

1

SABERES DO DIREITO

Introdução ao Estudo do Direito

ALEXANDRE SANCHES CUNHA

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI
LUIZ FLÁVIO GOMES



Editora
Saraiva

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: xlivros.com ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.



1
SABERES DO DIREITO

*Introdução ao
Estudo do Direito*

ALEXANDRE SANCHES CUNHA

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI

LUIZ FLÁVIO GOMES

 **Editora
Saraiva**



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª,
das 8:30 às 19:30

E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-
0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 –
Bauru

CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85)
3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 /
3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax:
(62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo
Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo
Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91)
3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 –
Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 –
Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21)
2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 –
Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-17424-5

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Cunha, Alexandre Sanches
Introdução ao estudo do direito / Alexandre Sanches
Cunha. – São Paulo : Saraiva, 2012. – (Coleção saberes
do direito ; 1)
1. Introdução ao estudo do direito. – Brasil I. Título.
II. Série

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Introdução ao estudo do direito 340.1

Diretor editorial Luiz Roberto Curia

Diretor de produção editorial Lígia Alves

Editor Roberto Navarro

Assistente editorial Thiago Fraga

Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais, arte, diagramação e revisão Know -how Editorial

Serviços editoriais Kelli Priscila Pinto / Vinicius Asevedo Vieira

Capa Aero Comunicação

Produção gráfica Marli Rampim

Produção eletrônica Ro Comunicação

Data de fechamento da edição: 17-2-2012

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.



ALEXANDRE SANCHES CUNHA

Bacharel em Direito pela PUC-Campinas e em Filosofia pela UNICAMP. Especialista em Direito Penal pela PUC-Campinas e em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Mestre em Filosofia Antiga pela UNICAMP. Professor da Universidade Paulista – UNIP. Professor de Cursos Preparatórios para Carreiras Jurídicas. Advogado.

Conheça os autores deste livro:
<http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?ISBN=16237-2>

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI

Doutora em Direito Penal pela PUCSP. Mestre em Direito pela UFSC. Presidente do Instituto Panamericano de Política Criminal – IPAN. Diretora do Instituto LivroeNet.

LUIZ FLÁVIO GOMES

Jurista e cientista criminal. Fundador da Rede de Ensino LFG. Diretor-presidente do Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes. Diretor do Instituto LivroeNet. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

Conheça a LivroeNet: <http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012>

A minha família: *together we're invincible.*
A minha Lisboa: sempre nos meus sonhos.

Ao Professor Doutor Luiz Flávio Gomes,
À Professora Doutora Alice Bianchini
e ao meu irmão Rogério Sanches Cunha
pelo convite e oportunidade.

Ao Dr. Ivan Luís Marques e
ao Dr. Danilo Fernandes Christófaros pelas críticas,
sugestões e palavras de incentivo.

◆ Apresentação

O futuro chegou.

A Editora Saraiva e a LivroeNet, em parceria pioneira, somaram forças para lançar um projeto inovador: a **Coleção Saberes do Direito**, uma nova maneira de aprender ou revisar as principais disciplinas do curso. São mais de 60 volumes, elaborados pelos principais especialistas de cada área com base em metodologia diferenciada. Conteúdo consistente, produzido a partir da vivência da sala de aula e baseado na melhor doutrina. Texto 100% em dia com a realidade legislativa e jurisprudencial.

Diálogo entre o livro e o 1

A união da tradição Saraiva com o novo conceito de livro vivo, traço característico da LivroeNet, representa um marco divisório na história editorial do nosso país.

O conteúdo impresso que está em suas mãos foi muito bem elaborado e é completo em si. Porém, como organismo vivo, o Direito está em constante mudança. Novos julgados, súmulas, leis, tratados internacionais, revogações, interpretações, lacunas modificam seguidamente nossos conceitos e entendimentos (a título de informação, somente entre outubro de 1988 e novembro de 2011 foram editadas 4.353.665 normas jurídicas no Brasil – fonte: IBPT).

Você, leitor, tem à sua disposição duas diferentes plataformas de informação: uma **impressa**, de responsabilidade da Editora Saraiva (livro), e outra disponibilizada na **internet**, que ficará por conta da LivroeNet (o que chamamos de  1).

No  1 você poderá assistir a **vídeos** e participar de **atividades** como simulados e enquetes. **Fóruns de discussão e leituras complementares** sugeridas pelos autores dos livros, bem como comentários às novas leis e à jurisprudência dos tribunais

superiores, ajudarão a enriquecer o seu repertório, mantendo-o sintonizado com a dinâmica do nosso meio.

Você poderá ter acesso ao  ¹ do seu livro mediante **assinatura**. Todas as informações estão disponíveis em www.livroenet.com.br.

Agradecemos à Editora Saraiva, nas pessoas de Luiz Roberto Curia, Roberto Navarro e Lígia Alves, pela confiança depositada em nossa Coleção e pelo apoio decisivo durante as etapas de edição dos livros.

As mudanças mais importantes que atravessam a sociedade são representadas por realizações, não por ideais. O livro que você tem nas mãos retrata uma mudança de paradigma. Você, caro leitor, passa a ser integrante dessa revolução editorial, que constitui verdadeira inovação disruptiva.

Alice Bianchini | Luiz Flávio Gomes
Coordenadores da Coleção Saberes do Direito
Diretores da LivroeNet

Saiba mais sobre a LivroeNet
<http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012>

¹ O  deve ser adquirido separadamente. Para mais informações, acesse www.livroenet.com.br.

Sumário

Capítulo 1 O Direito como Fenômeno: esboço histórico

1. O direito como fenômeno: delimitação do problema

2. Esboço histórico

2.1 O direito na Grécia antiga

2.2 O direito em Roma

2.3 O estudo e o desenvolvimento do direito na Idade Média

2.4 O “Iluminismo” e o século XVIII

2.5 O direito no Brasil

2.6 A disciplina introdução ao estudo do direito

Capítulo 2 A Sociedade

1. Origens

2. A sociedade natural

3. Os contratualistas

Capítulo 3 O Estado

1. As funções do Estado

2. A teoria da separação de poderes

3. *Checks and balances*

4. Formas de legitimação do poder

5. A democracia direta

6. Forma e sistema de governo

7. Breve análise da ditadura

8. Estado e direito

Capítulo 4 A Constituição

1. O constitucionalismo

- [2. O conceito de Constituição](#)
- [3. A finalidade da Constituição](#)
- [4. Classificação da norma quanto à hierarquia](#)
- [5. Classificação das Constituições](#)
- [6. Aplicabilidade das normas constitucionais](#)
- [7. Poder constituinte](#)

Capítulo 5 Fontes do Direito

- [1. Conceito](#)
- [2. As fontes no direito brasileiro](#)
- [3. Breve evolução histórica](#)

Capítulo 6 A Lei

- [1. Noção de lei](#)
- [2. A lei na antiguidade](#)
- [3. Hierarquia das leis](#)
- [4. Fases do processo legislativo](#)
- [5. Entrada em vigor da lei](#)
- [6. Cessação da vigência da lei](#)
- [7. Técnica legislativa](#)

Capítulo 7 O Costume

- [1. Conceito e anotações preliminares](#)
- [2. Elementos do costume](#)
- [3. Espécies de costume](#)

Capítulo 8 A Jurisprudência

Capítulo 9 A Doutrina

Capítulo 10 **Direito, Ética e Moral**

1. A ética socrática (a filosofia como projeto ético)
2. A ética kantiana
3. Distinção entre ética e moral
4. Direito e moral
5. Diferenças entre direito e moral

Capítulo 11 **O Positivismo Jurídico**

1. Comte e o positivismo
2. Aspectos essenciais do pensamento de Kelsen
3. A visão piramidal do ordenamento jurídico
4. A norma fundamental
5. Críticas gerais ao positivismo
6. Considerações finais

Capítulo 12 **O Direito Natural: o jusnaturalismo**

1. O direito natural na Grécia antiga
2. O direito natural em Roma
3. A patrística
4. A escolástica
5. Jacques Maritain

Capítulo 13 **O Direito Alternativo**

Capítulo 14 **Miguel Reale e a Teoria Tridimensional do Direito**

Capítulo 15 **Direitos Fundamentais e Direitos Humanos**

1. Importância e conceito do tema
2. Escorço histórico
 - 2.1 A evolução através do tempo

- [2.1.1 Antiguidade clássica](#)
- [2.1.2 Cristianismo](#)
- [2.1.3 As Declarações de Direitos Inglesas](#)
- [2.1.4 Contratualismo](#)
- [2.1.5 Marquês de Beccaria](#)
- [2.1.6 As Declarações de Direitos Americanas](#)
- [2.1.7 As Declarações de Direitos Francesas](#)
- [2.1.8 A Declaração de Direitos Russa](#)
- [2.1.9 A Constituição Mexicana \(1917\)](#)
- [2.1.10 A Constituição Alemã \(1919\)](#)
- [2.1.11 A Carta de São Francisco \(ONU, 1945\)](#)
- [2.1.12 A Declaração Universal dos Direitos do Homem pela ONU](#)
- [2.1.13 Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial](#)
- [2.1.14 Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher](#)
- [2.1.15 O garantismo jurídico](#)

[3. As gerações dos direitos fundamentais](#)

[4. A proteção internacional dos direitos humanos](#)

[4.1 O Brasil e a Organização dos Estados Americanos](#)

[4.2 O Pacto de San José da Costa Rica](#)

[4.3 A Corte Interamericana de Direitos Humanos](#)

[4.4 O Tribunal Penal Internacional](#)

[5. Os tratados Internacionais e o ordenamento jurídico brasileiro](#)

[6. Os direitos fundamentais](#)

[6.1 Classificação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988](#)

[6.2 Direito à vida](#)

[6.2.1 Pena de morte](#)

[6.2.2 Tortura](#)

[6.2.3 Abortamento](#)

[6.2.4 Eutanásia](#)

[6.2.5 Comercialização do próprio corpo](#)

[6.3 Direito à liberdade](#)

[6.4 Direito à igualdade](#)

[6.5 Direito à justiça](#)

[6.6 Princípio da legalidade](#)

[6.7 Direito à propriedade](#)

[6.8 Direito à privacidade](#)

[6.9 Direitos coletivos](#)

[6.10 Direitos sociais](#)

[6.10.1 Associação profissional e sindical](#)

[6.10.2 Direito de greve](#)

[6.11 Direito de nacionalidade](#)

[6.12 Direitos políticos](#)

[7. Os remédios constitucionais](#)

[7.1 Direito de certidão ou petição](#)

[7.2 Habeas corpus](#)

[7.3 Habeas data](#)

[7.4 Mandado de segurança](#)

[7.5 Ação popular](#)

[7.6 Mandado de segurança coletivo](#)

[7.7 Mandado de injunção](#)

[8. Deveres fundamentais](#)

[Referências](#)

Capítulo 1

◆ O Direito como Fenômeno: esforço histórico

1. O direito como fenômeno: delimitação do problema

Primeiramente, faz-se necessário analisar, ainda que brevemente, a palavra “direito”. O significado recai, fundamentalmente, naquilo que é *reto* (*directum*), não contorcido. Há inclusive uma expressão latina, utilizada por Horácio, que distingue o “Justo” do “injusto”, ou seja: o reto do torto (*curvo dinoscere rectum*). E, já aqui, sabemos que são os operadores do Direito, os juristas e os tribunais, por meio de aplicações de princípios, das leis e demais fatores, que decidirão aquilo que efetivamente é reto ou não.

O termo latino correspondente, *ius*, traduz um conceito de *ajuste* (de um conflito, por exemplo); assim, jurídico provém do latim *iuridico*, que designava “aquele que aplica e ensina o direito”.

Deste modo, estudar Direito, no mundo atual, resume-se, basicamente, num estudo livresco. A Ciência do Direito não requer aparelhagem especial ou laboratórios, pois é um ramo bem definido das humanidades. Assim, chegamos a um primeiro conceito: a Ciência do Direito revela-se numa ciência *social*.

No mundo atual, o Direito, como ciência, torna-se cada vez mais amplo e traz no seu bojo uma quantidade enorme de temas que se revelam, aos estudiosos do Direito, cada vez mais provocativos. Se observarmos com atenção as ideias que embasam a Doutrina Jurídica, que, no fundo, são de pensadores como Platão, Aristóteles, São Tomás de Aquino etc., estas se revelam antigas e (ainda) pouco acessíveis. Há

muitas questões que ainda perturbam o espírito humano, que o Homem ainda esforça-se por superar.

Convém então, por uma questão de rigor metodológico, oferecer uma visão global daquilo que vem a ser a evolução do Direito (bem como da Política, uma vez que está intrinsecamente ligada a este). Analisá-lo, pois, enquanto fenômeno, objeto de estudo e sua aplicação prática até os nossos dias. Aliás, convém notar que o Direito está cada vez mais complexo e seu discurso parece, por vezes, pouco humano, ilegítimo e distante de seus destinatários (o povo).

Neste diapasão, este capítulo revela-se numa tentativa de oferecer aos Acadêmicos com interesse no desenvolvimento do Direito um breve guia dos principais “avanços” que obteve ao longo da História. Aliás, esta tem sido a tendência do ensino da Introdução ao Estudo do Direito, matéria obrigatória nos programas das Faculdades de Direito, ou seja: acompanhar eventuais progressos (e – por que não? – eventuais retrocessos do Direito), entendê-lo enquanto fenômeno, delimitar seu campo de estudo e de atuação.

Por questões de rigor epistemológico, convém aprofundar o conceito de que o Direito está inserido no mundo social (eis a razão por que analisamos sua evolução histórica, filosófica, econômica, sociológica e política). Isso quer dizer que o Direito está intrinsecamente ligado às relações humanas (ou seja: dos homens uns com os outros), à vida em sociedade.

O Direito então, inserido na sociedade, revela-se numa ciência social. É importante reter que não importa o tipo de sociedade (humana ou animal); ela exige sempre uma organização. Sem este requisito fundamental, ela se desfaz, rumam seus membros cada qual para um lado, em total dissintonia. É importante, no âmbito social, que todos rumem de fato para o mesmo sentido, que haja sintonia de diapasão, objetivos permanentes, dentro de um segmento social. Deste modo, uma sociedade na qual um vizinho explora o outro ou desrespeita seus limites diante do próximo não pode ser considerada uma sociedade boa.

Decorre deste princípio de *organização* o fato de que passa a ser essencial, também, a *coordenação* que traduz, inevitavelmente, a

subordinação de elementos uns aos outros. A hierarquia, segundo alguns pensadores, seria um dado da própria natureza (tal como o instinto de propriedade ou de altruísmo ou solidariedade). Embora nem sempre tenha existido um Estado organizado – tal como o conhecemos –, sempre houve (mesmo que diante da força) uns que mandaram e outros que obedeceram (obviamente que o problema da legitimidade dos primeiros, ou seja: dos que mandam, é tema, por si só, muito extenso...).

Deduz-se então que não há a possibilidade de existir uma sociedade sem um governo e, igualmente, um governo que não esteja a serviço de determinada sociedade. Para que todos esses elementos estejam em harmonia e produzam resultado, há a necessidade de um conjunto de regras e de leis. Eis o Direito.

Convém lembrar dois aforismos ou brocardos jurídicos de grande precisão e significado: “onde está a sociedade, aí está o Direito” (*ubi societas, ibi jus*), e aplica-se igualmente o inverso, uma vez que “onde está o Direito, aí está a sociedade” (*ubi jus, ibi societas*).

A propósito, se observarmos na Grécia Antiga, Aristóteles já defendia a tese de que o homem é um “animal político” (usa inclusive esses termos: *zoon politikon* – “zoon” refere-se literalmente a “animal”, e não a “ser”, como, erroneamente, costuma ser traduzido – para defini-lo).

Notamos o peso deste raciocínio quando, em sua obra *A Política*, sublinha que “O homem que é incapaz de ser membro de uma comunidade, ou que não sente absolutamente essa necessidade porque basta a si mesmo, em nada faz parte de uma cidade e conseqüentemente é um bruto ou um deus”. Isto reforça a ideia de que o homem é um animal social que convive (*com-vive, vive em conjunto*) com seus semelhantes, estabelecendo, logicamente, relações sociais.

Dessas relações, podem surgir ou gerar conflitos de interesses. Assim, aos interesses de Caio podem, em tese, opor-se os interesses de Tício. Ora, para dirimir esses conflitos (ajustá-los, ou até regular a vida em harmonia, como vimos anteriormente), tornam-se necessárias *regras* ou *normas de conduta*: exige-se, pois, para o convívio em sociedade uma *ordem normativa*.

Aproveitando, ainda, a ideia de Aristóteles exposta acima, vale destacar que o Homem se agrega naturalmente em sociedade mais por necessidade do que por vocação. Evita, com isso, um mal maior (poupando sua vida, garantindo mais liberdade, dividindo esforços de trabalho etc.). A existência do Direito, então, se faz necessária na medida em que o Homem: ou nasce bom e acaba sendo corrompido pela sociedade, como destacou Rousseau; ou nasce mau, tendo que ser corrigido pela sociedade e pelo Direito, conforme salientou Hobbes (notem-se aqui dois pontos de seu pensamento: *homo homini lupus* ou *bellum omnium contra omnes*).

Neste sentido, de uma forma ou de outra, a sociedade clama por *regras* ou *normas* que venham fixar limites na liberdade do Homem (é fantástico esse paradoxo – pois o Homem, para garantir/preservar a sua liberdade, abre mão de sua liberdade individual, irrestrita, para poder viver em sociedade; preservando, com isso, a liberdade de seus semelhantes).

Observamos que essas regras ou normas de conduta social, que se destinam a resolver os conflitos de interesse dos homens ou promover a solidariedade dos interesses humanos, são precisamente as *normas jurídicas* (também proveniente de *jus/juris* – de origem latina que designa “direito” ou “justo”).

2. Escorço histórico

2.1 O direito na Grécia antiga

Pouco sabemos, nos dias atuais, sobre o Direito existente anteriormente aos gregos. Temos ciência apenas que o grande interesse do homem antes dos filósofos pré-socráticos (embora se inclua, também, nestes) era com problemas *cosmológicos*, ou seja: com a origem do Universo. Assim, nenhuma fonte histórica chegou até nós (note-se: referimo-nos ao Ocidente) para demonstrar que sociedades anteriores aos gregos se preocupavam com o Direito, com as leis, com a Justiça.

Contudo, temos a convicção de que o Homem sempre viveu em sociedade e, com isso, deduzimos que o Direito se fazia presente,

embora de um modo pouco consciente ou lapidado. Descobertas arqueológicas nos revelam que a hierarquia na sociedade primitiva encontrava-se na mão do mais forte. Posteriormente converge também para aquele que detinha o poder do Mito, ou seja: naquele que acreditava ser o elo entre o homem/sociedade e os desígnios dos deuses: os sacerdotes.

Foi com os gregos que o homem, de modo gradual, começou a se desprender da sociedade e do pensamento mítico. A Grécia foi o ponto de partida para a formação de nossa cultura. Ali, temos as ferramentas que ajudaram a esculpir o mundo ocidental e que até hoje deixam suas marcas. O Direito passa a ser percebido e discutido de um modo mais racional no mundo helênico. Isso porque os pensadores gregos começam a trazer o Homem para o centro de seus questionamentos. Questionando o Homem, questionam-se, invariavelmente, as leis, o Estado.

Fundamental para a compreensão do Direito enquanto fenômeno é a implementação da democracia ateniense. No século VI a.C., na Cidade-Estado de Atenas, foi adotado um regime inovador em que a maioria da população (com direitos políticos) governava. Trata-se da “democracia” – a junção de dois termos gregos: *demos* (povo) + *kratia* ou *kratos* (governo). A democracia ateniense tendia para a igualdade de todos perante as leis. Contudo, as diferenças sociais existiam e apareciam tanto no serviço militar quanto na política.

Convém notar que apenas os homens livres, filhos de pai e mãe atenienses, tinham direitos políticos neste regime. Trata-se de um critério absurdamente restritivo – quando confrontamos com os dias atuais – que excluía das decisões da *polis* as mulheres, escravos e estrangeiros. Este novo regime serve de agente transformador das novas gerações gregas (embora criticado e aceito com reservas por filósofos como Platão e Aristóteles).

Esse regime, que ajudou Atenas a se impor perante as demais Cidades-Estados gregas, não nasceu, pois, da noite para o dia. Esta democracia foi moldada e prosperou porque governantes como Sólon, Clístenes e Péricles asseguraram que as decisões coletivas sobre os rumos da *polis* não deveriam ser exclusivas de um pequeno grupo de

iluminados, mas o resultado de um debate aberto entre os cidadãos (independente da classe social ou estatuto).

Um dos instrumentos principais para a sobrevivência neste regime era o debate público. Os atenienses, com a retórica e a oratória, passam a debater ideias; surgem, inevitavelmente, conflitos, indagações e críticas: ambiente propício para o aprimoramento da Filosofia, da Política e, como consequência, o crescimento do Direito. Com o debate público, os gregos questionam as ideias de seus concidadãos, as leis, os julgamentos públicos, a condição humana e, por fim, refletem sobre suas próprias ideias.

2.2 O direito em Roma

Roma se funda, após a expulsão dos reis, essencialmente como uma república. Trata-se de uma república diferente da grega, pois se revelou mais aristocrática, quer dizer, governada por poucos (não necessariamente pelos melhores). Ao contrário dos gregos, Roma nunca teve uma Carta, uma Constituição escrita que regulasse e organizasse o Estado. Porém, a república romana foi evoluindo paulatinamente.

Os romanos, após a conquista da Itália, lançam os olhos para o mundo helênico. O modelo da democracia, da Filosofia e demais ramos do pensamento na Grécia Antiga são adotados de modo marcante em Roma.

Curioso é que os gregos, ao serem conquistados por Roma, por meio das armas, difundiram a sua cultura; assim, a cultura grega se espalha naquele Império de uma maneira avassaladora. A tal ponto que Horácio, pensador romano, destacou que *Graecia Capta Ferum Victorem Capit* (ou seja: *a Grécia, capturada* – pelo poderio militar – aos ferozes vitoriosos – aos romanos – *capturou*).

Roma não copia apenas a arte, a economia, a cultura, a filosofia, aspectos religiosos de seus “conquistados”: espelha-se, como é evidente, no Direito. Tal como na Grécia, existe a figura de Magistrados, debates e julgamentos públicos por meio das assembleias do povo e mudanças de regimes políticos. Os romanos (embora deva ser sempre analisados conforme a época em que se situam...) tinham

uma noção de Estado que, embora muito deficitária quando comparada com nossos dias, ainda deixa legados que até hoje se fazem presentes em nosso cenário político. É o caso da *res publica*, que traduzia o conceito de “sociedade” ou de “interesse público”.

Os juristas romanos, munidos com o legado grego como a filosofia, a retórica, a lógica e a dialética, por exemplo, começaram a produzir e interpretar leis e elaborar definições jurídicas que servem de fonte até os dias de hoje, como a *Lei das Doze Tábuas* e as *Institutas*, de Gaio e Justiniano (fontes do Direito Civil e Penal).

Notamos então que, inevitavelmente, o método romano para o estudo e aplicação do Direito era muito similar ao grego. Vale lembrar que os jurisconsultos, em Roma antiga, já elaboravam análises dos casos já tramitados, das leis, o controle jurisprudencial, e seus aprendizes os acompanhavam com o intuito de observar a “aplicação viva” do Direito.

2.3 O estudo e o desenvolvimento do direito na Idade Média

A Idade Média, e toda sua História, abarca cerca de 400 anos. Deste modo, para fins metodológicos, destaca-se o primeiro período que ocorre do ocaso do Império Romano e que vai até a primeira Cruzada (proclamada em 1095 pelo Papa Urbano II).

No início da Idade Média, com as monarquias germânicas, o Direito está intimamente ligado à figura do rei. Curioso é que havia um grande movimento filosófico e político, que tinha por objetivo fazer com que o rei governasse dentro dos limites expostos na lei, controlando, assim, seus abusos.

Ademais, seria necessário que o soberano também viesse a se submeter aos ditames de sua própria lei. Trata-se de um avanço (levando-se em conta sempre o período histórico em comento) na medida em que, mesmo com a própria ideia de governo, eminentemente “teocrática”, já havia rudimentos legislativos no intuito de delimitar o poder real. Vale lembrar que era inadmissível que um súdito se rebelasse contra seu rei.

No campo político-geográfico, a Europa foi fracionada em territórios, denominados *feudos*. Por sua vez, em cada *feudo*, o poder era exercido pelo *senhor feudal*. Tratava-se aqui de um nobre que era o proprietário da terra (sempre a serviço de um rei).

A figura do *senhor feudal* passa a ter uma importância relevante: era este quem se encarregava da administração, do comércio, da cobrança de impostos (destinados ao soberano) e da aplicação da justiça. Aos reis cabia apenas a figura de *suseranos* de um grande número de *vassalos*. Vale lembrar que, neste sistema político-econômico, o próprio rei podia ser vassalo de outro rei, mais poderoso do que ele. Fundamentalmente, o vassalo devia oferecer fidelidade absoluta e proteção ao seu suserano. Notamos então que “vassalagem” e “suserania” constituíam o sistema socioeconômico predominante da Idade Média. Assim, neste período, o Direito emana essencialmente do rei (cujo encargo de governar provinha de Deus) e da Igreja.

Ora, já no século XI, porém, essa organização político-econômica começou a sofrer severas mudanças. Tendo em vista o crescimento do comércio, concentrado nas grandes cidades, os monarcas assumiram papel mais relevante. Aos poucos, o rei deixou de ser apenas mais um entre tantos senhores feudais e passou a centralizar o poder em torno de si. Toma para si as rédeas do governo e passa a cuidar assim dos impostos, da legislação (basicamente elaborada conforme sua vontade), da manutenção de um exército encarregado de garantir a segurança de seu reino e da população (obviamente à custa de altos impostos...). Pois é neste contexto que se consolidam as primeiras monarquias europeias.

Após a primeira Cruzada, há significativa mudança na sociedade europeia. Pessoas que praticavam o mesmo ofício se organizaram em *guildas* ou *corporação*, no intuito de defender seus interesses políticos e econômicos. Essa mudança se traduz na constatação de que o homem medieval tem maior tendência a se organizar coletivamente e, conseqüentemente, essa estrutura coletiva, juntamente com o acréscimo populacional, necessita de leis mais complexas. Há também um aumento de mosteiros e monges, fator crucial para a Filosofia, a Política e o Direito.

Diante dessa necessidade de organizar e estruturar esta sociedade, cada vez mais complexa, surgem os primeiros centros de estudo descentralizados e organizados: as Universidades. A primeira a ser criada, de maneira espontânea, na Europa foi a Universidade de Bolonha (esta é considerada a mais antiga do mundo, uma vez que foi fundada no ano de 1088), que ganhou rápida reputação pela dedicação ao “estudo de humanidades”, bem como no campo do Direito Civil. O mesmo ocorreu com Oxford e Paris. Porém, na busca de atender a demanda governamental, política, religiosa e filosófica, surgiram por obra de príncipes visionários criações de escolas superiores como em Espanha, Alemanha e Portugal (aqui, uma vez que tem maior interesse e afinidade cultural para nós, ressalta-se a Universidade de Coimbra, fundada em 1290).

Neste sentido, a criação das Universidades dependia, fundamentalmente, da aprovação da Igreja (basta ver que a própria Universidade de Coimbra teve o pedido do rei, D. Dinis, o documento *Scientiae Thesaurus Mirabilis*, submetido à apreciação do Papa); corroborando, assim, que o conhecimento se concentrava precisamente nas mãos da Igreja e do poder real.

Ora, estes “institutos do saber” passam a ser frequentados em franca maioria pelos padres; embora a História deixe evidente que grande parte do clero, que desenvolvia exercício intelectual, seria “padres copistas” (atividade que se resumia apenas em copiar textos, sendo que, às vezes, nem sequer sabiam do que se tratava). Fato é que a Igreja é responsável por salvar e grandes obras, filósofos e teólogos. Não há como olvidar que, se hoje Aristóteles e Platão, entre outros, chegaram até nós, com acuidade e precisão, foi graças às bibliotecas medievais. Porém, também não há como descartar que o saber residia na outra parte de pensadores, que efetivamente produziam, e não naqueles que se limitavam apenas a transcrever textos, por meio de um método dogmático.

Nota-se, nesta época, a efetiva busca pela sistematização do Direito, algo que germinou, timidamente, na Antiguidade Clássica. Observamos que esta busca sistematizada pela organização do Direito baseia-se essencialmente no *Corpus Juris Civilis* (organizado por

Justiniano). Deste modo, não há como deixar de tirar uma primeira conclusão: nasce o Direito Ocidental sob a batuta do Direito Romano (daí, alguns autores mencionarem a “romanização” da Europa Ocidental).

Uma segunda conclusão deriva imediatamente desta. Ora, como a Igreja tinha concentrado sobre seu comando as universidades, obviamente que outro ramo se faz presente neste contexto: o Direito Canônico. Este Direito, estudado na Idade Média, é pilar para a criação do nosso próprio Direito.

Contudo, o Direito Romano passa a ser reformulado com o passar do tempo. Há intercâmbio cultural entre os romanos e os germânicos na baixa Idade Média que ajudou a questionarem seus próprios valores e sistema jurídico. Posteriormente, com o surgimento do sistema feudal, o Direito Romano passa a ser ultrapassado no campo prático, uma vez que agora surge comércio entre feudos. As consequências são óbvias: maior movimento de pessoas e mercadorias, novas estradas, crescem em tamanho as cidades. Com o crescimento das cidades, aumenta a criminalidade, e a vida em sociedade, inexoravelmente, torna-se mais dinâmica e complexa. Assim, por exemplo, nas estradas entre as cidades independentes, não havia jurisdição.

Foi essa lacuna que facilitou com que os reis (até então enfraquecidos no poder pelos senhores feudais) fortalecessem a autoridade real. Contudo, convém destacar que os teólogos e filósofos clérigos eram, quase na sua totalidade, contrários ao poder ilimitado do rei, ou seja: ao absolutismo temporal. Aliás, o próprio Santo Tomás de Aquino, autoridade indiscutível desse período, ao admitir que o rei estava acima das leis, uma vez que ninguém poderia voltar-se contra o soberano, adverte que este deve respeito à lei *por dever moral*.

Os filósofos começam a perceber que existe um liame inquebrantável entre o Direito e o bem comum. Em sua obra *Summa theologica*, Santo Tomás de Aquino oferece uma sistematização, importante até os dias de hoje, entre a lei humana, a lei divina e a lei natural, que adentraremos com mais detalhes nos próximos capítulos.

Com o advento da Reforma protestante, que, segundo alguns, foi o último ato da Idade Média, até mesmo o Direito Canônico passou por

transformações e tornou-se obsoleto. Alguns reis europeus, observando a vantagem da doutrina luterana, acabam por adotá-la com o intuito de ganho político e instaurando monarquias nacionais e totalitárias (a título de exemplo, citamos os reinados de Henrique VIII, Elisabete I e Luís XI).

2.4 O “Iluminismo” e o século XVIII

O século XVII talvez tenha sido um dos mais importantes para a evolução das artes, da Filosofia, da Política e do Direito. Talvez tenha sido neste século que germinaram as ideias que tornaram o século XVIII tão marcante para a humanidade. Basta lembrar que, na Inglaterra do século XVII, o país é tomado por uma revolta conduzida pelo parlamento (instituição que, lá, tinha muito mais força do que em França). Eclodem duas guerras civis e, em 30 de janeiro de 1649, o Rei Carlos I é decapitado, sendo que, na sequência, o milenarista Oliver Cromwell se declara Lorde Protetor da Grã-Bretanha.

Assim, na História, essa foi a importância do século XVII: deitar as sementes que germinaram e brotaram com força no século seguinte.

O século XVIII produziu uma gama enorme de doutrinas que, embora divergissem entre elas em determinados pontos, a doutrina frequentemente as associa num único grupo: a “Filosofia das Luzes” ou “Iluminismo”. Essa expressão tem a finalidade de designar a época do triunfo da razão, em que o Homem buscou distanciar-se do dogmatismo da Igreja. Há historiadores que enunciam tratar-se mais de um *humor* do que de um *movimento* propriamente dito. Revela-se, deste modo, numa nova postura do Homem diante de uma filosofia notadamente dogmática e ortodoxa que lhe impunha grilhões, amarras.

Um dos fatores mais importantes para os “iluministas”, talvez a maior fonte de inspiração, foi a Revolução Francesa. Esta revolução deita por terra a monarquia absolutista, pois havia já rompido a ligação afetiva do monarca francês com seus súditos. Assim, podemos enquadrar neste “movimento” pensadores que, até os dias atuais, são fundamentais para a compreensão do Direito: Montesquieu, Voltaire e Rousseau. Contudo, ao contrário daquilo que geralmente se toma como verdadeiro, não foram os filósofos os inspiradores da Revolução, mas

foi ela que buscou sua legitimidade no pensamento dos filósofos do século XVIII.

Neste período, em França, sob a supervisão de Diderot, surge a *Encyclopedia*, uma das obras mais marcantes da época (e, sobretudo, como veremos adiante, para a própria Introdução ao Estudo do Direito). Essa obra, na qual colaboraram os principais pensadores da época, continha os mais variados temas como política, religião, filosofia, bem como informações técnicas.

A História deixa bem claro que o mês de agosto de 1789 foi o ápice deste século. Na sessão de 4 de agosto daquele mês, na Assembleia francesa, foi decidido que a futura Constituição (a de 1791) seria precedida de uma Declaração dos Direitos do Homem. Assim, entre os dias 20 e 26 de agosto, os franceses discutem artigo por artigo desta declaração. Em sete dias os franceses remodelaram a França e o mundo.

2.5 O direito no Brasil

Obviamente que não podemos analisar o Direito no Brasil sem considerarmos o direito indígena. Tal como nas sociedades míticas, analisadas anteriormente, detinham o poder ora o mais forte, ora aquele que se comunicava com os deuses. Assim, notamos que diversos povos indígenas habitavam o Brasil antes da chegada dos portugueses em 1500. Destas tribos diferentes, cada qual com seus costumes, sua cultura (aliás, isso se constata na própria colonização; algumas tribos se aliaram com os colonizadores, enquanto outras resistiram com mais afinco).

Governava a tribo, no âmbito político e administrativo, o *cacique* (palavra trazida do Haiti pelos europeus que designava “chefe político”) ou o *morubixaba* (palavra utilizada pelos guaranis para designar seus líderes). O pajé, por sua vez, tinha a responsabilidade de transmitir conhecimentos para os mais jovens. Tinha também a missão religiosa e da cura, por meio de rituais e plantas medicinais (convém destacar que a religião indígena era baseada na crença em espíritos de antepassados e forças da natureza). Mantinham uma sociedade que lembra, em muito, o comunismo utópico (resguardadas, como é óbvio,

as devidas proporções e o fator da época em que estavam inseridos), embora tivessem plena noção de propriedade.

O Brasil passa a ser colônia de Portugal e assim o direito português e sua influencia um Brasil nascente. Assim, todo o direito português também é incorporado no Brasil colonial.

Em 1446, o rei Dom Afonso V, de Portugal, fez suas *ordenações*. São as chamadas Ordenações Afonsinas. Não se trata de novos códigos, mas sim de coletâneas e diretrizes. Esta legislação sofre nítida influência das leis existentes no reino, do Direito Romano e do Direito Canônico. Obviamente que apresenta um certo nível de sistematização, porém esta característica é muito pobre quando comparada com códigos modernos.

Em 1521, Dom Manuel I institui as Ordenações Manuelinas, que vieram a substituir as anteriores. Houve a necessidade de atualizar e revogar algumas das normas existentes nas Ordenações Afonsinas, bem como remodelar o estilo em que estavam escritas. Deste modo, os problemas no Brasil eram julgados segundo as Ordenações Manuelinas. Foi então, em 1534, que ocorreu a divisão do território brasileiro em *capitanias hereditárias*.

No ano de 1603, tendo em vista a necessidade da reforma das Ordenações Manuelinas, bem como a dominação espanhola em Portugal, Dom Filipe II de Espanha e Filipe I, agora que Portugal está sob seu domínio, elabora as Ordenações Filipinas. De fato, demonstra com isso respeito aos portugueses, aos costumes e leis locais. Essas Ordenações vão servir de base legal em Portugal até a promulgação de códigos no século XIX. No Brasil, o livro IV destas Ordenações vigorou por muito tempo, nomeadamente durante todo o Império, e no início da república, sendo que algumas normas que compunham esse texto só foram revogadas em definitivo com o advento do Código Civil republicano de 1916.

Mas o Brasil evoluiu, pois não há sociedade que permaneça estática, e, com isso, mudam os diplomas legais. Assim, as Ordenações tornam-se deficitárias e obsoletas diante de um Brasil cada vez mais complexo e distante da realidade social, econômica e cultural da Corte.

O Direito português, com cultura europeia, dificilmente conseguiria disciplinar e organizar o Brasil.

Assim, com a incongruência entre o direito português e a realidade fática brasileira (bem como fatores econômicos, políticos e sociais), o Brasil rompe laços de dependência com a Corte e busca a sua própria identidade. Óbvio que, nesse Brasil novo, há a necessidade de uma Constituição para “fundar” esse novo país. Diante destes fatores, analisemos, sucintamente, a evolução do Direito desde a Independência até a Constituição atual.

