

NATAN BATISTA

**História e
Introdução ao
Estudo do
Direito**

Legislação e Teoria



**INTRODUÇÃO
AO ESTUDO
DO DIREITO**

Sumário:

Capítulo 1 – História do Direito	Página 1
1. Evolução do Direito	Página 1
1.1. O Ser Humano é um Ser Histórico	Página 1
1.2. Conceito	Página 1
1.3. Tipos de Sociedade	Página 1
2. Origem	Página 2
2.1. Gênese do Direito	Página 2
2.2. Direito Mesopotâmio	Página 3
2.3. Código de Hamurabi	Página 3
3. Direito Arcaico e Outras Formas de Direito	Página 5
3.1. O Direito Arcaico	Página 5
3.2. O Direito Hebraico	Página 5
3.3. Direito Fenício	Página 7
3.4. Direito Grego	Página 7
3.5. Direito Romano	Página 10
3.6. Direito Feudal	Página 16
4. Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão – 1789	Página 20
5. Código Civil Napoleônico – 1804	Página 21
5.1. Critérios Gerais	Página 21
5.2. Características Essenciais	Página 22
6. Independência Estadunidense	Página 22
Capítulo 2 – Introdução ao Estudo do Direito	Página 24
1. Proteção Internacional dos Direitos Humanos	Página 24
1.1. O que são os Direitos Humanos?	Página 24
1.2. Contexto Histórico da Construção dos Direitos Humanos	Página 25
1.3. Constitucionalismo e Internacionalização dos Direitos Humanos	Página 25
1.4. Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos	Página 28
2. Noções Gerais do Direito Brasileiro	Página 33
2.1. Ordenamento Jurídico Brasileiro	Página 33
3. Estrutura do Poder Judiciário	Página 36
3.1. Súmula Vinculante	Página 37
3.2. Carreiras Jurídicas	Página 39
3.3. Visão Panorâmica do Processo Judicial	Página 41
4. Interpretação da Constituição	Página 42
4.1. Princípio x Regra	Página 42
5. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	Página 43
5.1. Características	Página 43
5.2. Divisão da Constituição	Página 43

6. Direito e Coação	Página 44
6.1. Coação no Direito ou o Direito de Coagir	Página 44
7. Universalidade do Direito	Página 48
7.1. Definição e Funções do Direito	Página 48
7.2. Conceito de Jurisdição	Página 50
7.3. Evolução dos Termos <i>Jus e Directum</i>	Página 51
8. Fontes Jurídicas	Página 52
8.1. Conceito	Página 52
8.2. Fontes do Direito	Página 53
8.3. Constituição	Página 53
8.4. Legislação	Página 55
8.5. Vigência e Revogação	Página 66
8.6. Costumes	Página 71
8.7. Jurisprudência	Página 73
8.8. Doutrina	Página 76
9. Procedimento de Integração: Analogia e Princípios Gerais do Direito	Página 77
9.1. Noções de Integração e de Lacunas	Página 77
9.2. O Postulado da Plenitude da Ordem Jurídica	Página 79
9.3. Analogia	Página 80
9.4. Princípios Gerais do Direito	Página 82
10. Ato Jurídico Perfeito/Direito Adquirido/ Coisa Julgada	Página 84
10.1. Introdução	Página 84
10.2. Ato Jurídico Perfeito	Página 85
10.3. Direito Adquirido	Página 86
10.4. Coisa Julgada	Página 87
11. Hermenêutica Jurídica	Página 89
11.1. Conceito	Página 89
11.2. Interpretação do Direito	Página 89
12. Grandes Sistemas do Direito Contemporânea	Página 97
12.1. <i>Civil Law</i> – Direito Romano-Germânico	Página 97
12.2. <i>Commom Law</i>	Página 104
12.3. Distinção entre <i>Civil Law</i> e <i>Commom Law</i>	Página 107
12.4. O Direito nos Estados Unidos da América	Página 107



**INTRODUÇÃO
AO ESTUDO
DO DIREITO**

Capítulo 1 – História do Direito

1. Evolução do Direito

1.1. O Ser Humano é um Ser Histórico

O ser humano é um ser essencialmente histórico. Uma das grandes diferenças entre nós e os animais irracionais é a capacidade de recordar, via linguagem, os fatos da vida. Assim, sabemos de coisas que sequer vivenciamos, apenas por ouvir contar. Com isso, aprendemos ou desaprendemos; porém, transmitimos, de forma consciente, nossas experiências.

Fala-se que: “ninguém é uma ilha”, isto é, estamos ligados uns aos outros e aos nossos antepassados. O que nos liga aos outros é a linguagem; o que nos liga aos nossos antecedentes é a tradição, ou seja, o que nos foi transmitido.

Os animais irracionais podem até transmitir um “saber fazer” através de suas gerações. Mas, estes animais têm somente instintos, como o caso de uma formiga que, ao nascer, aprende a fazer e estabelecer relações num complexo formigueiro. Todavia, não tem percepção dessa transmissão de *no hall*. Nós, humanos, temos, e isto faz toda a diferença. Somos, ao mesmo tempo, observadores e atores da história.

Importante destacar que o Direito é a própria história da humanidade. Não há como separar os dois elementos. Apesar de a história poder ser vista por várias facetas, tais como pelas artes, culinária, filosofia, medicina, desenvolvimento científico e tecnológico, é justamente pela noção jurídica dos povos que se tem uma correta interpretação do mundo pretérito e de cada cultura.

1.2. Conceito

“História do Direito é uma disciplina jurídica autônoma que se destina a estudar as diferentes dimensões culturais assumidas pelo fenômeno jurídico através dos tempos, investigando, para tanto, o significado da gênese e do acaso das instituições jurídicas fundamentais entre seus inúmeros artífices” – Rodrigo Freitas Palma.

A História do Direito visa fazer compreender como é que o direito atual se formou e desenvolveu, bem como de que maneira evoluiu no decurso dos séculos.

1.3. Tipos de Sociedade

As sociedades se distinguem em dois tipos:

As sociedades agrafas, ou seja, aquelas que não possuem domínio da escrita e, portanto, não possuíam Estado, uma vez que este só surge a partir das revoluções humanas, ou melhor, após o desenvolvimento da fala, escrita e religião, como as civilizações pré-colombianas: maias, incas e astecas;

E as sociedades grafadas, ou seja, que possuíam o domínio da escrita e, portanto, são consideradas pós-Estado.

2. Origem

2.1. Gênese do Direito

Inicialmente (12 mil anos atrás), os homens viviam em tribos rudimentares cuja vida se resumia à caça e pesca – as chamadas sociedades coletoras. Estas, por sua vez, não possuíam moradia fixa e, portanto, denominavam-se nômades. Neste período o homem vagava pelas terras com o objetivo de pura sobrevivência, sendo, visivelmente, uma presa extremamente indefesa, visto o porte dos animais selvagens existentes na época. Outro fator pessimista deste período é a baixa imunidade referente a doenças que, por sua vez, não possuíam expectativa de vida, uma vez que não havia o mínimo desenvolvimento medicinal.

Os fatores que alavancaram a vida do homem num lugar fixo, portanto, o surgimento das primeiras cidades, foram a fala (habilidade de comunicação), escrita (possibilidade de registro) e religião (método de controle moral).

Estes três fatores foram responsáveis pela formação dos primeiros grupos fixos cuja localização se deu no chamado Crescente Fértil, ou seja, na região que, hoje, é predominantemente o território iraquiano, entre os rios Tigre e Eufrates. Na antiguidade, conhecido como Mesopotâmia.

É neste período que se iniciam os primeiros indícios de Direito – “*Ubi societas, ibi ius*” (Onde há sociedade, há Direito).

As primeiras manifestações de Direito, dar-se-ão através dos costumes (via consuetudinária) e precedentes judiciais que, através da comunicação hereditária e dominação do líder (dominação carismática), ou seja, pela via oral, como provérbios populares e adágios, serão levadas adiante. Outro fator importantíssimo pelo qual eram regrados esses Direitos orais, era a via sagrada, ou seja, havia a crença em um deus e este serviria de barreira, através dos possíveis castigos divinos, para ações cuja natureza é indecente. Portanto, ainda se vê uma importância imponente do líder como chefe político e religioso, visto que não há distinção entre moral, direito e religião. Estes direitos são criados, pois com a fixação, melhora na qualidade de vida, criação de barreiras contra a vida selvagem, incipiente avanço na medicina e início das relações comerciais (através da utilização da escrita para registrar os direitos comerciais, tributários, constitucionais e administrativos primitivos), houve um considerável aumento populacional e, desta forma, o início de conflitos sociais devido à vida em sociedade.

Os primeiros códigos de lei que foram encontrados, foram redigidos na primeira forma de escrita conhecida, a escrita cuneiforme e, portanto, também são reconhecidos como Direito Cuneiforme. O primeiro código já encontrado é o Código de Ur-Nammu (2112-2095 a.C.). Este já previa os crimes relacionados à lesão corporal. Outros códigos encontrados naquela região são: Lipit-Ishtar (1934-1924 a.C. – aplicação da lei na Suméria e Caldeia), Eshunna (1815-1780 a.C. – Coleção de leis da cidade de Eshunna) e o primeiro código completo encontrado, o Código de Hamurabi (1754 a.C. – da cidade de Babilônia).

2.2. Direito Mesopotâmio

Os sumérios, já há milênios habitavam as margens dos rios Tigre e Eufrates, onde deixaram inúmeros vestígios de uma adiantada civilização. Seu ingresso na Mesopotâmia se deu por volta de 4000 a.C., sendo eles os responsáveis pelo desenvolvimento da escrita cuneiforme.

Até onde sabemos, foram os sumérios os primeiros a terem a preocupação de registrar, por intermédio da escrita, as normas consuetudinárias que os regiam.

Código de Ur-Nammu: importante achado histórico datado, aproximadamente, 2040 a.C.. A legislação em questão, como de costume, foi registrada num maciço de pedra chamado “estela”, que continha “inscrições reais”. É o mais antigo documento jurídico já encontrado pelo homem.

A mais celebre dentre todas as codificações da antiga Mesopotâmia foi descoberta no ano de 1902. Escrito em caracteres cuneiformes justapostos num grande maciço de pedra, estava registrado o Código de Hamurabi. Este foi responsável pelo esplendor alcançado pela Babilônia principalmente após tê-la transformado em um grandioso império. Verifica-se logo no preâmbulo de seu código que Hamurabi se considerava um “escolhido por Deus”, “protetor da nação”, “pai de seus súditos”, “executor da justiça e do Direito”.

Entretanto, seu trabalho não foi essencialmente original. É consenso entre os historiadores que Hamurabi se inspirou em outros códigos. Quanto as características de sua codificação, esta segue o mesmo padrão das coleções jurídicas típicas da antiguidade oriental. As penas são igualmente severas e envolvem mutilações, banimento, penas de morte das mais diversas (principalmente pela fogueira e afogamento).

2.3. Código de Hamurabi

O Código de Hamurabi é o primeiro código de extrema relevância para a História do Direito, pois foi o primeiro código inteiro, separado por áreas de interesse, encontrado.

Em sua totalidade, possuía 281 artigos (sendo o 13º revogado) separados em 12 áreas de interesse, sendo elas: Leis penais relativas a fraudes processuais, direito de propriedade, direito familiar e sucessões, leis penais relativas às lesões corporais, responsabilidade profissional (direitos e deveres), médicos, veterinários, barbeiros, pedreiros, barqueiros, regulamentação dos preços e salários e regulamentação da posse e propriedade de escravos.

Em seu ramo de Direito Penal, destaca-se a Lei de Talião cujo princípio é “olho por olho, dente por dente”, ou seja, caso um indivíduo furasse o olho de outrem, lhe deveria ser furado, também, um olho; bem como, caso um indivíduo arrancasse o dente de alguém, lhe deveria ser arrancado um dente. Na área de Direito Civil, vemos a existência da celebração de contratos.

Dentre todas as leis, o fio condutor para a escrita do mesmo foi a religião. Esta afirmação é provada com uma gravura existente na pedra em que se cunhou o Código, uma vez que esta apresenta Hamurabi sendo presenteado por um deus com

a cunha com a qual deveria escrever as leis. Desta forma notamos um visível distanciamento entre a religião e a lei, visto que, apesar de o deus oferecer a ferramenta com a qual as leis seriam redigidas, é o próprio Hamurabi quem as criaria. No momento pretérito se notava uma vida voltada para os templos, sendo estes os centros religiosos e unidades político-administrativas. Além do rei, eram capazes de julgar os sacerdotes e os anciãos.

Anteriormente à criação deste código, havia diversos códigos, como visto anteriormente, devido à variedade de sociedades que viviam naquela região. Hamurabi foi responsável pela unificação destes povos, bem como a junção de dois povos rivais: os Caldeus e os Sumérios.

Nota-se, mediante o código, a existência de distintas classes sociais e distintas penas entre elas. As classes são: Homens Livres (funcionários públicos, escribas, sacerdotes, comerciantes, camponeses e soldados), classe intermediária (escravos por dívida) e escravos (prisioneiros de guerra).

O Código de Hamurabi foi responsável pela formalização da lei, uma vez que as tornou escritas, publicando-as em praça pública; era de natureza concreta, ou seja, fiel ao fato social, apresentando casos específicos e nenhum caso abstrato; democratização da lei, visto que a tornou universal; laicização a partir do afastamento com a religião e em relação à jurisprudência, uma vez que concentrou o poder nas mãos do rei, representante moral, político e religioso.

Convém destacar a diferente aplicação deste Código em relação ao homem e à mulher, pois a segunda recebia punições muito mais severas que o primeiro. Por exemplo: caso o homem fosse pego tendo relações sexuais com sua filha, o mesmo seria expulso da cidade, em contraponto, caso a mulher fosse pega tendo relações com o seu filho, ambos seriam queimados.

Outro aspecto importante a se ressaltar são os ordálios, caracterizados pelos aspectos adivinatórios, como o fato de um cidadão acusar outro de bruxaria através da opinião. Caso não haja provas de feitiçaria, aquele que foi acusado é lançado ao rio. Se o mesmo retornar são e salvo, significa que não praticava, de fato, bruxaria e aquele que o acusou seria morto, sendo seus pertences dados à vítima, porém se o rio dominasse o acusado, o mesmo praticava atos ilícitos e os seus pertences seriam dados ao acusador.

Os roubos/ furtos e suas gravidades também eram previstos. Por exemplo, se alguém roubasse algo de um Templo, portanto roubasse algo de deus, ou roubasse à Corte, ou seja, roubasse o rei, deveria ser morto, juntamente com quem recebesse esse item furtado. Além do castigo da morte em relação aos furtos régios e divinos, o indivíduo que roubasse deveria restituir o item roubado. Por exemplo, quanto à Corte ou ao Templo, os itens deveriam ser restituídos trinta vezes. Caso o roubo fosse aplicado em um cidadão livre, dever-se-ia restituir dez vezes, sendo a morte a definição dada a quem não possuísse bens para a restituição.

3. Direito Arcaico e Outras Formas de Direito

3.1. O Direito Arcaico

O Homem é um ser gregário por natureza, premissa esta que justifica sua tendência a buscar consolidar uma associação direta com os seus semelhantes. Assim, não restam dúvidas de que toda sociedade se obriga a estabelecer um corpo de regras com a finalidade maior de reger as relações que, naturalmente, se processam em seu meio.

Nesse sentido, deve se admitir que aquelas formas de organização social próprias das sociedades simples, isto é, anteriores ao surgimento do Estado, tais como as tribos, clãs, já possuíam um conjunto de normas não escritas, notadamente consuetudinárias, que orientavam a conduta dos seus indivíduos. Portanto, torna-se imperioso assumir a existência do Direito mesmo na ausência de codificações.

Os Direitos Primitivos, sendo estes o conjunto de regras estabelecidas no âmbito das sociedades ágrafas, não podem, obrigatoriamente, ser qualificados como ultrapassados, obsoletos. A razão para tanto é simples: muitas sociedades, até hoje, organizam-se longe dos domínios do Estado, ainda que, oficialmente, estejam submetidos ao seu império. É o caso dos povos indígenas que normalmente se encontram protegidos em reservas legais, ali observando, em maior ou menor grau, um direito ancestral.

É necessário ressaltar que muitas civilizações do passado não desenvolveram a escrita, o que contribuiu para as exíguas informações de caráter legal sobre elas existentes. Ex.: maias, incas, astecas, celtas etc.

fenômeno jurídico é inerente a todas as épocas e lugares. É bem verdade que as regras estão sempre condicionadas ao contexto cultural de cada povo ou as nuances de determinado período histórico.

3.2. O Direito Hebraico

Influência bíblica. Esse direito intrinsecamente ligado a religião, tendo por figuras personagens bíblicos, narra a história do povo de Abraão. Encontramos noções desta época nos primeiros cinco livros da Bíblia – pentateuco. Tem como personagem central Moisés.

Direito, moral e religião se confundem, tanto é assim que a noção de crime está atrelada a ideia de pecado.

A literatura bíblica afirma que nesta época o próprio Deus falava com seu povo. Por assim ser, Moisés, líder político e religioso dos hebreus, teria recebido os 10 Mandamentos da própria divindade. Necessário ponderar que, independentemente do caráter religioso, o Decálogo é considerado um dos principais pilares éticos do mundo ocidental.

O episódio da fuga dos hebreus do Egito está no livro bíblico de Êxodo.

Características específicas e a lei. O Código Hebraico diverge muito do Código de Hamurabi, uma vez que o segundo foi concebido com a iluminação/inspiração dos deuses, porém quem o faz é o rei Hamurabi, enquanto o primeiro é feito e entregue

ao homem pelo próprio Deus. Nota-se, portanto, a primeira característica do Código Hebraico: é fortemente vinculado com a religião.

Sua principal forma de circulação, segundo a principal fonte deste Direito, ou seja, o Velho Testamento, foi oral, sendo a parte escrita apenas apresentada por Moisés (Êxodo, 24:14 – em que recebe do próprio Deus, no Monte Sinai, os 10 Mandamentos) nos livros conhecidos como Pentateuco (primeiros cinco livros do Velho Testamento: Gênesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio).

As principais características do Direito Hebraico são: divinização do Direito, ou seja, o Direito estava diretamente vinculado ao Deus e, portanto, não cabia ao homem interferir no mesmo, estabelece-se, desta forma, que as normas morais, religiosas e jurídicas são as mesmas; pelo Direito ter uma única e exclusiva fonte, sendo ela Deus, toda e qualquer violação da norma é considerada pecado e crime, ao mesmo tempo.

Os 10 Mandamentos resumem-se em:

1. Não terás outros deuses diante de Mim – nota-se que já no primeiro mandamento é possível ver a defesa quanto ao monoteísmo, sendo a adoração a mais de um deus, pecado;
2. Não farás para ti imagem esculpida, nem figura alguma do que há em cima no céu, nem em baixo na terra, nem nas águas debaixo da terra. Não te encurvarás diante delas, nem as servirás; porque eu, o Senhor teu Deus, sou Deus zeloso, que visito a iniquidade dos pais nos filhos até a terceira e quarta geração daqueles que me odeiam, e uso de misericórdia com milhares dos que me amam e guardam meus ensinamentos – este mandamento também ressalta a questão monoteísta, sendo, até hoje, fator de discussão entre católicos e protestantes em relação à imagem dos santos;
3. Não tomarás o nome do Senhor teu Deus em vão; porque o Senhor não terá por inocente aquele que tomar o seu nome em vão – nota-se uma ordenação relacionada à conduta referente ao nome de Deus e, a partir desta, é definido que deve se relacionar com Deus de maneira respeitosa, tendo como castigo a não inocência, segundo o próprio Deus;
4. Lembra-te do dia do sábado, para o santificar. Seis dias trabalharás, e farás todo o teu trabalho; mas o sétimo dia é o sábado do Senhor teu Deus. Nesse dia não farás trabalho algum, nem tu, nem teu filho, nem tua filha, nem o teu servo, nem a tua serva, nem o teu animal, nem o estrangeiro que está dentro das tuas portas. Porque em seis dias fez o Senhor o céu e a terra, o mar e tudo o que neles há, e ao sétimo dia descansou; por isso o Senhor abençoou o dia do sábado, e o santificou – este mandamento já toma como assunto a tradição que a família deverá tomar como própria, ou seja, deve-se, assim como Deus (tentativa de semelhança), descansar no sétimo dia;
5. Honra o teu pai e tua mãe, para que se prolonguem os teus dias na terra que o Senhor teu Deus te dá – claramente trata-se de uma conduta referente à conservação da família extensiva e patriarcal;
6. Não matarás – esta parte do Código Hebraico diz respeito às atitudes ilícitas, porém convém notar que a mesma não apresenta as penalidades, uma vez que, para aqueles que seguem estas leis, o castigo divino é o pior castigo;

7. Não adulterarás – pecado da traição;
8. Não furtarás;
9. Não dirás falso testemunho contra o teu próximo – pecado da mentira;
10. Não cobiçarás a casa do teu próximo, não cobiçarás a mulher do teu próximo, nem o seu servo, nem a sua serva, nem o seu boi, nem o seu jumento, nem coisa alguma do teu próximo - convém notarmos a presença da mulher como objeto de cobiça. Esta presença se dá, pois, naquela época, a mulher era considerada propriedade do homem.

É possível estabelecer uma divisão entre as regras apresentadas:

Os mandamentos 1, 2, 3 e 4 dizem respeito à manutenção e bom funcionamento do monoteísmo, tornando pecaminoso todo aquele que adorasse mais de um deus ou não se direcionasse à Deus com respeito e honra em relação às suas obras.

Os mandamentos 5, 7 e 10* (*relacionado à cobiça da mulher do próximo) são relacionados à manutenção da família.

Os mandamentos 6, 8 e 9 referem-se aos atos ilícitos, sendo estes os mais comuns daquela época.

Além dos 10 mandamentos, outros crimes e, segundo os homens, suas respectivas punições são previstas nos textos hebraicos:

Adultério, incesto, bestialidade (zoofilia), feitiçaria, injúria contra pai e mãe e homossexualidade são condenados com o apedrejamento (incesto também tinha como punição a fogueira). O falso testemunho seria penalizado de acordo com o crime acusado, pois o acusador que mentisse seria condenado a mesma pena referente à sua acusação.

3.3. Direito Fenício

Os fenícios, ancestrais diretos dos libaneses, apresentam um sistema de leis fundamentalmente baseado no âmbito econômico, uma vez que o mesmo surge concomitante à expansão do comércio e das viagens marítimas.

3.4. Direito Grego

O Direito Helênico. Podemos dividir o Direito Grego em duas grandes fases: 1) Arcaica; 2) Clássica

Além das contribuições jurídicas, os gregos, em especial os atenienses, desenvolveram ideias ou pensamentos essenciais para a filosofia, participação política, oratória, artes, entre outros.

Na época arcaica, o principal legislador foi Licurgo de Esparta, por sua vez, na época clássica os legisladores foram Drácon e Sólon. Cabe observar que as leis de Drácon ficaram conhecidas por serem muito severas. Com relação às leis de Sólon, estas ficaram marcadas por serem justas e avançadas para sua época. Tanto é assim que influenciaram diretamente o Direito Romano.

No campo filosófico, destacam-se, entre tantos de relevância, Sócrates, Platão e Aristóteles, aliás, nota-se em Aristóteles uma das grandes ideias para o Direito, o Silogismo – raciocínio que envolve três elementos: 1) Premissa maior (tese); 2) Premissa menor (antítese); 3) conclusão (síntese).

Nota-se no Direito Grego a presença dos mitos como alicerce das leis gregas, ou seja, o Direito Grego apresenta forte ligação com a religião. Esta tinha como função explicar os fenômenos da natureza e do universo, além de apresentar aos cidadãos uma conduta ética e moral ideal, segundo os deuses.

O Direito Espartano. Em Esparta, devido ao notável poderio militar e às consequentes vitórias em batalhas, havia um número muito maior de escravos por guerra (hilotas) que cidadãos livres. É neste contexto que Licurgo, considerado legislador espartano, cria as leis severas e militares que hoje são uma marca reconhecida da antiga Esparta.

É segundo estas leis que se cria a educação espartana, em que os meninos eram submetidos a um trabalho militar dos 7 aos 18 anos, tendo que servir ao exército até os 30 anos, podendo se aposentar aos 60, passando a fazer parte da Gerúsia (Conselho dos Anciãos).

Estas leis rigorosas e militares, podendo ser consideradas uma ditadura à moda da Antiguidade, serviam para controlar a grande população de escravos, visto que estes compreendiam um número extremamente maior que os cidadãos espartanos (7 para 1).

A política espartana se dividia em:

Havia uma diarquia em que um rei completava o outro, de modo a controlar o poder adquirido por qualquer um deles. Um era destinado aos trabalhos militares, enquanto o outro aos religiosos.

A Gerúsia consistia no Conselho dos Anciãos, eram consultados quanto as leis. Formado por cidadãos com mais de 60 anos, sendo o cargo vitalício.

O Eforato se dava pelo poder judiciário.

A Ápela era a reunião dos cidadãos espartanos (correspondente à Ágora ateniense, porém muito mais arcaica e rudimentar). Tinha como objetivo tomar as decisões finais sobre os assuntos da *Polis*.

O Direito Ateniense. Em Atenas, as leis eram criadas e discutidas na Ágora. Reuniões em praça pública em que os cidadãos gregos discutiam sobre os assuntos mais importantes da *Polis*. Cabe, a partir desta afirmação, definir as classes sociais atenienses:

No topo encontram-se os cidadãos, ou seja, os homens atenienses, maiores de 20 anos. Numa etapa intermediária encontravam-se os semicidadãos, ou melhor, os chamados plutocratas (comerciantes que, apesar de possuírem poder aquisitivo, não obtinham poder político). E, por fim, os escravos, sejam eles por guerra ou por dívida.

A partir desta definição, convém notarmos que, mesmo o Direito Ateniense sendo diretamente democrático, ou seja, os cidadãos participavam ativamente e objetivamente nas decisões políticas da cidade, parte da população não participava de tais reuniões, como as mulheres, os escravos e os estrangeiros. Conclui-se que, mesmo o Direito Ateniense sendo democrático, não era popular, uma vez que nem toda a população participava das decisões políticas. Dá-se a esta situação o nome de democracia aristocrática (paradoxo).

Esta situação tornava aqueles que não participavam da política inúteis, pois para os gregos, participar e interferir nos assuntos políticos da *polis* era virtuoso, um dos maiores bens a ser almejado pelos homens.

Como relacionar-se com os assuntos políticos era um ato virtuoso, todo o cidadão ateniense encontrava na leitura política e filosófica o prazer, de modo que se tornava desnecessária a existência de entes terceiros que, de alguma maneira, representassem os cidadãos na decisão política. Portanto, para o Direito Grego, a profissão de Direito era malvista, uma vez que todo cidadão ateniense deveria, através do domínio da oratória e esclarecimento político, defender-se ou expor seus direitos diante de semelhantes, sendo eles mesmos “advogados” e “juizes” de si.

Este fator fez com que a persuasão fosse uma das artes mais trabalhadas e desenvolvidas entre os cidadãos, uma vez que, de maneira semelhante, os outros entes teriam igual ou maior capacidade de argumentação.

Os órgãos que complementavam a política ateniense eram:

Eclésia: assembleia dos cidadãos em que se decidiam as leis.

Bulé: criavam-se as leis.

Heliaia: poder judiciário.

Estrategos: membros responsáveis pelo exército.

Características gerais do Direito Grego. As primeiras leis escritas gregas já encontradas são o Código Draconiano, do imperador Drácon, em 621 a.C. Este primeiro código tem como característica a rigidez com que as leis são redigidas – nota-se a utilização do adjetivo “draconiano” para quando nos referimos a algo severo. Este código tem como ponto importante o Código Penal, uma vez que apresenta a separação entre os tipos de penas referentes à gravidade do ato (origem do Princípio da Proporcionalidade), como por exemplo, a especificação dos homicídios voluntário, involuntário e legítima defesa.

Subseqüentemente à Drácon, temos a criação das leis do imperador Sólon que, através de uma reforma no Código Draconiano, tornou-o menos severo. Dentre as reformas realizadas, no âmbito econômico, incentivou a produção para exportação, fazendo com que estrangeiros migrassem para Atenas sob a promessa de cidadania; no âmbito social, mostrou-se ser apoiador da profissão, uma vez que define obrigatório o ensinamento de determinado ofício aos filhos, caso contrário não seria dever destes cuidarem dos pais na velhice; no âmbito institucional, criou o Tribunal de Heliaia que, como dito anteriormente, representava o poder judiciário, visto que os cidadãos poderiam apelar das decisões impostas a eles; no âmbito

jurídico, definiu a igualdade civil (sob pressão da população ateniense – sofisma), acabou com a propriedade coletiva dos clãs, uma vez que qualquer um poderia possuir um pedaço de terra, contanto que pudesse pagar pelo mesmo; aboliu a escravidão por dívidas, limitou o poder do *pater familias*, visto que este, em alguns casos, burlava a lei sob a condição de Direitos Consuetudinários, estabeleceu a adoção, testamentos, etc.

A partir da aplicação destas reformas, a Grécia passou a ser o berço da democracia que hoje se é considerado, dando-se neste período o surgimento dos chamados filósofos socráticos dedicados à ontologia e à discussão referente ao Justo e à Justiça.

Instituição do Direito Grego. Distinguiu-se o Direito Processual do Direito Substancial/Material, ou seja, distinguiu o direito referente ao indivíduo, na prática e o ramo pelo qual são definidos os meios referentes à aplicação deste Direito. O Direito Processual grego garantia aos cidadãos o direito de acusação e julgamento, divulgação de todos os processos e do julgamento, estabeleceu a prisão preventiva, liberdade provisória sobre as acusações, exceto em crimes contra a pátria e a ordem política.

Desenvolvimento da arbitragem, ou seja, estabeleceu-se que aquele que julga o caso deve ser um terceiro desinteressado quanto ao assunto, de modo a definir o veredito mediante oratória superior, e não favorecimento subjetivo.

Separa-se o Direito nas esferas Pública e Privada, sendo público as ações de interesse entre um cidadão e o Estado e de interesse privado as relações entre cidadãos. Deve-se notar que, diferentemente do Direito atual, os homicídios são considerados de natureza privada, e não pública.

Influências do Direito Grego. Júri popular (herdada da Heliaia), incipiência da advocacia, através dos logógrafos, diferenciação dos homicídios de acordo com o Código Draconiano, mediação e arbitragem, aplicação da pena de acordo com a gravidade do crime (fundamento do Princípio da Proporcionalidade), desenvolvimento da retórica e eloquência jurídica, transferência de propriedade por contrato e divulgação de processos, contanto que não sejam de sigilo do Estado, para benefício de terceiros envolvidos.

3.5. Direito Romano

Divisão do Direito Romano. Há algumas controversas a respeito das divisões deste Direito. As definições alternam entre três ou quatro períodos, sendo todos eles: Arcaico ou Realeza, República, Império e Período Bizantino ou Pós-Clássico. A definição que abrange apenas três períodos não considera o último período, ou seja, não considera o Direito Bizantino ou Pós-Clássico.

Quanto ao Direito Clássico ou Real, nota-se uma definição mais sólida, sendo este Direito fundamentado nos costumes e religião, devido à incipiente legislação. Outro fator que impedia uma organização das leis era o fato de o rei representar um poder fraco ante ao poder dos *pater familias*, apresentando, portanto, base familiar.

Criação de Roma. A guerra de troia é findada quando os gregos, fingindo ter se rendido, enviam um cavalo de madeira como presente para os troianos, porém dentro deste cavalo se encontravam guerreiros gregos. Durante a noite, quando todos estavam dormindo e ébrios devido à comemoração da “vitória da guerra”, os gregos dizem a cidade de Troia e ganham-na.

Enéas, um herói troiano, consegue fugir antes de os gregos enviarem este cavalo. Segue sua fuga até que chega em Cartago, norte da África. Nesta cidade conhece Dido, uma mulher muito cobiçada, inclusive pelo deus Marte, fato este que interrompeu o romance entre Dido e Enéas, fazendo com que a mulher se matasse.

Continuando sua fuga, alcança o local onde, hoje, encontra-se o norte da Itália. Nesta região funda uma cidade chamada Alba Longa. Esta cidade cresce e passa a possuir grande potencial de evolução. Gerações após Enéas, inicia-se uma disputa pelo trono entre Amúlio e Numitor. De maneira tradicional, passar-se-ia as terras para o filho mais velho, Numitor, porém através de uma emboscada, Amúlio prende seu irmão.

