

MARÇAL JUSTEN FILHO

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO

2ª
edição

revista,
atualizada
e ampliada



- O autor deste livro e a editora empenharam seus melhores esforços para assegurar que as informações e os procedimentos apresentados no texto estejam em acordo com os padrões aceitos à época da publicação, e todos os dados foram atualizados pelo autor até a data de fechamento do livro. Entretanto, tendo em conta a evolução das ciências, as atualizações legislativas, as mudanças regulamentares governamentais e o constante fluxo de novas informações sobre os temas que constam do livro, recomendamos enfaticamente que os leitores consultem sempre outras fontes fidedignas, de modo a se certificarem de que as informações contidas no texto estão corretas e de que não houve alterações nas recomendações ou na legislação regulamentadora.
- Fechamento desta edição: 22.01.2021
- O Autor e a editora se empenharam para citar adequadamente e dar o devido crédito a todos os detentores de direitos autorais de qualquer material utilizado neste livro, dispondo-se a possíveis acertos posteriores caso, inadvertida e involuntariamente, a identificação de algum deles tenha sido omitida.
- **Atendimento ao cliente: (11) 5080-0751 | faleconosco@grupogen.com.br**
- Direitos exclusivos para a língua portuguesa
Copyright © 2021 by
Editora Forense Ltda.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar
Rio de Janeiro – RJ – 20040-040
www.grupogen.com.br
- Reservados todos os direitos. É proibida a duplicação ou reprodução deste volume, no todo ou em parte, em quaisquer formas ou por quaisquer meios (eletrônico, mecânico, gravação, fotocópia, distribuição pela Internet ou outros), sem permissão, por escrito, da Editora Forense Ltda.
- Capa: Fabricio Vale
- A partir da 2ª edição essa obra passou a ser publicada pela Editora Forense.
- **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.**
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

J97i

Justen Filho, Marçal, 1955-

Introdução ao Estudo do Direito / Marçal Justen Filho. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Inclui bibliografia e índice
ISBN 978-65-596-4055-3

1. Direito – Estudo e ensino. 2. Direito – Brasil. 3. Formação profissional – Brasil. I. Título.

21-69362

CDU: 340.11

Camila Donis Hartmann – Bibliotecária – CRB-7/6472

SUMÁRIO

Capítulo I

A experiência individual quanto ao “Direito”

I.1	A avaliação intuitiva quanto a limites à ação	1
I.1.1	– O conhecimento generalizado do Direito	1
I.1.2	Os “meus direitos”, a “Constituição”, o “Código de Defesa do Consumidor”	1
I.1.3	As autoridades formais.....	1
I.1.4	Os diferentes usos da palavra “Direito”.....	2
I.2	– A restrição à autonomia da conduta do ser humano.....	2
I.3	A “heteronomia”: o efeito vinculante	2
I.4	A admissão do uso da força	2
I.5	– A produção contínua de novas determinações	3
I.6	– O Direito como parte da existência humana	3
I.7	– Comportamento e conduta do ser humano.....	3
I.7.1	Ser humano e atuação “animal”: a dimensão puramente externa.....	3
I.7.2	– Ser humano, consciência e vontade: a dimensão interna.....	4
I.8	As “dimensões” do ser humano?	4
I.8.1	– Ser humano como integralidade complexa.....	4
I.8.2	O aspecto animal.....	4
I.8.3	O aspecto racional	4
I.8.4	O aspecto “valorativo”	5
I.9	A ideia de “finalidade”.....	5
I.9.1	– A atuação humana e a identificação de fins.....	5
I.9.2	– A tomada de consciência quanto à pluralidade de fins diversos.....	5
I.9.3	A escolha entre os diversos fins.....	5
I.9.4	– A escolha “consciente” entre os diversos fins.....	5
I.10	– A ideia de “valor”	6
I.11	A complexidade do processo de valoração	6
I.12	Pensar, entender e compreender	6
I.13	Valorações subjetivas e objetivação dos valores.....	7
I.14	– A “objetivação” das escolhas: o “valor”	7
I.15	– “O homem é a medida de todas as coisas”?	7
I.16	– A intervenção humana	7

X | INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO - *Marçal Justen Filho*

I.16.1 – A realização concreta de valores e a alteração do mundo	8
I.16.2 – As realizações “positivas” e “negativas”	8
I.16.3 – A interferência entre os seres humanos	8
Resumo	8
 Caso prático	9
 Questões	9

Capítulo II

Leis naturais e leis jurídicas

II.1 – Natureza: as relações de causalidade (mundo do ser)	11
II.1.1 – Os fenômenos da natureza e sua relação de causa e efeito	11
II.1.2 – A complexidade das relações de causa e efeito e sua dimensão infinita	11
II.1.3 – A Lei Natural	12
II.1.4 – O conceito de “ser”	12
II.2 – Humanidade: as relações de imputação (mundo do dever ser)	12
II.2.1 – A intervenção humana e a instrumentalização das relações de causa e efeito	12
II.2.2 – Os objetos culturais: produção humana para realizar valores	13
II.2.3 – Objetos culturais imateriais	13
II.2.4 – A introdução de uma “causalidade artificial”: a imputação	13
II.2.5 – O Direito e sua natureza prescritiva	13
II.2.6 – O conceito de “dever ser”	13
II.2.7 – O dever ser “axiológico” (em vista de valores)	14
II.2.8 – O dever ser “lógico”: a imposição normativa	14
II.2.9 – A relação de imputação	14
II.3 – O pressuposto fundamental do Direito: a “não submissão à causalidade”	15
II.3.1 – A pluralidade de alternativas em vista das circunstâncias	15
II.3.2 – A capacidade de escolha entre as alternativas	15
II.4 – O direito como uma imposição à conduta humana (“livre”?)	16
II.4.1 – A restrição à autonomia de escolha	16
II.4.2 – A criação de uma “causalidade artificial”	16
II.4.3 – As alternativas “impositivas”	16
II.4.4 – A conduta proibida	16
II.4.5 – A conduta obrigatória	16
II.4.6 – A conduta permitida	17
Resumo	17
 Caso prático	17
 Questões	17

Capítulo III

Normas de conduta

III.1 – A ideia de “controle da conduta humana”	19
III.1.1 – A redução (eliminação?) da autonomia de escolha	19
III.1.2 – A interferência (em graus variáveis) sobre a conduta humana	19
III.1.3 O fenômeno do “poder”	20
III.1.4 A repressão como fundamento da Civilização (Sigmund Freud)	20
III.2 A consagração de sistemas de controle da conduta humana	21
III.2.1 – A variação quanto aos fins buscados	21
III.2.2 – A diversa abrangência de cada sistema	21
III.3 – Regras técnicas e regras éticas	22
III.4 – Regras técnicas: como atingir resultados materiais	22
III.4.1 O utilitarismo e a eficiência econômica	22
III.4.2 – A infração e o sancionamento	22
III.5 Regras de etiqueta	22
III.5.1 – Padrões de conduta humana externa	22
III.5.2 Questões de higiene e convivência superficial	23
III.5.3 O sancionamento: o ostracismo	23
III.6 – Regras éticas (em sentido amplíssimo)	23
III.7 – Regras éticas religiosas	23
III.7.1 – A vinculação a uma entidade transcendente (divindade)	23
III.7.2 – A revelação divina das normas	23
III.7.3 – A entificação de “Bem” e “Mal” (“diabo”)	23
III.7.4 O sancionamento relacionado com a órbita religiosa (terrena e extra-terrena)	24
III.8 Regras ética não religiosas “puras”	24
III.8.1 – A realização do Bem como valor autônomo	24
III.8.2 – A dimensão interna da conduta e do sancionamento: remorso e redenção	24
III.8.3 A adesão espontânea (a autonomia)	24
III.8.4 A questão da “morte de deus” (Friedrich Nietzsche)	25
III.9 – Regras de Direito (jurídicas)	25
III.9.1 – A realização de valores de interesse coletivo	25
III.9.2 – A disciplina da conduta externa	25
III.9.3 – A disciplina da conduta intersubjetiva	25
III.9.4 A dimensão externa da infração e do sancionamento	26
III.9.5 – A existência de uma organização externa para avaliação das infrações e sua punição	26
Resumo	26
 Caso prático	27
 Questões	27

