



American College of Brazilian Studies

PROPEDÊUTICA JURÍDICA

Unidade

01

Teoria Geral do Direito

ACB
M
E
E

Assis Santos da Silva Presidente/CEO

Maitê Moro Coordenadora de Área

Maria José Barbosa Coordenadora Pedagógica

Gabriel Fioretti Criação de Arte / Diagramação

AUTOR

PhD. Maitê Cecília Moro

American College of Brazilian Studies
37 N Orange Ave, suite 500, Orlando - FL 32801
Phone: +1-866 782-6272

SUMÁRIO


NATUREZA E OBJETO DA DISCIPLINA DE INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO	7
A QUESTÃO DA LINGUAGEM JURÍDICA	9
ACEPÇÕES DO TERMO "DIREITO"	10
PERSPECTIVAS JURÍDICAS ZETÉTICA E DOGMÁTICA	12
RELAÇÕES DA CIÊNCIA DO DIREITO COM OUTRAS CIÊNCIAS	14
DIREITO E POLÍTICA	17
DIREITO E FILOSOFIA: A QUESTÃO DA JUSTIÇA	18

NATUREZA E OBJETO DA DISCIPLINA DE INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO

Parte da doutrina¹ diz que o professor de introdução à ciência do direito situa-se na categoria intelectual de quase filósofo por ocupar-se com algo que tem que ver com o direito, mas que não se identifica plenamente com ele. Metaforicamente, Miguel Reale diz que quem escreve um livro de Introdução ao Estudo do Direito compõe artisticamente dados de diferentes ramos do saber, imprimindo-lhe um endereço que é a razão de sua unidade.

Não há, portanto, que se falar em um objeto específico, logo também não há uma Ciência Jurídica intitulada Introdução ao Estudo do Direito, sua natureza é interdisciplinar, pois esta se serve de ensinamentos de outros campos dos saberes, podemos destacar como suas principais fontes a Filosofia do Direito, A Sociologia do Direito, História do Direito e Teoria Geral do Direito.

Assim, a disciplina de Introdução ao Estudo do Direito é um sistema de conhecimentos, recebidos de inúmeras fontes e que objetiva preparar o estudante, no sentido de introduzi-lo, na percepção do fenômeno jurídico cujo entendimento será complementado e especificado nas disciplinas outras do curso de Bacharelado em Direito.



IMPORTANTE : A disciplina Introdução ao Estudo do Direito tem natureza interdisciplinar pois se serve de ensinamentos de outras disciplinas

Um elemento fundamental a ser destacado quanto à disciplina e, como um todo, ao estudo do direito é a capacidade de possibilitar a percepção dos fatos por um outro viés. Na lição de Angel Latorre², o jurista tem um olhar transcendente sobre os fatos o que se destaca pelo prisma como os fenômenos que nos cercam são percebidos.

Imagine que comprar uma água na cantina, emprestar uma caneta ao colega, tomar um ônibus, etc. são ações corriqueiras e comuns, sem grandes dificuldades de compreensão pelo senso comum das características e objetivos destes acontecimentos, contudo, o jurista tem a percepção do senso comum, mas se soma a esta uma capacidade pragmática de perceber tais fatos nas suas possíveis implicações jurídicas. Assim, para além de um simples ato de comprar uma água há um estabelecimento de um contrato de compra e venda em que as partes contratantes têm direitos e deveres, há uma expectativa de comportamento quanto às ações de

1 Nessa linha de pensamento ver: ORTEGA Y GASSET *apud* DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 19.ed. São Paulo, Saraiva: 2008, p. 7; REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11

2 LATORRE, Angel. **Introdução ao direito**. Coimbra: Almedina, 1979, p. 1 ss.





ambas as partes. Veja que se eu peço uma água, eu não espero receber um refrigerante, que o vendedor ao entregar a garrafa de água espera que o comprador lhe dê o valor, espera que este valor seja em moeda corrente, logo está fora de seus planos receber em dólar ou em cruzados novos. Ainda que o vendedor aceite valor aquém ou moeda diversa como pagamento, esta sua ação está dentro de sua autonomia de vontade como titular na propriedade do objeto vendido.

Observe então que há em torno de nossos comportamentos sempre expectativas por parte dos demais, podemos dizer que há “cobranças” ocultas ou explícitas para que nos comportemos desta ou daquela maneira nesta ou naquela situação. Tais expectativas são socialmente construídas ao longo dos tempos, estão envoltas em elementos econômicos, históricos, políticos, religiosos, culturais, enfim, sociais.

Veja-se, portanto, que se o vendedor me passa um refrigerante quando alguém pagou por uma água, independente de se aceitar ou não, mas é possível que este comprador reclame chamando atenção para o engano, e imagine ainda que, apesar de delicadamente informar que não toma refrigerante e que deseja água e sem gás, ainda assim o vendedor lhe dissesse que não tem água. Nesta ocasião, podemos todos visualizar a conversa ou até um bate-boca entre estes dois personagens. Mas porque chegaria a tal discussão? Por causa das expectativas de comportamento que acompanham as condutas. Não haveria discussão se estivéssemos falando de um Robson Crusoe³, mas também não haveria sociedade, ou mais especificamente, não haveria vendedor da água.

Viver em sociedade é, pois, estar submetido a uma série de normas, sejam elas costumeiras, morais, religiosas, jurídicas. A existência de tais normas significa na prática a vigilância cotidiana quanto aos comportamentos e, por sua vez, a expectativa quanto aos mesmos. Aqui é interessante frisar um brocardo jurídico famoso que diz: *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos).

E podíamos passar horas conjecturando acerca das implicações jurídicas que se agregam aos fatos que nos rodeiam, o que não é o objeto nosso de estudo por hora, apenas ilustramos com isto a questão de como o jurista é uma pessoa que recebeu uma formação que o habilita a perceber as implicações jurídicas dos fenômenos sociais.

3 Alusão aos personagem de Defoe, um naufrago que vive isolado numa ilha até aparecer o índio Sexta-feira. Cf. DEFOE, Daniel. **Robson Crusoe**. Reading and training. São Paulo: Scipione, 1997.

A QUESTÃO DA LINGUAGEM JURÍDICA

O Direito é uma profissão de palavras. (D. Mellinkoff)

Discutir a linguagem em IED significa principalmente chamar a atenção para sua importância. Se fizermos uma analogia, nos apoiando em Calmon Passos, temos que a linguagem está para o direito assim como a ferramenta para o mecânico. Tal autor diz que nossas mãos são um instrumento, o primeiro e mais notável utilizado pelo homem. Também os utensílios e as ferramentas que elas fabricaram. Mas enquanto utensílios e ferramentas dependem da excelência do operador, as máquinas já prescindem dele e, postas em condições de operar, bastam-se a si mesmas. Bem pouco de comum existe entre todos esses instrumentos, salvo serem sempre meios para que sejam alcançados determinados fins.⁴

Esta noção de finalidade é que aqui nos interessa, veja-se que é por meio da linguagem que se diz e se escuta sobre um fato, se defende ou se acusa, se obriga ou proíbe um comportamento, enfim, o direito se manifesta e seus fins são atingidos por meio de linguagem.

Se pedirmos para que você pense agora num direito seu, pode-se pensar, por exemplo, no direito à liberdade de expressão, e mesmo que se pense nesse direito por meio de uma imagem como alguém protestando em praça pública, esta imagem só é possível dada a prévia consciência sobre a existência de uma norma oral ou escrita, logo, linguagem!

Dessa forma, impera no estudo do direito a importância da leitura, da escrita correta, da interpretação.



DICA: No início, a linguagem jurídica pode parecer difícil ou inalcançável. Para superar essa dificuldade inicial que muitos podem ter, é importante ler muito!

Entretanto, não é só isso! Além do domínio do idioma português, também se faz necessário adquirir ao longo do curso o domínio da linguagem técnico-jurídica específica do direito. Conceitos e termos que não são conhecidos da maioria da população, ou ainda que conhecidos têm um significado específico quando utilizado pelo direito. Expressões como "competência", "ação", "cessão", "litispendência", "natureza jurídica", dentre muitos outros, são termos e conceitos que serão tratados ao longo do curso e devem compor o arcabouço de conhecimento do bom bacharel de direito.

Podemos, por fim, dizer que o bom uso do português e o domínio e conhecimento da linguagem técnico-jurídica facilitarão a compreensão dos documentos jurídicos que, no direito, muitas vezes, têm estilos redacionais peculiares.

4 PASSOS, J.J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n.58, ago. 2002. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3062>>. Acesso 22 jul.2009.





Para aqueles que não estão familiarizados com a linguagem jurídica, ler as primeiras decisões judiciais pode ser totalmente incompreensível. Também textos de doutrina, livros jurídicos, podem ser bem difíceis de serem compreendidos no início do curso. O aluno que inicia o curso de direito deve estar ciente que não pode esmorecer na primeira tentativa, deve ler muito, pois, ao longo do curso, tudo fará sentido.

ACEPÇÕES DO TERMO "DIREITO"

O termo direito tem uma pluralidade de significações, o que também varia dependendo do idioma, por exemplo, em inglês o termo right traduzido como direito significa uma faculdade, note-se no exemplo humans rights (direitos humanos), diferentemente temos a expressão Law que também pode ser traduzido como direito, mas aí já trata especificamente da norma, lei, exemplo: Civil Law que traduziríamos por Direito Civil. Observe que ao menos no inglês, assim como no italiano (diritto e legge,) temos verbetes distintos, pois a palavra right ou diritto não é aplicada para falar da norma exata.

Com esta digressão inicial chamamos a atenção para o vernáculo no tocante à palavra: direito. Observemos as expressões seguintes:

O direito brasileiro não permite a pena de morte

O Poder Legislativo tem o direito de criar normas

O voto é um direito de todos

Estou cursando Faculdade de Direito

O tráfico de entorpecentes é matéria de direito penal

O direito constitui um subsistema do sistema social

Coma direito, meu filho!

Sentarei no lado direito da sala.

Estes exemplos servem para ilustrar as principais formas pelas quais a mesma expressão é usada comumente.