Numitor possuía uma filha jovem, Reia Sílvia. Esta poderia, de maneira vingativa, matar Amúlio para que seu pai fosse liberto e se tornasse rei, porém, da mesma forma, Amúlio a prende. Com o passar do tempo, Reia Sílvia adquire uma beleza significativa, de modo a atrair a cobiça do deus Marte e receber visitas frequentes do mesmo. Mediante estas visitas, Reia engravida do deus, dando à luz Rômulo e Remo.

Temerosa quanto a alguma atitude que Amúlio poderia tomar frente à possíveis herdeiros do trono, coloca os dois em um cesto e os solta às margens no rio Tigre. Em certo local o cesto é recepcionado por uma loba. Esta que passa a amamentar os bebês Remo e Rômulo.

Já na adolescência, eles são visitados por oráculos. Estes passam-lhes a mensagem de que deveriam fundar uma cidade próxima a Alba Longa, devido ao golpe dado por Amúlio em seu avô Numitor, para que destronassem o primeiro, resgatando seu avô e sua mãe do calabouço.

Vão, de fato, rumo àquela região e matam Amúlio, salvando os dois prisioneiros. Após essa vitória, adentram a Península Itálica e demarcam um território onde podiam fundar a cidade indicada pelos oráculos, porém, devido a um conflito de poder, Rômulo mata Remo, de modo a se tornar rei daquele território, nomeando-o Roma.

Organização do Direito em Roma. O Direito em Roma é notadamente o ancestral e principal fonte do Direito atual. Este ficou em vigor durante 22 décadas, no período compreendido entre os séculos VII a.C. e VI d.C.

Como dito anteriormente, a primeira fase do Direito Romano, ou seja, a Realeza, é marcada pelos direitos consuetudinários e religiosos. Num segundo momento, há uma revolução em que os patrícios derrubam o último rei de Roma, Tarquínio, o Soberbo, por este tentar aumentar seus poderes; fato este que faz com que os patrícios instalem um tipo de governo que faria com que os mesmos

possuíssem o poder: a República. Nesta, há a divisão do poder no Senado, entre as *gentes* e o *rex* (rei).

Ou seja, diferentemente do Direito Grego, nota-se que as funções jurídicas eram, além de bem vistas em Roma, exercidas pelos patrícios (cidadãos romanos – descendentes dos fundadores da vila). As funções, pondo-se o conceito contrário ao entendido nos dias de hoje, denominam-se Magistrados, sendo eles:

Cônsules: Tinham como principal tarefa criar as leis, além de requerer as questões do exército (ordenavam a mobilização do exército quanto a conflitos), eram responsáveis por convocar o Senado e presidir cultos públicos. Eram dois para que um administrasse o poder do outro.

Pretores: Eram responsáveis pela justiça, ou seja, eram os juízes e jurisprudência.

Tribunos e Tribunos da Plebe – criados após a revolta dos plebeus: Eram responsáveis por representar os desejos do povo nos tribunais.

Questores: Responsáveis pelas finanças

Censores: Responsáveis por fiscalizar se os princípios morais e culturais romanos estavam sendo seguidos, faziam o censo, preparavam o Álbum Senatorial e orientavam os trabalhos públicos.

Ditador: Em caráter de emergência, o Senado poderia escolher um dos cônsules para tornar-se ditador (casos de guerra ou crise, por exemplo)

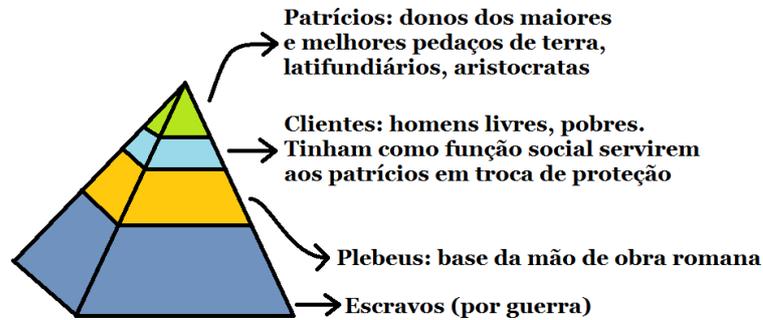
Além destes cargos, nota-se a figura dos juriconsultos que, nos dias de hoje, seriam considerados os doutrinadores, e os plebeus – classe mais baixa, submissa aos patrícios; eram obrigados a pagar os impostos e trabalhar na terra, sendo seus filhos mandados para o exército romano.

As revoltas da plebe. A primeira conquista dos plebeus em relação aos direitos políticos foi a Lei das XII Tábuas. Esta conquista ocorre após a chamada Revolta do Monte Sagrado em que os plebeus, revoltados com a situação submissa na qual se encontravam, abandonam a cidade e se dirigem a um monte com o intuito de formarem sua própria cidade. Notando a falta que os plebeus faziam para o funcionamento da cidade, sob a condição de aprovarem esta Lei, pedem que os plebeus voltem. Desta forma aprova-se a sua entrada em vigor.

Este acordo faz com que as leis, até então, orais e julgadas pelos pretores, ou seja, pelos patrícios, passassem a ser escritas, de modo a torná-las públicas e não mais inclinadas à alteração aristocrática. Além desta alteração, há a criação do Tribuno da Plebe, responsável por representar os desejos dos plebeus na política romana.

Esta lei foi a primeira de várias, como a Lei Canuleia: passou a permitir casamentos entre plebeus e patrícios; Lei Licínia: aboliu a escravidão por dívida, passou a autorizar a nomeação de Plebeus para as Magistraturas, divisão das terras conquistadas entre os plebeus; Lei Hortênsia: criação de Assembleias Plebeias para que a plebe pudesse autorizar leis (plebiscitos).

Outra tentativa de ascensão dos Plebeus, foi com os Irmãos Graco e a intenção de fazerem uma reforma agrária para distribuir as riquezas de Roma entre todos os indivíduos. Para combater esta tentativa, o Senado apoia a subida de Silas ao Poder de Roma e concentra o poder em suas mãos – ditadura. Porém a situação em Roma era de crise, além das revoltas da plebe, ocorre a revolta dos escravos (Espártaco) e inicia-se uma guerra civil.



Crise da República Romana. Com o intuito de amenizar as revoltas, o Senado divide o poder em três, dando-o para generais. O chamado Triunvirato.

O primeiro Triunvirato formou-se por: Pompeu, Crasso e Júlio César. Estes superam o poder do Senado e passam a disputá-lo entre si. Crasso morre em batalha na Pérsia e, em disputa, as legiões de Júlio César vencem as de Pompeu, fazendo com que Júlio César subisse ao poder de maneira exclusiva.

O Senado tenta o derrubar e, após Júlio César aceitar a nomeação de Augustus (fato este que seria contra as leis de Roma), é acusado de tirania, sendo morto por apunhaladas no próprio Senado, enquanto prestava esclarecimentos – “Até tu, Brutus?”.

Findado o primeiro Triunvirato o poder é dividido, novamente, entre generais. Marco Antônio, general e amigo de César, une-se ao sobrinho deste, Caio Otávio, e, com Lépido, formam o segundo Triunvirato. Do mesmo modo houve disputa de poder entre estes – Lépido se aposenta e após a disputa entre as legiões de Marco e Caio Otávio, Marco morre. Portanto o poder fica concentrado nas mãos de Caio Otávio.

Octaviano (Caio Otávio) fixa-se como imperador, unificando os territórios e a organização do Estado. Estava em vigor o Império Romano.

Como imperador, Octaviano é designado Augustus, cargo que o elevava em relação às leis. Neste período, cria-se o chamado *senatus consultus* – composto por 20 Senadores escolhidos pelo Augustus – “ditadura do executivo”.

Sociedade romana. Antes de avançarmos para as características do Direito Romano, convém analisarmos a formação social desta região:

Toda história do Direito Romano baseia-se na dialética entre plebeus e patrícios, portanto convém analisarmos com mais atenção estas duas classes.

O Patrícios são descendentes diretos dos fundadores de Roma, sendo eles quem, inicialmente, possuíam o monopólio político. Estes se agrupavam nos

chamados clãs e, com o comando de um *pater famílias*, passaram a ser denominados *gentes*.

Os Plebeus, apesar de serem considerados homens livres, em contraponto aos patrícios, não podiam, inicialmente, participar da política.

Características do Direito Romano. Toda a História Romana, seja política, do Direito ou social, estará, sempre, atrelada ao sistema escravagista que possuiu durante todos os períodos de sua existência. Os escravos, conquistados devido às grandes investidas e vitórias bélicas, eram denominados *res*, ou seja, coisa, eram objetos, mercadorias, instrumentos.

Os patrícios (grandes proprietários de terra), viviam nas cidades que, através deste trabalho braçal dos escravos na agricultura, principal atividade de Roma, cresciam exorbitantemente.

Monarquia romana – religião e costumes. Como dito anteriormente, o Direito Romano é dividido em três ou quatro partes, sendo a primeira caracterizada pela Realeza. O período de Monarquia Romana caracteriza este período, uma vez que as leis orais, sendo incipiente a legislação, de fato, abriam espaço para a intervenção religiosa e consuetudinária. Neste período o rei não possuía força para controlar toda a extensão do território, uma vez que os *pater famílias*, chefes dos clãs patrícios, interferiam e controlavam, de fato, o sistema de regras romano. Além da intervenção política, os *pater famílias* possuíam, no âmbito clânico ou familiar, poderes ilimitados, podendo expulsar, vender ou até mesmo matar seus próprios filhos sem que fossem punidos.

O primeiro sinal de Direito Material romano foi o fato de as propriedades serem empossadas mediante o sepultamento de entes familiares no respectivo terreno. Segundo as crenças romanas, dever-se-ia fazer oferendas aos mortos familiares como se estes fossem deuses (deuses domésticos), para que zelassem pelo continuar daquela família. Resumindo, o princípio do direito de posse surgiu como uma crença religiosa, sendo a propriedade inalienável, que, posteriormente, seria readaptado à situação econômica dos indivíduos romanos.

Como dito e provado com os incipientes direitos adquiridos na Monarquia Romana, a religião era importante parte da validade dos acordos e processos nesta época – aliás, neste período, como toda fase inicial de uma sociedade, confundiam-se moral, política e religião -, sendo os sacerdotes/pontífices os únicos entes capazes de efetuar os rituais com maestria. Suas funções eram tão importantes que os contratos feitos sem os devidos rituais não eram validados.

República romana – ascensão do Direito Plebeu. Com a queda de Tarquínio, o Soberbo, e a ascensão dos patrícios ao poder, reorganiza-se este entre o rei, agora com poderes reduzidos, e o Senado. É a partir deste período que, inspiradas pelas leis gregas de Sólon, surgem, de fato, as leis escritas romanas (*lex*) – Lei das XII Tábuas, confrontando os costumes e os ritos.

As leis eram escritas da seguinte forma: era necessário que um pedido quanto a uma lei fosse feito pelos patrícios ou, posteriormente, pelos plebeus. Este pedido era endereçado aos magistrados superiores, ou seja, aos cônsules, pretores, tribunos

ou ditadores. Estes tinham o dever de redirecionar esta lei escrita para as Assembleias e a partir do voto positivo nessa instituição entrava em vigor.

A Lei das XII Tábuas são criadas como reivindicação devido ao julgamento e conhecimento exclusivo das leis por parte dos patrícios, de modo que a lei oral se tornava, a grosso modo, dita, em cada caso, para benefício da classe mais poderosa. Outro fator de infelicidade dos plebeus era o fato de todas as convenções ritualísticas serem executadas e conhecidas somente pelos pontífices/sacerdotes.

Apesar de a Lei das XII Tábuas amenizar os conflitos entre plebeus e patrícios, não houve, de fato, a solução dos mesmos. Por exemplo, a interpretação das leis continuava nas mãos dos sacerdotes.

Outro fator importante na República Romana é o fato de o território expandir e, para que se mantivesse os costumes e supremacia dos cidadãos romanos, de modo a diferenciá-los dos povos conquistados, cria-se o chamado *ius civile*: Direito Romano aplicado somente aos cidadãos romanos, ou seja, não aplicado aos escravos e aos estrangeiros. Neste caso, os estrangeiros e escravos eram representados pelo *ius gentium*.

Outro aspecto que se alterou devido à perda de poder do rei foi a jurisdição. Por exemplo, anteriormente, todos os casos eram mediados pelo rei, sob suas próprias decisões. Após a perda de poder, cabe ao cidadão injuriado entrar com um pedido para um magistrado, para que este dê continuidade aos procedimentos (diligências). Tal organização criminal é o primeiro indício do Inquérito Policial.

Conclui-se que, após a transição para a República, as fontes do Direito se alteraram. Enquanto na Realeza as fontes se limitavam, majoritariamente, à religião e aos costumes, a República se interessa com a jurisprudência, ou seja, com as doutrinas jurídicas; com os éditos; o plebiscito (forma de criar leis); ainda o costume ou a chamada lei não escrita – *jus non scriptum*; e a Lei – *Lex*.

Cabe salientar o significado de duas fontes do Direito Romano Republicano. O primeiro é a jurisprudência: diferentemente de hoje, em que a jurisprudência se caracteriza pelo conjunto de decisões dos tribunais, a jurisprudência em Roma significava o que, atualmente, se dá pelas doutrinas, sendo os jurisconsultos os doutrinadores. O outro elemento são os éditos: estes nada mais eram que relatórios das decisões que os pretores (juízes) pretendiam tomar para decidir determinados assuntos particulares e/ou públicos.

Império Romano. Como dito em texto anterior, o marco da alteração da República para o Império é a nomeação de Caio Octávio ou Octaviano como Augustus, ou seja, é o título que lhe conferia superioridade em relação às leis, ou melhor, foi a concentração do poder nas mãos de um indivíduo sem quaisquer limitações, o imperador – *praefectus morum*: censor máximo dos costumes; *pontifex maximus*: chefe máximo da ordem religiosa (pontífice).

Neste período nota-se uma elevada importância dos jurisconsultos que, mediante autorização do imperador, passaram a escrever raciocínios jurídicos com peso de lei. Estes eram incorporados, através do imperador, à cultura e lei romana.

Dentre os principais pareceres, destacam-se: Gaio, com *Institutiones*; Papiniano, com *Quaestiones e Responsa*; Paulo, com *Sententiae*; e Ulpiano, com *Regulae*.

É neste período que Constantino escreve o Édito de Milão. Este acaba com as perseguições ao cristianismo, pois mesmo que o império perseguisse esta religião, ela crescia cada vez mais. Este crescimento pode ser explicado à teoria bíblica que diz que, assim como Cristo, os cristãos seriam postos a provações e estas os levariam ao reino dos céus. Este ato de Constantino acabou com a supremacia cultural romana em seu próprio território, fato este que resultou no desmantelamento do Império Romano do Ocidente.

Império Bizantino ou Império Romano do Oriente. Justiniano, imperador do Império Bizantino, com o intuito de reestabelecer a grandeza de Roma em seu auge, aplica algumas mudanças relevantes.

Dentre elas nota-se o *Codex*: código que juntaria as leis da Antiga Roma e de Constantinopla em uma só, de modo a substituir o, até então código vigente, de Teodósio; *Digesto ou Padectas*: compilado das jurisprudências (doutrinas romanas) que entrariam em vigor na Legislação Bizantina; *Institutas*: Manuais de ensino de Direito (doutrinas atuais); *Novelas*: traduzidas, também, como “novas leis”, são compilados de todas as constituições que já haviam sido postas em vigor por Justiniano.

3.6. Direito Feudal

Idade Média. Denomina-se Idade Média ou Idade das Trevas o período em que se perderam as formas de representação cultura e moral apresentadas até então (séculos V-XV). Neste período não houve considerável avanço ou disseminação de ciência, motivo este pela designação “Idade das Trevas”. O sistema que regia este período eram os feudos, em que os camponeses, vinculados aos senhores feudais por meio da terra, regressaram ao modo de vida subsistente. Este período, mais precisamente em sua fase final ou a chamada “reurbanização”, tem como destaque: a ascensão da burguesia – por meio de acordos econômicos, visto que o rei não mais possuía poder suficiente para administrar o feudo -, cultura renascentista – período de transição teocêntrica para uma visão antropocêntrica – e grandes navegações – inicialmente no século XV, visando, teoricamente, a busca por mercados consumidores distintos, devido ao fechamento das vias indo-europeias.

Sua estruturação se deu após a queda do Império Romano do Ocidente, pois, após o Édito de Milão de Constantino, a maior marca da cultura romana e a única ainda estabelecida naquele momento foi derrubada: o fato de, anteriormente a este, serem proibidos os cultos, senão aqueles destinados à religião romana. Este Édito torna o culto a outras religiões liberado, fazendo com que o único meio de unificar os povos romanos fosse destruído. Após esta atitude, sem representação, o território romano foi se fragmentando, enquanto o cristianismo crescia. Desta forma a Igreja Católica toma o posto de maior influenciadora europeia, tornando-se a maior instituição de formação moral naquela época, dando início à supremacia e regresso cristão feudal (Idade das Trevas).

Direito Canônico Medieval. Como dito anteriormente, o poder da Igreja cresce concomitante à queda do Império Romano do Ocidente. Inicialmente, o Direito Canônico incumbia-se de julgar os casos em que o indivíduo concordasse em ser o seu caso transferido para a Igreja e, posteriormente, todos os casos religiosos/pecaminosos passaram a, obrigatoriamente, ser julgados pela Instituição Sagrada.

Com o dismantelamento de todas as figuras de poder, sendo o ser humano gregário de uma representação maior, a Igreja torna-se a grande figura representativa desse período, sendo a fonte do Direito Canônico os concílios: reunião do clero com a nobreza ou apenas eclesiástica cujo objetivo era a formação de decretos; e sínodo: assembleias eclesiásticas, tinham como função aprovar estatutos ou constituições.

O crescimento da importância e poder de representatividade do clero refletiram na reforma complexa pela qual os degraus hierárquicos eclesiásticos passaram. Uma das consequências desse aumento de poder e importância foi a criação da chama Santa Inquisição ou Tribunal do Santo Ofício. Este instituto da Igreja Católica, inicialmente, serviria para julgar apenas os crimes cuja conduta envolvia algum tipo de heresia (“interpretação da palavra”), ou seja, perseguição aos não católicos, caça às bruxas, judeus e muçulmanos, portanto. Como a representatividade da Igreja se tornou única, todos os crimes passaram a ser julgados nesse tribunal.

Quanto ao processo judiciário, incentivava-se a delação, de modo que esta pessoa teria parte dos bens da pessoa acusada, enquanto a Igreja tomaria posse da outra parte. É desta maneira que a Igreja enriquece e passa a ser a instituição mais rica da Europa. Nos julgamentos, a pessoa acusada, caso não confessasse o crime, seria submetida ao processo de tortura até que o fizesse. Quando isto ocorria, normalmente, sentenciava-se a pena de morte. Convém notarmos que havia uma conduta diferente para os ricos e os pobres. Os ricos eram mortos de maneira rápida e indolor, por meio da guilhotina, por exemplo, enquanto os pobres eram submetidos à processos que aumentassem o sofrimento do indivíduo perante a morte, pois, segundo a Igreja Católica, “o sofrimento purifica a alma”.

Magna Carta – 1215. Após a morte de Henrique II da Inglaterra, sobe ao poder seu, então, filho mais velho Ricardo (Coração de Leão). Este participou das cruzadas para conquistar parte do território de Jerusalém; para isto aumentou os impostos e não administrou bem a Inglaterra por se manter ausente, perdendo feudos na região da França. Em uma das batalhas é raptado sob recebimento de uma alta quantia, de modo que seu irmão, John, aumentasse os impostos dos nobres para arrecadar tal dinheiro para resgatá-lo. Mesmo tendo sucesso no resgate, Ricardo Coração de Leão é morto em 1199 em batalha.

Após sua morte, sobe ao poder seu irmão, John ou João Sem Terra (nome este dado por, sendo o filho mais novo de Henrique II, não receber herança alguma). Sua coroação começa conturbada, uma vez que, tentando se casar com Isabel de Gloucester, sua prima de segundo grau, tem o matrimônio anulado pelo clero, continuando com as posses de sua, agora, ex esposa. Após esta anulação se casa com Isabel de Augoulême, fato este que encadeou a guerra anglo-francesa, em que,

ineficientemente desastroso em batalhas, perde todos os embates e, por consequência, terras na região da França, mais precisamente a região da Normandia, agravando sua situação econômica na Inglaterra.

Além deste episódio, tenta interferir na escolha do Arcebispo de Cantuária, irritando o Papa Inocêncio III, sendo, após este episódio, excomungado. Para demonstrar poder, confisca as terras da Igreja na Inglaterra, fato este que desagradou os nobres que, não tendo simpatia pelo rei, revoltam-se contra o mesmo, exigindo a assinatura da Magna Carta, em 1215. Este evento tem grande importância jurídica e histórica, pois foi o primeiro passo para o fim do absolutismo e, ao mesmo tempo, foi a primeira representação constitucional já feita.

Através desta Carta, o rei perderia parte de seus poderes, sendo a lei criada por um Parlamento e esta encontrando-se acima do rei. Este fato marca o surgimento do Estado de Direito.

Outro evento de importância jurídica ocorrido na Inglaterra, foi a aprovação do chamado *habeas corpus act* no reinado de Carlos II que, até hoje, garante o direito de liberdade aos acusados submetidos ao poder extremo do Estado.

Ainda no reinado de Carlos II há controvérsias sobre seu poder. Este, caracterizando a volta do poder monárquico após a queda da República de Commonwealth, tem seus poderes limitados pelo Parlamento, de modo a evitar que, novamente, este órgão tenha problemas com a tentativa de aumento do poder real – como ocorreu com seu predecessor, Carlos I. Para proteger-se, secretamente, Carlos II une-se ao rei da França, Luís XIV. O Parlamento, descobrindo o acordo, destituiu o rei.

Após este, sobe um rei católico e absolutista, além de possuir acordos com a França, ou seja, totalmente contrário aos ideais nobres – anglicanos e parlamentaristas. Como forma de derrubar Jaime II do poder, os nobres acordam com o rei da Holanda, Guilherme de Orange cuja esposa era Maria Stuart, de quem atacasse a Inglaterra e destituísse o rei Jaime. Convém notar que a população inglesa preferia um rei estrangeiro a um rei católico e absolutista. Portanto, sem nenhuma resistência, Jaime primeiro é deposto da coroa, fugindo para a França, ato este conhecido como Revolução Gloriosa.

Antes de subir ao poder, Guilherme III (De Orange) aceita assinar a Declaração dos Direitos ou o *Bill of Rights*. Esta declaração pôs em prática a liberdade de imprensa, reafirmava o poder do Parlamento quanto ao monopólio tributário e tornou livre a apresentação de petições. Ou seja, o rei passa, gradativamente, a ser meramente representativo, uma vez que o Estado passa a ser minimamente interventor, tornando-se, futuramente, o Estado Liberal de Direito.

O Estado Nação. O Estado Nação, teoria em que o Estado é forte e presente, defendendo a estabilidade interna e a independência externa, sendo tudo permitido ao monarca, foi defendida por grandes filósofos e pensadores, dentre eles Jean Bodin, Hugo Grotius, Thomas Hobbes e Nicolau Maquiavel.

Maquiavel foi o primeiro filósofo da corrente político-realista. Sua filosofia, eternizada no livro *O Príncipe*, oferecia aos reis uma série de regras pelas quais

tomariam e manter-se-iam no poder. Dentre elas podemos citar agir de maneira extrema, independentemente da ação ser boa ou gerar o bem, ser, ao mesmo tempo, amado e temido, mas caso não se consiga ser os dois, convém que o indivíduo preze por ser temido. Estas condutas podem ser resumidas pela célebre frase: “Os fins, justificam os meios”.

Estado absolutista. A formação dos Estados Absolutistas se dá a partir da ascensão dos reis ao poder. A validade deste poder vinha da Igreja que, mediante a teoria do rei-divino em que o indivíduo era escolhido por Deus para exercer a função, sustentava socialmente a representatividade deste indivíduo. Convém destacarmos o surgimento de um pensamento científico que contrapôs a legitimidade da Igreja. Dentro deste movimento podemos citar as revoluções feitas por Copérnico, Descartes e Newton, bem como a disputa entre Darwin e o criacionismo.

No âmbito econômico, como dito anteriormente, notamos a ascensão da burguesia que, através das trocas comerciais, iniciava a primeira fase do capitalismo: o mercantilismo (acúmulo de capital).

O Estado Absolutista, como sendo a reunificação territorial da Europa, fez com que ressurgisse nos povos o sentimento nacionalista, de modo que aparecesse, também, um sentimento aversivo quanto aos estrangeiros: a xenofobia.

O absolutismo perde força quando a burguesia, não aceitando mais que o primeiro e segundo estados (clero e nobreza) exerçam suas vontades, visto que o terceiro estado (burguesia e o resto da população) era a maioria, sendo os burgueses possuidores do capital, tendo, inclusive, financiado o absolutismo por meio dos altos impostos cobrados pelos primeiros estados, passam a reivindicar poder.

O reinado de Luís XVI, vigente na época, apresentava-se de maneira desastrosa. Além dos altos impostos cobrados ao terceiro estado (como dito acima) para bancarem os altos gastos do clero, da nobreza e do próprio Estado, Luís XVI promoveu inúmeras guerras, alcançando resultados negativos e caros. O Estado Francês estava, portanto, endividado, enquanto a nobreza continuava consumindo artigos de luxo (herança do chamado Colbertismo – espécie de mercantilismo específico da França, criado pelo ministro de finanças Jean-Baptist Colbert e posto em prática pelo rei Luís XIV), gerando cada vez mais revoltas no terceiro estado, estado ativo.

Mediante inúmeras revoltas, Luís XVI cede aos pedidos e convoca uma Assembleia Nacional Constituinte com a presença de todos os estados. Porém as votações eram feitas por estado, ou seja, cada estado possuía um voto, ou melhor, sendo três estados, nobreza e clero, primeiro e segundo estados, sempre votavam juntos e contra o terceiro estado, de modo que nunca haveria vitória deste. Percebendo esta injustiça, o terceiro estado exige que as votações sejam feitas por cabeça, uma vez que representavam a esmagadora maioria. O rei, receoso quanto ao debate, dissolve a Assembleia. Contudo os membros do 3ª Estado recusam-se a deixar o palácio reunindo-se na sala do Jogo de Pela, exigindo que o rei aceitasse a criação de uma Constituição que limitasse os seus poderes. Luís XVI, cedendo à pressão popular, reúne todos os Estados na Assembleia Nacional Constituinte, aprovando esta constituição.

O rei, apesar de ter aprovado a constituição, continua aplicando altos impostos, quando, em 14 de julho de 1789, a população, revoltosa, toma a Bastilha, mata os guardas e solta os prisioneiros. Este ato foi o símbolo da queda do Absolutismo, pois a Bastilha era onde os presos políticos ficavam, ou seja, os indivíduos inimigos do rei, ou melhor, os indivíduos que o rei mandara prender por decisão própria; a queda da Bastilha, portanto, significa a recusa das decisões reais e a perda de representatividade do rei.

Em 4 de agosto de 1789, representando a obtenção do poder do povo, é proclamada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Esta, com inspiração iluminista e burguesa, defendia, primeiramente, que a propriedade privada é inviolável e sagrada; igualdade jurídica e pessoal para todos os homens.

4. Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão – 1789

Segue o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão:

Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram **declarar solenemente os direitos naturais**, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

Em razão disto, a Assembleia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão foi expoente das constituições atuais, destacando-se elementos como: isonomia, conservação da liberdade (não agressão ao próximo), direito à propriedade, soberania da nação, lei como sendo a representação da vontade do povo, liberdade de expressão etc.

Destacam-se os seguintes artigos, representando tais elementos:

Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a **liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.**

Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e **ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.** – **Princípio da Legalidade:** nullum crimen nulla poena sine lege – não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal.

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

Art. 15º. A sociedade tem o **direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.**

Art. 16º. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

5. Código Civil Napoleônico – 1804

5.1. Critérios Gerais

O Código Civil Napoleônico, bem como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, foi um expoente para os Direitos Cívicos atuais. Ele possuía 2281 artigos, visto que, naquela época, tinha-se a intenção de “pôr no papel” todas as situações possíveis, e, bem como a intenção da Revolução Francesa, o Código Napoleônico caracterizou-se pelo teor liberal e permissivo em certos âmbitos.

É chamado de Código Civil Napoleônico, não somente por ser instaurado sob o seu governo, mas sim pois sua confecção foi acompanhada de perto pelo próprio Napoleão, sendo seus interesses defendidos quase que em substância no Código Civil.

Destaca-se no Código a importância dada aos direitos pessoais, porém, principalmente, ao direito à propriedade, sendo o Código muitas vezes mencionado como “código da propriedade”. O Livro I dizia respeito às pessoas, o Livro II falava

sobre os bens e as modificações da propriedade, enquanto o Livro III dizia respeito às diversas maneiras de aquisição da propriedade.

5.2. Características Essenciais

- 1) É estabelecido que, a partir da entrada em vigor do Código Civil, nenhuma outra forma de julgar seria aceita. Portanto as leis, portarias, costumes, direito romano, jurisprudência e qualquer outra fonte de direito que era considerada anteriormente ao Código Civil, seria ignorado, sendo somente o este utilizado.
- 2) Segundo o art. 4º do Código, é proibido que os juízes, “sob pretexto de silêncio, obscuridade ou falha na lei”, recusem-se a julgar, pois o Código tem a pretensão de ser uma constituição propriamente dita, uma vez que defende dois pontos principais, sendo eles: a liberdade e a propriedade. A primeira depende da segunda, visto que somente o cidadão que possuísse propriedade era considerado cidadão pleno.

Escola da Exegese. A Escola da Exegese caracterizava-se pelo positivismo jurídico, ou seja, somente julgar-se-ia o que estava previsto na lei – é por este motivo que o Código tem a pretensão de incorporar todas as situações possíveis. A partir desta prerrogativa, os juízes somente tinham a função de julgar de acordo com a lei, apenas; os juízes eram considerados verdadeiras “bocas da lei”, uma vez que sua função era, apenas, julgar de acordo com o Código.

6. Independência Estadunidense

Na vigência do mercantilismo, destacavam-se como potências mundiais Portugal e Espanha, devido ao pioneiro desbravar dos mares, bem como inicial exploração do ouro. A Inglaterra, contudo, esboçava sinais de força mediante sua frota naval de corsários, sustentada pela rainha Elizabeth (Isabel), destacando-se como a maior frota naval por muitos anos, a Incrível Armada.

Portugal e Espanha já tendo dividido as terras da América entre si mediante o Tratado de Tordesilhas, coube à Inglaterra, assim como a França, explorar as terras mais ao norte, deixadas ao acaso por não possuírem ouro numa primeira visão.

A colônia inglesa, de povoamento, fato este que lhe deu autonomia administrativa, inicialmente continha 13 colônias, sendo as do norte e as do sul diferentes entre si. As colônias do norte caracterizaram-se pelos seguintes aspectos: como os ingleses pretendiam estabelecer uma vida naquele lugar, não lhes interessava acumular riquezas e mandá-las à Inglaterra, mas sim viver a vida tranquilamente na América – o chamado *american way of life*, portanto estabelece neste, pelo clima favorável e semelhante ao da Inglaterra, uma agricultura de subsistência (propriedades pequenas, utilizando mão de obra livre e assalariada, voltada para o mercado interno); enquanto as colônias do sul: por atenderem aos interesses da Metrópole e nortearem sua produção à exportação, passa a vigorar ali o tipo, até então, comum de colonização, a Colônia de Exploração (propriedades grandes, mão de obra escrava, monocultura etc.).

O processo de independência dos Estados Unidos, inicia-se com os conflitos entre a Inglaterra e França pela hegemonia mundial, mais precisamente pela

ocupação da América, uma vez que as Colônias do Norte, devido ao exacerbado desenvolvimento, ultrapassaram os limites de suas terras invadindo algumas áreas de influência francesa. Ocorre o início, em 1756, da chamada Guerra dos Sete Anos: conflito no qual os colonos foram deixados sozinhos quanto a proteção de suas propriedades, tendo que criar o seu próprio exército; tal fato fez com que os mesmos percebessem sua força militar, além de despertar um sentimento de autoconfiança e de autogoverno. Surge nesta guerra líderes militares (como George Washington), saindo como vitoriosa a Inglaterra.

Mesmo com a vitória, a Inglaterra entra em crise econômica (*déficit público*) devido aos gastos com a então findada guerra. Portanto, para amenizar e tentar recuperar-se economicamente, a mesma passa a adotar uma nova política administrativa, o arrocho – utilização de práticas mediante Pacto Colonial. Cria-se, a partir deste arrocho, a lei do açúcar (imposto sobre o melado), lei do selo (imposto sobre as publicações, seja ela de jornal, revista, baralho ou livro), lei do chá (colonos proibidos de comercializar chá).