Nossa Constituição de 1824 adotou a divisão quadripartita de Poderes: o Legislativo, o Executivo, o Judiciário e o Moderador (de competência privativa do Imperador). Os redatores deste diploma constituíam basicamente homens do clero (pois a religião oficial do Brasil era a Católica) e membros da elite. Este diploma constitucional vigorou por 65 anos, dotando o Brasil de quase um século de estabilidade.

A República brasileira, proclamada em 1889, rompe definitivamente com toda a estrutura monárquica. Esse conceito republicano sempre esteve embutido no pensamento nacional, pois já constatamos sementes na Inconfidência Mineira, na Insurreição Pernambucana, na Confederação do Equador e na Guerra dos Farrapos.

Com o advento da República, o nosso eixo diplomático, que estava concentrado em Londres, prontamente desloca-se para Washington. Nossa República e nossa Constituição nascem sob forte influência americana.

Na elaboração de nossa primeira Carta Constitucional republicana (de 1891), observamos uma disputa ferrenha entre os positivistas e os católicos. O positivismo adentra no Brasil com uma força descomunal, trazendo ideias em voga na Europa, como a separação entre a Igreja e o Estado, trazendo oportunidade de trabalho e educação para todos e, sobretudo, combatendo os privilégios reais e da nobreza.

Nessa batalha (entre as duas correntes de pensamento), houve triunfo e maior influência dos positivistas, tendo em vista que os católicos estavam (ou, pelo menos, supunham-se) atrelados à

monarquia. Assim, o Poder Executivo, por força desta doutrina, nasce, em nosso sistema republicano, dotado de muita força. Este diploma constitucional adotou a divisão tripartita de Poderes com Executivo, Legislativo e Judiciário.

No início do século XX, o jurista Rui Barbosa empunhou a bandeira para rever a Constituição de 1891, trazendo novas ideias para melhorar a república. Estas ideias, como é óbvio, não agradavam o *establishment* político nacional. O Brasil estava sujeito à denominada “República café com leite”, na qual os Estados de Minas Gerais e São Paulo se revezavam no poder. Com a revolução, Getúlio Vargas sobe ao poder e promove mudanças radicais na esfera política, econômica e social brasileira.

O Chefe do Executivo implementa leis que protegem os trabalhadores, confere maior poder político às Forças Armadas e promove uma brutal revolução industrial no Brasil. Com o intuito de organizar esta “Segunda República” (que surge no seio de uma revolução de muita conturbação social e política), Vargas promulga a Constituição de 1934.

Esta Constituição traz um texto extensivo, pois buscou representar e traduzir as ideias dos diversos movimentos político-sociais que existiam no Brasil. Inovou no campo social e industrial. Porém, devido aos regimes totalitários que surgiram na Europa, teve vida curta.

Getúlio, em 1937, promove um golpe de Estado instituindo o “Estado Novo”. Vargas, observando o crescimento dos regimes totalitários na Europa, implementa uma ditadura no Brasil. Assim o político gaúcho tornou-se ditador absoluto, irresponsável (pois nenhum órgão poderia contestar) por seus atos políticos.

É neste contexto que surge a Constituição autoritária de 1937 (também conhecida como “a polaca”), de autoria do ministro da Justiça de Vargas, Francisco Campos. Era uma Carta de cunho nacionalista, reservando aos brasileiros a exploração do solo nacional, minas e quedas d’água. Porém, todo o autoritarismo de seu texto, bem como a implementação do regime, ofuscou qualquer benefício que pudera, eventualmente, advir deste diploma constitucional.

O Poder Executivo, *autoridade suprema do Estado*, passa a governar por meio de decreto-lei, fazendo desaparecer a tripartição de poderes no cenário político nacional.

O Brasil, na Segunda Grande Guerra, participou ativamente ao lado dos Aliados contra as ditaduras nazifascistas. Neste ponto, havia enorme contradição, uma vez que vivíamos, aqui, uma ditadura, baseada neste modelo. Houve a necessidade de redemocratizar o Brasil. Pela primeira vez, com as eleições de 1945, uma gama enorme dos diferentes segmentos sociais do Brasil foi ouvida.

Nasceu, então, a mais democrática de todas as Constituições brasileiras, a de 1946. Trata-se de uma Constituição tecnicamente superior a todas que já haviam vigorado no Brasil. Revelou-se uma Carta repleta de princípios democráticos e sociais, mas que foi insuficiente para conter os movimentos de instabilidade política do País.

Em 31 de março de 1964, o Brasil sofre um novo golpe de estado. Assume as rédeas da Nação o Comando Militar revolucionário, com forte apoio do segmento civil. Surge o *Ato Institucional n. 1*, de 9-4-1964, que manteve a vigência da Constituição de 1946 (embora, na prática, a ordem constitucional, a Constituição em si, já houvesse sido rompida, com o golpe).

No ano de 1968, os movimentos sociais tomaram conta da Europa e do Brasil. Diante deste quadro, os militares brasileiros optaram pela edição de um novo ato de força. Surge o *Ato Institucional n. 5*, de 13-12-1968, igualando-se à própria Constituição de 1967. Por fim, surge a Emenda Constitucional n. 1/69, que continuou a linha dura dos militares de retorno ao modelo estatizante e centralizador.

Em 1984, intensifica-se no Brasil a luta pela democracia. O povo tomou as ruas com a finalidade de concretizar seu anseio de votar para Presidente da República. O governo militar consegue aprovar uma eleição indireta – frustrando a vontade popular –, em que as forças democráticas vencem o pleito, elegendo a chapa Tancredo/Sarney. O Brasil ganha uma Assembleia Nacional Constituinte, que, em 5 de outubro de 1988, promulgou a Constituição atual.

Esta Constituição, que surge como reação ao regime militar, autoritário, revela-se num autêntico “espelho” da sociedade brasileira, pois traz no seu texto os anseios de todas as pressões e reivindicações dos diferentes grupos sociais, econômicos, filosóficos e políticos existentes no País.

2.6 A disciplina introdução ao estudo do direito

Por fim, vejamos alguns aspectos de nossa disciplina.

A preocupação sobre o que efetivamente deve ser ministrado num curso de Direito, bem como qual a abordagem diante do Acadêmico, sempre gerou dúvidas que, até hoje, não foram solucionadas pacificamente. Como vimos anteriormente, a sociedade fica cada vez mais complexa e o Direito tem que acompanhar essa dinâmica.

Com a filosofia renascentista surge, com as universidades, uma busca pela descentralização do saber e, por fim, Hunnius, no início do século XVII, elabora uma “Enciclopédia Jurídica” (*Encyclopedia iuris universi*). Surge, assim, o *germen* da Introdução ao Estudo do Direito.

Tendo em vista o maior grau de complexidade existente entre países, ordenamentos jurídicos e especialidades jurídicas (cada vez surgem ramos mais especializados no Direito), optou-se por uma questão epistemológica e pedagógica de oferecer ao aluno uma visão panorâmica e sintética da Ciência Jurídica.

Neste ponto reside, basicamente, uma das metas da Introdução ao Estudo do Direito: oferecer, no bojo desta disciplina, um caráter prévio, essencial para a maior compreensão do mundo jurídico. Seguindo-se a lição do saudoso professor Miguel Reale:

Qualquer viajante ou turista que vai percorrer terras desconhecidas procura um guia que lhe diga onde poderá tomar um trem, um navio, um avião; onde terá um hotel para pernoitar, museus, bibliotecas e curiosidades que de preferência deva conhecer.

Quem está no primeiro ano de uma Faculdade de Direito deve receber indicações para a sua primeira viagem quinquenal, os elementos preliminares indispensáveis para situar-se no complexo

domínio do Direito, cujos segredos não bastará a vida toda para desvendar (*Lições preliminares*, p. 10).

É fundamental também ressaltar que a Introdução ao Estudo do Direito não constitui ramo autônomo do Direito tal como o Direito Constitucional, Direito Penal, Direito Civil etc. Ao contrário destes ramos que hoje são profundos e buscam realizar seu próprio trabalho científico (tanto no aspecto jurídico como filosófico), a Introdução ao Estudo do Direito apresenta-se de um modo enciclopédico, expositivo e, evidentemente, também com indagações próprias.

Note-se então que a disciplina em comento surge timidamente, no início do século XVII.

Convém, agora, destacar que cada autor tem a sua própria bagagem filosófica, artística, religiosa, econômica, política, social etc. Há também a questão de temperamento que revela, sem dúvida, paixões, desgostos e interesses. Só por meio destas “lentes” podemos enxergar o homem, tentar descobrir seu pensamento. Diante deste raciocínio, é fundamental destacar que cada autor tentará introduzir, guiar o Acadêmico de Direito segundo a sua ótica, dentro daquilo que considera adequado e importante. Eis a razão por que, basicamente, todos os livros de Introdução ao Estudo do Direito divergem entre si.

Vale salientar que, no Brasil, esta disciplina desde 1931 integra o currículo obrigatório dos cursos de Direito.

Revela-se, então, numa disciplina de caráter introdutório, com um sistema de conhecimentos provenientes de múltiplas fontes que se destina a guiar e oferecer elementos basilares ao estudioso de direito nomeadamente no que diz respeito a seus princípios, linguagem, história e método.

Capítulo 2

◆ A Sociedade

1. Origens

O questionamento sobre a origem da sociedade e consequentemente da gênese do Estado é muito antigo. Vale destacar que séculos antes de Cristo o homem se questiona quanto ao tema. A sociedade é objeto de estudo de vários ramos das ciências sociais, dentre elas o Direito, a Sociologia, a História e a Antropologia. Atualmente, restam para a Antropologia Política questões básicas que ainda surpreendem os cientistas, tais como: de que modo identificar e qualificar a política? Como construir um pensamento sólido acerca do assunto ou definir suas funções, uma vez que existem sociedades desprovidas de uma “organização política”? Quais são os elementos necessários para que um agrupamento humano possa ser reconhecido como uma sociedade?

Primeiramente, é importante reter que a palavra portuguesa “sociedade” deriva do latim *societas*, que para os romanos tinha uma conotação de “associação amistosa de um conjunto de seres que compartilham a mesma cultura e tradições”.

Diante de seu sentido genérico, “sociedade” traduz qualquer conjunto de indivíduos que mantêm relação de (co)dependência. Dentro de seu sentido mais genérico, “sociedade” traduz o conceito de homens agrupados sob determinada ordem normativa, na busca de um bem comum, com um poder que os unifica. Neste diapasão, o papel do Direito reveste-se em ordenar a vida em sociedade. A ideia de Direito e a ideia de sociedade estão intimamente relacionadas, pois é importante reter que não há Direito sem sociedade nem sociedade sem Direito.

Assim, os alunos diante de uma sala de aulas, os espectadores de um divertimento público, ou de um estádio desportivo, são apenas a tradução de *homens justapostos*; não formam, de modo algum, uma sociedade. Falta, neste caso, a união visando ao bem comum e um poder que os unifica.

O homem, (com)vivendo em sociedade, tem amplos benefícios. Não resta dúvida de que a vida em conjunto com seus semelhantes, rumando para um mesmo destino, trouxe ao homem paz e bem-estar.

Por outro lado, trouxe ao homem limitações. Quando o selvagem vivia desagregado do seio da sociedade uma coisa era evidente: dentro de suas limitações humanas, tinha liberdade irrestrita. Ao aderir à vida social, essa “liberdade” é tolhida, passa a sofrer limitações em prol do grupo.

Convém, aqui, determo-nos um pouco para solidificar um conceito fundamental: o conceito de *liberdade*.

Em que consiste o conceito de liberdade? O que significa ser livre? Muitos filósofos deblateraram sobre o tema. Porém, escolhemos aqui uma explicação breve, porém clara e pertinente ao tema, de um filósofo moderno (com a finalidade de contrastar com os antigos que sempre são apresentados aos Acadêmicos). Ora, a questão da liberdade foi um dos principais questionamentos filosóficos do britânico Isaiah Berlin. Em sua obra, *Dois conceitos da liberdade*, ele dividiu o conceito de liberdade em dois sentidos: positivo e negativo.

No âmbito positivo, o homem é livre para definir, estipular seu próprio caminho ou destino e, conseqüentemente, ditar e definir seus objetivos.

No âmbito negativo, porém, o homem está completamente destituído de obstáculos, freios e de dominação externa (de grilhões ou amarras).

Ora, é óbvio que os objetivos individuais dos homens chocam-se entre si, gerando conflitos. Por vezes, na ânsia de buscar esses objetivos, o homem acaba por dominar seus semelhantes.

Concluiu então o filósofo em comento que, quando a liberdade positiva do homem conduz a uma diminuição, restrição da liberdade negativa de seu semelhante, adentra, inexoravelmente, no campo da

opressão. Assim, a essência da liberdade reside, ela própria, na “liberdade sem amarras” ou “grilhões” (ou seja, ser detentor de esperanças e ambições fundamentais para a existência e sobrevivência do próprio homem).

Porém, mesmo com esses “grilhões”, o homem ainda não conseguiu escapar dessa estrutura e ainda persiste (ou está fadado...) em viver em sociedade. Deste modo, o sentimento de “pertença”, de integração, parece, ainda, predominar no coração do homem.

Isso nos conduz, inexoravelmente, a duas questões fundamentais que atormentam (ainda hoje) o espírito dos filósofos:

A primeira (embora já começamos a refletir sobre ela): por que o homem continua inserido em sociedade? E daí, surge a segunda pergunta: há, de fato, uma coação irresistível que o compele a viver em sociedade ou isso é devido à sua natureza?

Dois correntes filosóficas buscam elucidar essas questões:

De um lado, temos a corrente dominante, na qual prevalece o entendimento de que a vida em sociedade é *natural*; por outro, temos aqueles que sustentam ser uma questão de *escolha* do homem.

Primeiramente, antes de abordarmos estes conceitos, cumpre fazer uma pausa para observar uma teoria antiga e que precede e inspira a todas as demais: a teoria de sociedade de Platão.

Platão talvez tenha sido um dos primeiros filósofos a refletir sobre o tema. Convém destacar, antes mesmo de analisarmos seu pensamento crítico e, de certa forma, amargo sobre a sociedade, que, em outras partes do mundo, fora da realidade grega, talvez houvesse esse questionamento por outros povos ou pensadores (tais como os demais povos de onde os gregos assimilaram conhecimento, tal como a Mesopotâmia e o Egito). Contudo, convém advertir que adotamos para fins didáticos, neste estudo, apenas as posições que ajudaram a forjar a Filosofia e a sociedade Ocidental.

Assim, na Grécia Antiga começa a germinar, na Cidade-Estado de Atenas, o questionamento sobre a sociedade. Platão, em sua obra/diálogo *A República*, apresenta uma concepção de sociedade que é importante reter: ali, o filósofo deixa claro seu sonho de uma sociedade fraterna, repleta de harmonia, a qual prevaleceria sempre

diante do caos que a realidade nos impõe. Vale lembrar as palavras de Magalhães Vilhena, que ressaltou que a finalidade da política platônica era a de criar uma nova sociedade.

Este conceito de sociedade platônica, ideal e isenta de males, servirá sempre como fonte de inspiração para sonhos utópicos (tais como o brilhante Thomas More, no século XVI, com sua *Utopia*, e Tommaso Campanella, com sua obra *A cidade do sol*), bem como para movimentos sociais de reformas que se desenvolveram ao longo da História da humanidade. Contudo, vale lembrar que Platão foi um dos maiores críticos da democracia (levando-se em conta a democracia ateniense que ele conheceu e retratou ao longo de seus *Diálogos*).

É importante frisar que Platão viu o fim trágico e injusto a que seu mestre, Sócrates, foi submetido. Após ver o crime político do qual foi vítima o velho filósofo, Platão vai passar sua vida buscando um regime político ideal, que fosse incapaz de abrigar no seu seio uma injustiça igual à que levou Sócrates à morte.

2. A sociedade natural

Se observarmos ao longo da Filosofia, o filósofo mais antigo a atribuir ao homem essa vocação natural foi Aristóteles (na *Política*, ressaltou que: “O homem que é incapaz de ser membro de uma comunidade, ou que não sente absolutamente essa necessidade porque basta a si mesmo, em nada faz parte de uma cidade e conseqüentemente é um bruto ou um deus”). Esse filósofo apresentou um conceito clássico para o tema que até os dias de hoje permanece irretocável.

Neste sentido, Aristóteles (talvez um dos mais importantes pensadores para o Direito) deixou duas obras fundamentais para a compreensão do tema: *A Política* (que, provavelmente, seriam suas lições para seus alunos no Liceu) e a *Constituição de Atenas* (sendo que este diploma só foi conhecido na segunda metade do século XIX). Aristóteles acreditava que o homem tinha uma vocação natural para a vida em sociedade. Concluiu o filósofo que o “homem é naturalmente um animal político”. Assim, o homem que vive isoladamente, longe da sociedade, seria um deus (de natureza superior) ou uma besta, de

natureza vil (fera). Comparando o homem com os animais, Aristóteles destaca que estes se agregam em função do instinto, uma vez que o homem, racional, é o único capaz de discernir o justo do injusto, o bem do mal etc.

Sob forte influência aristotélica, Santo Tomás de Aquino, na Idade Média, reforçou este pensamento ao destacar que a vida solitária seria uma exceção para o homem. O Doutor Angélico ressaltou três situações nas quais o homem solitário poderia se enquadrar: a primeira trata-se da *excelentia naturae*; ocorre no caso de indivíduo virtuoso por excelência, pois estaria compartilhando das beatitudes eternas, ou seja: em plena comunhão com a própria divindade (que seriam os santos); a segunda trata-se da *corruptio naturae*, que se dava nos casos de doenças mentais; a terceira, por sua vez, tratava-se da *mala fortuna* que se dava no caso de um naufrágio ou outra situação que forçasse o indivíduo a viver isolado de seus pares (para ilustrar este pensamento, convém salientar o exemplo de *Robinson Crusoe*, romance de Daniel Defoe publicado no Reino Unido em 1719).

Embora ainda na modernidade existam autores que sustentam a tese de que a sociedade seja um fato natural, esses dois pensadores, Aristóteles e Santo Tomás de Aquino, praticamente esgotaram o assunto. Deixaram patente que o homem é guiado pela necessidade de cooperação entre seus pares com a finalidade de garantir a sua existência. Mas, como se trata de filosofia política, é óbvio que existe posição contrária, posição em que filósofos sustentam que a sociedade não é um fator natural, mas, sim, *um ato de escolha do homem*.

3. Os contratualistas

Assim, numa posição oposta, sustentam seus defensores que a sociedade é apenas o produto de um acordo, de escolha do homem. Trata-se aqui de um contrato hipotético, celebrado entre aqueles que integram determinado grupo sociocultural (eis a razão por que os adeptos desta corrente são chamados de *contratualistas*).

Entre os contratualistas (ao contrário da sintonia existente entre Aristóteles e Santo Tomás de Aquino), há várias posições que diferenciam entre si na explicação e abordagem do tema. Contudo, há

definitivamente um ponto de convergência entre elas: negarem a formação *natural* da sociedade, ou seja: descartam o impulso associativo natural.

Como vimos, Platão revela-se numa das fontes históricas e filosóficas mais remotas sobre o tema. Muitos autores buscam enquadrar sua obra *A República* num dos documentos contratualistas mais antigos. Platão, neste Diálogo extremamente importante para o Direito, faz alusão a uma organização social, construída e guiada pela razão e, ali, não faz menção alguma a aspectos naturais de formação social. Convém destacar, neste ponto, que – a nosso ver – é difícil e por vezes precipitado enquadrar Platão (e talvez outros filósofos...) em uma única corrente, de maneira estática, engessada. Isso porque há divergências, ainda hoje, no que efetivamente consiste a filosofia de Platão e de seu mestre Sócrates. Ademais, mesmo divergindo de Platão, Aristóteles, em sua vasta obra, definiu-se como “platônico”... O que importa efetivamente é constatar a importância histórica do fato de que Platão (e, por sua vez, Sócrates) já se questionava sobre o tema.

O filósofo Thomas Hobbes demonstra com força sua filosofia contratualista em sua obra *O Leviatã*, publicada em 1651 (convém lembrar que essa obra deve ser lida sempre a comparando com *A Política* de Aristóteles, uma vez que são absolutamente contrárias entre si). Ora, segundo o teórico político inglês, o homem viveu, no início dos tempos, num estado de natureza (aqui, Hobbes não descreveu apenas o tempo primitivo da História, mas também quando a sociedade vive momento de desordem). Vivendo neste estágio natural, o homem vivia sob constante ameaça, sendo-lhe extremamente difícil garantir sua subsistência (pois o homem, nesse estágio, não tem limites, revela-se egoísta, luxurioso, propenso à violência e fadado a viver solitário, beirando o estágio animalesco). O estado de natureza configura o estado de guerra uma vez que, paradoxalmente, todo homem se sente poderoso, ao mesmo tempo que nutre temor por seu semelhante.

Sendo assim, o temor do homem por seu semelhante impera. O homem pode apenas esperar de seu semelhante a agressão, o furto de seus bens ou outro tipo de mal. Assim, o Homem é o lobo do próprio homem. Isso desencadeia, inexoravelmente, a guerra de todos contra

todos (a título de elucidação, o pensador francês Alain descreve em suas *Considerações II* o seguinte pensamento que elucida ainda mais este ponto: “Creio que a sociedade é filha do medo, não da fome. Ou melhor, eu diria que o primeiro efeito da fome deve ter sido mais dispersar os homens do que agrupá-los, todos indo buscar seu alimento justamente nas regiões menos exploradas. Só que enquanto o desejo os dispersava, o medo os agrupava. Pela manhã, sentiam fome e tornavam-se anarquistas. Mas, à noite, sentiam o cansaço e o medo e amavam as leis”).

Ora, o homem é dotado de razão. Assim, apesar de suas paixões e inclinações, o homem, racionalmente, descobre e segue princípios que o afastam deste estado natural, passando a fazer prevalecer o *estado social*.

Isso leva Hobbes a definir duas leis fundamentais da natureza que servirão de alicerce para a vida em sociedade:

- a) a primeira, revela que cada qual deve promover um esforço para alcançar a paz, enquanto nutrir a esperança para alcançá-la. Quando constatar que é impossível obtê-la, deve aproveitar todas as “vantagens” que a guerra pode possibilitar;
- b) a segunda, destaca que cada qual, em consenso com os demais integrantes da sociedade, deve renunciar a seu direito sobre todas as coisas (que efetivamente existia no estágio natural, pois não havia propriedade, leis etc.). Assim cada qual deve nutrir satisfação em reconhecer os direitos dos demais homens, com a mesma liberdade que lhe foi concedida a si (este seria o alcance efetivo do estágio social ou estado civil, em que há o império do altruísmo – do latim *alter*, outro, em detrimento do egoísmo).

Ora, é com plena consciência desses postulados que o homem celebra com seus pares o contrato. Há uma cessão dos direitos de liberdade a um poder maior. Aqui, encontramos uma transferência mútua racional e consciente de direitos. Óbvio que Hobbes previa a possibilidade de que, em virtude de uma vida em sociedade, ainda haveria conflitos de interesse em razão do egoísmo, que ainda teria resquícios no espírito do homem. Assim, seria fundamental a

existência de um poder invisível que garantisse o respeito aos limites estabelecidos pela (con)vivência.

Esse poder invisível, que se traduz no Estado, tem o poder de resguardar os limites dos homens, uns diante dos outros, bem como de castigá-los em caso de transgressão. Em virtude do temor ao castigo, o homem respeitaria o que foi estabelecido, pactuado.

Hobbes ressaltou todas as mazelas do estágio/estado natural do homem. Concluiu que o homem não pode prescindir do Estado. Quando uma comunidade é estabelecida, deve ser mantida a todo custo, pela segurança e bem-estar que proporciona ao homem. Assim, para o teórico inglês, mesmo um mau governo ainda é preferível ao estado de natureza.

Ainda dentro da filosofia contratualista, o filósofo liberal inglês John Locke apontou razões diversas para a vida do homem em sociedade. Primeiramente, o filósofo rechaça a ideia de que a sociedade se mantinha para conter a guerra de todos contra todos. Num segundo plano, assenta sua doutrina política sobre a ideia de um governo consentido e aceito pelos seus governados diante de uma autoridade legalmente constituída com a finalidade de respeitar os direitos naturais do homem (vele lembrar que sua filosofia também foi uma das fontes inspiradoras das revoluções americana e francesa).

Charles de Montesquieu, pensador político francês, em sua obra *O espírito das leis*, evidencia o homem inserido num estado natural, antes de se integrar no seio social. Diverge ligeiramente de Hobbes na medida em que destaca que o homem neste estágio não se sente igual aos demais, vivendo num constante temor, cômico de sua própria fraqueza.

Montesquieu estabeleceu postulados que levam o homem a viver em sociedade:

- a) o anseio pela paz;
- b) a busca por suprir suas necessidades vitais;
- c) a atração natural entre os sexos;
- d) a satisfação da vida em sociedade (quando o homem se conscientiza de seu estado, quando desprovida dela).

Ora, impelido por esses fatores, o homem passa a viver em sociedade, sente-se protegido e forte. Neste momento, devido a esse sentimento de força, de potência, o homem desconsidera a igualdade natural existente entre eles e gera conflitos dentro da mesma sociedade em que se insere ou em grupo, as sociedades geram conflitos entre si.

Por fim vale alertar que, em sua obra, Montesquieu não explicita efetivamente no que consistiria esse contrato social.

No esteio do pensamento de que efetivamente existiria um pacto inicial, o filósofo francês Jean Jacques Rousseau, em sua obra *O contrato social*, abordou o tema com maestria. Rousseau foi brindado com o galardão mais alto que um filósofo poderia alcançar, pois seu pensamento serviu de base e lema para a Revolução Francesa.

Observamos em Rousseau uma preocupação em explicar a razão por que o homem nasce livre e revoga essa condição.

Na sociedade idealizada por Rousseau a monarquia era suprimida, e o desejo das gentes, traduzido na vontade de todos, era efetivamente a lei.

Rousseau atentou que aquele primeiro que, ao cercar um terreno, afirmou “isto é meu” e encontrou diante de si pessoas suficientemente simples que acreditaram na premissa, teria sido o real inventor da sociedade civil. Prosseguiu asseverando que quantas guerras, crimes e males teria evitado ao gênero humano aquele que por acaso viesse a arrancar as estacas e tapar os buracos, contra o primeiro, gritando a seus semelhantes: “Livrai-vos de escutar esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos, e a terra de ninguém”.

Contudo, para Rousseau, a ordem social revela-se num direito sagrado e que sem ela não existirão os demais. Porém, esse direito não provém da natureza, mas encontra seu fundamento em convenções. Assim, a vontade geral, o desejo das gentes é o fundamento da sociedade (e não a natureza humana). As convenções seriam a base, o alicerce de toda autoridade legítima para regular a vida social, e em contrapartida há a renúncia a toda a liberdade e direitos por parte de todos os integrantes da sociedade, submetendo-se cada um a todos do grupo e a ninguém de modo específico. Ora, essa associação teria a

finalidade de conservar e preservar a integridade dos homens (seus integrantes), que, unidos, formariam o corpo moral e coletivo.

Assim, esse corpo seria composto por um soberano, e sua vontade, como já vimos, seria reflexo da vontade geral, da vontade das gentes. Mesmo que fosse permitido ao indivíduo componente do grupo ter opiniões divergentes do soberano, haveria a necessidade de respeitar e cumprir a vontade deste, pois, caso contrário, desrespeitando a vontade do soberano, o cidadão estaria agindo contra si mesmo, contra sua própria liberdade, uma vez que o soberano traduz a expressão do coletivo.

A vontade de todos traduz a soma das vontades particulares e deve ser a que venha a prevalecer, governar. Supõe ainda que, caso venham a existir associações, dentro da sociedade, que têm por objetivo sobrepujar a vontade deste sobre a vontade das gentes, deve ser prontamente eliminada uma vez que ataca o princípio da igualdade que deve ser o norte para o Estado.

Ora, o fim do Estado revela-se no bem comum e isto deve ser preservado a qualquer custo, mesmo que venha a atentar contra a vida de um cidadão que tenha se desraigado do pacto. Ao contrário do estado natural, o estado civil força o homem que consulte sua razão antes de ouvir seus apetites, seus desejos.

Ao soberano não deve recair a tarefa de criar leis. Rousseau atenta que essas devem ser criadas por um legislador, um homem de grande inteligência e que as elabore com cautela e prudência, levando em consideração se elas estão em sintonia com o povo. Esse é, segundo o pensador francês, o objetivo da lei: representar a vontade do povo como se ele a tivesse elaborado (daí o caráter geral da lei).

Rousseau destaca que as leis só prestam serviço à coletividade quando provenientes das mãos de bons governantes e ainda que o estado social só produz o bem aos homens quando não há uma grande disparidade de propriedades entre eles. Ressaltava que nenhum homem deveria ser pobre o suficiente para vender-se, nem rico o suficiente para que pudesse comprar aquele que quer vender-se.

Embora hoje em dia a teoria dominante resida no agrupamento natural dos homens, há autores que atestam que a sociedade teria uma

origem familiar, patrimonial ou na força. Assim, para elucidar a tese de sua origem familiar, o homem nasce inserido numa pequena sociedade, sua família. Deste modo, várias famílias formariam um clã e assim sucessivamente até atingirem um grupo sociocultural, unidos em identificação e objetivos que formariam o Estado (embora esta definição já se encontre em Aristóteles e Santo Tomás de Aquino). Um excelente exemplo seria a sociedade grega e romana.

O pensador britânico Gilbert K. Chesterton corrobora este pensamento destacando que, “na ordem humana, único tipo completo da ordem universal, não existem famílias sem sociedade, assim como sociedades sem famílias”, e prossegue seu raciocínio na medida em que: “A família humana não passa no fundo de nossa menor sociedade; e o conjunto normal de nossa espécie forma apenas, em sentido inverso, a família mais vasta” (O que há de errado com o mundo. *Jornal Londrino*).

A origem patrimonial implica em salientar a disparidade de patrimônio que sempre existiu nas sociedades. Assim, Marx destacava que a “história da humanidade se revela na luta de classes”, que é eterna em virtude desta disparidade econômica. Assim, haveria uma dominação entre o detentor de patrimônio (e capital) sobre o trabalhador (ou escravo). Aliás, o Direito teria a finalidade de garantir esse domínio e o patrimônio daqueles que detêm o poder econômico. Um bom exemplo seria o feudalismo.

Por fim, há quem defenda que a sociedade é fruto da força. O homem se agrupa em sociedade devido à submissão dos mais fracos em detrimento dos mais fortes, ou seja: a sociedade se forma com a imposição cultural, econômica, religiosa, filosófica, artística e histórica de um grupo vencedor a um grupo vencido.

Ora, ainda cabe responder às seguintes perguntas: tendo em vista que um grupo de homens pode se reunir para fins diversos em grande variedade de números, como definir se há sociedade? O que distingue a sociedade de um simples agrupamento humano?

A doutrina política converge para três elementos essenciais que definem a sociedade: o primeiro é uma finalidade ou valor social que, em nossa sociedade moderna, reside no bem comum; o segundo reside

nas manifestações de conjunto ordenadas, que se traduzem na ordem jurídica, e por fim o poder social, que existe de modo abstrato com a finalidade de dirimir conflitos, legitimado e aceito pelos governados.

Como a Ciência Política não é estática e possui vários métodos de abordagem e interpretação, convém destacar que há quem os classifique de outro modo: num primeiro momento apresentam elementos materiais que se constituiriam em homens, numa base física; um segundo, seriam os elementos formais constituídos de normas jurídicas, organização e poder; e, por fim, um terceiro elemento finalístico que se reveste no bem comum, no progresso, na cultura.

Por fim, devemos levar em conta que, atualmente, inúmeras teses são elaboradas sobre a sociedade, sua existência, origem e até extinção. A sua extinção é algo que merece atenção. É patente que a sociedade moderna adapta-se rapidamente, mas ainda precisa ser lapidada para que possa cumprir sua finalidade, nomeadamente o bem comum e a conseqüente felicidade do homem.

Para tanto, hoje em dia apresentam-se fatores essenciais que devem ser lidados e que, para os filósofos que abordamos nesse capítulo, fundamentalmente na época em que viveram, simplesmente não existiam. Fatores de etnia, religião e até sexual (que varia de gravidade e tolerância de sociedade para sociedade). O medo da extinção da sociedade passa a ser até maior do que a do próprio indivíduo, ou seja, com a eventualidade de sua própria morte.

Devemos ter a certeza de que as línguas (como a nossa por exemplo) estará trancafiada num livro de relíquias (tal como, hoje, acontece com o grego clássico e o latim) e nossas leis e costumes se tornarão, igualmente, obsoletos. Mas é difícil para o homem conceber e não temer a extinção da sociedade.

Se observarmos na literatura, a preocupação com o problema é constante. No ano de 1999, os leitores de determinada rede de livros americana votaram como seu livro predileto em *O senhor dos anéis*, de J. R. R. Tolkien. Uma das preocupações constantes deste escritor residia não na mortalidade do indivíduo, mas sim do grupo social. Lembremos que Tolkien participou da Primeira Grande Guerra e pôde constatar a incerteza quanto ao destino da Europa e da humanidade –

temendo o retorno às trevas, em que a vida estaria “por um fio”. Assim, na obra observamos uma luta para garantir a existência não de um ou de outro personagem, mas sim da sociedade, do grupo.

Ora, numa era em que guerras buscam dizimar culturas para impor outras culturas ou modo de vida, a obra em comento revela-se atual. Tolkien criou uma referência sem precedentes. A preservação da sociedade, da identidade cultural ainda faz até os dias atuais com que o homem busque a sua própria morte (embora por causas dotadas de maior ou menor nobreza...). A perspectiva do fim/da extinção da sociedade, tal como estamos tradicionalmente acostumados a concebê-la ou integrá-la, gera o temor e repugnância natural no homem. Eis a explicação para a repulsa natural que faz brotar uma figura como a de Hitler.

Por fim, como ponto de reflexão, destaca-se o pensamento do escritor russo F. Dostoiévski, que em *Duas narrativas fantásticas* trouxe um pensamento que se enquadra perfeitamente no tema proposto:

“Quando se tornaram maus, começaram a falar fraternidade e humanidade e entenderam essas ideias. Quando se tornaram criminosos, conceberam a justiça e prescreveram a si mesmos códigos inteiros para mantê-la, e para garantir os códigos instalaram a guilhotina” (2011, p. 118).

Capítulo 3

◆ O Estado

O conceito de *Estado* muda conforme o pensador e a época. Assim, convém analisar algumas definições que, no fundo, acabam por se complementar, umas às outras.

Maquiavel debruçou sobre o tema, e seu conceito de Estado acaba por ser um dos pontos marcantes de seu pensamento. Começamos, neste capítulo, com este pensador, na medida em que inaugurou o termo “Estado”, diante de uma perspectiva moderna (ao que os gregos, como vimos, chamavam de *polis* e os romanos de *res publica*). Para ele, os princípios fundamentais de um Estado são essencialmente dois: boas leis e boas armas. O Estado deve, então, propor-se ao bem público, porém nem todos convergem e acertam em definir qual efetivamente o bem público. Um dos objetivos do filósofo foi o de explicar a origem do Estado e a essência da autoridade.

Notamos ainda, no pensamento deste filósofo, que o Estado precisa, antes de mais nada, da obediência irrestrita por parte de seus cidadãos. O Estado, assim, necessita de ordem instituída, para existir e se caracterizar como tal. O poder supremo do Estado, *summa potestas*, seja na república ou na monarquia, tem suas razões e não pode abrir mão delas em virtude do povo.

Para Georg Jellinek, “o Estado consiste na unidade de associação dotada, originariamente, de um poder de dominação e formada por homens instalados num determinado território” (*Teoria general del estado*, 1954, p. 133).

Observamos, contudo, que os autores de Direito costumam abordar de modo diverso essa visão do Estado, apresentando como elementos essenciais: *o povo* (para outros, a nação), o território e *o poder político*

que é exercido nesse espaço. Assim, o professor português Marcello Caetano, por seu turno, definiu o Estado como “um povo, fixado num território de que é senhor, e que institui, por autoridade própria, órgãos que elaborem as leis necessárias à vida colectiva e imponham respectiva execução” (*Manual de direito constitucional e ciência política*, p. 186).

Devemos ter em mente a distinção entre o Estado na acepção *lata*, que é dotado de soberania e que se insere na pessoa coletiva de direito internacional, e o Estado em sua acepção *restrita*, que se reveste numa pessoa coletiva de direito público interno.

Assim, chegamos a uma definição fundamental, trazida também pelo professor português Marcelo Rebelo de Sousa, para quem o Estado trata-se de “um povo fixado num determinado território que institui por autoridade própria, dentro desse território, um poder político relativamente autónomo” (*Direito constitucional I: introdução à teoria da Constituição*, p. 85). Essa teoria, na verdade, traduz uma visão clássica na doutrina jurídica: dela decorre a teoria dos elementos do Estado, ou seja: das condições de sua existência.

Vale advertir que essa *visão jurídica* não pode, de modo algum, limitar aquele que pretende se debruçar sobre o tema. Há que buscar subsídios na Ciência Política e na Sociologia, uma vez que essa visão pode se revelar demasiado simplista, escondendo as contradições, os conflitos de interesse, as diferentes forças políticas que se aglutinam na elaboração da norma, ou até mesmo na sua efetiva aplicação ou diferença entre o que é elaborado pelo legislador e sua adequação à realidade social.

Neste ponto, chegamos à delimitação destes elementos que compõem o Estado:

1) Povo

Trata-se aqui de um conceito estreito com o Estado.

