o qual depende de decisões históricas, e não da razão, a proeminência na ordem jurídica de uma das três finalidades básicas do direito (justiça, segurança, bem comum). Mas, depois da derrota da Alemanha, Radbruch, retornando do exílio em Londres, retificou suas ideias, assumindo, de certa forma, posição jusnaturalista.⁴³ Entre nós, Francisco Campos (1891-1968), na velhice, muito próximo de Radbruch, afastou-se do *positivismo crítico* abraçado em sua tese de concurso para a Faculdade de Direito de Minas Gerais.

Na América Latina o culturalismo jurídico é o traço característico do pensamento de três grandes juristas: Recaséns Siches (*teoria vitalista do direito*), que não é latino-americano, mas que no nosso continente se notabilizou, Carlos Cossio (*teoria egológica do direito*) e Miguel Reale (*teoria tridimensional do direito*). Recaséns Siches,⁴⁴ filosofou sobre o direito guiado pelas ideias de Ortega y Gasset,⁴⁵ o filósofo espanhol da “razão vital”. Orteguianamente afastou o direito do reino da “natureza física”, como também da “natureza psicológica” e do “reino dos valores”, situando-o no humano, como projeção histórica e inacabada da vida humana em sociedade sob a forma de norma, formulada segundo valores sob a pressão de fatores sociais. No crepúsculo da vida aderiu à natureza tridimensional do direito defendida por Reale. Já Carlos Cossio,⁴⁶ partindo da fenomenologia de Husserl, define o direito como objeto cultural cujo substrato pertence à natureza humana, constituído por condutas, expressões da liberdade humana, cujo sentido ou significação é dado pela norma, estabelecadora do limite da liberdade. Definindo a norma como a medida de liberdade reconhecida a cada um, acompanhada de sanções para o caso do ilícito, Cossio manteve-se afastado da visão naturalista, explicada pelo o princípio de causalidade, incompatível com o princípio de liberdade que rege o direito. Finalmente, Miguel Reale⁴⁷ entende o direito como síntese histórica de dois elementos pertencentes a realidades diferentes, “fato” (econômico, geográfico, demográfico etc.) e “valor” (justiça, ordem, garantia etc.), concretizados dialeticamente na norma jurídica. Assim, a norma jurídica, para ele, é a síntese ou unidade histórica resultante da integração, dinâmica e dialeticamente aberta a novas sínteses, de *fato* e valor, ou melhor, a *norma* resultante da ordenação do *fato* em função de *valores*. O direito, nesse modo de pensar, é processo normativo, de natureza dialética, que, disciplinando o “fato” segundo “valores”, cria modelos jurídicos provisórios.

Em resumo, o *culturalismo jurídico* caracteriza-se por ser o movimento que: 1º, situa o direito

no reino da Cultura; 2º, integra-o em um todo cultural; 3º, fã-lo acompanhar a sorte da cultura em que está integrado, podendo emigrar para outra, quando moribunda a que o criou, como foi o caso do direito sumeriano ou do direito romano; 4º, faz depender o conhecimento jurídico de método diferente do aplicado às ciências físico-naturais; 5º, entende o direito como a realidade orientada por valores, destinado a atingir finalidades; 6º, define a estrutura do direito como sendo composta de mais de um elemento, em que um deles pertence ao reino da Natureza (conduta, pedra, papel ou bronze em que a norma está escrita ou gravada) e outro normativo, formulado em função de valores, carregado de sentido.

199. SOCIOLOGISMO JURÍDICO

É a corrente do pensamento jurídico que, com base no fato social, explica e justifica o direito. Aplica o método sociológico e os resultados da Sociologia ao direito. Mas, acima de tudo, e nisso engloba várias correntes, define o direito como fenômeno social, independente do Estado. Em última análise não identifica o direito com a lei e nem com a jurisprudência, mas com o fato social. Desvincula o direito do Estado, definindo-o como fenômeno social, provocado por fatores sociais, dos quais não está excluído o direito do Estado (*direito oficial* como eles, sociólogos, o chamam). Defende a ideia de que, espontânea e naturalmente, o direito se manifesta, historicamente, primeiro como costume, cristalizando-se posteriormente em norma escrita, última etapa da estratificação jurídica. Estratificação que, partindo de usos, depois de costumes, de sentenças judiciais, atinge a forma de códigos, como os da Antiguidade, consolidadores de costumes ancestrais. Não reduz as fontes do direito às estatais (lei, jurisprudência), conseqüentemente, como foi dito, não identifica o direito com a lei. Admite o pluralismo jurídico, seja de direitos, seja de fontes do direito, todos e todas com o mesmo valor jurídico. Não dependendo, segundo os defensores desse movimento, o direito da vontade do legislador, o “fetichismo legal” da *escola de exegese* (§§ 137 e 196) é indefensável.

Considerando o direito como um dos fenômenos sociais, é compreensível que, inicialmente, os sociólogos se interessassem pelo *problema da origem social do direito*, ou seja, pelas suas *causas sociais* e pelas suas manifestações espontâneas. Eis por que, Montesquieu,⁴⁸ em seu clássico *L'Esprit des Lois* (1748), aparecido antes do despontar da Sociologia como ciência autônoma, vislumbrou nas condições geográficas, climáticas e demográficas as forças direcionais do direito, enquanto Marx e Engels (*As origens da família e da propriedade*, 1884),⁴⁹ defendendo o *determinismo econômico* (materialismo histórico), no fator econômico encontrou a força motora da ordem jurídica, destinada a garantir a satisfação de interesses da classe social dominante; já Gumpłowicz,⁵⁰ no conflito social (guerra ou revolução), encontrou a origem do direito, expressão da vontade do vencedor; enquanto Ihering,⁵¹ próximo dele, sustentou resultar o direito da luta por interesses, pois só quem luta por eles o merece.

Em todas essas posições domina o *monismo*, tendo cada uma delas preferência por um dos fatores sociais, provocadores do fenômeno jurídico. Max Weber,⁵² com seus estudos histórico-comparativos, demonstrou depender do tipo de sociedade a importância de um desses fatores. Criticando o determinismo econômico, aponta o aparecimento e desenvolvimento do capitalismo, organizado graças a seu direito flexível, nas sociedades dominadas pelo protestantismo, ou melhor, pelo calvinismo, e não nas em que o catolicismo predominava, fato que, segundo Weber, demonstraria ter a ordem econômica sofrido nessas sociedades a influência da ética calvinista, que, ao contrário da Igreja Católica, não combatia a usura e o lucro. Consequência: admitiu o *pluralismo* de fatores sociais do direito, posição que se tornou dominante na Sociologia e no sociologismo jurídico, na qual pontificou, nos anos 1930, Gurvitch,⁵³ defensor da teoria do direito social, fundado na experiência jurídica, inspirado na justiça. Gény,⁵⁴ nessa linha de pensamento, aponta vários fatores (*données*) sociais criadores do direito: *históricos* (tradições, costumes etc.), *reais* ou *naturais* (geográficos, econômicos, demográficos, psicológicos etc.), *racionais* (postulados da justiça) e *ideais* (aspirações sociais, ideologias etc.), que, para ele, devem ser os dados (*données*) de que dispõe a ciência do direito.

Além de dar ênfase aos fatores sociais do direito, o sociologismo jurídico, desde os seus primórdios, concentrou-se na *lei ou leis da evolução jurídica*. O “movimento de todas as sociedades progressistas” – escreveu, ainda no século XIX, Summer Maine⁵⁵ – “tem sido uniforme, caracterizando-se pela dissolução gradual das dependências familiares com o fortalecimento das obrigações individuais”. Definindo aquelas como *status*, posição social da qual decorrem, independentemente da vontade individual, obrigações, enunciou a seguinte “lei do progresso jurídico: movimento do *status* para o contrato”. É a conhecida *Lei de Maine*. Também no século XIX, Spencer,⁵⁶ defensor do *organicismo*,⁵⁷ caracterizou a evolução jurídica pela progressiva conquista da liberdade, enquanto Morgan⁵⁸ a identificou pela passagem do matriarcado (§ 184) para o patriarcado (§ 184). O fundador da moderna Sociologia, Durkheim,⁵⁹ não deixou de ser influenciado pela ideia de progresso, pois admitiu ter ocorrido no começo da civilização, em todas as sociedades, o processo de passagem do direito penal para o direito privado, ou seja, do direito que mais eficazmente tutela a solidariedade social para aquele em que é mais fraca a influência dela. Mas, em todas elas o direito é, segundo Durkheim, o organizador da sociedade de forma precisa, dando-lhe estabilidade. Movido por outras questões doutrinárias, Duguit,⁶⁰ sob a influência de Durkheim, formulou a seguinte norma fundamental, que, segundo ele, se observada, o direito poderia ser justo: “nada fazer que atente contra a solidariedade social em qualquer uma de suas formas e fazer tudo o que for de natureza a realizá-la, perpetuá-la e desenvolvê-la”. As transformações do direito caminham, segundo Duguit, para o direito social. O próprio Max Weber não se libertou do mito do progresso, ao definir as transformações jurídicas como tendo por motivação a racionalização do direito, alcançada pelo direito europeu, excessivamente técnico, formal, especializado, destinado a quase mecanicamente solucionar os litígios tendo pouca margem de arbítrio o juiz. Sorokin,⁶¹ por

sua vez, nega haver evolução linear do direito, mas exclusivamente flutuações de valores jurídicos em uma mesma civilização, sendo o direito científico, racionalizado, tipo em decadência do direito europeu atual, a ser substituído por outro de mais acentuado espírito ético.⁶²

Envelhecidos os mitos evolucionistas e do progresso do direito, bem como o monismo dominante no início do movimento sociológico, postos à prova pela desumanidade da revolução industrial, o sociologismo jurídico concentrou-se no *relativismo* e no *pluralismo jurídicos*. Aliás, Gierke (1841-1921), um dos fundadores do movimento sociológico, admitia a possibilidade de todas as sociedades organizadas criarem seus próprios direitos, por entender não ser monopólio do Estado a produção jurídica. Essas ideias, em 1939, foram renovadas por Gurvitch, que, como vimos, ergueu a bandeira do pluralismo jurídico, defendendo a teoria da formação social dos direitos, tendo por fonte fatos normativos, que realizam um dos sentidos históricos da justiça, correspondendo cada um deles a formas de sociabilidade e a tipos de grupos organizados, entre os quais o Estado com o seu direito petrificado.

Da ideia, vitoriosa no meio jurídico europeu, da correspondência direta do direito com a realidade social, apareceu em 1899, o *movimento do direito livre* (Freirecht), de que já falamos (§ 137), defendido, na França, por Gény, Saleilles, Lambert, Cruet, Gurvitch, Le Roy e Morin, na Alemanha e na Áustria principalmente por Kantorowicz⁶³ e Ehrlich,⁶⁴ além de outros, como Isay e Fuchs. Uns, como os franceses, admitindo, moderadamente, a criação do direito pelo juiz somente no caso de lacuna (§ 139), bem como a atualização do velho direito por força de interpretação atualizadora dos textos legais, outros, como os germânicos, defendendo a livre criação judicial do direito não só no caso de lacuna, como, também, quando injusto ou desatualizado fosse o direito. Todos reconhecendo a *Revolta do direito contra os códigos*, título sugestivo de um opúsculo de Morin, bem como, no dizer de Cruet, de “não dominar o direito a sociedade, refletindo-a” somente. Dentro dessa linha de pensamento temos a *Teoria da Instituição* de Hauriou,⁶⁵ Renard e de Delos, abraçada por muitos juristas-sociólogos de orientação católica. Entendem os partidários dessa teoria por “instituição” a ordem jurídica espontânea, organizadora de pequenas e grandes comunidades, integradas por um projeto social, baseado no bem comum, que lhes dá duração. A família, o Estado, a comunidade internacional, são exemplos dados por eles de instituição. A maioria dos defensores dessa teoria, principalmente Hauriou e Renard, está ligada à corrente do direito natural.

Finalmente, entre as duas guerras mundiais (a de 1914 e a de 1939), preocuparam-se muitos juristas em encontrar uma forma de dar mais legitimidade ao direito, fazendo-o corresponder mais aos ideais e às necessidades sociais. Dessa preocupação resultou o movimento denominado *jurisprudência dos interesses*, encabeçado por Philipp Heck,⁶⁶ defendendo a obrigação de o juiz indagar os “interesses causadores da lei”, em função dos quais deveria julgar os casos *sub judice*, ou seja, com base nesses interesses deveria descobrir o direito socialmente mais adequado ao caso, enquanto nos Estados Unidos, Pound⁶⁷ com a sua *sociological jurisprudence*, pensava que o juiz deveria adotar a interpretação do texto legal que melhor resultado social produzisse e que menor

atrito social provocasse. Como vemos, trata-se de posições moderadas, interessadas em dar solução social aos casos submetidos ao direito positivo ou estatal. São assim formas de *positivismo sociológico* defendido além de Pound e de Heck, por juristas de várias nacionalidades, como Gény, Duguit, Santi Romano, por exemplo.