Os colonos não aceitam tais impostos e, revoltados, realizam a chamada *Boston Tea Party*, em que, vestidos de índio, jogam ao mar um carregamento de chá inglês, fazendo com que os responsáveis fossem julgados, aplicando-se as chamadas “leis intoleráveis”. Esta foi a última intervenção inglesa suportada pelos americanos, influenciados pelas ideias iluministas e a concepção de liberdade e igualdade, e, através dos dois congressos da Filadélfia, cria-se a Declaração de Independência em 4 de julho de 1776.

A Constituição Estadunidense é feita em 1787, consagrando a forma Federativa e a Tripartição de Poderes, estando em vigor até hoje.

Capítulo 2 – Introdução ao Estudo do Direito

1. Proteção Internacional dos Direitos Humanos

1.1. O que são os Direitos Humanos?

Aristóteles, filósofo grego, afirma que “o homem não é um ser que vive, mas um ser que convive”. Segundo a frase *ubi societas, ibi ius*, como deixa a entender Aristóteles, é necessário que se criem leis para a manutenção do bom convívio entre os homens, por isso “onde há sociedade, há lei”.

É erroneamente disseminado que os Direitos Humanos são sinônimo de “direito dos bandidos”, visto que esse tema é atualmente discutido no âmbito bélico ou criminal, porém não é este o verdadeiro sentido de Direitos Humanos. Direitos Humanos são aqueles que defendem os direitos naturais de todos os cidadãos, principalmente aqueles mais fracos, como a vida, a liberdade de pensamento, expressão, igualdade perante a lei, dignidade da pessoa humana etc, de modo que cada cidadão tenha as condições necessárias para dar rumo à própria vida. Os Direitos Humanos devem ser defendidos pelo Estado e, também, pelos particulares, ou seja, o Estado deve fornecer os meios necessários para que os cidadãos vivam bem, assim como os cidadãos não devem ferir os Direitos dos outros indivíduos. Caso haja conflito entre direitos de indivíduos, é necessário o estabelecimento de limites.

Temos como características principais dos Direitos Humanos o caráter universal, sendo, portanto, direito de todos, a essência, ou seja, são direitos indispensáveis, a superioridade normativa ou preferenciabilidade e a reciprocidade, caindo sobre todos, inclusive o Estado.

Os Direitos Humanos seguem uma linha histórica de conquistas, sendo cada direito hoje defendido, conseguido em determinado período histórico e reavaliado e refeito de acordo com o momento. Norberto Bobbio afirma que os “Direitos Humanos não nascem todos de uma vez, e de uma vez por todas”. Hannah Arendt diz “Direitos Humanos não são um dado, mas um construído. Uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução”.

Antônio Augusto Cançado Trindade, demonstrando a defesa dos mais fracos pelos Direitos Humanos, afirma “o Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca obter um equilíbrio entre as partes, mas remediar os efeitos dos desequilíbrios e das desigualdades.” Atualmente os Direitos Humanos fixaram-se na humanidade e liberdade como sendo os principais elementos a serem defendidos pelos Direitos, sendo defendidos nas Constituições, inclusive na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

1.2. Contexto Histórico da Construção dos Direitos Humanos

Nota-se que na Grécia já se falava sobre leis injustas. Convém lembrarmos o mito de Antígona cuja discussão paira sobre o Direito Natural (divino) e o Direito dos Homens (leis escritas). O momento histórico que inaugura a obtenção de direitos é a queda de João Sem-Terra do trono inglês e a assinatura da Magna Carta (1215) que, simbolizando os limites do poder do Estado a partir de uma Constituição, limitava os poderes do rei, dando maiores poderes, inicialmente, aos nobres. Esta obtenção de poder, ainda na Inglaterra, estende-se com a conquista do chamado *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1689) que garantiam, respectivamente, a liberdade ante acusação e a reafirmação do poder do Parlamento, juntamente com a liberdade de imprensa (vide tópico 3.6.3).

Tal conquista de poderes continua na França com a Revolução Francesa. Nesta, o rei é destituído, subindo ao poder a população, mediante a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789 - base para grande parte das Constituições atuais) e o Código Civil Napoleônico, o primeiro que dissemina os valores “liberdade, igualdade e fraternidade” e o segundo que simboliza a separação entre o Estado e a Igreja, fato este que passou a abranger mais direitos, visto que o cristianismo repudia alguns valores (vide tópico 3.6.4, 4 e 5 supra). Migrando para a América temos a Declaração de Direitos da Virgínia ou Declaração de Independência Estadunidense (1776) e a própria Constituição dos Estados Unidos da América (1787), sendo paradigma até hoje (vide tópico 6 supra).

Recentemente podemos citar a criação da ONU (Organização das Nações Unidas) e, finalmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos ante o holocausto ocorrido na Segunda Guerra Mundial, através do nazismo – xenofobismo, arianismo.

1.3. Constitucionalismo e Internacionalização dos Direitos Humanos

No Brasil, nota-se uma maior tendência ao cumprimento dos Direitos Humanos imediatamente após o fim da Ditadura Militar, em 1985, e o reestabelecimento da Democracia, modo de governo mais adequado à instalação dos Direitos Humanos (defendido pelo preâmbulo da Carta da OEA – vide tópico 7.4.3 infra). Nota-se no preâmbulo da Constituição de 1988 a intenção de estabelecer os valores de Direitos Humanos, como a igualdade, a liberdade e, no artigo 1º da mesma constituição, a dignidade da pessoa humana. Seguem, respectivamente, o preâmbulo e o art. 1º da Constituição Federal.

Preâmbulo da Constituição Federal. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, 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, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Art. 1º da Constituição Federal. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito

Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Bem como no Brasil, num processo de internacionalização, nota-se estes princípios em outras constituições, também, como por exemplo na Argentina:

Preâmbulo da Constituição Argentina. Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos em Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, em cumplimiento de pactos preexistentes, com el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bien estar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nos otros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar em el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.

Art. 1º. La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.”

No Chile:

Artículo 1º. Las personas nacen libres e iguales em dignidade y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

[...]

Artículo 4º. Chile es una república democrática.”

No Uruguai:

Artículo 2º. Ella es y será para siempre libre e independiente de todo poder extranjero.

Artículo 3°. Jamás será el patrimonio de personas ni de familia alguna.

No México:

Art. 1°. Em los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Na Espanha:

Preâmbulo da Constituição Espanhola. La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de:

Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo.

Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular.

Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.

Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida.

Establecer una sociedad democrática avanzada, y colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra.

En consecuencia, las Cortes aprueban y el Pueblo español ratifica la siguiente:

Artículo 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

La soberanía nacional reside en el Pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.

La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria.”

Em Portugal:

Preâmbulo da Constituição Portuguesa. A 25 de Abril de 1974, o Movimento das Forças Armadas, coroando a longa resistência do povo

português e interpretando os seus sentimentos profundos, derrubou o regime fascista.

Libertar Portugal da ditadura, da opressão e do colonialismo representou uma transformação revolucionária e o início de uma viragem histórica da sociedade portuguesa.

A Revolução restituiu aos Portugueses os direitos e liberdades fundamentais. No exercício destes direitos e liberdades, os legítimos representantes do povo reúnem-se para elaborar uma Constituição que corresponde às aspirações do país.

A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno.

Princípios fundamentais

Artigo 1º. República Portuguesa

Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Artigo 2º. Estado de direito democrático

A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

Nos Estados Unidos:

Preâmbulo da Constituição Americana. Nós, o Povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a Justiça, assegurar a tranquilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir para nós e para nossos descendentes os benefícios da Liberdade, promulgamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América.

Nota-se, a partir da visualização de tais constituições, que os princípios desenvolvidos desde os primeiros direitos adquiridos permanecem como conquistas e são aplicados até hoje como os principais elementos mantenedores da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

1.4. Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos

Estrutura de proteção. Depois da Segundo Grande Guerra, como já vimos, surge a ONU, através da carta de mesmo nome. Esta é criada com o objetivo de, como instituição supranacional, garantir e organizar os Direitos Humanos no mundo inteiro. Porém se nota que um só órgão global não seria capaz de controlar os Direitos Humanos em sua totalidade, visto que não é discutido o mesmo assunto em todas as partes do globo. Por este motivo são criados os sistemas regionais. Inicialmente se

cria o Sistema Europeu (formado por corte e comissão – atualmente composto somente pela corte) e, em consequência, o sistema interamericano (OEA) e, ainda como projetos, o sistema árabe e o africano.

Além dos tratados criados pela própria ONU, existem, também, os tratados feitos entre os países membros dos sistemas regionais. Por exemplo, em 1945, é assinada a Carta da ONU ou Carta de São Francisco (local onde a carta foi assinada). Esta tem validade universal por ter sido proposta pelo órgão global. Em contraponto temos, por exemplo, a Carta da OEA ou Carta de Bogotá que tem validade somente para os países membros do Sistema Regional Americano.

Além da carta global de inauguração da ONU, podemos citar, em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos, assinada em Paris; em 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos ou Pacto de Nova Iorque; em 1966, também, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também chamado de Pacto de Nova Iorque. Quanto ao sistema regional interamericano, podemos citar, em 1948, juntamente com a carta da OEA, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; em 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica; em 1988, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ou Protocolo de San Salvador.

ONU. O preâmbulo da Carta da ONU diz:

Preâmbulo da Carta das Nações Unidas. NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

E para tais fins praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum,

a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.

Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos.

Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas.”

Nota-se, como já dito anteriormente, a influência dos valores da Revolução Francesa na elaboração da Carta das Nações Unidas, através dos conceitos “liberdade” e “igualdade”.

OEA. O preâmbulo da Carta da Organização dos Estados Americanos diz:

Preâmbulo da Carta da Organização dos Estados Americanos. EM NOME DOS SEUS POVOS, OS ESTADOS REPRESENTADOS NA NONA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA, convencidos de que a missão histórica da América é oferecer ao Homem uma terra de liberdade e um ambiente favorável ao desenvolvimento de sua personalidade e à realização de suas justas aspirações;

Conscientes de que esta missão já inspirou numerosos convênios e acordos cuja virtude essencial se origina do seu desejo de conviver em paz e de promover, mediante sua mútua compreensão e seu respeito pela soberania de cada um, o melhoramento de todos na independência, na igualdade e no direito;

Seguros de que a democracia representativa é condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região;

Certos de que o verdadeiro sentido da solidariedade americana e da boa vizinhança não pode ser outro senão o de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem;

Persuadidos de que o bem-estar de todos eles, assim como sua contribuição ao progresso e à civilização do mundo exigirá, cada vez mais, uma intensa cooperação continental;

Resolvidos a perseverar na nobre empresa que a Humanidade confiou às Nações Unidas, cujos princípios e propósitos reafirmam solenemente;

Convencidos de que a organização jurídica é uma condição necessária à segurança e à paz, baseadas na ordem moral e na justiça.

É notável a influência norte americana na elaboração de tal texto, pois, claramente influenciado pela ideia “américa para os americanos” e “destino manifesto”, vê-se a passagem: “convencidos de que a missão histórica da América é oferecer ao Homem uma terra de liberdade e um ambiente favorável ao desenvolvimento de sua personalidade e à realização de suas justas aspirações”.

Outro aspecto importante a se destacar é o fato da Carta da OEA validar a democracia como sendo o modelo de governo mais adequado para a manutenção dos Direitos Humanos – “Seguros de que a democracia representativa é condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região”.

Participam da OEA 35 países, sendo a Organização formada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como órgão de investigação, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como um tribunal internacional de julgamento, ou seja, caso haja uma acusação esta é enviada para a Comissão. Esta analisa o caso e, uma vez constatado a violação dos Direitos Humanos, manda-o para a Corte.

Estes dois órgãos são estabelecidos como são hoje pelo Pacto de San José da Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, sendo criada a Corte e dado à Comissão maiores poderes, uma vez que fora criada em 1960 pelo Conselho de Organização da ONU.

Direito Humano e Direito Fundamental. Convém notarmos um equívoco na elaboração da Carta das Nações Unidas, uma vez que Direitos Humanos são aqueles protegidos por tratados internacionais, enquanto Direitos Fundamentais estão previstos nas constituições, ou seja, a Carta das Nações Unidas, enquanto tratado internacional, deveria ser redigida como defensora dos Direitos Humanos, e não Direitos Fundamentais.

Analisemos o seguinte: no Ordenamento Brasileiro, temos o chamado 13º salário, sendo este considerado um Direito Fundamental, pois está na Constituição Federal, porém o mesmo não se encontra em Tratados Internacionais, sendo, portanto, não humano, ou seja, este direito é, ao mesmo tempo, fundamental, porém não humano.

Outro exemplo que podemos dar é o duplo grau de jurisdição que, previsto em Tratados Internacionais, caracteriza Direito Humano, porém não se encontra no Ordenamento Brasileiro, sendo, portanto, não fundamental, ou melhor, este direito dá-se por não fundamental, porém humano.

Adoção dos tratados internacionais. Para que a jurisdição da Corte Interamericana influencie um país, é necessário que o mesmo seja membro da OEA, sendo este tratado ratificado, ou seja, assinado pelo país, e que, por uma questão de soberania, seja reconhecido expressamente.

Toda pessoa vinculada a um país membro da Organização dos Estados Americanos, tendo este país ratificado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pode recorrer, caso seja lesado, à Comissão e à Corte Interamericana. Porém não pode o indivíduo ir diretamente à Corte, mas sim à Comissão, pois a primeira só julga crimes de Estado. Já os Estados passariam pelos dois elementos, sendo a Comissão uma etapa inicial e, persistindo as acusações, o encaminhamento posterior à Corte.

Convenção Americana de Direitos Humanos e a Constituição Brasileira. Nota-se uma clara adequação da Constituição Federal de 88 em relação aos Direitos Humanos. Podemos visualizar elementos, como: no preâmbulo, a manutenção do Estado Democrático, a manutenção de direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça, a fraternidade, o pluralismo etc; no corpo da Constituição, notamos a defesa à dignidade da pessoa humana, fim da pobreza, marginalização e desigualdade, fim do preconceito, repúdio ao terrorismo etc.

Encontramos no preâmbulo da Convenção Interamericana de Direitos Humanos:

Preâmbulo da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Os Estados Americanos signatários da presente Convenção,

Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições **democráticas**, um regime de **liberdade pessoal e de justiça social**, **FUNDADO NO RESPEITO DOS DIREITOS HUMANOS ESSENCIAIS**;

Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão porque justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;

Considerando que esses princípios foram consagrados na **Carta da Organização dos Estados Americanos**, na **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem** e na **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional;

Reiterando que, de acordo com a **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, só pode ser realizado **o ideal do ser humano livre**, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos **seus direitos econômicos, sociais e culturais**, bem como dos seus **direitos civis e políticos**; e considerando que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre os direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria.

Cabe salientar quanto ao corpo da Convenção a exigência do dever do Estado em respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção, garantindo o livre e pleno exercício dos Direitos Humanos, sem discriminação. A Convenção afirma também que, caso a Convenção não atinja a manutenção dos Direitos Humanos, cabe, novamente, ao Estado, através dos dispositivos de direito interno, tornar efetivo tais direitos e liberdades. Portanto são assegurados os deveres dos Estados e Direitos protegidos, a proteção judicial, garantias judiciais, proteção da honra e da dignidade, direito ao reconhecimento da personalidade jurídica etc.

Comparação dos direitos materiais: Convenção Americana de Direitos Humanos x Constituição Federal. Na Constituição Federal:

Art. 5º da Constituição Federal. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qual quer 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:

I – homens e mulheres **são iguais em direitos e obrigações**, nos termos desta Constituição.

Na Convenção:

Artigo 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos – Igualdade perante a lei. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.

Na Constituição:

Art. 5º da Constituição Federal – Princípio da legalidade e da retroatividade. (...)

[...]

XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

[...]

XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Na Convenção:

Artigo 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos – Princípio da legalidade e da retroatividade. Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, **não constituam delito**, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á **impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se.**

Na Constituição:

Art. 5º da Constituição Federal. (...)

[...]

LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia **e a do depositário infiel.**

Na Convenção:

Artigo 7.7 – Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedido sem virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Este caso deve especial atenção, uma vez que a Constituição Federal Brasileira, diferentemente da Convenção, expressa ser legal a prisão do depositário infiel. Como reajuste, o STF, mediante Súmula Vinculante, torna esta ação ilícita. Segue a Súmula:

Súmula Vinculante nº 25 do Supremo Tribunal Federal – Ilícitude – Prisão Civil de Depositário Infiel – Modalidade do Depósito. É lícita a prisão civil de depósito infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Nota-se, contudo, que o Texto Constitucional ainda expressa ser legal a prisão do depositário infiel, porém por uma questão de hierarquia legal, a Súmula, bem como a ratificação do tratado, anula a ação, visto que esta é efetuada pelo Código Civil e Código de Processo Civil, infraconstitucionais.

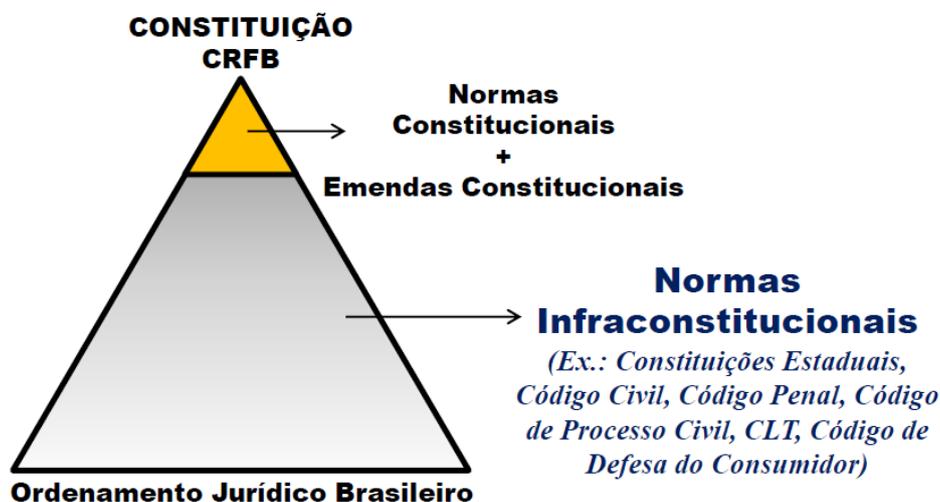
2. Noções Gerais do Direito Brasileiro

2.1. Ordenamento Jurídico Brasileiro

Conceito. Ordenamento Jurídico é o conjunto de leis de determinado Estado, como a Constituição, os Códigos, as Leis Federais, as Leis Estaduais, os Tratados Internacionais, as Portarias etc.

Estrutura do Ordenamento Jurídico Brasileiro. São dois os momentos que caracterizam a estrutura do ordenamento jurídico brasileiro: Antes e depois de 2008.

Antes de 2008. Segue o esquema:

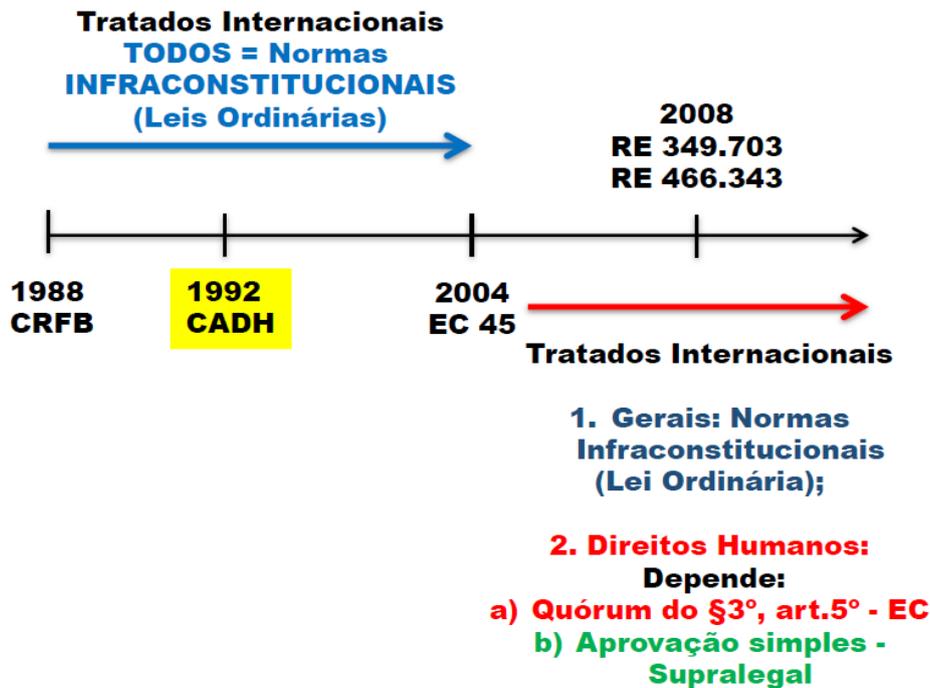


O Direito dividido como uma pirâmide, projetada por Hans Kelsen, para o Ordenamento Jurídico Brasileiro, encontra como pico a Constituição da República Federativa do Brasil. Antes de 2008, como normas constitucionais tínhamos a própria Constituição Federal (normas constitucionais) e as Emendas Constitucionais; enquanto abaixo da constituição, portanto normas infraconstitucionais, respeitando a Constituição, temos as Constituições Estaduais, os Códigos (Civil, Penal, Processo Civil, Processo Penal, Defesa do Consumidor, Trabalhista etc).

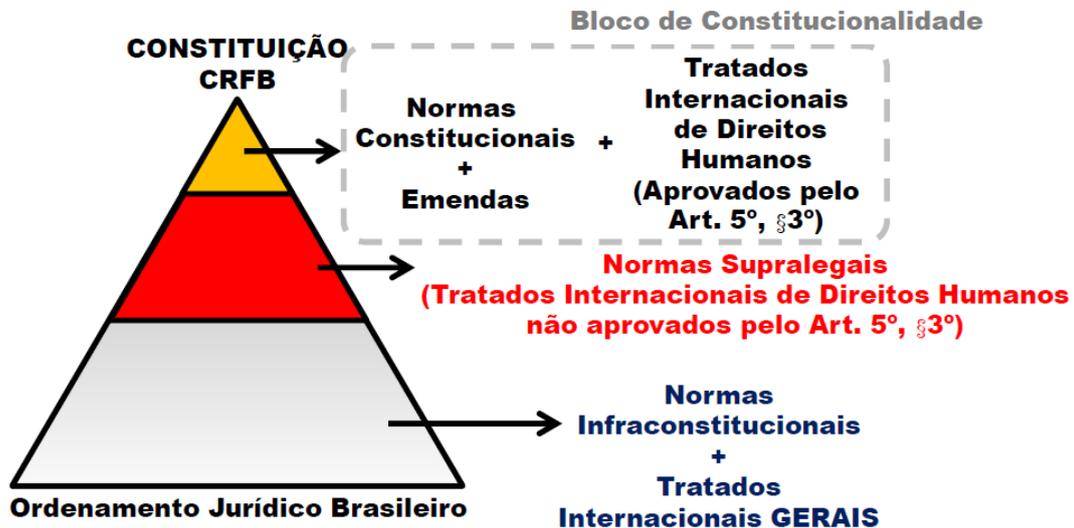
Voltando ao caso do depositário infiel, anteriormente à 2008 temos alguns resquícios da supremacia da propriedade sobre a liberdade, uma vez que o depositário infiel, segundo a Constituição (art. 5º, LXVII), deveria ser preso. A partir da década de 90 o Brasil começa a assinar tratados internacionais. Esses tratados, mais precisamente a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, afirmavam não ser legal a prisão civil do depositário infiel, visto que priorizavam a liberdade ante à propriedade.

A Convenção Americana de Direitos Humanos é ratificada no ano de 1992, ou seja, inicia-se uma discussão sobre o peso dos tratados internacionais, visto que o tratado tornava a prisão civil do depositário infiel ilegal, enquanto a própria Constituição Federal tornava legal. Afinal, os tratados estão acima ou abaixo das normas infraconstitucionais? Em 2004, entra em vigor a Emenda Constitucional nº 45/STF (“Reforma do Poder Judiciário”) cujo texto acrescenta ao artigo 5º os parágrafos terceiro e quarto. O parágrafo terceiro afirma que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado), em dois turnos, por três quintos dos votos (60%) dos respectivos membros (quórum qualificado), serão equivalentes às emendas constitucionais”, ou seja, os tratados que fossem aprovados segundo as exigências deste parágrafo teriam peso de emenda constitucional. Este parágrafo traz mais controvérsias, gerando duas outras perguntas: “E caso os Tratados Internacionais de Direitos Humanos sejam aprovados

por maioria simples? Qual peso eles terão?” e “E os Tratados já aprovados? Terão que peso?”. Então, em 2008, o STF recebe dois recursos extraordinários (RE 349.703 e RE 466.343 – “decisão jabuticaba”) julgando-os e aprovando-os, de modo que, a partir desta data, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos aprovados por maioria simples teriam peso supralegal, bem como os Tratados Internacionais de Direitos Humanos já aprovados, por não estarem sobre a vigência do art. 5º, §3º, teriam peso supralegal, também.



Depois de 2008. Segue o esquema:



A partir de 2008, com a EC nº45/STF e os REs 349.703 e 466.343, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos aprovados pelo art. 5º, §3º passariam a ter peso constitucional, ou seja, com o mesmo peso de uma norma constitucional (emenda constitucional), enquanto os Tratados Internacionais de Direitos Humanos aprovados por maioria simples, ou melhor, 50% + 1, teriam peso supralegal, ou seja,

acima das leis ordinárias, porém abaixo da Constituição; enquanto a prisão do depositário infiel, apesar de ser permitida pela Constituição, é efetuada pelo Direito Civil e Processo Civil, infraconstitucionais, tornando-se ilegal, porém constitucional, visto que os Tratados Internacionais têm peso de norma constitucional, invalidando a ação da norma infraconstitucional – afirmada pela Súmula Vinculante nº25/STF (vide tópico 7.4.4.1 supra).

Cabe salientar que somente os Tratados Internacionais de Direitos Humanos podem ter peso supralegal ou constitucional, ou seja, os Tratados Gerais continuam como leis ordinárias.

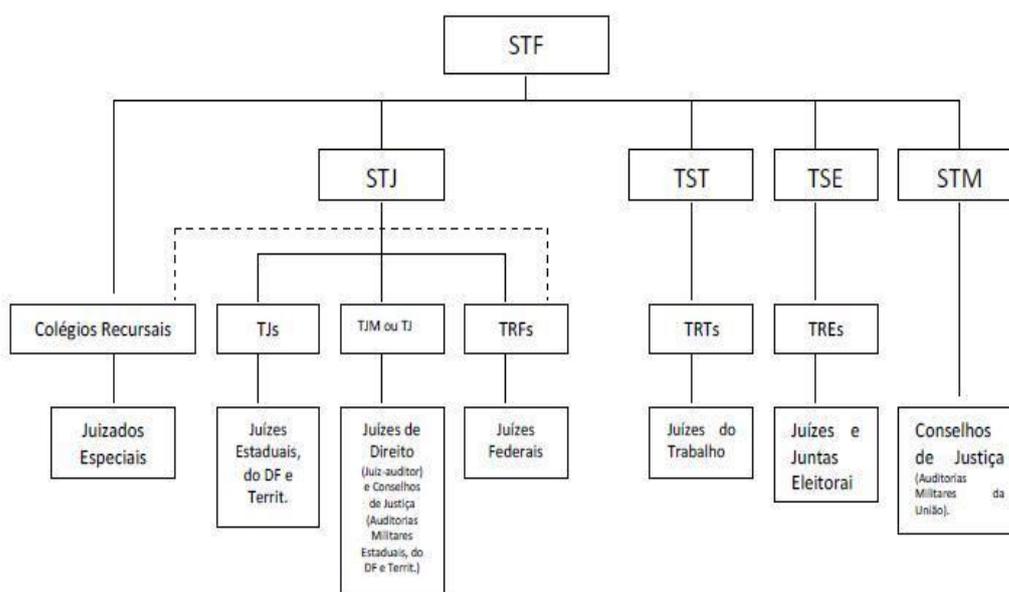
Controle de Constitucionalidade. É o exercício de verificação da compatibilidade das leis (normas infraconstitucionais) com relação ao Texto Constitucional. Significa dizer que eu olho para a Constituição para saber se a lei é válida e tem aplicação.

No Brasil, todos os juízes podem e devem fazer o Controle de Constitucionalidade. A diferença é que quando um juiz ou Tribunal é provocado a analisar se uma lei é constitucional ou não num determinado caso concreto, essa decisão valerá apenas para as partes daquele processo (efeito *inter partes*).

Por outro lado, quando o STF, e apenas o STF, sendo chamado, a partir desta condição, de “Guardião da Constituição”, julga a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo em controle concentrado, essa decisão valerá para todos (efeito *erga omnes*). Ex.: autorização da união estável homoafetiva.

Tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo art. 5, §3º, da Constituição Federal. O único Tratado Internacional de Direitos Humanos aprovado pelo quórum do art. 5º, §3º e, portanto, equivalente a uma Emenda Constitucional, foi a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Decreto 6949/09.

3. Estrutura do Poder Judiciário



Temos, hierarquicamente, incorporando os Juizados Especiais, os Juízes Estaduais, do DF e Território, Juízes de Direito, Juízes Federais, Juízes do Trabalho, Juízes e Juntas Eleitoral e Conselhos de Justiça, a primeira instância; incorporando os Colégios Recursais, os Tribunais de Justiça, Tribunais de Justiça Militares, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho e os Tribunais Regionais Eleitorais, a segunda instância.

Acima temos os Tribunais Superiores, como: o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal Superior Eleitoral e o Superior Tribunal Militar. E, por fim, temos o mais importante órgão jurídico do Brasil, Tribunal de Cúpula ou de Vértice, o Supremo Tribunal Federal.

No primeiro e no segundo grau são julgados casos de fato e de direito, ou seja, o que realmente aconteceu e se isso pode ser enquadrado como sendo crime, segundo a lei. Já nos Tribunais Superiores e no Supremo Tribunal Federal somente são julgados os casos de direito.

O STF é, literalmente, o Controle de Constitucionalidade Concentrado (vide início desta página), uma vez que, através das decisões deste Tribunal, é estabelecido o modo como se deve julgar os casos, sendo seguido por todos os juízes. Caso o juiz não siga a decisão do Supremo, faz-se um recurso que será julgado pelo mesmo como realmente deveria ter sido julgado, de acordo com a decisão deste Tribunal.

Segundo o art. 92, CF:

Art. 92 da Constituição Federal. São órgãos do Poder Judiciário:

I – o Supremo Tribunal Federal;

I-A – o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004);

II – o Superior Tribunal de Justiça;

II-A – o Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 92, de 2016);

III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V – os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI – os Tribunais e Juízes Militares;

VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

3.1. Súmula Vinculante

Conceito e previsão legal. Súmula Vinculante são entendimentos somente vindos do Supremo Tribunal Federal que obrigam todos os juízes e representantes da esfera pública a seguirem determinada decisão; diferentemente das Súmulas que podem ser feitas pelos Tribunais Superiores, sendo aceitas ou não por tais representantes, tendo, neste caso, natureza orientadora.

A validade da criação das Súmulas Vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal é dada pelo art. 103-A, CF cujo texto afirma:

Art. 103-A da Constituição Federal. 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.

§1º. A súmula terá por objetivo a **validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.**

[...]

§3º. Do ato administrativo ou decisão judicial **que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal** que, julgando-a procedente, **anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada**, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Ou seja, o Supremo, provocado por uma ação ou agindo de ofício, ou melhor, por si só, tendo decisão de dois terços dos membros do mesmo órgão sobre matéria constitucional, sendo esta requerida reiteradas vezes, pode aprovar súmulas vinculantes, tendo efeito para todos os juízes.

Requisitos e aplicação da súmula vinculante. São os requisitos:

- 1) **Criação:** muitas decisões sobre matéria constitucional;
- 2) **Edição:** pode ser editada por provocações (alguém requerer) ou de ofício (o Tribunal por conta própria);
- 3) **Aprovação:** a decisão de criar súmula vinculante deve ser tomada por 2/3 dos Ministros do STF;
- 4) **Competência:** somente o STF pode editá-las. Os demais Tribunais Superiores somente podem criar Súmulas (orientam, porém não obrigam);
- 5) **Aplicabilidade:** o que está decidido na Súmula Vinculante deve ser cumprido obrigatoriamente pelo Poder Judiciário e demais órgãos da Administração Pública (Federal, Estadual, Municipal e Distrito Federal);
- 6) **Objetivo:** o objeto da Súmula Vinculante é determinar a validade e a interpretação de certas normas que provoquem controvérsia entre os órgãos do Judiciário ou entre esses órgãos e a Administração Pública que causa:
 - a. Grave insegurança jurídica;
 - b. Relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.
- 7) **Descumprimento da Súmula Vinculante:** do ato de descumprir Súmula Vinculante, cabe *reclamação constitucional ao STF* que, se julgada procedente, anulará o ato ou cassará a decisão judicial reclamada.