Em nossa doutrina, *povo*, portanto, são aqueles que nascem no território brasileiro (ou em embarcações ou aeronaves) ou são naturalizados. Convém, neste passo, distinguir do conceito de *população*. Assim, neste caso, implica o acréscimo dos estrangeiros

residentes num determinado espaço político-social. Como vimos, tal como na democracia grega (e seu legado para a posteridade), nem todos os indivíduos de determinada população têm a capacidade de intervir nos destinos, na condução do Estado.

A estes, resta-lhes apenas o dever de cumprir as normas estabelecidas pela comunidade a que estão inseridos. Em suma: trata-se do conjunto dos indivíduos de determinada sociedade.

II) Território

Trata-se, essencialmente, da base geográfica do Estado (área juridicamente atribuída a cada Estado) onde é exercida a soberania e abrange o solo, o espaço aéreo, os rios, mares, lagos e subsolo. O Estado então atua como proprietário do território, ocupando-o com exclusividade.

Neste sentido, em qualquer Estado, existe a necessidade de um território para que sejam identificados e delimitados os seus limites de soberania. Neste passo, convém lembrar o caso da Palestina, que se revelou num Estado sem território – na medida em que a maioria de seus membros estava no exílio, o que faz com que alguns autores venham a defender que o território não seja, portanto, um componente essencial do Estado.

Dentro da Organização Política brasileira, é importante notar, existe igualmente a divisão em parcelas territoriais (internamente), sendo que cada uma tem sua função a desempenhar dentro da Federação, suas relações com os órgãos superiores e com a administração central.

III) Soberania

Um dos elementos essenciais para a compreensão e definição do Estado é a soberania. Ao longo da História, este conceito de soberania também foi analisado e descrito em sentidos variados, seja no tempo, seja no espaço.

Assim, na Grécia Antiga, podemos constatar em Aristóteles o termo *autarquia*, designando-se, com isso, o poder moral e econômico de autossuficiência do Estado. Este conceito adentra, aliás, como quase

tudo, em Roma, e se traduz lá como *imperium*, que designava um poder político superior, que seria inquestionável. Na Idade Média, constatamos o papel do *suserano*, que também era praticamente intocável. Este poder, posteriormente, passa a ser personificado na figura dos monarcas sob o fundamento de que estes seriam a representação do poder divino na condução do Estado. Já no Estado moderno, desde a Revolução Francesa passa a ser aceito o fato de que o poder político emana, fundamentalmente, da vontade do povo.

Se observarmos o Estado federado, por exemplo (como os Estados Unidos da América ou o Brasil), constataremos que os Estados-membros não são soberanos (note que a designação “membros”, por si só, já afasta a soberania). Assim, depreende-se que uma das condições essenciais do federalismo é que os Estados-membros abram mão de sua liberdade irrestrita para, juntos com os demais, rumarem a um ponto comum. Neste sentido, as unidades da Federação integrarão a União; denominam-se Estados-membros, com autonomia de direito público interno, porém deixando como privativo da União o poder de soberania, seja no plano interno ou internacional.

Ora, o filósofo Jacques Maritain acreditava que a Ciência Política deveria se libertar dessa palavra “soberania”. Não acreditava que o termo, em si, estava ultrapassado, mas salientava que o termo gerava dificuldades e confusões no âmbito do Direito Internacional. Diante da filosofia política, trata-se, para ele, de um termo ilusório que continua a ser empregado por força, apenas, da tradição.

Neste sentido, ao conceito de Estado encontra-se não só a *força* como também a sua *legitimação* (desde a forma de designação de seus órgãos como também a resolução dos problemas que surgem da vida em sociedade, cabendo-lhe dirimi-los).

Concluindo: o Estado se revela num *aparelho que exerce o poder e a autoridade* numa sociedade, devidamente inserida em determinado território, com a finalidade precípua de assegurar determinado modo de produzir bens e dirimir conflitos que possam advir dessa mesma sociedade. Agora, se adicionarmos aqui elementos marxistas, resultará então que o Estado busca, igualmente, equacionar as forças necessárias para que se obtenha o máximo de *consentimento*, elemento essencial

para que seja possível assegurar a continuidade da dominação e organizar o poder.

1. As funções do Estado

I. *Função jurídica* – esta se divide em:

- a) *função legislativa*, que consiste precipuamente em criar leis;
- b) *função executiva*, que consiste em assegurar o cumprimento das leis.

II. *Funções não jurídicas*, que, por sua vez, dividem-se em:

- a) *função política*: destina-se à conservação da sociedade política e à definição e prossecução dos interesses gerais da comunidade;
- b) *funções técnicas*: destina-se à produção de bens ou prestação de serviços destinados à satisfação de necessidades coletivas de carácter material ou cultural.

2. A teoria da separação de poderes

A teoria da separação dos poderes revela-se num dos dogmas políticos mais famosos que se inserem no constitucionalismo moderno. Este tema tem sido considerado um dos fundamentos essenciais da teoria de governo. A avaliação da menor ou maior separação entre os poderes, sua delimitação, estruturação, permite-nos descobrir a forma de determinado governo.

A separação de poderes é um dos temas mais discutidos pela Ciência Política ocidental e remonta à Antiguidade Clássica. Embora a ideia de repartição política de poderes e a ideia de repartição social desses mesmos poderes só apareçam com nitidez nos textos de Montesquieu, no século XVIII, já vinham consignadas na “Política” de Aristóteles, que tinha por objetivo instaurar uma república que constituiria um “meio-termo” entre a oligarquia (revela-se no governo dos ricos) e a democracia. Essa questão foi objeto de estudo de Platão, Políbio, Cícero e Maquiavel.

O que se constata dentre as preocupações destes pensadores é a real necessidade em dividir funções, prevenindo, com isso, que um poder se sobressaia aos demais, um abuso de poder, ou que se concentre numa só mão.

Na época moderna, esta teoria encontra um campo fértil na esfera da luta pelo poder. Observamos que os adeptos do poder real absolutista tinham como objetivo transformar o Parlamento num simples conselho do rei, esvaziando, assim, sua estrutura. Por outro lado, havia também aqueles que tinham por objetivo a limitação de assembleias com excessivo poder (inclusive com funções jurisdicionais), por exemplo, a da Inglaterra de Carlos I.

Contudo é no pensamento liberal que esta teoria encontra o seu auge, principalmente quando é inserida na Constituição. Se observarmos a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1791, em seu art. 16º, estipula que: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, **nem estabelecida a separação dos poderes**, não tem constituição”.

Na relação “Poder Legislativo-Poder Executivo” foi trazido por Locke o poder federativo (com alçada para as questões da paz e da guerra, realizar tratados e fazer alianças, bem como manter relações com comunidades estrangeiras). Este poder, convém destacar, distingue-se do Poder Executivo na medida em que a este cabe aplicar a lei dentro de determinado Estado. Locke ainda ressaltava o poder de prerrogativa que traduz a função de realizar o bem público, sem obedecer a normas prévias, em determinadas circunstâncias excepcionais (no Brasil Imperial, encontra aqui raízes o Poder Moderador, que estava concentrado nas mãos do imperador junto com o Poder Executivo).

Já Montesquieu distingue três espécies de poderes em que delimitava o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o poder de julgar que, na sua filosofia, ganha um espaço especial, ou seja: o Poder Judiciário. Para o filósofo em comento, o Juiz é um homem cuja função consiste exclusivamente em ler e dizer a lei (em sua obra *O espírito das leis* ressalta que o poder de julgar, “terrível entre os homens”, deve ser “invisível e nulo”). Essa teoria clássica da separação de poderes se transforma (obviamente que de uma maneira mítica e simbólica) numa espécie de *vestigium trinitatis*, uma versão secular, na Ciência Política, do mistério da Trindade.

Vale, contudo, uma ressalva que raramente é destacada, porém é importante reter: Montesquieu acreditava que o Poder Executivo deveria estar nas mãos de um *monarca*, uma vez que é mais bem administrado apenas por um em detrimento de vários. Assim, a monarquia limitada pressupõe que os ministros estejam subordinados ao poder real e não existe responsabilidade política perante o parlamento.

Sua obra não aponta para um regime parlamentar, mas sim é notória por ressaltar a independência dos poderes. Vale destacar que é com Benjamin Constant (pensador importante para a Política brasileira do início do século passado) que temos as condições criadas para o surgimento do regime parlamentar.

Convém destacar, também, algo que nossa história e tradição republicana insistem em ocultar: que a teoria da separação de poderes está intrinsecamente ligada à aristocracia e à monarquia. Notamos que os poderes dos monarcas eram, fundamentalmente, moderados; contudo, tinham importância mais marcante em relação às monarquias da atualidade.

A propósito, Loewenstein, no que tange à separação de poderes, ressaltou que esta não é senão a forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e de controlar a necessidade do poder político. Isso nos leva, segundo ele, invariavelmente, a constatar que é um equívoco (no que tange ao rigor) a designação *separação de poderes* estatais; notamos, pois, que na realidade se trata de *distribuição de funções* estatais.

Ora, aqui temos outro tema que se revela importante: a existência de separação de poderes não implica, de modo algum, a falta de colaboração entre eles (alguns, de modo leviano, atribuem a ideia a Montesquieu). Assim, quando analisamos a *faculté de statuer* (que se traduz na capacidade de ordenar ou corrigir por si mesmo uma resolução tomada por outro) e a *faculté de empêcher* (que traduz o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro), acarretam, como pressuposto lógico, que tanto o Poder Executivo como o Legislativo devem estar conectados por um liame de comunicação permanente e influências recíprocas e atuando em franca sintonia.

Assim, é fácil constatar a razão por que, em Montesquieu, a “separação de poderes” se revela num conjunto de combinações, fusões e colaboração entre os poderes.

A História é mestra ao evidenciar as mudanças nas diferentes sociedades. Com isso, notamos a mudança avassaladora que sofreram tanto o Poder Executivo como o Poder Legislativo. Obviamente que este tem sido mais favorecido uma vez que traz sobre si uma simbologia essencial dentro da democracia: a representação popular – essencial dentro de uma democracia direta. O outro, essencialmente (em alguns Estados), teve a substituição do rei pelo Presidente da República e que, nem sempre, está em sintonia com o Parlamento. Convém notar que mesmo nas democracias presidencialistas, como os Estados Unidos da América e o Brasil, o Presidente, por vezes, depende do Legislativo.

Contudo, nos dias atuais, é pacífico o conceito de que a separação dos poderes é uma tendência que parece estar consagrada. Aliás, já são raros os casos em que constatamos o monopólio de um tipo de função num único órgão. Assim, com a separação de poderes, notamos que as várias funções do Estado estão distribuídas a diversos órgãos de soberania, sem que isso implique o *exercício exclusivo* de cada função por cada um destes órgãos.

É óbvio que não existe – tal como o Acadêmico poderá, ao longo de seus estudos, deduzir – um sistema perfeito. Para tentar dirimir alguns problemas e dificuldades que a teoria da separação de poderes acarretou, houve a preocupação em, por exemplo, atribuir relevo na *separação vertical de poderes*, quer dizer, entre a União, o Estado-membro e o Município (cf. na Constituição de 1988 os arts. 18, 19, 20, 21, 22, 23 e 24).

Notamos também como exemplo a tendência para apresentar um “quarto” poder destinado ao papel da comunicação social. Não podemos deixar de patentear que esta condiciona de modo marcante a atuação política (aqui, ressalte-se, *todos* os Poderes: Judiciário, Legislativo e Executivo). É comum notarmos que as ações destes Poderes são, muitas vezes, direcionadas para ela. Estes órgãos de comunicação social têm, muitas vezes, um papel decisivo na formação

de opiniões, julgamentos (*trial by media*) e no controle do poder político. Por outro lado, um fator importante impede, igualmente, que este “poder” exerça livremente suas “funções”: é comum verificar a íntima ligação que se nota entre a comunicação social e o poder econômico e político.

Neste mesmo diapasão, destacamos que, em 1976, o antigo presidente da França, V. Giscard d’Estaing, escreveu um livro denominado *A democracia francesa (Democratie Française)*, no qual apontou a existência de quatro “poderes” (nomeadamente, no capítulo que versa sobre a organização dos poderes na democracia francesa). Para ele, uma democracia só existe ou se afirma como tal com a existência harmoniosa e independente destes quatro “poderes”: o *poder político*, o *poder sindical*, o *poder econômico* e o *poder da imprensa*. O estadista francês concluiu em sua obra que cada vez que esses “poderes” se contaminam (ex.: o poder sindical deseja obter o poder político ou o poder da imprensa busca obter o poder econômico) há uma crise na democracia; passa a existir, então, uma *falsa democracia*.

Obviamente que o presidente francês, ao denominar “poder” nessas duas passagens acima, revela um pensamento político pouco convencional. Isso porque esta palavra está consagrada e reservada – no que tange à Ciência Política – à Organização do Estado (nomeadamente, no Judiciário, Executivo e Legislativo). Nestes casos supramencionados a melhor designação, ao invés de “poder”, seria *força*. Assim, a imprensa, mais do que um quarto poder se revela numa grande força. Este termo, quando direcionado ao estudo do Brasil, ainda deve ser visto com mais cautela; de maneira bem diferente da Europa, o Estado brasileiro tem mais força do que as “forças” acima elencadas, pois a ideia de Nação, para nós, é mais central.

Contudo, o essencial deste ponto aqui estudado é que o problema, apresentado por Montesquieu e pela filosofia liberal, deixa em aberto questões essenciais para o Direito: é fundamental que o poder trave o poder, ou seja, um poder não pode, de modo algum, sobrepor-se a outro, sem que, com isso, deixe em xeque a democracia. Eis, então, a importância de nosso próximo tópico.

3. Checks and balances

Há, nas democracias modernas, a nítida convicção de que é preciso prevenir o abuso de poder. Isto implica que o poder deve ser distribuído de tal sorte que o poder supremo resulte de um sábio e prudente jogo de equilíbrio entre diferentes poderes parciais, em vez de ser o produto da sua concentração nas mãos de um só (ou de poucas mãos). O sistema de freios e contrapesos é parte da Constituição estadunidense e, naquele diploma, tem a função precípua de que nenhum dos poderes sobressairá aos demais. Nossa Carta de 1988 caminha no mesmo sentido.

Assim, a título de elucidação, tomemos o Poder Legislativo. Sua função essencial é elaborar as leis. Deste modo, o Poder Executivo tem a possibilidade de sancionar ou de vetar essas leis. E, ainda, o Poder Judiciário, a capacidade de dizer se a lei está em sintonia ou não com nossa Constituição.

Outro exemplo reside no fato de que é o Poder Legislativo que aprova os projetos de lei e o orçamento que regulamenta as despesas. Ora, assim, controla (dentro de uma previsão estipulada na Constituição) o Executivo e o Judiciário. Porém, lembramos que o Presidente da República, por sua vez, sanciona ou veta aquilo que foi aprovado pelo Congresso. Notamos então que, enquanto os três poderes mantiverem o equilíbrio, impedindo-se com isso que um se sobreponha aos demais, a democracia estará segura e estável.

Analisemos, por fim, o seguinte artigo da Constituição Federal de 1988: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

4. Formas de legitimação do poder

Como vimos anteriormente, na definição de Estado, vem à baila, invariavelmente, a questão da legitimidade, do consentimento, ou seja: as razões ou fundamentos que levam a vontade do Estado a ser acatada.

Notamos que, ao longo da História, os fundamentos trazidos pelos filósofos para justificar a imposição e justificação do exercício do

poder e sua efetiva aceitação e obediência são bastante diversos. Aliás, basta lançar os olhos para o cenário político mundial e constatar que esta, ainda, é uma questão fundamental. É sustentado por muitos que a sociedade não pode deixar de delegar o poder para aqueles que decidam em seu nome; em contrapartida, há aqueles que defendem que a sociedade, em vez de ser simples objeto de exercício de poder, deve tomá-lo nas mãos, diretamente.

Obviamente que, ao analisarmos esse ponto, devemos retomar o conceito weberiano a propósito da legitimidade, com a célebre tripartição: *poder tradicional*, *poder legal* e o *poder carismático*.

Ora, segundo Weber, o poder tradicional é assente na crença de que se deve respeito ao poder consagrado pela tradição, bem como à pessoa ou às pessoas que detêm o poder, nos moldes dessa mesma tradição.

Por sua vez, o poder legal traz atrelada consigo a crença de que as normas do regime são legais, estabelecidas racionalmente, com a finalidade de legitimar o poder e os comandos que deste derivam sob a égide destas normas.

Por fim, o poder carismático se assenta nas qualidades reais ou imaginárias, atribuídas a um chefe (sendo de relevância secundária as instituições). Vale lembrar que esta última forma de poder tem uma existência breve, efêmera, pois coincide com a existência do próprio chefe. Há, contudo, situações em que uma revolução ou um golpe têm o condão de se transformarem num poder carismático ou até em poder legal.

No mundo atual, a legitimação do poder tem ocorrido por via legal, por meio de eleições, solucionando, com isso, uma questão que pode ser incômoda nas outras duas formas de poder analisadas: a da *transmissão do poder*.

Obviamente que neste poder legal ainda existem questionamentos quanto a sua legitimidade no que tange: à pouca participação dos cidadãos nas decisões governamentais, à ausência de uma igualdade de oportunidades mínima entre os cidadãos, às técnicas de marketing cada vez mais apuradas, à persuasão política (que por vezes nada têm a ver com escolhas políticas essenciais...). Ou seja: trata-se de problemas

cruciais que interferem na legitimidade, trazendo máculas a esta espécie de poder.

5. A democracia direta

Como é cediço, o século XIX consagra o triunfo da democracia representativa liberal. Deste modo, constatamos a consagração da filosofia de Locke e de Montesquieu.

O problema que o processo histórico teve a missão de “lapidar” foi no que tange à implementação e ao alargamento dessas filosofias. Assim, ampliou-se o direito ao sufrágio (às mulheres, aos que não detinham propriedade, aos jovens e analfabetos). Contudo, praticamente não há anseio pela mudança da democracia representativa pela democracia direta. Não se observa, ao longo da História, a vontade de colocar o eleitorado para tomar decisões em detrimento do Congresso ou Parlamento.

Já no século XX observamos que houve um crescimento no ceticismo, na dúvida em relação à capacidade efetiva de decisão do eleitorado. A título de elucidação, é atribuída a Churchill a seguinte frase: “o melhor argumento contra a democracia reside numa conversa de cinco minutos com o eleitor comum” (*The best argument against democracy is a five minutes conversation with the average voter*). Este ceticismo se dá nomeadamente nas situações em que a decisão política e a decisão de ordem pública se tornaram cada vez mais complexas e amplas.

Ora, também encontramos registro na História momentos em que a opinião pública foi “conduzida”, em que houve abuso de referendos, apelos emocionais, apelos demagógicos etc. Houve claras situações nas quais conceitos autoritários ou totalitários usaram como instrumento a figura do plebiscito.

Convém, neste momento, refletirmos e diferenciarmos o conceito de *referendo* e de *plebiscito*. Primeiramente cumpre observar que alguns os entendem como sinônimos. Porém, basicamente, distinguem-se do seguinte modo: na maioria das vezes, encontraremos a definição de que o referendo se destina a *ratificar decisões estatais prévias*, sendo que isto não cabe ao plebiscito. O plebiscito (decorre do

latim *plebiscitu*), ou seja: o decreto da plebe, nos dias atuais, é utilizado *antes da criação de determinada norma*, com a capacidade decisória (para aprovar ou não) delegada ao povo, por meio de voto.

Há cientistas políticos que enunciam que o referendo tem o condão de apreciar normas, enquanto o plebiscito aprecia pessoas ou acontecimentos.

Contudo, estas definições não podem engessar a compreensão do aluno em face das evidências históricas: vale ressaltar que houve atos plebiscitários que se destinaram a ratificar decisões estatais prévias, como é o caso da *Constituição de 22 de Brumário do ano VIII*, ou (no nosso entender) o plebiscito que teve como objeto a aceitação da Constituição portuguesa de 1933. Ainda por cima, temos também registros de referendos que não são antecidos de prévias decisões estatais.

Se o acadêmico, nesta questão, busca um “porto seguro”, deve aceitar o conceito de que ambos, o referendo e o plebiscito, representam um apelo ao voto dos eleitores devidamente aptos e inscritos. O primeiro está inserido em uma norma constitucional vigente, com uma disciplina previamente definida, e por seu turno, o segundo revela-se excepcional e, geralmente, rompe com a ordem constitucional vigente.

Com relação ao sufrágio, se observarmos a filosofia de Montesquieu, em sua obra *O espírito das leis*, asseverou que o homem comum é incapaz de discutir e gerir a coisa pública, porém *tem plena aptidão de escolher, participando do governo, quem melhor possa representá-lo para a tomada de decisões fundamentais*.

Vale destacar que o sufrágio, então, é uma modalidade de expressão da soberania popular. É assegurado constitucionalmente e trata-se de fundamento de validade para a investidura na função pública eletiva. Eis a razão essencial por que a eleição não pode ser maculada com qualquer tipo de fraude ou abuso, devendo prevalecer a igualdade de oportunidades entre os candidatos.

Um dos princípios luminosos consagrado pela Constituição de 1988, em seu art. 1º, parágrafo único, foi o de que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou

diretamente, nos termos desta Constituição”. Trata-se de um princípio que se assenta numa tradição constitucional brasileira, pois adentrou na *Carta* de 1934, mantido nas Constituições de 1937, 1946 e 1967 (e, também, na Emenda Constitucional de 1969).

Deste modo o sufrágio universal, assim, tem como titular o povo. É exercido pelo povo com o voto direto, secreto e igual para todos (universal – *one man, one vote*), sendo que “povo”, aqui, traduz o eleitorado ou cidadãos no gozo de seus direitos políticos, com capacidade de votar e ser votado – conforme estipula a Constituição.

Observemos, por fim, a título de elucidação, o seguinte artigo da Constituição de 1988:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I – plebiscito;

II – referendo;

III – iniciativa popular...

6. Forma e sistema de governo

As formas em que se organiza o poder variam ao longo da História, levando-se em conta desde a Grécia Antiga, passando por Roma, o Estado Medieval, o Estado absoluto, o Estado totalitário. Na total impossibilidade de nos debruçar sobre os diferentes conceitos, formas e sistemas de poder, preferencialmente, estudaremos na atualidade como se colocam nas democracias modernas.

Vale destacar que o tema proposto pode ser abordado e conceituado de modo diverso, na medida em que, também, são diferentes os autores que o estudam. Deste modo, se analisarmos a visão, por exemplo, de Jorge Miranda, observaremos que “forma de governo é a forma de uma comunidade organizar o seu Poder, o seu governo (em sentido lato) ou estabelecer a diferenciação entre governo e governados. Encontra-se a partir da resposta a quatro problemas fundamentais: o da legitimidade, o da participação dos cidadãos (designadamente em termos de representação política), o do pluralismo ou da liberdade política e o da

unidade ou divisão de poder (ou da separação de poderes)”. Assim, para ele, o sistema de governo seria “o sistema de órgãos da função política; apenas se reporta à organização interna do governo e aos poderes e estatuto dos governantes”. Deste conceito, ele elenca “oito formas de governo modernas (monarquia absoluta, governo representativo clássico ou liberal, democracia jacobina ou democracia radical, governo cesarista, monarquia limitada, democracia representativa, governo leninista, governo fascista)” (*Manual de direito constitucional*, p. 205).

Ora, se observarmos, por outro lado, os conceitos apresentados por Vital Moreira, este elenca que a parte organizatória da Constituição portuguesa “é tradicionalmente entendida como a parte onde se define a forma de governo, ou seja: a) a estrutura e posição jurídico-constitucional dos vários órgãos de soberania com funções de direcção política do estado; b) a distribuição do complexo de competências e funções atribuídas aos órgãos constitucionais na definição de vontade política do estado e na condução da política do País” (*Fundamentos da Constituição*, p. 199-200). Por sua vez, a forma de Estado seria a tradução de estruturas económicas, sociais e políticas que caracterizam globalmente a articulação entre o poder político e a sociedade.

Assim, os termos em análise se adaptam melhor quando esmiuçados. Ora, por forma de Estado entendemos, sob dois prismas: a) o modo de designação dos titulares de órgãos de soberania (exs.: monarquia, república, governo fascista etc.) e, b) a repartição dos poderes e a própria articulação entre eles, tanto na esfera horizontal: presidencialismo, parlamentarismo etc., como na esfera vertical: Estados unitários, federais.

Ora, já no que tange ao sistema de governo, trata-se essencialmente da maneira que o poder é exercido e dividido no âmbito político de determinado Estado.

Já para analisarmos o conceito de sistema de governo usado pelo Brasil, trata-se essencialmente do Presidencialismo. Deste modo, como indica o próprio nome, o nível de poder mais elevado é o do Presidente da República, (auxiliado pelo Vice e Ministros de Estado).

Na verdade, o presidencialismo é considerado por muitos um dos mais modernos regimes de governo, ou seja, é o palco onde a democracia é amplamente exercida (aliás, analisando a nossa História, talvez não seja absurdo afirmar – felizmente ou infelizmente... – que o Brasil tem vocação natural para esse tipo de sistema).

Dentro do regime parlamentarista, há nítida distinção entre o Chefe de Governo e o Chefe de Estado. Assim, o Chefe de Estado apenas tem a função de “simbolizar a Nação”.

O parlamentarismo clássico, puro, caracteriza-se por um certo “papel secundário” da figura do Chefe de Estado quando comparado à força política que detém o Parlamento. Podemos, então, encontrar a figura de um monarca que não é eleito diretamente, ou de um presidente eleito pelo povo. Ao Chefe de Estado compete nomear o Chefe de Governo, nomeadamente o Primeiro-Ministro (a bem da verdade a seleção do Primeiro-Ministro é de competência dos chefes dos partidos com representação no Parlamento). Esta forma de governo nos remete à época do Estado de partidos, em que o Primeiro-Ministro, líder do partido majoritário, é o que possui maior peso de decisão política.

Com ligeiras variações o parlamentarismo se dá do seguinte modo: há, primeiramente, eleições. A partir daí, tanto o partido político ou a coligação determinará quem será o Primeiro-Ministro, bem como os que vão ocupar pastas nos respectivos ministérios. Os nomes são conduzidos ao Chefe de Estado, que os submete ao Parlamento. Caso os nomes sejam efetivamente aprovados pela maioria, o gabinete é empossado e governa durante o período legal. Caso a maioria entenda, em determinada ocasião, que esse ministério não possui mais a credibilidade ou capacidade de convergência, vota uma moção de desconfiança ou de censura, e o governo cai. Ocorrem, daí, novas eleições.

É importante reter que o parlamentarismo obteve sua evolução na *íntima união entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo*, ao que muitos destacavam ser a tradução do eficaz funcionamento do governo britânico. Este modelo é patente na Grã-Bretanha, no denominado “modelo de Westminster”, em que há a proclamação da soberania

parlamentar e ênfatizaç o da representatividade do parlamento (com supremacia real do gabinete). Convém destacar que, até os dias atuais, este sistema (diante dos países republicanos) busca – até agora de maneira infrutífera – um equilíbrio entre o governo e o parlamento.

Isso nos leva necessariamente a crer que o cenário natural para o parlamentarismo é a monarquia constitucional, sendo que metade dos regimes parlamentaristas contemporâneos manteve a forma monárquica (e, nela, governo e parlamento mant m melhor equilíbrio, mesmo com o esvaziamento dos poderes da Coroa). Os poderes do monarca são, basicamente, formais: compete-lhe frequentemente designar o Chefe de Governo, dissolver o Parlamento. Deste modo, se observarmos a Rainha da Inglaterra, *grosso modo*, reina, mas não governa; ela é apenas Chefe de Estado.

Já no presidencialismo, o Presidente da República acumula dupla função: a de Chefe do Governo na condução administrativa do País (auxiliado, obviamente, pelo Vice-Presidente e Ministros de Estado) e Chefe de Estado (em que simboliza a Nação). Neste sentido, tanto o Presidente da República como os parlamentares são escolhidos por um período determinado na Constituição (em alguns países a cada cinco anos, no Brasil a cada quatro anos).

Embora em países onde a forma e o sistema presidencial podem identificar-se, com a efetiva eleição do Presidente da República, diretamente pelo povo (como   o caso do Brasil), nos Estados Unidos da América, por seu turno, o Presidente é eleito por um colégio eleitoral, cujos membros são diretamente eleitos em virtude do apoio fornecido a determinado candidato. Assim, alguns atentam que nos Estados Unidos da América há o sufrágio universal *quase direto*.

Segundo alguns, a França se inspirou no sistema dos Estados Unidos, mas não respeita, segundo alguns, a separação de poderes e sua partilha equilibrada e harmoniosa no que tange ao tema em questão. Aliás, l , há forte concentração na figura do presidente.

Assim, a forma de governo presidencialista se caracteriza, como vimos, pelo sistema de *checks and balances*, onde é permitido ao Presidente vetar ou sancionar atos do Legislativo (embora também haja a possibilidade da superação de eventual veto, pelo Legislativo).

7. Breve análise da ditadura

Embora muitos países do mundo estejam, ainda hoje, vivendo sob ditaduras, há efetiva falta de percepção sobre o seu real conceito ou definição.

Podemos constatar a origem das ditaduras em fatores econômicos, institucionais, de classe social e até em fatores relativos à etnia. “Ditadura” são tipicamente regimes brutais, cruéis, sob a condução de um indivíduo que detém *o poder absoluto*. Porém, cada um destes ditadores possui inclinação para uma característica de maldade peculiar.

Há ditaduras que se apresentam totalmente imprevisíveis. A título de elucidação, na Uganda, Idi Amin, no ano de 1972, sancionou um decreto, expulsando milhares de asiáticos que não eram cidadãos de seu país, levando o país a um caos econômico.

Algumas ditaduras se revelam demasiadamente repressivas: a ditadura no Uruguai, por exemplo, chegou a manter o nível mais alto de presos políticos no mundo. Outras se revelam extremamente brutais: assim, a brutalidade do ditador Saddam Hussein ganhou notoriedade mundial, com total desrespeito à opinião internacional (vale lembrar que a revista francesa *Le Nouvel Observateur* publicou um artigo sobre o ditador iraquiano, intitulando-o de “monstro”, “assassino” e “perfeito idiota”, sendo processada por ele por danos morais).

Deste modo, os regimes autoritários apresentam desafios na sua compreensão pelo fato de que são efetivamente autoritários e, como consequência, diversos entre si, na medida em que diversos são aqueles que detêm o poder absoluto. Notamos que algumas são apoiadas até pelo povo, na medida em que têm a capacidade – essencial a todos os governos: a de suplantar as necessidades do povo ou *delivery*.

Depois da Segunda Grande Guerra, o tema ganhou importância na Filosofia do Direito. Assim, Hannah Arendt, em sua obra *As origens do totalitarismo*, revela-se num marco sobre o tema. Nesta obra ela analisa as origens que levaram a estes regimes totalitários,

nomeadamente no papel individual dos ditadores (vale lembrar que tinha sob seus olhos os horrores perpetrados por Hitler e Stalin). Demonstra a importância da ideologia nos regimes totalitários.

Observa-se que o líder tem a capacidade de imprimir o horror na população, garantindo com isso a cumplicidade desta. O que se depreende é que a crítica da razão governamental totalitária, elaborada por Hannah Arendt, ainda hoje tem reflexos, pois ainda há muitos regimes com essas características (embora divergindo, entre si, em alguns pontos). Além deste fator, vale destacar que a democracia liberal ainda não conseguiu afastar, na sua totalidade, a ideologia de terror que torna o homem supérfluo.

8. Estado e direito

São várias as maneiras pelas quais podemos observar as relações entre o Estado e o Direito. Primeiramente, podemos observá-las como uma única realidade (daí, a teoria monística), ou, ainda, como realidades distintas e independentes (temos então a teoria dualística), ou, num terceiro momento, através de realidades distintas, mas necessariamente independentes (aqui, observamos a teoria do paralelismo). Ora, então cumpre, de maneira sucinta, analisar estas teorias:

- a) *Teoria Monística*: por meio desta teoria, o Direito e o Estado são encarados como duas realidades sinônimas, mesclam-se, isto é: os dois conceitos convergem num só; traduzem, portanto, uma mesma realidade.
- b) *Teoria Dualística*: esta teoria ressalta uma ideia totalmente oposta à anterior: assim, o Estado e o Direito se revelam em duas realidades diferentes, não se confundem entre si. Neste sentido, o Direito reveste-se num fato social e não estatal. Se observarmos com atenção, o Direito está em constante mutação e, assim, estará sujeito às influências da religião, da psicologia, da sociologia, da filosofia, da economia etc.
- c) *Teoria do Paralelismo*: trata-se aqui de uma posição intermediária entre as duas correntes mencionadas. Esta teoria destaca que o Direito e o Estado se revelam em realidades díspares, mas que são

interdependentes, ou seja: demonstram, de modo parcial, pontos de convergência.

Capítulo 4

◆ A Constituição

1. O constitucionalismo

As Constituições resultaram, fundamentalmente, de uma árdua e longa evolução histórica, proveniente de lutas populares contra as monarquias absolutistas. Observando as cicatrizes da História, a Constituição demonstra ser forjada na luta, coroando insurreições populares.

Assim, o constitucionalismo se revela na expressão jurídica da organização de determinado povo. Trata-se de uma expressão, fruto de um movimento social que tem raízes políticas, econômicas, históricas, filosóficas, artísticas, culturais e ideológicas que “criam” constituições nacionais (observamos aqui que, mesmo havendo reflexos práticos no campo do Direito, trata-se de uma questão fundamentalmente sociológica).

O professor Gomes Canotilho atenta, tendo em vista as exigências da modernidade, que o constitucionalismo é uma técnica específica de limitação do poder para fins garantísticos. Com isso, há a necessidade de limitar o poder dos governantes diante do cidadão e da exigência de leis escritas (destinadas, de igual forma, aos cidadãos). A realidade social mudou e, com isso, há a necessidade de o Direito acompanhar essa mudança. Deste modo, na era moderna, há uma concepção formal do ordenamento jurídico. Surgem as Constituições cidadãs, liberais, formais e que preconizam a existência do Estado de Direito.

Diante do prisma histórico, o constitucionalismo se opera em duas etapas: no constitucionalismo clássico liberal (que ocorre na segunda

metade do século XVIII) e no constitucionalismo social (ocorreu no início do século XX).

O constitucionalismo brasileiro (após a Constituição de 1988) muda o eixo que até então havia se consolidado no positivismo, passa a reconhecer a força normativa e hierárquica da Constituição e novas fontes e métodos de interpretação constitucional. Busca-se atualmente uma Constituição adequada à realidade em detrimento do formalismo puro.

2. O conceito de Constituição

O conceito de Constituição não é algo fixo ou perene, pois esta não é uma realidade em si mesma. A relatividade do conceito de Constituição é fruto da análise de cada diploma existente.

No âmbito geral, “Constituição” traduz o “ato de constituir”, de “edificar”, de “formar”, de “firmar” algo, alguma coisa, ou um grupo de pessoas – essencialmente refere-se a uma organização sistematizada.

No âmbito jurídico, por seu turno, é concebida como a norma fundante, suprema, organizadora de um Estado.

A maioria dos países do mundo possui uma Constituição escrita. A Constituição escrita é fruto da modernidade. Reveste-se na lei maior de um país que institui e estrutura determinada comunidade política e não é, simplesmente, produto de pensamento, mas resultado de ação. A função da Constituição moderna, garantidora dos direitos fundamentais, é a de delimitar as ações do Estado diante do cidadão.

Se observarmos através da História, constataremos que povos do mundo antigo tais como os hebreus, os gregos e os romanos também limitaram, a seu modo, o poder de seus governantes. De fato, existiram organizações políticas, anteriores ao surgimento das Constituições escritas, nas quais imperava um governo constitucional, sem a efetiva necessidade de articulação de limites determinantes do poder político. Estas limitações encontravam-se enraizadas tanto nas convicções da comunidade como nos costumes nacionais que eram respeitados por governantes e governados.

Aristóteles nos oferece na *Política* um conceito de Constituição que compreende “o modo de ser da *polis*, ou seja, a totalidade da estrutura social da comunidade”. Assim, desta definição do *Estagirita*, obteremos dois pontos fundamentais para a compreensão do que vem a ser a “Constituição”: (i) a Constituição é o ordenamento fundamental de um espaço sociopolítico; (ii) é a Constituição que traduz o conjunto de regras organizatórias destinadas a disciplinar as relações entre vários órgãos de soberania.

Uma das questões mais polêmicas do Direito Constitucional gira em torno da “natureza jurídica da Constituição”; inúmeros autores refletiram sobre o tema e podemos, resumidamente, elencar:

a) *Kelsen*: configura o Direito como ordem normativa, em que a finalidade tem de se assentar numa norma fundamental (a validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma, de uma norma superior). Tal norma superior é a Constituição. *Grosso modo*, revela-se fundante e fundamental, da qual todas as outras devem buscar nela seu fundamento de validade. A Constituição deve ser entendida sob dois prismas:

- 1) No primeiro, num sentido positivo, em que a Constituição representa o escalão mais elevado do direito positivo. É a regra ou conjunto de regras jurídicas por meio das quais se regula a produção de normas jurídicas gerais.
- 2) No segundo, em sentido lógico-jurídico, pois a Constituição consiste na norma fundamental hipotética e, como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, não podendo ser posta por uma autoridade (uma vez que a competência desta autoridade também teria de se fundar numa norma ainda mais elevada...).

b) *Lassale*: a Constituição verdadeira são os fatores reais e efetivos do poder que imperam na sociedade. A Constituição, mesmo escrita, quando não corresponde a estes fatores essenciais está fadada a ser afastada por eles. Destacava, ainda, ser o somatório de fatores reais dentro de uma sociedade. Oportuna é a definição de André Ramos Tavares que destaca, em seu *Curso de direito constitucional*, que a Constituição é o produto pelo qual podemos reconhecer que houve a manifestação do denominado poder constituinte genuíno. Com a

eclosão do poder constituinte, o resultado de sua atividade haverá de ser a produção de um novo texto fundamental.

c) *Schmitt*: a Constituição é uma decisão política fundamental tomada pelo titular do poder constituinte; é a tradução da decisão consciente que a unidade política, por meio do titular do poder constituinte, adota por si própria e se dá a si própria.