A partir da década de 1950, o movimento sociológico concentra-se mais na função social do direito, na sociologia do saber jurídico e nas raízes sociais da criminalidade e de outras condutas de desvio. Deixou de ser “sociologia de gabinete” passando, no meio social, a pesquisar as bases e os reflexos sociais do direito legislado e jurisprudencial, ou melhor, a verificar a influência dos fatos sociais no direito, tornando-se assim útil a juízes, juristas, estadistas e legisladores.⁶⁸

200. PUREZA JURÍDICA

Por *pureza jurídica* entendemos a corrente que define, desenvolve e fundamenta o direito exclusivamente com elementos jurídicos. Por isso, a teoria que versa sobre o direito dentro desse ponto de vista denomina-se *Teoria Pura do Direito*. Os adeptos dela não se socorrem do direito natural, da moral, do Estado, de fenômenos sociais, da economia, enfim, de fonte alguma que não seja jurídica para justificar o de ser do direito. Teoria exposta, a partir de 1911, pelo austríaco Kelsen (§ 197), considerado por muitos como o maior jurista do século XX. Fez escola, conhecida por *Escola Vienense de Direito* ou *Escola de Viena*, mais ou menos na época em que em Viena surgiram grandes movimentos culturais, como, por exemplo, o de Freud. Dessa escola jurídica são principais representantes, além de Kelsen, Verdross, Merkl, Kunz, Rundstein e Weyer. Por que essa teoria é “pura”? Além do que dissemos, por reduzir o seu objeto exclusivamente ao direito positivo, admitindo os seus adeptos a possibilidade de justificar o direito com noções jurídicas. Como assim? Primeiro, considerando o direito como norma coativa, que estabelece condições para a aplicação de sanções; segundo, dando-lhe por fundamento uma norma, no entender de Kelsen, pressuposta por qualquer direito, por ele denominada de *norma fundamental*, não promulgada, que não pertence a direito nacional algum, mas que é, logicamente, indispensável a pensar o direito, sem sair do campo jurídico. O que prescreve essa norma? Prescreve o *dever de obedecer à autoridade*, ou, com palavras de Kelsen, prescreve a obediência “às ordens de um monarca absoluto ou às decisões de uma assembleia popular, por ser direito o que o monarca ordena ou o parlamento prescreve, e, consequentemente, válidas as normas que contiverem tais ordens”. À primeira vista, essa posição transforma o direito em mero instrumento do poder político. Porém, Kelsen admite que esse modo de compreendê-lo é a única forma científica de pensá-lo, afastada de qualquer fundamentação filosófica, seja pelo direito natural, seja pela justiça ou por fatores sociais.

O discurso kelseniano, como vemos, no sentido jurídico, é “puro”. Mas à luz desse discurso pode ter validade tanto o direito mais desumano como o mais democrático. Tanto o de Hitler, o de

Stalin, como o norte-americano, o inglês, para citar apenas o de duas democracias consolidadas. Além disso, a norma fundamental, na forma por ele formulada, pode alicerçar direitos nacionais, mas não o direito internacional. Kelsen reconhece a impossibilidade lógico-científica de unificar, sob uma única fundamentação, ambos os direitos, o nacional e o internacional. Cientificamente, escreve ele, não há solução para essa questão. É possível encontrar, diz Kelsen, uma saída não científica, resultante de uma tomada de posição em relação ao valor de uma dessas duas ordens jurídicas. Uma delas (parece-nos que é a da preferência de Kelsen) é a da preeminência do direito internacional, baseado também em uma norma fundamental, que, nesse caso, seria a suprema do direito. Norma não prescrita por tratado ou costume internacional algum, mas pressuposta pelo jurista para cientificamente unificar a totalidade do direito. O que prescreve essa norma? Prescreve a obrigação de os Estados se conduzirem “como regularmente se conduzem”, respeitando os costumes internacionais e as decisões dos organismos internacionais, como, por exemplo, as da ONU. Por que devem ser obedecidas? Porque nenhum país pode ficar fora da comunidade internacional e, principalmente, do comércio internacional, no mundo globalizado (que Kelsen não conheceu) em que vivemos. Para que os países dela façam parte é necessário que internacionalmente sejam reconhecidos. Porém, o reconhecimento internacional depende, segundo Kelsen, de os governos terem os seus atos e as suas leis respeitadas e observadas por tempo razoável... E foi assim, seguindo essa regra, que foram reconhecidos os governos do Brasil do denominado Estado Novo (Constituição de 1937), e os de Hitler e de Stalin etc., simplesmente por terem sido vigentes por tempo razoável... Mas, não nos esqueçamos, eficácia, isto é, a observância fiel do direito positivo, pertence ao mundo do ser, e não do *dever-ser*, que é o do jurídico... tema único da *Teoria Pura do Direito*...

201. REALISMO JURÍDICO

O realismo jurídico é uma teoria centrada no fato da aplicação do direito pelos tribunais e com os motivos, de ordem social ou psicológica, que a determinam. A justiça e os valores jurídicos são postos de lado, por serem, para os partidários dessa teoria, mitos, sem base científica e sem base nos fatos. Há, apesar de não terem parentesco algum, dois tipos de realismo jurídico: o escandinavo e o norte-americano. O primeiro, inspirado nas ideias do jurista e filósofo sueco Axel Hägerström (1868-1939), tem mais afinidade com o empirismo europeu, enquanto o norte-americano reflete a natureza do direito anglo-americano, que não se encontra em códigos, mas em precedentes judiciais (§ 166).

Nota-se nos juristas engajados no *realismo escandinavo* (A. Hägerström, A. V. Lundsted, K. H. Olivecrona e A. Ross) a preocupação em afastar a metafísica e os valores jurídicos da teoria do direito, que levou não só o sueco Lundsted a se recusar a definir o direito em função da justiça por não ter apoio nos fatos, como, também, outro sueco, K. Olivecrona,⁶⁹ a reduzir o direito à autorização para o uso da força organizada, motivada por fatos sociais. Já o dinamarquês Alf Ross,⁷⁰ sob a

influência de Kelsen, deu cunho normativista ao realismo escandinavo. A validade da norma jurídica depende, segundo Ross, de sua efetiva observância pelos tribunais. Válida quando respeitada e efetivamente aplicada pelos tribunais. Em consequência: o direito é válido se eficaz. Daí, com os seus colegas de escola, defini-lo como a norma disciplinadora do exercício do poder. O objetivo de Ross, por ele mesmo confessado em Paris, em 1934, é “construir o mundo do direito sem metafísica”.

Mais pobre em Filosofia, mas mais rico em Psicologia e em Sociologia, é o *realismo norte-americano* (Karl Llewellyn, Felix Cohen, Jerome Frank, T. W. Arnold), mais uma *psicologia do juiz* do que uma filosofia ou sociologia, por se preocupar muito com os fatores, conscientes e inconscientes, determinadores do comportamento dos magistrados. Para os defensores desse ponto de vista, o estado psicológico do juiz daria explicação à sentença. O comportamento do juiz é, diz Aronson, o único objeto jurídico que pode cientificamente ser estudado, do qual depende a aplicação da norma ao caso *sub judice*. O que fazem os juízes, escreveu, em 1930, K. Llewellyn (1893-1962), é o próprio direito. Daí Robinson pensar em psicanalisar os juízes para descobrir os fatores inconscientes das decisões judiciais, que seriam as fontes reais do direito vivo. Conhecendo-se o juiz como homem, é possível prever como ele decidirá. O importante, acrescenta T. Arnold, é descobrir as “ilusões coletivas” e as crenças que mantêm vivo o direito. De certa forma, a doutrina de Holmes enquadra-se aqui, principalmente quando afirma ser Direito o que os Tribunais declaram.

202. CONCLUSÃO. NOÇÃO DO DIREITO

Como vimos, as *correntes do pensamento jurídico* examinadas neste capítulo englobam várias posições acadêmicas conflitantes a respeito da natureza, da fonte, da fundamentação e da legitimação do direito. O *purismo jurídico*, defendendo a “autofundamentação” do direito, ou seja, a legitimação do direito pelo próprio direito, não responde ao porquê de sua validade. A *positivista*, colocando no poder, nas razões de Estado, na vontade do legislador ou nas necessidades decorrentes das relações sociais a razão de ser do direito, carece de fundamentação, porque para serem legítimas e válidas as decisões do governo ou a escolha das necessidades a serem atendidas, com sacrifício total ou parcial de outras, devem ser justificadas, ou seja, devem ter fundamento. Vontade coletiva, vontade geral, vontade da maioria, espírito da nação ou do povo, vontade ou consenso da comunidade, apontadas pelas *teorias contratualistas, historicista ou institucionalista* como razão de ser do direito, também dependem de fundamentação. *Bem comum*, invocado por Renard e pelos juristas católicos como critério decisório da legitimidade da ordem jurídica, também é meia solução, dada a sua imprecisão, além de ser confundível com as mais variadas interpretações de interesse social. Aliás, bem comum, tendo natureza histórica, não sendo, no tempo e no espaço sociais (§ 28), sempre o mesmo, depende de um critério que o defina e delimite o seu alcance. *Direito natural de conteúdo variável* de Stammler ou a *ideia de direito*, como a formulada por Radbruch, são ideias vazias de conteúdo,

nelas cabendo as mais diversas e conflitantes prescrições jurídicas, tanto as justas como as injustas, as humanas e as desumanas, as democráticas e as autoritárias. A realidade social, à qual o direito deve corresponder, segundo as *teorias sociológicas*, não passa de um *fato* do qual não se pode deduzir, como ensina a Filosofia, o *dever-ser*, ou seja, o valor ou fundamento do direito. É constituída de interesses econômicos, de ideias éticas, de exigências políticas, de fatores geográficos, ecológicos, demográficos etc. Em que medida devem ser atendidos esses dados; que interesses devem prevalecer historicamente; qual a medida do sacrifício de alguns interesses; estas são algumas das questões para as quais a realidade social, por si, como fato, não tem resposta. A *coexistência de liberdades*, requisito, no entender de Kant, para que o direito, seja válido, atende às exigências do liberalismo jurídico-econômico, mas não às do mundo moderno, no qual a questão jurídica não se reduz ao problema da coexistência de liberdades. A *luta* ou a *conquista*, processos defendidos por Ihering e por Gumplowicz, explica, mas não justifica o fenômeno jurídico. Não negamos que o direito, em algumas sociedades ou situações, tenha surgido de lutas ou de conquistas: as reformas de Sólon resultaram do conflito entre a aristocracia ateniense e agricultores; a Lei das XII Tábuas, do conflito entre patrícios e plebeus; as Declarações de Direitos do século XVIII das revoluções americana e francesa, sendo assim, consolidação de seus princípios; a Magna Carta, da luta entre o Rei e o Parlamento etc. Mas a “luta”, em si, é condenável, de difícil justificação. Aliás, Ihering tinha ciência disso, tanto assim que recorreu à *ideia de finalidade* para dar sentido à “luta pelo direito”. Para isso, deu-lhe por conteúdo interesses legitimáveis (individuais, sociais e estatais). Mas até que ponto devem predominar os interesses sociais sobre os individuais; os do Estado sobre os dos indivíduos e sobre os dos demais agrupamentos sociais; os do mercado sobre os dos trabalhadores; os da comunidade internacional sobre os do Estado; os da União sobre os dos Estados federados, e vice-versa, são perguntas para as quais não encontramos resposta nas teorias que reduzem o direito a mero critério solucionador de conflitos sociais. As *tradições jurídicas*, que devem ser respeitadas pelos legisladores e codificadores, cultuadas pela *Escola Histórica do Direito* de Savigny, não dão a razão de ser e nem podem justificar o direito do mundo atual, modificado por rápidas transformações legislativas para atender à instabilidade da ordem econômica, enriquecida por institutos jurídicos muitas vezes em conflito com as raízes tradicionais do direito europeu e latino-americano. O subconsciente do juiz, suas tendências éticas ou políticas e sua formação cultural (*realismo jurídico norte-americano*) podem explicar a decisão judicial, mas não justificá-la; o uso da força, em ocorrendo as condições previstas no direito (*realismo jurídico escandinavo*), depende de justificação histórica. Os *valores jurídicos*, destacados pelo *culturalismo jurídico*, principalmente a *justiça*, sem nos esquecermos da *segurança jurídica*, principalmente nas épocas de crise, a nosso ver, são os fundamentos do direito. O *relativismo* de muitos culturalistas, como o de Radbruch, não oferece solução alguma para essa *vexatissima quaestio*.

Nos anos 1950, escrevemos em nosso *Curso de Filosofia do Direito*: sem a conciliação, em dada situação histórico-social, da *justiça* com a *segurança jurídica* não há direito justo. A justiça (§

45) exige a “igualdade” de tratamento jurídico; proporcionalidade das prestações e da sanção ao delito; a coexistência de liberdades, limitadas, entretanto, pelo bem comum; a proibição do enriquecimento ilícito; a vinculação jurídica (inconfundível com a escravização do Homem) e o primado do direito. A “segurança jurídica” impõe o respeito à ordem constituída, à ordem pública e aos bons costumes; o respeito ao pactuado (*pacta sunt servanda*); a intocabilidade da decisão judicial transitada em julgado, mesmo que injusta; a subordinação do governo à lei a separação dos poderes do Estado; o respeito aos direitos adquiridos; a individuação da pena; a modificação da ordem jurídica com observância de regras legalmente preestabelecidas para criação do direito, sem atingir as situações jurídicas perfeitas, integralmente constituídas e os direitos adquiridos; a publicidade da lei (dos atos administrativos e judiciais) e demais atos normativos, bem como a anterioridade da lei ao fato a ser julgado, principalmente no caso de direito repressivo (penal) e a igualdade de todos diante da lei. Eis algumas das exigências ético-jurídicas da segurança e da certeza jurídicas. Como vemos, enquanto a justiça protege o homem contra o abuso do poder, a segurança não só reforça essa proteção, como, também, protege a sociedade, dando-lhe ordem e paz sociais, metas do próprio poder. Sendo assim, é possível um conflito entre segurança e justiça. Houve épocas da História europeia, como notou Henkel,⁷¹ em que predominou uma dessas ideias-forças. Como nota esse autor, no *Ancien Régime* e no Estado de Polícia do mundo moderno predominaram as “razões de Estado”, isto é, a segurança jurídica; na “Época das Luzes”, também a segurança jurídica, mas por outras razões, principalmente pela identificação da nação com o rei (Henkel: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad.). A nosso ver, naquele tempo e no das Revoluções Americana e Francesa, a justiça e a segurança inspiraram os revolucionários na formulação de suas Declarações de Direito. Nos séculos XIX e XX, a batalha tem sido pela justiça social e pela segurança da ordem constituída.

Como solucionar essa questão? Dependendo, como pensava Radbruch anteriormente às atrocidades praticadas nas décadas de 1930 e 1940, de tomada de posição a escolha de uma das metas do direito ao sabor de conveniências históricas, ou, então, da ideologia dos partidos políticos? Deixá-las à mercê de escolha política pode, por exemplo, resultar no extermínio de minorias, ou, então, como relata a História, na libertação de ladrões para não inocentar Jesus; na condenação de Sócrates ou na determinação da morte, indiscriminadamente, de recém-nascidos, como, ordenou o rei Herodes (*Bíblia*, Cap. 2), para matar também aquele que seria o futuro Messias, ou escravizar o vencido ou o devedor impontual etc.