3.2. Carreiras Jurídicas

Magistratura. São as carreiras nesta área:

1) Juiz de Direito – 1º Grau/Instância:

Cargo alcançado por meio de concurso público, seja ele Estadual ou Federal.

2) Desembargadores – 2º Grau/Instância:

Juízes de 2º grau. São, em sua maioria, juízes de carreira, ou seja, juízes que, por tempo de carreira (antiguidade) ou merecimento, se tornaram desembargadores. Há uma outra parcela (1/5 – quinto constitucional) de desembargadores formada por advogados e membros do Ministério Público (Procuradores de Justiça) cuja função foi elevada pelo Governador do Estado (chefe do poder Executivo Estadual).

Essa divergência das maneiras como os desembargadores são escolhidos tem como objetivo aumentar o número de visões sobre a mesma matéria, ou seja, cada desembargador cuja procedência seja divergente dos demais terá uma visão diferente sobre o mesmo caso, por exemplo.

3) Ministro do STJ:

Os juízes que compõem o STJ são denominados Ministros, sendo sua posse concebida por meio da indicação do Presidente da República.

Ao todo, o Superior Tribunal de Justiça é composto por 33 Ministros, sendo a principal função dos mesmos unificar o direito no âmbito Federal.

4) Ministro do STF:

Os juízes que compõem o STF são, da mesma forma que os anteriores, denominados Ministros, tendo sua posse concebida por meio da indicação do Presidente da República.

Ao todo, o Supremo Tribunal Federal possui 11 Ministros:

1. José Celso de Mello Filho;
2. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello;
3. Gilmar Ferreira Mendes;
4. Enrique Ricardo Lewandowski;
5. Cármen Lúcia Antunes Rocha;
6. José Antonio Dias Toffoli;
7. Luiz Fux;
8. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa;
9. Luís Roberto Barroso;
10. Luiz Edson Fachin;
11. Alexandre de Moraes.

É função principal dos Ministros do STF “guardar” a Constituição, ou seja, enquadrar as normas e recursos de acordo com a Constituição Federal.

Advocacia. Há dois tipos de advocacia: a pública e a privada.

1) Advocacia privada:

Tem como requisitos o Bacharelado em Direito, bem como a aprovação no Exame da Ordem. Sua função é advogar para pessoas físicas/naturais ou jurídicas.

A Advocacia Privada é prevista pelo art. 133, CF:

Art. 133 da Constituição Federal. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

2) Advocacia pública (procuradoria):

Sua função é advogar para o Estado. Da mesma forma, tem como requisitos o Bacharelado em Direito e a aprovação no Exame da Ordem.

A Advocacia Pública é prevista pelos arts. 131 e 132, CF:

Art. 131 da Constituição Federal. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as **atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.**

Art. 132 da Constituição Federal. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, **exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.**

Ministério Público. A atuação e função do Ministério Público são previstas nos arts. 127 e 128, CF:

Art. 127 da Constituição Federal. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a **defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.**

Art. 128 da Constituição Federal. O Ministério Público abrange:

I - o Ministério Público da União, que compreende:

- a) o Ministério Público Federal;
- b) o Ministério Público do Trabalho;
- c) o Ministério Público Militar;
- d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

II - os Ministérios Públicos dos Estados.

O Ministério Público atua, portanto, tanto na acusação penal, como na manutenção dos interesses públicos.

No Ministério Público temos três principais carreiras, podendo ser elas municipais, estaduais ou federais: a promotoria, a procuradoria e a defensoria pública.

1) Promotoria (1º grau):

O promotor tem como função defender a ordem pública, acusando determinadas ações que atinjam o interesse público. Tem como requisitos ser bacharel em Direito, ter três anos de experiência (atuação jurídica) e ser aprovado em concurso público. Sua área de atuação foca-se nos Municípios.

2) Procuradoria (2º grau):

Tem a mesma função e requisitos da carreira anterior, porém sua área de atuação é mais abrangente, incorporando o âmbito Estadual e Federal.

3) Defensoria Pública:

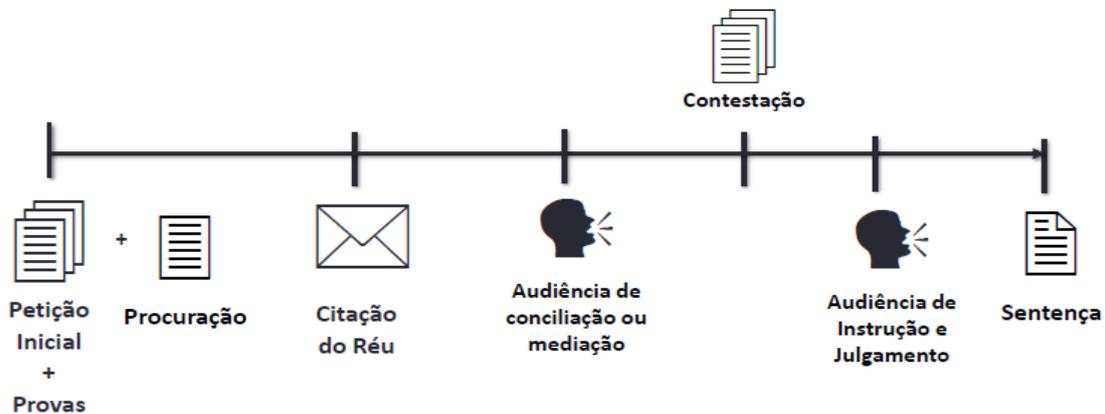
Sendo os processos judiciais pagos, é dever da Defensoria Pública oferecer assistência jurídica integral e gratuita para os hipossuficientes econômicos. Tem como requisitos o Bacharelado em Direito e dois anos de experiência (atuação jurídica).

Sua regulamentação é prevista pelo art. 134, CF:

Art. 134 da Constituição Federal. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional¹ do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de **forma integral e gratuita**, aos **necessitados**, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal².

3.3. Visão Panorâmica do Processo Judicial

Procedimento comum: processos em 1º grau. Segue o esquema:



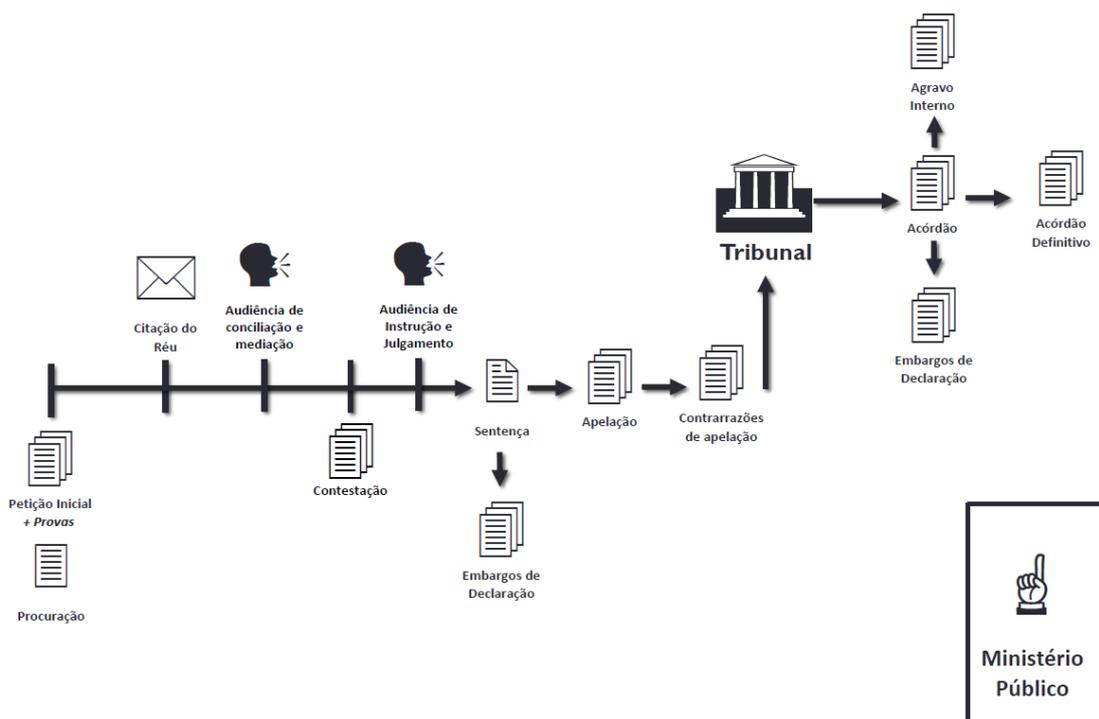
¹ **Jurisdição.** Poder/dever do Estado de aplicar o Direito no caso concreto, resolvendo o litígio (conflito) entre as partes e pacificando as relações sociais.

² **Art. 5º da Constituição Federal.** 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:

[...]

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Procedimento comum: da petição inicial ao acórdão. Segue o esquema:



4. Interpretação da Constituição

4.1. Princípio x Regra

Princípio é tudo aquilo cuja matéria é abstrata, ampla. Por exemplo, a união homoafetiva não está prevista na Constituição Federal, porém por meio dos princípios já se aceita tal união; enquanto regra são as matérias concretas previstas por lei. Por exemplo, a Eleição Presidencial, prevista no art. 77, CF.

Aplicação no caso concreto. Afirma o art. 5º, XI, da Constituição Federal:

Art. 5º, XI, da Constituição Federal. A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Quanto a este artigo, tem-se as seguintes perguntas: “O que é casa?”, “o que é dia?” e “o que é flagrante delito?”

O Supremo entende que casa é qualquer compartimento fechado habitável. Tem-se como dia, segundo o Supremo, o período compreendido entre 6h e as 18h. Flagrante delito pode ser de natureza permanente ou imediata.

Nota-se o caráter taxativo deste artigo, visto que só nestes casos é permitido entrar em espaço considerado casa alheia.

Exemplos. A Lei nº 16.273/15, bem como a Medida Provisória nº 712/16 cujos textos afirmam ser legal o ingresso forçado em imóveis particulares, caso o mesmo apresente focos do mosquito *aedes aegypt*, foram vetados sob inconstitucionalidade material.

5. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

5.1. Características

Criada após a queda do Estado Ditatorial cujo término se deu em 1985, a Constituição da República Federativa do Brasil, inicialmente elaborada em 1987 e terminada em 1988, sendo, portanto, promulgada, fato que a torna democrática, instituiu um Estado Democrático de Direito, definiu a Estrutura Política do Estado, sendo esta a República, a Forma de Governo, sendo esta a Presidencialista, adotou a tripartição dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário (CF, art. 2º), bem como protege os Direitos Fundamentais, prevendo o art. 1º os princípios fundamentais.

5.2. Divisão da Constituição

É a divisão:

Art. 2º, CF: Adota a **Teoria da Tripartição de Poderes:** São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário;

Art. 3º, CF: Define os objetivos fundamentais da República;

Art. 4º, CF: Define os princípios regentes do Estado Brasileiro nas relações internacionais;

Art. 5º, CF: Dos Direitos e Garantias Fundamentais;

Art. 6º, CF: Dos Direitos Sociais;

Art. 7º ao 11, CF: Direitos dos Trabalhadores

Art. 12 e 13: Da Nacionalidade;

Art. 14 ao 16: Dos Direitos Políticos;

Art. 17: Dos Partidos Políticos;

Art. 18 ao 36: Da Organização do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios);

Art. 37: Da Administração Pública;

Art. 39 ao 41 CF: Dos servidores públicos;

Da Organização dos Poderes:

Art. 44 ao 75: Do Poder Legislativo;

Art. 76 ao 91: Do Poder Executivo;

Art. 92 ao 126: Do Poder Judiciário;

Das Funções Essenciais à Justiça:

Art. 127 ao 130: Do Ministério Público;

Art. 131 e 132: Da Advocacia Pública;

Art. 133: Da Advocacia;

Art. 134 e 135: *Da Defensoria Pública;*

Art. 145 a 162: *Da Tributação e do Orçamento;*

Art. 163 a 169: *Das Finanças Públicas;*

Art. 170 a 192: *Da Ordem Econômica e Financeira;*

Da Ordem Social:

Art. 194 e 195: *Seguridade Social;*

Art. 196 a 200: *Saúde;*

Art. 201 e 202: *Da Previdência Social;*

Art. 203 e 204: *Da Assistência Social.*

6. Direito e Coação

Coação é a força a serviço da ordem social para fazer valer o Direito Positivo.

Embora a coação revele uma dimensão psicológica, representada pelo temor que infunde na consciência e induz a obediência, a força de que dispõe o Direito possui também a dimensão física.

Hans Kelsen entende que a coação psicológica exercida pelo Direito não o diferencia das demais ordens sociais (exemplo: ordem religiosa com o medo de ir para o inferno, caso cometa pecados; ordem acadêmica como medo de ser pego colando e, por consequência, reprovado etc). O mesmo autor ressalta que o Direito é uma ordem coativa, não por exercer o constrangimento psicológico, mas porque produz coação física, materializada na privação da vida, liberdade, bens econômicos e outros interesses.

6.1. Coação no Direito ou o Direito de Coagir

Definição. A ideia inicial sugerida pela palavra coação mostra-se como sendo ruim. Segundo o Dicionário Houaiss, no âmbito jurídico, coação se dá por: “constrangimento, violência física ou moral imposta a alguém para que faça, deixe de fazer ou permita que se faça alguma coisa”.

Um exemplo de coação se dá pelo crime de extorsão mediante sequestro, previsto no art. 159 do Código Penal. Este consta que o agente, sequestrando determinado indivíduo, coloca sobre a não agressão e devolução deste ente determinada quantia, ou seja, a família do mesmo é coagida a fornecer para este agente determinada quantia, sob a pena de ter o familiar violentado e, segundo ameaças, morto.

Um instituto, também encontrado no Código Penal, chamado “ausência de conduta”, prevê os casos em que, mesmo o ato sendo antijurídico, ou seja, indo contra a lei, ou melhor, estando a ação prevista na lei, não há caracterização de crime, por falta de conduta, em outras palavras, dolo, sendo eles a inconsciência, o ato reflexo e a coação física irresistível. Convém analisarmos o último caso: coação física irresistível. Este instituto prevê que, mesmo o indivíduo tendo cometido uma

ação delituosa, caso esta tenha sido efetuada por ameaça ou coação, não há punibilidade para o ente coagido. Em contraponto, a punição recai sobre aquele que praticou coação.

Toda ação coativa é prejudicial? Para responder a esta pergunta, entendamos três casos.

O primeiro: contextualiza-se na inadimplência quanto ao pagamento de aluguel. Caso o inquilino cobre o aluguel e o indivíduo cobrado não o pague, é lícito que o inquilino utilize meios coativos para punir aquele indivíduo? Sim, mediante o Estado. O Estado, como protetor dos bens jurídicos, tem o dever de, mediante pedido do inquilino, retirar o indivíduo inadimplente do local alugado, assim como seus pertences.

O segundo: já estudado acima, pode ser representado pelo devedor de alimentos. Este indivíduo poderá ser punido coativamente? Sim, novamente. Segundo o artigo 5º, LXVII: *não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*. Ou seja, a coação, nesta situação, dar-se-á mediante a privação de liberdade, ou melhor, pela prisão do indivíduo.

O terceiro: imaginemos que uma testemunha convocada para depor em determinado caso falte à audiência. O juiz deste processo tem o direito de, coativamente, fazer com que a pessoa testemunhe, na chamada condução de varas da testemunha faltosa.

Concluimos que nem toda ação coativa caracteriza-se pelo aspecto prejudicial, visto que o Estado, criador do Direito Positivo, tem o direito de usá-la para efetuar a manutenção da paz social e ordem pública, bem como garantir o bom funcionamento deste Direito, punindo e reparando a violação do mesmo por meio do Poder Judiciário e por órgãos de administração pública, ou seja, concluimos, ainda, que a coação não só pode ser benéfica, como é necessária.

Toda ação coativa é necessária? Neste tópico entraremos na validade da ação coativa, bem como qual é o limite da coação aplicada a determinadas ações.

Imaginemos que um militar anuncia a abordagem a um cidadão, pedindo que o mesmo levante as mãos. Ao invés de fazer este movimento, o indivíduo coloca uma das mãos dentro do casaco que traja. Nesta situação o militar dispara. Esta ação foi lícita e proporcional? Como instituto do Direito, tendo a possibilidade de o indivíduo pôr em perigo a vida do militar, sua ação foi lícita e protegida pela legítima defesa. Caso o indivíduo, pondo a mão no casaco, sacasse uma arma, teria o agente agido mediante a legítima defesa em sua essência. Analisemos o seguinte: ao invés de uma arma, como o esperado, o indivíduo tira de seu bolso uma Bíblia, porém antes que esta fosse perceptível, o disparo é feito. Neste caso, ainda que não comprovado o perigo, a ação do militar continua sendo lícita, porém desta vez protegida pela chamada legítima defesa putativa, ou seja, ainda que a Bíblia não colocasse a vida do militar em perigo, o não cumprimento da ordem e o colocar das mãos no bolso por parte do indivíduo, fariam com que o militar esperasse uma conduta periculosa, legitimando a sua ação, em outras palavras, o esperar de uma conduta perigosa,

mesmo não havendo a certeza de tal ato, legitima a ação do militar, tendo agido este segundo o Estrito Cumprimento do Dever Legal, previsto no Código Penal Brasileiro.

Imaginemos uma segunda situação. O mesmo militar participa de um acidente de trânsito e, sendo confrontado pelo indivíduo no qual seu veículo colidira, dispara contra o mesmo de maneira não letal. Nesta situação a ação do militar foi lícita? A resposta é não. A ação do militar não foi lícita, mas sim desproporcional e abusiva, podendo ser o mesmo indiciado por abuso de autoridade/ poder, visto que nesta situação não caberia tal ato, sendo esta efetuada sob proteção do cargo.

Concluimos que, mesmo sendo um artifício usado legalmente pelo Estado, a licitude da coação é comprovada pela proporcionalidade, ou seja, a ação coativa só é válida contra ações violentas ou pré-determinadas pelo Código (como o primeiro exemplo do tópico 2.2 acima), sendo estas originadas de conceitos éticos, ou seja, para a coação ser válida, ela tem que estar de acordo com a lei, porém a lei, para ser válida, necessita de uma sólida estrutura ética, fazendo com que a coação, por este motivo, seja, da mesma maneira, ética, legitimando que o Direito Positivo se imponha nas relações sociais.

Como exemplo da validade ética podemos citar a proibição de determinada estirpe para determinado concurso público. Imagine que se proíba a participação de negros na avaliação da OAB. A proibição é um meio coativo, porém a exclusão dos negros é uma atitude não ética e, portanto, inválida/ inconstitucional.

Validade/validade da utilização de meios coativos. Um dos princípios que regem o Direito Penal denomina-se *ultima ratio*, ou seja, o Direito Penal só será utilizado como sendo a última razão, ou melhor, o Direito Penal só será utilizado, caso não haja nenhum outro mecanismo capaz de resolver o litígio. Da mesma forma ocorre com a coação. Deve-se utilizar os meios coativos, uma vez que não haja nenhum outro mecanismo capaz de apaziguar determinada situação. Como exemplo de meios que antecedem a coação, temos as tentativas de conciliação nos casos destinados ao Direito Civil, determinados legalmente pelo Código de Processo Civil, bem como a chamada Audiência Inicial do Direito Trabalhista.

Fica claro que mesmo as leis sendo criadas sobre um pensamento ético e de bem-estar social, é do feitio do ser humano transgredir às leis voluntariamente, rompendo os laços de solidariedade (rompendo o “contrato social”), sendo imprescindível a utilização da coação nas ações que infrinjam as mesmas. Segundo Franchesco Carnelutti, recorrer à força é imprescindível ao Direito, pois “do mesmo modo que para retificar a economia se deve operar economicamente, assim também para dominar as resistências físicas se deve operar fisicamente. “, ou seja, para Carnelutti, o que diferencia a força adotada pelo Direito da usada contra o Direito é a finalidade para a qual se emprega, ou melhor, o que diferencia a coação válida para a coação inválida é a finalidade para a qual a mesma foi destinada. Convém ratificar, ainda, que, para Carnelutti, ao afirmar ser necessário a retificação da economia de maneira econômica, como por exemplo a ação do Presidente Michel Temer ao desbloquear o FGTS para movimentar a economia do país, afirma, também, ser necessário operar situações físicas de maneira física, igualmente, ou seja, cabe ao Estado criar regras para impedir determinadas ações, bem como penas para punir aqueles que infringirem ou tentarem infringir tais regras.

Segundo Giuseppe Lumia, jurista italiano, força e consenso andam em lados opostos, sendo inversamente proporcionais, portanto. Sociedades democráticas cujas leis são o consenso da maioria, apresentam menor necessidade de ações coativas, visto que o índice de criminalidade se mantém reduzido. Da mesma forma que nas sociedades menos democráticas e, portanto, autoritárias, cujas leis são, da mesma forma, autoritárias e subjetivas, o poder coativo se faz mais necessário, uma vez que o índice de criminalidade se mantém elevado. Convém estabelecermos a semelhança e proximidade com a escola criminológica da anomia, desenvolvida por Émile Durkheim.

Tipos de coação. As ações coativas das quais o Estado têm propriedade de uso identificam-se pelos âmbitos psicológico e físico. No âmbito psicológico notamos a finalidade preventiva, visto que o indivíduo deixa de cometer crimes pelo temor à sanção, ou seja, cria-se na consciência um medo que faz com que o ente não cometa crimes. Já o âmbito físico caracteriza-se pelo aspecto punitivo, visto que é aplicado, uma vez que a transgressão já tenha ocorrido, sendo esta a própria sanção, ou melhor, o castigo destinado ao ente transgressor.

Hans Kelsen (vide tópico 1 supra, ditado pelo professor) afirma que a coação psicológica não diferencia o Direito das demais ordens sociais. Por exemplo, a religião provoca no indivíduo uma consciência do não pecar, ou seja, exerce sobre o ente uma coação psicológica. Mas o que diferencia o Direito das demais ordens sociais é a coação física, pois, novamente, a religião, mesmo coagindo psicologicamente, atribui ao indivíduo o livre-arbítrio, de modo que o mesmo tem autossuficiência para agir da maneira como bem entender; já o Direito, caso o indivíduo transgrida às normas, tem o poder de coagir fisicamente sobre o indivíduo, induzindo o mesmo a agir corretamente.

Caso hipotético. *Caso hipotético para reflexão: Um médico que atende uma penitenciária é feito refém pelos detentos. Após a equipe tática negociar a liberação do refém, a tropa de elite acaba por disparar contra os presos, matando três presidiários e salvando a vida do médico. Neste contexto pergunta-se:*

- 1. A medida coativa foi proporcional?
- 2. Caberá indenização à família das vítimas?

A análise deste caso deve se basear na seguinte passagem: “Após a equipe tática negociar a liberação do refém...”, ou seja, caso o médico já houvesse sido liberado e, mesmo assim, a equipe tática disparasse contra os detentos, ocorreria a chamada execução sumária, ou melhor, haveria a execução dos detentos por desejo da equipe, e não por situação de necessidade (cumprimento do dever legal). Caso o médico não tivesse sido liberado, tendo esse a vida posta em perigo pelos detentos, poder-se-ia ocorrer os disparos sob a proteção da legítima defesa de terceiro, em outras palavras, a equipe tática poderia matar os detentos para salvaguardar a vida do médico.

Porém analisemos de uma segunda maneira. Tendo o Estado o dever de elaborar meios pelos quais impedir-se-ia a ocorrência de tais fatos, não seria lícito a

morte dos detentos, pois, uma vez presos, é dever do Estado proteger e garantir a dignidade de cada ente detido.

7. Universalidade do Direito

7.1. Definição e Funções do Direito

A ideia de universalidade do Direito paira sobre um pensamento de que, em qualquer época e em qualquer lugar, existiam e ainda existem valores válidos para todos os grupos humanos. Um exemplo desta afirmação é o fato da vida ser preservada por todos os entes (salvo em alguns casos, como em Roma, em que os *pater familia* podiam tirar a vida de seus próprios filhos), ou seja, caso um indivíduo venha a matar outro injustamente, em qualquer lugar que esta ação ocorra, haverá a devida punição ao agente. Em outras palavras, referindo-se ao período pós-contemporâneo, a universalização do Direito é a ideia da criação de um senso comum comportamental e de valores definidos, de certa forma, que, através da cultura ou lei, farão com que os indivíduos mantenham condutas humanas semelhantes, independente do lugar. Podemos citar, por exemplo, a criação de órgãos internacionais destinados à manutenção da moralidade e universalidade da conduta humana.

Cabe lembrarmos que, como vimos em História do Direito (primeiro título deste resumo), o Direito é criado e evolui de acordo com a vida humana, ou seja, regras e comportamentos são criados através dos diferentes casos ocorridos em diferentes lugares, em épocas diferentes, isto é, conhecer a criação e evolução do Direito assemelha-se com o conhecimento da própria evolução comportamental e do pensamento humano. Diz Tercio Sampaio Ferraz Jr: “O Direito é um dos fenômenos mais notáveis da vida humana. Compreendê-lo é compreender uma parte de nós mesmos. É saber em parte por que obedecemos, por que mandamos, por que nos indignamos, por que aspiramos a mudar em nome de ideias, por que em nome de ideias conservamos as coisas como estão. Ser livre é estar no direito e, no entanto, o direito também nos oprime e tira-nos a liberdade. “

Portanto, como dito acima, sendo o Direito um dos formadores da conduta humana, não pela arbitrariedade, mas pela formação do caráter ético e moral, diz Tercio, “ser livre é estar no direito”, ou seja, livre é aquele que, bem como forma o direito e as condutas por ele criadas, mantém um comportamento correto, direito, ético. Porém, do mesmo modo que o Direito traz liberdade para os cidadãos, retira-o – “... o direito também nos oprime e tira-nos a liberdade.” Por exemplo, na Constituição Brasileira, segundo o art. 5º, “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”, isto é, segundo a afirmação de que todos têm direito à liberdade, ou melhor, todos têm “o direito de ir e vir, praticar sua religião, sem ser censurado e expor suas opiniões contra alguém, desde que possua argumentos e justificativas para tal”, garante, também, as condições sobre as quais a liberdade desse mesmo cidadão será confiscada. Por exemplo, como diz o art. 144: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do

patrimônio...”, ou seja, através do dever de mantenedor da ordem pública, o Estado, através das penas privativas de liberdade e restritivas de direito, pode barrar a total liberdade dos indivíduos. Um exemplo mais ameno que podemos citar é o toque de recolher que, como dito acima, impede o direito do cidadão de ir e vir.

O Direito, portanto, via organizar tanto a Administração Pública, quanto as condutas humanas, de modo a objetivar, através das leis e da formação intelectual cultural, uma situação ideal social, ou seja, atendendo a uma exigência social, dá liberdade para aqueles que adotam um comportamento ético, enquanto, para selecionar e reformar determinados pensamentos, tira a liberdade de outros. Por este motivo, sendo o condicionamento ético e moral de todos uma quimera, isto é, um sonho, o Direito passa a ser caracterizado por discutir questões que, muitas vezes, não correspondem com a realidade e, por isso, pode parecer contraditório e, em outros momentos, coerente, visto que o próprio termo “direito” é polissêmico, possuindo vários significados.

Quanto à polissemia, segundo o Dicionário Houaiss, a palavra “direito” apresenta 29 definições distintas, sendo algumas delas: “aquele que segue a lei e os bons costumes; justo, correto, honesto”, “de acordo com os costumes, o senso comum, as normas morais e éticas”, “de conduta impecável”, “com aparência, arrumação”, “retilíneo, reto”, “conjunto de normas da vida em sociedade que buscam expressar e também alcançar um ideal de justiça, traçando as fronteiras do ilegal e do obrigatório”, “ciência que estuda as regras de convivência na sociedade humana; jurisprudência”, “conjunto de leis e normas de um país” etc.

Ou seja, vemos que “em seu nome [direito] tanto se veem respaldadas as crenças em uma sociedade ordenada, quanto se agitam a revolução e a desordem.”

A explicação para esta afirmação encontra-se no fato de o Direito ser defensor, tanto da ordem através da lei, como dos princípios humanos pré-estabelecidos. Por exemplo, para garantir a ordem pública, como dito anteriormente, o Direito posiciona-se como órgão superior pelo qual os indivíduos devem obediência (manutenção do *status quo* – estado atual, em que nós estamos; estado de normalidade). Em outra situação, em que os cidadãos sejam injustiçados pela violação da lei por parte dos representantes, por exemplo, é através da mesma fonte, o Direito, que sustentar-se-ão as revoltas. O Direito, além de, como dito, limitar as ações humanas, é responsável por, através da Constituição Federal, limitar as ações do Estado, bem como apresentar seus direitos e deveres; em outras palavras, o Direito funciona como limitador, também, do Estado, sendo responsável por proteger-nos do poder arbitrário, visto que impede o Estado de agir além de seus deveres. O Estado, ao mesmo tempo que dá oportunidades iguais, ampara os desfavorecidos (justiça correlativa [igualdade formal] e distributiva [igualdade material] – Aristóteles. “Dar desigual para desiguais”).

Por outro lado, o Direito não tem apenas pontos positivos. Por sua complexidade, apresenta-se como sendo manipulável, maleável, visto que, apresentando vários pontos de referência, ou melhor, vários vieses que, unidos, formam determinados raciocínios, possibilitam a omissão de fatos, sendo estes não identificados pela maior parte da população (alienação). Outro quesito são as técnicas de controle e dominação. A lei, em alguns casos, estabelece uma hierarquia

em que os mais bem estabelecidos ditam as regras, enquanto os menos estabelecidos apenas a seguem, muitas vezes sem ter conhecimento de tal dominação, por exemplo, apesar de o Direito ser, teoricamente, o meio soberano de estabelecimento de regras de conduta e administração, segundo Niklas Luhmann e sua Teoria dos Sistemas, existem três círculos que definem quais rumos uma determinada sociedade vai tomar: o Direito, a Política e a Economia. Na teoria, ambas deveriam funcionar independentemente das outras, porém, na realidade, há casos em que, por exemplo, a Política invade a esfera do Direito, de modo que não é feito aquilo ordenado por este, mas o querido por aquele.

7.2. Conceito de Jurisdição

Vemos, portanto, que a definição do Direito, de maneira direta, é extremamente difícil de estabelecer. Segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr, “consiste em grande número de símbolos e ideias reciprocamente incompatíveis, o que o homem comum percebe quando se vê envolvido num processo judicial: por mais que ele esteja seguro de seus direitos, a presença do outro, contestando-o, cria-lhe certa angústia que desorganiza sua tranquilidade. “

Por exemplo, imaginem a seguinte situação: o indivíduo A, morador de determinado local há mais de 20 anos, inicia a construção de um muro, porém, em determinado ponto, ultrapassa o limite de sua propriedade, atingindo, portanto, propriedade alheia em posse do indivíduo B, recém empossado. O indivíduo B, desta forma, vai até A reivindicar seu pedaço de terra. O indivíduo A, em resposta, afirma que, por usucapião, ou seja, por permanecer no local há muitos anos, tem, por este motivo, a posse da propriedade. Em determinado estágio da obra, o muro começa a rachar, de modo a desestruturar-se, sob a ameaça de romper-se e, desta forma, ruir. B, portanto, temendo a queda e a lesão de seus bens, bem como a lesão de seus filhos, abre um processo contra A. Neste caso, realmente, por usucapião, o indivíduo A tem a posse, porém, pela obra colocar em perigo a vida de outros indivíduos, o juiz decide a interrupção da obra, sob multa de R\$ 1000 por dia. Desta forma o indivíduo A se vê obrigado a parar a obra.

Jurisdição, portanto, embora exista mais de um significado, neste caso, entenderemos como o poder/dever do Estado de aplicar o Direito no caso concreto, resolvendo o litígio (conflito) entre as partes e pacificando as relações sociais. Neste raciocínio, a tutela da jurisprudência é a proteção que se busca ao Estado-juiz para assegurar ou obter um direito. A materialização da tutela jurisdicional ocorre quando a pessoa que pede (jurisdicionando/ requerente) obtém uma decisão judicial favorável ao seu pedido.

Concluimos, desta forma, que o Direito apresenta, também, função de estabilizador social, buscando estabelecer a paz às relações sociais através da ordem.