No primeiro exemplo a referência do termo é ao conjunto de normas da sociedade, assim quer dizer que as normas brasileiras não permitem a pena de morte. Na alínea "b" temos direito significando o poder, a prerrogativa. Na alínea "c" significa a faculdade de alguém de fazer alguma coisa, note-se aqui que os sentidos "b" e "c" em alguma medida se equivalem, isto ocorre porque em ambos temos o sentido de direito subjetivo, mas isto trataremos em aula posterior quando tratarmos da dicotomia direito objetivo e direito subjetivo.

Tanto nas sentenças "Estou cursando Faculdade de Direito", bem como em "O tráfico de entorpecentes é matéria de

direito penal” estamos usando a expressão direito para designar um campo do saber, especificamente das ciências sociais aplicadas, como categoriza o CNPq.⁵ Aqui chamamos atenção para a nova ortografia, digo, o novo acordo ortográfico da Língua Portuguesa, que faculta o uso da letra inicial maiúscula ou minúscula para grafar disciplinas ou ramos do saber, assim, agora, tanto faz escrever “O curso de Direito da BLIC” ou “O curso de direito da BLIC”.

Na frase “f” direito é tomado como fato social, fenômeno da vida coletiva assim como os fatos econômicos, culturais, históricos etc.

Quando a mãe diz para o filho comer direito, a expressão é empregada aludindo ao que é correto, ao comportamento certo, direito em oposição ao errado.

Por fim, também se pode falar em direito para se referir à orientação espacial, como em braço direito e braço esquerdo. Estas várias acepções devem, principalmente, para o estudante de direito estar claras pois padeceria de incompletude no campo dos conhecimentos gerais sobre o campo de saber que se pretende adentrar, ainda que em sede vestibular, como o é a disciplina de Introdução ao Estudo do Direito, não perceber que há diferenças fundamentais entre os vários usos que se faz da palavra direito.



IMPORTANTE – Não há uma única forma de definir o Direito!

Com uma finalidade didática, vale a pena adotar a classificação de André Franco Montoro, que identificou cinco realidades fundamentais que compõem o conceito de direito:

Direito como norma

O direito é tido como sinônimo de norma, de lei. Nesse sentido o exemplo (a) acima. Veremos adiante no curso que este também é conhecido como direito objetivo.

Direito como faculdade

Nesta acepção o vocábulo direito é compreendida como uma faculdade, um poder de alguém de fazer ou não fazer algo. Este encontra exemplo nos itens (b) e (c), acima. Na sequência do curso identificaremos esta concepção com o direito subjetivo.

Direito como Justo

Quando o significado do termo direito se identifique com aquilo que é devido por justiça ou que esteja de acordo com a justiça.

5 Sigla de Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, órgão do Ministério de Ciência e Tecnologia onde há cadastro de pesquisas e currículo lattes de pesquisadores nacionais.





Direito como Ciência

Quando a expressão direito identifica o estudo das normas jurídicas. O item (d) acima exemplifica esta realidade.

Direito como fato social

Nesta perspectiva o direito tem relação direta com a sociologia, sendo considerado um aspecto da vida. Nesse sentido o exemplo (f) acima.

PERSPECTIVAS JURÍDICAS ZETÉTICA E DOGMÁTICA

Uma questão preliminar antes de pensar a dicotomia teórica quanto às perspectivas de se pensar o direito, é perceber que há na ciência do direito uma natureza peculiar e distinta de outros campos dos saberes como a física, como bem lembra Tércio.⁶

Uma comunicação tem sentido informativo quando utiliza a linguagem para descrever certo estado de coisas, exemplo: O texto da aula está disponível. O sentido diretivo é quando a língua é usada para dirigir o comportamento de alguém, exemplo: Faça a leitura.

Na Física, por exemplo, a comunicação tem sentido estritamente informativo, já no direito, além deste sentido, pode haver o diretivo. Quando o jurista define algum instituto, ele não apenas diz o que se entende por aquela palavra ou expressão, mas principalmente como deve ser entendida.⁷ Veja-se que uma característica do direito é uma sempre tentativa de precisão quanto ao uso dos termos, se eu falo roubo significa que houve violência, diferente, portanto, de se falar de furto.

O estudo do direito pode ser estudado sob duas perspectivas, que significam o grau em que se mesclam estes sentidos informativo e diretivo da linguagem, daí falamos em um enfoque zetético e um enfoque dogmático.

A palavra zetética vem de zetein, que significa perquirir, investigar. Por outro lado, a palavra dogmática vem de dokein, que significa ensinar, doutrinar.

Enquanto no enfoque zetético, predomina a função informativa da linguagem; no dogmático, tal função combina-se com a diretiva, que ganha importância.

6 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, decisão, dominação. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 17.

7 Sobre funções da linguagem ver: COPI, Irving. **Introdução à Lógica**. São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 47.

A zetética é mais aberta, pois suas premissas são dispensáveis. Ou seja, elas podem ser substituídas, se os resultados não forem satisfatórios. Portanto, as interpretações devem conformar sempre as premissas aos problemas. Ao contrário, a dogmática é mais fechada, pois está presa a conceitos previamente fixados, obrigando-se a interpretações capazes de conformar os problemas às premissas. O enfoque zetético procura saber o que é algo?, ao passo que o dogmático preocupa-se em possibilitar uma decisão e orientar a ação (como deve-ser algo?).⁸

Na zetética, não se questionam certos enunciados quando esses são admitidos como verificáveis e comprováveis; na dogmática, as premissas não são questionadas porque elas foram estabelecidas (por um arbítrio, por um ato de vontade ou de poder) como inquestionáveis.⁹

O campo da investigação zetética é formado por disciplinas gerais como a Filosofia que comportam, no âmbito de suas preocupações, um espaço para o fenômeno jurídico. Assim, são disciplinas zetéticas, por exemplo, a Filosofia do Direito, a Sociologia do Direito, a Criminologia etc. A dogmática jurídica é formada por disciplinas como Direito Penal, Civil, Processual etc.

Veja-se que a característica comum é que tais matérias têm certas premissas, em si e por si arbitrarias, como vinculantes para o estudo, ou seja, há pontos de partidas inegáveis, o que não quer dizer que não há uma reflexão ou questionamento. É ledado engano pensar que crítica e reflexão só existe no enfoque zetético, a questão é que há um ponto final, o questionamento não é infinito na dogmática, as questões dogmáticas são finitas, porquanto esbarram em um dogma (verdade indiscutível).¹⁰

O jurista, pois, parte dos dogmas, mas não necessariamente fica preso a eles, ou seja, há um espaço de criatividade, que é a interpretação, porquanto não fuja ou negue os postulados iniciais.

IMPORTANTE: Zetética e dogmática são duas perspectivas de estudo do Direito.

O curso de direito é, e tem que ser, eminentemente prismado na perspectiva dogmática porque intenta formar juristas para decidirem conflitos, assim senso há um privilegiar da

8 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito:** Técnica, decisão, dominação. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 16 ss.

9 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito:** Técnica, decisão, dominação. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 17.

10 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** Técnica, decisão, dominação. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 18 – 28.





visão dogmática o que não deve, todavia, significar um desprezo pela perspectiva zetética que predomina nas disciplinas propedêuticas.

Pode-se, por fim dizer, em cima das palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr., que na disciplina de Introdução o objeto de reflexão é o direito no pensamento dogmático e cuja análise deste é feita a partir de uma perspectiva zetética, em outras palavras, uma Introdução ao Estudo do Direito é uma análise zetética de como a dogmática jurídica conhece, interpreta e aplica o direito, mostrando-lhe as limitações.

RELAÇÕES DA CIÊNCIA DO DIREITO COM OUTRAS CIÊNCIAS

A primeira questão que aqui se coloca é sobre o termo Ciência do direito. Seria o direito uma ciência?

O problema da cientificidade do direito não é novo. A problemática está quando pensamos na definição de ciência e pretendemos somar a esta o direito.

O que podemos afirmar é que a ciência pode ser considerada um método de procura do saber, como forma de interpretação da realidade, bem como também a busca de um conhecimento teórico.

Contudo, não há uma ciência neutra, pura, pois o cientista não consegue, de forma absoluta, durante um investigação, manter-se sem qualquer influência, imune à sua subjetividade pessoal. Cláudio Souto diz que tal feito (conhecimento neutro) só seria possível se se pudesse separar a mente do cientista.

O homem, o juiz, assim como o pesquisador ou observador nas palavras de Maturana, não podem se dissociar de suas filosofias, visões de mundo, no momento de tomar uma decisão, fazer uma investigação científica. Mas apesar delas o cientista, especificadamente, não pode é deixar que a contaminação ideológica atinja níveis significativos¹¹.

Nas ciências não há de se pretender uma pureza metodológica, visto que ao aprendermos a ser cientistas, nós aprendemos a ser cuidadosos para não deixarmos nossas preferências e desejos distorcerem-se e, por isso invalidarem nossa aplicação do critérios de validação das explicações científicas.

11 SOUTO, Cláudio. **Ciência e ética no direito**: uma alternativa de modernidade. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 58. No mesmo sentido da acuidade com uma postura ideologicamente contaminada e rejeitando qualquer outra perspectiva de visão de mundo complementa Berger que deve o cientista-observador se esforçar para incorporar uma "consciência sociológica", isto é, ter uma predisposição para a percepção de outros mundos. Cf. BERGER, Peter. **Perspectivas sociológicas**: uma visão humanística. 24.ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 57.

Contudo, a ciência como um domínio cognitivo existe e se desenvolve sempre expressando interesses, desejos, ambições, aspirações e fantasias dos cientistas, apesar de suas alegações de objetividade e independência emocional.¹²

Da mesma forma que o debate nas ciências já não deixa dúvidas sobre a impossibilidade de uma neutralidade ideológica do observador¹³, quando escolhe o tema, por exemplo, mas serviu também para esclarecer, por outro lado, que essas ideologias não podem interferir no processo de obtenção de dados ou na indução para as hipóteses iniciais.