A segurança, como vimos, supõe a estabilidade razoável da ordem jurídica, enquanto a justiça pretende sempre reformá-la para que ela atenda às suas exigências fundamentais. A segurança mantém de pé a ordem dominante, protegendo as estruturas de poder e os direitos individuais, em nome da ordem e da paz sociais, enquanto a justiça apela para a reforma do direito em nome de um ideal ético histórico de modo a ajustá-lo adequadamente à realidade social.

Mas se aprofundarmos nossa reflexão sobre a justiça, verificaremos requerer ela, também, que a

segurança não seja sacrificada para atender o justo. A justiça exige que o legislador seja atento, operoso, oportuno em suas reformas, bem como o juiz culto, perspicaz, que, pela interpretação, faça a lei corresponder – se possível – ao direito justo sem sacrificar a segurança. Por sua vez, a segurança depende de o Judiciário ser independente dos demais poderes, pois só assim pode controlar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, dando a cada um o que é seu e a cada delinquente a pena segundo a sua culpa, bem como a cada causador de dano injusto a obrigação de indenizar o prejuízo por ele causado.

A segurança e a justiça disputam, assim, a prioridade entre os fins do direito. Mas, na verdade, mesmo que a segurança seja a eleita, não conflita com a justiça, porque sem ordem e sem segurança, não há justiça.

Como solucionar esse conflito? Consideramos que o direito deve ser instrumento de ordem e de paz sociais, e não meio de intranquilidade e de insegurança social. O predomínio da segurança, desde que razoável e desde que respeitados os seus princípios básicos, não é incompatível com a ideia de direito, que, como a entendemos, pode ser assim formulada: *norma que, segundo um ideal de justiça, soluciona conflitos de interesses, com observância do devido processo legal*. A prevalência da justiça sobre todos os valores comporta o risco de desordem, de anarquismo, de ditadura de juízes e de arbitrariedade, contrariando assim as razões de ser do direito: segurança, ordem e paz sociais. A preferência pela segurança, indiferente à justiça, pode conduzir à insegurança individual, à tirania, ao despotismo e aos abusos de poder. Grave é, pois, o dilema em que se encontram o jurista e o legislador na História.

Para nós, que consideramos dever a *ordem* prevalecer sobre a *anarquia*, sem ser instrumento de tortura, de desrespeito aos direitos humanos, e que consideramos ser a *justiça* o fundamento do direito, capaz de julgá-lo e de guiá-lo na produção de bons efeitos sociais, chegamos ao seguinte conceito: o *direito é a garantia da ordem e da paz sociais com o mínimo sacrifício da justiça*, ou, então, a *proteção justa da ordem e da paz sociais*.⁷² Fica bem claro o nosso pensamento: a justiça é o fundamento ético e jurídico do direito, enquanto a segurança é valor-meio, por depender dela a realização da justiça, pois, sem ela, a justiça é inatingível.

¹ Hamurabi proclamou ter sido seu *código* recebido do deus Sol; Zaratustra disse que as leis do *Avesto* foram-lhes entregues no cimo de uma montanha pelo deus Ahura Mazda, enquanto Moisés revelou aos judeus ter recebido os *Dez Mandamentos*, no cimo do Monte Sinai, das mãos de Javé.

² Hugo Grocio (*Grotius*), em holandês Huig de Groot, jurista holandês, nasceu em 1583. Exilado, na França, publicou a obra *De jure belli ac pacis* (1625), que lhe deu fama. A ele se deve a laicização do direito natural, compreendido como ditado pela razão. Definiu-o como universal,

absoluto e imutável. Morreu em 1645.

- 3 Samuel Freiherr Pufendorf (1632-1694), jurista alemão, foi o primeiro catedrático de direito natural internacional em Heidelberg. Defendeu a ideia do direito natural prescrito pela razão, tendo por fonte a natureza humana, da qual a razão deveria deduzir a sua norma fundamental, por ele assim enunciada: “cada homem deve, enquanto depender dele, manter e proteger as relações sociais”. Não causar dano a ninguém, respeitar os compromissos contraídos e a dignidade humana, bem como tratamento jurídico igual para todos, seriam os princípios fundamentais do direito natural, segundo Pufendorf. *De iure naturae et gentium libri octo* (1672) é a sua obra fundamental.
- 4 Gottfried Wilhelm Leibniz, filósofo alemão, nascido em 1646. Além de sua obra *Monadologia* (1714), de importância para a filosofia, deixou, no campo jurídico, *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* (1667). Faleceu em 1716.
- 5 Cícero (Marcus Tullius), jurista e filósofo romano, marcado pelo estoicismo, nasceu em 106 a.C. Combateu todas as formas de tirania e de oligarquia. Morreu em 43 a.C.
- 6 A concepção do *direito natural irreduzível*, devida a Gény, domina hoje entre os neojusnaturalistas, que defendem um pequeno reduto de princípios, que se encontram acima do poder, limitando o legislador e o juiz, garantindo o respeito mínimo da dignidade humana. Nessa mesma linha temos o *direito natural de conteúdo variável* de Stammler, o *direito natural de conteúdo progressivo* de Renard e o *direito natural minimizado (direito natural mínimo)* de Del Vecchio, Planiol, Colin e Capitant e do próprio Gény, concepções conciliadoras do direito natural absoluto, imutável na essência, mas não no seu conhecimento, com o direito histórico, em constante transformação.
- 7 Jean Dabin, jurista belga, nascido em 1889. Obras principais: *Laphilosophie de l'ordre juridique positif* (1929), *Doctrine générale de l'État* (1939), *Théorie générale du droit* (1944) e *Le droit subjectif* (1957). Vide o nosso *O Pensamento Jurídico Contemporâneo* (São Paulo, Saraiva, 1955).
- 8 Pitirim Aleksandrovich Sorokin, jurista e sociólogo russo, nascido em 1899, radicado nos Estados Unidos, onde faleceu em 1968, como professor da Universidade de Harvard. Em russo publicou uma *Teoria Geral do Direito* (1920). Dedicou-se nos Estados Unidos à sociologia da civilização, defendendo a ideia da flutuação, dentro de cada civilização, de três tipos básicos de cultura: religiosa, científica e mista. Obra fundamental: *Social and Cultural Dynamics* (1937-1941). Consultar o cap. 11 do nosso livro *Teorias Sociológicas* (3ª ed., Rio, Forense Universitária, 1972).
- 9 Thomas Hobbes, filósofo inglês, nascido em 1588, falecido em 1679, defendeu o empirismo, encontrando nas sensações a fonte do conhecimento. Foi defensor ardoroso do utilitarismo. Obras principais para o Direito: *Elements of Natural Law* (1640) e *Leviatã* (1651).
- 10 John Locke, filósofo inglês, nascido em 1632, com sua obra *Two Treatises of Government* (1690), lançou as bases da ideologia liberal. Opôs-se a Hobbes (1588-1679), ao sustentar não terem os homens, com o contrato social, renunciado a seus direitos naturais à liberdade, à vida e à propriedade, mas, ao contrário, terem procurado garanti-los e dar a razão de serem respeitados pelos governantes. O contrato social não teria sido celebrado para criar o governo eficaz, mas o

Estado de direito, ou seja, o poder limitado por leis. Morreu em 1704.

- 11 Jean-Jacques Rousseau, filósofo e literato francês, nascido em 1712, deixou uma obra fundamental: *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique* (1762), em que concilia a liberdade individual com as limitações inerentes à vida social. A ideia central dessa obra é a criação do Estado protetor da liberdade e estabelecedor da igualdade entre os homens. Nas ideias de Rousseau inspiraram-se os redatores da *Déclaration des droits de l’homme* da Revolução Francesa. Influíram elas também em Kant. Morreu em 1778.
- 12 Documento elaborado pelos nobres ingleses, em 1215 que, submetido a João Sem Terra, o promulgou. Assegura os direitos e as liberdades da Igreja, as liberdades individuais, bem como proíbe a prisão sem processo regular e impõe o julgamento dos cidadãos por seus pares (*Júri*), isto é, da mesma posição social do acusado (*vide* § 178).
- 13 Documento do direito público inglês, assinado em 1628 por Carlos I, sob pressão do Parlamento, redigido por Cooke, que, limitando o poder real, impôs o primado do direito. É o primeiro documento que deu supremacia ao Parlamento (*vide* § 178).
- 14 Sólon, legislador ateniense, nascido em 640 a.C., falecido em 558 a.C. De origem nobre, foi chamado por nobres e plebeus para, como árbitro, reformar a legislação. Foi bem-sucedido em sua obra, redigida com base no princípio “nada em excesso”, inclusive no concernente às penalidades. Prescreveu em suas leis o respeito do povo aos seus governantes, que deveriam estar submetidos à lei.
- 15 Os Estados Unidos resultaram do consenso de treze colônias.
- 16 Platão (pseudônimo, nome: Arístodes), filósofo grego, nasceu em Atenas, no ano de 428 a.C. Deixou 28 *Diálogos*, dos quais dois são importantes para o direito: *República* e *Leis*. O primeiro trata do Estado, que teria surgido da necessidade que têm os homens de viverem em sociedade, governado pelos mais sábios, ou seja, pelos filósofos. Morreu em 347 a.C.
- 17 Benedetto Croce, filósofo italiano, nascido em 1866, falecido em 1952. Escreveu a *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell’economia* (1907). Economia para Croce não se reduz a bens e a interesses materiais, mas sim à *atividade espiritual*, voltada para o concreto (individual), tendo por objeto o útil (individual ou social), que seria o motor do direito.
- 18 Giovanni Gentile, filósofo italiano, nascido em 1875, falecido em 1944. Para o direito é importante sua obra *I fondamenti della filosofia del diritto* (1916). O direito seria expressão de decisões do poder destituída de natureza psicológica, apesar de ser uma das manifestações do espírito.
- 19 Santo Agostinho, padre e filósofo católico, nascido em 354, é o mais afamado filósofo do período *patrístico*. Sofreu a influência de Platão. Defende em sua obra máxima, *De civitate Dei*, a subordinação do Estado ao Papado, intérprete das normas da *civitas Dei*. Faleceu em 430.
- 20 Johann Gottlieb Fichte, filósofo alemão, nascido em 1762, falecido em 1814. No tocante ao direito, entende ser o Estado o “direito natural realizado”, destinado a tutelar a liberdade individual. Para o direito, importante é a sua obra: *Fundamentos do direito natural* (1796).
- 21 Georg Wilhelm Friedrich Hegel nasceu em 1770, em Stuttgart. Professor universitário desde 1811.

Defensor do idealismo absoluto e do panlogismo. Obras fundamentais: *Fenomenologia do espírito* (1807), *Ciência da lógica* (1812-16), *Enciclopédia das ciências filosóficas* (1817) e *Filosofia do direito* (1821). Morreu em Berlim em 1831.

²² Friedrich Karl Savigny, romanista alemão, fundador, com o seu discípulo Hugo, da “Escola Histórica do Direito”, nasceu em 1779. Professor universitário desde 1808. A sua grande obra é o *Sistema do direito romano atual* (1815). Entretanto, para o historicismo jurídico é importante o seu opúsculo: *Da vocação de nosso século para a legislação e para a ciência do direito* (1814). Morreu em Berlim a 25 de outubro de 1861.

²³ Gustav Hugo, romanista alemão, nasceu em 1764. Professor universitário desde 1788. Fundador, com Savigny, da “Escola Histórica do Direito”. Combateu a teoria do direito natural, defendendo a vinculação do direito ao espírito do povo. Faleceu em 15 de setembro de 1844.

²⁴ Georg Friedrich Puchta, discípulo e sucessor de Savigny na Universidade de Berlim, nasceu em 1798. Pandectista alemão. Sustentava ser o direito consuetudinário a fonte do direito por excelência, por decorrer diretamente das convicções do povo. Morreu em Berlim a 8 de janeiro de 1846.

²⁵ Isidore Marie Auguste François Xavier Comte, ou, como é conhecido, Auguste Comte, nasceu a 13 de janeiro de 1798, vindo a falecer em 5 de setembro de 1857. Criador do positivismo, deve-se a ele, na precisa observação de Cuvillier, a “noção de uma ciência positiva e autônoma dos fenômenos sociais”, por Comte inicialmente denominada *Física Social*, e, depois, *Sociologia*, termo que criou e empregou no *Sistema de Política Positiva*. A Humanidade, segundo Comte, é governada pela *lei dos três estados*, passando do “estado teológico” ao “metafísico” e deste ao “positivo” ou científico, presidido pela ciência. Classificou as ciências partindo da mais simples à mais complexa, culminando com a Sociologia, termo por ele criado. Obras principais: *Cours de Philosophie Positive* (1830-42) e *Système de Politique Positive ou Traité de Sociologie* (1851-54). Para maiores considerações, cap. 1 da nossa obra *Teorias Sociológicas*, citada (v. nota 8).

²⁶ Os *pandectistas* eram juristas alemães, especializados em direito romano, que, do século XVII ao XIX, elaboraram a *Teoria Geral do Direito Civil*, até hoje dominante, que serviu de base à formulação dos demais conceitos jurídicos. Deram origem à corrente do pensamento jurídico alemão denominada *conceitualismo jurídico* ou *jurisprudência conceitual*, que faz depender o conhecimento científico do direito de conceitos jurídicos básicos, elaborados pelos pandectistas partindo do direito romano, isto é, das Pandectas (164, nota 10), adaptado à realidade alemã dos séculos XVIII e XIX. Considera não ter lacunas o direito, por ser possível nele encontrar-se sempre a solução para qualquer problema jurídico.