7.3. Evolução dos Termos Jus e Derectum



Como dito anteriormente, Tercio Sampaio Ferraz Jr afirma que o Direito “consiste em grande número de símbolos” e, desde sempre, possuiu como imagem representativa a balança de dois pratos, estando estes alinhados, com um fiel no meio.

Além da balança, o Direito foi sendo representado, ao longo do tempo, por figuras mitológicas distintas conforme a civilização. Os gregos, inicialmente, representavam o Direito através da deusa Diké que, estando de pé e com os olhos abertos, declarava solenemente que o Direito somente seria caracterizado pelo equilíbrio (*íson*) dos pratos.

No Direito Romano, porém, o Direito é representado pela deusa Iustitia que, com uma das mãos, segurava uma espada simbolizando a força do Direito e, com a outra, a balança. Porém o ponto mais importante era que tinha os olhos vendados.



“DIKÉ”
DEUSA GREGA
DA JUSTIÇA
(sem venda)
(iudicare)



“ IUSTITIA”
DEUSA ROMANA
DA JUSTIÇA
(com venda)
(jus-dicere)



“THEMIS”
(Mãe de Diké)

Nota-se que as representações grega e romana divergem quanto aos olhos vendados ou não. Referente à representação grega, Diké apresenta os olhos abertos. Isto significa que os gregos valorizavam o saber prático, puro, *sapientia*, ou seja, a ordem, a prudência, representados pela consciência de ação, da racionalidade. Através da visão e da audição os gregos acreditavam ser possível um melhor raciocínio. Já a deusa romana, apresentando os olhos vendados, refletia a ideia de imparcialidade, *prudencia*, ou seja, o Direito será exercido independentemente dos indivíduos envolvidos.

Outra diferença entre o Direito Grego e o Direito Romano é a utilização de palavras distintas. Enquanto o grego utilizava os termos *dikaion* (dito pela deusa Diké) e *íson* (pratos direitos); o romano utilizava as palavras *jus* (*dikaion* em grego) e *derectum* (*íson* em grego).

Cabe salientar, também, que o fato da balança reta simbolizar a ponderação, o sucesso da aplicação do Direito é a base da formação da palavra Direito. Direito, da raiz grega *de + rectum*, significa perfeitamente reto.

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr, “no correr dos séculos, porém, a expressão *jus* foi, pouco a pouco, sendo substituída por *derectum*. Nos textos jurídicos latinos, esta última, tendo caráter mais popular e vinculada ao equilíbrio da balança, não parecia, sendo encontrada apenas nas fontes não jurídicas, destinadas ao povo. Foi a partir do século IV d.C. que ela começou a ser usada também pelos juristas. Guardou, porém, desde suas origens, um sentido *moral* e principalmente religioso, por sua proximidade com a deificação da justiça. Nos séculos VI ao IX, as fórmulas *derectum* e *directum* passam a sobrepor-se ao uso de *jus*. Depois do século IX, finalmente, *derectum* é a palavra consagrada, sendo usada para indicar o ordenamento jurídico ou uma norma jurídica em geral.

A palavra *direito*, em português (e as correspondentes nas línguas românicas), guardou, porém, tanto o sentido do *jus* como aquilo que é consagrado pela Justiça (em termos de virtude moral), quanto o de *derectum* como um exame da retidão da balança, por meio do ato da Justiça (em termos do aparelho judicial). Isso pode ser observado pelo fato de que hoje se utiliza o termo tanto para significar o ordenamento vigente – ‘o direito brasileiro, o direito civil brasileiro’ -, como também a possibilidade concedida pelo ordenamento de agir e fazer valer uma situação – ‘direito de alguém; eu tenho direito a...’ - não podendo-se esquecer ainda o uso moral da expressão, quando se diz ‘eu tinha direito à defesa, mas a lei não me concedeu’.

8. Fontes Jurídicas

8.1. Conceito

Fonte é a origem, o nascedouro, de onde surge ou provém alguma coisa. Por assim ser, investigar quais são as Fontes Jurídicas significa identificar de onde surge o Direito.

Em nossos dias o Direito Brasileiro tem por característica a pluralidade de fontes, ou seja, temos mais de uma fonte que faz surgir o Direito em nossa sociedade. Por sermos um sistema de *civil law*, a principal fonte jurídica é a lei escrita. Importante lembrar que a lei é todo ato normativo emanado do Poder Legislativo que atenda aos requisitos do processo legislativo estabelecido em nossa Constituição.

Por sua vez, no sistema da *common law*, a principal Fonte Jurídica é o precedente judicial e o direito costumeiro (consuetudinário).

Podemos citar como exemplo o Direito Inglês que tem por forte influência a tradição e o direito jurisprudencial, ou seja, o direito construído nos tribunais.

Embora com características nitidamente diversas, tais sistemas não se excluem. Ao revés (pelo contrário), o consenso contemporâneo é que tal sistemas se complementam. Assim, é possível identificar, no Direito Brasileiro, uma valorização dos precedentes judiciais e da jurisprudência ao ponto de termos, como importante instituto jurídico, a Súmula Vinculante (vide tópico 9.1 – História do Direito).

O Direito brasileiro é identificado por uma pluralidade de fontes (várias fontes). Assim, embora pertença à tradição romano-germânica, *civil law*, em que a lei

é a principal fonte do Direito, no Brasil são consideradas fontes do Direito a jurisprudência, os costumes (em alguns casos), a doutrina, além da própria lei.

À propósito, o papel dos Tribunais na criação do Direito tem ganhado cada vez mais relevância no Estado Brasileiro.

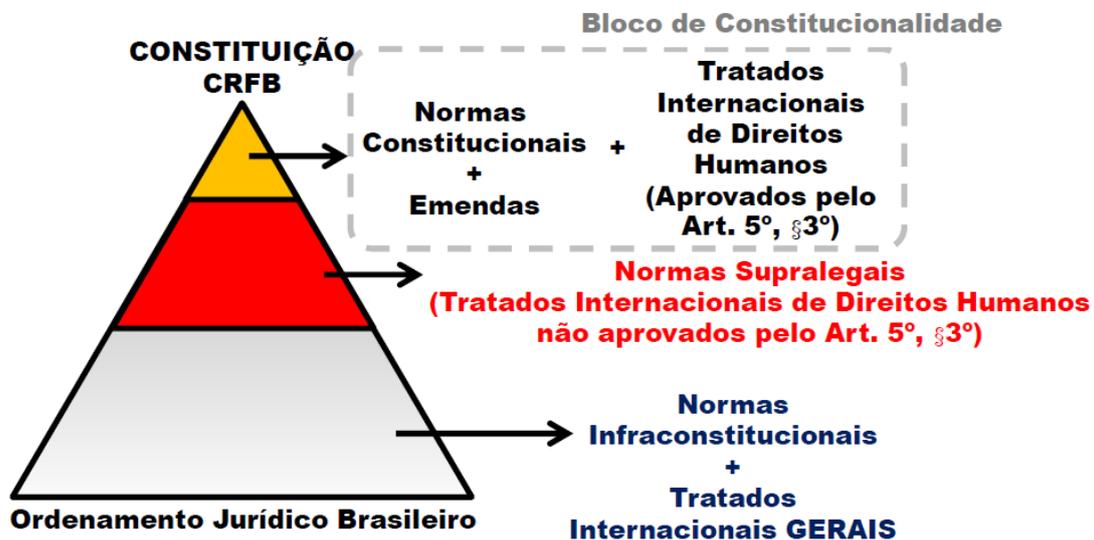
A subsunção é o enquadramento do fato à norma. Nesse sentido, quando um juiz recebe uma petição inicial em que o autor (requerente) pleiteia alimentos, deverá, o magistrado, verificar se naquele caso (naquela hipótese) a pretensão (o que o autor pretende/ o que ele quer) se enquadra no Direito vigente. Assim, verificando a plausibilidade do pedido, ou seja, se a pretensão é juridicamente possível de acordo com a constituição, o CC, o CPC, o juiz deferirá (dará procedência) o pedido e ordenará que o requerido pague a pensão alimentícia.

Nota-se que neste caso a principal fonte do Direito foi a Legislação vigente.

8.2. Fontes do Direito

Como dito acima, o Direito Brasileiro apresenta pluralidade de fontes, sendo elas as Fontes Formais Estatais e as Fontes Formais Não-Estatais.

Fontes formais estatais. Podemos citar a Legislação: formada por Constituição, Leis, hierarquia das fontes legais: leis, decretos, regulamentos, portarias, códigos, consolidações e compilações, tratados e convenções internacionais; e a Jurisprudência.



Fontes formais não-estatais. As fontes não-estatais se dão pelos costumes (forma consuetudinária – ex.: cheque pós-datado) e a atividade científico-jurídica (doutrina – ex.: direitos sucessórios da união estável equivalentes ao casamento).

8.3. Constituição

Definição e características. A Constituição é a lei fundamental e suprema de um país, não podendo essa, portanto, ser contrariada por nenhuma outra. Tem como

principais assuntos as normas de organização e administração pública e do Estado, o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais e deveres de todo cidadão, bem como apresenta os direitos e deveres do Estado (competências: legislar, julgar e governar), limitando, portanto, a sua atuação e, como dito em tópicos anteriores, protegendo-nos de uma ditadura.

A atual Constituição Federal foi criada pelo Poder Constituinte Originário (Assembleia Nacional Constituinte) e promulgada em 05 de outubro de 1988. Sua alteração somente pode ser feita através de Emendas Constitucionais (desde que não contradigam as cláusulas pétreas), somente podendo ser substituída ou revogada por uma nova constituição.

A Constituição da República Federativa do Brasil tem, atualmente, 250 artigos e, desde sua promulgação em 1988, aprovou-se 96 Emendas Constitucionais.

Como já estudado anteriormente, o Decreto 6949/09 – Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo – é o único Tratado Internacional de Direitos Humanos aprovado pelo quórum do art. 5, §3, CF, sendo, portanto, considerado Emenda Constitucional.

Normas constitucionais. No texto constitucional, existem dois tipos de normas: as normas de natureza material e as normas de natureza formal.

1) Normas de natureza material:

São normas referentes ao conteúdo legal, ou seja, são normas cuja função é definir a produção de uma lei, por exemplo, ou seja, tem como objetivo organizar a criação de outras normas, fazem referência à Tratados Internacionais ou estruturam o Estado.

Art. 62 da Constituição Federal. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

[...]

Art. 69 da Constituição Federal. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.

2) Normas de natureza formal:

São normas referentes ao procedimento formal, ou seja, são consideradas constitucionais pelo simples fato de serem previstas pela Constituição Federal. São normas que, apesar de serem previstas pela Constituição, poderiam constar em matérias Estaduais ou Municipais, pelo teor da norma, pois, de fato, não representam normas constitucionais, no sentido literal da palavra.

Art. 242 da Constituição Federal. (...) §1º. O ensino da História do Brasil levará em conta as atribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro. **§2º.** O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantida na órbita federal.

8.4. Legislação

Surgimento da legislação. Diferente de todas as demais normas, a Constituição surge através do poder constituinte originário. Este poder é composto, no modelo atual, por uma Assembleia Nacional Constituinte, formada por representantes eleitos pelo povo.

Uma vez criada, a Constituição pode ser modificada através de Emendas Constitucionais produzidas pelo poder constituinte derivado ou reformador. Entretanto, nossa atual Constituição elegeu valores que não podem ser suprimidos (retirados) do seu Texto. São as chamadas cláusulas pétreas que estão descritas no artigo 60, § 4º, CF.

Por sua vez, as leis são formadas através de um processo legislativo descrito minuciosamente (em detalhes) pela própria Constituição Federal.

Art. 60, §4º, da Constituição Federal. 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.

Cabe salientar o erro de redação presente no inciso IV, visto que se deveria ter escrito *direitos e garantias fundamentais*, uma vez que os direitos coletivos também são protegidos por este artigo.

Conceito de lei. Lei é a manifestação do Direito por parte do Poder Legislativo, estabelecendo, estas, normas de acordo com os interesses sociais, através do viés representativo.

Hierarquia legislativa. Segue a tabela:

UNIÃO	
Constituição da República Federativa do Brasil	Leis Federais → Elaboradas no Congresso Nacional (Câmara dos Deputados + Senado Federal).
ESTADOS	
Constituição Estadual	Leis Estaduais → Elaboradas nas Assembleias Legislativas (compostas por Deputados Estaduais)
MUNICÍPIOS	
Lei Orgânica do Município	Leis Municipais → Elaboradas nas Câmaras dos Vereadores
DISTRITO FEDERAL	
Lei Orgânica do Distrito Federal	Leis Distritais → Elaboradas na Câmara Legislativa do Distrito Federal

Formação da lei federal. São as etapas:

1) Projeto de lei:

Cabe mencionarmos o art. 59 da Constituição Federal, cujo texto afirma:

Art. 59 da Constituição Federal. 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.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Cabe ressaltar, também, que a Lei complementar que dispõe sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis é a Lei Complementar nº 95/98.

Para uma lei se iniciar, é necessário que haja, primeiramente, um Projeto de Lei. Este pode ser criado por qualquer membro das casas que compõe o Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado), Presidente da República, STF, Tribunais Superiores, Procuradoria-Geral da República e os cidadãos (*estes membros estão previstos no art. 61, CF. À propósito, no que se refere à Constituição, as propostas de Emenda Constitucional [PEC] podem ser indicadas pelas pessoas contidas no art. 60, I, II e III, CF).

Art. 60 da Constituição Federal. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II – do Presidente da República;

III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

[...]

Art. 61 da Constituição Federal. 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) Comissões técnicas:

Após a criação de lei, esta necessariamente terá de passar pelas Comissões Técnicas, ou seja, Comissões temáticas que irão fazer o Controle de Constitucionalidade de acordo com a matéria da Lei (Comissão de Constitucionalidade e Justiça, inicialmente, e, posteriormente, as Comissões Temáticas dos referidos projetos – por exemplo: ética, saúde, esporte, lazer etc).

Cabe ressaltar que as Comissões Técnicas se encontram na Câmara dos Deputados e no Senado. Por isso, para os Projetos de Lei serem aprovados, é necessário que passem pelas duas Casas, sendo aprovado nas duas. Importante lembrar que, caso seja o Presidente da República, os cidadãos, a Procuradoria-Geral ou o STF, a análise começará, sempre, na Câmara dos Deputados, seguindo o protocolo de que caso um deputado inicie o projeto, iniciar-se-á o mesmo na Câmara; da mesma forma que iniciado por um senador, iniciar-se-á a votação no Senado.

Se inconstitucional, o projeto de lei será arquivado.

3) Votação no plenário:

Após passar pela Comissão da Casa Iniciadora, o Projeto de Lei segue para votação, no plenário, da respectiva casa. Caso o Projeto de Lei não seja aprovado por meio dos votos desta Casa, o mesmo será arquivado.

4) Casa revisora:

Se aprovado pela Casa Iniciadora, o Projeto de Lei parte para a Casa Revisora. Caso o processo tenha começado na Câmara dos Deputados, portanto sendo esta Casa a Casa Iniciadora, será o Senado, por este motivo, a Casa Revisora. Ao contrário, caso o processo tenha começado no Senado, sendo esta Casa a Casa Iniciadora, será a Câmara dos Deputados, por este motivo, a Casa Revisora.

Ocorre, assim como na Casa anterior, o voto no plenário e, da mesma forma, caso o Projeto de Lei não seja aprovado, será arquivado. Porém esta Casa tem uma terceira opção, além da aprovação ou negação. Pode-se criar uma emenda ao Projeto de Lei, apontando as incoerências do Projeto, bem como a alteração do texto legal. Caso isso aconteça, o Projeto de Lei voltará para a Casa Iniciadora que, novamente, votará, agora, somente a emenda sugerida pela Casa Revisora, de modo que, caso seja aprovado, irá para o Presidente ou, caso seja negado, será arquivado.

5) Presidente da República

Caso o Projeto de Lei seja aprovado pelas duas Casas de acordo com o devido processo legal, o Presidente terá duas opções: a sanção (aprovação) ou o veto. O Presidente terá 15 dias desde a aprovação para apresentar o parecer quanto ao Projeto. Isso poderá acontecer de forma tácita, ou seja, o Presidente não se manifesta em relação ao Projeto e, desta forma, considera-se o mesmo como sendo

aprovado, ou de maneira expressa, ou seja, escrita ou proclamada, sendo ou não aprovado, neste caso.

Caso o Presidente vete o Projeto, terá de explicar sua natureza, podendo ser ela: Jurídica ou Política. Caso seja Jurídica, tratará da inconstitucionalidade de tal Projeto. Caso seja Política, tratará da contrariedade em relação ao interesse público.

Caso o Presidente aprove a lei, esta passará pelos seguintes processos: sansão, ou seja, concordância do Chefe do Executivo (podendo ser este, variando a natureza do Projeto, o Presidente da República, os Governadores Estaduais ou os Prefeitos Municipais) em relação ao Projeto; promulgação, isto é, consiste na declaração formal da existência da lei com o intuito de que a população e os demais órgãos nacionais tenham conhecimento da mesma, porém não adiciona caráter obrigatório, apesar de integrá-la ao Ordenamento Jurídico – neste ponto, cabe salientar que, como diz Tércio Sampaio Ferraz Jr., o intuito de conhecimento geral é uma mera ficção, visto que o conhecimento não é adquirido por todos, apesar de ser impossível escusar-se de obrigação jurídica sob alegação de desconhecimento da lei; e publicação, ou melhor, mecanismo indispensável para que a lei entre em vigor, fornecendo-lhe, nesta etapa, dependendo da data de entrada em vigor, o caráter obrigatório. O início da vigência da lei pode ocorrer concomitante à publicação ou não, sendo o tempo decorrido desde a publicação até a entrada em vigor denominada *vacatio legis*.

Art. 8º da Lei Complementar nº 95/98. A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula “entre em vigor na data de sua publicação” para as leis de pequena repercussão.

6) Derrubada do veto e derrubada da aprovação:

Caso o Presidente vete o Projeto, Câmara e Senado ainda têm uma oportunidade de promulgarem a lei. Deve-se realizar uma sessão plenária bicameral, sendo o veto derrubado, caso ocorra a aprovação por maioria absoluta, ou seja, maioria do plenário, ou melhor, 50% + 1 de todos os indivíduos que compõem as duas Casas juntas.

Caso o presidente aprove a lei, qualquer um dos Deputados e/ou Senadores, de ofício, podem, através de Mandado de Segurança para o STF, questionar o caráter constitucional da lei, podendo, caso haja entendimento favorável por parte do mesmo, ocorrer a derrubada da aprovação e, por isso, o arquivamento do projeto.

Tipos de votação. Segue a tabela:

PEC (Projeto de Emenda à Constituição)	Projeto de Lei e Medida Provisória	Projeto de Lei Complementar
Dois turnos nas duas Casas, por 3/5 dos votos dos deputados (305) e dos senadores (49)	Maioria simples (50% + 1 dos presentes), nas duas Casas, em um turno	Um turno de votação em cada Casa, sendo a aprovação conquistada pela maioria absoluta de cada Casa (Câmara – 257; Senado – 41)

Controle preventivo de constitucionalidade. Cabe salientarmos que, tão importante quanto o Controle de Constitucionalidade, identificamos o Controle Preventivo de Constitucionalidade que, através de inúmeros mecanismos ao longo da tramitação do Projeto de Lei, tem a oportunidade de barrar a lei que se caracterize inconstitucional antes mesmo de sua entrada em vigor.

Caso uma lei inconstitucional entre em vigor, somente o STF, de ofício ou por provocação, tem o poder de, através de um acórdão, expressar o seu entendimento, definindo determinada lei como inconstitucional.

Observações gerais e tipos de lei. São os elementos:

1) Generalidade e abstração:

Em regra, a principal característica das leis é a generalidade e abstração, ou seja, não são direcionadas a determinado pessoa ou caso. Por exemplo, quando se trata do homicídio, não se fala em um caso específico, mas sim em qualquer caso em que um indivíduo mate outrem, incorporando, desta forma, um maior número de hipóteses.

Convém notarmos que, mesmo a generalidade sendo uma das principais características da lei, existem algumas leis específicas. Isto deve ser visualizado a partir do art. 5º, CF – Princípio da Isonomia – de que se deve tratar os iguais de maneira igual e os desiguais desigual, de acordo com suas desigualdades (Justiça Distributiva).

2) Ato prospectivo:

A Lei deve ser criada vislumbrando casos futuros e, juntamente com o tópico anterior, gerais, ou seja, não se deve criar uma Lei especificando uma prática obsoleta, mas sim uma prática que, atualmente, venha ferindo a moral e os bons costumes, passando a ser considerada crime, de modo a diminuir sua incidência e manter a paz social.

Cabe salientar que, uma vez existindo uma lei obsoleta, convém que o Poder Legislativo crie uma segunda lei de mesma matéria, atualizando-a ao contexto mais atual e, desta forma, substituindo a anterior, vigorando a mais atual.

3) Leis ordinárias e complementares:

O Ordenamento Jurídico abrange uma enorme gama de leis (normas constitucionais, normas ordinárias, normas complementares, normas delegadas etc).

A primeira diferença que podemos notar (como já demonstrado no tópico 8.4.4.7 supra) é a diferença da provação destas leis. Enquanto as Leis Ordinárias necessitam apenas da maioria simples, as Leis Complementares exigem a maioria absoluta para serem aprovadas.

Cabe especificar que as Leis Ordinárias podem tratar de quaisquer matérias, desde que não sejam de competência privada; enquanto as Leis Complementares somente tratam dos assuntos indicados pela Constituição, ou seja, a própria Constituição indica quais matérias serão previstas em Leis Complementares.

É importante notar, ainda, que, apesar de possuírem diferentes funções, encontram-se no mesmo patamar hierárquico.

4) Leis delegadas:

São atos normativos criados pelo Presidente da República, sendo necessário a autorização, por meio de resolução, do Congresso Nacional. A matéria das Leis Delegadas é restringida pelo art. 68, § 1º, CF.

Esclarecendo, assim como no tópico anterior, Leis Ordinárias, Leis Complementares e Leis Delegadas tratam de matérias distintas, porém encontram-se no mesmo patamar hierárquico.

Apesar da validade, não é utilizada, estando, portanto, em desuso: desde a criação da Constituição (1988), somente duas leis delegadas foram editadas, pois criou-se outro mecanismo de atuação do Presidente: a Medida Provisória.

Art. 68 da Constituição Federal. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I – organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III – planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

5) Códigos:

São conjuntos de normas que, juntas, têm como objetivo a regulação unitária dos diferentes ramos do Direito (Código Civil, Código Penal, Código Comercial, Código de Defesa do Consumidor), ou seja, regular o Direito de acordo com a matéria/assunto.

6) Tratados e convenções internacionais:

Como já estudado anteriormente, são leis criadas a partir de acordos internacionais e incorporadas ao Ordenamento Jurídico de acordo com a aprovação/ratificação das mesmas. Em regra, Tratados Internacionais de qualquer matéria são considerados, após ratificação, Leis Ordinárias, exceto os Tratados

Internacionais de Direitos Humanos que, se aprovados pelo quórum do art. 5º, § 3º, terão peso de Emenda Constitucional e, se não aprovados pelo mesmo quórum, serão considerados Leis Supra-Legais.

Se adquirirem *status legal*, no peso de Lei Ordinária e, desta forma, Leis Internas (internalização), substituirão e revogarão, através da regra estrutural da *lex posterior – “lex posterior derogat priori”* (a lei posterior derroga a anterior) -, a Lei Ordinária atual. Convém destacarmos que as leis estabelecidas através de Tratados Internacionais de quaisquer matérias devem estar de acordo com a Constituição, não podendo, portanto, contrariá-las.

Como última questão acerca dos Tratados e Convenções Internacionais e sua contrariedade em relação à Constituição, convém lembrarmos o caso da prisão do depositário infiel que, mesmo sendo prevista pela Constituição, fora barrada por um Tratado Internacional. Desta forma, apesar de, em regra, não ser capaz de contrariar matéria constitucional, contrariou-a, gerando um entrave entre a Estrutura Legal e o Direito na prática.

7) Medida provisória:

São atos normativos, assim como as Leis Delegadas, criados pelo Presidente da República, porém, diferentemente do instituto anteriormente citado, refletindo o motivo de seu desuso, não necessitam de aprovação do Congresso Nacional. Hoje, as Medidas Provisórias podem ser editadas pelo Presidente em caso de relevância e urgência, contudo, inicialmente, poderiam ser editadas em qualquer situação, refletindo no número de 6110 Medidas Provisórias entre os anos de 1988 e 2001 e, posteriormente à Emenda Constitucional 32/2001, caindo para 675 entre 2001 e 2015.

As Medidas Provisórias têm o prazo de 60 dias, podendo ser prorrogadas por mais 60 dias.

Há algumas matérias que não podem ser editadas por meio de Medidas Provisórias. Elas estão previstas pelo artigo 62, § 1º:

Art. 62 da Constituição Federal. Em caso de urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

§1º. É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

I - relativa a: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
- b) direito penal, processual penal e processual civil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

II - que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

III - reservada a lei complementar; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

8) Decreto legislativo:

São atos normativos criados, exclusivamente, pelo Congresso Nacional (Câmara e Senado unidos), não necessitando da aprovação do Presidente da República.

Sua matéria deve ser apenas aquela incumbida ao Congresso, cuja competência se encontra no art. 49, CF:

Art. 49, CF. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

II - autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;

III - autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias;

IV - aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas;

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

VI - mudar temporariamente sua sede;

VII - fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

VIII - fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;

XII - apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão;

XIII - escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União;

XIV - aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares;

XV - autorizar referendo e convocar plebiscito;

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

XVII - aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

9) Resolução:

Apresenta como diferença ao tópico anterior o fato de ser ato normativo provindo da Câmara dos Deputados (sozinha) ou do Senado Nacional (sozinho), ou seja, de qualquer uma das Casas do Congresso Nacional, não necessitando, da mesma forma, da aprovação do Presidente da República.

A Resolução está prevista nos arts. 51, 52, 155, § 2º, IV e V, CF, em matéria das Casas separadas e no art. 68, § 2º, em matéria em que as Casas estejam unidas (Congresso):

Art. 51 CF. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;

II - proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa;

III - elaborar seu regimento interno;

IV - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços e fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

IV - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.

Art. 52, CF. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99)

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

- a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição ;
- b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;
- c) Governador de Território;
- d) Presidente e diretores do banco central;
- e) Procurador-Geral da República;
- f) titulares de outros cargos que a lei determinar;

IV - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente;

V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

VI - fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal;

VIII - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;

IX - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

XI - aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato;

XII - elaborar seu regimento interno;

XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XIV - eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.

XV - avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

[...]

Art. 68, CF. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

[...]

§ 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

[...]

Art. 155, CF. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993):

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

IV - resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;

V - é facultado ao Senado Federal:

a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;

b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros;

10) Decreto e regulamento:

É ato do Presidente da República, concretizando leis de matéria específica no Ordenamento Jurídico. Por exemplo, o Tratado Internacional de Direito Humanos das Pessoas com Deficiência foi incorporado ao Ordenamento Jurídico Brasileiro através do Decreto 6949/09 e a Convenção Americana de Direitos Humanos foi incorporada através do Decreto 678/92.

11) Instrução:

Atos Normativos providos do Ministro de Estado (assessores do Poder Executivo Federal) para regulamentar a execução de leis, decretos e regulamentos. Sua função é prevista pelo art. 87, parágrafo único, II, CF:

Art. 87 da Constituição Federal. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

[...]

II – expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos.

12) Portaria, circular, ordem de serviço:

Normas criadas pelo Poder Executivo para regulamentação e administração da execução das leis.

8.5. Vigência e Revogação

Como já vimos, o Direito deve, sempre, se atualizar de acordo com o contexto e a exigência de novas normas à novos atos ou disposições sobre as quais o Ordenamento não se refere.

Cabe ao processo legislativo, equilibrando conceitos tradicionais e princípios modernos, atender à demanda legal de acordo com o tempo em que se faz a lei, ou seja, segundo Paulo Nader e Tércio Sampaio Jr., a criação da lei é um processo temporal e cultural.

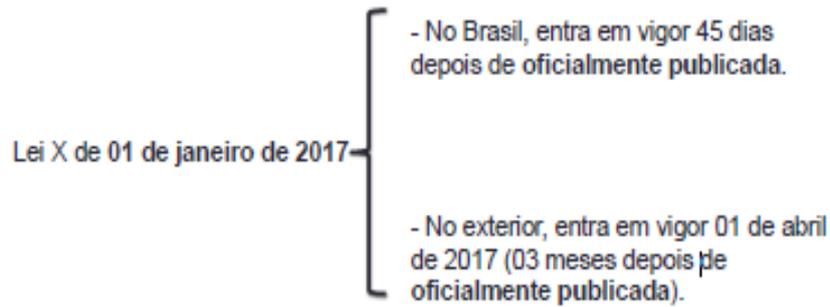
Vigência. Normalmente, como já mencionado em tópicos anteriores, a lei é prospectiva, ou seja, planejada para casos futuros, e entra em vigência após a sua promulgação, respeitando seu tempo de adequação e conhecimento geral, de acordo com a matéria e exigibilidade deste elemento, sendo o tempo de sua publicação à sua validade, de fato, denominado *vacatio legis*.

Em regra, no Brasil, as leis promulgadas definem em seu último artigo a data de sua vigência, porém há aquelas cujo texto não prevê a data de entrada em vigor, sendo, neste caso, exigido, a partir de sua publicação, uma *vacatio legis* de 45 dias – esta disposição é prevista pelo art. 1º, LINDB. Já as leis cuja matéria atinja âmbitos internacionais, devem, no estrangeiro, respeitar uma *vacatio legis* de três meses – esta disposição é prevista pelo art. 1º, §1º, LINDB.

Art. 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.

§1º. Nos Estados, estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada.

Portanto:



O tempo útil da lei, ou seja, o tempo em que a mesma permanecerá em vigor varia de acordo com o caso, não sendo este dado mencionado juntamente com a publicação, salvo no caso de lei temporária. Portanto, há leis cuja permanência é longínqua, como a Constituição Norte-Americana, criada em 1787 e em vigor até hoje, o Código Napoleônico, de 1804, o Código Comercial Brasileiro, de 1850, etc. Outras, entretanto, apresentam um tempo de vigência comum; enquanto outras, excepcionais, apresentam um tempo nulo de vigência.

Afirma o art. 2º da LINDB:

Art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

Leis natimortas. Lei natimorta é aquela cuja revogação se deu durante o período de *vacatio legis*, ou seja, não possuiu tempo de vigor. Este caso é extremamente excepcional, podendo citar como exemplo o Código Penal de 1969.

Perda da vigência/ revogação. Existem três causas para a revogação de uma lei: por outra lei, por decurso do tempo, por desuso.

Antes de explicarmos cada um dos tipos de revogação, convém explicarmos as espécies de revogação. São duas: revogação total – também conhecida como ab-rogação, ocorre quando uma lei é totalmente revogada, ou seja, a lei inteira é invalidada; revogação parcial – também conhecida como derrogação, ocorre quando parte de uma lei é revogada, ou seja, a lei continua existindo, sendo apenas uma parte invalidada.

Exemplo – revogação:

Mensagem nº 493 de 06 de Novembro de 2013. Dispõe sobre adoção; Leis nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, 9.560, de 29 de dezembro de 1992; *revoga dispositivos* da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências.

Exemplo – derrogação:

Art. 1.620 do Código Civil. Enquanto não der contas de sua administração e não saldar o débito, não poderá o tutor ou curador adotar o pupilo ou o curatelado. (Revogado pela Lei nº 12.010, de 2009).

Art. 1.621 do Código Civil. A adoção depende de consentimento dos pais e dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar mais de doze anos. (Revogado pela Lei nº 12.010, de 2009).

Revogação por outra lei. Ocorre quando uma segunda lei, nova, tratando da mesma matéria, revogue uma lei anterior. Por exemplo a revogação do Código Civil de 1916 pelo Código Civil de 2002; a revogação do Código de Processo Civil de 1973 pelo Código de Processo Civil de 2015.

Revogação por desuso. Esta categoria é motivo de controvérsia entre os doutrinadores. Ocorre quando uma lei se torna obsoleta e, segundo aqueles que defendem esta teoria, perde sua validade, não sendo seguida pelo povo, portanto.

Existem, ainda, duas formas de simbolizar a ação de revogação: a revogação tácita e a revogação expressa.

Revogação expressa. Ocorre quando a lei que acabara de entrar em vigor determina expressamente em seu texto os elementos por ela revogados. Por exemplo, o CPC/15, nos seus arts. 1.046 e 1.072, demonstra quais elementos foram revogados por ele.

Art. 1.046 do Código de Processo Civil. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

[...]