Capítulo IV**A distinção entre Direito Natural e Direito Positivo**

IV.1 – O contexto histórico e o surgimento da distinção.....	29
IV.2 – A concepção monista (unitária) do mundo: a universalização da Natureza.....	30
IV.2.1 – A ausência de distinção entre a Natureza e o Ser Humano.....	30
IV.2.2 – A pluralidade de concepções sobre o Direito Natural.....	30
IV.2.3 – O reconhecimento da existência de Leis Universais (disciplinando a Natureza e a conduta humana).....	30
IV.2.4 – A eventual dificuldade em “descoberta” das Leis Jurídicas Naturais.....	30
IV.2.5 – Direito Natural e valores.....	30
IV.2.6 – Definição.....	31
IV.3 – A concepção existencial pluralista.....	31
IV.3.1 – O reconhecimento da distinção entre Natureza e órbita humana.....	31
IV.3.2 – A natureza descritiva das chamadas “leis da Natureza”.....	31
IV.3.3 – A natureza prescritiva e “inovadora” das normas de conduta.....	31
IV.4 – O reconhecimento da autonomia inovadora do ser humano.....	31
IV.4.1 – A intervenção do ser humano sobre o mundo e seus reflexos.....	32
IV.4.2 – A realização dos valores e a imposição de exigências inovadoras.....	32
IV.5 – A concepção “positivista” do mundo (séc. XIX).....	32
IV.5.1 – O positivismo e o prestígio à comprovação empírica da realidade.....	32
IV.5.2 – A negação da existência de objetos não comprováveis “cientificamente”.....	32
IV.5.3 – A afirmação da existência exclusiva do “Direito Positivo”.....	32
IV.6 – A superação da distinção: a recondução do Direito Positivo a limites.....	33
IV.6.1 – A constatação da insuficiência das concepções positivistas.....	33
IV.6.2 – O relativismo científico.....	33
IV.6.3 – A afirmação de “direito positivo inumano”: Julgamentos de Nuremberg....	33
IV.7 – A atualização da distinção: conquistas civilizatórias irredutíveis.....	33
IV.7.1 – A evolução civilizatória e a objetivação absoluta de valores.....	33
IV.7.2 – O núcleo dos valores fundamentais: a proteção à dignidade humana.....	34
IV.7.3 – A inviabilidade da aceitação de imposições infringentes de valores consagrados como inerentes à Civilização.....	34
IV.7.4 – Uma certa forma de “Direito Natural evolutivo”.....	34
IV.7.5 – Ainda a superação da distinção.....	34
IV.8 – A exigência da “vedação ao retrocesso”.....	34
IV.8.1 – A adoção de postulados normativos “positivos” vedando a supressão de regras inerentes à Civilização.....	35
IV.8.2 – A rejeição da sobreposição das circunstâncias a valores fundamentais...	35
Resumo.....	35
 Caso prático.....	36
 Questões.....	36

Capítulo V**Análise do Direito sob o prisma estrutural**

V.1	A discussão sobre o que o Direito “é”	37
V.2	– A multiplicidade das concepções sobre a natureza do Direito	37
V.3	O Direito como fato social	37
	V.3.1 – Concepções sociológicas	38
	V.3.2 O Direito é aquilo praticado concretamente pela sociedade	38
	V.3.3 As concepções “realistas”: os diversos realismos	38
	V.3.4 – O realismo “fático”	38
	V.3.5 – O realismo “jurisprudencial”	38
	V.3.6 – Síntese	38
V.4	O Direito como valor	39
	V.4.1 – Concepções éticas	39
	V.4.2 O Direito é aquilo que se configura como Justo	39
	V.4.3 – A dimensão secundária da intervenção estatal	39
	V.4.4 – A irrelevância da “forma” (Constituição, lei, sentença...)	39
	V.4.5 Síntese	39
V.5	O Direito como norma	40
	V.5.1 – Concepções formais	40
	V.5.2 – A irrelevância da experiência social	40
	V.5.3 – A irrelevância dos valores	40
	V.5.4 – Síntese	40
V.6	– A teoria tridimensional do Direito (Miguel Reale)	40
	V.6.1 – A dimensão fática do Direito	41
	V.6.2 – A dimensão axiológica do Direito	41
	V.6.3 – A dimensão normativa do Direito	41
	V.6.4 – A unidade indissociável	41
V.7	O Direito como “experiência existencial”	41
	V.7.1 – O Direito não se confunde com o texto da Lei	41
	V.7.2 – O Direito não se confunde com o conhecimento das condutas praticadas	42
	V.7.3 – O Direito não está nos livros	42
	V.7.4 – O Direito não é algo simplesmente pensado (como os números)	42
	V.7.5 – O Direito é uma “experiência na vida real”: a existência e o Direito	42
	Resumo	42
	 Caso prático	43
	 Questões	43