²⁷ John Austin, jurista inglês, fundador da *Escola Analítica de Jurisprudência* (Escola Jurídica Analítica), nasceu em 1790. Estudou na Alemanha, tendo sofrido a influência do historicismo alemão (§ 195). Opõe-se ao direito natural. Obras principais: *The Province of Jurisprudence Determined* (1832) e *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy Positive Law* (1863). Morreu em 1859.

²⁸ Georg Jellinek, jurista alemão, teórico do direito público, nascido em 1851, falecido em 1911, considera ser o direito o “mínimo ético”. Obra principal: *Teoria Geral do Estado* (1900).

- ²⁹ Icilio Vanni, jurista italiano, nasceu em 1855. Principal representante do positivismo jurídico italiano. Professor universitário desde 1889. Obras principais: *O problema da filosofia do direito na filosofia, na ciência e na vida de nossos tempos* (1890), *O direito na totalidade das suas relações* (1900) e *Lições de Filosofia do Direito* (1904), obra póstuma. Morreu em 1903.
- ³⁰ *Criticismo*, doutrina filosófica que, tendo por ponto de partida a filosofia de Kant, sustenta o alcance limitado da Razão. Preocupa-se com as condições lógicas possibilitadoras da experiência e com as limitações do conhecimento científico.
- ³¹ Albrecht Hermann Post, jurista e etnólogo alemão, nasceu em 1838, desaparecido em 1895. Foi um dos estudiosos dos fenômenos jurídicos entre os povos primitivos. Fundador da *escola etnológica de jurisprudência*. Escreveu vários livros sobre *jurisprudência etnológica*. Mostrou-se sempre interessado nas “leis” da evolução jurídica. O direito, segundo ele, teria por fonte o instinto de conservação e o de reprodução, manifestado na luta pela sobrevivência. Surge de forma imperceptível, espontaneamente, cristalizando-se em costumes, para, depois, concretizar-se em leis.
- ³² L. A. Herbert Hart (1907-1992), jurista inglês, professor em Oxford. Sofreu a influência de Austin e de Kelsen. Renovador do pensamento jurídico inglês. Exerceu influência sobre Bobbio, como se pode notar na obra deste último, *Teoria dell’ordinamento giuridico*. Obra principal: *The Concept of Law* (1961).
- ³³ Norberto Bobbio, jurista italiano, nascido em 1909, falecido em 9 de janeiro de 2004, é um dos renovadores da filosofia do direito na Itália. Obras principais: *Scienza e tecnica del diritto* (1934), *L’analogia nella logica del diritto* (1938), *La consuetudine come fatto normativo* (1942), *Introduzione alla filosofia del diritto* (1950), *Teoria della scienza giuridica* (1950), *Teoria della norma giuridica* (1958), *Teoria dell’ordinamento giuridico* (1960), *Studi per una teoria generale del diritto* (1970). Sofreu Bobbio também influência de Ross (§201) ao considerar o direito como ordenamento jurídico institucionalizado, cujas normas disciplinam o uso da força física. Atualmente Bobbio, senador vitalício, dedica-se mais à ciência política. Sobre Bobbio vide nosso livro: *O Pensamento Jurídico Contemporâneo* (S. Paulo, Saraiva) e a nossa *Filosofia do Direito* (Forense, 1994, pp. 167-171).
- ³⁴ Immanuel Kant, o “primeiro dos filósofos modernos”, no dizer de Kruger, nasceu em Königsberg, em 1724. Apesar de *racionalista*, reagiu ao *dogmatismo*, que desconhece limites para a Razão. A sua obra fundamental, *Crítica da razão pura* (1781), indaga as possibilidades da Razão no processo de conhecimento, enquanto sua *Crítica da razão prática* (1788) se preocupa com o estabelecimento dos limites da razão no campo ético. Para o direito, especialmente importantes são os seus *Fundamentos da metafísica dos costumes* (1785), cuja primeira parte é dedicada aos *Princípios metafísicos do direito*, sem nos esquecermos de seu trabalho *Sobre a paz perpétua* (1795). Morreu em 1804. O Kantismo renasceu com os *neokantianos* no século XIX.
- ³⁵ No campo jurídico, Kant sustenta ser a coação essencial ao direito, apesar de ser obstáculo à liberdade, por ser o meio de garantir a coexistência das liberdades. Defendeu, como vimos (§ 193), a ideia de contrato social, não como fato histórico, mas como condição lógica possibilitadora do “Estado de direito” e do governo responsável.

³⁶ Rudolf Stammler, jurista e filósofo alemão, vinculado ao neokantismo da “Escola de Marburg”, cujos sequeiros se interessaram com a teoria do conhecimento, nasceu em 19 de novembro de 1856. Professor universitário desde 1884. Preocupou-se em formular a teoria do conhecimento jurídico. Obras principais: *Direito e economia* (1896), *Teoria do direito justo* (1902), *Teoria da ciência do Direito* (1911) e *Tratado de filosofia do direito* (1921). Morreu em 1938. Ver o cap. I do nosso *O Pensamento Jurídico Contemporâneo* (São Paulo, Saraiva), sobre Stammler e a nossa *Filosofia do Direito* (Forense, 1994), pp. 155-160.

³⁷ Hans Kelsen nasceu em Praga, então na Boêmia austríaca, em 1881, faleceu em 1973, nos Estados Unidos. Professor universitário em Viena de 1911-30, depois, em Colônia, de 1930-33. Exilado, lecionou em Genebra de 1933-40, radicando-se depois nos Estados Unidos, na Universidade da Califórnia. A sua teoria foi exposta, pela primeira vez, em 1911, em seus *Problemas Fundamentais da Teoria do Direito e do Estado*. Em 1925, aplicou-a à *Teoria Geral do Estado*, como ordem jurídica. Em 1934, porém, apresenta-a de forma simplificada em sua *Teoria Pura do Direito*, ligeiramente modificada, na segunda edição, aparecida em 1960. Finalmente, nos Estados Unidos, publica *Teoria Geral do Direito e do Estado* (1943), afastando-se de sua primitiva pureza metódica. Fundador, e principal representante, da “Escola de Viena”, formada por A. Verdross, R. A. Mehl, J. L. Kunz, Rundstein, Weyr, à qual aderiram o jurista inglês Hart (*vide* § 196) e o jurista italiano Bobbio (*Teoria do Ordenamento Jurídico*, 1960), que faz depender a validade do ordenamento jurídico de uma norma pressuposta, assim enunciada por Bobbio: “norma de estrutura ou de competência”, disciplinadora da produção de outras normas, de natureza atributivo-imperativa, assim enunciada: o poder constituinte é autorizado a emanar normas obrigatórias para toda a coletividade que está obrigada a observá-las. *Vide, sobre o aspecto normativista* da teoria de Kelsen o § 197. O *kelsenismo*, principalmente na forma abraçada pela *Escola de Viena* (Verdross, Kunz etc.), defende a supremacia do direito internacional (§§ 90 e 91) sobre o direito nacional (§ 90). Como consequência, a validade deste último depende de ser reconhecido como legítimo pelos demais países da comunidade internacional. Para essa corrente o “*respeito aos costumes internacionais*” é a norma fundamental do direito. Já para os kelsenianos que pensam valer mais o direito nacional, a “*primeira Constituição*”, que impõe o dever de obedecer às demais constituições, é a norma fundamental do direito. Maiores considerações sobre Kelsen podem ser encontradas no cap. III do nosso *O pensamento Jurídico Contemporâneo* (São Paulo, Saraiva, 1955) e em nossa *Filosofia do Direito* (Forense, 1994), pp.: 161-166, e, ainda, nesta obra, *vide* o § 200.

³⁸ Giorgio Del Vecchio, jurista italiano, fundador em 1921 da *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, nasceu em 1878. Fundador da *Società Italiana di Filosofia del Diritto*. Professor jubilado da Universidade de Roma, da qual foi também reitor. Foi presidente do *Institut International de Philosophie du Droit* (Paris). Fundador do *Institute de Filosofia del Diritto* da Universidade de Roma. Os seus trabalhos foram traduzidos para o alemão, francês, inglês, espanhol, português e até para o japonês. Obras principais: *I presupposti filosofici della nozione del diritto* (1905), *Il concetto del diritto* (1906), *Il concetto della natura e il principio del diritto* (1908) e *Lezioni di Filosofia del Diritto* (1930), com mais de dez edições na Itália. Morreu em 1970. Referimo-nos às tendências jusnaturalistas de Del Vecchio no § 192. Considerações maiores sobre Del Vecchio em nosso *O Pensamento Jurídico Contemporâneo*,

cit.

- ³⁹ Da corrente neokantiana, mais interessada com os valores do direito, ou seja, com a ideia do direito, do que com o conceito do direito, como é o caso, por exemplo, de Radbruch, trataremos no parágrafo seguinte, dedicado ao *culturalismo jurídico*.
- ⁴⁰ Josef Kohler, jurista alemão, nascido em 1849, falecido em 1919. O direito como fenômeno cultural, construído com elementos fornecidos pela civilização, é a ideia central de sua obra.
- ⁴¹ Emil Lask, jurista e filósofo neokantiano alemão, falecido, em 1915, em combate na Primeira Guerra Mundial. Nasceu em 1875. Obra principal no campo jurídico: *Filosofia do Direito* (1905).
- ⁴² Gustav Radbruch, penalista e filósofo do direito alemão, nasceu em 1878. Lecionou em Heidelberg, de onde foi afastado no regime nazista, exilando-se em Londres. Retornou, em 1945, a Heidelberg. Autor do projeto de Código Penal alemão de 1922. Obras principais: *Introdução à Ciência do Direito* (1910) e *Filosofia do Direito* (1914). Morreu em 1949. Maiores considerações sobre Radbruch *vide* nosso livro *O Pensamento Jurídico Contemporâneo*, cit. e a nossa *Filosofia do Direito*, cit., pp. 155-160.
- ⁴³ Devem ser lembrados entre os culturalistas alemães: Mayer, Munch e Sauer.
- ⁴⁴ Luís Recaséns Siches, jurista, filósofo e sociólogo espanhol, nasceu em 1903. Deu grande impulso ao pensamento jurídico-filosófico latino-americano. Lecionou na Espanha e nos Estados Unidos. Naturalizado mexicano, passou a lecionar na Universidade Nacional do México. Obras principais: *Direcciones contemporâneas del pensamiento jurídico* (1929), *Estudios de Filosofía del Derecho* (1935). *Vida Humana, Sociedad y Derecho* (1940), *Lecciones de Sociología* (1948), *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho* (1956), *Tratado General de Sociología* (1958) e *Tratado General de Filosofía del Derecho* (1959). *Vide* o nosso *O Pensamento Jurídico Contemporâneo*, cit.
- ⁴⁵ José Ortega y Gasset, filósofo espanhol, nascido em 1883, falecido em 1955. Sofreu a influência da filosofia alemã, principalmente do historicismo alemão. Sem negar o valor da razão, preocupou-se com a sua “vitalização”.
- ⁴⁶ Carlos Cossio, jurista argentino, fundador e presidente do Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, nasceu em 1903. Professor de Filosofia do Direito da Universidade de Buenos Aires. Criador da “Teoria Ecológica do Direito”, de fama mundial. Deu grande impulso ao pensamento filosófico-jurídico latino-americano. Obras principais: *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad* (1944), *El Derecho en el Derecho Judicial* (1945) e *Teoría de la Verdad Jurídica* (1954). A teoria que idealizou exerceu profunda influência em vários juristas. Dessa influência resultou a *Escuela Ecológica*, formada por E. R. Aftalion, L. Carnelli, M. A. Copello, J. Cueto Rua, F. García Olano, Werner Goldschmidt (com ideias próprias), L. F. Herrera, Miguel Herrera Figueiroa, J. F. Linares, L. E. Nieto Arteta, E. Ramos Mejía, E. J. Ure, José Vilanova, A. Gioja, R. Entelmann, L. Landaburu, G. R. Carrió. Entre nós, Machado Neto e Julio C. Raffo sofreram a influência de Cossio. Para maiores considerações *vide* nosso *O Pensamento Jurídico Contemporâneo*, cit. (cap. V) e nossa *Filosofia do Direito* (1994) cit., pp. 173-175.