No somatório destes vários conceitos, depreende-se que a Constituição é a lei fundamental e suprema de determinado Estado. Traduz-se na regra matriz deste Estado, solidificando suas instituições e estabilizando o seu poder instituidor com o intuito de gerir o Estado e promover o bem-estar social. A Constituição moderna visa a delimitar a ação do Estado. Como foi abordado, a Constituição revela-se também numa derivação dos valores mais nobres de uma sociedade em determinada época.

3. A finalidade da Constituição

A Constituição se revela no conjunto de normas que visam a regular a organização do Estado e as suas funções, definindo essencialmente os direitos e deveres fundamentais dos cidadãos e, de igual forma, a ordem jurídica do Estado. Trata-se de lei fundamental a que todos os cidadãos – brasileiros ou estrangeiros em solo nacional – estão sujeitos.

Assim, a Constituição tem a finalidade de assegurar a unidade de um Estado, definindo o regime político, o sistema jurídico, os poderes, sua efetiva soberania, impondo-se às demais normas do ordenamento jurídico. Ela encontra fundamento no povo, afirma-se com ele; se o povo deixa de existir, inócuo o diploma constitucional.

4. Classificação da norma quanto à hierarquia

A classificação brasileira vem definida no art. 59 da Constituição de 1988 e estipula:

a) *Constituição Federal*: é fruto de poder constituinte originário, tem por finalidade traduzir os anseios do povo, bem como representá-lo, uma vez que foi concebida num momento histórico democrático que reagia contra a ditadura militar. A Constituição (dentro de sua

acepção moderna) não está subordinada a nenhuma lei e revela-se norteadora e hierarquicamente superior a todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro.

- b) *Emendas à Constituição*: elas têm previsão constitucional e possuem força para mudar, ampliar ou complementar o texto da Constituição. A Carta de 1988 estipula efetiva rigidez para alterar o texto constitucional (isso implica em mecanismos e critérios rigorosos e formais para ao procedimento de alteração). Porém, observados os princípios constitucionais, ela pode ser alterada, e a Emenda passa a integrar o corpo da Constituição.
- c) *Lei complementar à Constituição*: a Constituição de 1988 vincula a elaboração de normas jurídicas sobre assuntos definidos no seu texto. A lei complementar tem aprovação por maioria absoluta, estão sujeitas a emendas e também ao veto do Presidente da República.
- d) *Lei ordinária*: trata-se aqui de leis comuns do Brasil, uma vez que podem versar sobre qualquer matéria que não seja destinada pela Constituição à Emenda Constitucional ou à lei complementar. No caso, a lei ordinária é aprovada por maioria simples.
- e) *Leis delegadas*: neste caso, o Presidente da República exerce função atípica, uma vez que a sua elaboração é entregue, conforme previsto no texto constitucional, a ele. Obviamente que, tratando-se de função atípica, o Presidente necessita de autorização do Congresso Nacional. Observamos então que o Poder Legislativo, embora fiscalizando o Presidente da República, abre mão de uma pequena parcela do poder de criar leis para o Poder Executivo.
- f) *Medidas provisórias*: instituto oriundo do direito italiano, revela-se em atos normativos, também editadas pelo Presidente da República, com força de lei, que trazem no seu corpo duas exigências constitucionais: em “caso de relevância e urgência”. Fruto de várias mudanças, para que entre no ordenamento normativo brasileiro, deve ser aprovada pelo Congresso Nacional no prazo de 60 dias a contar da data de sua publicação (prorrogável pelo mesmo período, se necessário).

- g) *Decretos legislativos*: são normas do Congresso Nacional com a finalidade de disciplinar matéria de competência exclusiva deste órgão. São aprovados por maioria simples.
- h) *Resoluções*: disciplinam matéria de competência do Congresso Nacional e produzem efeitos internos. São promulgadas pela Casa legislativa que as expedir.

5. Classificação das Constituições

Doutrinariamente costuma-se classificar as Constituições devido a uma razão pedagógica e epistemológica para delimitarmos onde se encontra a nossa Constituição e as dos demais países. Assim, podemos apontar a seguinte classificação das Constituições:

1) Quanto ao conteúdo

1.a) *Constituição material*: traduz o conjunto de regras materialmente constitucionais, relacionadas ao poder, quer estejam elencadas no corpo da Constituição ou fora dele (regras de matéria constitucional são destinadas a fixar a estrutura do Governo, a delimitação dos poderes e forjar as liberdades dos cidadãos).

Vale destacar neste ponto que nem todas as regras elencadas na Constituição são, forçosamente, normas materiais. Deste modo, são formalmente constitucionais pelo simples fato de estarem inseridas no texto constitucional.

1.b) *Constituição formal*: é estruturada de forma escrita, por meio de um documento solene elaborado pelo poder constituinte originário.

2) Quanto à forma

2.a) *Constituição escrita*: trata-se aqui de um conjunto de regras, codificadas de modo sistemático e científico, inseridas num único documento (alguns doutrinadores apontam que este tipo de Constituição traz consigo características de estabilidade e segurança jurídica).

2.b) *Constituição histórica (dispersa, consuetudinária ou não escrita)*: este tipo de Constituição não existe como um documento formal, mas é fruto da tradição histórica e do costume legal (que se acham, também, por escrito). São formadas por leis esparsas. Um

exemplo clássico é encontrado no sistema jurídico inglês, pois não há uma Constituição escrita (*unwritten Constitution*).

3) Quanto ao modo de elaboração

3.a) *Constituição dogmática*: é concebida racionalmente por um órgão incumbido de sua elaboração, ou seja, por um órgão constituinte (em tese, consagra dogmas consagrados neste momento).

3.b) *Constituição histórica*: trata-se de uma Constituição não escrita que é forjada por um longo processo histórico, da lenta evolução das tradições e costumes consagrados pelo povo.

Concluimos então que a Constituição escrita será sempre dogmática e a Constituição histórica sempre não escrita.

4) Quanto à origem da Constituição

4.a) *Promulgada (popular ou democrática)*: estas Constituições são fruto de uma Assembleia Nacional Constituinte, formadas por representantes do povo eleitos com a finalidade de realizar essa tarefa. É comum os autores destacarem como exemplo as Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1946 e a atual, de 1988.

4.b) *Outorgada*: sua redação e imposição são feitas pelo poder governante (que geralmente exerce alguma forma de dominação), ou seja: exclui-se a participação popular (temos, no Brasil, o exemplo das Constituições de 1824, 1937, 1967 e EC n. 1/69).

5) Quanto à mutabilidade

A estabilidade de uma Constituição está intrinsecamente ligada à questão da rigidez dos procedimentos legislativos que buscam sua reforma. Em razão de sua finalidade e importância, a Carta Magna precisa ser dotada de estabilidade mais do que qualquer outra norma do ordenamento jurídico. Daí, este tipo de classificação está intimamente ligado à maior ou menor complexidade que envolve o processo de alteração da *Lei Maior*.

5.a) *Imutável ou inalterável*: esta Constituição é totalmente inflexível, não prevendo qualquer hipótese de reforma (os autores convergem no sentido de elencá-las como verdadeiras “reliquias históricas”).

5.b) *Flexível*: são aquelas Constituições em que o processo legislativo que norteia sua reforma é o mesmo adotado em relação à lei ordinária.

5.c) *Semirrígida*: neste tipo de Constituição há uma rigidez para parte de seus dispositivos, de seu texto; os demais dispositivos são considerados flexíveis.

5.d) *Rígida*: estas Constituições exigem um procedimento legislativo mais solene, rigoroso, para a alteração do texto constitucional.

Ora, um conceito que merece atenção, neste ponto, é o de *cláusula pétrea*. Estas cláusulas não serão objeto de alteração. Assim, a atual Constituição Federal do Brasil, de 1988, em seu art. 60, § 4º, relaciona as suas cláusulas pétreas do seguinte modo:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.

Vale destacar que ainda existem no corpo da Constituição de 1988 as cláusulas pétreas implícitas. Estas não estão necessariamente previstas no § 4º do art. 60. Como exemplo, destacamos os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º) e seus objetivos fundamentais (art. 3º).

5.e) *Super-rígida*: estas Constituições são escritas e possuem, elencados no seu texto, alguns dispositivos que não podem ser, de modo algum, alterados.

6) Quanto à sua extensão

6.a) *Sintética (sucinta ou concisa)*: trata-se aqui de Constituições de menor extensão. Elas trazem no seu corpo apenas princípios e normas gerais atinentes à organização do Estado (um exemplo clássico é a Constituição dos Estados Unidos).

6.b) *Analítica (prolixa)*: trata-se de um diploma que cuida em detalhes, com minúcias, temas que, por sua relevância, poderiam ser abordados em outro plano (tal como a lei ordinária). Como exemplo, destaca-se a Constituição brasileira de 1988 (o legislador optou ir além do constitucionalismo clássico, analisando assuntos que julgou relevantes para a formação de um novo Brasil, em 1988).

7) Quanto à ideologia

7.a) *Eclética*: são diplomas que abrem espaço para mais de uma ideologia filosófica, econômica, cultural e política.

7.b) *Ortodoxa*: este tipo de Constituição segue a batuta de uma única ideologia (ideologia cultural, política, econômica, filosófica ou religiosa, proveniente de um grupo ou de um único indivíduo).

6. Aplicabilidade das normas constitucionais

O tema em comento é exposto por meio da teoria proposta pelo professor e constitucionalista José Afonso da Silva e que, com o passar do tempo, ganhou abordagens diferentes por parte de outros doutrinadores. Sendo assim, a classificação ocorre do seguinte modo:

◆ *Normas de eficácia plena*: estas normas, como o próprio nome já indica, têm aplicação imediata. Isso significa que não dependem de qualquer regulamentação posterior.

A professora Maria Helena Diniz propõe outra classificação: as *normas de eficácia absoluta*. Seriam, portanto, normas intocáveis, uma vez que após sua elaboração pelo poder constituinte originário não trazem hipótese de alteração (como é o caso já analisado das cláusulas pétreas).

◆ *Normas de eficácia contida*: são normas que, à semelhança das normas de eficácia plena, têm aplicação imediata. Contudo, diferenciam-se destas, pois há uma porta aberta deixada pelo constituinte para que o legislador restringisse a incidência da norma constitucional (eis a razão pela qual o professor Michel Temer utilizou a denominação *normas de eficácia restringível e redutível*). Assim, elencada na Constituição, sua aplicação pode ser reduzida pela lei comum. Vale lembrar que, enquanto não vier a incidir lei

restringindo seu campo de atuação, ela terá, como é óbvio, eficácia plena.

- ◆ *Normas de eficácia limitada*: são normas que possuem aplicabilidade mediata. São dispositivos que possuem eficácia apenas no campo jurídico. Elas dependerão de uma norma inferior (infraconstitucional) para que as torne aptas para incidir no caso concreto (tendo em vista esta característica, nomeadamente o fato de que dependem de complementação de lei inferior, a professora Maria Helena Diniz classificou-as como *normas de eficácia relativa complementável*).
- ◆ *Normas de princípio institutivo*: estas normas, inseridas no texto constitucional pelo legislador constituinte, buscam estipular orientações gerais para que o legislador ordinário possa estruturar órgãos, entidades e institutos, mediante o auxílio da lei.
- ◆ *Normas programáticas*: são normas que implementam política de governo, orientam, norteiam o legislador ordinário quanto ao fim objetivado pelo Estado brasileiro. Trazem, no seu texto, comandos-valores destinados ao legislador ordinário.

O estudo do tema proposto faz-se relevante, uma vez que o Brasil, por meio de sua Constituição de 1988, que é formal e rígida, pode vislumbrar com clareza a questão da hierarquia das normas constitucionais e normas infraconstitucionais.

7. Poder constituinte

Considerando-se que os poderes elencados pelo legislador (Executivo, Legislativo e Judiciário) foram ordenados sistematicamente em nossa Constituição de 1988, há que se concluir, forçosamente, que existe de fato um poder superior que os constituiu, ou seja: o poder constituinte.

Para enquadrar devidamente o tema, o professor Canotilho evidencia quatro perguntas fundamentais que devem ser respondidas.

1) O que é o poder constituinte?

O poder constituinte se revela como “força”, “poder”, “autoridade”, capaz de criar, garantir ou eliminar a Constituição, a lei fundamental de determinada sociedade.

2) Quem é o titular desse poder?

O titular/destinatário do poder constituinte é o povo (também concebido quando formado por associações, indivíduos, igrejas etc.). Ora, em nossa Carta atual, fica patente que o poder pertence ao povo, por meio de seus representantes (“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” – art. 1º, parágrafo único, da CF/88).

3) Qual o procedimento e forma que se opera?

Pode ser elaborado de vários modos: ou por meio de um procedimento legislativo-constituinte desenvolvido no seio de uma assembleia constituinte, ou ser fruto de um procedimento referendário (em que o povo decide a aprovação de um texto previamente elaborado).

A mais importante, contudo, é a quarta pergunta, nomeadamente:

4) Existem ou não limites jurídicos quanto ao exercício deste poder?

Ora, aqui há uma polêmica a ser exposta. De acordo com os adeptos da corrente positivista (que nega peremptoriamente a existência de um direito natural), este poder constituinte, quanto à matéria, é plenamente soberano e não está subordinado a nenhuma regra do direito positivo.

Por outro lado, para os jusnaturalistas (aqueles que atestam a existência de direitos intrínsecos à condição humana), este poder é limitado por força do direito natural. Deste modo, constata-se sempre limitações de natureza ética em razão do próprio direito natural.

Convém então delimitar as espécies de poder constituinte:

1) Poder Constituinte Originário (genuíno, de primeiro grau ou ainda poder inaugural): este poder tem a capacidade de estabelecer uma nova ordem constitucional. Isto quer dizer que tem o poder de fundar um novo Estado que, fatalmente, romperá com a ordem constitucional anterior.

1.a) Poder Constituinte Histórico: este poder tem a capacidade de editar a primeira Constituição, fundante, de um Estado. Isto

significa que é aquele que pela primeira vez estrutura determinado Estado.

1.b) *Poder Constituinte Originário de um golpe ou revolução*: são aqueles que ocorrem posteriormente ao histórico (uma vez que a sociedade é dinâmica) e instauram uma nova ordem constitucional. Aqui, cabe ressaltar brevemente que a diferença entre golpe e revolução reside no fato de que o primeiro é feito por um ou mais segmentos da elite; já o segundo conta com a participação popular ativa.

2) *Poder Constituinte Derivado (poder instituído, constituído, secundário ou de segundo grau)*: ele é secundário porque deriva do poder originário (que previu sua existência e atuação). É limitado (pelo próprio poder originário) e relativo (pois se encontra condicionado ao poder originário).

2.a) *Poder Constituinte Derivado Reformador*: este poder é criado/previsto pelo poder constituinte originário e tem a finalidade de reformar, alterar o texto constitucional. Esta alteração ocorre por meio de Emendas Constitucionais (e, no caso da nossa Constituição de 1988, há matérias – estipuladas pelo constituinte originário – que não podem ser alteradas). Assim, observamos que o poder constituinte originário trouxe uma série de limitações ao poder constituinte derivado.

2.b) *Poder Constituinte Derivado Decorrente*: este também foi criado/previsto pelo poder constituinte originário. Trata-se do poder que foi delegado aos Estados-membros, componentes da República Federativa do Brasil, para elaborar, cada qual, sua própria Constituição.

O exercício do poder constituinte decorrente foi conferido às Assembleias Legislativas. “Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta” (art. 11, ADCT, da CF/88).

Concluindo. Em nossos tempos, nos países democráticos, a maioria das Constituições é fruto de um procedimento solene, como um referendo popular, ou fruto de uma Assembleia Constituinte com a

finalidade de representar o povo. Elas contêm, frequentemente, dispositivos que asseguram a eficácia e a hierarquia de suas regras, editadas pelos canais adequados e pelos poderes devidamente previstos no corpo da Constituição. Atualmente, a grande maioria dos Estados optou por uma Constituição escrita, democrática, delimitando minuciosamente os poderes de atuação do Estado e os direitos fundamentais dos cidadãos.

Capítulo 5

◆ Fontes do Direito

1. Conceito

Vale destacar, primeiramente, que a doutrina jurídica não é uníssona quanto ao estudo das fontes do Direito. Dentre os inúmeros doutrinadores, há enorme diversidade quanto ao tema em estudo.

A expressão “Fontes do Direito” é uma metáfora: num primeiro plano o termo “fonte” tem um sentido de “nascente de água” para elucidar a gênese (origem) do Direito, ou seja: para o Direito, ir até suas fontes revela um ato parecido com o daquele que busca a nascente de um rio.

O termo provém do latim *fons, fontis*, que implica o conceito de nascente de água. A expressão “Fontes do Direito” pode traduzir vários sentidos.

Dentro de uma **perspectiva técnico-jurídica** ou formal, ela designa os *modos de formação* ou *de revelação* das normas jurídicas.

Diante de uma **ótica filosófica** ela traduz o fundamento da *obrigatoriedade* das normas jurídicas.

Numa perspectiva **sociológica** ela traduz *atos* que determinaram o aparecimento de determinado conteúdo das normas.

No âmbito **político**, traduz os *órgãos e situações* envolvidos na elaboração de determinada norma (convém reter que o direito dos países comunistas se inspirou fortemente nas filosofias de Marx e Engels, nomeadamente no *materialismo dialético*).

Num sentido **material ou instrumental** ela se refere aos *textos e diplomas* que contêm essas normas jurídicas.

2. As fontes no direito brasileiro

No âmbito técnico-jurídico, podemos destacar que são quatro as fontes do direito brasileiro:

- 1) *A lei*: norma jurídica elaborada e imposta por um órgão competente.
- 2) *O costume*: é a norma que resulta de uma prática social constante, acompanhada da convicção de sua efetiva obrigatoriedade.
- 3) *A jurisprudência*: que se revela no conjunto de orientações e diretrizes seguidas pelos Tribunais no julgamento concreto de situações fáticas (ou seja: da vida real).
- 4) *A doutrina*: é a tradução da atividade de estudo teórico do Direito (a que formula juízos sobre a adequada regulamentação das relações sociais).

Vale destacar que lei e costume são fontes *diretas ou imediatas* de direito (de formação de direito); por outro lado, a jurisprudência e a doutrina são fontes *indiretas ou mediatas* de direito (são modos de revelação do direito).

3. Breve evolução histórica

Ora, para abordarmos o tema, faz-se necessário irmos até o período pré-romano (aspecto importante da História que infelizmente é relegado a segundo plano na educação formal brasileira).

Assim, a Península Ibérica (nomeadamente, Portugal, que é o principal responsável pelo nosso Direito) foi ocupada por vários povos, principalmente pelos iberos e pelos *celtas*. Ora, a fusão destes povos originou os *celtiberos*, em que se originaram os *lusitanos* (vale destacar que além destes povos que efetivamente residiam e constituíam a franca maioria, na península, outros se estabeleceram, tais como os gregos, fenícios e cartagineses).

A organização política desses povos eram as cidades, que integravam tribos, que, por sua vez, formavam confederações de tribos.

Existiam ali três classes sociais: os nobres (detinham o poder econômico e militar); os homens livres, que revelavam a maioria dos cidadãos; e os clientes e servos.

O Direito encontrado ali era *costumeiro ou consuetudinário*.

Contudo, esse território foi ocupado pelos romanos. Diante deste quadro novo, os povos peninsulares passaram a reger-se pelas leis romanas, que se misturaram com práticas costumeiras anteriores à sua vigência.

Neste esteio, regeram-se também, nos primeiros tempos do domínio germânico (visigótico), elaborando verdadeiros monumentos escritos a partir do século V, que culminaram no *Código Visigótico* (cerca de 654 d.C.).

Ora, os visigodos foram substituídos na península pelos árabes (a partir do século VIII), regidos fundamentalmente por um *direito de caráter confessional*, estabelecido e fundado no *Corão*.

Por meio da reconquista destes territórios árabes, surge Portugal (no século XII), que, até o reinado de D. Afonso III (1210-1279), foi regido pelo direito costumeiro (com uma mistura dos direitos: visigótico, romano, franco e árabe).

É precisamente com D. Afonso III que a lei passa a ser uma fonte extremamente importante para o Direito. A lei passa a disciplinar a vida social do reino; passa a ser elaborada com maior critério. Nesta altura é elaborada a primeira compilação do direito português, no reinado de D. Afonso, nomeadamente as *Ordenações Afonsinas* (que, como vimos, foram substituídas no século XVI pelas *Ordenações Manuelinas* e que, por sua vez, foram substituídas pelas *Ordenações Filipinas* – que vigoraram de 1603 até os Códigos Modernos do século XIX). Assim foi o precedente histórico que forjou Portugal e, conseqüentemente, nosso país.

Agora, cumpre ressaltar que as fontes do Direito são divididas em três categorias:

1) *Fontes históricas*: vale destacar que, embora o direito efetivamente possua um componente de mutação, há certos institutos e ideias que permanecem imutáveis ao longo da História (seja no tempo ou no espaço). Deste modo, estudar a gênese desses institutos ou ideias traz ao cientista do direito uma perspectiva da época, razões que inspiraram a sua formação. Vale acrescentar que, no campo da interpretação do direito, no qual há que se captar a finalidade de

uma lei ou instituto, essa fonte, evidentemente, destaca-se. Fundamental também ressaltar que conhecer o passado levará o cientista a aprimorar seu espírito crítico com relação às ideias e institutos do presente.

- 2) *Fontes materiais*: o Direito não é criado pura e simplesmente pela vontade do legislador. Trata-se de uma criação que tem fundamentos na vontade coletiva, no querer social. Assim, a fonte essencial do Direito reside na realidade social, nas relações e conflitos estabelecidos pelos seus componentes.

Deste modo, as fontes materiais são embasadas nos fatos sociais, no plano fático, na realidade que brota da vida em sociedade. Daí serem denominados *fatores sociais*. Traduzem também os valores que o Direito busca realizar, ou seja: no conceito dominante de Justiça.

- 3) *Fontes formais*: trata-se da maneira pela qual a realidade social passa a ser retratada, disciplinada para o discurso do Direito; são expressões do direito. Assim, o direito positivo se apresenta a seus destinatários de diversas formas. No Brasil, sendo um país de tradição romano-germânica, a principal forma de expressão do Direito é a escrita. Eis a razão por que possuímos leis e códigos.

É importante sublinhar que, no que tange às fontes formais, temos as primárias e imediatas, onde se inserem a lei e o costume jurídico, e as mediatas ou secundárias, onde se inserem a jurisprudência e a doutrina. Assim, se observarmos a questão da jurisprudência, sua função não é a de gerar normas, apenas a de fazer incidir a hipótese normativa no caso concreto.

Contudo, como o Direito é dinâmico, convém revelar outras posições de autores brasileiros que são importantes:

O professor André de Franco Montoro menciona “fonte sociológica ou histórica”. Destaca que “O relacionamento e os atritos das sugestões fornecidas pelas diferentes consciências individuais fazem nascer um certo sistema de vida, isto é, um conjunto de regras que são seguidas efetivamente, mesmo que não sejam formuladas expressamente. Pode-se qualificar esse sistema como expressão da ‘vontade social preponderante’ ou da ‘razão histórica suficiente’. Toda

vida em comum dos seres humanos deve ser dirigida por certas regras, que podem não ser formuladas explicitamente, mas sempre existem. Essa regulamentação não é uma realidade extrínseca e destacada da vida. É, pelo contrário, a própria forma da vida social, a maneira própria de agir dos seres que têm uma vida em comum. Esse aspecto sociológico das fontes do direito foi focalizado especialmente pela Escola Histórica. É oportuno lembrar o conceito de Savigny: a consciência comum do povo é a fonte substancial do direito” (*Introdução à ciência do direito*, p. 324-325).

Para o professor Reale, este termo “Fonte do Direito” deve essencialmente indicar única e exclusivamente os processos de produção de norma jurídica (o canal pelo qual ela se torna relevante), vinculados a uma estrutura de poder, que, levando em conta os valores e fatos, faz uma opção por determinada solução normativa.

No pensamento de Miguel Reale, um ponto se revela de extrema importância: a estrutura de poder como requisito fundamental ligado ao conceito de fonte. Assim, ao elencar as fontes do Direito, o filósofo brasileiro apresenta uma nova fonte: *a fonte negocial*. Segundo este pensador, o que caracteriza a fonte negocial é: a manifestação de vontade (autônoma) das pessoas legitimadas a fazê-lo; a forma de querer que não contrarie a exigida em lei; o objeto deve ser lícito e, por fim, quando não paridade, pelo menos uma devida proporção entre os partícipes da relação jurídica.

Capítulo 6

◆ A Lei

1. Noção de lei

A lei pode ser vislumbrada por várias acepções: tais como lei divina, lei natural, lei humana, leis gramaticais, leis da física ou leis de determinado jogo.

Esta palavra pequena, composta apenas por três letras, ocupa um tremendo espaço nos dicionários e enciclopédias. O mesmo se dá ao longo da História. A palavra “lei” tem quatro significados principais:

- a) em seu sentido latíssimo, revela o mesmo que direito ou norma;
- b) sob o sentido lato, revela a norma jurídica criada de determinado modo, por imposição de uma autoridade;
- c) dentro de um sentido intermediário, é transmitida por oposição a regulamento (que são normas gerais que emanam de uma autoridade administrativa);
- d) no âmbito geral, são as leis oriundas do Congresso Nacional.

Deste modo, a palavra *lei* não é exclusiva do mundo jurídico, mas tem significados diferentes (porém, com igual precisão), em outros domínios do saber. Assim se insere igualmente no campo da Física, da Religião, da Filosofia, da Economia. Contudo, sempre tem o condão de designar, por um lado, aquele que determina (autoridade), seja o divino, a natureza, o homem, o mercado, e, de outro, aquele que se submete a seus desígnios.

2. A lei na antiguidade

A lei, tal como a concebemos atualmente, adentra nossa tradição pelo Mediterrâneo, onde o Direito consistia num “dom divino”, um

dom dos deuses, um dom de Deus, obviamente levando-se em consideração se a sociedade seria politeísta ou monoteísta.

Há legislações que remontam a 2.400 anos antes da era cristã. Na Suméria, foi descoberto recentemente (em 1952, na região da Mesopotâmia, atual Iraque) o Código de *Ur-Nammu*, que se revela num dos mais antigos textos de lei que a arqueologia descobriu até a atualidade. Neste “código” são descritos os costumes consagrados que se tornaram leis, incluindo definição de penas de ordem pecuniária e corporal.

O *Código de Hammurabi* também se encontra entre os textos legais mais antigos da humanidade. Atribuem a sua autoria ao rei Hamurabi, cerca de 1.700 anos antes de Cristo. Este texto foi encontrado em 1902 na região da Mesopotâmia (atual Irã). Trata-se de um monumento monolítico, no qual se encontram leis talhadas na rocha escritas em cuneiformes. Observa-se neste texto que o soberano traduzia a vontade divina e, conseqüentemente, estipulava as leis e o direito.

Na *Bíblia*, que nos é mais familiar no mundo Ocidental, Deus avoca para si o papel essencial de ditar o direito. Assim, é narrado no livro sagrado, nomeadamente no *Êxodo*, que Moisés havia conduzido os israelitas que há muito haviam sido escravizados no Egito. Tendo chegado ao Monte Sinai, Moisés recebeu os *Dez Mandamentos* de Deus, que estabeleceu um pacto com o povo de Israel.

A palavra *lei* em grego significa *nomos* (νομος). Nas cidades gregas (berço de nossa civilização ocidental) a lei passa a tomar certa distância com os deuses, e o homem ganha espaço maior na elaboração das leis. De fato, Homero e Hesíodo invocam a deusa Têmis (que também era invocada nos julgamentos gregos) devido à sua ligação com a justiça. Porém, o homem grego, como vimos anteriormente, decide seu destino, discute e elabora suas leis na *agora*. Como foi abordado em outro capítulo deste livro, Sófocles, em *Antígona*, trouxe à baila a questão da lei justa. Eis que o grego começa a desligar-se do divino e passa a ser dono de seu próprio destino.

Convém agora analisar a lei em Roma, cujo direito influenciou bastante a Europa Ocidental. Em latim, a palavra *lei* se apresenta como *lex*. Em Roma, também a religião marcou o direito, mas, influenciados

pelos gregos, passaram a elaborar o direito de um modo bastante avançado, que persiste até nossos dias.

Foram responsáveis pela elaboração das *Leis das XII Tábuas* (ou *Lex Duodecim Tabularum*). Este dispositivo romano está muito longe da organização moderna de nossos códigos (científica e sistemática). Sua importância, contudo, não pode ser menosprezada. Trata-se de uma série de dispositivos com a finalidade de regular a vida privada em Roma (foi qualificada por Tito-Lívio como “fonte de todo o direito público e privado” – *fons omnis publici privatique juris*). Como é óbvio, serve, também, de fonte histórica para a compreensão do direito e da sociedade romana. Seu conteúdo pode ser elencado do seguinte modo:

- ◆ Tábuas I e II – organização e procedimento judicial;
- ◆ Tábua III – procedimento contra os inadimplentes;
- ◆ Tábua IV – pátrio poder;
- ◆ Tábua V – sucessões;
- ◆ Tábua VI – propriedade;
- ◆ Tábua VII – servidões;
- ◆ Tábua VIII – dos delitos;
- ◆ Tábua IX – direito público;
- ◆ Tábua X – direito sagrado;
- ◆ Tábuas XI e XII – diversos.

Um dos homens mais importantes da História e do direito romano foi Justiniano. Este imperador sobe ao trono no ano de 527 em Constantinopla. Ele foi responsável pela elaboração do *Corpus Iuris Civilis*, que se decompunha nos seguintes institutos: o *Código*, a *Digesta*, as *Institutas* e as *Novelas*. Destes, analisaremos, brevemente, os mais abordados nos programas universitários: a *Digesta* ou *Pandectas* e as *Institutas*.

Assim, Justiniano encomendou a elaboração das *Digestas* ou *Pandectas*. Trata-se de uma compilação de fragmentos elaborados por juriconsultos romanos; estes fragmentos foram compilados com a finalidade de se preservarem as leis e a tradição jurídica de Roma. Outra virtude de Justiniano foi a elaboração de outra importante fonte, as *Institutas*. As *Institutas de Justiniano* seguiram um plano

determinado por Gaio (no século II a.C.) e tinham a finalidade de complementar o *Digesto*. Trata-se de um guia de ensino das *Digestas* e do *Código*. Nota-se uma preocupação dos idealizadores deste instituto em adequar a lei à realidade social do Império. Este diploma é de tamanha importância que fez parte do programa regular de ensino jurídico na Europa e no Brasil do século XX.

O Código Civil de Napoleão

Trata-se aqui, nesta breve incursão histórica, de um diploma que merece ser analisado individualmente. O próprio Napoleão destacava que: “podem esquecer meu nome, mas nunca esquecerão meus códigos”. A História provou que a humanidade não esqueceu um nem outro. Ora, a ideia de “codificar” em França de fato surgiu com o movimento revolucionário de 1789. Isso devido a uma reivindicação dos burgueses que precisavam consolidar o espaço conquistado no movimento.

Napoleão, no ano de 1800, pôs em prática essa iniciativa (que acabou apenas em 1804), reunindo grandes juristas para elaborá-lo. Esse diploma sofre grande influência jusnaturalista, a começar pela noção de igualdade jurídica ali positivada e também com relação à propriedade.

Esse *Code* (verdadeira “constituição da vida privada”) proporcionou a Napoleão uma dupla conquista:

- a) no âmbito científico-jurídico revelou-se um verdadeiro avanço no que tange às ideias, sistematização e cientificidade ali esposadas;
- b) num segundo aspecto, muitos países, maravilhados com esse novo Código, passaram a estudá-lo e adotá-lo. Assim foi conveniente sob o ponto de vista militar, estratégico, pois Napoleão precisou apenas conquistar militarmente territórios que já estavam sob as leis e cultura da França.

3. Hierarquia das leis

Kelsen afirmava que, para a segurança dos Estados e da Constituição, as leis devem constituir-se hierarquicamente, sendo que

as de menor grau devem obedecer às de maior grau. Essa estrutura acabaria por formar uma pirâmide.

Como vimos anteriormente, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 59, define, ao estipular o processo legislativo, a hierarquia das leis, do seguinte modo:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I – emendas à Constituição;
- II – leis complementares;
- III – leis ordinárias;
- IV – leis delegadas;
- V – medidas provisórias;
- VI – decretos legislativos;
- VII – resoluções.

Lembrando, como é óbvio, que a Constituição impera sobre todas as normas supramencionadas, que deverão respeitar os seus princípios.



4. Fases do processo legislativo

O procedimento de elaboração de leis no direito brasileiro, *basicamente*, passa pelas seguintes fases:

- 1) *Elaboração/iniciativa*: estipulada no art. 61 da Constituição, que elenca a quem compete fazê-lo:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

- 2) *Exame pelas comissões técnicas, discussões e aprovação*: finda a sua elaboração, o projeto passará por diferentes comissões (tanto no Senado Federal, como na Câmara dos Deputados) que o estudarão sob diversas óticas (adequação, objeto, constitucionalidade), antes de inseri-lo em nosso ordenamento jurídico. Após o crivo destas comissões, o projeto é encaminhado ao plenário para discussão e votação.

- 3) *Revisão do projeto*: estipula nossa Constituição que:

Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.

Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

- 4) *Sanção ou veto*: este segmento do procedimento legislativo é de competência exclusiva do Chefe do Executivo. O veto é o meio pelo qual o Presidente da República manifesta a sua discordância com o projeto de lei apresentado. Sua discordância pode ser ou por achá-lo inconstitucional, no todo ou em parte, ou por considerá-lo contrário ao interesse público. O veto, então, pode ser *total* ou

parcial. Assim, nossa Constituição em seu art. 66 explica, de maneira muito didática, os dois:

Art. 66. (...)

§ 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

§ 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

A palavra “sanção” provém do latim *sancire, sanctum*. Tal como nos dias atuais, ela possui duplo significado: de “tornar santo”, “consagrar”; com a mesma origem, este substantivo, *sanctio*, designa uma pena cominável ao transgressor da norma. Deste modo, ao *sancionar* determinada lei, o Chefe do Poder Executivo atribui *sanções* à sua eventual violação.

Deste modo, a sanção cabe também ao Chefe do Poder Executivo que, aquiescendo (anuindo com o texto do projeto), sancioná-lo-á. A sanção poderá ser expressa ou tácita. Analisemos, mais uma vez, o texto constitucional:

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

(...)

§ 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

- 5) *Promulgação*: com este ato formal, a lei passa a existir. Aqui, o Presidente da República atesta a existência da lei, obrigando o seu efetivo cumprimento.
- 6) *Publicação*: como há um princípio de segurança jurídica em que ninguém se aproveita da segurança das leis, estas, para serem

aplicadas e incidirem nos casos concretos, deverão ser conhecidas. Para tanto, deverão ser publicadas no *Diário Oficial*.

Contudo, mesmo após este procedimento nada garante ao cidadão que a lei será efetivamente cumprida ou até que vá ser cumprida de modo equânime e razoável. Cumpre analisar e refletir sobre um dos ensinamentos das Ordenações Afonsinas: “A principal virtude das leis está na execução delas, a qual, sem prática de ordenado juízo, não pode ser trazida à boa perfeição...”.

5. Entrada em vigor da lei

No Brasil, a lei, quando publicada no *Diário Oficial*, passa a ser obrigatória. A sua entrada em vigor, se a lei não a estipular, não se inicia na data de sua publicação. De acordo com a *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB* (antiga *Lei de Introdução ao Código Civil – LICC*) estipula que: “Art. 1º Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada”.

Para fazermos um estudo comparativo, em Portugal, entre a publicação e a entrada em vigor da lei, ocorrerá o tempo fixado pela própria lei ou, na falta de fixação, no *quinto dia* posterior à sua publicação (Código Civil, art. 5º, cominado com a Lei n. 6/83).

Denomina-se *vacatio legis* o tempo que vai da publicação da lei à sua efetiva incidência (entrada em vigor). Esse tempo por vezes é extenso, quando se trata de leis importantes e complexas, para que o cidadão (destinatário) tenha tempo razoável para conhecê-las.

6. Cessaçãõ da vigência da lei

A sociedade está em constante mudança, não é estática. Assim, o Direito e a lei (deveria ao menos...) buscam adequar-se à nova realidade. Deste modo, a lei poderá deixar de entrar em vigor por dois motivos: *caducidade* ou *revogaçãõ*.

A *caducidade*, *grosso modo*, traduz a extinçãõ da vigência e eficácia dos efeitos da lei. Assim, a lei caducará quando perder todo o seu campo de incidência, de aplicaçãõ. *Como exemplo, uma lei que*

regula certa atividade caducará quando essas atividades forem extintas.