Art. 1.072 do Código de Processo Civil. Revogam-se:

I - o art. 22 do Decreto-Lei no 25, de 30 de novembro de 1937;

II - os arts. 227, 229, 230, 456, 1.482, 1.483 e 1.768 a 1.773 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil);

III - os arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lei no 1.060, de 5 de fevereiro de 1950;

IV - os arts. 13 a 18, 26 a 29 e 38 da Lei no 8.038, de 28 de maio de 1990;

V - os arts. 16 a 18 da Lei no 5.478, de 25 de julho de 1968; e

VI - o art. 98, § 40, da Lei no 12.529, de 30 de novembro de 2011.

Revogação tácita. Ocorre quando a lei revogadora não aponta os elementos por ela revogados. Pode ocorrer em duas situações:

- 1) Quando a lei nova prevê determinado assunto já contido em lei anterior. Neste caso a lei posterior revoga a lei anterior – *lex posterior detogat priorem*;

- 2) Quando a nova lei disciplina inteiramente os assuntos previstos em lei anterior.

Segundo o art. 2º, §1º, LINDB: “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. “

Segundo o art. 9º da Lei Complementar nº 95/98: “A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas. “ Ou seja, este artigo é orientador, uma vez que há leis revogadas, como vimos, de maneira tácita.

Atenção – Método de Resolução de Antinomias

A antinomia pode ser entendida como o conflito de normas. Para solucionar este conflito existem três métodos:

- 1) Lei posterior revoga lei anterior;
- 2) Lei especial prevalece sobre lei geral;
- 3) Lei hierarquicamente superior revoga lei hierarquicamente inferior. Ex.: Lei Federal prevalece sobre Lei Estadual e Lei Municipal);
- 4) **CAUIDADO:** deve-se analisar o caso concreto para entender qual dos três métodos será utilizado. Isso porque nem sempre a lei mais recente revogará a lei mais antiga, haja vista que se o confronto de leis for entre uma lei especial e uma lei geral, prevalecerá a lei especial.

Ex1.: o CPC/15 estabelece que os prazos processuais serão contados em dias úteis. Por se tratar de norma processual geral (o CPC/15), o processo penal continua sendo regido pelo CPP (Código de Processo Penal), bem como o processo trabalhista continua sendo regido pela CLT (Consolidação das Leis do Trabalho). Por assim ser, em tais processos (trabalhista e criminal) os prazos permanecem sendo contados em dias corridos, haja vista que lei especial prevalece sobre a geral, mesmo que a lei geral seja mais recente.

Ex2.: ocorre que a lei geral pode disciplinar inteiramente matéria antes prevista em lei especial. Neste caso em que a lei geral incorporou matéria de lei especial, prevalecerá a lei geral. Exemplo: o CPC/15 regulamentou a concessão dos benefícios da justiça gratuita que eram disciplinados anteriormente pela lei 10.060/50.

Segundo o art. 2º, § 2º, LINDB:

Art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. (...)

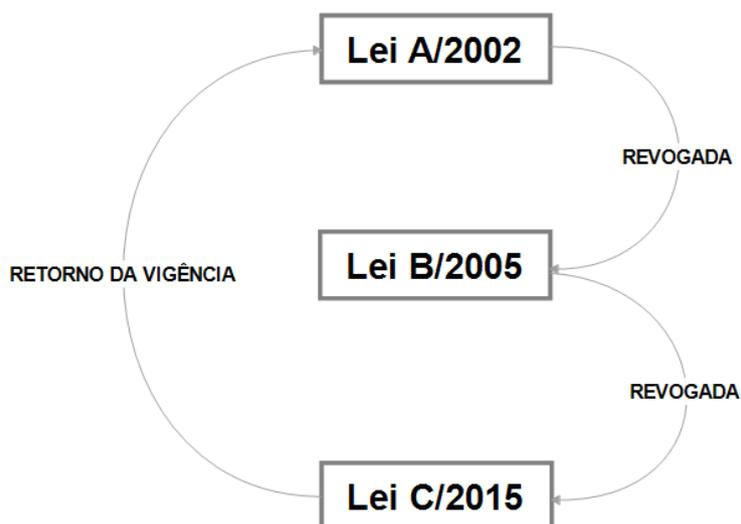
[...]

§2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Retorno dos efeitos – repristinação. Em regra, quando uma lei é revogada, mesmo que a lei que a revogou perca sua vigência, é impossível o retorno de seus efeitos e, portanto, de sua vigência.

Porém, como exceção, caso a lei revogadora da lei que revogou determinada norma, emita expressamente o retorno da vigência da lei anteriormente revogada, assim se concretizará.

Visualizemos o esquema a seguir:



Em regra, quando uma lei é revogada, todas as leis anteriores por esta revogadas permanecem desta forma. Porém, como exceção, caso a lei posterior, no esquema representada pela “Lei C”, expressar que o vigor da lei anteriormente revogada, no caso a “Lei A”, retornará, assim será.

Resumindo. Em regra, as leis nascem para terem vigência indeterminada. Significa dizer que, uma vez em vigor, não sabemos até quando aquela lei vigorará. Exceção a essa regra são as chamadas leis temporárias em que já sabemos previamente a data de início e término de sua vigência (ex.: Lei Geral da Copa).

Apenas outra lei pode revogar totalmente (ab-rogação) ou parcialmente (derrogação) uma lei anterior. O ideal é que esta revogação seja expressa, ou seja, a própria lei revogadora indique quais artigos e/ou quais leis está revogando. Aliás, uma única lei pode revogar várias outras leis.

No entanto, nem sempre a lei revogadora informará quais leis estão sendo revogadas, hipótese esta denominada revogação tácita. À propósito, a revogação tácita ocorre quando a lei nova é incompatível com a lei anterior (ex.: CPC/73 → CPC/2015) ou discipline a mesma matéria de forma diferente (CLT → Lei dos Técnicos de Futebol / CLT → Lei Pelé).

Repristinação: Trata-se de fenômeno excepcionalíssimo, uma vez que, em regra, quando uma lei é revogada ela deixa de existir no universo jurídico.

Imagine que a lei X/2005 seja revogada pela lei Y/2010. Da mesma forma a lei Y/2010 seja revogada pela lei Z/2015.

Em regra, tanto a lei X quanto a lei Y estarão revogadas. No entanto, caso a lei Z expressamente declare a restauração da vigência da Lei X caracterizado está o

fenômeno da reprivatização. Perceba que, além de revogar a Lei Y, a Lei Z deve expressamente restaurar a vigência da Lei X.

Pode-se concluir, assim, que a reprivatização só ocorre de forma expressa.

8.6. Costumes

Os costumes são uma criação espontânea da sociedade, diferentemente das leis, cuja criação se dá através de fatos e do processo intelectual legislativo. Os cidadãos pensam inconscientemente em algo como jurídico e aquilo passa a valer como sendo obrigatório na mente das pessoas, ou seja, os costumes são as leis não escritas, diferentemente das normas de natureza material que, como já visto, expressam o desejo do Estado.

O costume somente é válido quando alcança relativa efetividade, ou seja, quando se alcança um certo nível de conhecimento e aplicabilidade por parte da população, sendo esta uma solução racional, visando o bem comum.

Cabe salientar que o processo de aplicação do costume é um processo lento, sendo realizado à medida que a população o necessita. Como diz o professor Mário César Rodrigues, “cultura é o modo como o povo resolve seus problemas”.

Definição. “Conjunto de normas de conduta social, criadas espontaneamente pelo povo, através do uso reiterado, uniforme e que gera a certeza de obrigatoriedade, reconhecidas e impostas pelo Estado. “

“Diante de uma situação concreta, não definida por qualquer norma vigente, as partes envolvidas, com base no bom-senso e no sentido natural de justiça, adotam uma solução que, por ser racional e de acordo com o bem comum, vai servir de modelo para casos semelhantes. Essa pluralidade de casos, na sucessão do tempo, cria a norma costumeira. “

Características do costume. São as características:

- 1) **Oralidade:** direito não escrito;
- 2) **Habitualidade:** repetição constante e uniforme de uma prática social, uso continuado;
- 3) **Consciência jurídica:** convicção social sobre a obrigatoriedade do costume, imitação.

Obs.: no Direito Penal o costume não é fonte jurídica, pois há o chamado Princípio da Reserva Legal: “*nullum crimen nulla poena sine lege*” (não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia combinação legal).

	LEI	COSTUME
AUTOR	Poder Legislativo	Povo
FORMA	Escrita	Oral
OBRIGATORIEDADE	Início da vigência	A partir da efetividade
CRIAÇÃO	Reflexiva	Espontânea
POSITIVIDADE	Validade que aspira à efetividade	Efetividade que aspira à validade
CONDIÇÕES DE VALIDADE	Cumprimento de formas e respeito à hierarquia das fontes	Ser admitido como fonte e respeito à hierarquia das fontes
QUANTO LEGITIMIDADE	À Quanto traduz os costumes e valores	Presumida

Espécies de costume. São as espécies:

1) Costume secundum legem:

Traduzido para “costume segundo a lei”, caracteriza-se quando a prática social coincide com a lei. Ocorre quando a lei introduz padrões comportamentais na sociedade, sendo, então, agregados.

Convém destacarmos que há autores que não consideram tal costume como sendo costume, de fato, pois afirmam que o costume deve ser voluntariamente gerado na sociedade e, portanto, por estas ações serem introduzidas por lei, não caracterizam, de fato, um costume.

2) Costume praeter legem:

Aplica-se no caso de haver lacunas na lei, aplicando-se, portanto, supletivamente, ou seja, com caráter substitutivo a aplicação de uma lei mais precisa à hipótese em questão.

Segundo o art. 1º do Código Civil Suíço: *“A lei rege todas as matérias às quais se referem a letra ou o espírito de uma de suas disposições. Na falta de uma disposição legal aplicável, deverá o juiz decidir de acordo com o Direito costumeiro e, onde também este faltar, como havia ele de estabelecer se fosse legislador. Inspirar-se-á para isso na doutrina e na jurisprudência”.*

Já o Código Civil Argentino, através do art. 17, admite a aplicação da norma costumeira somente quando a lei assim estabelecer.

3) Costume contra legem:

Afirma que o Costume deve ser utilizado quando as normas de Direito não se apresentarem de acordo com a prática social. Podemos citar como exemplo a Súmula 370, STJ:

Súmula nº 370 do Superior Tribunal de Justiça. Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado.

Segundo a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em seu art. 4º:

Art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os **costumes** e os princípios gerais de direito.

Afirma o Código Comercial em seu art. 673:

Art. 673 do Código Comercial. Suscitando-se dúvida sobre a inteligência de alguma ou algumas das condições e cláusulas da apólice, a sua decisão será determinada pelas regras seguintes:

[...]

3 - o **costume geral**, observado em casos idênticos na praça onde se celebrou o contrato, prevalecerá a qualquer significação diversa que as palavras possam ter em uso vulgar.

Segundo a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) em seu art. 8º:

Art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e **costumes**, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

8.7. Jurisprudência

Conceito. Rapidamente, Jurisprudência é o Direito criado nos Tribunais. Nos sistemas classificados como *common law*, a jurisprudência caracteriza o principal elemento do Direito, pois as acusações e as defesas, ou seja, o processo, é realizado com base na jurisprudência dos Tribunais, ou melhor, os Tribunais julgam determinado caso, sendo registrado o modo como determinado julgamento se deu, servindo este como base para futuros julgamentos de mesma matéria.

Seu significado foi alterado durante a História, sendo, em Roma, inicialmente, a “Ciência do Direito” (*juris + prudentia*). Atualmente, como descrito acima, a Jurisprudência é o conjunto de decisões dos Tribunais, aplicando o Direito no caso concreto. Deste modo, define-se, através dos Tribunais, o verdadeiro significado e alcance de determinada lei, colaborando para o seu melhor entendimento no meio jurídico.

Por exemplo, em caso já especificado anteriormente, no artigo 5º, XI, cujo texto prevê:

Art. 5º, XI, da Constituição Federal. A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Cabe à jurisprudência esclarecer qual é o entendimento acerca da definição de casa, flagrante delito e dia.

Tipos de jurisprudência. Temos, de maneira geral, dois tipos de jurisprudência: a jurisprudência em sentido amplo e a jurisprudência em sentido estrito.

1) Jurisprudência em sentido amplo:

A Jurisprudência em Sentido Amplo, sendo a decisão dos Tribunais sobre determinada matéria jurídica, divide-se em uniforme e divergente ou contraditória.

A Jurisprudência Divergente ou Contraditória é, por exemplo, no caso do Depositário Infiel, anteriormente à Súmula Vinculante nº 25-STF, quando diferentes juízes julgavam este mesmo caso de maneira diferente, ou seja, alguns juízes possuíam um entendimento a favor da prisão, enquanto outros possuíam um entendimento contra a prisão. Concluindo, Jurisprudência Divergente ou Contraditória é quando não há uniformidade na interpretação dos Tribunais e agentes do Judiciário.

A Jurisprudência Uniforme, Pacífica ou Determinante é aquela em que os agentes do Judiciário e Tribunais apresentam um mesmo entendimento acerca de determinada matéria. Por exemplo, no caso do overbooking – cujo significado é “excesso de reservas” e ocorre quando uma empresa vende ou reserva bilhetes ou passagens acima do número de lugares realmente disponíveis, esperando a comum desistência ou atraso de uma parcela dos compradores e, desta forma, não havendo prejuízos para a empresa -, nesta hipótese, pode não ocorrer a perda normal de passageiros, acarretando na lotação total do transporte em questão, ficando alguns passageiros sem lugar. O entendimento dos Tribunais acerca desta matéria é majoritário, ou seja, uniforme. Grande parte dos Tribunais entende o prejuízo causado pelo overbooking passível de processo indenizatório.

2) Jurisprudência em sentido estrito:

A Jurisprudência em Sentido Estrito é o conjunto de decisões uniformes, prolatadas pelos órgãos do Poder Judiciário, sobre uma determinada questão jurídica.

Jurisprudência ≠ Precedente Judicial. Convém destacarmos este ponto. Não se deve confundir Jurisprudência e Precedente Judicial.

Como visto anteriormente, a Jurisprudência é o conjunto de decisões dos Tribunais sobre determinada matéria jurídica. Já o Precedente Judicial é a decisão firmada acerca de um único caso. Por exemplo, a prisão civil do depositário infiel, após reiteradas decisões judiciais, tornou-se jurisprudência, porém o caso do feto anencefálico, por possuir poucos casos acerca deste assunto, caracteriza precedente judicial.

Cabe salientar, ainda, que, sendo o primeiro caso acerca de determinada matéria, o precedente judicial denominar-se-á leading case (caso condutor). Por exemplo, como resolução do antecedente anterior, a ADPF 54 (Arguição do Descumprimento de Preceito Fundamental) – que concedeu a possibilidade de antecipação do parto de fetos anencefálicos.

Jurisprudência ≠ Costume. Segue a tabela:

JURISPRUDÊNCIA	COSTUME
Produto do Poder Judiciário	Produto do povo mediante a coletividade
Formada diante dos conflitos referentes às decisões dos Tribunais	Criada a partir do relacionamento social, mediante o cumprimento de seus deveres e direitos
Criação reflexiva e intelectual	Criação espontânea

Jurisprudência cria o Direito? Como já dito, nos ordenamentos filiados ao sistema *common law*, a jurisprudência é o principal meio de expressão do Direito, ou seja, os julgamentos são fundamentados pelos entendimentos dos casos antecedentes: a jurisprudência. Neste caso, a Jurisprudência é o próprio Direito.

Ao contrário, nos estados cujos ordenamentos seguem a *civil law*, cabe à jurisprudência, como dito anteriormente, também, aplicar o Direito, já existente, no caso concreto, definindo o verdadeiro significado e aplicação das leis. Portanto, cabe aos tribunais somente a interpretação e integração das leis que já estão definidas por meio do Ordenamento Jurídico. Caso os juízes passem criar leis, haverá uma intromissão do Poder Judiciário nas funções do Poder Legislativo.

O Judiciário pode se utilizar, também, da analogia. Ato caracterizado pela aplicação da lei mais próxima a um caso que não possua, especificamente, uma lei que o preveja. Por exemplo, não existindo uma lei que especifique acidentes de metrô, usa-se a lei que especifica o acidente de trens.

Ativismo judiciário. Em regra, em países que adotam o Sistema Romano-Germânico (*civil law*), os juízes devem ser aplicadores do Direito. Significa dizer que o que se espera de um magistrado é que ele julgue o processo de acordo com a legislação vigente. No entanto, existem situações em que a própria lei é omissa (inexistente) ou a própria lei viola direitos fundamentais, negando proteção jurídica a algumas pessoas.

Nessas circunstâncias, alguns juízes passavam a ter uma postura mais ativa, criando direitos através de decisões judiciais.

À título de exemplo, o STF, ao julgar o caso da união estável homoafetiva, percebendo que a legislação da época negava proteção a estas pessoas, firmou o entendimento sobre a possibilidade dessa união estável ser equiparada à união estável tradicional.

O que se observa é que os direitos dos homoafetivos foram garantidos por uma decisão judicial e não por uma lei.

Outra hipótese de ativismo pode ser demonstrada quando um juiz determina a construção de uma escola em um determinado bairro. Nota-se que esta é uma decisão política e deveria ser tomada pelo prefeito ou governador, bem como por vereadores.

Não há consenso na doutrina se o ativismo é benéfico ou prejudicial, haja vista que, da mesma forma que esta postura mais ativa pode garantir direitos, ela também pode comprometer direitos (a exemplo da decisão que estoura/arrebenta [exorbita] o orçamento de um Município ao obrigá-lo a custear um tratamento médico).

A jurisprudência vincula os Tribunais? No sistema de *common law*, como na Inglaterra, tem-se como principal fonte do Direito a Jurisprudência, vinculando-a, portanto, sem dúvida, aos Tribunais. Tem-se este entendimento, inclusive, para a unificação do processo judiciário, pois a cultura em determinadas partes da Inglaterra era divergente. Portanto, a partir da concretude dos entendimentos jurídicos, houve uma unificação dos processos.

Nos Estados de *civil law*, como no Brasil, a Jurisprudência somente orienta, informa, possui autoridade científica, exceto os entendimentos publicados por meio de Súmula Vinculante, controle concentrado de constitucionalidade, recursos com repercussão geral etc. Portanto, cabe aos juízes de instâncias inferiores acompanharem a orientação hermenêutica (interpretativa) dos Tribunais Superiores.

8.8. Doutrina

Definição. Conhecida, também, como Atividade Jurídico-Científica, é o estudo e a criação de teorias acerca do Ordenamento Jurídico, feita pelos juristas, com o objetivo de interpretar e sistematizar (apresentar a funcionalidade) das normas vigentes, bem como a criação de reclamações jurídicas de acordo com a necessidade momentânea da sociedade.

Principais funções. São três as principais funções da Doutrina:

1) Função criadora:

O Direito, como afirma Anaximandro em sua célebre frase: “de onde as coisas têm seu nascimento, para lá também devem afundar-se na perdição, segundo a necessidade, pois eles devem expiar e ser julgados pela sua justiça, segundo a ordem do tempo”, altera-se de acordo com o tempo em que se encontra. Cabe a doutrina, por isso, aperfeiçoar, através da atividade jurídico-científica, o Ordenamento vigente, alterando e substituindo os institutos obsoletos e ultrapassados. A doutrina é responsável, por exemplo, pelos neologismos, conceitos novos, teorias e institutos no mundo jurídico.

Por exemplo, criou-se inicialmente na doutrina o entendimento acerca da União-estável homoafetiva que, posteriormente, foi aderida por acórdão do STF. Outro exemplo é a criação da exceção de pré-executividade no Direito Tributário que foi aderida ao CPC-2015.

2) Função prática:

Cabe à doutrina desenvolver o estudo acerca do Direito Positivo, ou seja, desenvolver o estudo acerca da lei escrita. Caracterizando-se como de grande relevância, a doutrina sistematiza o estudo do Direito, reunindo, por exemplo, todas

as disposições acerca das matérias mencionadas por ela em determinado estudo direcionado. Convém, inclusive, a interpretação, a revelação do sentido, bem como o alcance das leis vigentes no Ordenamento Jurídico. Ou seja, cabe à doutrina, elencar quais são assuntos pelos quais se deve estudar determinado assunto, aplicar determinada lei, executar determinado processo etc.

3) **Função crítica:**

Contudo, não cabe à doutrina apenas a criação e sistematização da lei vigente. Cabe à doutrina, também, por a lei à prova, julgá-la de acordo com sua eficiência, apontando os caracteres falhos da mesma. Convém realizar a análise lógica, sociológica e moral do Ordenamento.

Entende-se que somente haverá uma mudança no entendimento, uma vez que determinado assunto seja debatido e posto à prova por argumento contrário ou crítico, ou seja, é através da dialética que o Direito se modifica, através da provação sob as quais as leis devem passar para que sua eficiência seja concretizada ou para que sejam substituídas por entendimento relativamente atual.

Podemos citar como exemplo, no contexto de criação do art. 5º, §3º, CF, a crítica feita pela doutrina sobre este mesmo artigo. O texto deste prevê: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, porém omite a informação acerca da aprovação dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos anteriormente à publicação deste artigo e, também, aos Tratados aprovados por maioria simples. Neste contexto, há uma grande carga de críticas feitas pela doutrina acerca da incapacidade de clareamento do entendimento jurídico por parte deste artigo. Destas críticas, surge, através dos REs (Recursos Extraordinários) nº 349.703 e 466.343, o entendimento acerca destas informações.

9. **Procedimentos de Integração: Analogia e Princípios Gerais do Direito**

9.1. **Noções de Integração e de Lacunas**

Visão positivista. “O positivismo jurídico, em sua versão ideológica, sustenta que a justiça das normas se reduz ao fato de que elas são fixadas por quem tem força para fazê-las respeitar. “

Segundo Kelsen, o conhecimento jurídico depende tão somente da razão, afastando todo e qualquer pensamento moral e ético da concepção jurídica, afirmando que somente assim se poderia criar normas neutras, ou seja, as normas são autossuficientes, sendo o único mecanismo para a resolução de litígios, apresentando, ainda, todos os elementos necessários para a resolução de qualquer problema.

Portanto, para os positivistas, o Direito não apresenta lacunas.

Realidade. Não é isso que acontece, contudo, uma vez que o Direito apresenta antinomias, lacunas. Porém, é comum que o próprio Direito apresente mecanismos para que estas lacunas sejam superadas.

Um exemplo clássico de antinomia é o caso do depositário infiel. Enquanto a Constituição Brasileira permitia a prisão desses indivíduos, o Tratado Internacional de Direito Humanos não permitia.

O ato de preenchimento das lacunas denomina-se integração. Ocorre quando a própria lei indica o elemento que encobertará a lacuna (analogia), seja por princípios jurídicos, seja por lógica ou juízo de valores (princípios gerais do Direito).

Cabe salientar, ainda, que a lacuna não só surge mediante a omissão da legislação. A sociedade está em constante mudança. Há situações que a legislação não acompanha, ficando o texto de lei obsoleto, necessitando, inclusive, a criação de novas normas para tal exigência - chamado desencontro cronológico. Nestes casos, o legislador deixa a interpretação a critério do julgador.

Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Esta lei se destina a definir regras que sejam aplicáveis a todo o sistema jurídico brasileiro. É a antiga LICC (Lei de Introdução ao Código Civil) e está em vigor desde 1942.

A LINDB se aplicará sempre que não houver lei especial regulamentando a matéria. À título de exemplo, na Justiça do Trabalho, caso exista uma lacuna na lei, deverá o juiz aplicar a jurisprudência inicialmente ao invés da analogia, conforme determinado no art. 8º da CLT.

Integração segundo a LINDB. Afirma o seu art. 4º:

At. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.

Por último, é necessário que esclareçamos a natureza jurídica da integração. Esta não é ato interpretativo da lei, pois “não formula diretamente a norma jurídica”, mas apenas um mecanismo cuja função é identificar um elemento capaz de suprir a lacuna/ antinomia. Diferentemente da integração temos, por exemplo, a chamada mutação constitucional – esta altera a interpretação do texto legal, sem que haja alteração no texto propriamente dito. Podemos citar, por exemplo, o caso da união estável homoafetiva.

Lacunas. São os elementos:

1) Regras:

Uma vez que haja conflito entre regras, convém que entendamos a aplicação de somente uma delas. É o chamado *princípio do “tudo ou nada”*. Não é possível que se aplique duas regras distintas ao mesmo caso.

2) Princípios:

Havendo-se conflito entre princípios, em contraponto, convém que façamos uma análise entre os mesmos, decidindo qual é o princípio mais adequado para determinado caso.

Neste ponto, é necessário que citemos as obras dos filósofos do Direito, como Humberto Ávila, Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Analisemos, portanto, a obra do último destes citados.

Segundo Robert Alexy, uma vez que haja conflito entre princípios, convém que utilizemos o Princípio da Proporcionalidade. Segundo o filósofo, encontrar-se-á, normalmente nos chamados *hard cases*, princípios que se contradigam. Estabelece-se, assim, três elementos que devem ser seguidos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação, segundo Virgílio Afonso da Silva, “não é somente o meio com cuja utilização um objeto é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objeto é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. [...] Desta forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”;

Ainda segundo Virgílio, “um ato estatal (por exemplo) que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.” Sendo assim, “a diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindível comparativo, enquanto que o da adequação é um exame absoluto”;

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, “consiste em um sopesamento (ponderação) entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”. Assim, para que um ato seja considerado “desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.”

9.2. O Postulado da Plenitude da Ordem Jurídica

Retomando a visão de Kelsen, o postulado da plenitude da ordem jurídica afirma que o Direito é capaz de resolver qualquer litígio, ou seja, o Direito apresenta a solução para todos os problemas aos quais é submetido.

Um reflexo disso, por exemplo, é o fato de não ser possível que um juiz se recuse a julgar um caso por falta ou obscuridade da lei.

A ordem adotada em casos de lacuna/ antinomias, dá-se pelo fato da LINDB ter sido criada em 1942 [período positivista], inicialmente com o nome LICC – Lei de Introdução ao Código Civil, não desejando a utilização dos princípios. Atualmente, porém, citando-se os casos da união estável homoafetiva e do aborto de fetos anencefálicos, é muito importante que se utilize primeiramente os princípios – “Teoria dos Princípios. “

Atualmente, como vimos anteriormente, segundo o art. 4º, LINDB, deve-se seguir a analogia, os costumes e, por último, os princípios gerais do Direito, respectivamente.

Conclusão. O postulado da plenitude do Ordenamento Jurídico estabelece que o Ordenamento Jurídico, embora possa apresentar lacunas, não poderá deixar de apresentar resposta ao jurisdicionado. Significa dizer que, embora existam omissões legais e antinomias (conflito entre duas ou mais normas), o juiz deverá se socorrer nos métodos de integração do direito para resolver o caso concreto.

Assim determina a LINDB que, na ausência de lei, o magistrado deverá buscar a solução jurídica na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito. Ademais, importante pontuar que esta ordem de preferência é definida pela lei.

9.3. Analogia

Analogia é um recurso técnico cujo objetivo é apresentar uma solução semelhante já existente a um caso não especificado em lei (omissão).

Segundo o **Dicionário Jurídico Acquaviva**, “analogia é um termo que revela ideia de proporção, de correspondência, de semelhança. [...] No plano jurídico, a analogia pode ser conceituada como o processo lógico pelo qual o aplicador da lei adapta, a um caso concreto não previsto pelo legislador, norma jurídica que tenha o mesmo fundamento. Poderia ser conceituada, em outras palavras, assim: operação que consiste em aplicar, a um caso não previsto, norma jurídica concernente a uma situação prevista, desde que entre ambos exista semelhança e a mesma razão jurídica para resolvê-los de igual maneira.” Continuando: “Há três pressupostos para a invocação do processo análogo: a) existência de uma lacuna real na lei, vale dizer, uma omissão involuntária do legislador; b) o dispositivo legal invocado deve ser suscetível de extensão; c) no caso omissivo, deve ser verificada perfeita paridade das razões que governam as disposições no caso expresso em lei. “

Como dito anteriormente, não configura fonte formal, ou seja, não define interpretação legal, mas sim é mecanismo utilizado pelo intérprete para se chegar à lei semelhante. É aplicada “somente quando a ordem jurídica não oferece uma regra específica para determinada matéria de fato. “ Assim, “não há de confundir a analogia com a interpretação da lei, pois aquela é, na verdade, técnica de integração, preenchimento de lacunas da lei ou do contrato. Nesse sentido a analogia não se confunde principalmente com a chamada interpretação extensiva, técnica de interpretação que estende o alcance da lei a casos que o legislador previu, mas não conseguiu expressar no texto legal, ou seja, *minus dixit quam voluit*, ou disse menos do que queria. “

Não poderá, ainda, o legislador adicionar determinada lei a determinado caso lacunar mediante próprio desejo. É necessário que a responsável por suprir a lacuna seja de fundamental semelhança em relação à demanda. Sendo assim, *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio esse debet* – onde há mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição legal.

Conclusão. É o método de pesquisa para se identificar uma norma que possa resolver o caso concreto, embora não tenha sido inicialmente pensada para isso. O que se deve buscar é a semelhança fundamental entre o conflito existente e a solução jurídica prevista para um caso análogo.

Ex.: a Constituição Brasileira determina em seu art. 37, VII o direito de greve para os servidores públicos. Ocorre que para ser exercido, tal direito necessita de lei regulamentadora. Como desde 1988 esta lei ainda não foi editada, constata-se a lacuna, ou seja, a omissão legal que neste caso inviabiliza o direito previsto na Constituição.

Considerando que o art. 5º, §1º, CRFB determina que os direitos fundamentais têm aplicação imediata, o STF, ao julgar mandado de injunção, aplicou, por analogia, a lei de greve da iniciativa privada aos servidores públicos, no que couber.

Exemplos de analogia:

1) Extensão da culpa presumida nos transportes atuais:

Estendeu-se a questão de culpa presumida referente ao Decreto 2.681/1912 (Responsabilidade Civil das Estradas de Ferro) aos transportes atuais.

Por algum motivo, imaginemos que em algum momento a bagagem de um indivíduo em 1912 caísse de um trem – o chamado extravio de bagagem. Nesta circunstância, o trem tem responsabilidade sobre a bagagem do passageiro? Depende. Em casos fortuitos e de força maior, um raio atinge o trem, fazendo com que o mesmo caia em um rio, por exemplo, não se vincula a responsabilidade. Porém, na maioria das vezes há sim responsabilidade, é a chamada culpa presumida, ou seja, uma vez que se tenha comprado o bilhete, é lógico que o trem tenha responsabilidades sobre a bagagem dos ocupantes.

Agora, imaginemos nos dias de hoje. Uma vez que o ônibus ou metrô, por exemplo, percam a bagagem dos passageiros será responsabilizado? Sim, mediante a aplicação do decreto 2.681/1912.

2) Direito de greve dos servidores públicos civis:

Inicialmente, os servidores públicos têm o direito à greve? Sim, de acordo com o art. 37, VII, CRFB – “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei especial. “

Porém, existe lei especial que disponha desse direito? Não, não respeitando o art. 5º, §1º, CRFB – “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. “

Assim, através do mandado de injunção 708 – documento indagando sobre um direito que não é garantido por ausência de lei -, esta matéria passou a ser discutida no STF, prevalecendo sua decisão “até a edição da legislação específica pertinente. [...] Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das leis nºs 7.701/88 e 7.783/89” – lei referente à iniciativa privada. Ou seja, ficou estabelecida a aplicação da lei referente à iniciativa privada, no que couber, em relação à omissão legislativa quanto ao direito de greve dos servidores civis (analogia).

Todos os servidores públicos podem entrar em greve? Não. Por exemplo, não poderá entrar em greve os policiais civis.

9.4. Princípios Gerais do Direito

Introdução. Como visto, de acordo com o **postulado/ princípio da plenitude da ordem jurídica**, o Direito Positivo não apresenta lacunas, sendo autossuficiente e apresentando respostas acerca de toda e qualquer matéria necessária.

Portanto, não havendo lei específica sobre o caso concreto, determina a LINDB:

“1. Diante de uma situação fática, os sujeitos de direito, necessitando conhecer os padrões jurídicos que disciplinam a matéria, devem consultar, em primeiro plano, a **lei**;

2. Se esta não oferecer a solução, seja por um dispositivo específico, ou por **analogia**, o interessado deverá verificar da existência de **normas consuetudinárias (costumeiras)**;

3. Na ausência da lei, de analogia e costume, o preceito orientador há de ser descoberto mediante os princípios gerais de Direito.”