- ⁴⁷ Miguel Reale, jurista e filósofo brasileiro, professor de Filosofia do Direito da Universidade de São Paulo, nasceu em 1910. Fundador e diretor do Instituto Brasileiro de Filosofia (1949) e da *Revista Brasileira de Filosofia* (1951). Autor da primeira teoria jurídica brasileira conhecida por “Teoria Tridimensional do Direito”, internacionalmente conhecida. Deu grande impulso ao pensamento filosófico brasileiro em nossa época. Obras principais: *O Estado moderno* (1934), *Os Fundamentos do Direito* (1940), *Teoria do Direito e do Estado* (1941), *Filosofia do Direito* (1954), *Horizontes do Direito e da História* (1956), *Teoria Tridimensional do Direito* (1968) e *O Direito como Experiência* (1968) etc. Presidente da Comissão de Reforma do Código Civil. À teoria de Reale aderiram: Celso Lafer, Irineu Strenger, Oscar Barreto Filho, José Cretella Júnior, Teófilo Cavalcante Filho e Tercio Sampaio Ferraz Filho, todos de São Paulo, Luís Luisi, do Rio Grande do Sul, e, em parte, o Autor (*vide* à frente a nota 71). No estrangeiro, Recaséns Siches, mantendo sua posição orteguiana e suas antigas ideias, aderiu também à tridimensionalidade de Reale. Foram traduzidas para o italiano e para o francês algumas de suas obras. Para maiores considerações, o nosso *O Pensamento Jurídico Contemporâneo*, cit. (cap. XI) e a nossa *Filosofia do Direito* (1994) cit., pp. 177-183.
- ⁴⁸ Charles Secondat, barão de *La Brède* e de Montesquieu, escritor e filósofo francês, nascido em 1689, falecido em 1755.
- ⁴⁹ Karl Heinrich Marx, filósofo e economista alemão, nasceu em 1818. Sofreu a influência de Hegel (§ 191). Exilado primeiro em Paris, depois na Bélgica, fixou residência em Londres, onde faleceu em 1883. Obras principais: *Contribuição à Crítica da Economia Política* (1859) e *O Capital* (1867). Mas, para o direito, importante é a sua *Contribuição à crítica da filosofia do direito de Hegel* (1844). *Vide* nossa *Teorias Sociológicas*, cit.
- ⁵⁰ Ludwick Gumplowicz, sociólogo e jurista polonês, nascido em 1838, falecido em 1909. Obras principais: *Filosofia do Direito e do Estado* (1877), *Tratado de Direito Público* (1891) e *O conceito sociológico do Estado* (1892).
- ⁵¹ Rudolf von Ihering, jurista alemão, nascido em 1818, falecido em 1892. Opôs-se à formação espontânea do direito defendida pela Escola Histórica (§ 192). Admite a evolução do direito impulsionada por conflitos de interesses. “O direito”, escreve Ihering, “não é o princípio superior que rege o mundo; não é um fim em si, não passando de um meio para a realização de uma finalidade: a conservação da sociedade humana.” Mas, quando essa finalidade está ameaçada, o direito socorre a sociedade, garantindo-a. Duas regras de ouro inspiram o direito, segundo Ihering: “deves afirmar teu direito lutando”, e “o fim é o criador do direito”. Além da proteção da sociedade, a segurança e a ordem são outras finalidades do direito. A “máxima jurídica tem por escopo a segurança das condições de vida social”. Obras principais: *O espírito do direito romano* (1852), *A luta pelo direito* (1872) e *O princípio de finalidade no direito* (1877), em alemão: *Zweck in Recht*. Coube a Tobias Barreto tornar Ihering conhecido no Brasil.
- ⁵² Max Weber, sociólogo alemão, nascido em 1864, falecido em 1920. Obras principais: *Ética protestante e o espírito do capitalismo* (1901) e *Economia e sociedade* (1922, publicação póstuma). *Vide* o nosso livro *Teorias Sociológicas*, cit. (cap. 10).
- ⁵³ Georges Davidovitch Gurvitch, jurista e sociólogo russo, radicado na França, nasceu em 1894. Professor, até 1918, da Universidade de Petrogrado, depois da de Tomsk (1919). Lecionou na

Universidade de Praga (1921-24). Durante a guerra lecionou nos Estados Unidos. Morreu, em 1965, como professor da Sorbonne. Obras principais: *L'idée du droit social* (1932), *Les temps présents et l'idée du droit social* (1932), *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit* (1935), *Sociology of Law* (1942), *La vocation actuelle de la sociologie* (1950), *Déterminismes sociaux et liberté humaine* (1955). Organizador, editor e colaborador do *Traité de Sociologie* (PUF, 1958-60). Fundador e diretor dos *Cahiers Internationaux de Sociologie* (a partir de 1946). Dirigiu os *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, fundado, por ele com Le Fur, em 1931, órgão do “Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique” (1933). Gurvitch era um intelectual inquieto, que sempre se renovava, não se podendo dizer que o Gurvitch, que a morte nos privou, tenha sido a última etapa da evolução de uma mente genial. A Filosofia e Sociologia Jurídicas e a Sociologia contemporâneas devem muito a ele. Para maiores considerações, consultar nossos livros *Teorias Sociológicas*, cit. (cap. 15), e *O Pensamento Jurídico Contemporâneo*, cit.

⁵⁴ François GénY, jurista francês, nasceu em 1861. Revolucionou a metodologia jurídica. Defendeu a “livre investigação científica do direito” pelo juiz quando não houver norma aplicável ao caso *sub judice* e, com certo rigor, distinguiu a “ciência do direito”, criadora da norma jurídica, da “técnica jurídica”, entendida como arte de formulá-la corretamente de modo a atender às suas finalidades. Morreu em 1938. Consultar os §§ 2º e 13. Obras principais: *Méthode d'interprétation et sources du droit positif* (1899) e *Science et technique en droit privé positif* (1914-24). Vide o nosso livro *O Pensamento Jurídico Contemporâneo*, cit.

⁵⁵ Henry James Summer Maine, etnólogo, sociólogo, historiador e jurista inglês, nascido em 1822, falecido em 1888. Fundador da *Escola Histórica Inglesa*. Obra principal: *Ancient Law* (1861).

⁵⁶ Herbert Spencer, sociólogo e filósofo social inglês, nascido em 1820, falecido em 1903. É um dos fundadores da Sociologia. Sobre suas ideias, consultar nosso *Teorias Sociológicas*. Obra principal: *Principles of Sociology* (1876-96).

⁵⁷ Teoria sociológica de Spencer e de outros sociólogos, que traça paralelos entre o organismo humano e a sociedade, encontra-se sumariada em nossos livros: *Manual de Sociologia* e *Teorias Sociológicas*.

⁵⁸ Lewis Henry Morgan, antropólogo norte-americano, nascido em 1818, falecido em 1881. Obra principal: *Ancient Society* (1877).

⁵⁹ Emile Durkheim, sociólogo francês, nascido em 1858, falecido em 1917. Fundador do *Année Sociologique* (1897) e chefe da *escola sociológica francesa*. Deve-se a ele a moderna Sociologia. Para ele, o direito é o símbolo da solidariedade social, que no direito penal é mais eficazmente garantida, motivo porque é dotado de sanções repressivas, enquanto o direito privado tutela laços de solidariedade mais frágeis, razão de suas sanções serem restitutivas. Para as ideias de Durkheim, consultar nossos livros: *Manual de Sociologia* e *Teorias Sociológicas*. Obras principais: *De la division du travail social* (1893) e *Règles de la méthode sociologique* (1895).

⁶⁰ Léon Duguit, constitucionalista francês, nascido em 1859, falecido em 1928. Sofreu influência da “escola sociológica francesa”. Combateu, entre as duas guerras mundiais, o individualismo que marcou a legislação francesa. Para ele o direito privado tem função social, principalmente o direito de propriedade. O conteúdo do direito deveria ser temperado pela solidariedade social,

que deve imperar entre os membros da comunidade. Defendeu a substituição da concepção individualista do direito subjetivo pela funcional: não há direito puro, mas direito-função, ou seja, direito-dever. Obra fundamental: *Traité de Droit Constitutionnel* (1911), mas devem ser lembrados: *Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'État* (1911) e *Transformations générales du droit privé depuis de Code Napoléon* (1912). Vide o nosso livro: *O Pensamento Jurídico Contemporâneo*, cit.

⁶¹ Dados bibliográficos foram indicados na nota 8 deste capítulo.

⁶² Todas essas doutrinas estavam ligadas ao *evolucionismo*, posição dominante na infância da Sociologia. Entende-se por evolucionismo a teoria que admite a continuidade das transformações sociais, partindo de formas simples para formas mais complexas. Vide nossos livros: *Manual de Sociologia e Teorias Sociológicas*.

⁶³ Hermann Ulrich Kantorowicz, jurista germânico, nascido em 1877, falecido em 1940 na Inglaterra. Obras principais: *A luta pela ciência do direito* (1906), em que defendeu ser a ciência do direito a mais autêntica fonte do direito, e *A definição do direito* (1958), publicação póstuma. Ver o nosso livro *O Pensamento Jurídico Contemporâneo*, cit.

⁶⁴ Eugen Ehrlich, jurista austríaco, nascido em 1862, falecido em 1922, é um dos fundadores da moderna Sociologia Jurídica e um dos artífices da teoria do direito livre. Sustenta encontrar-se na sociedade, e não no Estado, o centro de gravidade da vida jurídica. Obras principais: *Fundamentos da sociologia jurídica* (1913) e *A lógica jurídica* (1925). Ver o nosso *O Pensamento Jurídico Contemporâneo*, cit.

⁶⁵ Maurice Jean Claude Hauriou, jurista-sociólogo francês, de tendência católica, cultor do direito público, nasceu em 1856, vindo a falecer em 1929. Para a teoria da instituição a sua obra fundamental é *La théorie de l'institution et de fondations* (1925). Vero nosso livro *O Pensamento Jurídico Contemporâneo*, cit.

⁶⁶ Philipp Heck, jurista alemão, nascido em 1858, vindo a falecer em 1948. Obra fundamental: *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses* (1933).

⁶⁷ Roscoe Pound, jurista norte-americano, nascido em 1870, falecido em 1964, lecionou em Harvard University. Sofreu a influência de Ihering. Estudou na Alemanha. Define o direito como “engenharia social” (*Social engineering*), destinada a dar primazia a determinados interesses sociais e individuais com o mínimo sacrifício dos considerados por ele como secundários. Obra principal: *An Introduction to the Philosophy of Law* (1922). Vide o nosso livro *O Pensamento Jurídico Contemporâneo*, cit.

⁶⁸ Sobre a moderna Sociologia Jurídica, seus propósitos e temas, principalmente depois de 1945, consultar: *La sociologia del diritto. Problemi e ricerche* (Milão, 1966), organizada por Renato Treves, bem como *Nuovi sviluppi della sociologia del diritto* (Milão, 1968), também organizada por Renato Treves. Os dois primeiros números da revista *Sociologia del Diritto* (Milão, 1974), dirigida por Renato Treves, são dedicados aos temas e às funções da Sociologia Jurídica.

⁶⁹ Karl Olivecrona nasceu em Upsala, na Suécia, em 25 de outubro de 1897, falecido em 1980. É o principal representante da *Escola de Upsala*. Obra principal: *Lawas Fact* (1939).

⁷⁰ Alf Ross, jurista dinamarquês, nasceu em Copenhague, em 10 de junho de 1899, falecido em 1979.

Professor da Universidade de Copenhague. É o principal representante do realismo escandinavo. Obras principais: *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law* (1946), *A textbook of International Law* (1947), *Constitution of the United Nations* (1950), *Why democratie* (1952) e *On Law and Justice* (1959). Consultar o nosso livro *O Pensamento Jurídico Contemporâneo*, cit.

⁷¹ Heinrich Henkel, jurista alemão, nasceu em 1933. Considera o direito uma forma de objetivação do “espírito do grupo”, guiado pela “natureza das coisas” e pela ideia do direito.

⁷² A conceituação acima dada e o que escrevemos em nosso *Curso de Filosofia do Direito* de 1950, no qual definimos o direito como a *realização da segurança com o mínimo sacrifício da justiça* (p. 35), não devem levar à conclusão de que, em 1950, posicionávamo-nos na linha do pensamento de Carré Malbergue e de outros positivistas, como entendeu Paul Roubier (*Théorie Générale du Droit*, 2ª ed., Paris, Sirey, nota 2, p. 202), porque, como dissemos aqui e em outros livros, entendemos dever ser a justiça o fundamento do direito. É certo que a definição dos anos 50 pode levar a outra interpretação... mas aí é questão de interpretação.

1. INTRODUÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO E INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO

AFTALION (Olano) e VILANOVA -*Introducción al Derecho*, 9ª ed., Buenos Aires, La Ley, 1972.

ALBUQUERQUE (Francisco Uchoa de) – *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1982.

ARRUDA (Roberto Thomas) – *Introdução à Ciência do Direito*, São Paulo, 1972.

ASCENSÃO (José de Oliveira) – *O Direito, Introdução e Teoria Geral: uma Perspectiva Luso-Brasileira*, 2a ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

BASCUNAN VALDES (Anibal) – *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2a ed., Santiago, 1960.

BATALHA (Wilson de Sousa Campos) – *Introdução ao Direito: Filosofia, História e Ciência do Direito*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1968, 2 vols.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito: os Fundamentos e a Visão Histórica*, Rio de Janeiro, Forense, 1981.

BEKAERT (Hermann) – *Introduction à l'Étude du Droit*, 3a ed., Bruxelles, F. Bruylant, 1969.

BERFORD (Ivaro Bittencourt) – *Introdução à Sciencia do Direito*, Nitheroy, 1935.

BEUDANT (Charles) – *Le Droit Individuel et l'État: Introduction a l'Étude du Droit*, 3a ed., Paris, A. Rousseau, 1920.

BIGOTTE CHORÃO (Mário) – *Introdução ao Direito. O Conceito do Direito*, Coimbra, Almedina, 1988.

BONNECASE (Julien) – *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Ed. Parrera, 1944, trad. de Jose M. Cajica Jr., com notas de Enrique Molina Jr. a respeito do direito mexicano.

BRETHER DE LA GRESSAYE (Jean) e LABORDE-LACOSTE (Marcel) – *Introduction Générale à l'Étude du Droit*, Paris, 1947.

CARNELUTTI (Francesco) – *Introduzione allo Studio del Diritto*, Roma, Foro Italiano, 1943.

CAVALCANTI LANA (João Bosco) – *Introdução ao Estudo do Direito*, Rio de Janeiro, 1971.

CEREXHE (E) – *Introduction à l'Étude du Droit*, Bruxelles, F. Bruylant, 1992.

COELHO DE SOUZA (Daniel) – *Introdução à Ciência do Direito*, Rio de Janeiro, 1972.

CRETILLA JUNIOR (José) – *Introdução ao Estudo do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1984.

DELICATO (Fioravante) – *Introdução à Ciência do Direito*, São Paulo, J. Bushatsky, 1971.

DIAS MARQUES (J.) – *Introdução ao Estudo do Direito*, 4ª ed., Lisboa, 1972.