A revogação (aqui, cabe destacar que o tema é longo e polêmico) consiste no afastamento de uma lei por outra. A revogação pode ser:

- a) *expressa*: quando determinada lei declara revogada uma lei anterior;
- b) *tácita*: quando não há revogação expressa, mas as normas da lei nova são absolutamente incompatíveis com a anterior.

A revogação pode ainda ser parcial (*derrogação*) ou total (*ab-rogação*).

7. Técnica legislativa

Fundamental para o Acadêmico de Direito é reconhecer a estrutura sintática da lei. Esta decorre da técnica legislativa (ou técnica de legiferação), que revela o conjunto de preceitos normativos que orientam a elaboração racional, científica e sistemática da lei, com a finalidade de torná-la mais acessível ao intérprete e ao destinatário (cidadão).

Temos então o seguinte método lógico:

- 1) *Artigos*: são definidos como uma unidade fundamental da lei.
- 2) *Parágrafos*: constituem a divisão imediata de um artigo; geralmente abordam questões que modificam ou determinam exceções ao dispositivo principal do artigo (observe-se que, quando um artigo tiver mais que um parágrafo, utiliza-se o símbolo “§” seguido de numeração ordinal – até o nono parágrafo, inclusive).
- 3) *Incisos e alíneas*: o inciso é utilizado como elemento discriminativo de artigo. Já as alíneas se desdobram em itens. No fundo, servem para elencar, dividir o estabelecido no artigo (seja no *caput*, seja nos parágrafos).

Por fim, cabe destacar um conceito de lei – digno de reflexão – enunciado pelo saudoso professor Goffredo Telles Junior, no qual ressalta que a lei, longe de ser um instrumento de opressão (como é posta aos olhos dos estudantes durante o curso), tem o caráter solidário com o ser humano. Assim, a lei tem a missão precípua de orientar, de dirigir, de informar. Tem função pedagógica, educativa e didática, pois

ensina ao destinatário (o povo) o que deve ou não fazer; como agir ou não agir. Conclui que “na vida corrente dos seres humanos, as leis exercem papel *informativo*, indicando as maneiras corretas de agir, para a consecução de fins colimados. Para quem deseja chegar a esses fins, as leis funcionam, não propriamente como imposições coercitivas, e sim, como *respostas* à pergunta ‘como devo fazer?’; funcionam como indicadores do que deve ser feito” (*A folha dobrada*, p. 559).

Capítulo 7

◆ O Costume

1. Conceito e anotações preliminares

O Costume se revela na prática espontânea, reiterada, contínua, de determinada conduta por parte da sociedade.

Diante da História, se observarmos, por exemplo, os séculos V e VI d.C., temos o direito costumeiro dos bárbaros. O exemplo mais notório que possuímos trata-se da *Lei Sállica*. Esta lei é uma verdadeira consolidação dos costumes reinantes daquela sociedade. Tanto é que se tratava de uma lei que *não era imposta*, mas sim *aceita* tanto pelo povo como pelo soberano (daí ser também conhecida como *Pactus legis salicae*).

Por sua vez, o *Common Law* inglês é fruto das cortes reais, *contra* os costumes locais que, por serem locais, não ganharam força suficiente, ou seja: não conseguiram consagrar-se em todo o reino (não foram aptos a ser o “direito comum” do reino).

Depreende-se, então, da análise destes modelos supramencionados que duas forças psicológicas devem estar presentes no Costume: o *hábito* e a *imitação*. O primeiro é natural, intrínseco ao homem, pois o motiva a repetir atos/experiências já vividos (experimentados). O segundo também é natural, uma vez que se revela numa tendência do ser humano de copiar de seus semelhantes atos e experiências. Depreende-se, igualmente, que o Costume se revela na expressão legítima e autêntica do Direito, pois é espontâneo e voluntário.

Ainda nos dias atuais, o Código Canônico vigente preconiza que: “Cân. 25 Nenhum costume alcança força de lei se não tiver sido

observado, com intenção de introduzir lei, por uma comunidade capaz, ao menos, de receber leis”.

No Brasil, o Direito escrito busca a todo custo englobar a maioria das situações fáticas (situações reais, oriundas da vida em sociedade); assim, este nosso direito, de tradição romano-germânica, já incorporou a maioria das situações costumeiras. O contrário ocorre na maioria dos povos que adotam o sistema do *Common Law*, no qual estas normas consuetudinárias ainda mantêm um papel relevante.

Na Europa do século XIX houve uma atribuição de grande importância ao fenômeno da codificação. Principalmente depois do Código Civil de Napoleão, o racionalismo filosófico ganhou espaço e foi adotado na maioria dos países daquele continente. Isso implicou numa mudança no modo de exteriorização do Direito, que passou a ser codificado de modo científico e sistemático.

Como vimos, a lei é produzida racionalmente e imposta pelo Estado. Isso já não ocorre com o Costume. Este ocorre de maneira espontânea e, talvez, segundo alguns autores, de maneira inconsciente na sociedade. Um modo interessante de entender a diferença entre o Costume e a lei segue o seguinte raciocínio ou fórmula: o Costume é a *Lei não escrita*. A Lei é o *Costume escrito*.

2. Elementos do costume

Para que o Costume alcance força jurídica são necessários dois elementos:

1) *Elemento objetivo*: trata-se do uso reiterado, da repetição constante e uniforme de determinado ato social (os romanos denominavam *inveterata consuetudo*). Não há um tempo determinado para que efetivamente se reconheça determinado costume como fonte formal, válida para o Direito. Alguns autores, baseados no Direito Romano, atribuem 100 anos, uma vez que naquele instituto havia a definição de *longaevum*, fazendo referência a centenário (tal critério foi adotado pela Lei da Boa Razão, por exemplo).

A título de elucidação, vale a pena demonstrar o que dispõe o Código Canônico atual sobre o assunto: “Cân. 26 A não ser que tenha sido especialmente aprovado pelo legislador competente, um costume

contrário ao direito canônico vigente, ou que está à margem da lei canônica, só alcança força de lei, se tiver sido observado legitimamente por trinta anos contínuos e completos; mas, contra uma lei canônica que contenha uma cláusula proibindo costumes futuros, só pode prevalecer um costume centenário ou imemorial”.

2) *Elemento subjetivo*: trata-se aqui da consciência social, da convicção de que essa prática reiterada e uniforme é fundamental para a sociedade, eis então que surgirá a sua obrigatoriedade.

3. Espécies de costume

O Costume, em relação à Lei, pode ser classificado sob três aspectos; *secundum legem*, *praeter legem* e *contra legem*. A diferença entre eles pode ser analisada do seguinte modo:

- 1) O Costume *secundum legem*: cumpre ressaltar que há divergência neste conceito: para alguns autores, ocorre quando a prática reiterada e uniforme de determinado ato corresponde efetivamente à lei. Para outros autores, a prática decorre da lei, ou seja: a própria lei prevê a aplicação do Costume em determinados casos.
- 2) O Costume *praeter legem*: trata-se de Costume aplicado na hipótese de lacuna de lei. Observe-se, então, que é fator de integração da norma. É utilizado, conforme estabelece a *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, como mecanismo para suprir eventual lacuna de uma norma em determinado caso: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.
- 3) O Costume *contra legem*: também denominado *consuetudo abrogatorio*, ocorre quando a prática social se divorciar, contrariar por completo a norma escrita. Hoje em dia, muitos autores já reconhecem o Costume contrário à lei como fonte de Direito. Nessa hipótese, constata-se que o Costume, diante de uma lei em desuso, pode efetivamente sobrepor-se a ela. Pode, ainda, revestir-se de Costume ab-rogatório, quando revoga determinada lei.

Convém analisar uma passagem trazida pelo professor Paulo Nader, que aborda os pontos tratados nestes capítulos, interligados entre si, no seguinte sentido: “Expressando o pensamento do corpo de

juristas que elaborou o Código de Napoleão, Portalis afirmou que as leis em desuso são ‘a obra de uma potência invisível que, sem comoção nem abalo, nos faz justiça das más leis e que parece proteger o povo contra as surpresas do legislador, e ao legislador contra si mesmo...’. Essa ‘potência invisível’, esclareceu Portalis, é a mesma que cria naturalmente os usos, os costumes e as línguas” (*Introdução ao estudo do direito*, p. 190).

Vale lembrar que o Costume, embora possua força determinante no Direito, não se revela de igual modo nos diferentes ramos do Direito. Assim, verificamos maior incidência e força em determinados ramos, em detrimento de outros. Assim:

- ◆ *No Direito Civil*: é pacífico na doutrina o reconhecimento do Costume *secundum legem e praeter legem*. A polêmica reside, como é óbvio, no Costume *contra legem*. Os autores que são contrários ao *Costume contra legem* atestam a impossibilidade de sua incidência em virtude do art. 2º da *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* (“Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”).
- ◆ *No Direito Internacional*: neste campo do Direito, os Costumes, ao lado de Convenções e Tratados internacionais, são Fontes do Direito. Miguel Reale ressalta que: “A dolorosa experiência de guerras e revoluções, convertendo os tratados em ‘trapos de papel’, levou Kelsen a retificar seu ponto de vista, apresentando os costumes internacionais como fundamento real do Direito Internacional” (*Lições preliminares*, p. 160).
- ◆ *No Direito Penal*: tendo em vista o disposto no art. 1º do Código Penal (“Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”), não é possível atribuir uma conduta antijurídica com base no Costume. Contudo, há quem sustente o contrário, onde uma prática reiterada de uma conduta delitiva teria o condão de desfigurar a conduta prevista como crime (assim, com as devidas reservas, seria o caso do jogo do bicho; até então, do adultério ou ainda do uso de drogas); porém, cabe destacar que esta posição não é a que prevalece na doutrina.

- ◆ *No Direito Comercial:* nesta área do Direito, a própria legislação revela os Costumes como fonte do Direito.

Capítulo 8

◆ A Jurisprudência

Primeiramente, cabe fazer uma distinção metodológica utilizada pelo professor Miguel Reale. Quando a palavra “Jurisprudência” for grafada com maiúscula, fará referência à Ciência do Direito. No caso de ser grafada com minúscula, trata-se do assunto em estudo, nomeadamente as decisões reiteradas dos tribunais.

A palavra, de origem latina, é formada por dois conceitos: *juris* e *prudentia*. Ainda nos dias atuais, no direito italiano possui uma acepção que se refere à Ciência do Direito: “Jurisprudência” (este termo é pouco utilizado no Brasil).

Atualmente, no Brasil, possui o significado de reunião de decisões dos tribunais que interpretam o Direito vigente. Assim, o primeiro conceito que atribuímos à jurisprudência é que se revela no conjunto de decisões reiteradas e uniformes de um Tribunal, pronunciando-se, tratando de determinada questão jurídica. Deste modo, a jurisprudência é fruto da soma da análise dos casos concretos com a interpretação reiterada no mesmo sentido.

Vale destacar que uma decisão judicial isolada (uma decisão única) não pode ser considerada Fonte do Direito. O Brasil, como vimos, é um país de tradição romano-germânica. Assim, apenas as decisões reiteradas dos tribunais têm o condão de ser Fonte de Direito.

Há autores (professor Paulo Nader, por exemplo) que distinguem a jurisprudência em sentido *amplo* e *restrito*:

- 1) no sentido amplo é a coletânea de decisões proferidas pelos juízes ou tribunais sobre determinada matéria jurídica. Este conceito abrange a jurisprudência uniforme (quando as decisões são convergentes) e jurisprudência contraditória;

2) no sentido estrito a jurisprudência só abrange o conjunto de decisões uniformes advindas do Poder Judiciário sobre determinado tema.

Tal como o Costume, a jurisprudência também pode se apresentar *secundum legem, praeter legem e contra legem*:

- 1) jurisprudência *secundum legem*: esta se limita a aplicar as regras definidas no ordenamento jurídico. São decisões que dão “vida” e sentido às normas vigentes;
- 2) jurisprudência *praeter legem*: ela se opera na falta de normas ou quando a lei é omissa;
- 3) jurisprudência *contra legem*: forma-se ao arrepio da lei (aplicada em caso de leis inconstitucionais, anacrônicas ou injustas). Estas decisões se fundam na premissa de que o compromisso ético do juiz seja, de fato, com a justiça, e não com a lei. Por outro lado, vale sublinhar uma vez mais que decisões isoladas de determinado fato não se constituem Fontes de Direito; assim, uma decisão isolada, *contra legem*, tem um único destino: será fatalmente reformada pelo Tribunal Superior.

Contudo, a jurisprudência se diferencia do Costume. Essa diferença pode ser constatada nos seguintes pontos:

- a) enquanto o Costume é fruto do coletivo (da sociedade), a jurisprudência é oriunda de um segmento técnico da sociedade, de um Poder, previsto e com atuação delimitada pela Constituição;
- b) a norma consuetudinária se firma da convivência entre os indivíduos da sociedade; consagra-se pela ânsia de perpetuar uma vida harmoniosa. A jurisprudência, por seu turno, surge geralmente como remédio para os conflitos (também advindos da vida em sociedade), pois é produto dos tribunais;
- c) a principal diferença é que o Costume surge como criação espontânea dos membros de determinada sociedade. Já a jurisprudência é fruto de uma Ciência. É racional, reflexiva, trata-se de uma elaboração intelectual cuidada, seguindo a linguagem e princípios próprios do Direito.

As Súmulas traduzem o extremo da consolidação das decisões judiciais. Assim, à medida que os Tribunais Superiores vão julgando

determinada questão em grau de recurso, vão criando uma coletânea de decisões colegiadas, reiteradas e uniformes. Assim, existem jurisprudências majoritárias e minoritárias dentro de determinado Tribunal (uma vez que o Direito é dinâmico, visto por várias óticas...). Diante deste fato, busca-se a uniformização da jurisprudência dos Tribunais: eis que surgem as Súmulas.

A Súmula Vinculante: a Constituição Federal de 1988 sofreu uma emenda, nomeadamente a Emenda Constitucional n. 45/2004.

Deste modo, em seu art. 103-A (“O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”) foi autorizado ao Supremo Tribunal Federal, de ofício, observando-se os requisitos mencionados no artigo acima, criar e aprovar súmula que terá efeito vinculante.

Os elementos elencados no artigo em comento são:

- a) emanam exclusivamente do Supremo Tribunal Federal;
- b) devem existir reiteradas decisões sobre matéria constitucional;
- c) há exigência de *quorum*: devem ser votadas por 2/3 dos membros do STF;
- d) devem ser publicadas na Imprensa Oficial para ganhar o condão de “vinculante”.

Por fim, vale lembrar que num país de tradição romano-germânica como o Brasil a autoridade da jurisprudência está, definitivamente, subordinada à lei (embora não tenha a mesma obrigatoriedade desta). Contudo, não cabe inferir, de modo algum, que a jurisprudência não constitua Fonte de Direito.

Capítulo 9

◆ A Doutrina

A doutrina consiste no estudo de caráter científico que os juristas efetuam com a finalidade de interpretar as normas, emitindo suas teses e conclusões (alguns autores se referem a “opiniões”; ousamos discordar, na medida em que a opinião se opõe ao espírito científico) a respeito de determinado tema.

A pergunta que o tema suscita é: “Constitui, a doutrina, Fonte de Direito?”.

Ora, muitos autores negam o caráter de Fonte de Direito à doutrina, pois atestam que, por mais que deva ser respeitada e levada em consideração a tese de determinado jurisconsulto, ela, tal como a jurisprudência, não tem o condão da obrigatoriedade.

Contudo, a História evidencia que, em Roma, os entendimentos dos jurisconsultos tiveram caráter de obrigatoriedade quando concordantes (daí a *communis opinio doctorum*). Neste instituto, nem toda doutrina tinha força normativa, porém apenas um segmento dela, ou seja: apenas a conclusão de alguns jurisconsultos, convergentes entre si e durante determinado tempo.

Aprimorou-se o Direito Romano. Assim, quando havia controvérsia entre os diferentes jurisconsultos, foi atribuída obrigatoriedade a alguns deles. Quando, entre eles (os jurisconsultos selecionados, dotados de obrigatoriedade – este fato gerou uma expressão para designar esses “doutrinadores”: o *Tribunal dos Mortos*), havia divergência, devia prevalecer o entendimento da maioria deles.

Algumas doutrinas na Idade Média, bem como a obra de alguns autores, foram dotadas de caráter subsidiário à lei (principalmente ao

Código Canônico). A título de exemplo, cabe elencar que a doutrina, diante do atual Código Canônico, revela-se como fonte subsidiária.

É importante reter que o Direito se transforma por força da doutrina, que ganha cada vez mais força em nossa Ciência, pois inspira legisladores e juízes (eis a razão por que também é conhecida como o “Direito dos juristas”).

O professor Miguel Reale corrobora esse poder que tem a doutrina de moldar o pensamento jurídico, pois não há como a lei atingir sua plenitude, dispensando o trabalho científico dos juristas. Porém, possui posicionamento específico quanto à doutrina ser Fonte de Direito.

Assevera que a “doutrina, por conseguinte, não é fonte do Direito, mas nem por isso deixa de ser uma das molas propulsoras, e a mais racional das forças diretoras, do ordenamento jurídico” (*Lições preliminares*, p. 178).

Contudo, há autores que classificam a doutrina – do mesmo modo que a jurisprudência – como fonte indireta, na medida em que se revela esclarecedora do significado do direito, ajudando na produção e interpretação das normas.

Capítulo 10

◆ Direito, Ética e Moral

A palavra ética é oriunda do grego *ethos*, que traduz a noção de *caráter*. Assim, tal como uma morada deve ser sólida, bem construída, com bons materiais, para os gregos este termo carrega a noção de uma morada individual, que deve ser limpa, confortável e nortear-se com o “bem agir”.

Aliás, os gregos formam um dos povos que mais se preocuparam com este fenômeno/tema. Tinham, igualmente, forte preocupação com a lei (sejam as da *polis*, sejam as de cunho ético), com sua adequação, obrigatoriedade. Observamos, inclusive, na mitologia grega a tentativa de ordenar o “caos” que se impunha perante o Homem.

1. A ética socrática (a filosofia como projeto ético)

Na Grécia Antiga, um dos maiores expoentes sobre o tema em análise (tanto no que tange à sua vida como à teoria que elaborou) foi Sócrates – o patriarca dos sábios do Ocidente. Esse filósofo parte de uma premissa fundamental: “O homem é o Ser Moral, ou o Ser ético”. Isto significa, necessariamente, que o homem é o ser capaz de agir racionalmente, atuando dentro de parâmetros éticos.

Cabe evidenciar que esta, inclusive, foi uma das características que distinguiu este pensador dos demais: Sócrates não se preocupou com o Homem em seu aspecto individual, não propôs uma relativização. Quando Sócrates analisou o homem, buscou centralizá-lo e determinar o que de natural e de verdadeiro, de *universal*, efetivamente existe na

natureza humana (nomeadamente, aquilo que é comum a todos os homens).

Se analisarmos a filosofia dos Sofistas (filósofos/professores contemporâneos de Sócrates e também encarados como seus opositores), estes propuseram a seguinte premissa que marcou o pensamento filosófico-jurídico: “o Homem é o centro de todas as coisas”. Assim, ao contrário de Sócrates, propuseram um relativismo ético. Para os Sofistas, a virtude ensina-se e até adquire-se. A virtude e a ética variam com os povos e com os grupos sociais (este raciocínio implica que as leis morais são meras convenções, e muitas vezes até contrárias às leis da natureza – uma vez que podem ser manipuladas visando ao significado e entendimento que melhor convém).

Sócrates, por sua vez, como já observamos, tem outra postura diante da virtude; concebe-a como valor universal a que o Homem tem efetivo acesso pela investigação racional.

O pensamento socrático é voltado para a determinação de conceitos teóricos ou de valores espirituais que tornam possível o conhecimento (teórico) e a ação (prática). Convém sublinhar, neste ponto, que Sócrates é o exemplo na Filosofia de coerência entre a teoria e a prática (pois pagou com a própria vida o preço de seus ensinamentos teóricos, tendo, inclusive, a oportunidade de negar tudo ou fugir).

Ele estabeleceu uma articulação entre esses dois pontos, do seguinte modo: *o homem vive e age em nome de princípios éticos universais*. Isso significa que toda a ação é orientada pelo saber racional (isso implica que quem pratica o mal age, fundamentalmente, por ignorância). Este saber está fundado em cima da premissa: *Conhece-te a ti mesmo*.

Esta premissa traduz o ato que cada ser humano deve fazer, mas que não fica apenas no plano individual. O filósofo grego tinha o objetivo de aprofundar o conhecimento da natureza humana. Quer isto dizer que seu maior objetivo não consistia em alcançar o conhecimento de determinado indivíduo, concretamente, mas o de alcançar um conhecimento geral que pudesse levar a humanidade a alcançar a verdadeira sabedoria.

Ora, este ponto do pensamento socrático é de extrema importância para o direito na medida em que seu interesse, sua busca pelo conhecimento universal tem repercussões práticas imediatas. Para Sócrates, há uma relação entre o conhecimento e a virtude. Deste modo, aquele que busca a verdade e a encontra não consegue mais agir em desacordo com ela (eis a razão por que acima se destacou que quem faz o mal, segundo este filósofo, age por ignorância, pois nunca alcançou ou contemplou a verdade).

A virtude está intimamente ligada ao saber racional (que cada qual alcança, analisando-se a si próprio).

Ora, a Filosofia é rica em filósofos que debruçaram sobre este tema. Porém, acreditamos que os dois principais no estudo do tema nas Universidades de Direito seriam: Sócrates e Kant.

2. A ética kantiana

Kant elabora um sistema ético puramente formal. Opõe-se, de modo radical, a todos os sistemas éticos que foram construídos anteriormente. Isso porque acreditava que eram éticas materiais, partiam do pressuposto de que existe um bem para o Homem. Assim as éticas anteriores se preocupavam apenas com dois pontos: o bem supremo ou fim último e as normas (o meio) para alcançá-lo (este bem supremo).

Kant, então, contrariando as éticas tradicionais, materiais, não define nenhum bem ou fim a que a conduta moral deve subordinar-se. Também não estabelece as normas a que a razão deve obedecer. Para Kant, o fundamento da moralidade reside, unicamente, na adequação, na conformidade da ação (do homem) à lei moral. A lei moral, então, impõe-se sob a forma de dever (Kant define dever como a necessidade de uma ação por respeito à lei).

A subordinação à lei moral por parte do Homem deve ser fundamentada e satisfazer-lhe apenas por ela mesma. O Homem, quando age corretamente, não deve, segundo Kant, fazê-lo conforme sua utilidade ou pela satisfação que seu cumprimento pode acarretar. Vale dizer que, se a ação escolhida pela vontade, embora esteja em sintonia com a lei moral, for executada por alguém, tendo em vista

qualquer finalidade exterior (por exemplo, o prazer ou não sofrer as sanções da lei), então, segundo Kant, já não se trata de uma ação moral.

Kant distinguiu claramente a *moralidade* da *legalidade*. A moralidade traduz a conformidade imediata da vontade com a lei (como vimos, sem qualquer imposição de fatores externos). A legalidade é a conformidade de determinada ação com a lei que é condicionada por um motivo de natureza sensível (medo, esperança, para evitar um castigo, para obter determinada vantagem).

Assim, a moral em Kant analisa e reflete a disciplina interior. Uma ação moral exige, fundamentalmente, obediência à lei moral (que se impõe como imperativo categórico): *imperativa* porque é um comando a que o Homem não pode se furtar; *categórica*, na medida em que vale de igual modo para todos, universalmente.

Em sua obra, essencial para o Direito, *Fundamentação metafísica dos costumes* (p. 59), salienta:

1º Age, como se a máxima da tua ação se devesse tornar, para a tua vontade, em lei universal da natureza;

2º Age, de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio;

3º Age, de tal maneira que a tua vontade se possa considerar como sendo a autora de lei universal à qual se submetes.

Por fim, cabe destacar que, para Kant, se um homem comete um homicídio involuntariamente, esse ato constitui, sem sombra de dúvidas, uma fatalidade, uma desgraça. Porém, aquele que praticou o ato não pode ser qualificado de bom ou mau, pois Kant não considera legítimo qualificar de bom ou de mau o conteúdo de nossos atos morais. A única coisa que verdadeiramente pode ser boa (ou má) é a vontade boa.

3. Distinção entre ética e moral

Nas relações do dia-a-dia, decorrentes de nossa vida em sociedade, surgem, com frequência, dilemas tais como: “Devo, de fato, cumprir a promessa que fiz a meu amigo Caio, mesmo que, refletindo sobre ela, percebo agora que seu efetivo cumprimento causará certos prejuízos?”; “Devo dizer sempre a verdade?”; “Os crimes cometidos pelos nazistas, na Segunda Grande Guerra, ao cumprirem ‘ordens’, podem ser moralmente condenados?”.

O que se constata destas perguntas é que se referem a problemas de natureza prática, a problemas que se apresentam em decorrência das relações sociais. Não se referem apenas a uma pessoa, mas deixam evidente que outras pessoas também sofrem as consequências de cada ação ou decisão (no caso dos nazistas, por exemplo, atinge toda a humanidade).

A Ética reflete a ordem de conduta reta, socialmente vigente. Ela se diferencia da Moral, pois esta se refere aos homens individualmente (assim, a Ética refere-se à sociedade, enquanto a Moral, ao indivíduo isolado). Vale destacar que ambas impõem problemas de consciência, mas de fato pode haver divergência entre ambas, no caso em que a consciência individual, pessoal, divorcia-se da moralidade socialmente aceita (no caso da objeção de consciência, por exemplo).

A Ética, comumente denominada Filosofia Moral, é um ramo da Filosofia cujo eixo está voltado para questões como: o certo e o errado, a virtude e o vício, a justiça, moralidade, o crime etc. Seu objeto de estudo é constituído pelos diferentes tipos de atos humanos (que afetam tanto o indivíduo, isoladamente, como os demais seres humanos). A Ética não elabora proposições objetivamente válidas, mas, sim, juízos de valor ou normas que não aspiram a esse tipo de validade.

Entretanto, a Ética não pode ser confundida com a Moral. A Moral não é científica, mas as suas raízes, suas origens, seus fundamentos e eventual evolução ou retrocesso, podem ser investigados racional e objetivamente. A Moral se reveste na regulamentação de atos, comportamentos que determinada sociedade considera legítimo, certo. Há morais que se revelam mais específicas, como as que são atinentes

a grupos religiosos, partidos políticos, associações etc. Assim, seguindo-se este raciocínio, pode haver categorias diferentes da Moral.

Contudo, controvérsia existe em função de sua universalidade. Há quem sustente que a Moral é universal, com uma ligação íntima com a justiça, com o verdadeiro, com o correto, com o direito etc.

Para outros, a Moral se traduz num fenômeno social particular, específico de determinada sociedade e que, conseqüentemente, não teria compromisso com o justo, com o verdadeiro etc. Seria efetivamente relativa. E ainda há pensadores como Nietzsche, para quem a Moral simplesmente não passaria de uma interpretação – ou, mais precisamente, de uma falsa interpretação – de certos fenômenos.

Ora, alguns questionamentos surgem imediatamente destas posições analisadas: *Toda norma Moral é legítima?* (aqui, convém fazer ao leitor uma breve anotação para elucidar e refletir sobre o tema em questão: o carrasco nazista Eichmann, em seu julgamento em Jerusalém, alegou que sua conduta, durante a guerra, teve como base o efetivo cumprimento da lei – invocando inclusive Kant – e de ter agido conforme a moral...); *Quem ou como se julga a validade da norma Moral?* Eis, então, que surge a *Ética*.

A *Ética* constitui, essencialmente, uma reflexão, um questionamento crítico e metódico sobre a moralidade. A *Ética*, como vimos, tanto em Sócrates como em Kant, não é exclusivamente teórica, é também prática. Ela existe como uma “estrela guia” para que a sociedade se conduza e norteie por princípios que a deixem mais humana. Ela deve ser, portanto, um instrumento que julga, por meio da “boa razão”, os atos de amoralidade ou moralidade de determinada sociedade.

4. Direito e moral

As sociedades civilizadas trazem consagrado o princípio da solidariedade. Assim, um mendigo que pede esmola pode ingressar em juízo, buscando a esmola que lhe era devida? Ora, esse problema introduz bem o tema que abordaremos a seguir.

A Moral surge quando o homem supera o estado natural, instintivo e adentra um estado social, ou seja: quando é membro de uma

coletividade (*gens* – várias famílias aparentadas entre si ou *tribo* – formado por vários *gens*).

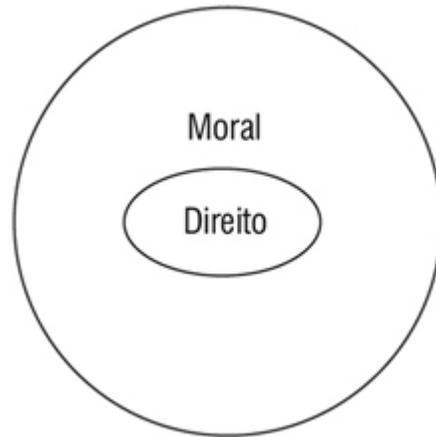
Devemos começar, analisando o tema, pelo legado que vimos de Kant, ou seja, o Direito é coercível, enquanto a Moral não é. Assim, a obrigatoriedade moral não depende da mesma imperatividade da lei. Com efeito, a vontade do legislador não tem o condão de obrigar moralmente a consciência individual (a esta só pode obrigar a regra moral, intimamente aceita pelo Homem). Deste modo, a lei, por si mesma, não obriga moralmente.

Para elucidar este ponto, vale a pena exemplificar que nosso *Código Civil* ressalta que o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos. Estabelece o Código que um pai deve pagar pensão alimentícia a seu filho. Caso não cumpra com o disposto na lei sofrerá as consequências da sanção.

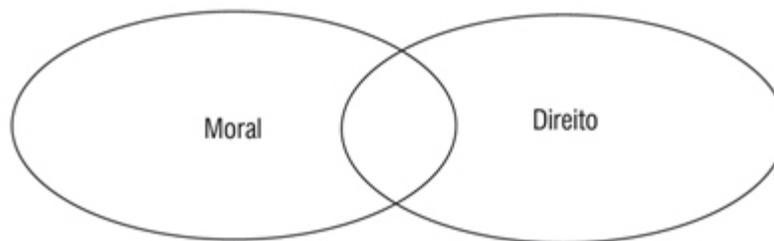
Contudo, pagando a pensão, isso não significa que acredite que seu ato esteja em sintonia com a Moral. Pode fazê-lo pura e simplesmente para fugir da punição (realizar o ato devido à coerção). Este pai, portanto, paga a pensão, como diz Miguel Reale: “vencido, mas não convencido”, isto é, não adere, no seu interior, à norma Moral; cumpre a obrigação, apenas, por força de lei (ou de uma sentença).

Ao se deparar com este tema, entre o Direito e a Moral, o cientista do Direito se deparará com duas teorias fundamentais que apresentam pontos comuns e divergentes entre estes dois campos. Assim, duas teorias são importantes de ser abordadas: *a teoria do mínimo ético, de J. Bentham e G. Jellinek*, e *a teoria apresentada pelo professor Miguel Reale*.

A primeira revela, essencialmente, que o Direito representa somente a mínima parcela da Moral declarada obrigatória para manter viva a sociedade. Daí esta teoria ser comumente representada por dois círculos, sendo que o maior é o da Moral e, inserido nela, um círculo menor, representando o Direito.



Já a segunda, apresentada por Reale, ressalta que a teoria do mínimo ético estaria em dissintonia com a realidade. Existem campos do Direito que são absolutamente indiferentes para a Moral e vice-versa. Esta teoria é normalmente apresentada pelo seguinte gráfico:



5. Diferenças entre direito e moral

Algumas diferenças entre o Direito e a Moral devem ser solidificadas: o conceito de heteronomia, bilateralidade e atributividade.

O Direito é *heterônimo*, uma vez que suas normas jurídicas possuem validade objetiva e transpessoal (significa que vai além do sujeito), já que estão acima das pretensões dos sujeitos que compõem uma relação. Este conceito foi utilizado por Kant para designar as leis que recebemos (do Estado). Oriundo do grego *heteros* (diferente, diverso) com *nomos* (norma). Carrega, então, o conceito de que todos devem obediência, submissão à lei.

A Moral já possui outra característica (oposta): é *autônoma*. Este também é um termo muito empregado por Kant. Autônomo implica o conceito de própria escolha, íntimo, interno. Trata-se, no campo da Moral, de escolher o que a razão reconhece como bem, como certo,

adequado (esse conceito pode ainda ser esclarecido com a frase de Kant: “Duas coisas enchem o coração de uma admiração e de uma veneração sempre renovadas e sempre crescentes, à medida que a reflexão nelas se detém e a elas se aplica: o céu estrelado sobre mim e a lei moral dentro de mim”).

Tanto o Direito como a Moral possuem a característica da *bilateralidade*. Isso implica que tanto o Direito como a Moral são bilaterais, sinalagmáticos; isto é: tendo em vista que em todas as relações existem dois ou mais indivíduos que participam delas, que estão envolvidos neste relacionamento. Há quem sustente, contudo, que a bilateralidade só existe para o Direito, e não para a Moral (uma vez que ela é íntima, interior de cada indivíduo).

Por fim, a característica de *atributividade*. Trata-se aqui de uma característica que compõe o Direito, mas não integra a Moral. Atribui direitos e deveres na relação; assim, no campo do Direito, sempre podemos aferir um valor para o ato praticado, possibilitando-se, inclusive, ser cobrado por ele, ou em virtude dele. Como sustentou Miguel Reale: “Uma proporção intersubjetiva em função da qual os sujeitos de uma relação ficam autorizados a exigir ou a fazer algo” (*Lições preliminares*, p. 51).

No campo da Moral, não podemos esperar algo, objetivamente, na relação. Como vimos, é de foro interior, íntimo.

Capítulo 11

◆ O Positivismo Jurídico

1. Comte e o positivismo

O pensamento positivista, com suas características de agnosticismo e de relativismo, foi a Escola de pensamento que, desde o século XIX, tem exercido forte influência nos diversos países da Europa, no Brasil, nas ciências e no Direito. Seria um erro absurdo querer reduzir a influência positivista somente ao campo jurídico, pois se trata de uma doutrina que abarcou atividades distintas da atividade humana.

Há autores que atribuem a sua origem já no pensamento de Galileu; contudo, prevalece a tese de que obteve como influência o pensamento de três pensadores importantes: Comte, Darwin e Spencer.

Spencer aplicou os princípios gerais do evolucionismo, que define ser o homem o ser mais perfeito na escala zoológica; atesta que a moral humana nada mais é do que a moral praticada por animais inferiores. Depreende-se então que a justiça dos homens teria a mesma natureza da justiça infra-humana, sendo que ambas formam um todo contínuo.

Porém, destes três pensadores supramencionados, o que mais ganhou notoriedade e interessa para a Filosofia Ocidental foi A. Comte.

Comte traçou um plano, desde que começou a escrever, com o intuito de reorganizar a sociedade. Assim, definiu um plano que seguiria as seguintes fases: fundar e construir a sociologia que seja o fundamento da política positiva; fundar um sistema de educação destinado a aperfeiçoar a natureza humana; constituir uma concepção que explique e conduza a ação humana em face do mundo.

O método experimental proposto pelo positivismo apresentava três etapas: a observação, a formulação de uma hipótese e a experimentação. A observação confunde-se com o espanto, com a admiração. É o ponto de partida do cientista, quando se depara com o fenômeno. Ora, observando o fenômeno, decompondo-o, analisando-o sob diferentes aspectos, o cientista formula uma hipótese, com a finalidade de explicar o fenômeno. Por fim, põe a sua tese à prova. Experimenta, testa a sua teoria.

E, assim, é no esteio deste raciocínio que Auguste Comte anuncia a grande lei fundamental a que estava sujeito o espírito humano. Neste sentido, este pensador distingue três estágios ou estados (períodos de evolução da humanidade):

- 1º) *estado teológico*: existiu quando as especulações humanas procuravam explicar determinado fenômeno – que causava espanto, admiração, no espírito do homem –, reconduzindo estas forças naturais para o plano da divindade;
- 2º) *estado metafísico*: ocorreu quando a mente humana começou a personificar esses fenômenos naturais, quando o homem buscou explicar essas forças naturais como causa em si mesmas;
- 3º) *estado positivo*: este estado/estágio ocorre quando a mente exclui e dispensa toda e qualquer abstração, ou seja: quando a mente humana observa de modo racional e objetivo a realidade.

Comte destacava que ele seria o responsável pela alta missão de conduzir a Sociologia e, conseqüentemente, a humanidade, a este terceiro estado/estágio (o estado positivo), baseado no critério metódico de observação objetivo dos fatos, afastando, de plano, as especulações metafísicas, ou seja: “Só o positivismo pode disciplinar a inteligência”.

É importante reter dois conceitos quando pensamos em positivismo jurídico: o conceito de *método* (que se revela na forma com que se estuda o fenômeno jurídico) e *teoria* (que traduz a doutrina do Direito, visto com sistematização e princípios científicos).

Este pensador influenciou de maneira muito forte o direito brasileiro. A filosofia positivista entrou com muita força no Brasil após a proclamação da República (basta ver o lema positivista que carrega

nossa bandeira: *ordem e progresso*). E não só. Vale destacar que o século XIX teve como principal marca o positivismo (não só no Brasil, mas principalmente na Europa, que, por sua vez, há muito superou essa corrente filosófica...).