Objetivamente, pode-se tomar por definição que ciência é o conjunto de conhecimento, logicamente encadeados, para formar um sistema coerente, com pretensão de verdade. Subjetivamente, é o conhecimento de certas coisas por suas causas e leis. Daí, a ciência do direito define-se como sendo a investigação metódica e racional do fenômeno jurídico e a sistematização dos conhecimentos resultantes.¹⁴

A ciência do direito é conhecimento e não constituição do direito. Mas, a doutrina tradicional tem opinião dominante de que a ciência jurídica pode e deve elaborar o direito.¹⁵

O fato de ser vista como uma atividade sistemática de interpretação normativa, visando uma aplicação direta a um caso-concreto a tornaria uma ciência imperativo-normativa. O que significa ser uma ciência normativa. Ou ainda melhor, pode uma ciência ser normativa?

A palavra normativa vem de norma, significa que estabelece, dita comportamento. Veja o cerne da questão: estaria dentro das pretensões científicas normar condutas?

Grande parte dos teóricos rejeita tal possibilidade, pois ciência, para assim ser considerada, trata sempre de enunciados que constata e informam uma realidade, logo, sendo enunciados descritivos, enunciados do "ser", porque tratam do mundo do ser, "do que é".

12 MATURANA, Humberto. **Cognição, ciência e vida cotidiana**. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2001, p. 146.

13 Tal neutralidade axiológica não quer dizer que o pesquisador seja politicamente neutro, sem um ponto de vista a defender desde o início do trabalho, mas apenas significa que "no momento de colher na realidade os elementos para sustentar seus argumentos, ele deverá adotar uma postura metodológica neutra" que é a condição para um trabalho que se pretenda científica do contrário seria "um mero discurso ideológico". Cf. OLIVEIRA, Luciano. **Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, pp. 140-141.

14 PIRES, Natália Taves. A relação entre a ciência do direito e a dogmática jurídica. In: **Diritto & Diritti - il Portale Giuridico italiano**. Disponível em < <http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/26639.html>>. Acesso em 01/01/09.

15 Idem.





Hans Kelsen, entretanto, mesmo defendendo o caráter do “dever-ser” do direito, afirma-o como ciência, pois, diz ele, quando se fala em ciência normativa não se quer contrapor a normatividade à descrição, e sim à explicação.¹⁶

Ihering, no calor da discussão sobre a cientificidade do direito faz uma conferência na Universidade de Viena, em 1868, intitulada “É o direito uma ciência?”, questão que responde afirmativamente ao concluir que pode-se dizer da cientificidade do saber jurídico quando se unem a dogmática jurídica, a análise histórica e as reflexões filosóficas, esta tríade – Dogmática, História e Filosofia – é o que torna possível que alcancemos uma consciência científica do fenômeno jurídico.¹⁷

A respeito da cientificidade do direito, analisando a questão hodiernamente, Luiz Fernando Coelho¹⁸ conclui que o saber jurídico não tem um caráter científico, afirma que “em verdade constitui uma tecnologia a serviço dos operadores do direito; e assim, a chamada ciência do direito consiste numa retórica destinada a persuadir alguém a respeito de uma verdade que é sempre subjetiva”. Tércio, no mesmo sentido que Coelho, diz que direito é tecnologia para decisão dos conflitos.¹⁹

O certo é que a expressão “ciência jurídica” é amplamente utilizada pelos autores e tem referencial histórico desde os antigos Romanos, onde se fazia presente através da noção de “jurisprudência”.²⁰

O direito, independente da perspectiva adotada de se entendê-lo ou não como ciência, relaciona-se com outras ciências. O que já mencionamos em parte ao tratar do enfoque zetético.

Repetindo, dissemos que o campo da investigação zetética é formado por disciplinas gerais como a Filosofia que comportam, no âmbito de suas preocupações, um espaço para o fenômeno

16 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 79-113.

17 IHERING, Rudolf von. **É o direito uma ciência?** São Paulo: Rideel, *passim*.

18 COELHO, Luiz Fernando. **A Teoria Crítica do Direito na Pós-Modernidade**. Comunicação apresentada ao XVIII Congresso Mundial da Associação de Filosofia do Direito e de Filosofia Social, La Plata, Buenos Aires, 1997, p. 3.

19 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 58-66.

20 Observe-se aqui que o termo jurisprudência vem de *juris* e *prudencia* que seria a prudência de dizer o que é direito, passando depois a significar a ciência do direito, na tradição do *Common Law* (em que costume jurídico é fonte primeira) e passando a significar o conjunto de decisões reiteradas pelos tribunais nos países de tradição do *Civil Law* (fonte primeira é a norma). Tal assunto será abordado na Unidade V do nosso curso.

jurídico. Assim, são disciplinas zetéticas, por exemplo, a Filosofia do Direito, a Sociologia do Direito, a Criminologia.

O que interessa por ora é perceber que há um espaço para a interdisciplinaridade no direito.

Todavia, além das disciplinas zetéticas, que ali citamos e claro, no referíamos a disciplinas jurídicas, há uma relação que podemos dizer até de ajuda no sentido de enriquecer o estudo do direito que é dado por campos autônomos do saber. Como exemplo podemos citar a Economia que vem ajudar ao jurista a compreender questões de direito em especial no campo do direito financeiro e direito tributário, podemos também citar a Biologia/ Medicina e Ética (campo da Filosofia) em relação ao Biodireito bem como ao direito civil no concernente às questões atuais de filiação problematizadas com as modernas técnicas de manipulação genética e fertilização, enfim, a História, Sociologia, Filosofia, Economia, Biologia, Matemática, Informática, Psicologia etc prestam inegáveis serviços ao estudo do direito, razão pela qual algumas destas disciplinas compõem por diretriz curricular do MEC a grade das disciplinas do quadro de formação básica dos cursos de bacharelado em direito.

DIREITO E POLÍTICA

Se formos resgatar os primeiros escritos que traziam a temática do direito, de certa forma estavam todos ligados à questão da política, veja-se, por exemplo os textos da filosofia grega. Direito e política são campos da ciência que, direta ou indiretamente, caminham juntos. Tal unidade se dá, basicamente porque é no espaço político do convívio entre socius que se desenvolve a necessidade do controle social das normas, bem como do Estado.

Veja-se, pois, que a instituição Estado e Direito vão se legitimar reciprocamente, na medida em que o direito serve como instrumento garantidor dos interesses daquele Estado, como também se pode dizer que o Estado vai legitimar o direito ao dizer o que é e o que não é direito, isto é, juridicamente aceito e tutelado pelo poder estatal.

Se adentrarmos mais um pouco nas íntimas relações entre direito e política, pode-se perceber, por exemplo, que os projetos de lei que serão aprovados, rejeitados, arquivados etc são por sua vez oriundos de decisões políticas, ou ainda, de grupos politicamente dominantes.

Urge pois atenção para uma questão no âmbito desta discussão na disciplina de IED 1, qual seja: a questão da neutralidade axiológica ou neutralidade de valores.

Uma neutralidade absoluta é rigorosamente impossível, seja em termos de legislador, de executor ou de decisor, bem





como em termos de estudioso de direito e de cientista. O homem é animal que não pode isolar-se de seu aparato cognitivo e daí também de seus sentimentos enquanto toma uma decisão ou opera um ato.

O que deve se buscar é formalmente o máximo de isolamento dessas possíveis influências para que não contaminem o processo de desenvolvimento jurídico.

DIREITO E FILOSOFIA: A QUESTÃO DA JUSTIÇA

Vimos que em uma das possíveis acepções do termo "direito", este se relaciona diretamente com a noção de Justiça.

A relação entre justiça e direito vem de longa data, especialmente no âmbito doutrinário. Na Idade Média, Santo Agostinho já preconizava que a realização da justiça seria o objetivo do Direito. Esse enfoque de um valor, um ideal a ser buscado pelo Direito que se atribui à "justiça" é ainda atual. Afinal, quando buscamos o Judiciário para resolver qualquer conflito de interesses que haja, visamos uma decisão que seja justa. Seria "justiça" sinônimo de "direito"?

Pela classificação exposta por Montoro para o significado da expressão "direito", vistas nesta lição, "direito" pode ser tanto entendido como sinônimo de lei, como pode ser também compreendido como sinônimo de justiça. Pela lógica, poderíamos então compreender o direito como sinônimo de justiça. Entretanto, não podemos nos deixar levar por esta singela conclusão. Não indo muito longe no argumento, basta pensar que muitas vezes a decisão dada de acordo com a lei (direito) pelo juiz em um caso, pode não nos parecer justa (justiça). Esta afirmação já seria suficiente para colocar por terra uma absoluta identidade entre os termos justiça e direito.

As discussões modernas sobre Justiça enfocam a questão sob dois aspectos, um formal e um material. Pelo aspecto formal, trata-se a justiça como um valor. Valor que se traduz na clássica ideia do *suum cuique tribuere*, que nada mais é do que dar a cada um o que é seu. Já sob o aspecto material, a justiça se preocuparia com o problema da conformidade ou não dos critérios de a quem e o que é devido por justiça.

Por fim, nota-se que muitas vezes a relação direito e justiça e os significados que lhes são dados a cada um desses, constituem opções ideológicas dos intérpretes, que podem ser usadas tanto no sentido de enfraquecer como de reforçar o direito positivo²¹. (estudaremos o direito positivo em nossa unidade II)

21 Conforme Dimitri Dimoulis. Manual de Introdução ao Estudo do Direito. 2ed. São Paulo, RT, 2007. p. 139.

Assim, podemos observar que dependendo do contexto em que a expressão "direito" é utilizada, pode a mesma ser tida como sinônimo de justiça ou não. Tem-se, portanto, que da mesma forma que o termo "direito" tem uma variedade de definições, o termo "justiça" também o terá, havendo várias teorias para explicá-la. O estudo mais detido deste tema e a vasta discussão do conceito de "justiça" se fará na matéria de Filosofia.

Cumpre-nos na matéria IED, além de conscientizá-los da relação entre direito e justiça e sua importância para a Ciência do Direito.

A normatização da vida social: normas sociais, religiosas, morais, jurídicas

Como afirma Norberto Bobbio, "acreditamos ser livres, mas na verdade estamos envoltos numa densa rede de regras de conduta, desde o nascimento até a morte"¹. Assim, viver em sociedade é estar submetido a uma série de regras que, de tão habituais, muitas delas não o são mais sentidas como tais.