- D'ORS (Álvaro) – *Una Introducción al Estudio del Derecho*, Madri, Rialp, 1963.
- DOURADO DE GUSMÃO (Paulo) – *Introdução à Ciência do Direito de AaZ*, Rio de Janeiro, Forense, 1972.
- FERREIRA DA CUNHA (Paulo) – *Direito*, Porto, Edições Asa, 1990. *Princípios de Direito*, Porto, Rés, s/d.
- FERNANDES (Adauto) – *Introdução à Sciencia do Direito: Curso Didático*, Rio de Janeiro, A. Coelho Branco, 1937.
- FERREIRA NETO (Vieira) – *Introdução à Sciencia do Direito: Ensaios de Direito Puro*, Rio de Janeiro, Braga & Valverde, s.d.
- FONSECA (Roberto Piragibe da) – *Introdução ao Estudo do Direito: Breviário de Principiologia Jurídica*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1983, atualizado pela filha Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca.
- FRANÇA (Rubens Limongi) – *Teoria e Prática dos Princípios Gerais de Direito*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1963.
- GARCIA MAYNEZ (Eduardo) – *Introducción al Estudio del Derecho*, 6ª ed., México, Porrúa, 1955.
- GOLDSCHMIDT (Werner) – *Introducción al Derecho*, 3ª ed., Buenos Aires, 1967, trad. Manoel Alarcao.
- GROPPALI (Alessandro) – *Introdução ao Estudo do Direito*, trad., Coimbra, Arménio Amado, 1968, trad. de Manuel Alarcao (há edição da Saraiva, S. Paulo).
- GUSMÃO (Helvecio de) – *Introdução à Sciencia do Direito*, Rio de Janeiro, Liv. Jacintho, 1931.
- HERKENHOFF (João Batista) – *Mil Perguntas à Introdução à Ciência do Direito*, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1982.
- HUBNER GALLO (Jorge Ivan) – *Introducción al Derecho*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1966.
- JACQUES (Paulino) – *Curso de Introdução à Ciência do Direito*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971.
- LEGAZYLACAMBRA (Luis) – *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1943. LÉVY-ULLMANN (Henri) – *Éléments d'Introduction Générale à l'Étude des Sciences Juridiques*, Paris, Larose et Tenin, 1917-28 (só saiu o primeiro tomo que trata da definição do direito).
- LIMA (Hermes) – *Introdução à Ciência do Direito*, 20ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1970 (obra que, nos idos de 1939, quando cursamos o primeiro ano da Faculdade, nos serviu de texto).
- MACHADO NETO (A. L.) – *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1969.
- _____. *Introdução à Ciência do Direito*, São Paulo, 1963, 2 vols.

- MACHADO PAUPÉRIO (A.) – *Introdução à Ciência do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1969.
- MALINVAUD (P.) – *Introduction à l'Étude du Droit*, Paris, Litec, 1993.
- MARIN PÉREZ (Pascual) – *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 3ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1974.
- MAY (Gaston) – *Introduction à la Science du Droit*, Paris, M. Giard, 1932.
- MENEZES (Djacir) – *Introdução à Ciência do Direito*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1964.
- MONROY CABRA (Marco Gerardo) – *Manual de Introducción al Derecho*, Bogotá, Temis, 1971.
- MONTORO (André Franco) – *Introdução à Ciência do Direito*, 12ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- MOUCHET (Carlos) e ZORRAQUIN BECU (Ricardo) – *Introducción al Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1967.
- NADER (Paulo) – *Introdução ao Estudo do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1985. NOBREGA (J. Floscolo da) – *Introdução ao Direito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, J. Konfino, 1965.
- OLIVEIRA FILHO (Benjamin) – *Introdução à Ciência do Direito*, 4ª ed., Rio de Janeiro, J. Konfino, 1967.
- ORGAZ (Arturo) – *Introducción Enciclopédica al Derecho y Ciencias Sociales*, 3ª ed., Córdoba, Rialp, 1959.
- ORS (Alvaro d') – *Una Introducción al Estudio del Derecho*, Madrid, Rialp, 1963. PAES (Paulo Roberto Tavares) – *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1983.
- PAUPERIO (Artur Machado) – *Introdução à Ciência do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1969.
- PEDROSA (Henrique E. G.) – *Introdução Didática ao Direito*, Rio de Janeiro, Editora Forense.
- PERASSI (Tomaso) – *Introduzione alle Scienze Giuridiche*, Padova, CEDAM, 1967.
- PERILLO (Emanuel Augusto) – *Curso de Introdução ao Direito*, rev. e ampl., 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais.
- PESCATORE (Pierre) – *Introduction a la Science du Droit*, Luxembourg, Office des Imprimeres de l'Etat, 1960.
- PINHO (Rui Rebelo) – *Instituições de Direito Público e Privado*, São Paulo, Atlas, 1978.
- RADBRUCH (Gustav) – *Introduzione alla Scienza del Diritto*, trad., Torino, G. Giappichelli, 1961, trad. de Dino Pasini e Carlo A. Agnesotti. Com introdução de Dino Pasini. Há uma edição portuguesa, de Coimbra, da Arménio Amado anterior à 2ª guerra, em dois volumes, bem como uma edição de 1999, da Martins Fontes, em tradução de Vera Burkow, revista por Sérgio Sérulo da Cunha, com prefácio do revisor.
- REALE (Miguel) – *Lições Preliminares de Direito*, 23ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996.

- RENARD (Georges)- *Introducción Filosófica al Estudio del Derecho*, trad. de Santiago C. Manterola (versa sobre alguns Temas de Introdução à Ciência do Direito). Buenos Aires, Ediciones Des-clée de Brouwer, 1947.
- ROJINA VILLEGAS (Rafael)- *Introducción al Estudio del Derecho*, 2ªed., México, Porrúa, 1967.
- RUIZ DE ERENCHUN (Alberto F.) – *Estudio y Guia para Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1963.
- SALLES GONTIJO (Naylor) – *Introdução à Ciência do Direito*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1969.
- SARAIVA (José H.) – *Lições de Introdução ao Direito*, Lisboa, Tip. Escola da Cadeia Penitenciária de Lisboa, 1963.
- SCELLE, ESMEIN, JULIOT DE LA MORANDIERE, LÉVY-BRUHL, LEBRAS, PRELOT, BYE e MARCHAL – *Introduction à l'Étude du Droit*, Paris, Rousseau, 1951, 2 tomos.
- SECCO (Orlando de Almeida) – *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1988.
- STERNBERG (Theodor) – *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Labor, 1940, trad. 2ª ed. (não consta o nome do tradutor).
- TERRÉ (François) – *Introduction à l'Étude du Droit*, Paris, Dalloz, 1991.
- TORANZO (Miguel Villoro) – *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1966.
- TORRÉ (Abelardo) – *Introducción al Derecho*, 5ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1965.
- TORRES LACROZE (Frederico)- *Manual de Introducción al Derecho*, Buenos Aires, LaLey, 1967.

2. TEORIA GERAL DO DIREITO

- ANDRADE (Manuel A. Domingues de) – *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra, Almedina, 1960, 2 vols.
- BADENES GASSET (Ramon) – *Conceptos Fundamentales del Derecho*, Barcelona, Roixareu, 1972.
- BASTOS (Aurélio Wander) – *Introdução à Teoria do Direito*, Rio de Janeiro, Ed. Liber Juris, 1992.
- BATALHA (Wilson de Sousa Campos) – *Teoria Geral do Direito: o Direito Positivo e sua Perspectiva Filosófica*, Rio de Janeiro, Forense, 1982.
- _____. *Teoria della Scienza Giuridica*, Torino, G. Giappichelli, 1950 (versa sobre um dos temas).
- BERGEL (Jean-Louis) – *Teoria Geral do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2001, trad. de Maria Ermantina Galvão.
- BOBBIO (Norberto) – *Studi sulla Teoria Generale del Diritto*, Torino, G. Giappichelli, 1955.

- _____. *Teoria della Norma Giuridica*, Torino, G. Giappichelli, 1958 (versa sobre um dos temas).
- _____. *Studiper una Teoria Generale del Diritto*, Torino, G. Giappichelli, 1970.
- _____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, revisão técnica de Claudio de Licco, São Paulo, Ed. Polis e Ed. Universidade de Brasília, 1990.
- BODENHEIMER (Edgar) – *Ciência do Direito. Filosofia e Metodologia Jurídicas*, trad. Eneas Marzano, Rio de Janeiro, Forense, 1966 (o título não corresponde bem ao do original norte-americano: *Jurisprudence*, que talvez fosse melhor traduzido por Teoria do Direito).
- CARNELUTTI (Francesco) – *Teoria Generale del Diritto*, Roma, Foro Italiano, 1951 (há edição portuguesa de Arménio Amado, 1942).
- CESARINI SFORZA (Widar) – *Lezioni di Teoria Generale del Diritto*, Padova, 1930.
- COELHO (Luis Fernando) – *Teoria da Ciência do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1974.
- COSTE-FLORET (Alfred) – *Les Problèmes Fondamentaux du Droit*, Paris, Dalloz, 1946.
- DABIN (Jean) – *Théorie Générale du Droit*, Bruxelles, F. Bruylant, 1944.
- DU PASQUIER (Claude) – *Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit*, 3ª ed., Neuchâtel, 1948.
- FERRAZ JUNIOR (Tercio Sampaio) – *Função Social da Dogmática Jurídica*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1980.
- FILOMUSIGUELI – *Enciclopedia Giuridica*, 17ª ed., Nápoles, Jovene, 1917 (versa sobre temas de Teoria Geral do Direito e de Filosofia do Direito à luz do positivismo jurídico).
- FRIEDMANN (Wolfgang) – *Théorie Générale du Droit*, 4ª ed., Paris, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965.
- GARCEZ (Martinho) – *Da Theoria Geral do Direito Segundo o Projecto de Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, J. Ribeiro dos Santos, 1914.
- HAESAERT (J.) – *Théorie Générale du Droit*, Bruxelles, F. Bruylant, 1948.
- KELSEN (Hans) – *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de F. Garcia Maynez, México, Imprensa Universitária, 1949 (há edição de 1990 em português da Martins Fontes de São Paulo em tradução de Luiz Carlos Borges).
- KORKOUNOV (N. M.) – *Cours de Théorie Générale du Droit*, trad. M. J. Tchernoff, Paris, V. Giard & E. Briere, 1903.
- LEVI (Alessandro) – *Teoria Generale del Diritto*, 2ª ed., Padova, Cedam, 1953.
- MACHADO NETO (Antônio Luís) – *Teoria da Ciência Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1975.
- MERKEL – *Enciclopedia Jurídica*, trad., Madri, Reus, 1924 (versa sobre temas de Teoria Geral do Direito à luz do positivismo jurídico). NAWIASKY (Hans) – *Teoría General del Derecho*, trad. de José Zafra Valverde, Madrid, Ed. Rialp, 1962.

REALE (Miguel) – *Teoria do Direito e do Estado*, 3ª ed., São Paulo, Martins, 1972.

ROUBIER (Paul) – *Théorie Générale du Droit*, 2ª ed., revue et augmentée, Paris, Sirey, 1951.

SALDANHA (Nelson Nogueira) – *Teoria do Direito e Crítica Histórica*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1987.

STRENGER (Irineu) – *Direito Moderno em Foco*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1986.

THON (Auguste) – *Norma Giuridica e Diritto Soggettivo*, 2ª ed., Padova, Cedam, 1951, trad. de Alessandro Levi.

VAREILLES – SOMMIERES – *Les Principes Fondamentaux du Droit*, Paris, Liv. Cotillon, 1889.

VILANOVA (Lourival) – *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

3. LEITURAS FUNDAMENTAIS PARA CONHECIMENTO DAS PRINCIPAIS CORRENTES DO PENSAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

COSSIO (Carlos) – *El Derecho en el Derecho Judicial*, Buenos Aires, Editorial G. Kraft Ltda., 1944 (deveríamos indicar *La Teoría Ecológica del Derecho*, mas não o fazemos dada a dificuldade que terá o iniciante para entendê-la. A obra citada aqui é muito clara, dando uma noção exata da teoria ecológica).

DEL VECCHIO (Giorgio) – *Lições de Filosofia do Direito*, 5ª ed., trad. de Antônio José Brandão, revista por Cabral de Moncada, Coimbra, Arménio Amado, 1979 (preferimos para os estudantes este livro ao de Stammer – *Economia e Direito* – dada a sua clareza, introduzindo o leitor na posição neokantiana).

GÉNY (François) – *Science et Droit Privé Positif*, Paris, Sirey, 1914-24, 4 vols.

HART (Herbert L. A.) – *O Conceito do Direito*, trad. de A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986 (conciliando Autin com Kelsen, nos dá uma original descrição dos caracteres do direito).

KELSEN, (Hans) – *Teoria General del Derecho y del Estado*, México, Imprenta Universitária, 1949, trad. Eduardo Garcia Maynez (obra escrita nos Estados Unidos, com referência a questões jurídicas norte-americanas). Há uma tradução brasileira da Martins Fontes, São Paulo, 2000, trad. Luiz Carlos Borges.

_____. *Teoria Geral das Normas*, trad. de José Florentino Duarte, Porto Alegre, Sergio A. Fabris, 1986 (obra póstuma de Kelsen, que, na “terceira idade”, retifica muitos dos conceitos que lhe deram fama).

_____. *Teoria Pura do Direito*, trad. de João Baptista Machado, 3ª ed., Coimbra, Arménio Amado-Editor, 1974 (obra fundamental do pensamento jurídico contemporâneo).

RADBRUCH (Gustav) – *Filosofia do Direito*, trad. de L. Cabral de Moncada, 5ª ed., Coimbra,

Arménio Amado, 1974 (obra que prima pela clareza e que nos dá a ideia básica do relativismo jurídico).

RAWLS (John) – *Uma Teoria da Justiça*, trad. Vamireh Chacon, Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1981 (uma nova teoria da justiça segundo o neoliberalismo). Há nova edição, de 1988, da Ed. Martins Fontes, em trad. de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves.

REALE (Miguel) – *Filosofia do Direito*, 12ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1987 (obra fundamental do Fundador da Teoria Tridimensional do Direito).

ROSS (Alf) – *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, 3ª ed., Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974 (Ross é um dos maiores representantes do Realismo Escandinavo. Sofreu influência de Kelsen).

VANNI (Icílio) – *Filosofia del Derecho*, trad. R. Urbano, Madrid, Libreria Beltran, 1941 (esta obra, juntamente com a de Groppali, exerceu profunda influência no entre-guerras nos juristas brasileiros de tendência positivista. Pode ser encontrada nas bibliotecas das Faculdades e dos Tribunais).

4. TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL

A Teoria Geral do Direito Civil, ao tratar da Parte Geral do Direito Civil, dá as noções fundamentais do direito. Daí figurar nessa bibliografia.