A título de elucidação, na literatura, foi tema de polêmica e reflexão do escritor português Eça de Queiroz (hoje, tão esquecido entre nós), no seu ensaio *Positivismo e Idealismo*, bem como em outros de seus livros.

Neste sentido, embebedados estavam os espíritos dos intelectuais pelo aumento das ciências experimentais na Europa do século XIX. Assim, ao Homem, parecia ter chegado a era de uma completa revisão dos antigos princípios e máximas que, até então, tinham sido trazidos pela tradição filosófica. Era necessário refutar o apriorismo da Escolástica, de filósofos como Kant e Leibniz.

Só interessaria, de fato, o método positivo. Este era construído sobre o alicerce sólido das realidades empíricas, da experiência. Tendo em vista que o método indutivo teria realizado efeitos notáveis nas ciências físicas e naturais, também deveria ter o condão de encabeçar as pesquisas atinentes ao Homem e à Sociedade. Convém destacar que o ambiente histórico, cultural, econômico, artístico, filosófico, político etc., em que tudo isto ocorreu, foi, precisamente, numa época dominada pelo progresso da técnica e pelo fascínio das ciências experimentais.

Para os positivistas a questão central, essencial, seria o *método* que se opõe ao *metafísico*. Assim, seguindo estes ditames iniciados por Comte, os positivistas pretendem excluir toda e qualquer especulação, sobre determinado fenômeno, que foge dos fatos.

Este pensador buscou classificar as ciências, adotando, como critério, partir das mais gerais até às mais específicas. Sua conclusão/classificação foi: a Matemática, a Astronomia, a Física, a Química, a Biologia e a Sociologia.

Ora, e o Direito? Para Comte, cuja filosofia rejeita, afasta o que tenha parcela no metafísico, o Direito é franca contradição ao positivismo. Com fundamento na ideia da solidariedade e da harmonia (que constituem a lei do universo) o pensador destaca que, uma vez a

humanidade atingindo, ingressando, no estado/estágio positivo, o conceito de Direito desapareceria. O Homem, neste estado, não reconheceria nada, a não ser o estrito cumprimento do dever.

2. Aspectos essenciais do pensamento de Kelsen

Kelsen nasceu em 1881 em Praga (inserida no Império Austro-Húngaro) e morreu em solo americano, aos 92 anos, em 1973. Trata-se de um dos principais teóricos do Direito do século XX. Embora tenha ganhado muita notoriedade no século passado, angariando adeptos, também foi (e ainda é) alvo de críticas. Podemos notar em sua obra a preocupação em definir, estabelecer métodos (eis aqui a palavra-chave do positivismo) específicos da teoria jurídica.

Vale destacar que havia no século XIX (como vimos em Comte) uma tendência a diluir o Direito em outras ciências (afins, como a Sociologia ou a Psicologia). Kelsen se opôs às teorias que vigoravam na época (e até mesmo a Comte, neste ponto). Tendo em vista que o Direito possui método e princípios próprios, teria o condão de ser autônomo, puro, de dotar o Cientista do Direito de segurança e autonomia científica (tal como as demais ciências).

O pensador austríaco segue os ditames positivistas, pois o Direito deveria ser analisado pura e simplesmente como norma. Assim, descarta-o como fato social ou como valor transcendente. Separa o mundo do *ser*, atinente às ciências naturais, do *dever-ser*, onde enquadra o Direito.

O Direito é concebido como uma ordem normativa que revela exclusivamente técnica. Deste modo, o Cientista do Direito não tem interesse em criticar e especular sobre os valores. Eis a razão por que no pensamento de Kelsen há nítida separação entre “direito” e “justiça”. Ora, se observarmos essa ótica apresentada pelo filósofo, constata-se de plano que essa redução do fenômeno jurídico tem uma única finalidade: de lhe atribuir pureza, de dotar o Cientista do Direito de autonomia.

Vale dizer que a Ciência Jurídica só é pura quando separada das demais ciências (que lhe desviam o foco). Neste aspecto reducionista o

cientista deve afastar prontamente a discussão se uma norma é justa ou não (este tipo de especulação caberia, segundo ele, à Filosofia, pois a questão do “Justo” é uma das indagações perenes deste ramo do saber, e não do Direito). O cientista deve essencialmente estar preocupado com o fenômeno, ou seja: se ela é válida ou não. É fundamental entender que a norma, enquanto fenômeno, está destituída de seus aspectos humanos.

Isto se deve ao fato de que o pensador austríaco concebia o Direito como um sistema *autônomo* (autossuficiente) diante da realidade social (eis a razão por que não admitia a interdisciplinaridade com a Psicologia, a Sociologia e a Filosofia). Vale dizer que considerava apenas o que existe dentro do sistema jurídico (excluindo-se ajuda externa, uma vez que o Direito se autorreferencia). Aliás, cumpre salientar que, diante dos positivistas, Kelsen foi o que buscou esse conceito de autonomia do Direito de modo mais evidente, marcante.

O cientista se preocupa essencialmente a buscar compreender o Direito na sua essência redutora (a norma) e a tentar entendê-lo sob seu aspecto estrutural. Só assim o estudo do Direito poderá ser científico: quando separado de qualquer outra disciplina que desvie o foco do que efetivamente deve reter a sua atenção, nomeadamente o objeto (a norma).

A norma, segundo este pensador, situa-se no reino do *Sollen* (do *dever-ser*), ao passo que as leis que regem a natureza enquadram-se no *sein* (*ser*). Deste modo, a norma se expressa num *imperativo* (num comando que se impõe): *Se A é, B deve ser*. Concluindo: “A” constitui o suposto, enquanto “B”, a consequência.

3. A visão piramidal do ordenamento jurídico

Objeto da Ciência Jurídica, a estrutura normativa se apresenta por meio de uma hierarquia. Como vimos em capítulo anterior, em primeiro plano, no vértice de uma pirâmide, encontram-se a Constituição, Emendas, leis complementares etc. Ora, o que muitos deixam por mencionar é que, acima da Constituição, o filósofo austríaco situava a Norma Fundamental ou Norma Hipotética que se revela num preceito hipotético; ou seja: numa hipótese necessária para

fundamentar o ordenamento jurídico (na verdade, este se revela num dos temas menos desenvolvidos por Kelsen).

O ordenamento jurídico, então, revela-se num sistema de normas gerais e únicas, vinculadas umas às outras, sendo que a elaboração e produção de toda norma, integrante deste ordenamento/sistema, é determinada (pois se encontra subordinada) por uma outra norma, igualmente pertencente ao sistema e, em último caso, por sua norma fundamental.

4. A norma fundamental

Trata-se aqui de um dos principais conceitos no pensamento de Kelsen. Como vimos, igualmente, este conceito de Norma Fundamental (*Grundnorm*) é um dos pontos mais obscuros da teoria normativa deste pensador.

Ora, uma das premissas fundamentais desta teoria reside no fato de que uma norma só pode ser fundamentada por uma outra norma do sistema. Assim, há de existir uma norma (hipotética) que venha a dotar de validade o próprio texto constitucional.

Esta norma, como é óbvio, é responsável pela formação e unicidade do ordenamento jurídico.

Trata-se de uma norma que não está escrita ou definida em papel algum. A título de exemplo, lancemos nossos olhos para a Inglaterra. Lá, antes de qualquer coisa, há o sentimento inserido no coração do povo, do cidadão de que este deve, de fato, obediência à Rainha. Em alguns países islâmicos (os mais radicais), há uma norma não escrita que preconiza, como fundamental, o respeito e obediência à vontade de Alá.

Tendo em conta estas sociedades (uma vez que se diferenciam umas das outras), levando-se em consideração estas premissas, fundantes, surgirão, como é lógico, as demais normas do sistema.

Assim, cabe estudar, ainda que brevemente, os seguintes pensadores:

Alf Ross

A Escandinávia revela-se como vanguarda na filosofia jurídica contemporânea. Este filósofo dinamarquês é um dos maiores exemplos deste avanço. Mesmo tendo sido discípulo de Kelsen, seu pensamento é divergente. Ross também reduz a validade do Direito à sua eficácia. Contudo, essa redução ocorre após uma análise da estrutura normativa.

Este pensador busca exemplificar a estrutura jurídica, a formulação de normas que atendam aos cidadãos (destinatários da norma), por meio do jogo de xadrez. Exemplifica com dois jogadores que desenvolvem o jogo, sendo que um terceiro (não participante) os observa. Ora, caso este terceiro não conheça as regras do jogo não poderá compreender os lances efetuados pelos dois jogadores. Porém, se ele efetivamente conhecer as regras do xadrez, o decorrer do jogo lhe fará total sentido. O mesmo ocorre com o cidadão (destinatário). Está impossibilitado de compreender o jogo sem o recurso às “regras”.

Para ele, o ordenamento jurídico se reveste em diretivas que não se revelam diretamente ao modo como determinado conflito será dirimido, mas serve como indicador, como norte pelo qual o juiz (que aplica o Direito) deverá seguir.

Bobbio

Um dos maiores pensadores da atualidade nasceu em Turim (Itália), no ano de 1909, e morreu em 2004. O que o faz um dos principais pensadores do mundo atual é que sua obra é extensa (merecendo não uma passagem num capítulo, mas um livro inteiro).

Ora, para este filósofo italiano, há uma gama enorme de normas (temos as normas sociais, jurídicas, associativas etc.). Em sua obra *Teoria do ordenamento jurídico*, o filósofo buscou visualizar a globalidade, não apenas as normas jurídicas.

O Cientista do Direito deve levar em consideração que o Direito não é a norma exclusivamente, porém, reveste-se num conjunto de normas (coordenadas entre si). Assim, nunca uma norma estará isolada, mas em sintonia, interagindo com as demais normas.

Para ele, a norma tem critérios que merecem atenção: a validade, a existência e a eficácia jurídica; ou seja: “o modo pelo qual uma determinada norma se torna eficaz a partir de uma complexa

organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devem exercê-las e sua execução” (*Teoria do ordenamento jurídico*, p. 22).

Para se verificar a eficácia também deverá vislumbrar a norma diante do ordenamento jurídico, e não isoladamente (uma norma pode ser jurídica, mas não eficaz).

Para definir seu conceito de “jurídico” e “não jurídico” o filósofo ressalta que: “não existem ordenamentos jurídicos porque há normas jurídicas, mas existem normas jurídicas porque há ordenamentos jurídicos distintos dos ordenamentos não jurídicos” (*Teoria do ordenamento jurídico*, p. 31).

Para Bobbio, o que difere o sistema jurídico de qualquer outro sistema é que, no primeiro, existe a efetiva possibilidade de aplicar sanções. Então, a sanção, no pensamento deste filósofo italiano, tem uma função precípua diante do sistema jurídico: ela protege a norma contra a *erosão* de ações contrárias. A sanção então é encarada como uma forma moderada (nem toda norma traz consigo a sanção). Ademais, não há em sua teoria a expressão de um positivismo legalista, com a confusão entre lei e Direito.

Podemos sintetizar as críticas de Bobbio ao direito natural nos seguintes aspectos:

- ◆ O direito natural carece de eficácia, ao contrário do direito positivo, pois o direito natural pode ser negado prontamente – como muitas vezes foi – por uma norma positiva (oriunda do Legislativo). Segundo o filósofo italiano, seria fechar os olhos para a História se achar que o direito natural se sobrepõe sempre aos ditames da lei.
- ◆ O direito natural não tem o condão de alcançar o objetivo que é alcançado nos sistemas jurídicos positivos: garantir a paz e a segurança.
- ◆ O direito positivo adentrou, pouco a pouco, campos que até então eram atribuídos com exclusividade ao direito natural.
- ◆ Segundo Bobbio, a noção de “natureza” é de tal modo variável e equivocada que já se consideraram como “naturais” direitos diametralmente opostos.

5. Críticas gerais ao positivismo

- ◆ Alguns autores destacam que o Positivismo tem uma preocupação excessiva com a lei, independentemente de seu conteúdo. Assim, esta corrente (ou algumas que, do tronco, se ramificam) seria uma porta aberta para regimes totalitários, seja no comunismo, nazismo ou fascismo.
- ◆ Para alguns positivistas legalistas, o Direito não é mais do que um conjunto de regras ou normas. Ora, se observarmos as diferentes sociedades, constataremos que há Direito que não é regra ou norma; eis que existe o direito consuetudinário, direito jurisprudencial e doutrinário.
- ◆ Alguns críticos fixam a ideia de que o conceito de norma fundamental, na teoria de Kelsen, é obscuro.
- ◆ Alguns autores evidenciam que nada impediria que as normas naturais fossem aquela que efetivamente dotasse de validade o sistema; ou seja: nada impede que fossem as normas naturais as “formadoras do todo” (nomeadamente, o sistema jurídico, ao invés do preceito hipotético cogitado por Kelsen).

Embora estas críticas possam parecer cruciais e contundentes, vale destacar que para alguns autores positivistas, elas se revelam sem importância, pois os positivistas não se preocupam com eventual imperfeição na teoria ou na visão do Direito. Fundamental, para esses doutrinadores, é a prática, uma prática firmada no texto legal.

6. Considerações finais

Uma ressalva merece ser apontada: será fácil verificar que, embora inúmeras críticas dirigidas ao direito natural, no mundo contemporâneo, os positivistas muitas vezes se aproximam (conscientes ou não) dos princípios fundamentais do direito natural.

Trazemos, por fim, um ponto digno de reflexão (na medida em que podemos comparar esta passagem à doutrina apresentada) que, sem sombra de dúvidas, cai como uma luva, tanto neste capítulo como para os próximos. Trata-se de uma passagem d’ *O Último dia de um condenado*, de Victor Hugo:

Um juiz, um comissário, um magistrado, não sei de que tipo, acaba de vir. Eu lhe pedi a graça juntando as duas mãos e rastejando de joelhos. Ele me respondeu, sorrindo fatalmente, se era tudo o que eu tinha para lhe dizer.

– Misericórdia! Misericórdia! – repeti. – Ou, por piedade, mais cinco minutos!

Quem sabe? Talvez ele virá! É tão horrível, na minha idade, morrer assim! Graças que chegam no último momento, já se viram muitas. E a quem farão graça, senhor, senão a mim?

Esse carrasco execrável! Ele se aproximou do juiz para dizer que a execução deveria ser feita na hora certa, que esta hora estava se aproximando, que ele era o responsável, que aliás está chovendo, e que aquilo pode enferrujar.

– Por piedade! Um minuto para esperar a minha graça! Ou vou me defender, morder!

O juiz e o carrasco saíram. Estou só. Só com dois gendarmes.

Oh! O horrível povo com seus urros de hiena! Quem sabe se não escaparei dele? Se não serei salvo? Se a minha graça...

É impossível que não me deem a graça!

Ah! Miseráveis! Parece que estão subindo as escadas...

Capítulo 12

◆ O Direito Natural: o jusnaturalismo

A distinção clássica entre Direito Positivo e Direito Natural foi feita por Górgias, destacando o *áspero direito* da *suave equidade*. Para os jusnaturalistas, o Direito Positivo, isolado, por si só, desprovido de uma base filosófica superior, não constitui ciência, revela-se apenas numa arte de interpretar e aplicar leis (tal como a História que, sem uma referência superior, torna-se apenas numa estéril narrativa dos acontecimentos). Por outro lado, Bentham, Austin, Kelsen, Weber e Hart publicaram, todos, textos que refutam por completo a teoria de uma suposta lei natural.

Assim, o jusnaturalismo se opõe ao positivismo na medida em que o Direito, separado do justo, careceria de “alma”, de razão de ser, assim, fatalmente perderia força, dissolver-se-ia com o passar do tempo. Para os adeptos desta corrente de pensamento, não se pode explicar, unicamente, o poder da lei com a pistola de um gendarme.

Ora, uma conclusão se impõe depois da análise destes argumentos:

- ◆ O Direito Natural é intrínseco à Moral.
- ◆ O Direito Natural pode ser reduzido aos primeiros princípios de moralidade, tal como: *deve-se praticar o bem e evitar o mal*.

É importante fazer uma ressalva: o tema proposto neste capítulo pressupõe, necessariamente, uma abordagem através de uma perspectiva da metafísica cristã. Neste sentido, diante das posturas dos diferentes (mas, a maioria dos) pensadores elencados, é inevitável a percepção de um Direito Natural proveniente de Deus e que se revela como ente disciplinador da sociedade, do Estado e das relações humanas.

Contudo, também é forçoso lembrar que, tal como os positivistas, os jusnaturalistas divergem entre si, embora compartilhando pontos (centrais) em comum. Neste aspecto, constata-se, por parte de alguns adeptos desta corrente, a tentativa de superar a esfera teológica e filosófica em que nasceu.

1. O direito natural na Grécia antiga

Desde os tempos mais remotos da Antiguidade o Homem especulou, indagou sobre a questão não só da existência, como também das normas positivas, postas ou inseridas por determinada autoridade, ou pela comunidade, no âmbito social, cabendo-lhe obediência a estas normas.

Esta preocupação é encontrada nos povos do antigo Oriente e que estão inseridos num contexto social, cultural e político muito distante do nosso.

Isso porque essa preocupação/questionamento é intrínseca/natural ao Homem. É comum a todos os povos antigos, contemporâneos, orientais, ocidentais, cristãos ou muçulmanos. Segundo Erik Wolf, o problema do Direito Natural interessa a todos os homens.

Assim, chegamos à Grécia Antiga; a igualdade de todos perante a lei foi estabelecida como um dos pilares do pensamento antigo este princípio absorvido na íntegra pelo jusnaturalismo que, paulatinamente, ao longo do processo histórico foi se incorporando como doutrina, nos direitos fundamentais do Homem. Essa corrente filosófico-jurídica tem seu berço na Antiguidade Clássica (principalmente na *agora*, na democracia ateniense) e ainda vigora com muita força no pensamento jurídico moderno.

Neste sentido, diante do cenário político grego, em que imperou a liberdade e a retórica, a argumentação na praça pública (na *agora*), a crítica, o questionamento, sobre o Direito, a Justiça, as leis crescem muito. Assim, na poesia de Homero já vamos encontrar raízes do Direito Natural. Em Hesíodo, são elencados como valores supremos de uma comunidade a ordem, a justiça e a paz. A justiça seria o maior dos bens e tinha origem nos deuses (pois era o fator que distinguia os homens dos animais).

Para estes autores épicos, a justiça é designada por dois termos que merecem atenção: *themis* e *dike*, que são deusas (míticas) que estão ligadas ao conceito grego de justo. *Themis* é sempre ligada à questão de união e da concórdia; já *dike* está ligada ao conceito de ordem e é sempre auxiliada por duas outras figuras/deusas míticas: *eirene* – a paz e *eunomia* – a boa lei.

Ainda no legado grego da literatura, nomeadamente na peça *Antígona*, de Sófocles, constata-se, inequivocamente, que esta se revela na fonte histórica mais remota no que tange à doutrina do jusnaturalismo. Nesta obra, há um diálogo marcante entre Antígona e Creonte que se revela num norte para o Direito, principalmente no que tange ao dilema *lei humana “versus” lei divina*. Sófocles constata por meio da personagem Antígona (que desrespeita, deliberadamente, um edito de Creonte que proibia que seu irmão fosse enterrado) que há efetivamente um Direito superior (não estabelecido pelos homens, mas sim pelos deuses, eterno, imutável e perene) e, quando contrário à lei humana, esta deve ser posta de lado em detrimento daquele.

Observando a peça *Antígona*, de Sófocles, quando aquela é indagada por Creonte da razão de ter, voluntariamente, desobedecido à sua lei, nota-se, pela primeira vez, o debate entre a lei humana (injusta/tirânica), bem como sua efetiva aplicação, diante de uma lei superior preexistente, perene e imutável. Trata-se, aqui, de menção à famosa “lei não escrita”, em grego: *agrafos nomos* (esta nomenclatura foi utilizada, inicialmente, pelo próprio Sófocles, para designar leis absolutas que emanariam dos deuses).

Os Sofistas perceberam uma ordem que emanava da força social. Embora não possamos rotular todos os pensadores de modo definitivo (ainda mais na Grécia Antiga, rica em ideias), basicamente, estes se opuseram ao conceito de um Direito Natural, como uma realidade que emanasse do Homem. Foram os primeiros a proclamar o relativismo gnosiológico quando Protágoras expressou que “o homem é a medida de todas as coisas”.

O Sofista Antifon atentava para o dilema, o paradoxo eterno do Direito. Este se reveste de realizador da justiça, porém está em constante mutação (tal como a sociedade); assim, nunca poderá,

segundo Antifon, ser capaz de concretizar o seu fim. Outro Sofista, Licofron, ressaltava que o Direito Positivo era impotente para trazer justiça aos cidadãos; elencava-o apenas como uma garantia exterior.

Sócrates, por seu turno, percebeu que o racionalismo dos Sofistas podia gerar o perigo de um eventual ceticismo (que culminaria por dissolver conceitos de bem e de moralidade) e pregava que o homem deveria ajustar a sua conduta a uma ordem universal (ao Bem, ao Justo, ao Belo). Ele destacava a existência de uma atitude ética, transcendente à vontade humana, igual para todos os homens, *leis não escritas, promulgadas pelos deuses*.

Ainda, asseverava (de modo diferente dos Sofistas) que a justiça não se contrapõe ao Direito, uma vez que é através da lei humana que se concretiza e realiza o valor absoluto da justiça.

Platão, por ter sido um dos mais fiéis discípulos de Sócrates, também criticou os Sofistas. Para entender este pensador, no que tange à sua postura perante o Direito Natural, é necessário analisar a essência de seu pensamento, isto é: a doutrina das ideias. Vale sublinhar que o filósofo não chegou a esta doutrina pela ascese filosófica, mas sim por conta da desilusão com a sociedade, com as leis, com a política de Atenas.

Em apertada síntese, esta teoria pressupõe que, da realidade, da essência das coisas, temos um conhecimento falso, enganoso; assim, a verdadeira realidade encontra-se no Mundo das Ideias. Deste modo, as coisas reais, do mundo, são apenas sombras (que representam as coisas em si). Ora, a justiça, então, para Platão não é a traduzida pelos Sofistas, não é a traduzida por Heráclito, não é a referida por Hesíodo ou Homero. A lei autêntica é aquela que se assemelha, que se aproxima do ideal de justiça. O Direito deve ter como norte o mundo ideal (seu sonho de sociedade e grande parte do que concebia como Direito estão na obra *A República*).

Para Platão, a partir do momento que o homem honrado, bom, de suprema responsabilidade, é condenado, executado, sucumbindo à decadência do Estado, este deve estar em completa desordem. Não há outra saída a não ser repensar, redefinir o Estado, as leis.

Aristóteles, como vimos, ao lado de Platão, revela o *core*, a essência do pensamento grego antigo. Este pensador, embora discípulo de Platão, afasta-se de suas teorias, pois refuta a separação entre mundo natural e mundo das ideias. O Estagirita é conhecido como o “pai do Direito Natural”. Ele distingue claramente o Direito Positivo (*nomikon dikaion*) da lei natural (*physikon dikaion*).

Na questão do “justo” em si, Aristóteles distingue, mas não vai separar, os conceitos de justo natural e de justo político. Na sua obra *Ética a Nicômaco*, ele ressalta essa distinção essencial: o que é justo na cidade o é por natureza ou por lei. O justo por natureza tem caráter universal, é inalterável, e não depende das circunstâncias. Por outro lado, o justo por lei provém daquilo que foi estabelecido pelo homem, nas leis humanas, é ocasional, circunstancial. A justiça, no pensamento deste filósofo, não tem origem divina, mas sim na natureza.

Em seu pensamento filosófico, o conceito de *ius naturale* está intimamente ligado ao conceito de *equidade* (*aequitas* – no caso de Aristóteles, a designação grega era *epieikeia*). Para Aristóteles a equidade consistia na retificação da lei, naquilo que ela se revelava injusta ou de difícil aplicação, tendo em vista o seu caráter geral. Esta característica da lei, a generalidade, traz como consequência “espinhos” que a tornam injusta em determinados casos. A equidade, então, é utilizada não para aplicar a lei friamente, mas atendendo fundamentos de justiça, que é a finalidade da própria lei.

Aristóteles, erroneamente interpretado por alguns positivistas, não revela a equidade como uma saída ou “válvula de escape” para o famoso brocardo *dura lex sed lex*, pois ela se revela na própria justiça. A equidade apara os espinhos da lei, corrige seu marco rígido, busca adequá-la ao caso concreto, filtrada pelos princípios da justiça natural.

Como a lei positiva tem sua gênese, fundamentalmente, na vontade do legislador, encontra-se, por vezes, “ao sabor do vento”, isto é: é variável. A lei natural é eterna, imutável e perene.

Convém notar que tanto para Platão como para Aristóteles o Direito Positivo possui um caráter secundário na medida em que tem a finalidade de complementar o Direito Natural.

2. O direito natural em Roma

Cícero apresenta a lei natural em sua obra *Tratado da República*, dotando-a (seguindo o fio condutor de Aristóteles) de: unidade, universalidade, imutabilidade, só que atribuindo a sua autoria a Deus. Enfatiza que só podemos distinguir uma lei boa de uma lei má através da natureza como norma, ou seja, todo e qualquer ato do Estado, sentenças, leis, decretos dos imperadores estariam, invariavelmente, limitados pela ordem/lei natural (passagens nas obras de Sêneca, Epiteto e Marco Aurélio caminham no mesmo sentido).

Ulpiano faz uma definição sobre o *ius naturale* na qual destaca que se reveste no Direito que a natureza teria ensinado a todas as criaturas, pois não é exclusiva do gênero humano. Também é dele a seguinte passagem elucidativa do *Digesto I*: “A Justiça é a vontade constante e perpétua de atribuir a cada um o que é seu. Os preceitos do Direito são os seguintes: viver honestamente, não prejudicar ninguém, atribuir a cada um o que é seu. A Jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas, o conhecimento do justo e do injusto”.

Vale lembrar que os juristas em Roma não se preocuparam em fazer uma distinção clara entre aquilo que pertence ao Direito e à Moral. Porém, este conceito de um Direito Natural adentrou o Direito Romano com tal vigor que o próprio legislador se encontrava limitado por ele.

3. A patrística

Sem sombra de dúvidas, no pensamento Ocidental, nenhum acontecimento foi tão significativo, causou tanto impacto no pensamento humano como o aparecimento do cristianismo. Ora, no campo da doutrina sobre o Direito Natural, não foi diferente. Recebeu grandes contribuições trazidas pelo pensamento cristão.

A “patrística” designa a filosofia dos Padres da Igreja dos séculos II a VI d.C. que alguns delimitam entre as epístolas paulinas até Santo Agostinho.

Tertuliano (nascido por volta de 160, falecido em 220 d.C.), um dos Santos Padres, atesta que, de fato, há uma lei comum, universal, para

todos os homens, “judeus e gentios”, que se revela no Direito Natural. Exemplifica uma relação onde a natureza é mestra e a alma discípula. Ocorre que, devido à corrupção da nossa natureza, o homem esqueceu-se de certos fundamentos, princípios naturais.

Santo Agostinho é talvez um dos maiores pensadores do Ocidente. De uma vida mundana, após deparar-se com uma avassaladora conversão, tornou-se um dos mais importantes Padres da Igreja. Ele desenvolve seu pensamento com base na epístola paulina, traz a noção de lei natural, temperando-a com um fundamento teológico.

Para o *bispo de Hipona*, Deus é o autor da lei eterna; a lei natural é a manifestação daquela no coração dos homens. Diante deste fato, as normas positivas vão encontrar referência na lei natural. Determinada lei só será autêntica quando proveniente da lei natural. O legislador não deve legislar única e exclusivamente com o intuito de refletir as leis naturais, respeitando-a, mas também deve facilitar a sua efetiva aplicação. Cultuar a Deus, para Santo Agostinho, era também respeitar a lei natural. Para este pensador, Deus se comunica com o homem através de sua consciência; assim, a lei natural, quando na alma, através do coração do homem é designada de *Lex intima*.

4. A escolástica

Santo Tomás de Aquino, no século XIII, revelou-se no principal pilar do pensamento cristão (principalmente da Igreja Católica). Este pensador conheceu uma filosofia pela qual, prontamente, deixou-se influenciar e lutou para adaptá-la aos dogmas cristãos: a filosofia de Aristóteles. Assim, o pensador cristão busca não apenas estudar o texto de Aristóteles, mas também ir além do texto; busca apreender a intenção do filósofo grego: a *intectio auctoris*.

Na *Suma teológica*, Santo Tomás de Aquino, nomeadamente no tratado das leis (*de legibus*) e na enorme sistematização dos princípios da justiça (*de iustitia et iure*) e do Direito, atesta que é melhor que tudo seja efetivamente regulado por lei, do que relegar o Direito ao arbítrio dos juízes.

Isso por três motivos: destaca em primeiro lugar que é mais fácil encontrar uns poucos homens prudentes capazes de legislar com

equidade, do que muitos juizes que seriam necessários para julgar a enorme quantidade de casos concretos; num segundo argumento, assevera que os legisladores consideram (ou, pelo menos, deveriam levar em conta) com cautela a matéria que pretendem abordar/legislar; os juizes, por seu turno, julgam os casos emergentes; o terceiro ponto reside no fato de que Santo Tomás considera que os legisladores atuam, geralmente, pensando no futuro, enquanto os juizes julgam o presente.

Vê-se, igualmente, que o filósofo também não considerava muito o Legislativo, uma vez que se refere aos “poucos prudentes”... De fato, nota-se na filosofia de Santo Tomás um desapego à filosofia política.

O *Aquinatense*, ainda, distinguiu – embora não em compartimentos estanques: a lei eterna, a lei natural, a lei humana e a lei divina revelada ao homem, do seguinte modo:

- ◆ *lei eterna (lex aeterna)*: é aquela que rege e ordena o todo; Deus a conhece com anterioridade; trata-se da razão, da sabedoria divina; somente Deus tem a capacidade de conhecer a lei eterna (um bom exemplo é que Deus seria o Sol e a lei eterna a luz do Sol);
- ◆ *lei natural (lex naturalis)*: ela existe no homem, é uma partícula, um reflexo da lei divina. É a pequena incidência da lei eterna na criatura dotada de racionalidade. Santo Tomás evidencia a necessidade de a lei natural ser complementada pela lei humana e pela lei divina revelada ao homem (a lei divina consiste numa participação da lei eterna quando revelada na Palavra, na *Bíblia*, com a finalidade de direcionar o homem);
- ◆ *lei humana*: criada pelo homem, tem a finalidade de disciplinar as relações sociais tendo como norte as demais leis. Santo Tomás destaca que só a lei divina pode suprir as deficiências e injustiças da lei humana.

Esta distinção de leis apresentada pelo *Doutor Angélico* culmina em duas indagações importantes para a Filosofia do Direito e que, nos dias atuais, ainda geram polêmica:

- 1ª) Será devida obediência à lei humana quando esta vier a contrariar as outras duas?
- 2ª) Qual o limite de obediência que o cidadão deve ao Estado?

Ora, para o Doutor Angélico, a lei humana é fundamental na medida em que – produzida pelo Poder Legislativo, com seus poucos prudentes – assegura a paz social e o bem comum (*bonum commune*). Assim, mesmo provocando um certo dano, deve ser mantida e aplicada. Contudo, assevera que não deverá ser aplicada/obedecida se implicar a violação de uma lei divina.

Assim, deduzimos que, para o grande filósofo, *lex iniusta non est lex* (a lei injusta não é lei). E que o Homem deve obediência limitada ao Estado.

Cabe ainda destacar que, para Santo Tomás, a lei natural pode se corromper no coração dos homens, isso porque ele leva em consideração o verdadeiro estado da natureza humana (absolutamente diverso daquele que vimos anteriormente ressaltado por Rousseau e Hobbes). Trata-se aqui de um conceito em que o homem não é necessariamente bom ou mau; ele simplesmente possui uma natureza fraca em virtude do pecado original.

Eis a razão, segundo ele, para a necessidade da lei divina. Uma vez positivada se revela num meio seguro e infalível, conservando a lei natural (que está sujeita, devido às falhas humanas, a ser corrompida).

Outro pensador importante para o tema, Grócio, estabeleceu princípios sobre o Direito Natural na sua obra fundamental, *De iure belli ac pacis*, publicada no ano de 1625. Ainda podemos detectar em Grócio marcas de Aristóteles e de Santo Tomás.

Em seus escritos, o pensador buscou estabelecer princípios basilares no campo do Direito Internacional. Ora, como este ramo do Direito não possui a garantia da força organizada, para ele seria essencial buscar uma sanção obrigatória nos princípios de Direito Natural.

Acreditava que o Direito Natural seria o corolário da natureza social humana, acreditando ser injusto tudo aquilo que viesse a se divorciar da natureza da sociedade. Salientava que Deus proíbe ou ordena alguma coisa através das exigências da natureza (embora a natureza encontre em Deus a sua origem).

O Direito Natural, segundo o pensador holandês, é o ditado da reta razão, isto é: racional; e até mesmo Deus está sujeito a seus ditames,

uma vez que não teria o condão de mudar o fato de que dois mais dois não sejam quatro.

5. Jacques Maritain

Este pensador francês nasceu em 1882, em Paris, e faleceu em 1973. Quando falamos em jusnaturalismo, seu pensamento é um dos mais importantes do século XX (vale lembrar que foi um dos principais redatores da *Declaração Universal de Direitos do Homem* pela ONU).

A teoria sobre a lei natural no pensamento de Maritain é essencialmente uma teoria moral. Assevera que a lei natural é uma lei não escrita que é conhecida e deve ser respeitada por todos, pois é *universal*. Trata-se de uma lei que é (e deve ser sempre) um norte, um paradigma para as ações humanas.

Quando lemos a teoria de Maritain sobre o Direito Natural e a lei natural, há aspectos que devem ser levados em conta. Primeiramente, o pensador francês reconhecidamente se revela *tomista* (isso implica que segue à risca os ditames de Santo Tomás de Aquino) no que tange à sua concepção sobre a lei natural. Devemos ter em conta que o século XX borbulhou de Escolas e teorias filosóficas. Isso fez, naturalmente, com que Jacques Maritain empunhasse a bandeira da moralidade, ética (e Direito) tomista, contra os relativistas, céticos e subjetivistas.

Porém, o filósofo não segue o pensamento de Santo Tomás de maneira acrítica. Por exemplo, ele proporciona uma análise epistemológica da lei natural em que admite possuir raízes no pensamento tomista, mas que precisa ser mais bem desenvolvida e detalhada.

Outro aspecto que deve ser levado em consideração é o entendimento que Maritain possuía de “lei” quando trata de lei natural. Aqui, o pensador não aborda a lei como os cientistas ou sociólogos enxergam nos dias atuais: leis que regem fenômenos naturais ou leis de comportamento humano. Para ele, “lei” significa *um comando ou mandamento racional que visa ao bem comum, elaborado e promulgado por quem de direito, dentro de determinada sociedade*.

Quando Maritain descreve a lei moral como natural, ele pressupõe essa origem natural devido a dois motivos:

- a) é natural na medida em que é ligada ao conceito de natureza humana (isto é, em termos de funcionamento humano, da natureza do homem). Espelha a humanidade, traduz o que é, de fato, (ser) humano, comum a todos os homens globalmente (universal);
- b) num segundo aspecto, é natural pelo modo como se (a) conhece. Maritain destaca que podemos conhecer as coisas por meio da Ciência, por exemplo, ou de observações empíricas. Ora, a lei natural é conata, o homem é inclinado para ela e é uma lei indubitável e infalível.

Cumpre, ainda, demonstrar a ligação que Maritain faz entre lei natural e Direito Natural. Este pensador acredita que devemos tentar um equilíbrio, um consenso sobre alguns aspectos e conceitos intrínsecos aos princípios de Filosofia Política (ex.: direitos humanos) sem influência metafísica ou moral, nos bastidores. Os Direitos Humanos, por exemplo, Maritain acreditava que não eram legítimos e imperativos apenas devido a um consenso (no caso, a Declaração de 1948), mas deveria ser descoberta e alicerçada a fundação destes direitos, para que se tornassem sólidos, inabaláveis. Eis que surge a lei natural.

Por fim, tendo em vista as críticas ao jusnaturalismo, abordadas no capítulo anterior, vale destacar alguns pontos contundentes em que os jusnaturalistas atestam a efetiva existência de um Direito Natural:

- ◆ se não existe, de fato, um Direito Natural, toda e qualquer lei (inclusive aquelas que emanam do tirano) é justa. Há ações humanas como o roubo, estupro que são, essencialmente, injustas. Assim, o fato de serem reconhecidamente injustas precede a própria lei. Logo, não de encontrar fundamento na natureza, assim o reconhecimento de uma lei natural é patente;
- ◆ até mesmo aquele que mata, estupra, rouba, no íntimo possui consciência do ato. Essa consciência, tanto do indivíduo como da sociedade, só pode ser fruto de um Direito Natural, reconhecido por todos (como salientou Aristóteles);

- ◆ se não há um Direito Natural, torna-se impossível a existência do Direito Internacional, uma vez que o fundamento do Direito Internacional estaria no Direito Natural;
- ◆ o Direito Natural fundamenta o Direito Positivo. Se não houvesse um Direito Natural, o Direito Positivo deixaria de existir. A lei natural precede qualquer lei civil; é perene, imutável. A lei civil encontra nela o seu fundamento de validade, caso contrário não seria reconhecida ou sequer aplicada.