Ainda que se viva isolado, sem o convívio social (lembrem da discussão sobre Robson Crusóé na unidade I), pode-se vislumbrar um plano normativo direcionando nossas condutas, como as normas morais, estabelecidas pelo próprio indivíduo na sua autonomia.

Nos vários ambientes dos quais participamos somos inseridos em diferentes contextos de normatização. Exercemos uma série de papéis sociais: na faculdade você é aluno de direito e no cursinho de inglês, você é professor. Enfim, uma mesma pessoa cumpre distintos e variados papéis sociais nos vários grupos em que se insere, e sobre cada um desses nossos comportamentos há uma série de expectativas por parte dos demais membros. Assim as regras de conduta são formas de normatizar e garantir que estas expectativas de comportamento sejam cumpridas.

Há, portanto várias esferas de normatização, como o diz Bobbio:

"As normas jurídicas, são apenas uma parte da experiência normativa. Além das normas jurídicas, existem preceitos religiosos, regras morais, regras sociais, regras do costume, regras daquela ética menor que é a etiqueta, regras da boa educação e assim por diante. Além das normas sociais, que regulam a vida do indivíduo enquanto coexiste com outros indivíduos, existem normas que regulam as relações do homem com a divindade ou do homem consigo mesmo. Cada indivíduo pertence a diferentes grupos sociais: igreja, Estado, família, associações com fins econômicos, culturais, políticos ou simplesmente recreativos: cada uma dessas associações se constitui e se desenvolve por meio de um conjunto





ordenado de regras de conduta. Finalidade de influenciar o comportamento dos indivíduos e dos grupos, de dirigir a ação dos indivíduos e dos grupos mais para certos objetivos que para outros”.

São, pois, todas essas normas *mandamentos* da vida em sociedade. Desde o convencionamento de utilização de “trajes adequados” para adentrar ao fórum até a positivação expressa de que homicídio é crime pelo Código Penal; desde a convenção de que “não se deve falar de boca cheia” até as disposições regulatórias sobre alimentos transgênicos; todas essas disposições, sejam elas internas (moral individual) ou externas (moral coletiva, jurídicas, dentre outros) são normas e regram a vida em sociedade.

Faz-se mister, portanto, entender o que distingue as normas jurídicas da multifacetária plêiade de normas existentes.

RELAÇÕES ENTRE DIREITO E MORAL

O que há de especial nas normas jurídicas em relação às outras esferas normativas? Talvez a idéia primeira que se tenha seja que o diferencial é a sanção, contudo, todas as formas normativas têm a sanção como consequência do descumprimento da norma (o que se pode ver no quadro ilustrativo abaixo). O que diferencia a norma jurídica é o *autorizamento* daquele que for prejudicado de empregar, utilizando-se dos meios competentes, as sanções da lei contra o violador (violador efetivo ou provável), para fazer parar a violação; obter uma reparação (indenização ou reposição do *status quo ante*), ou submeter o violador às penas da lei, nos casos de crimes²². Surge daí a possibilidade de utilização da *coação Estatal* (a qual é gênero do qual a *coerção* é espécie, significando este apenas a coação psíquica²³), que significa o exercício da força por parte do Estado para garantir o cumprimento daquelas normas.

IMPORTANTE:

	É possível coação Estatal	É heterônoma	É bilateral	É atributiva
Norma jurídica	sim	Sim	sim	sim
Norma moral individual	Não	Não	sim	Não
Norma moral social/ costume	Não	Sim	sim	Não

22 TELLES JR., Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 4ed. rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p.43.

23 Segundo Machado Neto, “coerção é fenômeno psicossocial decorrente da antecipação pelo indivíduo dos efeitos aflitivos da sanção” (Machado Neto *apud* Maria Helena Diniz. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 19ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2008.p.380)

Assim, as normas jurídicas são passíveis de coação Estatal (porque temos o Estado para garantir-lhes, diferentemente das demais formas de normatização), são heterônomas (pois o direito “é feito” fora do indivíduo, daí fórum externo que é o Estado), são bilaterais (pois tais normas são feitas para regular a convivência entre pessoas, pressupondo a existência de lados, partes) e são atributivas, diga-se bilateralidade atributiva, porque estas duas partes se comportam a partir de direitos e deveres estabelecidas pelas normas, havendo uma relação de atribuição de direitos e deveres²⁴.

Por outro lado, as normas morais, religiosas, sociais, de etiqueta,..., sejam elas internas (psíquicas – normas individuais) ou externas (heterônomas – normas sociais por excelência), apesar de também serem *mandamentos*, no sentido de que visam a reger o comportamento humano, não são passíveis de coação Estatal (não havendo *autorização* para que o lesado invoque seu cumprimento pelos mecanismos de força estatais), embora também apresentem sanção (compreendida *lato sensu* como a pena, o castigo, o constrangimento ligado à violação de qualquer norma a que fica sujeito o infrator, podendo ser: a) psíquicas ou sanções de consciência, como o remorso e o arrependimento; b) sociais, como a reprovação social a determinadas condutas religiosas – sacrifício de animais para agradar divindades, p.ex. – ou condutas sociais de risco – como da vez em o cantor Michael Jackson apareceu à janela do quinto andar do hotel em que se hospedava na cidade de Berlin e balançou seu filho recém-nascido causando furor e consternação na mídia mundial).

A norma jurídica, portanto, é um *imperativo-autorizante* na medida em que ordena certas condutas (como *mandamento* que é) e prescreve-lhe a possibilidade de *enforcement* Estatal (ou execução Estatal) das consequências de seu não cumprimento a fim de manter a ordem jurídica.

Importante, por conseguinte, se torna entender qual é o recorte realizado das situações da vida em sociedade que são ultimamente positivadas em forma de norma jurídica daquelas que não o são. Ou seja, qual a seleção que se realiza entre determinadas condutas desejáveis e decorrentes de

24 Não se confunda a *atributividade de direitos e obrigações* insita à norma jurídica com a *teoria da atributividade* de Leon Petrazicki, referente à *diferença específica* da norma jurídica em relação às demais normas, segundo a qual a atributividade constituiria a qualidade dessa norma de *atribuir* a quem seria lesado pela violação da mesma, a *faculdade* de exigir o cumprimento dela, ou a de exigir, do violador, a competente reparação pelo mal a que a infringência deu causa (teoria, aliás, superada pela *teoria do autorização* desenvolvida por Goffredo Telles Jr.). Para melhor compreensão, vide TELLES JR., Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 4ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p.52-54 e Maria Helena Diniz. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 19ed. rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2008.p.382-383.





prévias normas morais ou sociais sedimentadas e se todas as normas jurídicas trazem disposições aceitas pela moral. Como apontado, no texto complementar indicado à leitura, hoje, repudiam-se teorias que trazem a relação gráfica entre norma e moral como círculos concêntricos, onde o círculo maior seria a moral e o círculo menor, o direito (norma jurídica), uma vez que a positivação de condutas não necessariamente relacionar-se-á a princípios morais (como é o caso de regramento do Sistema Financeiro Nacional quanto a juros cobrados em contratos de financiamento bancários em nítida iniquidade de tratamento entre contratos civis de mútuo feneratício entre particulares e contratos em que uma instituição financeira faça parte).

A tensão atual entre teorias de separação e de conexão entre Direito e Moral segue existente (Para maiores detalhes sobre estas duas teorias leia o Texto "Direito e Moral" na leitura complementar). No entanto, "na prática o que se observa é que quem redige as normas convive nessa sociedade e traz para a elaboração das leis esse anseio moral da sociedade. Além do mais, deve-se ter em mente que se a norma imposta for totalmente contrária à moral predominante na sociedade em que ela vigorará, ela dificilmente terá eficácia"²⁵.

SAIBA MAIS

Leia o texto "Relação entre o Direito e Moral", disponível em leitura complementar.

PRESSUPOSTOS SOCIAIS PARA MODERNIZAÇÃO DO DIREITO

Na unidade anterior vimos subsídios para a discussão que trataremos agora. Por ora nosso objeto de estudo é entender os parâmetros do direito de uma sociedade moderna.

Uma primeira ressalva que há de ser feita é acerca do termo modernidade. Para usar esta expressão referindo-se ao direito, direito moderno, o que ela juridicamente significa? O sentido corriqueiro da expressão no senso comum costuma identificá-la como sinônimo de progresso, avanço, daí se falar em estilo moderno ou roupa moderna em oposição a o que é antiquado ou velho. Esta concepção tende a expressar juízos de valor, ou seja, opiniões, gostos etc. Falar em direito moderno sob esta rubrica é insuficiente e axiologicamente contaminado.

25 MORO, Maitê Cecília Fabbri. *A relação entre direito e moral*. (leitura complementar disponibilizada).

SAIBA MAIS:

SOBRE O QUE É ESTE CAMPO DA FILOSOFIA CHAMADO DE AXIOLOGIA, CUJA PREOCUPAÇÃO É O ESTUDO DOS VALORES, PESQUISE NUM DICIONÁRIO DE FILOSOFIA.

Uma segunda ressalva é quanto a um critério temporal. O termo moderno é também identificado com o período histórico compreendido entre a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos em 1453 e a Revolução Francesa de 1789 marcando a derrubada do Antigo Regime.

O problema é que este critério temporal não corresponde fielmente ao que seria uma modernidade jurídica, entre outros motivos, porque a partir de 1789 se inicia a idade contemporânea mas a nossa sociedade atual é juridicamente moderna apesar de historicamente se localizar na contemporaneidade.

Assim, vistas estas duas observações sobre o que não é uma sociedade/ direito moderno, vamos ao que é.

IMPORTANTE:

Um direito moderno é entendido como aquele de uma sociedade que atentou para os pressupostos sociais e se caracteriza pela inegabilidade dos pontos de partida e pela obrigatoriedade de decidir ou proibição do *non liquet*.

E quais seriam os pressupostos sociais para modernização do direito?

São três¹:

- a) Pretensão de monopólio por parte do Estado na produção das normas jurídicas;
- b) Crescente importância das fontes estatais em detrimento das fontes espontâneas e extra-estatais do direito;
- c) Relativa emancipação da ordem jurídica frente às outras ordens normativas.