Conceito. Segundo o **Dicionário Jurídico Acquaviva**, “*princípios gerais do direito são os que decorrem do próprio fundamento da legislação positiva, que, embora não se mostrando expressos, constituem os pressupostos lógicos necessários das normas legislativas.*”

Aplicação/função. “Os princípios gerais do direito têm grande importância no preenchimento das lacunas da lei, em face de seu caráter normativo à falta de lei ou costume aplicável ao caso concreto”, atuando, portanto:

- 1) Norteadando a elaboração das leis – as regras jurídicas são “irradiações de princípios” – e;
- 2) Na aplicação do Direito, uma vez que haja lacunas.

São alguns exemplos de princípios gerais do direito:

- 1) Todos são iguais perante a lei;
- 2) *Cogitationis poenam nemo patitur* (ninguém deve ser punido por seus pensamentos);

- 3) *Narra mihi factum dabo tibi jus* (diz-me o fato e te darei o direito – ninguém é obrigado a citar os dispositivos legais nos quais ampara sua pretensão, pois se presume que o juiz os conheça);
- 4) *Ad impossibilia nemo tenetur* (ninguém será obrigado ao impossível);
- 5) *Impossibilia, nulla obligatio est* (idem);
- 6) *Nemo auditur propriam turpitudinem* (ninguém beneficiar-se-á da própria torpeza – Riggs x Palmer, por exemplo).

Natureza jurídica dos princípios gerais do direito. São as correntes:

1) Corrente positivista:

- a) Os princípios gerais de Direito expressam elementos contidos no ordenamento jurídico – segurança jurídica – se se conhece os princípios jurídicos, tem-se maior segurança quanto a sua aplicação;
- b) Se os princípios se identificassem com os do Direito Natural, abrir-se-ia um campo ilimitado ao arbítrio judicial;
- c) A vinculação de tais princípios ao Direito Positivo favorece a coerência lógica do sistema;
- d) Os ordenamentos jurídicos possuem um grande poder de expansão que lhes permite resolver todas as questões sociais.

2) Corrente jusnaturalista:

- a) Os princípios estão acima das leis, ou seja, são suprapositivos;
- b) Os princípios são derivados de questões eternas, imutáveis e universais, ou seja, os Princípios Gerais do Direito, segundo os jusnaturalistas, derivam do Direito Natural – como diz o **Dicionário Jurídico Acquaviva**, “Santo Tomás de Aquino (1225-1274) já empregava a expressão *princípios gerais do direito natural*, ao perquirir a origem das leis humanas na lei natural. “

Direito comparado. Como diz Clóvis Beviláqua, “*não se trata, como pretendem alguns, dos princípios gerais do direito nacional, mas, sim, dos elementos fundamentais da cultura jurídica humana em nossos dias.* “

Segundo o **Dicionário Jurídica Acquaviva**, “*os princípios gerais de direito positivo se revestem de nítido conteúdo ideológico, pois refletem a orientação de cada concepção política no tempo e no espaço.* “

Segundo o professor Limongi França, no Código Civil das Nações Cultas, há nações que nem sequer citam os princípios gerais do direito, como a França, Alemanha e Japão; enquanto há outros países que citam tais direitos. Na Suíça e no Chile se diz *equidade natural*; na Áustria se diz *princípios gerais do direito natural*; no Brasil, Argentina, México, Espanha se diz *princípios gerais de direito*; na Itália se diz *princípios do ordenamento jurídico do Estado*.

Conclusão. São os princípios que estruturam o Ordenamento Jurídico consagrando valores universais que integram o direito contemporâneo existente nas principais nações civilizadas.

Tais princípios devem ser observados quando as leis estão sendo criadas, bem como para solucionar lacunas legais.

Ex.: imagine que um filho mate o próprio pai, objetivando ficar com a herança patrimonial. Ainda que não exista na legislação nenhuma lei que exclua este filho da sucessão hereditária (a possibilidade de ser herdeiro), tal conduta viola um princípio geral de direito, ou seja, o princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza (ninguém pode obter vantagem ou benefício que seja decorrente de um ato ilícito).

*O juiz do trabalho, quando não houver lei específica, usará, primeiramente, a justificativa.

10. Ato Jurídico Perfeito/Direito Adquirido/ Coisa Julgada

10.1. Introdução

Inicialmente, convém que tenhamos conhecimento da seguinte premissa: as relações jurídicas não podem ser eternas. Tal premissa garante ao Direito a segurança quanto à execução e a efetividade dos processos.

Vejamos um exemplo, os crimes, na grande maioria, são prescritíveis. Prescrição, segundo o **Dicionário Jurídico Acquavida**, é o “meio de se libertar, juridicamente, de uma prestação, em face da inércia do titular de um direito. “

Segundo Pontes de Miranda, a prescrição “é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação” (*Tratado de direito privado*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. tomo VI, §662, p.100).

Norma atual regula situações anteriores? O art. 6º, LINDB define cada um dos elementos que será destrinchado neste tópico, além da obrigatoriedade da lei no tempo e da limitação da eficácia da nova ordem em conflito com a anterior. Segue o texto:

Art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957).

§1º. Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957).

§2º. Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957).

§3º. Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957).

Apresentando-se uma nova norma vigente, é comum que esta apresente conflitos em relação ao disposto (estabelecimento de Negócios Jurídicos) e estabelecido pela norma anterior. Assim, “a norma mais recente só teria vigor para o futuro ou regularia situações anteriormente constituídas?”

Solução. Para solucionar esta questão, usa-se os seguintes critérios:

- 1) As chamadas disposições transitórias ou direito intertemporal. Estas são apresentadas pela própria nova norma, tendo como objetivo estabelecer a relação existente na alteração entre a norma antiga e a norma atual, pretendendo resolver e evitar conflito entre as duas.
 - a. Por exemplo, a Constituição Brasileira é formada por:
 - I. Preâmbulo;
 - II. Corpo;
 - III. ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.
- 2) A chamada retroatividade - em regra, as novas leis apresentam caráter prospectivo, ou seja, somente se aplicam aos casos a partir de sua vigência, são exceções os casos em que a lei retroage. Podemos citar, por exemplo, o instituto Retroatividade da Lei Penal Benéfica, retroagindo, no Direito Penal, somente a lei benéfica ao réu (art. 5º, XL, CRFB). Segundo o **Dicionário Jurídico Acquaviva**, “no direito privado, ao contrário do que usualmente se pensa, a lei pode retroagir, desde que não atinja o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (CF: arts. 5º, XXXVI; LINDB: art. 6º)” – e a irretroatividade – ocorre quando a nova regra não se aplica a qualquer situação jurídica constituída anteriormente. Por exemplo, no Código Civil de 1916 os regimes de bens eram diferentes do então estabelecido pelo Código de 2002. Assim, os casamentos constituídos pelo regime de bem anterior (1916) permanecem sob as regulações desta norma – segundo o art. 2.039, CC/02, “O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, **é o por ele estabelecido**. “Desta forma, “a norma revogada por outro não mais produzirá efeitos, mas sua incidência, isto é, a configuração de situação já consolidada, permanece.”

10.2. Ato Jurídico Perfeito

Segundo o **Dicionário Jurídico Acquaviva**, “o adjetivo *perfeito* qualifica o ato jurídico cujas formalidades foram regularmente cumpridas, não devendo, lei nova, desconstituir seus efeitos. Já se vê que *perfeito* é ato que se *perfez*, que teve todas as suas fases transcorridas. “

Assim sendo, o ato jurídico cujas formalidades não tenham sido respeitadas, apresenta vício de execução. Por exemplo, mesmo que passe em concurso público, o indivíduo que não estiver em dia com os deveres militares não poderá tomar posse.

Segundo Clóvis Beviláqua, “imagine-se que é praticado um ato jurídico qualquer, na vigência de uma lei que exige certas e determinadas formalidades, mas que a execução desse ato seja suspensa por algum tempo. Nesse meio tempo intervém uma lei nova, alterando os dispositivos referentes à forma do ato.

Suponhamos que a lei nova é mais rigorosa, ou simplesmente que seja diferente. O interessado, apoiado nas prescrições da lei nova, poderia talvez querer fugir ao cumprimento dos seus deveres, alegando que a lei nova considera aquele ato ilegal, nulo. O Título Preliminar (Introdução) vem declarar que assim não é, que desse ato, como já acabado, não de ser deduzidas as suas naturais consequências, e a obrigação que ele faz nascer há de ser forçosamente cumprida. Este e outros casos que se podem figurar mostram que é preciso que nós digamos que a lei nova não pode prejudicar o ato jurídico que está consumado (*Trabalhos da câmara*. v. 4, pp. 9-10, in *Código Civil brasileiro interpretado*, 15. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos S/A, 1992. v. 1, p. 47). “

Ou seja, o Ato Jurídico Perfeito é aquele cuja consumação se deu de acordo com a norma vigente ao tempo em que ocorreu tal consumação, sendo apto para produzir seus efeitos, não podendo norma nova alterar tais efeitos, salvo exceções.

Visualizamos, portanto, que o Ato Jurídico Perfeito é uma forma de proteger o Direito Adquirido, uma vez que se a norma nova invalidasse o Ato Jurídico Perfeito por ter sido consumado sob vigência de lei anterior, invalidar-se-ia, também, o Direito Adquirido por falta de fundamento e não obtenção de acordo com as formalidades estabelecidas pela lei vigente.

Citemos um exemplo: o título de bacharel em Direito era conquistado, antigamente, mediante o curso de quatro anos. Recentemente, porém, o curso de Direito passou a ter cinco anos. Os bacharéis de Direito que se formaram mediante um curso de quatro anos, tendo o Direito Adquirido mediante Ato Jurídico Perfeito de acordo com as formalidades da época, não necessitarão completar o curso de acordo com as novas exigências estabelecidas posteriormente.

10.3. Direito Adquirido

Segundo o **Dicionário Jurídico Acquaviva**, “direito adquirido é aquele que a lei considera definitivamente integrado ao patrimônio de seu titular. Assim, quando alguém, na vigência de uma lei determinada, adquire um direito relacionado a esta, referido direito se incorpora ao patrimônio do titular, mesmo que este não o exercite, de tal modo que o advento de uma nova lei, revogadora da anterior relacionada ao direito, não ofende o *status* conquistado, embora não tenha este sido exercido ou utilizado; p. ex., o funcionário público que, após 30 (trinta) anos de serviço, adquire direito à aposentadoria, conforme a lei vigente, não pode ser prejudicado por eventual lei posterior que venha a ampliar o prazo para aquisição do direito à aposentadoria. O não exercício do direito não implica a perda do direito adquirido na vigência da lei anterior, mesmo que ele não seja exercitado. Ao completar, na vigência da lei anterior, 30 (trinta) anos de serviço, o titular do direito *adquiriu* o direito subjetivo de requerer sua aposentadoria em qualquer época, independentemente da alteração do prazo aquisitivo por lei posterior. É preciso, contudo, não confundir *direito adquirido* com *expectativa de direito*, pois esta não passa de mera possibilidade de efetivação de direito sujeito à realização de evento *futuro*. Se este não ocorre, o direito não se consolida; p. ex., a herança somente se consolida com a morte daquele que é seu autor. Enquanto esta não se realiza, o

herdeiro tem mera expectativa de direito sobre os bens do autor da herança. “ Outro exemplo, ainda: segundo o STF (Informativo nº 0531) – *expectativa de direito à nomeação em concurso público*: “O candidato aprovado fora das vagas previstas no edital não tem direito subjetivo à nomeação, ainda que surjam novas vagas durante o prazo de validade do certame, seja em decorrência de vacância nos quadros funcionais, seja em razão da criação de novas vagas por lei. “

Segundo Gabba, direito adquirido seria “todo direito que é consequência de um fato idôneo para gerá-lo em razão de lei vigorante ao tempo em que tal fato teve lugar, muito embora a ocasião em que ele possa vir a atuar ou a valer ainda não se tenha apresentado antes da entrada em vigor de um nova norma relativa ao mesmo assunto e que, nos termos da lei nova sob o império da qual o fato aconteceu, tenha ele (o direito originado do fato acontecido) entrado, imediatamente, a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu. “

Concluimos, portanto, que o Direito Adquirido é uma consequência direta do Ato Jurídico Perfeito.

10.4. Coisa Julgada

Segundo o **Dicionário Jurídico Acquaviva**, coisa julgada é a “relação jurídica objeto de apreciação judicial e definitivamente decidida. A sentença faz coisa julgada entre as partes. [...] **Coisa julgada formal**: Qualidade da sentença já prolatada que a torna imutável, em face da preclusão. [...] **Coisa julgada material**: Expressão que denomina a imutabilidade da sentença já proferida, não apenas do ponto de vista *formal*, com efeito da preclusão, mas também da imutabilidade dos *efeitos* da decisão. O CPC/2015 a define no art. 502, assim: ‘art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeito a recurso. “

Ou seja, resumindo, coisa julgada é o processo que não pode ser atacado por recursos; é o processo que traz à sentença o caráter imutável e indiscutível. Em outras palavras, é o processo que já tenha sido transitado em julgado. Porém, convém não confundirmos *trânsito em julgado* e *coisa julgada*, pois a primeira refere-se à data cujo *status* do processo se torna, a partir daquele, *coisa julgada*.

Tal instituto foi criado para que a sentença do processo se perpetue, não podendo ser alterado após trânsito em julgado.

Como dito anteriormente, há dois tipos de coisa julgada: material e formal.

- 1) **Coisa Julgada Material**: atua fora do processo, tendo como objetivo impedir que qualquer lei prejudique a sentença ou que algum juiz volte a julgar o mesmo processo;
- 2) **Coisa Julgada Formal**: atua dentro do processo em razão de uma preclusão máxima, ou seja, impede-se que se use uma “determinada faculdade processual civil (por exemplo), seja pela não utilização dela na ordem legal, seja por ter-se realizado uma atividade que lhe é incompatível, seja por ela já ter sido exercida.“

Ação rescisória. A coisa julgada, contudo, ainda poderá ser desconstituída, uma vez que, dentro do prazo de dois anos, se apresente ação rescisória.

As exigências para apresentação da ação rescisória estão previstas no art. 966, CPC:

Art. 966 do Código de Processo Civil. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I – se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II – for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III – resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV – ofender a coisa julgada;

V – violar manifestamente norma jurídica;

VI – for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII – obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII – for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

Relativização da coisa julgada: investigação de paternidade e exame de DNA.
A Coisa Julgada não é imutável.

Ocorreu o seguinte caso: anteriormente, não existiam os exames de paternidade. Sendo assim, é comum que alguns casos tenham sido julgados de maneira equivocada. Uma vez desenvolvido o teste de DNA, inúmeros pedidos foram feitos para que houvesse um novo processo de identificação paternal, mediante a utilização de tal exame. Porém, uma vez que o processo já havia sido julgado, sendo barreira a ofensa à coisa julgada, não se poderia ocorrer novo processo sobre o mesmo caso/ objeto. Assim, o caso foi parar no STF.

Ocorre que, mediante o RE 363.889/DF, discutiu-se no STF se os indivíduos anteriormente sentenciados como sendo pai de determinada criança, anteriormente ao surgimento do exame de DNA, poderiam apresentar novo pedido de paternidade, utilizando-se da tecnologia posteriormente criada. Segundo o Rel. Min. Dias Tóffoli, “o Tribunal *a quo* fez-se valer da técnica de conflito entre princípios, tendo, de um lado, a segurança jurídica (criada mediante o *status* de coisa julgada), e, de outro, a dignidade humana e a paternidade responsável. “ A decisão foi tal: “exige-se, portanto, a tomada de uma posição firme desta Corte, no sentido de relativizar-se a coisa julgada. [...] Ante o exposto, pelo meu voto, Senhor Presidente, conheço dos

recursos extraordinários e lhes dou provimento para, reformando o acórdão recorrido, afastar o arguido óbice da coisa julgada e, por conseguinte, o decreto de extinção do processo sem apreciação do mérito, para permitir o prosseguimento da ação de investigação de paternidade em tela, até seus ulteriores termos, tal como havia sido corretamente determinado pelo Juízo de Primeiro Grau. “Ou seja, decidi-se relativizar a Coisa Julgada para que se faça o exame de paternidade (direito fundamental à informação genética – segundo o Direito Alemão).”

11. Hermenêutica Jurídica

11.1. Conceito

Segundo o **Dicionário Jurídico Acquaviva**, hermenêutica jurídica “do grego *hermeneutiké téchné*, arte de interpretar. *Hermenéuó*: interpreto (*Hermeneúein*, derivado de Hermes, intérprete da vontade divina). O vocábulo *hermenêutica* designava, principalmente, a arte de interpretar a Bíblia. Conjunto de princípios gerais que o exegeta deve seguir para interpretar a lei no caso concreto. A hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. [...] O verdadeiro objetivo da hermenêutica jurídica é fixar os princípios que regem a interpretação das leis em geral, ao passo que a interpretação propriamente dita consiste em determinar o sentido e o alcance de uma lei determinada. “

Segundo, “interpretação é o ato de explicar o sentido de alguma coisa; é revelar o significado de uma expressão verbal, artística ou constituída por um objeto, atitude ou gesto. “Segundo o Dicionário Houaiss, interpretar é “determinar o significado preciso de (texto, lei etc); adivinhar a significação de algo por indução; dar certo sentido a; entender; julgar.”

11.2. Interpretação do Direito

Interpretação da lei – introdução. “O conhecimento humano tem dois objetivos: o primeiro é contemplar a verdade, sendo meramente especulativo; o segundo é proceder a uma operação mental visando a uma finalidade prática. O grande filósofo alemão Immanuel Kant já afirmava, no século XVIII, que o intelecto pode ser *especulativo* ou *prático*. No primeiro caso, teríamos a *razão pura*; no segundo, a *razão prática*. Na verdade, o intelecto prático é um prolongamento do intelecto especulativo, numa integração mútua. Pelo intelecto especulativo decidimos se devemos fazer isto ou aquilo; pelo intelecto prático decidimos como fazer isto ou aquilo.

O Direito é uma ciência especulativa quanto ao modo de saber e prática quanto ao fim, porque é para ser aplicado aos fatos particulares e contingentes da vida (João Mendes, citado por Cândido de Oliveira Filho, em *Direito teórico e direito prático*. Rio de Janeiro: Editora, 1936. p. 14). Ora, a lei escrita, contida no silêncio dos códigos, é estática, inerte, e somente cobra vida quando interpretada e aplicada, de modo que a interpretação e a aplicação da lei constituem sua *dinâmica*, revelando o conteúdo *finalístico* do Direito.

Quanto à lei, obra humana e, portanto, passível de falhas, a necessidade de interpretação dispensa maiores comentários. A interpretação da lei é sempre necessária, mesmo no caso da lei cujo sentido se acha claramente revelado em seu texto. Com efeito, aqueles que se habituaram ao manuseio da legislação sabem muito bem que, por vezes, uma lei aparentemente clara contém sentido que, à primeira vista, não se mostra. O texto legal pode parecer líquido e, contudo, possuir um sentido que não se patenteia de imediato. A descoberta das razões histórico-sociológicas da lei, a revelação dos objetos do legislador esclarece, por vezes, um pensamento que não estava expresso em palavra. Tal orientação, porém, nem sempre foi obedecida ao longo da História. Houve época em que o brocardo *in claris cessat interpretatio*, isto é, ‘a clareza da lei dispensa a interpretação’, prevalecia de maneira absoluta.“

Função da hermenêutica. São duas as funções da hermenêutica: teórica e prática.

- 1) É prática, uma vez que administre a Justiça, bem como seja aplicada nas relações sociais;
- 2) É teórica, uma vez que tem como objetivo esclarecer (função doutrinária).

Interpretação conforme a constituição. Como visto na introdução, aplicando-se à Constituição, a interpretação tem como objetivo revelar quais são os princípios contidos em determinada norma, visando o resultado pretendido por esta.

Por exemplo, quanto à união homoafetiva, em regra, tem-se na lei a união entre homem e mulher, porém, segundo mutação constitucional³ (“A Constituição está em elaboração permanente” – interpretação) se lê união entre quaisquer pessoas.

A interpretação conforme a constituição, contudo, é o ato de análise de paridade entre determinada norma e os princípios da Constituição. Quando se tem duas normas contrárias, estando uma delas contra os princípios da Constituição, caracteriza-se esta como sendo inconstitucional, aplicando, assim, a outra a caso concreto.

Nota-se que não é necessário que a norma esteja de acordo com o texto da Constituição em si, mas, sim, que esteja de acordo com os princípios da constituição, ou seja, de acordo com a interpretação da Constituição que tenha revelado seu objetivo, de fato.

Cabe salientar, por último, que tal ação é de responsabilidade doutrinária e dos tribunais.

Monopólio da última palavra – STF. O STF é o Órgão responsável pela última palavra em todos os processos que, mediante recurso, cheguem a tal Órgão.

³ **Mutação constitucional.** Fenômeno interpretativo que consiste na mudança de entendimento sobre a interpretação de um dispositivo (artigo) *sem alteração do texto*.

Monopólio da Última Palavra, portanto, é a prerrogativa que o STF tem em dar a palavra por último, em definitivo.

Segundo o Min. Celso de Mello, “a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribui a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, *caput*) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do **monopólio da última palavra** em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. “ Continua: “é preciso, pois, reafirmar a soberania da Constituição e, em particular, destacar a intervenção e a posição do Supremo Tribunal Federal, que detém em tema de interpretação constitucional e, por força de delegação da Assembleia Constituinte, o monopólio da última palavra”. O Ministro destacou, ainda, ter o STF o direito de “errar por último. “

Exemplos. São eles:

1) Cláusulas pétreas:

Previstas no art. 60, §4º, CRFB, são caracterizadas por valores eleitos pela Constituição para se tornarem perenes, perpétuas. Elas podem, ainda, serem acrescidas, não podendo, portanto, retirar qualquer dos valores expressos nesse parágrafo, ou seja, não podem ser suprimidos.⁴

Nota-se a utilização da hermenêutica nesse parágrafo. Em seu inciso IV, são valores pétreos os direitos e garantias individuais (1ª geração). Porém não se teve a intensão da redação “individuais”, mas sim “fundamentais”, ou seja, incluindo os direitos fundamentais de 2ª e 3ª gerações.

Afirma o art. 5º, LXVII, da Constituição Federal:

Art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Após a redação da Súmula Vinculante nº 25, contudo, passou-se a ler que a prisão do depositário infiel não é permitida.

Afirma o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal:

Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos

⁴ **Direito Fundamental Implícito:**

- 1) Direito à identidade genética;
- 2) União estável homoafetiva;
- 3) Proibição à escravidão.

Princípios Constitucionais Implícitos:

- 1) Princípio da proporcionalidade;
- 2) Princípio da razoabilidade;
- 3) Princípio da supremacia do interesse público.

estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Porém, no trecho: “*estrangeiros residentes no País*”, entende-se que o art. 5º se aplica a todos os estrangeiros que estejam sob a jurisdição nacional.

Afirma o art. 226, §3º, da Constituição Federal:

Art. 226, §3º, da Constituição Federal. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Como vimos anteriormente, segundo acórdão do STF, entende-se “é reconhecida a união estável entre quaisquer indivíduos...”

Convenção americana de direitos humanos e o direito a recurso à tribunal superior. A Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica – Decreto 678/92*), afirma em seu parágrafo 8º: “*Toda pessoa acusada de um delito tem direito que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa (P. Presunção de Inocência). Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: “ Continuando, segundo a alínea “h”: “direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”, o chamado duplo grau de jurisdição.*

Analisemos, porém:

Promotor de Justiça, será julgado, em 1ª instância, pelo Tribunal de Justiça (TJ), cabendo recurso ao Superior Tribunal de Justiça (STJ); o Governador de Estado será julgado, em 1ª instância, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), cabendo recurso ao Supremo Tribunal Federal (STF) – nestes casos há duplo grau de jurisdição, uma vez que caberá recurso a um tribunal superior.

Agora, Presidente da República, Ministro de Estado, Ministro do STF, Comandante das Forças Armadas, Ministro do Estado de Defesa serão julgados, em 1ª instância, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), cabendo recurso ao próprio STF, ou seja, não há, em tese, duplo grau de jurisdição.

O STF, de acordo com o Inquérito 3.412 ED/AL, no voto da Rel. Min. Rosa Weber, afirma, “se o Tribunal Superior é o órgão que se encontra no ápice do sistema Judiciário, é de todo evidente a inviabilidade de garantir um juízo revisional por outro órgão. “ Ou seja, o STF afirmou que não é possível que tais recursos sejam julgados por outros órgãos, não aplicando/respeitando, portanto, o artigo do Pacto assinado e ratificado pelo País.

Conceito de bem de família. Afirma o art. 1º da Lei 8.009/90:

Art. 1º da Lei 8.009/90. O imóvel residencial do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e de todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

A pergunta é: o bem de família, segundo o texto do art. 1º da lei 8.009/90, é válido para solteiros – uma vez que não constituem casais –, separadas – uma vez que não constituem mais um casal – e viúvas – uma vez que não constituem mais um casal, novamente?

Não, porém, segundo a Súmula 364/STJ, cujo texto prevê: “conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”, sim, ou seja, de acordo com a interpretação do STJ, é impenhorável o bem de família de solteiros, separados e viúvas. Portanto, mediante uma análise teleológica, ou seja, mediante uma análise da finalidade a qual tal artigo pretende atingir, é impenhorável o bem de família dos elementos acima determinados

Mais uma questão: para se caracterizar bem de família, é necessário que o indivíduo more no imóvel?

Recentemente o STJ, mediante a Súmula 486, decidiu: “é impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família. “Ou seja, não é necessário que o indivíduo more no local, contanto que o mesmo esteja locado, sendo o lucro da locação destinado à subsistência do indivíduo proprietário do imóvel.

Convém notarmos que, não sendo matéria constitucional, foi dever do STJ julgar tal conflito.

Afirma o art. 5º da LINDB:

Art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Ou seja, a interpretação do juiz deve ser ativa, isto é, deve-se analisar as exigências sociais, a demanda, para que, assim, interprete a lei de maneira correta. O juiz terá, portanto, que interpretar a norma de acordo com os métodos teleológico – visando o fim específico da norma, sem que a vontade do legislador seja levada em conta – e histórico-evolutivo – observando a evolução da interpretação de tal norma ao longo de sua vigência.

Como dito na introdução, “...a lei escrita, contida no silêncio dos códigos, é estática, inerte, e somente cobra vida quando interpretada e aplicada, de modo que a interpretação e a aplicação da lei constituem sua *dinâmica*, revelando o conteúdo *finalístico* do Direito”, em outras palavras, o juiz não mais seria um “ente inanimado”, como dissera Montesquieu, mas um agente ativo importante na interpretação da norma (jurisprudência).

Interpretação do direito quanto ao resultado e fonte. São três os tipos de interpretação do Direito quanto ao resultado e fonte: interpretação declarativa, restritiva e extensiva.

1) Interpretação declarativa:

Ocorre quando o intérprete reconhece que aquilo escrito na norma declara exatamente aquilo que o espírito da lei pretende expressar.

Por exemplo, o art. 6º, LINDB:

Art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

[...]

§3º. Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que há não caiba recurso.

2) Interpretação restritiva:

Ocorre quando o legislador é infeliz ao redigir a lei, dizendo mais do que queria dizer – *lex dixit plus quam voluit* (a lei disse mais que o pretendido). Neste caso, interpreta-se de maneira reduzida em relação ao texto de lei.

Por exemplo, quando a lei diz “descendente” – qualquer ente abaixo de ti na linha familiar (filho, neto, bisneto...) –, querendo dizer, na verdade, apenas “filho”.

Segundo o **Dicionário Jurídico Acquaviva**, a interpretação restritiva é uma “técnica de interpretação da lei pela qual e por definição o intérprete visa *restringir* o alcance da norma aos limites exatos fixados pelo legislador. A interpretação restritiva ou estrita limita o alcance dos termos da lei ao seu real sentido. Exemplos: art. 322, § 1º do CPC/2015: ‘Art. 322. O pedido deve ser certo. §1º Compreendem-se no principal os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os honorários advocatícios.’ Do CC, art. 114: ‘Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.’ Do CP, o art. 28, referente apenas à emoção, paixão e embriaguez *não patológicas*, para não haver conflito com o teor do art. 26, parágrafo único, restringindo-se o alcance do primeiro dispositivo citado para não haver colisão contra este. “ – art. 26. “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

3) Interpretação extensiva:

Ocorre quando o legislador é infeliz ao redigir a lei, dizendo menos do que queria dizer. Neste caso, interpreta-se de maneira mais abrangente em relação ao que o texto da lei apresenta.

Segundo o **Dicionário Jurídico Acquaviva**, a interpretação extensiva é uma “técnica de interpretação da lei invocada quando se faz necessário ampliar o alcance dos termos do dispositivo legal, para que a letra corresponda à vontade da lei. Aplica-se tal técnica interpretativa, portanto, quanto a lei diz menos que o pretendido: *lex dixit minus quam voluit*. Exemplos: o art. 130 do CP (exposição de contágio a doença venérea), interpretado *extensivamente*, inclui o delito, como não poderia deixar de ser, não só o *perigo de contágio*, mas também o próprio contágio. O art. 235 do CP (bigamia) pune não apenas o segundo casamento de alguém já casado, mas também aquele que contrai *vários* ou *muitos* casamentos.”

Outro exemplo, já mencionado anteriormente, temos o art. 5º afirmando a proteção “aos estrangeiros residentes no País”, porém interpreta-se “aos estrangeiros sob a jurisdição nacional”.

Formas de interpretação. São três as formas de interpretação: autêntica, doutrinária e judicial ou jurisprudencial.

1) Interpretação autêntica ou legislativa:

Interpretação feita pelo próprio Legislador ao redigir a lei. Sentido empregado à lei no momento da sua criação.

2) Interpretação doutrinária:

Interpretação feita pela doutrina, pelos juristas, através das atividades doutrinárias.

3) Interpretação judicial ou jurisprudencial:

Interpretação da lei feita pelos juízes nos Tribunais. O juiz “deve apenas traduzir o sentido e o alcance nela contidos, devendo dar aos textos interpretação atualizadora, sendo vedado, em regra, substituir o critério do legislador pelo seu próprio.”

Princípio *in claris cessat interpretatio*. *In claris cessat interpretatio*, como diz a introdução, traduz-se como: “a clareza da lei dispensa a interpretação”, não sendo mais utilizada no Direito. Ainda segundo a introdução, “a interpretação da lei é sempre necessária, mesmo no caso da lei cujo sentido se acha claramente revelado em seu texto.”

Tal princípio foi criado por Napoleão, uma vez que vigorava a Escola da Exegese, positivista, que defendia estar todo o Direito previsto por lei.

Pode-se, inclusive, mediante mutação constitucional, a interpretação extremamente contrária à lei, como no caso do art. 226, §3º mencionado anteriormente, uma vez que proteja os direitos fundamentais.

Elementos da interpretação do direito. Os elementos da interpretação do Direito não são autoexcludentes, ou seja, podem ser utilizados simultaneamente.

São cinco os elementos da interpretação do direito: gramatical, lógico, sistêmico, histórico, teleológico.

1) Elemento gramatical:

É a interpretação que ocorre diretamente mediante o contato com o texto de lei, através do valor semântico. Como visto anteriormente, nem sempre prevalece, mesmo que a norma seja clara e sem erros.

Convém que o legislador objetive o texto, sendo, sempre, simples, claro e conciso.

O teor dessa interpretação corre o risco de cair nos excessos de alguns indivíduos, apegando-se ao teor literal da norma, não focando no real sentido da lei (*mens legis*).

2) Elemento lógico:

Atenta-se à estrutura linguística, buscando o sentido da lei, o significado. É dividido em três categorias: Lógica interna; externa e do “razoável”.

- a) **Lógica Interna** – o intérprete submete sua interpretação ao próprio texto da lei, analisando os elementos apresentados pela própria redação;
- b) **Lógica Externa** – observa-se o acontecimento que provoca o fenômeno jurídico, buscando, ainda, os fins de determinada regra;
- c) **Lógica do “Razoável”** – entende que o Direito é circunstancial, e a interpretação do Direito deve levar em consideração as finalidades da norma, surgindo daqui o Princípio da Razoabilidade.

3) Elemento sistêmico:

Reflete a ideia de que o Direito é um conjunto uniforme. “Não há, na ordem jurídica, nenhum dispositivo autônomo, autoaplicável. “ Deve analisar todos os artigos referente a matéria em questão, deve-se analisar todo o Ordenamento Jurídico vigente.

Convém que não haja contradições entre as normas, estabelecendo uma *unicidade* entre as normas.