Neste passo, deixamos alguns pontos para reflexão e análise:

- ◆ De fato, importa, possui efetivo valor, um código, presumidamente da justiça, se dentro desse código existem apenas letras (frias e estéreis), e não a Justiça?
- ◆ É possível que determinado governo injusto, arbitrário, possa se disfarçar ou ser eficaz simplesmente com a produção de leis justas?
- ◆ Diante de uma sociedade corrupta, a tendência é que os legisladores sejam medíocres como o restante do povo. Há esperança para essa sociedade? Qual o papel do Direito?

Capítulo 13

◆ O Direito Alternativo

Como as demais correntes, o Direito Alternativo gera certa polêmica, dividindo, como consequência, partidários e oponentes fervorosos. Isso se explica na medida em que a tendência do Cientista do Direito é aderir, acreditar, filiar-se a uma corrente que se enquadre, que satisfaça, que esteja em sintonia com seus temores, amores, rancores, formação cultural, científica, econômica, religiosa, artística, política e filosófica. Só assim podemos entender o Homem; só assim poderemos entender o homem-aplicador (cientista) do Direito. Não há como dissociá-lo desses fatores.

O Direito Alternativo encontra suas raízes em vários países da Europa; em alguns meios europeus onde se destacou a influência marxista, como alguns pensadores italianos e espanhóis. Na Alemanha, encontra inspiração na *Escola de Direito Livre*, fundada por Hermann Kantorowicz (que adotava o pseudônimo de *Gnaeus Flavius*) com sua obra/manifesto *A Luta pela ciência do direito (Der Kampf um die Rechtswissenschaft)*, publicada no ano de 1906. Este pensador considera que há a necessidade de um direito livre, um direito extralegal que se manifestaria para além do direito legislado.

Assim, o Direito Oficial é fruto das elites dominantes; sua interpretação e seu uso alternativo se revelam num modo de promover a luta de classes (aqui há uma recusa à revolução, há uma recusa pela simples negação da legalidade ou desobediência civil, mas o que efetivamente ocorre é a exploração das lacunas, contradições e aberturas legais).

Há doutrinadores que divergem deste ponto de vista, alegando que o Direito Alternativo nada tem de revolucionário. Destacam que seu

verdadeiro fim é o rejuvenescimento, a revitalização do direito positivo (que já se encontra envelhecido), que se encontra distante da realidade social.

No Brasil, com a finalidade de combater as injustiças socioeconômicas existentes, surgiu (como corrente metodológica) e agrupou-se, principalmente, no Sul, nomeadamente no Estado do Rio Grande do Sul. Segundo alguns, o surgimento desta corrente em nosso país é bem radical, até mesmo pelo fato de que não se fala, dentre seus partidários, em *uso alternativo do Direito*, mas sim em *Direito Alternativo*. Outros afirmam que este movimento está em sintonia com o Estado Democrático de Direito, uma vez que busca um direito mais justo, moderno e que diminua (ou, ao menos, tente diminuir) as desigualdades existentes em nosso país.

Assim, pode-se introduzir de plano este tema com a seguinte frase: “O Juiz é o grande crítico da lei; seu compromisso é com o Direito! Não pode ater-se ao positivismo ortodoxo. O Direito não é simples forma!”.

Para os partidários desta corrente, a justiça deve se preocupar e levar em conta a sociedade industrializada em que estamos inseridos, onde as forças econômicas dominam os meios de comunicação, que, conseqüentemente, moldam a opinião pública e que acaba por escolher os seus representantes/legisladores. Ora, diante disto, constata-se que o Direito nasce parcial, a serviço de um grupo.

Tendo em vista que a Constituição cidadã de 1988 define que o Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, a justiça deveria (em virtude disso) ser distribuída para todos, como meio de garantir a paz e harmonia social.

Ora, o que a Constituição estabelece, e o que efetivamente se encontra à disposição do povo brasileiro, na prática são coisas absolutamente distintas (fatores como o poder, estatuto social e econômico tornam “realidades” desiguais, das diferentes classes sociais, perante a justiça).

Assim, como já foi abordado anteriormente, com a finalidade de combater estas injustiças, surge o Direito Alternativo. O método

hermenêutico proposto por esta corrente reveste-se na aproximação maior entre a lei e a justiça, no caso concreto.

Atestam que o juiz deve ter a efetiva consciência do seu papel político na sociedade, pois o Judiciário, como poder ou função, não está subordinado ao Executivo ou ao Legislativo. Seria um retrocesso para a sociedade um Judiciário servil.

Se o Judiciário, segundo os alternativistas, tivesse a exclusiva função de aplicar a lei, nesse caso não seria um Poder. O Judiciário teria o condão de adotar posição crítica diante da lei (tomando como parâmetros aspectos concretos da realidade social).

Observe-se que a lei, inúmeras vezes, é desatualizada, inadequada ou injusta. Assim, havendo notória discordância entre o Direito e a lei, deve o juiz gerar uma solução alternativa, pois a lei é um meio, sendo que o Direito é fim.

Embasam-se, os membros desta corrente, como um dos fundamentos para o Direito Alternativo, no art. 5º da *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*: “Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Deste modo, alegam que o direito brasileiro, de fato, abre portas para que nele se encontre embasamento para a finalidade de utilidade social. O juiz é membro, está inserido no seio social. Diante deste fato, trata-se de um ser, imbuído de valores e que, conseqüentemente, deve aplicar a norma tendo em vista seu aspecto cultural, sociológico e ético.

Vale a pena conferir a alegação dos juízes partidários desta corrente que definem que acima da legalidade estão, principalmente, preocupados com a justiça no caso concreto. Pois o compromisso ético do juiz é com a justiça concretizada, e não com a lei.

Seguindo-se este raciocínio, o juiz não pode, de modo algum, aplicar cegamente a norma, composta de letra fria, sem alma, desconsiderando-se sua finalidade social. Seria abandonar por completo a interpretação teleológica (método de interpretação legal que tem por critério a *finalidade da norma*).

Outra crítica que se faz a esta corrente reside no fato de que seria inadmissível conceder ao juiz – que não foi investido para tal, pelo povo – o papel de legislador. Tal função poderia criar normas díspares (por todo o Brasil), criando-se verdadeiras inseguranças e “Frankensteins” jurídicos. Seria, portanto, conceder ao juiz poder excessivo.

Há francos elogios a esta corrente no que diz respeito à distribuição de penas, pois há efetiva busca por parte de seus partidários no que tange à reeducação em detrimento da punição, evitando-se, com isto, diminuir o ódio social por parte daquele que cumpre a pena.

Assim, alegam que o Direito Alternativo, no âmbito penal, trouxe uma pena mais humana e racional. Rompeu com o critério puramente técnico de aplicar, mecanicamente, a sentença.

Por outro lado, sobre o Direito Alternativo, o professor Goffredo Telles Junior assim expôs o seu ponto de vista sobre o tema:

Há um argumento que, segundo penso, não foi ainda aventado, mas que é de suma importância, dentro do contexto do chamado Direito alternativo.

A sentença *contra legem* é uma violação da lei, praticada deliberadamente pelo juiz. É o ato ilícito. Ora, a lei é norma *autorizante*. É norma que *autoriza* o lesado pela violação dela, a exigir o cumprimento da norma violada, ou a indenização pelo dano sofrido. Logo, o lesado pela sentença *contra legem* tem, além dos recursos normais para as instâncias superiores, uma ação contra a pessoa do juiz, que é um infrator voluntário e confesso.

Assim, o autor da sentença *contra legem* pode passar de juiz a réu, em ação de reparação de danos.

Péssimo exemplo deram os juízes do Direito Alternativo. Péssimo exemplo, apesar de seu amor pela justiça. Poderiam demonstrar seu amor, usando meios adequados. Mas, fazendo o que estavam fazendo, colocaram-se na situação de agressores, ferindo direitos líquidos e certos, de pessoas que não merecem esse tratamento.

Quando os juízes declaram que não cumprem as leis, quem as cumprirá?

E prossegue:

Disseram os juízes do Direito Alternativo que suas sentenças *contra legem* eram sempre ditadas por um sentimento de caridade.

Ah, sim, a caridade! A caridade é a virtude mais alta, sem dúvida; virtude mais alta do que a da justiça.

Acontece, porém, que a justiça é mais urgente do que a caridade.

Primeiro, a justiça: dê-se aos outros o que lhes pertence. Isto é fundamental. Depois, se quiser e se houver com quê, faça-se a caridade.

Pode haver justiça sem caridade, mas não há caridade contra a justiça. E é ato de injustiça dar a alguém o que é devido a outro. Tal ato, em verdade, não pode ser tido como ato de caridade, porque, evidentemente, uma pessoa só pode fazer caridade com o que é seu. Quem pratica a caridade, já praticou a justiça.

Que esdrúxula caridade é essa praticada pelo juiz! Que caridade é essa, feita pelo juiz com o que não pertence ao juiz? Não se pode fazer caridade com o que é dos outros. Que caridade é essa, com dano de terceiros?

Com o que não era deles, os juízes do Direito Alternativo quiseram fazer caridade. Violaram a lei, em nome de seu próprio sentimento de justiça. Promoveram-se a oráculos do justo e do injusto. Deram um péssimo exemplo. Incentivaram a ilegalidade. Justificaram o arbítrio, atentaram contra o fundamento da Democracia. E, por fim, não fizeram caridade, nem justiça, porque suas sentenças são insustentáveis, e terão que ser reformadas pelo Tribunal.

Mas... quero confessar que o idealismo daqueles juízes me comove. Erradas as suas sentenças, não há dúvida. Mas limpo é seu coração. Eu gostaria de ser amigo deles. (*Folha dobrada*, p. 160, 163 e 164).

Capítulo 14

◆ Miguel Reale e a Teoria Tridimensional do Direito

Da nossa modesta contribuição para o pensamento mundial (notadamente no campo da Filosofia e do Direito) um personagem que se destaca – e que nos enche de orgulho (independentemente de concordar ou não com sua teoria) – é o professor Miguel Reale. A tese desenvolvida por ele merece ser vista num capítulo à parte. Assim, a título de introdução, vale destacar que este filósofo e jurista nasceu no Estado de São Paulo, no ano de 1910, e faleceu no ano de 2006.

Miguel Reale definiu o Direito como *realidade histórico-cultural tridimensional, ordenada de forma bilateral, atributiva, segundo valores de convivência*.

O que de fato o distinguiu como filósofo do Direito foi a sua *Teoria Tridimensional do Direito*. Esta teoria, com sementes na Europa, inovou em matéria de doutrina filosófico-jurídica. Em primeiro plano cabe elencar que Reale acreditava que a Ciência do Direito (ou, como ele próprio denominava: a Jurisprudência) devia ser analisada sob o aspecto ou realidade cultural. Isso permitiria uma abordagem mais adequada do fenômeno jurídico. Ora, para este pensador, o fenômeno jurídico traz, implicitamente, uma relação dinâmica entre *fato, valor e norma*.

Assim, o Direito, ao contrário do que preconizou Kelsen, não pode ser visto isoladamente das demais ciências, não é ciência pura, distante e isolado do mundo sensível.

Existe, portanto, uma relação dinâmica, dialética entre fato, valor e norma; assim, a realidade fática (pois se refere ao fato, ao mundo real,

ao acontecimento social), axiológica (que se refere ao valor, ao aspecto moral do direito) e normativa (se refere à norma, ao campo do dever-ser, no padrão de comportamento social) se apresentam dinâmicas, mas em unidade entre si.

Reale não concebia uma visão simplesmente factual como querem os sociologistas; não concordava com a tese de que o Direito fosse valorativo, como pregavam os idealistas, e muito menos que fosse reduzido apenas ao normativo, como queriam os normativistas.

Juntos, fato, valor e norma formam uma unidade integradora, pois cada fator será explicado e determinado pelo todo.

O Direito é fruto da experiência e está inserido no mundo cultural. Como vimos, o tridimensionalismo do direito ocorre nesta relação dialética de implicação de polaridade. Isso significa que os três elementos elencados por ele se colocam nesta relação única e dinâmica.

O professor Paulo Nader detalha de modo muito feliz essa relação dialética: para Reale, o “Direito forma-se da seguinte maneira: Um valor – podendo ser mais de um – incide sobre um prisma (área dos fatos sociais) e se refrata em um leque de normas possíveis, competindo ao poder estatal escolher apenas uma, capaz de alcançar os fins procurados. Um valor, para Miguel Reale, pode desdobrar-se em vários *dever-ser*, cabendo ao Estado a escolha, a decisão. O jusfilósofo salienta que toda lei é uma opção entre vários caminhos” (*Introdução ao estudo do direito*, p. 461).

Podemos ainda exemplificar do seguinte modo: *X* comete determinado crime (um estupro, por exemplo). A este fato cometido por *X*, temos, implicado num polo oposto, um valor (que é o repúdio social). Ora, uma vez ocorrendo o fato que teve agregado a ele o repúdio social, surge como consequência a norma (que está no outro polo, tipificando a conduta).

O Direito então é um fenômeno histórico, mas não está condicionado ou subordinado ao processo histórico, uma vez que apresenta o fator axiológico.

Vale lembrar que o “culturalismo” é uma palavra atrelada à cultura, pois significa o processo de formação, de “moldagem” de determinada

sociedade. A palavra *culturalismo jurídico*, no Brasil, surge na Escola de Recife através do pensamento de Tobias Barreto.

Para Miguel Reale, o Direito é “cultural”, na medida em que está ligado, como fruto da vivência, à experiência humana.

Assim, a Teoria Tridimensional está inserida, fatalmente, no culturalismo jurídico. Isso implica necessariamente que o Direito é fruto, decorre da cultura do homem, é resultado da convivência diária do homem na sociedade.

Por fim, é forçoso lembrar que, no pensamento de Reale, a bilateralidade torna-se fundamental para o Direito. Tornando-se específica do fenômeno jurídico, a bilateralidade-atributiva é a única que tem o condão, a possibilidade de exigir determinado comportamento.

Capítulo 15

◆ Direitos Fundamentais e Direitos Humanos

1. Importância e conceito do tema

Nos dias atuais, trata-se de um tema de suma importância. Conceituá-lo fica cada vez mais difícil na medida em que é um ramo do Direito que se encontra em constante mutação, tradução inequívoca da mudança política, social, filosófica, cultural e econômica que atravessa o mundo. Deduz-se, então, que são direitos intimamente ligados ao processo histórico, como veremos adiante.

Tendo em vista um rigor metodológico cumpre analisar primeiramente as seguintes questões: as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” designam o mesmo objeto? São, por sua vez, sinônimas? Quem seriam os titulares desses direitos?

Primeiramente, cumpre destacar que a definição mais aceita é a de que *Direitos Humanos* consistem em faculdades de proteção atribuídas pela norma, essenciais à sobrevivência humana. São regras universais que concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade do Homem e que deverão ser reconhecidas positivamente pelos diversos ordenamentos jurídicos (tanto na esfera nacional, como internacional).

Ainda em um contexto epistemológico, convém advertir para o uso correto do termo. Assim, há autores (como o professor André Ramos Tavares, por exemplo) que atentam para uma distinção terminológica crucial, uma vez que “muitas têm sido as expressões utilizadas para denominar uma mesma realidade, no caso, a referente aos direitos fundamentais do Homem”. Neste aspecto, advertem que são indistintamente e de modo pouco científico empregadas as seguintes expressões: *direitos naturais*, *direitos humanos*, *direitos do homem*,

direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos fundamentais do homem, direitos dos cidadãos, direitos fundamentais, direitos civis e políticos, direitos da pessoa e direitos cívicos.

2. Escorço histórico

Se observarmos a evolução da História da humanidade, veremos claramente a transformação do (ser) humano de súdito do poder (seja o poder real, seja eclesiástico ou até econômico) em cidadão. Isto implicou que fossem definidas regras gerais que limitam, ou, por vezes, até eliminam, o abuso de poder.

Deste modo, os que pertencem a determinada comunidade, na qual determinado poder é exercido, são os efetivos titulares dos direitos fundamentais, bem como de liberdades e garantias pessoais. Isso requer um pressuposto lógico fundamental, básico: o de que toda pessoa é cidadão; e esta premissa implica, necessariamente, que se disponha de uma esfera pessoal de direitos que têm de ser respeitados (daí, *concretizados*) pelo Estado, nomeadamente pelos órgãos de poder.

Contudo, o processo histórico demonstra que nem sempre foi assim. Como é notório, a titularidade da cidadania começou por excluir os escravos na *polis* grega. Dentro do Estado liberal excluiu os não proprietários, as mulheres, os analfabetos etc. (ou seja: neste período, os direitos de cidadania estão diretamente derivados do direito de propriedade). Ora, é através de um longo e lento caminho que observamos um progresso para a consagração jurídica da igualdade e, posteriormente, para a sua efetivação ou realização.

Atualmente vigora o conceito moderno de que o Estado tem a finalidade precípua de servir o homem – embora as sementes desse conceito sejam encontradas, sem sobra de dúvidas, na Antiguidade Clássica.

Assim, conhecer a História, com seu inarredável pragmatismo, torna-se importante. Observamos que este caminho supramencionado revelou-se (e revela-se, ainda, nos dias de hoje!) contraditório, com constantes avanços e retrocessos.

Como sabemos, a filosofia liberal trouxe o conceito essencial que limita e condiciona a ação do poder político. Hoje em dia, os direitos fundamentais obrigam o poder político a agir e, noutros casos, a abster-se de agir (nomeadamente quando obriga o poder político a abster-se face à esfera de liberdade do indivíduo).

Ora, a distinção entre *direitos do homem* e *direitos fundamentais* dá-se do seguinte modo: os primeiros são concebidos como inerentes à natureza humana e possuem um carácter universal, atemporal e inviolável; no que tange aos segundos, seriam os direitos vigentes, inseridos em determinada ordem jurídica concreta.

Deste modo, na constante luta do homem em busca de seus direitos face ao poderio estatal (*man versus State*) encontramos uma trajetória que pode, resumidamente, ser sintetizada nos seguintes blocos:

O pensador grego Aristóteles quando desenvolveu o conceito de “democracia” deixou claro que, nos termos da lei que regula esse regime, a igualdade significa que os ricos e os pobres não são soberanos de um modo exclusivo, mas sim, que *todos são exatamente na mesma proporção*. Aliás, estas ideias nascidas na Grécia, podemos rastreá-las por toda a “espinha dorsal do jusnaturalismo”, uma vez que, após terem sido abordadas por Aristóteles, na Grécia Antiga, influenciaram também, em Roma, Cícero, bem como Santo Tomás de Aquino, na Idade Média.

2.1 A evolução através do tempo

Assim, proclamada pelos antigos, a igualdade de todos perante a lei foi princípio absorvido pelo jusnaturalismo, incorporando-se como doutrina, nos direitos fundamentais do Homem. Cumpre destacar então que, não há como distinguir o caminho (seja a evolução ou o retrocesso) dos Direitos Humanos dissociado do *jusnaturalismo*. Essa corrente filosófico-jurídica tem seu berço na Antiguidade Clássica e ainda possui reflexos no mundo atual (como já vimos em capítulo próprio).

Lembremos, então, alguns conceitos históricos que devem ser consolidados:

2.1.1 Antiguidade clássica

Não há como abordar o tema sem deixar de ressaltar a importância dos filósofos e dramaturgos gregos cujo esforço intelectual foi crucial para o início do reconhecimento dos direitos fundamentais.

Como observamos anteriormente, na Grécia Antiga, com Sófocles, nomeadamente na peça *Antígona*, constatamos, de modo inequívoco, que esta se revela na fonte histórica mais remota no que tange à doutrina/discussão dos direitos humanos. Nesta obra, há um diálogo marcante entre Antígona e Creonte que se revela norteador para o Direito, principalmente no dilema *lei humana versus lei divina*. Como já observamos, Sófocles constata por meio da personagem Antígona que, ao desrespeitar um edito injusto e antinatural de Creonte, no qual proibia que seu irmão fosse enterrado, evidenciou que há, de fato, um Direito superior a ser respeitado.

Esta lei eterna não é estabelecida pelos homens, mas sim pelos deuses; é eterna, imutável e perene, e ainda que, quando contrária à lei humana, esta deve ser posta de lado em detrimento desta lei perene.

Ora, quando Antígona, em nome da deusa *Dike* e do direito dos mortos, enterra simbolicamente seu irmão Polinices, desobedecendo, deliberadamente, ao edito – injusto – de Creonte, o rei de Tebas, ela realiza um ritual de deitar terra sobre o cadáver do irmão. Essa desobediência de Antígona é uma superação brutal da tirania. Simbólico e singelo de um lado, de uma grandeza e importância tremenda para o tema em estudo. Pois ela assumiu uma punição enorme para defender um direito que a todos pertence.

Este legado grego se revela importante e preciso até os dias de hoje, pois, se observarmos adequadamente, “direitos humanos” não são necessariamente estabelecidos por determinada Constituição. Simplesmente são *reconhecidos* e *garantidos* por ela. São, pois, como afirma Antígona, direitos anteriores e superiores ao próprio Estado, próprios da natureza humana. São declaratórios e não atributivos. Limitam os poderes do Estado, colocando-se *antes* deste. *Assim, não existem pura e simplesmente porque foram criados ou regulados por lei; existem a despeito dela.*

Ainda na Grécia Antiga, os Sofistas foram agentes de grande transformação no espírito das novas gerações gregas. Estes filósofos foram responsáveis (até por força da discussão constante em praça pública, consequência da democracia) por reflexões importantes que ajudaram a evolução do próprio direito. Questões fundamentais que assombram a mente humana até os nossos dias tal como “o homem é a medida de todas as coisas”, a oratória, a Justiça ou, ainda, o papel das leis.

Os gregos atribuíam grande importância à questão da obediência ao Estado, uma vez que a personalidade humana devia subordinar-se aos ditames da *polis*. Vale aqui lembrar que Sócrates, retratado por Platão no diálogo *Crítion*, diante da possibilidade de fugir à morte destacou que Atenas – se assim o fizesse – o acharia triplamente culpado. Preferiu, portanto, morrer em obediência às leis da cidade (e, com essa atitude, entrou para a História como exemplo perfeito de coerência entre pensamento e ação). Porém, são os gregos precisamente os primeiros a limitarem os poderes dos governantes. Nesta democracia grega, como vimos anteriormente, repleta de contradições, o povo, pela primeira vez na História, governou-se a si mesmo.

Posteriormente, Aristóteles, discípulo de Platão e mestre de Alexandre, o Grande, trouxe uma das questões mais importantes para o Direito. O pensador grego se debruçou sobre a questão da equidade (*aequitas*), “tempero” fundamental para amenizar os rigores da lei. Segundo este pensador, a lei, devido ao seu *caráter geral*, por vezes, revela-se injusta ou de difícil aplicação. Neste caso, o filósofo apresentou a equidade que deveria ter um papel, nestas situações, de importância, realizando a Justiça que seria a finalidade da lei.

Em Roma, o político e filósofo Cícero foi um intermediário entre a filosofia grega e o pensamento jurídico, político e filosófico romano. O que observamos neste pensador é que foi marcadamente aristotélico. Quando observamos o título de suas obras, constata-se ali um “tempero” platônico (exemplo: *As Leis*, *A República*), entretanto o conteúdo dessas obras é fundamentalmente aristotélico. Assim, o direito natural definido por Aristóteles adentra com uma força brutal no Império romano.

Cícero acreditava numa lei eterna (a famosa *lei não escrita* de Sófocles) expressão da razão universal. Admitia que nem tudo o que fosse definido pelo Direito seria, forçosamente, justo; pois, se assim fosse, as leis dos tiranos seriam, igualmente, justas. Neste sentido, tal como Aristóteles, sustentou a necessidade natural do homem em viver em sociedade e ressaltou a existência de uma lei natural, comum a todos os povos, conceito que se tornou essencial no direito romano.

2.1.2 *Cristianismo*

Os filósofos de maior projeção neste período são Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino.

O primeiro dividiu, em sua obra *Cidade de Deus*, a *cidade terrena*, imperfeita e corrupta, e a *cidade divina*, que consiste no reino de Deus que substituiria o Estado terreno. Observamos que sua concepção política revela uma forte tendência a depreciar o Estado e exaltar a vida depois da morte.

O segundo, Santo Tomás de Aquino, na *Suma teológica*, evidenciou uma hierarquia de leis:

- ◆ *lei eterna (lex aeterna)*: consiste na própria razão divina, governadora do mundo (aqui, para fins didáticos, alertamos que não faremos distinção entre “lei eterna” e “lei divina”);
- ◆ *lei natural (lex naturalis)*: consiste na participação do homem na lei eterna; é conhecida pelo homem através da razão;
- ◆ *lei humana*: inventada pelo homem que, utilizando-se de princípios naturais, disciplina situações fáticas.

Esta hierarquia apresentada pelo Doutor Angélico culmina em duas indagações importantes para a Filosofia do Direito (já analisadas em capítulo próprio) e que ainda hoje se revelam inquietantes:

- 1ª) Será devida obediência à lei humana quando esta vier a contrariar as outras duas?
- 2ª) Qual o limite de obediência que o cidadão deve ao Estado?

Contudo, é a partir do Cristianismo que todos os seres humanos passaram a ser considerados pessoas dotadas de valor pelo fato de terem sido criadas à imagem e semelhança de Deus; assim, os homens

possuem uma liberdade irrenunciável que não pode ser suprimida por nenhuma organização político-social.

2.1.3 As Declarações de Direitos Inglesas

Magna Carta (1215)

Na Inglaterra, os povos eram obrigados, na Idade Média, a tolerar abusos da realeza, pois havia o consenso de que mais valia seus desmandos do que o império da anarquia. João Sem Terra, na Inglaterra, foi o primeiro monarca que conseguiu reunir todos os súditos contra si, e, encurralado, foi obrigado a se reunir em Runymede com seus barões. Resulta daí a *Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae* (Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os Barões para outorga das liberdades da igreja e do reino inglês). Este diploma foi redigido em latim bárbaro e assinado em 15 de junho de 1215 pelo rei perante o alto clero e os barões do reino. É composta de um preâmbulo e de sessenta e três cláusulas.

Bill of Rights (1689)

Em 1618, o Parlamento inglês, reafirmando esses princípios enunciados na *Magna Carta*, determinou, por meio do *Petition of Rights*, uma fronteira precisa entre o *poder real* e o *poder da lei*. Neste século, a Inglaterra foi assolada por rebeliões e guerras civis. Em 1689, Jaime III foi derrotado por seu genro Guilherme III, príncipe de Orange; este último, ao se consagrar rei, teve que aceitar o *Bill of Rights* que lhe foi imposto pela Câmara dos Lords, composto de treze artigos. Elaborado um século antes da Revolução Francesa, o *Bill of Rights* é importante na medida em que pôs fim, pela primeira vez, desde o surgimento da Europa renascentista, ao regime monárquico absolutista. O *Bill of Rights* ainda produz eficácia política e jurídica, pois permanece ainda hoje como um dos mais importantes textos constitucionais do Reino Unido.

2.1.4 Contratualismo

O contratualismo traz a concepção individualista da sociedade. Assim, primeiro existe o indivíduo que, em seu estado natural, encontrava-se livre, mas com carências e interesses. Surge então o Estado que, restringindo sua liberdade, facilita e garante sua subsistência. O Estado deriva então de uma *vontade contratual* dos homens (desloca-se do conceito aristotélico do Estado natural para um corpo artificial, concebido pela vontade contratual do homem). Surge, igualmente, a necessidade de construí-lo, ou reconstruí-lo de tal forma que este possa garantir a liberdade do indivíduo quando em confronto com o Estado-ofensor.

2.1.5 Marquês de Beccaria

Este pensador é autor de uma das obras mais importantes para o Direito: *Dos delitos e das penas*. Ele procurou, ali, evidenciar a desumanidade das penas, opôs-se ao arbítrio do Estado, através dos que exercem o Poder, face ao indivíduo (evidenciou com isto o princípio da legalidade no âmbito do direito penal).

Adepto da filosofia contratualista, preocupou-se em garantir a liberdade dos indivíduos em contrapartida à invasão do Estado nesta esfera, daí a necessidade de mecanismos de controle para a ação estatal, para os que exercem o Poder e para o *jus puniendi*.

2.1.6 As Declarações de Direitos Americanas

Nos Estados Unidos da América, em 20 de junho de 1776, na cidade de Williamsburg, foi sancionada pelos “representantes do povo da Virgínia, reunidos em plena e livre Convenção, os direitos que pertencem a ele e a sua posteridade, como base de governo”. Foi o estopim para o posterior processo de independência daquela nação, pois 14 anos após foi promulgada a Declaração de Independência dos Estados Unidos, em 4 de julho de 1776. Em 17 de setembro de 1787, foi aprovada a Constituição atual, pelo Presidente George Washington, que serviu de modelo para outros diplomas.

2.1.7 As Declarações de Direitos Francesas

Em França, embora com inspiração norte-americana, foi aprovada em 1789 a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que foi absorvida pela Constituição revolucionária de 3 de setembro de 1791. Entretanto, a Declaração de 1789 reveste-se num manifesto contra os privilégios dos nobres, mas traz pontos fracos no campo da democracia e da igualdade. As bases filosóficas e políticas do jusnaturalismo de base racional orientam a Declaração de 1789. A Declaração trata desigualmente os aludidos direitos naturais e, no que tange à propriedade privada, destacou tratamento protecionista e privatista, praticamente sagrado. Destaca-se também que a igualdade não é considerada um “direito natural”, não abarcando a igualdade entre os sexos ou até mesmo no campo do direito do trabalho.

2.1.8 A Declaração de Direitos Russa

Após a Primeira Guerra Mundial, na Rússia, redigida por Lênin, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorador também foi incorporada à Constituição de 1918, referendada por unanimidade pelo III Congresso dos Soviotes da Rússia.

2.1.9 A Constituição Mexicana (1917)

Intitulada *Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos*, traz doutrina anarquista e sindicalista com fortes influências de pensadores russos do século XIX, como Bakunin. Sua importância reside no fato de que foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais.

2.1.10 A Constituição Alemã (1919)

A Constituição de Weimar, cidade da Saxônia onde este diploma foi concebido e votado, surge como reação à guerra de 1914-1918. Foi um dos diplomas mais influentes na vida política do mundo Ocidental. Possui duas partes: a primeira tem por objetivo organizar o Estado; a segunda revela a declaração dos direitos e deveres fundamentais e direitos econômicos e sociais (já definidos pela Constituição mexicana de 1917).

2.1.11 A Carta de São Francisco (ONU, 1945)

A conferência de São Francisco foi convocada pelos Estados Unidos da América, de acordo com as demais potências participantes da Segunda Grande Guerra. Criou-se uma nova Organização Internacional cujo estatuto “A Carta das Nações Unidas” foi subscrito por representantes de cinquenta Estados em 26 de junho de 1945.

2.1.12 A Declaração Universal dos Direitos do Homem pela ONU

A Organização das Nações Unidas solicitou ao Conselho Econômico e Social a elaboração de uma *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Esta Declaração foi constituída por dezoito membros e presidida por Eleanor Roosevelt (foram ouvidos grandes intelectuais, dentre os quais Ghandi, G. Friedmann, A. Huxley, Laski e Maritain). Foi aprovada no Palácio de Chaillot, em Paris, em 7 de dezembro de 1948. A Declaração em comento consiste numa recomendação que as Nações Unidas fazem aos Estados componentes e, deste modo, não tem efeito vinculante.

A partir da aprovação desta Declaração, observamos o deslocamento do eixo no que tange às liberdades, direitos fundamentais, do campo estadual ou nacional, para a esfera internacional.

Assim, foi criada, no campo do Direito Internacional, uma ordem jurídica supranacional na qual um Estado, assinando um tratado, uma convenção, um pacto, obriga-se, perante a comunidade internacional, e com a fiscalização desta, a obedecer-lhes, podendo se responsabilizar por eventual descumprimento.

Esta *Carta* procurou garantir os direitos do indivíduo em face da opressão estatal. Seu conteúdo consagra várias conquistas do homem, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança, à igualdade, à presunção de inocência, ao lazer, à saúde e o acesso à justiça.

Embora se revele num diploma de conquistas, convém relatar que a Declaração de 1948 também contém incongruências. Assim, a adesão

da grande maioria dos países aos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos em nenhum momento trouxe a efetiva garantia de que estes fossem observados na prática.

2.1.13 Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial

Num primeiro plano, surge como reação ao holocausto judeu; contudo, foram agregadas reivindicações oriundas do movimento anticolonial africano e asiático. Eis a razão por que “discriminação racial” neste diploma tem uma ampla abrangência.

2.1.14 Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

Tendo em vista que as mulheres se revelam na maioria da população do Planeta, foram, talvez, as que mais obstáculos venceram para poder hoje desfrutar direitos de igualdade. O Brasil, rumando no sentido dos tratados internacionais em que figura como signatário, elencou esses direitos da mulher tanto no âmbito constitucional como no plano infraconstitucional – caso da Lei n. 11.340/2006 (*Lei Maria da Penha*).

2.1.15 O garantismo jurídico

Elencamos neste capítulo a teoria elaborada por Luigi Ferrajoli, em sua obra *Direito e razão*, pois tem íntima relação com o tema em comento. Tendo em vista a crise da justiça que se constata com as massas que carecem tanto de direitos como de acesso à justiça, tendo em vista a crise de legalidade, existente ainda em sociedades avançadas, propôs o jurista uma teoria do direito que possui como base a *defesa do direito pelo direito*. O jurista aponta como características dos direitos fundamentais o fato de serem universais, indisponíveis, iguais para todas as pessoas e garantidos em lei (em regra, constitucional).

3. As gerações dos direitos fundamentais

Constata-se por meio da análise do processo histórico que os direitos fundamentais não nasceram nos moldes que hoje estão consagrados; sofreram várias transformações no que tange ao seu conteúdo, titularidade e eficácia. São estas variações que obrigaram os doutrinadores a dividi-los em “gerações” de direitos fundamentais (destaca-se que há cumulação e não alternância entre estas mudanças, daí o fato de que alguns autores venham a optar pelo termo *dimensões* em detrimento de *gerações*). Vale destacar, igualmente, que cada autor, devido à sua estrutura social, religiosa, filosófica, cultural, política e econômica, insere nestas gerações ou dimensões determinados direitos. Esta posição pode, quando comparada a outros autores, variar entre si.

Assim, surge no final do século XVIII a primeira geração (ou primeira dimensão) dos direitos fundamentais: (i) *as liberdades públicas*: estabeleceu-se, então, a diferença entre a *liberdade pública* (com sentido político de autogoverno) e as *liberdades privadas* (instrumentos de defesa do cidadão contra ingerências governamentais). Apresentam-se como exemplos o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à manifestação, à expressão, ao voto, ao devido processo legal.

A segunda geração (ou segunda dimensão) virá logo após a Primeira Guerra Mundial: (ii) *os direitos sociais*: nasceram com o *welfare state*. Com o intuito de eliminar o individualismo predominante na civilização burguesa através da influência marcante dos movimentos socialistas do século XIX (em que as liberdades privadas e a isonomia se tornaram o centro de sua filosofia). Observa-se que do Estado já não se procura uma abstenção, mas lhe é imposta uma atuação prestacional com a finalidade de suprir as carências da coletividade. Buscou-se com isto alcançar uma igualdade material entre os indivíduos. Temos como exemplos o direito à saúde, ao trabalho, à assistência social, à educação.

A terceira geração (ou terceira dimensão), também denominada “direitos da fraternidade ou de solidariedade”, traduz (iii) *os direitos coletivos ou difusos*. Apresentam como característica o fato de que já não se concentram no Homem em seu prisma individual. O titular

desses direitos passa a ser a família, o povo, a Nação. Exemplos desses direitos são o direito à paz, ao meio ambiente, à conservação do patrimônio cultural e histórico.

Há quem relacione estas três primeiras gerações com o lema ou com os ditames da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

A quarta geração (ou quarta dimensão) compreende (iv) *os direitos das minorias*, cuja proteção está intrinsecamente ligada ao conceito de democracia (lembramos, contudo, que o papel da Constituição consiste em assegurar e proteger os direitos das minorias, mas, de modo algum, podemos conceber, dentro da esfera democrática, a imposição destes direitos à maioria). Ocorre que tais direitos formariam o resultado da globalização dos direitos fundamentais com o intuito de universalizá-los institucionalmente. Constituem direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação, o direito ao pluralismo, o direito de escolher livremente os parceiros sexuais, os direitos dos idosos, bem como a política de ações afirmativas.

4. A proteção internacional dos direitos humanos

4.1 O Brasil e a Organização dos Estados Americanos

Além do sistema global de proteção aos direitos humanos como a ONU, para o Brasil importa o fato de ter sido criado um sistema interamericano de proteção a esses direitos: a OEA – Organização dos Estados Americanos.

Este sistema interamericano produziu diplomas importantes, ratificados pelo Brasil; destacam-se entre os principais: o Protocolo à Convenção americana em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, protocolo de San Salvador, 1988; o Protocolo à Convenção americana sobre direitos humanos (relativo à abolição da pena de morte), 1990; a Convenção internacional para prevenir a tortura, 1985; a Convenção internacional sobre o desaparecimento forçado de pessoas, 1994; a Convenção interamericana para prevenir, punir e

erradicar a violência contra a mulher, 1994; a Convenção interamericana sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra pessoas portadoras de deficiências, Guatemala, 1999, entre outros. Porém, atualmente, o diploma mais importante revela-se no *Pacto de San José da Costa Rica*.