SAIBA MAIS:

UMA REFERÊNCIA FUNDAMENTAL PARA QUEM DESEJA INICIAR UMA BIBLIOTECA BÁSICA DE LIVROS JURÍDICOS, ACERCA DESTES TEMAS, TEMOS COMO INDICAÇÃO A OBRA DE JOÃO MAURÍCIO ADEODATO. *ÉTICA E RETÓRICA*. PUBLICADO PELA EDITORA SARAIVA.

É feliz o autor citado com a expressão "pretensão de monopólio" porque veja que pretender significa ter a intenção de, logo, não há um monopólio exato, mas um interesse e direcionamento para tal. Isto significa que pela primeira vez na história da civilização ocidental aparece uma instituição





que se arvora competência para monopolizar o direito. Isto não significa que o Estado moderno produza todas as normas jurídicas, mas sim que é direito aquilo que ele produz ou tolera que seja produzido por outras fontes.²

Uma sociedade que pretende modernizar seu direito destaca, no panorama das fontes normativas, aquelas oriundas do Estado, nas quais vemos as normas produzidas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Estas se sobressaem em relação às outras formas normativas como o costume ou o poder normativo dos grupos sociais.

Assim, observe que a sociedade faculta às partes criarem normas para regular suas vidas, exemplo Fulano e Beltrano que fazem um contrato de aluguel em torno de um apartamento. O Estado, informalmente podemos dizer, com a devida vênia, que nem sabe que Fulano e Beltrano estão contratando, então estes regulam seus interesses, acordam quanto aos deveres e obrigações de ambos. Isto só é possível porque o Estado permite. Aquelas normas do contrato foram criadas pelas partes de acordo com a manifestação de suas vontades, contudo há indiretamente a presença do Estado regulando este contrato na medida em que Fulano e Beltrano tiveram que obedecer algumas exigências estatais, exemplo, eles têm que ser capazes civilmente, o objeto do contrato tem que ser lícito e não pode haver vício de consentimento, isto é, alvo de induzimento forçado da vontade.

Por fim, é também característica de uma sociedade que pretende dogmatizar seu direito a relativa emancipação da ordem jurídica. Assim, a sociedade é concebida como um sistema em que convivem vários subsistemas sociais de normatização, tais como a religião. Matar alguém é ato condenado juridicamente como também o é religiosamente, haja vista ser pecado. Diferentemente, desejar matar alguém pode ser pecado em pensamento, digo, para o âmbito religioso, mas não é crime juridicamente punível, só o será se tal vontade se manifestar na prática.

Veja-se aqui que é um pressuposto de uma sociedade moderna a separação entre Estado e Igreja, não havendo assim expressão ou reflexo da vontade de Deus nas normas jurídicas, como outrora a Idade Média concebia com o jusnaturalismo teológico cuja Summa Teológica de Tomás de Aquino pode ser um exemplo ao discutir a lei eterna e a lei temporal (matéria esta citada a título ilustrativo e cujo conteúdo é mais próprio às disciplinas de História do Direito e Filosofia).

Por fim, como adverte Adeodato “uma vez que a sociedade apresente esses pré-requisitos mencionados, ela está apta a dogmatizar o seu direito, o que não ocorrerá necessariamente”³

CARACTERÍSTICAS E CONSTRANGIMENTOS DE UM DIREITO DOGMATICAMENTE ORGANIZADO

A primeira característica do direito moderno se revela na sua organização dogmática pela qual se estabelece pontos de partida inegáveis. Estes pontos de partida que não podem ser negados são as normas. Logo, a norma jurídica é um dogma no direito moderno.

A palavra dogma que significa uma verdade inquestionável é originalmente uma expressão cara ao vocabulário teológico, veja-se que no âmbito do conhecimento religioso os dogmas são as verdades religiosas que não são negadas por uma questão de fé.

O direito tomou a expressão para designar seu elemento basilar, a norma, porém estas não são mais fundamentadas por um critério de crença religiosa, mas sim por um fundamento racional que busca legitimar toda estruturação destas normas, isto é, o ordenamento jurídico como um conjunto de normas racionalmente estruturadas por uma hierarquia escalonada, como o atesta a propriedade da unidade do ordenamento jurídico.

DICA:

OBSERVE QUE A IDÉIA DE DOGMÁTICA JURÍDICA, LEMBRA DOGMA, QUE POR SUA VEZ É EXPRESSÃO CARA A UMA LINGUAGEM TEOLÓGICA. P. EX., OS DOGMAS DA IGREJA. O SENTIDO BÁSICO DE DOGMA COMO VERDADE INDISCUTÍVEL É O MESMO QUE SE PRESTA A PENSAR NO DIREITO, POIS AS NORMAS SE REVELAM COMO ESTAS VERDADES INDISCUTÍVEIS.

Na modernidade as normas são verdades indiscutíveis de forma que um argumento é juridicamente aceitável se e à medida que toma por base uma norma jurídica do sistema, de forma que uma norma só pode ser rejeitada com base em outra norma jurídica. Assim a argumentação jurídica toma por referência o próprio sistema jurídico. Por tal razão se fala que o direito moderno é autopoieticamente organizado (de autopoiese).

Ao lado da inegabilidade dos pontos de partida, ou seja, das normas jurídicas serem dogmas, e daí a razão para se falar em direito moderno como um direito dogmaticamente organizado (lembrar a I unidade quando se explicou a distinção entre perspectiva zetética e dogmática!), a segunda característica é a obrigatoriedade de decidir ou também chamada proibição de *non liquet*.

Na sociedade moderna o Estado tomou para si, seja por avocação seja por delegação, o poder de dizer o direito, *juris + dictio* = jurisdição. Evoluindo de uma sociedade de autotutela ou vingança privada em que cada indivíduo resolvia seus conflitos na Lei de Talião (“olho por olho, dente por dente”), para uma sociedade de tutela pelo Estado, instituição esta que vem dizer o direito e regular os conflitos acima do





interesse das partes, a característica da proibição do *non liquet* exige que este exerça o poder-dever de dizer o direito. Relembrem que, como visto na unidade I, se formos quantificar o total de disciplinas no curso de Bacharelado em Direito, podemos dizer que algo em torno de 90% das disciplinas são dogmáticas ao passo que algo como 10% são disciplinas zetéticas.

Por que isto? Porque o objetivo é formar bacharéis, futuros juristas que saibam manusear o ordenamento jurídico, logo juízes que, frente a um *habeas corpus* impetrado, não tomem aquela peça indagando-se sobre o que é a liberdade, mas antes concedam a liberdade de ir e vir àquele impetrante injustamente preso e portanto elidido desta garantia fundamental constitucional.

Observe-se que assim, o juiz, leia-se aqui o Estado, tem o poder-dever de decidir ou lhe é proibido deixar sem liquidar (daí a expressão *non liquet*).

Há a obrigação de decidir, mas ao mesmo tempo não significa decidir de "qualquer jeito", a decisão tem que ser referenciada em texto normativo.

Daí se falar em constrangimentos das atividades dogmática, quais sejam: editar ou elaborar texto normativo, interpretar, decidir, fundamentar e argumentar, tudo com base em texto normativo.

Assim, um casal que judicialmente disputa a guarda dos filhos, não ouvirá do juiz a solução de que ambos tirem par ou ímpar para decidir quem terá a guarda, a decisão tem que ser fundamentada em normas, que não podem ser negadas. Achem-se as normas boas ou ruins, justas ou injustas, estas concepções valorativas não são razões de seu afastamento ainda que indiretamente saibamos que interferem na tomada de decisão, mas as razões da decisão, isto é, a justificação tem que ser juridicamente referenciada.

DICOTOMIAS ESTRUTURANTES DO DIREITO DOGMÁTICO: FUNDAMENTOS DAS DICOTOMIAS

As dicotomias são pares conceituais, logo, maneiras de explicar um termo ou idéia a partir de uma oposição conceitual.

No direito há várias questões que são trabalhadas a partir de pares conceituais. A expressão dicotomia significa ter dois lados em geral contrários de perspectivas para um tema.

Na primeira unidade estudamos uma dicotomia teórica acerca das perspectivas de se estudar o direito, que foi a matéria sobre enfoques zetético e dogmático.

Há outras dicotomias como ser e dever-ser, público e privado etc.

A dicotomia que passamos a tratar no ponto seguinte sobre direito natural e positivo cujo fundamento é a exposição de duas perspectivas que historicamente tentaram explicar o fundamento ou origem do direito, como se tentassem responder a pergunta: qual o fundamento do direito?

A dicotomia público e privado tenta responder a questão de qual o interesse prepondera numa relação jurídica? Se prepondera o interesse coletivo fala-se de direito público, se os interesses privatísticos é ramo do direito privado.

Direito objetivo e subjetivo são duas maneiras de ver o direito. Tomar o direito como um conjunto de normas é pensar no direito objetivo, ou seja, o conjunto de normas que compõem o ordenamento jurídico. Ao passo que o direito subjetivo seria a faculdade dos indivíduos reclamarem e invocarem aqueles direitos consagrados pelo direito objetivo.

Uma observação fundamental é que tais dicotomias não podem ser pensadas como um lado sendo o certo e outro o errado, pois são perspectivas complementares, basta pensar que só há que se falar em direito subjetivo porque há direito objetivo, e este por sua vez só existe para os sujeitos.

DIREITO POSITIVO E DIREITO NATURAL

A dicotomia a partir da tragédia *Antígona* de Sófocles

Eis o ponto de partida de nossa lição sobre a dicotomia direito positivo e direito natural, é a tragédia *Antígona* de Sófocles:

Antígona diz: Não foi, com certeza, Zeus que as proclamou, nem a justiça com trono entre os deuses dos mortos as estabeleceu para os homens. Nem eu supunha que tuas ordens tivessem o poder de superar as leis não-escritas, perenes, dos deuses, visto que és mortal. Pois elas não são de ontem nem de hoje, mas são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram [...].⁴

Com esta fala, Antígona enfrenta o rei Creonte e aqui esta tragédia inaugura uma discussão sobre o fundamento do direito, ao que denominamos como uma de suas dicotomias estruturantes. Enquanto o jusnaturalismo fundamenta o direito na natureza ou em Deus, enfim, em pilares incondicionados, o juspositivismo se funda na lei posta, por isso positiva.