BEVILÁQUA (Clóvis) – *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Ministério da Justiça, serviço de documentação, 1972 (obra fundamental pela precisão e pela clareza e profundidade dos conceitos. Indispensável leitura. As edições anteriores foram publicadas pela antiga Livraria Francisco Alves).

CAPITANT (Henri) – *Introduction à l'Étude du Droit Civil*, 5ª ed., Paris, Sirey, 1920.

COVIELLO (Nicolas) – *Manuale di Diritto Civile*, Milano, Ed. Società Editrice Libreria, 1929.

DEMOGUE (René) – *Les Notions Fondamentales du Droit Privé*, Paris, A. Rousseau, 1911.

ESPINOLA (Eduardo) – *Sistema de Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1944, 2 vols. (há edição de 1977 da Ed. Rio).

FERRARA (Francesco) – *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Roma, Athenaeum, 1923 (não é completo devido à intransigência do editor, que judicialmente venceu o litígio com o autor, condenado a completá-lo quando tivesse inspiração – “Il Foro Italiano”, 1928, vol. 53, p. 903 evol. 56, p. 612 -como era de se prever o resultado: Ferrara não teve mais inspiração... entretanto essa obra é fundamental no tocante às noções gerais e aos problemas de hermenêutica).

GOMES (Orlando) – *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1957.

GUSMÃO (Paulo Dourado de) – *Elementos de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1969.

OERTMANN – *Introducción al Derecho Civil*, trad., Barcelona, Labor, 1933.

- PACCHIONI (Giovani) – *Diritto Civile Italiano*, Milão, A. Milani, 1937 (exclusivamente o 1º vol.).
- PONTES DE MIRANDA (Francisco Cavalcanti) – *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Konfino, 1954-63 (vasto tratado, cujos dois primeiros volumes contêm as noções gerais do direito. Obra de um dos nossos maiores juristas, que se destaca nesse tratado pela cultura e originalidade).
- RODRIGUES (Sílvio) – *Direito Civil. Parte Geral*, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 1979.
- SAVATIER (René) – *Cours de Droit Civil*, 2ª ed., Paris, Lib. Gén. de Droit et de Jur., 1947 (exclusivamente o 1º vol.).
- WALD (Arnoldo) – *Curso de Direito Civil Brasileiro. Introdução e Parte Geral*, 6ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1989, com a colaboração de Álvaro Villaça Azevedo.
- WINDSCHEID (Bernhard) – *Diritto delle Pandette*, trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, Torino, Ed. Torinese, 1925 (um dos pilares do direito civil alemão e europeu, conseqüentemente, do latino-americano, principalmente para o mundo latino a edição italiana com as notas de Fadda e Bensa).

5. LEITURAS COMPLEMENTARES

- BAPTISTA (Paula) – *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1984, nova edição, sendo a primeira do século passado.
- BARBALHO (João Barbalho Uchoa Cavalcanti) – *Constituição Federal Brasileira. Comentários*, 2ª ed., rev. e aumentada, Rio de Janeiro, F. Briguiet, 1924 (esta obra, fundamental para o nosso direito constitucional, pode ser encontrada nas bibliotecas dos Tribunais de Justiça dos Estados).
- BEZERRA CÂMARA (T. G.) – *Subsídios para a História do direito pátrio*, Rio de Janeiro, Brasiliana, 1973, 2ª ed., rev. e ampliada.
- BIGOTTE CHORÃO (Mário) – *Temas Fundamentais de Direito*, Coimbra, Liv. Almedina, 1986.
- BOBBIO (Norberto) – *A Era dos Direitos*, trad. de Carlos Nelson Coutinho, São Paulo, Campus, 1992.
- _____. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*, São Paulo, Ícone, 1995.
- Compiladas por Mello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues.
- _____. *Teoria Geral da Política*, Rio de Janeiro, Editora Campus, 2000. Introdução de Michelangelo Bovero. Trad. de Daniela Beccaccia, revisão técnica de Claudia Perrone-Moisés. Consultar principalmente os capítulos 4º, 5º, § III, 9º e 10º.
- BRAZ TEIXEIRA (Antônio) – *Sentido e Valor do Direito. Introdução à Filosofia do Direito*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1990.
- BRUFAU PRATS (Jaime) – *Teoria Fundamental del Derecho*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1990.
- CAENEGEM (R. C. Van) – *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*, São Paulo, Martins

Fontes, 2000, trad. Carlos Eduardo Lima Machado, revisão Eduardo Brandão.

CAETANO (Marcello) – *História do Direito Português*, Lisboa, Editorial Verbo, 1981.

CALAMANDREI (Piero) – *Eles, os Juizes, Vistos por nós, os Advogados*, Lisboa, Clássica, s/d.

Tradução de Ary dos Santos (não se trata de obra introdutória à ciência jurídica, mas um ABC do advogado, que pensamos dever ler o estudante de Direito para entender o juiz, escrito por grande processualista e advogado italiano).

COELHO DA ROCHA (M. A.) – *Ensaio sobre a História do Governo e da Legislação de Portugal*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1896 (no Rio de Janeiro pode ser encontrado na Biblioteca do Tribunal de Justiça).

COULANGES (Fustel de) – *A Cidade Antiga*, trad. de Fernando de Aguiar, São Paulo, Martins Fontes, 1981 (leitura indispensável para ter uma idéia das instituições greco-romanas).

D'AGUANO (Giuseppe) – *La Genesi e l'Evoluzione del Diritto Civile*, Torino, Ed. Fratelli Bocca, 1890.

DAVID (René) – *Les Grandes Systèmes de Droit Contemporain*, Paris, Dalloz, 1964. Há tradução para o português, Ed. Martins Fontes, 1998.

DECLAREUIL (J.) – *Romay la Organización del Derecho*, trad. de Ramón Garcia Redruello, Barcelona, Ed. Cervantes, 1928.

DEL VECCHIO (Giorgio) – *La Giustizia*, Roma, Ed. Studium, 1946 (há edição em português na coleção “Direito e Cultura”, Ed. Saraiva, São Paulo).

EHRlich (Eugen) – *Fundamentos da Sociologia do Direito*, trad. de René Ernani Gertz, revisão de Vamireh Chacon, Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1986. Há tradução italiana, editada em 1976 pela Giuffrè, de Milano, muito boa, acompanhada de apresentação de Alberto Febbrajo.

FERREIRA DA CUNHA (Paulo) – *Pensar o Direito. Da Modernidade à Post modernidade*, Coimbra, Almedina, 1991.

_____. *Pensar o Direito. Do Realismo Clássico à Análise Mítica*, Coimbra, Almedina, 1990.

_____. *Princípios de Direito*, Porto, Rés Ed. Ltda., 1993.

FERREIRA (Waldemar M.) – *História do Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1962, 2ª ed., rev.

GÉNY (François) – *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, n/c tradutor, 2ª ed., Madrid, Ed. Reus, 1925.

GIRARD (Paul Frederic) – *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Paris, Dalloz, 1924.

GLOTZ (Gustave) – *A Cidade Grega*, trad. de H. de Araújo Mesquita e R. Cortes de Lacerda, São Paulo, Difel, 1980 (obra mais atualizada do que a de Coulanges, leitura fundamental).

GURVITCH (Georges) – *Sociología del Derecho*, trad. de Angela Romera Vera, Rosário, Editorial Rosário, 1945 (há edição brasileira da Kosmo, Rio de Janeiro, na tradução de Djacir Menezes).

- HAYERK (F. A.) – *Direito, Legislação e Liberdade*, trad. de Anna Maria Capoviela e outros, São Paulo, Visão, 1985 (teoria jurídica do liberalismo).
- HELLER (Agnes) – *Além da Justiça*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1998. Trad. de Savannah Hartmann.
- HERKENHOFT (J. B.) – *O Direito dos Códigos e o Direito da Vida*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Ed., 1993.
- IHERING (Rudolf von) – *A Evolução do Direito*, trad. de Abel D’Azevedo, Lisboa, José Bastos Cia. Ed., s/d. (o título da edição alemã é *Zweck im Recht*. Há edição brasileira, com o mesmo título, que aliás é o da edição francesa, da Livraria Progresso de Salvador, aparecida em 1953, sem constar o tradutor).
- _____. *A Lucta pelo Direito*, trad. de José Tavares Bastos, Porto, Lello Irmão, 1910 (a edição portuguesa tem por base a francesa. Há edição da Ed. Rio, 1978, trad. e apresentação de R. Paul Neto, bem como edição da *Revista Forense*, 1996, trad. de João Vasconcelos).
- _____. *El Espíritu del Derecho Romano en las Diversas Fases de su Desarrollo*, trad. de Enrique Príncipe y Satorres, 9ª ed., Madrid, Casa Editorial Bailly-Balliere, 1912 (obra de leitura obrigatória, no que concerne ao direito romano. Muito boa é a edição francesa de 1886, de A. Chevalier Marescq. Em espanhol há a excelente *Abreviatura del Espíritu del Derecho Romano de Von Ihering*, feita por Fernando Vela, editada pela *Revista de Occidente Argentina*, Buenos Aires, 1947).
- JELLINEK (Georg) – *Teoria General del Estado*, Buenos Aires, Editorial Albatroz, 1973, trad. Fernando de Los Rios.
- JOSSERAND (Louis) – *El Espíritu de los Derechos y su Relatividad*, trad. de E. Sanchez Larios, México, Ed. José M. Cajica Jr., 1946.
- KANTOROWICZ (Hermann) – *La definizione del diritto*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1962, trad. de Enrico di Robilant, com introdução de Norberto Bobbio. Há uma edição em espanhol da *Revista de Occidente*, de 1964, em tradução de J. M. De la Vega, com introdução de A. L. Goodhart, de Oxford (Kantorowicz é um dos fundadores da *Escola do Direito Livre* e um de seus corifeus mais revolucionários para a sua época, tão avançado que publicou o seu primeiro livro dentro dessa posição sob pseudônimo...)
- KELSEN (Hans) – *Justiça e o Direito Natural*, trad. de João Baptista Machado, Coimbra, Arménio Amado, Ed. Sucessor, 1963.
- _____. *A Ilusão da Justiça*, trad. de Sérgio Telluroli, revisão técnica de Sérgio Servulo da Cunha, São Paulo, Martins Fontes, 1995.
- _____. *O que é Justiça? A justiça, o Direito e a Política no Espelho da Ciência*, trad. de Luís Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 1997.

- KOSCHAKER (Paul) – *Europa e il Diritto Romano*, trad. de Arnaldo Biscardi, Firenze, Sansoni, 1962.
- KUNKEL (Wolfgang) – *História del Derecho Romano*, trad. de Juan Miguel, 3ª ed., Barcelona, Ed. Ariel, 1972.
- LARENZ (Karl) – *Derecho Justo. Fundamento de Ética Jurídica*, trad. de Luis Diez-Picazo, Madrid, Editorial Civitas, 1985.
- _____. *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José de Souza e Brito e José Antônio Veloso, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.
- MAINE (Henri Summer) – *Études sur l'Ancient Droit el la Coutume Primitive*, Paris, Ernest Thorin, 1884 (não consta o tradutor).
- MARITAIN (Jacques) e outros – *Los Derechos del Hombre*, México, Fondo de Cultura Económica, 1949, tradução por vários tradutores (contém ensaios de juristas, filósofos, cientistas, literatos, sobre o tema desse livro, a pedido da UNESCO. A publicação francesa é da Saggitaire de Paris).
- MARTINS JUNIOR (José Izidoro) – *História do Direito Nacional*, Recife, Cooperativa Editora e da Cultura Intelectual, 1941, 2ª ed.
- MATOS PEIXOTO (J. C. de) – *Curso de Direito Romano*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997 (a edição original, na qual estudei, é da velha Francisco Alves).
- MAXIMILIANO (Carlos) – *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat) – *Do espírito das Leis*, trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília, Ed. da Universidade de Brasília, 1982. Notas da edição francesa de Gonzague Truc (a tradução que estamos indicando encontra-se também no vol. XXI da coleção “Os Pensadores”, da Abril Cultural. Aliás foi primeiro publicada pela Difel, de São Paulo, na coleção Clássicos Garnier).
- PEDROSO (Antônio Carlos de Campos) – *Integração Normativa*, Ed. Revista dos Tribunais, 1985.
- PERELMAN (Chaim) – *Ética e Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1996. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira.
- PIMENTA BUENO (José Antonio) – *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Brasília, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.
- PONTES DE MIRANDA (Francisco Cavalcanti) – *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1972.
- RAMALHO (Barão de) – *Cinco Lições de Hermenêutica Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1984 (nova edição, sendo a primeira do século passado).
- REALE (Miguel) – *O Direito como Experiência*, 2ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1992.
- _____. *Fontes e Modelos do Direito, para um Novo Paradigma Hermenêutico*, São Paulo,

Saraiva, 1994.

RIGAUX (François) – *A Lei dos Juízes*, São Paulo, Martins Fontes, 2000, trad. Edmir Missio, revisão da tradução, Maria Ermantina Galvão, revisão técnica, Gildo Leitão Rios.

RIPERT (Georges) – *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, 2ª ed., Paris, Sirey, 1951. Há edição da Freitas Bastos da 1ª ed. francesa.

_____. *A Regra Moral nas Obrigações Civis*, trad. Osório de Oliveira, São Paulo, Saraiva, 1937.

_____. *O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno*, trad. J. Cortezão, São Paulo, Saraiva, 1937.

_____. *Les Forces Créatrices du Droit*, Paris, Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955.

SAVATIER (René) – *Du Droit Civil ou Droit Public*, Paris, Lib. Gén. de Dr. et de Jur., 1948.

_____. *Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit d'Aujourd'hui*, Paris, Sirey, 1948.

SEGURADO (Milton Duarte) – *História resumida do direito brasileiro*, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1982.

SOUZA (José Pedro Galvão de) – *Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

WEBER (Max) – *Economia y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1944, 3 vols. (principalmente o terceiro volume, que versa sobre Sociologia do Direito, na trad. de Eduardo Garcia Maynez).

WIECKER. *História do Direito Privado*, trad. de A. M. Botelho, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WOLFF (Hans Julius) – *Introducción Histórica al Derecho Romano*, Santiago de Compostela, Portoycia. Ed., 1953.