Sendo sistemático, é necessário que se utilize os elementos gramatical e lógico, pois “*consiste na pesquisa do sentido e alcance das expressões normativas, considerando-as em relação a outras expressões contidas na ordem jurídica, mediante comparações.*”

Convém, ainda, que o jurista analise artigos em conjunto. Uma vez analisado um artigo isoladamente, não se tem a correta aplicação do princípio. Por exemplo, aplicando-se o art. 121, CP (homicídio) sem a visualização das excludentes de ilicitude, por exemplo, causaria resultados desastrosos.

4) Elemento histórico:

Muitas vezes a aplicação dos demais elementos não é suficiente para a total compreensão do espírito da lei, sendo necessário, assim, o estudo do elemento histórico. Convém que o pesquisador tenha cuidado, pois pode ocorrer que sentido segundo o qual a norma foi criada não se aplique mais no presente período.

5) Elemento teleológico:

Analisa-se o fim ao qual a criação da norma visa. Caracteriza-se pelo estudo das finalidades almejadas pela norma, os interesses sociais que pretende proteger, inspirando a formação dos documentos legislativos.

12. Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo

12.1. *Civil Law* – Direito Romano-Germânico

Introdução. A tradição jurídica romano-germânica se inicia na Europa nos séculos XII e XIII, onde o feudalismo começa uma fase de transição devido ao fortalecimento do comércio e o ressurgimento das cidades. Considerando que não se desenvolveu nos principais feudos da Europa nenhum sistema jurídico de relevância, buscou-se inspiração no Direito Romano para o desenvolvimento de um sistema jurídico para boa parte dos povos da Europa.

Tendo em vista que a Igreja Católica se fortaleceu com o declínio do Império Romano, o Direito Canônico – que tem por característica ser escrito – colaborará decisivamente para a formação desta nova tradição jurídica.

A própria Igreja reconhece, no IV Concílio de Latrão, que o Direito deve ser racional, não existindo espaço para procedimentos místicos, a exemplo dos ordálios (práticas adivinhatórias que foram, por muito tempo, utilizadas como meios de prova). A razão, por assim ser, era uma característica do Direito Romano, Direito este que se preocupava fundamentalmente com as relações sociais entre as pessoas e seus bens, tendo por principal ramo jurídico o Direito Civil. Esta influência colabora para a nomenclatura *civil law*.

O Direito Romano-Germânico fora inicialmente estudado nas Universidades Europeias, sendo a primeira a Universidade de Bolonha, na Itália. Limitado aos intelectuais e eruditos, esse Direito se preocupava num primeiro momento com um modelo de organização social, e, por isso, era estudado ao lado da Filosofia e Teologia. Note-se que não se falava, ainda, no Direito Nacional, uma vez que os Estados (países), como conhecemos hoje ainda não existiam.

Importante observar que o Direito estudado nas Universidades não era o mesmo aplicado pelos juízes. Matérias como provas, sentenças, execução eram ignoradas pela Academia.

Esta tradição se fortaleceu após a Revolução Francesa sob a liderança de Napoleão Bonaparte que, ao criar o Código Civil de 1804, desencadeou a codificação

nos principais países europeus. Para a *civil law*, portanto, a lei é a principal fonte do Direito, sendo comum em todos os países que adotam esta tradição a existência de Constituições escritas.

Importante ressaltar que a Inglaterra não se alinha a esta tradição por ter um sistema jurídico próprio, a chamada *common law*.

Parte histórica. Após a queda do Império Romano do Ocidente (476 d. C.), inicia-se o período denominado Idade Média. Neste período, após a queda dos poderes regentes, a Europa permanece num estado acéfalo, ou seja, sem comando. Não havia autoridades que comandassem a Europa. Deste modo, todo esse território reduz-se a feudos, sendo os indivíduos submetidos à servidão, seguindo às normas criadas pelo próprio Senhor Feudal.

Em tal período o regresso foi tamanho – resultando na denominação Idade das Trevas – que em alguns locais a escrita tornou-se extinta. Neste período a Igreja ocupa o local de principal liderança da Europa, fazendo com que os eventos passassem a ser explicados de acordo com as leis divinas e a Bíblia.

Já no fim de tal período, há a chamada reurbanização. Nesta etapa, há o início de uma unificação social mediante o comércio e as rotas comerciais (burgos – feiras comerciais). Necessitou-se, portanto, de bases que sustentassem tais relações, como a unificação da moeda, regras regulamentadoras das relações civis e comerciais etc.

Sendo o ressurgir das relações sociais, não havia um direito que pudesse regulamentar estas. Portanto, não havendo um direito próprio, buscou-se nos períodos anteriores um direito que pudesse servir de base para a criação de normas que pudessem sustentar tal situação. Tal direito consultado fora o **Direito Romano**.

Os primeiros estudos realizados acerca do Direito Romano antigo foram feitos nas Universidades europeias, sendo a primeira delas a Universidade de Bolonha, na Itália – berço do Direito Romano.

É importante ressaltar que tais estudos não eram voltados para os processos legais, mas para a formação de um modelo ideal de Estado, uma vez que tais relações estavam ressurgindo. Desta forma, inspirados pela filosofia e pela teologia, os estudos do Direito voltavam-se para as perguntas “o que é Justiça?”, “o que é moral?”, “o que é ética?”, justamente com o objetivo de encontrarem um modelo ideal de Estado que sustentasse o novo surgimento social e civil.

A Igreja Católica oferece resistência à criação de novas normas baseadas no Direito Romano, uma vez que Roma era pagã, não aceitando, portanto, que as leis fossem criadas exteriormente aos ensinamentos cristãos. Nesta etapa surgem uma figura importante: **Tomás de Aquino**. O filósofo explica que o Direito Romano, baseado nos gregos – reafirmando Aristóteles, tinha como pretensão regulamentar as relações entre os indivíduos e suas posses, o chamado *jus civile* – casamento, contratos, adoção etc –, ou seja, tinha como objetivo a regulamentação racional das relações civis, não contrariando os dogmas, portanto.

O direito, assim, inicialmente, não mantinha sua atenção no direito público, uma vez que Roma, base legal para a criação das novas regras, era um Império. Desta forma todos os atos referentes ao poder público eram decididos pelo Imperador e não por leis.

Tal relação (Igreja e o Direito) unificou-se a partir do IV Concílio de Latrão, quando a Igreja afirma ser necessário que o Direito se baseie na razão, não sendo incorporadas, portanto, as normas referentes ao subjetivismo, ao sobrenatural, como a fé, excluindo-se, por exemplo, os ordálios (juízos místicos).

Desta forma, o Direito dá um salto racional, iniciando-se o período iluminista.

Comparando o Direito Contemporâneo com o Direito Romano, nota-se uma ausência, nesta etapa, de uma entidade superior que servisse de liderança para o Direito Contemporâneo. Durante o Feudalismo não houve uma figura predominante do Direito, não havendo, inclusive, Estados Nacionais fortes, uma vez que nenhum Estado se havia formado ainda. No Direito Romano, no entanto, como dito anteriormente, havia a figura do Imperador que impunha as leis aos cidadãos.

Tal liderança surge após a Revolução Francesa na figura de Napoleão Bonaparte. Estudando o Direito Romano, Napoleão cria, herdando a influência do *jus civile*, o Código Civil Napoleônico, iniciando a tradição ocidental da criação do Direito através dos Códigos.

Diferentemente da grande parte dos países ocidentais, a Inglaterra é um país exceção, uma vez que não adotou tal modelo de Direito. Durante o feudalismo, diferentemente dos demais países, a monarquia manteve-se forte, manteve-se a língua única, não sendo necessário, portanto, acompanhar a unificação europeia. Cria-se na Inglaterra a chamada *common law* (vide tópico 12.2 – infra).

Assim, os costumes, as regras orais e o caráter religioso (sobrenatural) dão espaço para a fixação do direito escrito (regras preestabelecidas), a definição do processo e a razão (racionalidade).

Elaboração de um direito público. Como dito anteriormente, o modelo usado para a criação do novo Direito foi o Romano. Tal Direito não se preocupou com a criação de um Direito Público, pois tal área era de exclusiva intervenção do imperador. Apesar de não desenvolverem racionalmente esta parte, distinguem claramente os ramos público e privado.

Assim, uma vez sendo modelo para a criação do novo Direito, era necessário que se criassem normas que regulamentassem a interação entre governantes e governados, administração e os particulares. Tal preocupação ocorre a partir da escola de **direito natural**, sendo fundamental para a regulamentação de tais relações a **democracia** e sua evolução, mediante a ideia de que a lei é a normatização da vontade do povo.

A codificação. Iniciando-se a redação das leis, houve uma expansão do entendimento e do estudo das chamadas Teorias da Justiça, uma vez que as mesmas passam a ser parte integrante do Direito, formando as novas regras.

Os códigos somente se integram de forma concreta o Direito a partir do momento em que se confirmaram dois elementos específicos:

- 1) A aparição de uma liderança forte, de um soberano esclarecido que consagrasse as novas ideias de justiça, liberdade e dignidade dos indivíduos. Esta liderança foi **Napoleão Bonaparte**;
- 2) A formação de um país de referência, de um Estado forte capaz de sustentar o código e influenciar os demais países, de modo que os mesmos fossem incapazes de se esquivar. Tal país de referência foi a **França**.

É notável, portanto, que a consagração dos códigos somente ocorreria neste exato contexto: na eclosão da Revolução Francesa e sob a égide de Napoleão.

Características do sistema romano-germânico. São as características:

1) Submissão dos juízes à lei:

Uma vez que a lei é a principal fonte do Direito, os Juízes apenas deveriam aplicá-la por meio da subsunção, não interferindo na mesma. É a chamada Escola da Exegese – “o Juiz é a boca da lei”.

2) Doutrina:

A doutrina na *civil law* tem grande peso, sendo considerada, inclusive, fonte do Direito. É comumente usada por juristas no estudo do Direito.

3) Previsibilidade do direito – segurança jurídica:

Sendo o Direito, na *civil law*, escrito, é comum que as condutas humanas e suas consequências sejam previsíveis, uma vez que os códigos buscam incorporar todas as situações existentes, bem como todas etapas pelas quais os processos passarão.

4) Direito público e direito privado:

Como dito anteriormente, o Direito é dividido entre as áreas públicas e privadas. A primeira tem como função regular as interações entre os governantes e os governados, enquanto a segunda tem como objetivo regular as interações comuns entre os cidadãos.

Primado atual da lei. A lei, na *civil law*, é a fonte do Direito mais importante.

Tal importância se deu, como dito anteriormente, pela consolidação dos Códigos como sendo objeto de Direito, a partir da Revolução Francesa e da criação do Código Civil Napoleônico, aliado ao princípio da democracia.

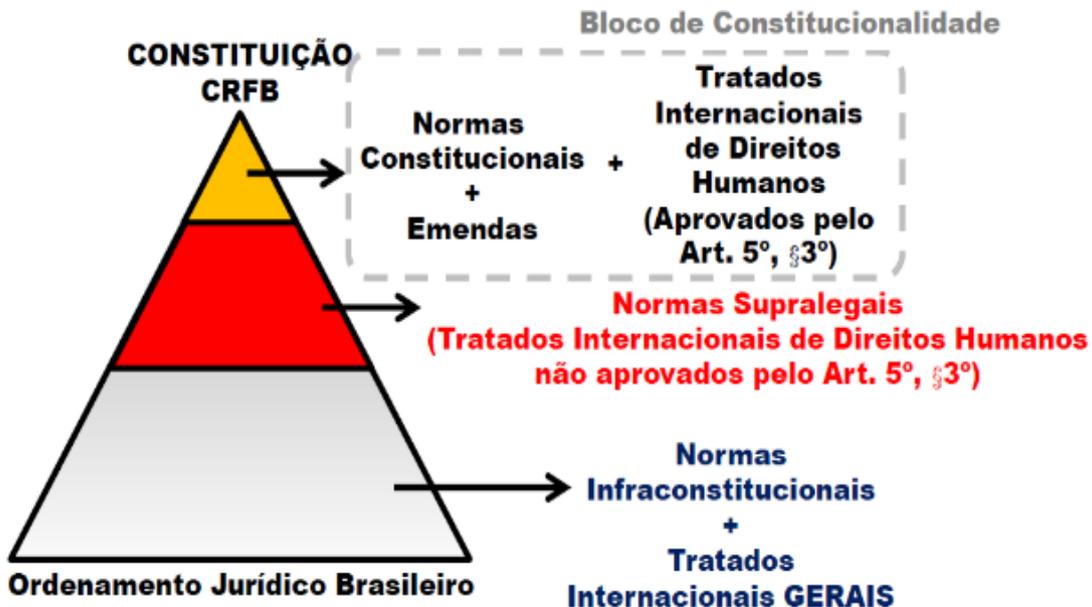
Atualmente, **todos** os países que herdaram o sistema Romano-Germânico apresentam Constituições Nacionais.

Com o ressurgimento das relações sociais, era preciso que todos pudessem ter acesso às regras e às condutas legais, de modo a harmonizar tais relações. Desta forma os Códigos mostram-se claros e precisos.

Regras constitucionais. “Os países romano-germânicos apresentam uma **hierarquia normativa.**”

Comumente usa-se uma pirâmide como símbolo da hierarquia normativa, sendo o vértice o documento legislativo de maior importância. No caso brasileiro e nos demais países Romano-Germânicos o vértice é caracterizado pelas Constituições.

Segue a hierarquia normativa brasileira:



Controle de constitucionalidade. Segundo o **Dicionário Jurídico Acquaviva**, o controle de constitucionalidade das leis “consiste na aferição, pelo órgão competente, da adequação de uma lei à Constituição.”

Como dito anteriormente: “É o exercício de verificação da compatibilidade das leis (normas infraconstitucionais) com relação ao Texto Constitucional. Significa dizer que eu olho para a Constituição para saber se a lei é válida e tem aplicação.”

No Brasil, todos os juízes podem e devem fazer o Controle de Constitucionalidade. A diferença é que quando um juiz ou Tribunal é provocado a analisar se uma lei é constitucional ou não num determinado caso concreto, essa decisão valerá apenas para as partes daquele processo (efeito inter partes).

Por outro lado, quando o STF, e apenas o STF, sendo chamado, a partir desta condição, de “Guardião da Constituição”, julga a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo em controle concentrado, essa decisão valerá para todos (efeito erga omnes). Ex.: autorização da união estável homoafetiva.”

Porém tal controle varia de país para país.

Há o chamado (1) **controle difuso**: em que qualquer juiz pode fazer o controle de constitucionalidade sobre o controle de uma Corte Suprema. Isso ocorre em países como os EUA e o Japão.

Há o chamado (2) **controle concentrado**: somente um tribunal especial tem a competência para realizar o controle de constitucionalidade. Tal controle ocorre em países da Europa e na África.

No Brasil, contudo, como visto, ocorrem os dois tipos de controle de constitucionalidade. Todo e qualquer juiz pode realizar tal averiguação, bem como o Tribunal Especial que, aqui, é o Supremo Tribunal Federal. Porém diretamente ao STF poderão ajuizar ADIs (Ação Direta de Inconstitucionalidade), ADCs (Ação Declaratória de Constitucionalidade) e ADPFs (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) os cargos indicados pelo art. 103, CF, os chamados **legitimados**:

Art. 103 da Constituição Federal. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

I – o Presidente da República;

II – a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI – o Procurador-Geral da República;

VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;

IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

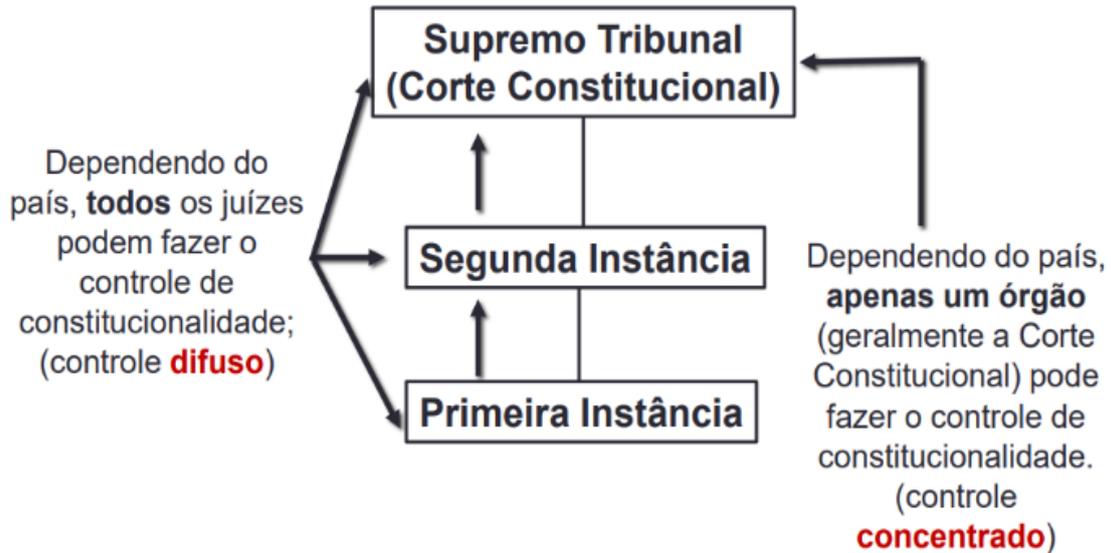
§1º. O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§2º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

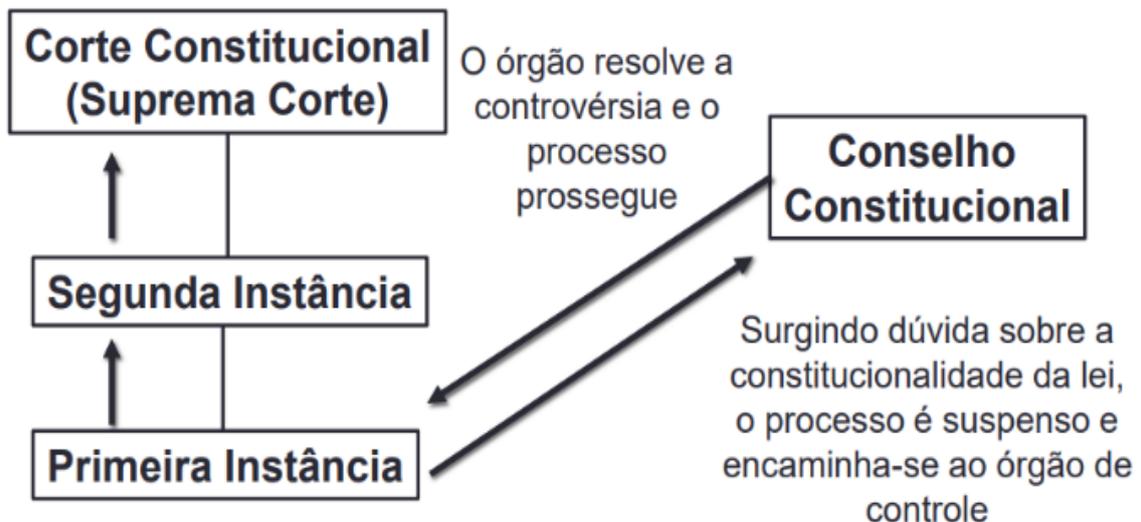
§3º. Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Tais controles são o modelo mínimo de todo e qualquer país que adote o sistema Romano-Germânico. Há os juízes de primeiro grau, a chamada Tribunal de Apelação e a chamada Corte de Vértice/Corte de Cassação/Suprema Corte.

No Brasil, porém, não há somente a Suprema Corte, mas também outras Cortes Superiores: Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral.



Há, também, o (3) controle constitucional feito por órgão exterior ao Poder Judiciário. Em tal modelo há o Conselho Constitucional (órgão político) exterior ao Poder Judiciário. Tal Conselho é herança da desconfiança que Napoleão tinha em relação aos juizes. Surgindo uma dúvida quanto à constitucionalidade da lei o processo é suspenso, sendo encaminhado ao Conselho Constitucional. Analisa-se o processo, resolve-se e o processo prossegue. Tal modelo ocorre na França.



12.2. Common Law

O sistema *common law*, como dito anteriormente, foi um sistema criado, originalmente (expansão da *common law* concomitante à expansão colonial), na Inglaterra, devido à permanência e à força da monarquia. Não participando da unificação europeia, cria-se na Inglaterra um modelo próprio de Direito. Um modelo que, diferente dos demais, não adotava como principal fonte do Direito as Leis, os Códigos, mas, sim, os precedentes.

Parte histórica. Diferentemente da França, como visto anteriormente, em cujas Universidades se ensinava o Direito Romano, frisando a criação de Códigos e leis escritas, não se dando tanta importância aos costumes, portanto, acampando-se teorias criadas nas próprias Universidades para a total adaptação às exigências das novas relações sociais, exigindo-se, assim, o título acadêmico na área do Direito para o ingresso no meio jurídico, a Inglaterra não se ateve profundamente ao Direito Romano (ou pelo menos não o aplicou em seu Modelo de Justiça), opondo-se ao novo Direito Francês.

Apesar do estudo do Direito Romano nas Universidades, nunca se exigiu, na Inglaterra, o título acadêmico para o ingresso no meio jurídico, uma vez que o conhecimento do Direito Romano não seria aplicado na prática forense.

Ao contrário do Direito no continente, o Direito Inglês não possuía uma gama de códigos, pois se tem como principal fonte do direito, essencialmente, a **jurisprudência criada nas Cortes Reais**, a partir da resolução dos casos julgados por ela. Desta forma, não se tinha, na Inglaterra, o caráter geral das leis do continente, buscando-se nos casos anteriores a resolução do atual litígio. Não se havendo distinção entre os Tribunais que julgavam os determinados casos, não se visualiza, também, a divisão formal feita no Direito Francês entre Direito Público e Direito Privado.

Como dito na primeira parte deste título, tal oposição ocorreu devido ao desenvolvimento monárquico que houve na Inglaterra, proporcionando um período feudal extremamente particular, divergindo-se da situação francesa no mesmo lapso temporal.

Modelo de justiça – direito inglês. Na Inglaterra haviam dois tipos de Tribunais que julgavam os objetos. **1) os Tribunais Locais** – aqueles responsáveis por julgar os objetos de cada região inglesa, sendo o julgamento feito por juízes locais, de acordo com a cultura daquela região, vinculando, portanto, somente esta; **2) Tribunais Reais** – as matérias de interesse do rei eram julgadas pelo próprio monarca. Tais julgamentos eram vinculados a todo o território inglês, criando-se, assim, um Direito comum à toda Inglaterra que ficou conhecido como *comune ley* ou *common law*.

Além dos Tribunais, era possível que os cidadãos encaminhassem os casos diretamente para o rei, através de petições. O rei, como representante máximo do país, não podia tolerar falhas em sua fonte do Direito, intervindo nos casos de forma consciente e equânime. Tal medida começou a ser tomada de maneira corriqueira, uma vez que as discussões entre as regiões acerca das decisões tomadas localmente

começam a ser encaminhadas ao Tribunal Real, devido aos processos mais avançados e a garantia da aplicação da sentença pelo próprio rei, que, intencionando aumentar a sua área de jurisdição, passa a aceitar processos de qualquer matéria.

Sendo o Direito criado nos Tribunais, convém que se preocupe, inicialmente, com o processo pelo qual se formará o Direito. Na Inglaterra, portanto, preocupar-se-á inicialmente com os remédios processuais e depois com o direito material em si, pois uma vez que o processo não seja realizado de maneira correta, não se terá a criação do direito. Para os ingleses, não adianta prever o direito em lei, uma vez que não se tenha mecanismos capazes de garantir a aplicação de tal direito. Daí surge a expressão inglesa *remedies precede rights* – “os remédios (instrumentos processuais) precedem o direito”. Um dos recursos processuais criados para a formação do direito foi o chamado *Petition of Rights* (1628), além do *Habeas corpus act* (1679).

Mesmo as pessoas tendo o direito de peticionarem direto ao rei, havia processos de natureza reduzida que eram facilmente resolvidos pelos Tribunais Locais, não sendo necessário o encaminhamento ao Tribunal Real. Desta forma, o Direito Inglês se desenvolve tanto nos Tribunais Locais, quanto nos Tribunais Reais.

Apesar da continuidade dos Tribunais Locais, o número de petições encaminhadas ao rei, devido à falta de meios ou pelo julgamento contrário à equidade dos Tribunais Locais, aumenta de tal forma que o mesmo não era capaz de resolver todos os casos. O rei, assim, prezando pela eficiência da justiça em seu país, nomeia um chanceler para que resolvesse tais casos, criando o chamado **Tribunal de Chancelaria** que, assim como o monarca, julgaria através da equidade (*equity*). Racionalizando os julgamentos, o chanceler inicia a criação de regras comuns aos casos, as chamadas “**regras de equidade**” – *rules of equity*. Nota-se que tal Tribunal diverge muito dos Tribunais da *Common Law*. Enquanto aqueles eram orais e geralmente realizados perante o júri, este tribunal baseava-se no modelo de processo canônico, sendo escrito e não comportando júri.

Portanto, notamos a criação de **dois membros do Poder Judiciário Inglês**: 1) a **Common Law** – formada pelos Tribunais Locais e os Tribunais Reais (ou Tribunais de Westminster); 2) o **Tribunal de Equity** – formado pelo Tribunal de Chancelaria.

Distinção entre *common law* e a *equity* (até 1875). Segue a tabela:

COMMON LAW	EQUITY
Tribunal cujo Direito é substancialmente oral – Direito próprio inglês	Tribunal formador de normas escritas – herança/vínculo do Direito Canônico
Direito de acordo com cada região, tribunais julgadores de casos pequenos e locais	Criado para rever uma inicial insuficiência e defeituosidade da <i>common law</i> – diversos julgamentos diferentes, não havendo, assim, um entendimento firmado –, criando entendimentos fixos e gerais
Jurisdição dos juízes e ao rei – Tribunais locais e Tribunais de Westminster	Jurisdição do Chanceler – nomeado pelo rei – Tribunal de Chancelaria
Comporta júri	Não comporta júri
As soluções que se podia pedir aos tribunais era diferente. Por exemplo, ao Tribunal da <i>Equity</i> nunca se pronunciava a condenação de pagamento de perdas e danos	
As soluções são geradas caso a caso, não dependendo de quem são as partes	As soluções têm caráter discricionário, ou seja, o caso era julgado de acordo com quem estava envolvido no mesmo

O processo inglês atual. Na Inglaterra, no ano de 1875 há uma reforma, unindo-se os então separados Direito da *Common Law* e *Equity*.

Atualmente, cada vez mais se vê os juristas ingleses formados no curso superior de Direito, uma vez que é necessário o entendimento de princípios sistematizados no âmbito jurídico internacional, inclusive os princípios relacionados ao Direito Romano-Germânico em geral.

Os processos, por exemplo, hoje, vêm sendo cada vez mais julgados por juízes, sendo o júri usado excepcionalmente, mais raramente em matéria cível. Nesses processos, ocorridos de maneira pública (*Day in the Court*), distingue-se claramente os pontos de desacordo, perguntando-se para o júri perguntas objetivas cujas respostas se limitem a “sim” ou “não”. A audiência é inteiramente ouvida, sendo a sentença dada imediatamente, não havendo, portanto, autos.

Organização judiciária inglesa. Atualmente, após as reformas do Poder Judiciário, a Organização de tal setor recebeu considerável racionalização.

Há, na Inglaterra, a chamada **alta justiça** – administrada pelos Tribunais superiores – e a **baixa justiça** – administrada por jurisdições inferiores, denominadas “quase-judiciárias”.

Os Tribunais Superiores apresentam maior importância, uma vez que, além de se preocuparem com o quesito processual, é através deles que se formam os precedentes, principal fonte do Direito Inglês.

Os tribunais menores ou “quase-judiciários” somente são incumbidos dos casos concretos, não influenciando as suas decisões no Poder Judiciário, ou seja, não são formadores dos precedentes, permanecendo sua jurisdição sobre os casos a eles incumbidos.

12.3. Distinção entre *Civil Law* e *Common Law*

CIVIL LAW	COMMON LAW
Baseado no Direito Romano	Direito próprio da Inglaterra
Grande influência do conhecimento acadêmico (universidades e doutrina)	Pouca importância das universidades – nota-se como reflexo a desnecessidade da formação acadêmica para a entrada no âmbito jurídico, mas, sim, é necessário a prática
A lei e os Códigos como a fonte do Direito. Em reflexo, há uma enorme importância em relação aos conceitos, doutrina etc.	A jurisprudência e os antecedentes como fonte do Direito. Apesar de haver leis escritas, não há a utilização da doutrina, uma vez que tais elementos são criados pelos estudiosos acadêmicos, pouco valorizados em tal modelo, e há pouca utilização dos conceitos, sendo estes próprios do Direito Inglês, como <i>trust</i> , <i>bailment</i> , <i>estoppel</i> , <i>consideration</i>
Divisão em Direito Público e Direito Privado – Direito Civil, Direito Penal, Direito Administrativo, Direito do Trabalho etc.	Divisão em <i>Equity</i> e <i>Common Law</i>
Procedimento racional e lógico na produção das leis – codificação. Convém citarmos que por tal modelo de criação de normas, é possível que encontremos anomalias e contradições legais	O Direito é criado caso a caso, fixando-se o entendimento dos precedentes
Os direitos são previstos pelos Códigos, sendo, portanto, um modelo de justiça racional	<i>Remedies precede rights</i> – o modelo é essencialmente processual, uma vez que garante os instrumentos processuais para a realização dos direitos
Direito formado por acadêmicos	Direito formado por processualistas e práticos

12.4. O Direito nos Estados Unidos da América

Apesar de as 13 colônias americanas terem sido povoadas por diversos povos e culturas, foi através do *leading case* denominado *Calvin’s Case*, em 1608, que se instaurou a *common law* como sendo o sistema jurídicos dos Estados Unidos.

Apesar de ter sido escolhida o *common law* como sendo o sistema jurídico americano, houve barreiras para a sua aplicação, uma vez que (1) não haviam juristas na América; (2) o povo americano desconhecia o modelo da *common law* inglesa; (3) o contexto na América era divergente do contexto inglês. Na colônia começavam a surgir problemas próprios, de modo que o modelo inglês não era capaz de resolvê-los.

A independência da América se dá no ano de 1776, proclamada e criada uma Constituição (1787) em que se reuniu o mínimo necessário para a criação de um Estado independente, uma vez que a Inglaterra, envolvida em guerra contra a França, deixa de se preocupar com as colônias, deixando-as a esmo.

Tornando-se independente em relação à Inglaterra, os EUA iniciam uma aproximação com os franceses. Os franceses, por sua vez, começam a influenciá-los, inicialmente, como já visto, com a Constituição escrita e, posteriormente, com os Códigos que, como cabe salientar, têm caráter estaduais e independentes entre si. Os EUA, assim, devido ao seu caráter republicano e ao sentimento em relação ao Direito Natural, adotam os Códigos, fixando como sistema jurídico um sistema caracterizado como sendo **misto**.

Apesar da aproximação com os Códigos, o sistema da *common law* continuou vigorando, uma vez que havia elementos favoráveis e facilitadores em sua aplicação, como, por exemplo, a língua inglesa. A *common law* americana, por sua vez, apresenta particularidades. Por exemplo, enquanto na Inglaterra há uma monarquia parlamentarista, nos EUA há uma república presidencialista.

O sistema americano continua como definição de *common law*, pois apresenta a mesma estrutura, bem como os mesmos conceitos e a mesma principal fonte do Direito, ou seja, a jurisprudência, os precedentes.

Como dito anteriormente, os Códigos têm caráter estaduais e independentes, pois nos EUA o direito de cada Estado é superior ao direito da União, ou seja, é possível que cada Estado crie o seu próprio Código. Portanto, como podemos observar, a aplicação do Poder Federativo é exceção, sendo o Poder Estadual a regra.

A Constituição Estadunidense, como podemos mencionar, não somente é uma carta política, como também é o marco da independência do mesmo, sendo, por isso, de extrema importância. Sua redação somente se ateu à formação do Estado, encontrando-se os Direitos Fundamentais nas emendas. São emendas importantes: as dez primeiras emendas (consolidadas pelo Bill of Rights – Declaração dos Direitos); emendas 13, 14 e 15 (criadas no contexto da Guerra Civil, garantindo alguns direitos naturais referentes à não violação dos direitos dos cidadãos pelo Estado); emenda 7 (instauração do júri – substancialmente utilizado mediante provocação de qualquer cidadão, tratando-se de casos cujo litígio contenha valor superior a 20 dólares).

No Direito americano, as universidades são de extrema importância, uma vez que é necessário o título acadêmico na área do Direito para a validação da atuação jurídica. A faculdade americana, diferentemente da brasileira, volta-se para a prática, sendo necessário que o indivíduo tenha concluído curso acadêmico anterior – a *high*

school. As Universidades possuem tamanha importância que, sendo nomeados pelo Presidente da República, os juízes são, em sua maioria, professores universitários.