A questão das dicotomias prende-se ao fato de o direito - ao se pretender como ciência e na tentativa de se justificar parte de alguma ideologia - procura organizar seu saber através de classificações e estruturação de conceitos e estes por meio de pares conceituais que os dogmáticos chamam de dicotomias.

O mito de Antígona está conectado à história da casa dos descendentes de Lábdaco, rei de Tebas. Na versão da





tragédia, a jovem é filha de Édipo e Jocasta, irmã de Ismene, Polinices e Etéocles⁵.

A tragédia de Antígona remonta à tragédia de Édipo-Rei. A primeira desgraça, como característica do estilo trágico, liga-se ao seu próprio nascimento, pois ela é fruto de incesto (apesar do não conhecimento da relação incestuosa, por desconhecerem todos a relação sanguínea que os unia) de Édipo com a própria mãe. Em seguida se incumbe de guiar o pai, cego e banido de Tebas, por toda a vida, em sua peregrinação, amparando-o até a morte. A terceira infelicidade prende-se às conseqüências do combate entre os dois irmãos – Etéocles e Polinices – pelo poder, em Tebas. No contexto deste último episódio é que se desenvolve a problemática que ora examinamos.

Expulso Édipo de Tebas, seus dois filhos combinaram exercer o poder de forma alternada, por um ano, a começar por Etéocles. Este, porém, findo o tempo, recusou-se a entregar o trono a Polinices que, apoiado pelo reino de Argos, avança contra Tebas. Ocorre então o famoso episódio, tão explorado pela tragédia grega, referido como *Sete contra Tebas*.⁶

Com as mortes dos filhos de Édipo, o trono é passado para Creonte, irmão de Jocasta. O novo rei promulgou então um decreto pelo qual proibia que se prestassem honras fúnebres a quem atentou contra o Estado, pois assim considerava inimigo de Tebas.

Todavia, Antígona considera dever sagrado, imposto pelos deuses e leis não-escritas, dar sepultura ao morto, no caso seu irmão Polinices. Com base nisto descumpre o ditame real, e dá sepulto ao corpo do irmão para satisfazer a obrigação religiosa.

Em Antígona, o coro entoava um hino à grandeza do homem, criador das artes, domador das forças da natureza e que chega à concepção da força do direito entendendo-o como o maior de todos os bens. Podemos perceber, no ritmo do coro, o orgulho protetivo que domina este momento. Mas, com peculiar ironia trágica, no momento em que o coro celebra o direito e o Estado, proclamando o castigo a todo aquele que desrespeita a lei, Antígona – a que quis ser livre – é agrilhoadada.⁷

Pelo feito foi condenada à morte e a ser enterrada viva no túmulo de sua família. Enforca-se na prisão e o noivo Hémon, filho do rei Creonte, mata-se sobre seu cadáver. Eurídice, esposa de Creonte, diante da perda do filho, desesperada, suicida-se.⁸

Tal dicotomia é, pois entre o direito natural e o direito positivo.

Interessante notar que a expressão *lei natural* não aparece no texto, pois, muito embora já houvesse em Atenas, no século V a.C., uma polêmica alimentada pelos sofistas opondo lei (*nomos*) e natureza (*physis*), a expressão *lei*

natural só vai aparecer no século IV a.C.⁹

Para expressar o direito natural, o texto traz expressões como leis não escritas, dos deuses, perenes, do reino dos mortos. Para aludir ao direito positivo são usadas: leis do soberano, leis, decreto, edito.

Discutindo a evolução do conceito de *nomos* entre os gregos, inicialmente tinha caráter religioso - fosse ou não escrito. Designava ritos, regras morais, ordem do mundo imposta pelos deuses. Considerando as leis da pólis, portanto as leis positivas, relativamente às leis não escritas. Alguns autores dão a essas leis naturais, ao tempo de Sófocles, conteúdo mais moral do que religioso. Tal amplitude favoreceu a uma certa identificação das mesmas com *as leis comuns dos gregos que eram algumas* práticas reconhecidas pelos gregos como deveres que ultrapassavam as fronteiras da polis, ex. poupar prisioneiros e suplicantes, ser fiel ao juramento, respeitar hóspedes e, também, *enterrar os mortos*. Práticas estas que em geral tinham origem religiosa.¹⁰

A postura de Creonte se faz inflexível, pois se Polinices era um traidor aos olhos de Tebas, por que não deixar que fosse sepultado fora dos muros da cidade? Assim, o rei alcançaria seus objetivos e Tebas seria poupada da ira dos deuses. O fato está nele, Creonte, que cuida para que o rito não seja cumprido, e, uma vez cumprido, cuida para que seja ineficaz e ordena que seja desfeito. Antígona age em sentido contrário: ela cumpre o rito.¹¹

Antígona, ao responder a Creonte pelos seus atos, fundamenta-se e apela para as leis eternas e inquebrantáveis dos deuses, acima dos homens.

Esta concepção de fundamento do direito na vontade divina há muito que deixou de ser paradigma dominante. Assim, pensar a figura de Creonte é percebê-lo muito mais próximo da atualidade do que Antígona.

A questão está em ver que as duas formas padecem da mesma incompletude no sentido que são perspectivas de se conceber o direito, ou melhor, perspectivas diversas de fundamentação do direito – o jusnaturalismo trazendo a transcendência e imutabilidade como características identificadoras do direito, e o juspositivismo partindo da norma posta, por isso positiva.

Entre as principais versões históricas para explicar a origem do poder ou o fundamento de validade do direito, temos que todo poder emana de Deus, o chamado jusnaturalismo teológico, depois com o início da modernidade Hugo Grotius, jusnaturalista racionalista ou antropológico, vem dizer que o direito natural existiria mesmo que Deus não existisse, máxima que marca esta transição paradigmática (do teocentrismo para o antropocentrismo). Algumas outras





respostas famosas são que todo direito é fruto da razão humana – permanecendo com outra roupagem as mesmas características de transcendência e imutabilidade – e que tem sua gênese numa convenção originária, como vão trabalhar os contratualistas.¹²

Samuel Pufendorf (1632-1694) foi um dos primeiros teóricos do direito a tratar a distinção entre direito e moral, com o primeiro tratando da conduta exteriorizada e a segunda daquilo que pertinente ao espírito – mesmo situando-se ainda num âmbito jusnaturalista – já intuía o papel diferenciado do poder do Estado. Para ele, No Estado todos têm submetida sua vontade à vontade dos governantes.¹³

Com a inclusão nas cartas constitucionais de princípios como dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, de certa forma o direito positivo “positivou” o direito natural, por isso se falar hoje em direito natural *versus* direito positivo como uma dicotomia enfraquecida.¹⁴

Na atualidade é, em hipótese, mais fácil criticar os fundamentos jusnaturalistas para se pensar o direito. Contudo, tal crítica se assemelha à passagem que diz que é mais fácil ver um cisco no olho do outro¹⁵, isto porque a crítica não consegue se “olhar no espelho”, nem poderia, já que a intenção é de enfraquecer o jusnaturalismo para fortalecer o juspositivismo.

A questão não é aqui de defender o direito natural, porque é uma perspectiva ideológica como inversão de consciência na concepção do direito, mas igualmente ideológica é a do direito positivo ao legitimar suas fontes em abstrações e camuflar reais interesses; daí se apresenta a lei como neutra, válida para todos, mas se esconde que esta lei guarda os interesses de determinados grupos de interesse em posição de vantagem, que a lei é feita para preservar tais idéias hegemônicas, assim sendo e tendo de ser estas mesmas as idéias dominantes.

DO JUSNATURALISMO

A discussão acerca de um direito natural aparece com relativa clareza inicialmente entre os pré-socráticos, na *Antígona* de Sófocles. Antígona se opõe a Creonte, podemos dizer mais incisivamente, não pelo fato de ele querer fazê-la obedecer a lei, mas contra a argumentação na qual ele se embasa.

SAIBA MAIS:

PARA SAER MAIS SOBRE TEMA PESQUISAR A OBRA “ANTÍGONA E O DIREITO”, DE MARCELO ALVES, NA BIBLIOTECA AMBRA/ JURUÁ - BVU

Aí se revela o confronto entre o justo por natureza e o justo por convenção, ou por outras palavras entre o direito natural e o direito positivo.

Passada esta digressão histórica, podemos adentrar exatamente na doutrina jusnaturalista. Esta teve seu primeiro ponto de referência na época em que era predominante o exercício do poder temporal da igreja. É o chamado *jusnaturalismo teológico*, em que o direito superior que seria a base dos ordenamentos positivos seria a vontade divina (o legislador por excelência), que seria imutável para todos os tempos e lugares. Temos neste período a figura de um órgão oficial que interpretaria dos desígnios divinos, qual seja a igreja católica, dado que o homem, por si só, não poderia ser capaz de perceber a "ordem natural"; neste escorço, tal interpretação ficava sempre sob os mandamentos da Igreja Católica. Essa doutrina foi difundida pelos ensinamentos de Santo Agostinho e de São Tomás de Aquino entre os séculos IV e XIII.

Com a reforma protestante, mesmo não negando a divindade – em que se sustentava o jusnaturalismo teológico – acreditava-se que cada pessoa, sendo pura de coração e dotada de razão, perceberia ou estaria apta a perceber os desígnios de Deus. Isto fica evidente com mudanças proporcionadas pela reforma como a tradução da Bíblia do latim para as línguas nacionais, iniciada por Lutero.