4.2 O Pacto de San José da Costa Rica

Em vigor no Brasil desde 1992, também conhecido como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, hodiernamente, constitui o principal código que consubstancia direitos civis e políticos dentro do Novo Continente. Trata-se de um tratado internacional genérico de direitos humanos (e não, como pensam alguns, de um tratado de direito penal – embora, neste instrumento, encontrem-se elencadas garantias penais e processuais penais).

4.3 A Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em San José, na Costa Rica, exerce função consultiva (elaborando pareceres) e contenciosa (proferindo decisões). É composta por sete juízes provenientes dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos, que são eleitos entre juristas da área de Direitos Humanos, com mandato de seis anos, prevista a recondução uma única vez. A própria Convenção veda a participação de dois juízes da mesma nacionalidade. Dos vinte e cinco Estados-membros que compõem a OEA, vinte e um reconhecem e se submetem à sua jurisdição.

Tendo em vista a escassez de doutrinas no Brasil, suas decisões têm servido de fonte para a doutrina brasileira elaborar comentários sistematizados ao *Pacto de San José da Costa Rica*.

4.4 O Tribunal Penal Internacional

A Emenda Constitucional n. 45, promulgada em 8-12-2004 e em vigor desde 31-12-2004, acrescentou ao art. 5º de nossa Constituição o seguinte dispositivo: “§ 4º O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Observa-se que este dispositivo legal tem a finalidade de reconhecer, expressamente, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Criado pelo Estatuto de Roma (com fundamentos na filosofia de Kant), consiste no primeiro passo em direção à criação de uma instância judiciária para assegurar um sistema de responsabilização na manutenção de um regime de autêntica cidadania mundial.

Coube, naturalmente, ao legislador ordinário disciplinar e coordenar a incidência deste Estatuto, face ao ordenamento jurídico interno.

Controverso, este Estatuto dispõe sobre a pena de prisão perpétua (art. 77, § 1º) que contraria a regra constitucional que proíbe qualquer espécie de sanção de caráter perpétuo (*vide* art. 5º, XLVII, *b*, da atual Constituição).

5. Os tratados internacionais e o ordenamento jurídico brasileiro

O *status* dos tratados internacionais dentro do ordenamento jurídico brasileiro sempre foi tema de polêmica. Os tratados internacionais que não contemplem direitos humanos encontram-se, no direito brasileiro, como normas de hierarquia infraconstitucional, conforme se depreende do art. 102, III, *b*.

Os tratados de direitos humanos possuem natureza diversa (conferir art. 5º, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, de nossa Lei Suprema). É evidente que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, mesmo os anteriores à Emenda Constitucional n. 45, de 2004 (lembre-se que esse entendimento ainda não foi consagrado pelo Supremo Tribunal Federal).

6. Os direitos fundamentais

Os direitos fundamentais do homem se constituem naquelas prerrogativas e instituições que o direito positivo concretiza para assegurar a sobrevivência, a realização e convivência humana. O termo “do homem” faz-se presente uma vez que são intrínsecos à pessoa humana. Como o Brasil, hoje, em face dos tratados internacionais se

revela num Estado Democrático e Humanista de Direito (tendo em vista a força que os tratados internacionais humanitários adquiriram entre nós), a adoção destes direitos pela Constituição é uma de suas facetas.

Alguns autores entendem que os direitos fundamentais do homem apresentam como características:

- a) *Historicidade*: estes direitos nascem, modificam-se e desaparecem. Como são históricos, seu conteúdo varia conforme os ventos da História, conforme a época em que estão inseridos.
- b) *Inalienabilidade*: estes direitos, por sua natureza, são inegociáveis e intransferíveis.

Classificam-se esses direitos em:

- 1) *direitos individuais e coletivos* (art. 5º): são aqueles que correspondem ao conceito de pessoa humana e de sua personalidade, tais como a vida, a dignidade e a liberdade;
- 2) *direitos sociais* (arts. 6º; 193 e seguintes): como já vimos, os direitos sociais integram os denominados direitos fundamentais de segunda geração e nasceram sob os auspícios do *welfare state*. Alguns dos dispositivos da atual Constituição abordam também direitos fundamentais: a educação, o trabalho, o lazer, a segurança e previdência social, a proteção à maternidade, direito à moradia;
- 3) *direitos à nacionalidade* (art. 12): trata-se do vínculo jurídico-político de Direito Público interno que faz da pessoa um dos componentes da dimensão pessoal do Estado; constitui direito fundamental do homem reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, e cada Estado tem a liberdade de disciplinar quem são as pessoas que serão consideradas seus componentes;
- 4) *direitos políticos* (arts. 14, 15, 16 e 17): são o conjunto de normas que regulam a atuação da soberania popular e decorrem do parágrafo único do art. 1º da Constituição.

6.1 Classificação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 revela-se no marco jurídico de transição da ditadura militar instaurada em 1964 para o regime democrático que ampliou o campo dos direitos e garantias fundamentais (destaca-se que nossa Constituição cidadã é uma das mais avançadas do mundo no que diz respeito a essa matéria).

Nossa Lei Suprema tem o arcabouço estrutural formado pela união de partes, que são: o Preâmbulo (parte introdutória de nosso diploma constitucional); Parte Permanente (do Título I ao Título IX); o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e as Emendas.

O legislador constituinte, já no Preâmbulo (que constitui numa declaração de princípios que evocam a posição ideológica da Assembleia Nacional Constituinte), norteia a interpretação constitucional ao definir a construção de um Estado Democrático de Direito, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”.

Ao contrário da Constituição anterior, o texto constitucional de 1988, em seus primeiros capítulos, apresenta avançada Carta de direitos e garantias (eleva-os inclusive à condição de cláusula pétrea). Nesta vontade do legislador constituinte em priorizar os direitos e as garantias individuais, ressaltam-se:

6.2 Direito à vida

Vide arts. 5º, *caput*, inciso XLVII, *a* e *b*, e 84, inciso XIX, da Constituição de 1988, e art. 4º do *Pacto de San José da Costa Rica*.

Trata-se do direito fundamental essencial assegurado ao indivíduo: o direito à vida, pois sem ela obviamente os demais não teriam sentido. Contudo, nosso legislador não garantiu única e exclusivamente a sobrevivência do Homem, mas também lhe assegurou uma *existência digna*.

Lembre-se que o Direito Constitucional abarca tanto a vida intrauterina como a vida extrauterina. A vida tem seu início, em regra, no momento da concepção e a partir daí deve ser protegida por lei.

Dentro deste conceito, englobam-se:

- ◆ o direito à dignidade da pessoa humana;
- ◆ o direito à existência;
- ◆ o direito à integridade físico-corporal;
- ◆ o direito à moral;
- ◆ o direito à privacidade.

6.2.1 *Pena de morte*

É tradição do direito brasileiro abolir a pena de morte. Ademais, o Brasil é signatário do *Pacto de São José da Costa Rica*; neste teor, encontra-se no grupo de países que aboliram a pena de morte (embora nossa Constituição atual, no caso de guerra declarada, haja implementado a pena de morte conforme se observa da análise do art. 5º, inciso LXVII, e art. 84, inciso XIX).

6.2.2 *Tortura*

Vide art. 5º, 2, do *Pacto de San José da Costa Rica*; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, 1985, e Lei n. 9.455/97 – trata da tortura.

O art. 5º, incisos III e XLIII, da Constituição de 1988, destaca respectivamente que: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” e “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Deste modo, observa-se por meio da comparação destes incisos que nosso legislador constituinte condenou de modo enfático a prática da tortura. Assim, o inciso XLIII, mencionado acima, considera esta conduta crime inafiançável e insuscetível de graça.

Trata-se de um crime que não atenta somente contra o direito à vida, conforme se depreende do *Pacto de San José da Costa Rica*, bem como dos demais tratados ratificados pelo Brasil; é uma crueldade que fere o Homem em todas as suas dimensões e também a humanidade como um todo.

6.2.3 Abortamento

Existem casos de aborto legal, como o aborto necessário, por exemplo. Sendo uma matéria polêmica, o tratamento desta questão fica a cargo da doutrina penal e da legislação ordinária. Contudo, a regra do direito penal brasileiro é de que deve ser proibido.

No que tange à *pílula do dia seguinte*, caminha a doutrina no sentido de que a destruição do ovo antes da nidação (momento em que o ovo se fixa no endométrio do útero) não configura o crime de aborto.

6.2.4 Eutanásia

O termo significa “morte suave, tranquila”. Trata-se de uma ação ou omissão que provoca a morte de uma pessoa enferma (hodiernamente se reporta diretamente aos casos de uma pessoa agônica ou pré-agônica, com a finalidade de liberá-la de sofrimento gravíssimo). Distingue-se da *cacotanásia*, que se revela na ação ou omissão que provoca o resultado morte sem o consentimento do paciente. Conceito distinto também é a *ortotanásia*, acompanhada pelo médico, na qual é ministrado remédio ao paciente para que não sinta dor.

6.2.5 Comercialização do próprio corpo

É vedada, no ordenamento jurídico pátrio, pois ninguém pode alienar ou comercializar seus órgãos.

6.3 Direito à liberdade

A liberdade é um fundamento do Estado Democrático de Direito, em que a regra é a liberdade e a exceção seria a restrição a este direito.

O direito à liberdade engloba liberdades:

- ◆ *interna*: subjetiva, psicológica, moral;
- ◆ *externa*: objetiva, em que consiste na expressão externa, em que o indivíduo age livremente, sem coação – respeitando seus pares, dentro dos limites da lei.

Nossa Constituição atual desmembra este princípio em “várias liberdades”; a título de exemplo destacam-se:

- ◆ liberdade de locomoção (art. 5º, XV e LIV);
- ◆ liberdade de pensamento (art. 5º, IV e V);
- ◆ liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI, VII e VIII);
- ◆ liberdade de criação intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, XXVII, XXVIII, *a e b*, e XXIX);
- ◆ liberdade de profissão (art. 5º, XIII);
- ◆ liberdade de informação (art. 5º, XIV e XXXIII);
- ◆ liberdade de associação (art. 5º, XVI, XXVII, XVIII, XIX, XX e XXI).

6.4 Direito à igualdade

Vide art. 24 do *Pacto de San José da Costa Rica*.

O *caput* do art. 5º de nossa Lei Maior prevê que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

O legislador constituinte consagrou, neste dispositivo, o direito à igualdade (trata-se de um sinônimo de *isonomia*).

Destaca o nosso texto constitucional que todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico em face da lei. Assim, nas normas jurídicas não pode haver distinção que não seja autorizada pela própria Constituição.

Num primeiro aspecto, tanto o legislador como o Poder Executivo estão vedados de criar normas que tragam tratamentos diferenciados, abusivamente, para pessoas que se encontrem em situações idênticas.

Num segundo aspecto, sublinhe-se o fato de que o intérprete da lei, seus efetivos aplicadores (por meio dos órgãos públicos) têm de aplicar a lei de maneira igualitária, sem observar sexo, religião, convicções filosóficas etc.

O particular também, à luz deste princípio, deve se abster de adotar condutas discriminatórias (tais como condutas racistas), uma vez que estará sujeito às sanções penais e cíveis.

6.5 Direito à justiça

Vide art. 5º, incisos XXXV, XXXVII, XXXVIII, LIII, LIV, LVI, LVII, LX, LXXIV e LXXVIII, da atual Constituição, e arts. 24 e 25 do *Pacto de San José da Costa Rica*.

Uma vez que “Justiça” é um princípio de difícil conceituação, ainda mais quando inserido no texto constitucional, devemos ter sempre em mente a velha lição de que justo consiste em “dar a cada um o que lhe é devido”.

Princípio basilar de direitos humanos, o acesso à Justiça e aos tribunais é sustentado pelo princípio da igualdade.

6.6 Princípio da legalidade

Vide art. 9º do *Pacto de San José da Costa Rica*.

O art. 5º, inciso, II, da Constituição de 1988 preconiza que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Implica da leitura de nossa Lei Maior que existe uma submissão e respeito à lei por parte do Estado, dos que exercem, por seu meio, o poder e dos cidadãos.

Aquele que exerce o poder encontra limitação no próprio texto legal e não em sua vontade. Trata-se, igualmente, de um princípio característico do Estado Democrático de Direito, ressaltado nas Constituições modernas.

6.7 Direito à propriedade

Vide arts. 5º, incisos XXII, XIII, XXIV, XXV, XXVI, XXVII, XXVIII, XXIX, XXX e XXXI; 182 e 184 da atual Constituição e art. 21 do *Pacto de San José da Costa Rica*.

O direito à propriedade implica o direito de usar, fruir e dispor de determinado bem, como também o de reivindicá-lo contra quem, injustamente, possui-lo. Contudo, o legislador constituinte, ao definir a ordem econômica, trouxe como princípios basilares a propriedade privada, bem como a função social da propriedade.

A função social tem a finalidade precípua de coibir as deformações de ordem jurídica decorrentes do uso inadequado ou degenerado da

propriedade.

A função social da propriedade pode ser dividida em dois campos pelo nosso diploma constitucional:

a) *da propriedade urbana*: deve atender os ditames do art. 182, § 2º;

b) *da propriedade rural*: deve atender os requisitos do art. 184.

6.8 Direito à privacidade

Vide arts. 10, 11 e 14 do Pacto de San José da Costa Rica.

Nosso legislador ressaltou no art. 5º, inciso X, da Constituição que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Procura, com esse princípio, impedir qualquer intromissão ou ingerência de terceiros na *vida secreta* do indivíduo. Esta proteção constitucional abarca tanto as pessoas físicas como as pessoas jurídicas.

Por “intimidade” entende-se a faculdade que possui, cada indivíduo, de obstaculizar a intromissão de estranhos em sua vida pessoal ou familiar. Oportuno ressaltar as palavras do professor Paulo José da Costa Jr., em sua obra *O direito de estar só*, que entende por intimidade “(...) o direito de que dispõe o indivíduo de não ser arrastado para a ribalta contra a vontade. De subtrair-se à publicidade e de permanecer recolhido na sua intimidade. ‘*Diritto alla riservatezza*’, portanto, não é direito de ser reservado ou de comportar-se com reserva, mas o direito de manter afastados dessa esfera de reserva olhos e ouvidos indiscretos, e o direito de impedir a divulgação de palavras, escritos e atos realizados nessa esfera”.

Deduz-se então que intimidade objetiva proteger as relações íntimas da pessoa, sua vida secreta, seus familiares, amigos etc., ao passo que a “vida privada” envolve todos os demais relacionamentos, tais como relações de trabalho, comerciais, de estudo etc.

6.9 Direitos coletivos

Vide arts. 15 e 16 do Pacto de San José da Costa Rica.

Estes são os denominados direitos de terceira dimensão ou geração. Também se denominam direitos ou interesses metaindividuais (uma vez que seus titulares formam um grupo razoavelmente extenso de pessoas que possuem características comuns que as unem).

A Constituição brasileira atual protege, por exemplo, o consumidor em seus arts. 5º, inciso XXXII; 170, inciso V, e 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A liberdade de reunião encontra sua previsão no art. 5º, inciso XVI, da Constituição.

A liberdade de associação encontra previsão legal no art. 5º, incisos XVII, XVIII, XIX e XX, de nossa Lei Maior.

6.10 Direitos sociais

A Constituição de 1934 já dispunha sobre a matéria. De início constavam como normas programáticas e, ao longo do tempo, ganharam maior eficácia jurídica, a tal ponto que nossa Lei Maior reconhece e preordena situações jurídicas objetivas para assegurar os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais.

Assim, observando o art. 6º da Constituição de 1988, veremos que os direitos sociais foram enumerados de forma genérica, os direitos dos trabalhadores estão previstos nos arts. 7º a 11 e o direito da seguridade social nos arts. 193 a 204, do mesmo diploma.

6.10.1 Associação profissional e sindical

Nossa Constituição atual, quanto ao exercício da liberdade sindical, traz os seguintes princípios, sendo alguns limitadores:

- ◆ não interferência do Poder Público (art. 8º, I);
- ◆ a vedação de criação de mais de um sindicato na mesma base territorial (art. 8º, II);
- ◆ possibilidade de imposição, fixada por assembleia, de contribuições: confederativa e sindical (art. 8º, IV);
- ◆ não obrigatoriedade de filiação ou manutenção de filiação a sindicato (art. 8º, V);
- ◆ estabilidade dos líderes sindicais (art. 8º, VIII).

6.10.2 Direito de greve

Revela-se no direito do trabalhador que, dotado de imunidade, interrompe suas atividades laborais com o objetivo de conquistar determinada reivindicação. Sofre as limitações impostas pelo art. 9º, dispondo que:

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Tem autoaplicabilidade, não podendo sofrer limitações ou ter o alcance reduzido por lei ordinária.

6.11 Direito de nacionalidade

Vide arts. 50, inciso LI, 12, 89, inciso VII, e 222 da Constituição de 1988 e art. 20 do *Pacto de San José da Costa Rica*.

Trata-se do vínculo jurídico (gerador de direitos e obrigações) que liga um indivíduo a determinado Estado.

Convém distinguir as espécies de nacionalidade:

- a) *Primária ou originária*: resulta de um fato natural; em regra, é involuntária (lembre-se do art. 12, I, *c*, de nossa Lei Maior). São critérios:
 - (i) de origem territorial (*jus soli*): será conferida a nacionalidade a quem nasce naquele Estado (esta é a regra predominante em nossa Constituição atual);
 - (ii) de origem sanguínea (*jus sanguinis*): a nacionalidade é adquirida em razão do vínculo de sangue; são nacionais, então, os descendentes de nacionais.
- b) *Secundária ou derivada*: resulta de fato voluntário, posterior ao nascimento, podendo depender:

- (i) da vontade exclusiva do indivíduo, conforme se depreende do art. 12, inciso II, *a*;
 - (ii) da vontade exclusiva do Estado;
 - (iii) da conjugação das vontades do indivíduo e do Estado.
- c) Polipátrida:* trata-se do indivíduo que tem mais de uma nacionalidade.
- d) Heimatlos (apátrida):* pode ocorrer que, dada a circunstância de nascimento, o indivíduo não se vincule a nenhum dos critérios que lhe conferem uma nacionalidade. O *Pacto de San José da Costa Rica* previne a possibilidade do surgimento de apátridas, nomeadamente nos casos de arbítrio ditatorial de alguns países que, violando preceitos universais, cassam a nacionalidade de seus opositores.
- Nossa Constituição prevê:
- a) a nacionalidade primária – art. 12, inciso I;
 - b) a nacionalidade secundária – art. 12, inciso II;
 - c) a perda da nacionalidade – art. 12, § 4º.

6.12 Direitos políticos

Vide arts. 16 e 23 do Pacto de San José da Costa Rica.

São direitos que decorrem naturalmente do Estado Democrático de Direito. Estes direitos foram elencados pelo legislador constituinte nos arts. 14, 15 e 16 (e também, no que tange aos partidos políticos, no art. 17) do nosso texto constitucional. Costumam, alguns, fazer críticas no sentido de que a Constituição de 1988 emprega a expressão “Direitos Políticos” em seu sentido estrito, o que significa o conjunto de normas que regula os problemas eleitorais e, assim, revela-se como que num sinônimo de Direito Eleitoral.

Assim, são normas que asseguram a participação ativa do cidadão no processo político, nos órgãos governantes e na condução dos rumos do Estado.

7. Os remédios constitucionais

Primeiramente, ao abordar este tema, cumpre destacar uma distinção comum feita pela doutrina: o que vem a ser “direitos” e “garantias fundamentais”. Assim, costuma-se definir direitos como meras previsões positivadas em nosso ordenamento jurídico. Enquadram-se, por exemplo, a vida, a liberdade ou a igualdade. Já as garantias são instrumentos/remédios eleitos pelo legislador constituinte para fazer proteger esses mesmos direitos. Exemplo: nossa Constituição tutela a liberdade como um direito fundamental do cidadão. Sabendo que esse direito pode ser violado, inclusive pelo próprio Estado, o legislador constituinte nos forneceu um remédio/garantia para o efetivo resguardo desse direito, nomeadamente o *habeas corpus*.

José Afonso da Silva salienta, em sua obra *Curso de direito constitucional positivo*, que a “Constituição inclui entre as *garantias individuais* o direito de petição, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação popular, aos quais vem dando, na doutrina e na jurisprudência, o nome de *remédios de Direito Constitucional*, ou *remédios constitucionais*, no sentido de *meios* postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando *sanar*, corrigir, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais. Alguns desses remédios revelam-se meios de provocar a atividade jurisdicional, e, então têm a natureza de ação: são *ações constitucionais*”.

7.1 Direito de certidão ou petição

Observando o art. 5º, inciso XXXIV, de nossa atual Constituição, verifica-se:

(...) são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

Vale dizer que todos (pessoa física ou jurídica) têm o direito de peticionar aos órgãos públicos quando houver prática de abuso, com o intuito de cessá-lo.

7.2 Habeas corpus

Preconiza o art. 5º, inciso LXVIII, de nossa Lei Maior que: “(...) conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

O significado da expressão *habeas corpus*, dentro de uma tradução literal, é “que tomes o corpo e o presentes”.

Apesar de muitos autores destacarem que este instituto teve sua origem na Inglaterra (*Habeas Corpus Amendment Act*, de 1679), este deriva do direito romano através do *Interdictum de Libero Homine Exhibendo*, que se constituía na proteção à liberdade de então (o cidadão romano podia reclamar a exibição do homem livre). Contudo, há quem atribua sua origem à *Magna Carta*, em 1215.

No Brasil só adentrou formalmente nosso ordenamento constitucional com o advento da Constituição republicana de 1891, como remédio tutelar dos direitos subjetivos de qualquer natureza (aproximava-se do instituto atual do Mandado de Segurança). A Constituição Imperial de 1824 não cuidou do instituto. Contudo, o *habeas corpus* já constava de modo implícito no referido diploma, pois, ao assegurar a independência dos Poderes, permitiu ao Poder Judiciário conhecer de qualquer lesão a direito.

No âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem apresenta em seu art. VIII que “todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

Atualmente revela-se num remédio constitucional que visa a tutelar o direito de liberdade de locomoção: liberdade de ir, vir, parar e ficar – *jus manendi, eundi, veniendi, ultro citroque*.

Espécies de “*habeas corpus*”

- a) *Liberatório ou repressivo*: será concedido quando o sujeito já estiver sofrendo a violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder. Sendo concedido o *writ*, o juiz expede alvará de soltura. Esta foi a primeira forma conhecida em nosso ordenamento jurídico.
- b) *Suspensivo*: trata-se de efetiva ameaça à liberdade de locomoção. Ocorre quando já existe o constrangimento ilegal, mas o paciente ainda não foi preso. Será expedido contramandado de prisão.
- c) *Preventivo (salvo-conduto)*: será concedido sempre que o paciente se achar ameaçado de sofrer violência em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder. Concedida a ordem, o juiz expede salvo-conduto.

O *habeas corpus* se revela numa garantia individual ao direito de locomoção fundada em ordem judicial destinada à entidade coatora com a finalidade de fazer cessar a coação.

Embora esteja previsto no Código de Processo Penal, arts. 647 e seguintes, como recurso, o *habeas corpus* é ação. Trata-se de uma ação constitucional de caráter penal, com procedimento especial e isenta de custas (conferir art. 5º, LXXVII, da Constituição de 1988).

Legitimidade ativa

Trata-se de ação popular e, deste modo, não exige capacidade de postular em juízo. Como consequência, qualquer do povo, nacional ou estrangeiro, independentemente da profissão, estado mental, sexo, idade, poderá impetrá-lo em benefício próprio ou de terceiro (o analfabeto poderá impetrá-lo desde que alguém assine a seu rogo).

Este princípio não fere os ditames do art. 133 da Constituição, uma vez que isenta o paciente ou o impetrante do auxílio técnico do advogado.

O juiz não pode impetrá-lo, enquanto juiz, uma vez que sua função não consiste em postular. Porém, em processos de sua competência poderá concedê-lo *ex officio*. Já o Ministério Público poderá fazê-lo.

O *habeas corpus* poderá ser impetrado por pessoa jurídica em favor de pessoa física.

Legitimidade passiva

Poderá ser impetrado contra ato de entidade coatora que poderá ser um delegado de polícia (na instauração do inquérito policial ou no indiciamento); o promotor de justiça (quando requisita a instauração de inquérito policial); o juiz ou tribunal, ou até mesmo, segundo parte da jurisprudência, contra o particular.

Requisitos

O art. 654 de nosso Código de Processo Penal reza que deverá trazer:

- ◆ qualificação e designação do impetrante;
- ◆ qualificação ou dados que permitam a identificação daquele que sofre ou se acha ameaçado de sofrer a coação;
- ◆ qualificação do responsável pela coação;
- ◆ descrição do fato;
- ◆ assinatura do impetrante (ou a seu rogo no caso do analfabeto).

O *habeas corpus* é cláusula pétrea e, assim, não poderá ser suprimido de nosso ordenamento constitucional. Contudo, o Estado de Defesa e o Estado de Sítio podem diminuir sua abrangência, mas não suprimi-lo.

Convém notar, igualmente, que a jurisprudência de nossos tribunais tem admitido o *habeas corpus* como instrumento eficaz para o trancamento de Inquérito Policial e ação penal quando fundados em provas ilícitas.

“Habeas corpus” e punição disciplinar militar

O art. 142, § 2º, da Constituição de 1988 destaca que: “As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (...) Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”.

Tal disposição é estendida aos membros das Polícias Militares e Corpo de Bombeiros conforme estipula o art. 42, § 1º, de nossa Constituição.

Contudo, havendo a punição disciplinar militar, ainda assim será devida a ordem se a sanção:

- a) for aplicada por autoridade incompetente;
- b) estiver em desacordo com as formas legais;
- c) estiver além dos limites fixados em lei.

7.3 Habeas data

Trata-se de uma inovação da Constituição de 1988, elencada no art. 5º, inciso LXXII, o qual reza que este remédio será concedido:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

Este instituto teve origem na legislação ordinária nos Estados Unidos, através do *Freedom of Informations Act*, de 1974 (posteriormente modificado pelo *Freedom of Information Reform Act*, de 1978), cuja finalidade era a de permitir o acesso do indivíduo às informações que integravam registros públicos ou particulares permitidos ao público.

O termo *habeas data* significa, numa tradução literal, *mostrar os dados*. Outros ordenamentos possuem em legislação infraconstitucional este instituto (Alemanha, Espanha). O instituto tem a finalidade de proteger a esfera íntima dos indivíduos, possibilitando ao cidadão a retificação de dados e informações residentes em entidades governamentais ou de caráter público (exemplo: o Serviço de Proteção ao Crédito ou Serasa).

Todas as pessoas poderão solicitar judicialmente que sejam exibidos os dados/informações de registros, públicos ou privados, onde estejam inseridos seus dados pessoais para que tomem conhecimento

ou, sendo inexatos (obsoletos, que impliquem discriminação, falsos ou com fins diversos daqueles autorizados por lei), sejam retificados.

É regulado pela Lei n. 9.507/97, que regulamentou o rito deste novel *writ* constitucional. Observamos que se trata de uma ação constitucional de natureza civil e rito sumaríssimo. Assim, acarretalhe, como consequência, a necessidade de preenchimento dos requisitos e pressupostos processuais.

No polo passivo da ação figurarão, via de regra, entidades governamentais ou de caráter público (excluem-se, assim, as de caráter privado).

Qualquer pessoa, física ou jurídica, nacional ou estrangeiro, possui legitimidade ativa.

O *habeas data* possui dupla finalidade:

- ◆ num primeiro momento: possibilita o conhecimento dos dados;
- ◆ num segundo momento: possibilita a retificação dos dados.

É uma ação constitucional que tem aplicação imediata; é gratuita e personalíssima, colocada à disposição do cidadão para que tenha acesso, retifique ou justifique registros pessoais próprios, que integram banco de dados de caráter público.

Embora sendo personalíssimo do titular dos dados, o TRF proferiu decisões admitindo que os herdeiros do *de cuius* poderão impetrar o *writ*.

7.4 Mandado de segurança

Dispõe a Constituição em seu art. 5º, inciso LXIX, que: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

O mandado de segurança é um dos mais importantes instrumentos processuais de garantia da tutela das liberdades constitucionais. Na origem do mandado de segurança encontra-se a luta perene pela afirmação dos direitos civis. Com linhagem no direito privado romano, o *writ*, com o passar do tempo, foi ganhando nova roupagem, cada vez

mais constitucionalizada. No Brasil, aponta-se pela maioria dos doutrinadores, como precursora deste remédio, a Constituição do estado mexicano de Yucatán, de 1840, posteriormente aperfeiçoado pela Constituição do México de 1917.

Espécies de mandado de segurança

a) *Preventivo*: previne a ilegalidade ou abuso de poder.

b) *Repressivo*: tem por finalidade corrigir a ilegalidade ou abuso de poder.

Trata-se de ação e existem dispositivos que a regulamentam na Lei n. 1.533/51.

O mandado de segurança abarca direitos que não são tutelados por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Oportuno, para a elucidação do tema, comentar um problema do 71º CICMP – 1990, que trazia a seguinte redação: *Ex-aluno da Academia da Polícia Militar, desligado do curso no qual fora matriculado condicionalmente, após a conclusão de investigação sobre a conduta pública e privada, teve seu requerimento de leitura de inteiro teor da sindicância e de seu relatório indeferido pelo Diretor do estabelecimento*. Foi indagado se caberia mandado de segurança para proteção de seu direito. Obviamente que inexistente, nesta situação, o cabimento do mandado de segurança para a proteção dos direitos do ex-aluno. Existe um remédio constitucional específico para a hipótese: o *habeas data* (cuja finalidade é assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público).

Por “direito líquido e certo” entendia o professor Hely Lopes Meirelles aquele que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração.

Do mandado de segurança cabe destacar que não há condenação de honorários. O litisconsórcio pode existir tanto no polo ativo como no polo passivo. Liminar pode ser concedida quando se correr o risco, com a demora da apreciação do *writ*, de acarretar dano irreparável ao sujeito ativo (o juiz deverá, quando da análise da liminar, observar a

equação: perigo da demora e fumaça do bom direito – da conjugação destes dois elementos, analisará a conveniência ou não do deferimento da liminar).

O sujeito passivo no mandado de segurança se divide em:

- a) *autoridades públicas*: são todas as pessoas físicas que exercem alguma função estatal, tais como os agentes políticos e os agentes administrativos;
- b) *agentes de pessoas jurídicas com atribuições de Poder Público*: são todos os agentes de pessoas jurídicas privadas que executam atividades, serviços e obras públicas.

Quanto ao sujeito ativo, só o próprio titular do direito (pessoa natural ou jurídica) tem legitimidade para impetrar o mandado de segurança individual.

Pessoas jurídicas de direito privado poderão impetrar mandado de segurança para defender direitos de que são titulares; já as pessoas jurídicas de direito público, sempre que possam praticar atos de império, não podem impetrá-lo por falta de interesse.

7.5 Ação popular

Reza o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição de 1988 que: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

É regulamentada pela Lei Federal n. 4.717/65.

Assim, nota-se que a Constituição de 1988 deixou à disposição de qualquer cidadão meios específicos para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos ilegais que venham a causar dano ao patrimônio federal, estadual, municipal ou ainda ao patrimônio de autarquia ou entidades paraestatais (subvencionadas com o dinheiro público).

Vale destacar que só pode ser proposta por cidadão brasileiro (pessoa física em pleno gozo de seus direitos); neste teor, não têm

legitimidade o partido político, o estrangeiro e pessoas jurídicas.

Por “ato lesivo ao patrimônio público” devemos entender todo aquele que desfalca o erário da administração; que atinge a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico cultural.

Por “meio ambiente”, destaca-se o elencado no art. 225, e “moralidade” administrativa vem definida nos princípios do art. 37 da Constituição.

Delimitando ainda mais o conceito, por “ato” devemos entender a lei de efeitos concretos, o decreto, a resolução, a portaria, o contrato, o ato administrativo, enfim: toda manifestação de vontade da administração pública que implique em danos ou lesão ao patrimônio público.

7.6 Mandado de segurança coletivo

Estipula o art. 5º, inciso LXX, de nossa Constituição que:

o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros e associados.

Destaca José Afonso da Silva, em suas lições de direito constitucional, que o mandado de segurança coletivo “assenta-se em dois elementos: um, institucional, caracterizado pela atribuição da legitimação processual a instituições associativas para a defesa de interesses de seus membros ou associados; outro, objetivo, consubstanciado no uso do remédio para a defesa de interesses coletivos”.

- a) Só pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional (*vide* art. 17, I) com o intuito de:
 - (i) defender seus filiados em questões políticas;
 - (ii) a matéria a ser discutida deve ser de natureza política;
 - (iii) o estatuto do partido deve trazer dispositivo expreso de autorização.

b) Organização sindical ou entidade de classe ou associação constituída e em funcionamento há mais de um ano lutando pelos interesses de seus associados. À organização sindical é dispensada a exigência “em funcionamento há mais de um ano”; esta imposição legal faz-se somente às associações legalmente constituídas. Assim, julgou o STF que: “Tratando-se de mandado de segurança coletivo impetrado por sindicato, é indevida a exigência de um ano de constituição e funcionamento, porquanto esta restrição destina-se apenas às associações” (RE 198.919, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 24-9-1999).

A associação atuará como verdadeiro substituto processual de seus associados, e questão polêmica se refere ao fato de que deve estar autorizada conforme vier a dispor seu estatuto. Assim, a Súmula 629 do STF dispõe que: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe de autorização destes”.

7.7 Mandado de injunção

Encontra-se definido em nossa atual Constituição, no seu art. 5º, inciso LXXI, onde destaca que: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

No mandado de injunção, com origem no direito inglês do século XIV, há a determinação ao Poder Legislativo para que edite a norma, dentro de um prazo.

A doutrina diverge quanto a quais direitos ou liberdades constitucionais se refere o inciso supramencionado. Assim, quanto à extensão desses direitos e liberdades tutelados pelo mandado de injunção, três correntes se opõem:

- ♦ a primeira, é defendida pelo professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que analisa o tema destacando que o mandado de injunção alcança tão somente os direitos que possam ser deduzidos da condição de nacional e de cidadão, uma vez que a norma constitucional especificou seu objeto de tutela especificamente;

- ◆ num segundo ponto de vista, o professor Celso Bastos adota a posição de que o mandado de injunção somente alcança os direitos consagrados no Título II da Constituição (direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos à nacionalidade e direitos políticos);
- ◆ a terceira corrente, mais abrangente, não atenta para qualquer tipo de restrição nem reconhece qualquer elemento limitador do campo de incidência do instituto; seu objetivo, portanto, é assegurar o exercício de qualquer liberdade constitucional.

O mandado de injunção é dotado de autoaplicabilidade em face do art. 5º, § 1º. Assim, é uma ação, uma vez que formula um pedido de tutela jurisdicional.

Qualquer pessoa pode impetrar o mandado de injunção (natural ou jurídica).

Requisitos para a impetração do mandado de injunção:

- ◆ falta de norma regulamentadora de uma previsão constitucional (omissão do Poder Público);
- ◆ inviabilização dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Ressalta-se, deste modo, que o mandado de injunção pressupõe um nexo de causalidade entre a omissão normativa do Poder Público e a inviolabilidade do exercício de direito, liberdade ou prerrogativa.

No polo passivo deve figurar o poder incumbido de elaborar a norma (o Congresso Nacional, o Presidente da República, demais casas legislativas).

8. Deveres fundamentais

É comum, ao abordarmos o tema proposto, apenas discutir *direitos* e não *deveres* fundamentais. Deste modo, ao elencarmos dever, entendemos, basicamente, que alguém está obrigado a comportar-se de determinada maneira. Ora, viver em sociedade implica deveres para com os concidadãos, bem como para com o Estado.

Convém lembrar que os direitos fundamentais são concebidos como direitos de prestações do Estado, nomeadamente no campo da educação, da saúde, da habitação, da cultura, do ambiente, do

patrimônio histórico-cultural etc. Estes direitos encontram-se consagrados na Constituição, porém sua tutela e garantia é efetiva e escrita.

Para efetivar esses direitos fundamentais, o Estado tem um custo, um ônus, exigindo-se, em contrapartida, de seus cidadãos alguns deveres fundamentais que permitem e garantem a própria existência e preservação do Estado. Citamos como exemplo o dever de pagar impostos ou o serviço militar.

◆ Referências

- ARENDDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- Aristóteles. *A Política*. São Paulo: Edipro, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora UnB, 1999.
- Caetano, Marcello. *Manual de direito constitucional e ciência política*. Coimbra: Coimbra Editora, t. I, 1970, t. II.
- Campanella, Tommaso. *A cidade do Sol*. São Paulo: Ícone Editora, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Duas narrativas fantásticas*. São Paulo: Editora 34, 2011.
- Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. São Paulo: Rideel, 2005.
- JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Buenos Aires: Albatros, 1954.
- Kant, Immanuel. *Fundamentação metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1995.
- Miranda, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. III.
- Montesquieu, Charles Louis de. *O espírito das leis*. São Paulo: Edipro, 2003.
- Montoro, André de Franco. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: RT, 1999.
- MORE, Thomas. *Utopia*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- MOREIRA, Vital; CANOTILHO, J. J. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PLATÃO, *Diálogos. A República*. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- Rousseau, Jean Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

Sousa, Marcelo Rebelo de. *Direito constitucional I: introdução à teoria da Constituição*. Braga: Livraria Cruz, 1978.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *A folha dobrada*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.