6. CLÁSSICOS

Os livros aqui citados podem ser considerados as raízes da cultura ocidental.

ARISTÓTELES – *Ética a Nicômacos*, trad., introdução e notas de Mário de Gama Kury, Brasília, Ed. Univ. de Brasília, 1985. (Há edição em Espanhol, com notas e tradução de Antónia Gómez Robledo, texto bilíngüe, da Universidade Nacional Autónoma de México, 1954.)

_____. *Política*, trad. e notas de Mário da Gama Kury, Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1985 (há edição da Martins Fontes, trad. de Roberto Leal Ferreira, da versão francesa de Marcel Prelot, da PUF, com apêndice contendo Constituições atenienses).

BENTHAM (Jeremy) – *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, trad. Luiz João Baraúna, São Paulo, Abril Cultural, 1974 (vol. XXXIV de “Os Pensadores”).

CÍCERO (Marco Túlio) – *Das leis*, trad., introdução e notas de Otávio T. de Brito, São Paulo, Ed. Cultrix, 1967.

- _____. *Da República*, trad. e prefácio de Amador Cismeiros, Atena Ed., São Paulo, s/d. (vide volume III de “Os Pensadores”, da Abril Cultural).
- COMTE (Auguste)- *Cours de Philosophie Positive*, 5ª ed., Lib. Reinwald, 1907, 6 vols. (vide volume XXXIII de “Os Pensadores”, Abril Cultural).
- _____. *Système de Politique Positive ou Traité de Sociologie*, 4ª ed., Paris, Georges Crésceie, 1912, 4 vols.
- DESCARTES (René) – *Discurso do Método*, trad. de J. Guinsburg e Bento Prado Jr., São Paulo, Abril Cultural, 1973, coleção “Os Pensadores”, vol. XV.
- ESPINOSA (Baruch de) – *Ética*, São Paulo, Abril Cultural, 1973, vol. XVII de “Os Pensadores” (principalmente a Parte V, na tradução de Antônio Simões).
- _____. *Tratado Político*, trad. de Manoel de Castro, São Paulo, Abril Cultural, 1973, vol. XVII de “Os Pensadores”.
- HAMILTON (Alexander), MADISON (James) e JAY, John. *O Federalista*, São Paulo, Abril Cultural, 1973, não consta o tradutor, vol. XXIX de “Os Pensadores”.
- HEGEL (Georg Wilhelm Friedrich) – *A Fenomenologia do Espírito e a Introdução à História da Filosofia*, traduções Henrique Cláudio de Lima Vaz e de Antônio Pinto de Carvalho, São Paulo, Abril Cultural, 1974, vol. XXX da coleção “Os Pensadores”.
- _____. *Princípios de Filosofia do Direito*, trad. de Orlando Vitorino, 2ª ed., Lisboa, Guimarães, Cia-Ed., 1976.
- HERÔDOTOS – *História*, trad. de M. Gama Kury, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1985.
- HOBBS (Thomas) – *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo, Abril Cultural, coleção os Pensadores, vol. XIV, 1974 (há uma edição em espanhol muito boa do Fundo de Cultura Económica de 1940).
- JEFFERSON (Thomas) – *Escritos Políticos*, trad. de Leônidas Gontijo de Carvalho, São Paulo, Abril Cultural, 1973, vol. XXIX de “Os Pensadores”.
- KANT (Immanuel) – *Crítica da Razão Prática*, trad. de Artur Morão, Porto, Edições 70, 1988.
- _____. *Crítica da Razão Pura*, trad. de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão, com notas do último, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1985 (vide vol. XXV de “Os Pensadores”, da Abril Cultural, 1974).
- _____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, trad. de Paulo Quintela, Porto, Edições 70, 1986.
- _____. *Introducción a la Teoría del Derecho*, trad. de Felipe Gonzalez Vicen, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954.

_____. *A Paz Perpetua e outros Opusculos*, trad. de Artur Morão, Porto, Edições 70, 1988.

LOCKE (John) – *Segundo Tratado sobre o Governo e Carta acerca da Tolerância*, traduções de Amoar Aiex e de E. Jacy Monteiro respectivamente, São Paulo, Abril Cultural, 1973, vol. XVIII de “Os Pensadores”.

MAQUIAVEL (Nicolau) – *O Príncipe*, trad. de Lívio Xavier, São Paulo, Abril Cultural, 1973, vol. IX de “Os Pensadores”.

MARX (Karl) – *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*, tradução de Conceição Jardim e Eduardo Lúcio Nogueira, 2ª ed., Lisboa, Editorial Presença, 1983 (*vide* vol. XXXV de “Os Pensadores”, São Paulo, Abril Cultural, 1974).

MONTAIGNE (Michel de) – *Ensaaios*, trad. de Sérgio Milliet, Porto Alegre, Editora Globo, 1961 (*vide* vol. XI de “Os Pensadores”).

MORE (Thomas) – *A Utopia*, trad. de Luiz de Andrade, São Paulo, Abril Cultural, 1972 (vol. X de “Os Pensadores”).

PASCAL (Blaise) – *Pensamentos*, trad. Sérgio Milliet, São Paulo, Difusão Europeia do Livro, 1957 (Coleção “Clássicos Garnier”) (*vide* vol. XVI de “Os Pensadores”).

PLATÃO – *Defesa de Sócrates*, trad. Jaime Bruna, São Paulo, Abril Cultural, 1972 (*vide* vol. II de “Os Pensadores”). Temos também a tradução de Manuel de Oliveira Pulquério, que leva o título *Apologia de Sócrates* 2ª ed., Coimbra, Instituto Nacional de Investigação Científica, 1991.

_____. *Leis*, trad. de Carlos Alberto Nunes, Belém, Universidade Federal do Pará, 1980.

_____. *A República*, tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira, 3ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980 (há edição da Difel de São Paulo, aparecida em 1965, na Coleção “Clássicos Garnier”, na tradução de J. Guinsburg, com introdução e notas de Robert Baccon, da edição francesa).

POLÍBIOS – *História*, trad. de M. Gama Kury, Ed. Universidade de Brasília, 1985.

ROUSSEAU (Jean-Jacques) – *O Contrato Social*, trad. Antonio de Padua Danesi, revista por Edison Darci Heldt, com notas do próprio Rousseau, J. M. Fateau e de M. C. Bartholy, São Paulo, Martins Fontes. As notas foram selecionadas, traduzidas e adaptadas por M. Ermantina Galvão Gomes Pereira (*vide* o vol. XXIV de “Os Pensadores”, na tradução de Lourdes Santos Machado, com notas de Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado).

SMITH (Adam) – *Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações*, trad. Conceição Jardim, Maria do Carmo Cary e Eduardo Lúcio Nogueira, São Paulo, Abril Cultural, 1974 (vol. XXVIII de “Os Pensadores”).

SÓFOCLES – *Antígona*, tradução, prefácio e notas de Maria Helena da Rocha Pereira, Coimbra, Atlântida, 1968 (há edição de Jorge Zahar Editor, de 1991, tradução e notas de Mário da Gama Kury, bem como edição da Editora Perspectiva, com o título *Três Tragédias Gregas*, São Paulo,

1997, em tradução do poeta Guilherme de Almeida). Tragédia grega de SÓFOCLES, nascido em 496 a.C., em Atenas, em que, pela primeira vez na Cultura Ocidental, é colocado em debate o problema do direito natural.

TÁCITO (Cornélio) – *Anais*, trad. de Leopoldo Pereira, Rio de Janeiro, 1964, não consta o editor.

TOCQUEVILLE (Alexis de) – *A Democracia na América*, trad. de J. A. G. Albuquerque, São Paulo, Abril Cultural, 1973 (vol. XXIX de “Os Pensadores”).

TUCÍDIDES – *História da Guerra do Peloponeso*, trad. de M. Gama Kury, Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1982.

XENOFONTE – *Ditos e Feitos Memoráveis de Sócrates*, trad. Líbero Rangel de Andrade, São Paulo, Abril Cultural, 1972 (vol. II de “Os Pensadores”).

_____. *Apologia de Sócrates*, no mesmo volume de *Os Pensadores*. As quatro obras relacionadas abaixo, apesar de terem sido publicadas depois da Guerra de 39, enquadram-se nesta subdivisão: a primeira é de um grande historiador inglês, Moses Finley; a segunda é um clássico, e as outras duas de intelectuais de áreas diferentes, um, professor universitário, outro, editorialista, que analisam, cada um a seu modo, um fato histórico fundamental: o julgamento de Sócrates.

FINLEY (Moses J.) – “Sócrates e Atenas”, em *Aspectos da Antigüidade*, trad. Eduardo Saló, Rio de Janeiro, Edições 70, 1990, p. 69.

JAEGER (Werner) – *Paideia*, trad., Artur M. Parreira, Lisboa, Editorial Aster, s/data.

MOSSÉ (Claude) – *O Processo de Sócrates*, trad. Arnaldo Marques, revisão Neyde de Themí, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 1990. STONE (Isidor Feinstein) – *O Julgamento de Sócrates*, trad. Paulo Henrique Britto, Apresentação de Sérgio Augusto (visão oposta à de PLATÃO), São Paulo, Cia. das Letras, 1989. *A essas obras acrescentamos, por considerar de grande proveito para os juristas*: FRANCE (Anatole) – *A justiça dos homens*, São Paulo, Difel, 1986, trad. de João Guilherme Linke (*trata-se de uma coletânea de contos de um dos últimos representantes do humanismo europeu, dotado de fina ironia, cujos títulos originais são: Crainquebille, Putois e Riquet*).

7. OBRAS COLETIVAS QUE CONTÊM ENSAIOS SOBRE PROBLEMAS DE TEORIA GERAL DO DIREITO E DE INTRODUÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO

Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, 1934-35, tra-vaux de la première session. Le Problème des Sources du Droit Positif, Paris, Sirey, 1934.

Annuaire, do mesmo Instituto, II, 1935-36, *travaux de la seconde session: Droit, Morale, Moeurs*, Pa-ri-s, Sirey, 1936.

Annuaire, do mesmo Instituto, III, 1937-38, *travaux de la troisième session: Le But du Droit: Bien Commun, Justice, Sécurité*, Paris, Sirey, 1938.

- Ciencia Jurídica. Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología*, La Plata, 1970, 3 tomos.
- Crítica del Derecho Natural*, trad. de Elias Diaz, Madrid, Taurus, 1966 (ensaios de Kelsen, Bobbio, Perelman, Passerin d'Entreves, Jouvenel, Prelot e Eisenmann).
- Direito. Política. Filosofia. Poesia. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale no seu octogésimo aniversário*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1992. Coordenadores Celso Lafer e Tércio Sampaio Ferraz Jr.
- El Hecho del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1956 (ensaios de Cabral de Moncada, José Brandão, José Vilanova, Lundstedt e Olivecrona).
- Estudios Jurídicos-Sociales. Homenaje al Prof. Luis Legazy Lacambra*, Santiago de Compostela, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 1960, 2 tomos.
- Instituições de Direito*, Coimbra, Livraria Almeida, vol. 1º (1998) e vol. 2º (2000), org. Paulo Ferreira da Cunha.
- La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1949 (ensaios de Savigny, Kirchmann, Zitelmann e Kantorowicz).
- Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelles, Établissements Émie Bruylant, 1968. *Mélanges en l'Honneur de Paul Roubier*, Paris, Libraries Dalloz, Sirey, 1961. *O Direito e a Vida Social*, São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1966, organizadores A. L. Machado Neto e Zahidé Machado Neto.
- Recueil d'Études sur les Sources du Droit en l'Honneur de François Géný*, Paris, Sirey, 1934, 3 vols. (há nova tiragem de 1977, da Librairie Edouard Duchemin, de Paris).
- Sociologia e Direito*, São Paulo, Liv. Pioneira Editora, 1980, organizadores Cláudio Souto e Joaquim Falcão.
- Studi Filosofico-Giuridici Dedicati a Giorgio Del Vecchio nel XXV Anno di Insegnamento (1904-1929)*, Modena, Società Tipografica Modenense, 1930-31.
- Studi suiprincipê generali dell'Ordinamento Giuridico*. A cura della Facoltà de Giurisprudenza da R. Università di Pisa. Pisa, Arti Grafiche Pacini Mariotté, 1943.

8. REVISTAS QUE CONTÊM ENSAIOS RELACIONADOS COM A INTRODUÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO E COM A TEORIA GERAL DO DIREITO

- Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique* (Paris, 1931-39), sob a direção de Le Fur, Géný, Gurvitch etc. A partir de 1952, saiu uma *nouvelle série*, sob a direção de Roubier, Mastepiol, Motulsky, Batifol, M. Villey e outros, com o título simplificado: *Archives de Philosophie du Droit* (Paris).
- NOMOS. Revista Portuguesa de Filosofia do Direito e do Estado* (Amadora), sob a direção de António Braz Teixeira e de José Pedro.

FIDES. Direito e Humanidades (Porto), sob a direção de Paulo Ferreira da Cunha.

Revista Brasileira de Filosofia (São Paulo), fundada por Miguel Reale, editada desde 1951.

Revue Internationale de Droit Comparé (Paris, Société de Legislation Comparée).

Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto (Roma, editada desde 1921), fundada por Giorgio Del Vecchio.

Sociología del Diritto (Milão, vol. I, 1974), Diretor Renato Treves.

Droits. Revue Française de Theorie Juridique (Paris, Presses Universitaires de France).

Ao estudante: As revistas jurídicas, nacionais e estrangeiras, são excelentes fontes de conhecimento jurídico, principalmente de novidades, que ainda não se encontram em tratados, delas nos servimos muito em difícil julgamento como desembargador (§ 137, nota 1). As nacionais, além da doutrina, são importantes pela jurisprudência e legislação que publicam (Revista Forense e a Revista dos Tribunais). Congressos jurídicos, nacionais e estrangeiros, também.

¹ O nosso *Curso de Filosofia do Direito* (Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1950) contém amplo apêndice bibliográfico.