A partir deste momento histórico o poder de Deus começa a ser questionado, com a convicção de que ele não seria tão poderoso quanto se pensava anteriormente. É o começo do *jusnaturalismo antropológico*, cujo um dos maiores pensadores foi Hugo Grotius; ele é um dos que salienta que o poder de Deus, apesar de supremo, não seria ilimitado, pois, segundo ele, nem Deus poderia modificar o direito natural; apesar de seu imenso poder, mesmo assim não teria o de transformar o justo em injusto.¹⁶

Esta mudança de paradigma de racionalidade dentro da idéia de um direito natural se sente a partir dessa limitação ao poder da divindade, muito embora não se negue a sua força de mecanismo legitimador da esfera pública. A idéia ao redor do direito natural já foi inicialmente pensada na Antiguidade e difundida no Medievo, mas foi no limiar da Idade Moderna, a partir de Hugo Grotius, que sucedeu uma marcante evolução na idéia.¹⁷ Como fundamento da obra de Grotius, há o recurso à razão¹⁸, segundo este, a matriz do direito natural, que é próprio do homem – único ser racional – é a própria natureza humana, que conduziria os homens às relações sociais mesmo que eles não tivessem necessidades uns dos outros.¹⁹

Vale mencionar que esta corrente de pensamento, à medida que se difundia, fazia surgir suas diferentes vertentes²⁰, entretanto como ponto básico pode-se apontar a visão da existência de uma ordem jurídica imanente à própria natureza humana, i.e., aí estaria a fonte do direito natural, portanto, antropológico.





Concluindo, a idéia do direito natural como uma ordenação 'natural' corresponde ao que suas normas são tão evidentes como as regras da lógica uma vez que procedem imediatamente da natureza – Deus ou da razão –, e que para serem realizadas não se necessita de uma coação. Este é o ponto em que se distingue essencialmente o direito natural do direito positivo. Este último é por sua essência um ordenamento coativo e tem que o ser porque suas normas procedem do arbítrio de uma autoridade humana²¹⁻²², tendo sido elaborada de uma certa maneira.

Por fim, as maiores críticas que recaem sobre o jusnaturalismo são a falta de clareza, a vagueza, a subjetividade e o conservadorismo de suas premissas, não concebendo o direito como um conjunto de normas mutáveis de acordo com a evolução das instituições sociais. Sua atemporalidade e estabilidade surge como contensor de mudanças e acabam por estagnar as relações sociais. Por sua vez, ainda insurge uma crítica ainda mais séria relacionada ao *universalismo* que se presume do direito natural, pelo qual haveria um substrato mínimo comum a todas as sociedades independentemente da aceitação social dessas normas. Em se considerando a evolução científica da autonomia conceitual da norma jurídica como *imperativo-autorizante*, as bases do jusnaturalismo perdem força conquanto a falta de positivação pela autoridade competente dessas situações consideradas *universais* afasta da coatividade Estatal a sua violação. Logo, o fator *aceitação social* mostrar-se-ia necessário em qualquer situação.

DO JUSPOSITIVISMO

O conceito de direito positivo não pertence somente ao juspositivismo, visto que também era admitido pelas correntes do direito natural que foram as primeiras a afirmá-lo.

O século XIX representou ao mesmo tempo a destruição e o triunfo do pensamento sistemático legado pelos jusnaturalistas.²³⁻²⁴ Com as codificações reflete-se a tendência dos direitos tornarem-se cada vez mais direito escrito o que contribuiu para importantes transformações na concepção de direito e de seu conhecimento. A fixação representa ao mesmo tempo uma consciência dos limites e uma maior segurança e precisão de seu entendimento. Com o aparecimento do Estado absolutista, a percepção da necessidade de regras cresce *pari passu* em face da concentração do poder de legislar.²⁵

É neste contexto de mudanças que se fortalece uma nova concepção de direito como sistema de normas postas.

Com vistas a entender melhor o juspositivismo ao longo dos séculos, classificamos algumas teorias positivistas como centradas ou não na legislação:

1) Teorias Positivistas centradas na Legislação

a) Thomas Hobbes (1588-1679)

Thomas Hobbes defende a necessidade de limites para a convivência social impostos pelos próprios homens para protegê-los de sua natureza destrutiva. Segundo este filósofo, os homens não seriam naturalmente bons (mito do *bom selvagem*); os homens são naturalmente competitivos e estão sempre em busca de seus interesses pessoais (*homo est homini lupus*). Daí não ser possível um direito que decorra diretamente da natureza: da natureza decorre o desejo ilimitado e a idéia de que o homem tem direito a tudo.

Desta forma, Hobbes atesta a superioridade do direito positivo uma vez que este é o único capaz de realizar contensão social e estabelecer um modo ordenado de convivência.

A partir de sua concepção do *Contrato Social*, parte-se do princípio de que há um poder absoluto de autodeterminação do homem, sendo a lei a melhor forma de expressar as normas jurídicas.

b) Rousseau (1712-1778)

Rousseau foi também uma dos filósofos que encabeçaram o movimento das teorias positivistas centradas na legislação, sendo considerado o autor mais democrático dentro da visão positivista. Segundo Rousseau, o direito é o que o povo quer, devendo este modelá-lo de acordo com sua livre vontade (exaltação da autodeterminação humana). A lei é vista como meio para se evitar a injustiça e a guerra, sendo a verdadeira expressão das decisões e interesses da coletividade (*volonté générale*).

c) Kelsen (1881 – 1973)

Sendo Kelsen um dos filósofos do direito que mais se empenhou na busca de uma teoria do direito que fosse totalmente purificada de elementos exteriores a fim de elevá-la à categoria de ciência, o exame do ordenamento jurídico pautou seus estudos profundamente. Como consequência, conferiu rigorosa análise metodológica da essência da norma jurídica, devendo ela ser estudada independentemente de seu substrato social (dissociação entre valor e realidade) em sede de *proposição jurídica*.

Em relação ao positivismo jurídico, os estudos de Kelsen sobre a hierarquia de normas (*pirâmide de Kelsen*) colocando a Constituição Federal no ápice da cadeia normativa e conferindo metodologia para a interpretação do ordenamento jurídico foram suas principais contribuições.





2) Teorias positivistas centradas na aplicação do direito

34

Em oposição ao extremado formalismo conferido pelas teorias positivistas centradas na legislação, surgiram aquelas centradas na aplicação do direito, segundo as quais são decisivos os processos de interpretação do direito por meio dos tribunais e da administração pública para a compreensão do conteúdo do direito. Logo, o direito não deflui simplesmente do dispositivo legal, mas também de fatores externos ao texto ali disposto como a influência política e econômica ou a própria composição, estruturação e passado dos juízes que compõem as cortes de justiça.

Três são as principais vertentes dessas teorias: a) **a jurisprudência de interesses** (Escola de Turbingen) – contando com a expressiva contribuição de Phillipp Heck, esta vertente pugnou pelo corte sociológico que está atrelado às condições de aplicação do direito, embora as decisões finais sejam dadas com base no conteúdo legal. Segundo Heck, há um amplo espaço para a atuação do juiz, o qual dará solução conforme a finalidade e o espírito da lei por meio de critérios de ponderação, devendo, no entanto, evitar decisões subjetivas; b) o **Realismo Jurídico** – movimento que ganhou considerável expressão nas primeiras décadas do século XX principalmente entre juristas norte-americanos (Holmes, Roscoe Pound, Karl Llewellyn, Alf Ross, dentre outros), considerando o direito como fato social e não como um conjunto de normas abstratas. O movimento integra o positivismo jurídico uma vez que entende que o direito é estabelecido pela vontade política, mas aceita a influência de condicionantes sociais e até mesmo pessoais dos julgadores que compõem as instituições decisórias na conformação/ interpretação do Direito. Essa dualidade entre norma abstrata e mundo real é percebida na dualidade do direito dos livros (*law in the books*) e do direito em ação (*law in action*), interessando-se exclusivamente por este e considerando inútil (ou impossível) dar uma interpretação objetiva à norma abstrata; c) **Escolas positivistas de caráter sociológico** - As escolas positivistas de caráter sociológico foram marcadas principalmente pelas seguintes vertentes/ pensadores: a) Montesquieu; b) Escola Histórica do Direito; c) Escola Marxista; d) Émile Durkeim. O fio condutor dessa escola é a análise sociológica da ciência jurídica, estimulada por questionamentos acerca das razões sociais de algumas leis serem aplicadas e outras não; das consequências de determinada política legislativa ou de outra; e das conexões e características sociais que dão ensejo a um comportamento diante do ordenamento jurídico posto. São, pois, os precursores da sociologia jurídica, ramo que ganhou força principalmente na segunda metade do século XX.

Montesquieu, conhecido por ter influenciado a elaboração das constituições da França e dos EUA por meio da teoria da separação dos poderes, se vincula a esta escola positivista ao

analisar a diferença de fatores sociais e políticos que fazem com que os países tenham diferentes legislações. Suas conclusões, apesar de singelas muito avançadas para a época (séc. XVIII), são que as leis seguem os costumes e tradições de cada povo, razão pela qual alterá-los por meio de leis seria um ato de tirania cuja probabilidade de êxito seria diminuta.

Por sua vez, a Escola Histórica do Direito inaugurada por Gustav Hugo e Savigny (Séc. XIX), em flagrante oposição ao movimento do jusnaturalismo racional, apregoava que codificações baseadas em modelos racionais seriam *artificiais*. Isto porque a evolução histórica é determinada pela presença do "espírito do povo" ou a "opinião da nação", os quais não podem ser deduzidas racionalmente da natureza humana, somente da observação da formação da sociedade e sua evolução. O Direito seria, desta forma, um *produto histórico*. Inclusive, para Gustav Hugo, a verdadeira fonte do direito estava nas tradições do povo, não do poder legiferante.

A Escola Marxista, iniciada pelos alemães Karl Marx e Friedrich Engels, parte do princípio de que o Direito pressupõe o Estado (sociedade politicamente organizada, com órgãos que criam e impõem regras) que confirma e fortalece as relações sociais aplicando regras a situações preexistentes. No entanto, esse direito é expressão dos interesses gerais das classes dominantes, o que perpetua a realidade social existente de uma sociedade dividida em classes. O Direito, pois, se torna instrumento ideológico e político de dominação capitalista (da burguesia) sobre a sociedade, embora possa, em poucas vezes, ser utilizado pelos dominados como uma arma contra a classe dominante.

Por fim, para Émile Durkeim, considerado o primeiro professor de sociologia (com a criação da cadeira em 1913 em Paris), a primeira regra e a mais fundamental é considerar os fatos sociais como coisas, prescrevendo um estudo analítico da sociedade. Partindo dessa metodologia analítica, Durkeim apregoa que as normas não são simples palavras ou ordens, mas existem objetivamente na sociedade e o sociólogo deve estudá-las como fatos, ou seja, como *coisas*. Além disso, Durkeim considera que a solidariedade, ou seja, uma estrutura de relações e de vínculos recíprocos está presente em toda sociedade, sendo que cada qual possui uma consciência coletiva. Neste cenário, o Direito é o símbolo visível da solidariedade social (tanto mecânica como orgânica).

Em atenção ao desenvolvimento dessas teorias positivistas tendentes à análise da realidade e da sociedade como um fenômeno interligado, hoje se proliferam escolas que tentam desmistificar o direito, fazendo uma leitura mais realista das instituições jurídicas.

Em resumo, o termo deriva da locução direito positivo em oposição àquela de direito natural. Daí resulta claro que o positivismo jurídico surge como reação ao jusnaturalismo, repelindo tudo aquilo que extravasasse os limites do que não





fosse posto, logo, positivado pelo Estado, surgindo como consequência da formação do Estado moderno.

DIREITO OBJETIVO E DIREITO SUBJETIVO

IMPORTANTE:

O direito objetivo é o conjunto de normas que compõem o ordenamento jurídico de um Estado estando, portanto, *fora* do sujeito de direitos. Essas normas vêm através de sua fonte formal: a lei. O direito objetivo constitui uma entidade objetiva frente aos sujeitos de direitos, que se regem segundo ele.

Alguns autores advogam que resta insuficiente conceituar o direito objetivo como *norma de conduta* (como dizia os romanos, *norma agendi*), preferindo caracterizá-la como *norma de organização dos poderes públicos*.

Uma visão intermediária do direito objetivo lhe atribui dois objetos: um *interno* e outro *externo*. O *objeto interno* consiste em que o direito objetivo disciplina a organização social, isto é, os órgãos e os poderes que exercem a autoridade pública, as relações entre as várias autoridades, enfim, a formação e a ação da máquina do Estado. Já o *objeto externo* se caracteriza pelo fato de que o direito objetivo regula a conduta externa dos homens nas suas relações recíprocas.

IMPORTANTE:

Quanto ao direito subjetivo, seria para os romanos *facultas agendi*, faculdade de agir, logo a possibilidade dos sujeitos reclamarem e invocarem o direito objetivo.

Algumas teorias explicam a natureza do direito subjetivo, citamos 3 principais:

1) **Teoria da Vontade** – Para Bernhard Windscheid (1817–1892), jurisconsulto alemão, o direito subjetivo “é o poder ou senhorio da vontade reconhecido pela ordem jurídica”. A principal crítica a esta teoria reclamava que a existência do direito subjetivo nem sempre depende da vontade de seu titular, pois os incapazes, tanto os menores como os privados de razão e os ausentes, apesar de não possuírem vontade no sentido psicológico, têm direito subjetivo e os exercem através de seus representantes legais.

Windscheid respondeu as críticas explicando que a vontade seria a da lei. Del Vecchio tenta salvar a teoria da vontade corrigindo a falha de Windscheid de situar a vontade na pessoa do titular *in concreto*, enquanto que deveria considerar a vontade como simples potencialidade; elabora, assim, uma variante da teoria pois também inclui o elemento vontade em sua definição: “a faculdade de querer e de pretender, atribuída a um sujeito, à qual corresponde uma obrigação por parte dos outros.”

2) **Teoria do Interesse** – Rudolf von Ihering (1818–1892), jurista alemão, concentrou a idéia do direito subjetivo no elemento interesse, afirmando que direito subjetivo seria o interesse juridicamente tutelado. As críticas feitas à teoria da vontade são praticamente transportadas para esta colocando o interesse no lugar da vontade, pois se alegava que os incapazes, não possuindo compreensão das coisas, não podem chegar a ter interesse e nem por isso ficam impedidos de gozar de certos direitos subjetivos. Considerado o elemento interesse sob o aspecto psicológico, é inegável que essa teoria já estaria implícita na da *vontade*, pois não é possível haver vontade sem interesse.

3) **Teoria do garantismo** - o direito subjetivo nada mais é senão garantias oferecidas pela ordem jurídica, isto é, pelo direito objetivo. Esta teoria foi corroborada por August Thon e note que, quanto ao conteúdo ela em nada difere da teoria da inexistência de direitos subjetivos ao dizer que direitos subjetivos não existem, ou seja, que só há o direito objetivo e que direitos subjetivos são apenas garantias dadas pelo direito objetivo.

DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO: RAMOS DO DIREITO PÚBLICO E DO DIREITO PRIVADO

A ordem jurídica é una, inexistindo, assim, diferentes direitos. O que acontece, porém, é que desde os romanos, o direito é dividido em público e privado. Em Roma, Ulpiano diferenciada *ius publicum* e *ius privatum*. O primeiro dizia respeito aos assuntos de interesse público da sociedade romana e o segundo, ao interesse dos particulares.

Esta divisão talvez seja uma das mais comuns do direito. A divisão se justifica por existirem diferentes níveis de relação jurídica entre os cidadãos entre si e entre esses e o Estado, a Administração Pública.

As relações nas quais estaria presente o Poder Público, ou mesmo o interesse público, seriam pautadas pelo direito público. Ainda caracterizam o direito público a falta de equilíbrio entre as partes, uma vez que as pessoas devem submeter-se à vontade do Estado; pelo caráter imperativo das normas; e, por fim, pela natureza política que os assuntos envolvem.

Já as relações jurídicas entre os cidadãos particulares ocorreriam dentro da esfera do direito privado. Diversamente das características do direito público, no direito privado observa-se uma relação de equilíbrio entre as partes e não politicidade dos assuntos.

Ressalte-se que principalmente na atualidade em que tais esferas se confundem esta divisão se mantém especialmente pelo seu caráter didático, pois verificamos que muitas vezes os interesses públicos se mesclam com interesses privados.





Observam-se, inclusive, na legislação demonstrações dessa inter-relação, como, por exemplo, a Lei das Parceiras Público-Privadas, conhecida como “Lei das PPP”.

O fato de haver dificuldades em enquadrar as situações jurídicas totalmente no direito público ou exclusivamente no direito privado não deve ser um obstáculo para que ainda se utilize essa dicotomia.

Há três principais teorias que versam sobre a dicotomia público e privado:

- 1 - **Teoria do sujeito jurídico** - Procura classificar as normas jurídicas em públicas e privadas conforme tenham o Estado ou particulares como destinatários.
- 2 - **Teoria do interesse** - Se preponderam os interesses da sociedade, supostamente neutros, caracteriza-se o ramo do direito público. Por sua vez, quando se tratam de interesses dos particulares, por natureza, egoísticos e em oposição ao público, temos o direito privado. Note-se que aqui não é a mesma teoria do interesse que se discutiu em relação aos direitos subjetivos.

3 - **Teoria da relação** - Direito público caracteriza-se por uma relação de *jus imperii*, típica do poder público, em que há preponderância, soberania do Estado em relação aos particulares, que são subordinados àquele. Suas regras são cogentes, pois pressupõem o poder da ordem pública. No direito público predominam os princípios da discricionariedade e da estrita legalidade, no direito privado o princípio da autonomia da vontade. Caracteriza-se o campo do direito privado por relações de paridade ou coordenação.

As principais disciplinas (aqui também denominados ramos do direito) vinculadas ao direito público são: Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Financeiro, Direito Penal, Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado, Direito Processual, Direito Previdenciário. Já no direito privado, as disciplinas que se enquadram nessa classificação são: Direito Civil, Direito do Trabalho, Direito Empresarial e Direito do Consumidor.

Ramos do Direito Público:

O Direito Constitucional se dedica ao estudo dos princípios básicos de organização político-estatal, suas limitações e competências, bem como estabelece os princípios básicos que nortearão a relação do Estado com outros Estados. Tem como fonte de estudo principal a Constituição Federal. Trata-se de disciplina de extrema importância no nosso ordenamento, pois é pressuposto dos demais ramos do direito. Em outras palavras, os demais ramos do direito não podem contrariar os preceitos da ordem constitucional

estabelecida no Estado.

O Direito Administrativo, basicamente, diz como deve atuar a administração pública, estabelecendo regras para tanto. Entre as atividades que são reguladas pelo Direito Administrativo estão a administração dos bens públicos, a execução dos serviços públicos e o exercício do poder de polícia.

O Direito Tributário estabelece o regime jurídico dos tributos que serão aplicados pelo Estado. Em outras palavras, estabelecerá regras de instituição, arrecadação e fiscalização dos tributos devidos pela sociedade (cidadãos) ao Estado.

O Direito Penal determina as condutas que são consideradas crimes, estabelecendo as respectivas penas. Preocupa-se com reprimir as condutas inaceitáveis na vida em sociedade.

O Direito Internacional Público estuda os direitos e obrigações dos diversos Estados em suas relações, as organizações internacionais.

O Direito Internacional Privado estuda e determina a norma de que Estado deve ser aplicada em casos que envolvam mais de uma jurisdição.

O Direito Processual determina como deverão transcorrer os processos judiciais, estabelecendo suas regras. O Direito processual sub-divide-se em vários ramos. Além de regular o processo judicial, preocupa-se também com regular a organização judiciária, estabelecendo competência, por exemplo.

O Direito Previdenciário diz respeito ao estudo das normas relativas às contribuições e benefícios para o seguro social.

Ramos do Direito privado,

O Direito Civil regulamenta, em termos muito sucintos, os sujeitos de direito e suas relações, mais especificamente em relação aos aspectos familiares e patrimoniais. Dentre os aspectos familiares temos as regras de direito de família e sucessões, e, quanto ao aspecto patrimonial, temos as regras do direito das obrigações e direito das coisas. Basicamente está centrado o direito civil no estudo do Código Civil.

Direito do Trabalho regula as relações trabalhistas, as relações entre empregado e empregador.

O Direito Empresarial regula as relações jurídicas no âmbito das atividades empresariais. Com a promulgação do Código Civil de 2003, muitas regras do direito empresarial passaram a constar deste diploma, onde antes não se viam regras com esta finalidade de disciplinar a atividade econômica.

O Direito do Consumidor tem por escopo o estudo das normas





que se ocupam de regular as relações de consumo. Atualmente previstas na Lei. n. 8.078/90.