Capítulo VI**Análise do Direito sob o prisma funcional**

VI.1	– A discussão sobre a função do Direito: “para que serve o Direito?”	45
	VI.1.1 – Qual a finalidade buscada pelo Direito	45
	VI.1.2 – O Direito e sua relação com o poder	45
VI.2	– Direito e sociedade	45

XIV | INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO - Marçal Justen Filho

VI.2.1 – A dimensão social do Ser Humano	46
VI.2.2 – A convivência entre seres humanos como alternativa inafastável	46
VI.2.3 – As relações intersubjetivas e os conflitos de interesses	46
VI.2.4 – A questão da determinação da prevalência de interesses em conflito.....	46
VI.3 – Direito e violência	46
VI.3.1 – A violência (física) como forma de conjugação da existência	47
VI.3.2 – A incompatibilidade da violência como solução para a coexistência	47
VI.3.3 – O Direito como instrumento de promoção da paz social	47
VI.3.4 – O Direito como instrumento para alteração da realidade	47
VI.4 – Direito e Estado.....	48
VI.4.1 – As diversas teorias sobre o surgimento do Estado	48
VI.4.2 – A absorção pelo Estado de recursos e soluções para realização de ati- vidades de interesse coletivo	48
VI.5 – Ainda Direito e poder.....	48
VI.5.1 – O Estado moderno: a aspiração ao monopólio estatal da violência	48
VI.5.2 – O Direito como instrumento para controlar as condutas.....	48
VI.5.3 – A inexistência de modelos únicos no tempo e no espaço.....	49
VI.6 – As diversas concepções políticas: amplitude e finalidade do Direito.....	49
VI.6.1 – A dificuldade na afirmativa de uma solução “correta”.....	49
VI.6.2 – A concepção estática do Estado de Polícia do séc. XIX	49
VI.6.3 – A concepção marxista.....	49
VI.6.4 – A concepção do Estado de Bem-Estar Social	50
VI.6.5 – A concepção neoliberal.....	50
VI.6.6 – A concepção reguladora	51
VI.7 – Alteração da concepção de Estado e da participação privada.....	51
VI.7.1 – A dinâmica da realidade e os reflexos sobre o Direito.....	51
VI.7.2 – A contraposição entre Estado e sociedade civil.....	51
VI.7.3 – O desenvolvimento de um terceiro setor.....	52
VI.7.4 – A “insuficiência” do Estado e seus reflexos sobre o Direito.....	52
VI.8 – Conclusão.....	52
VI.8.1 – O Direito é um instrumento de intervenção	52
VI.8.2 – As concepções políticas determinam a função do Direito.....	53
VI.8.3 – A evolução rumo à cooperação?.....	53
Resumo.....	53
 Caso prático.....	54
 Questões.....	54

Capítulo VII
As teorias sobre separação de poderes

VII.1 – Os pressupostos da teoria	55
VII.1.1 – O Estado é investido de funções de diversa natureza.....	55

VII.1.2 – A concentração das funções propicia o abuso	55
VII.1.3 – A separação de funções produz o fracionamento do poder estatal	56
VII.1.4 – A vedação à acumulação de funções de natureza diversa	56
VII.1.5 – A atribuição de cada função a uma estrutura organizacional estatal diversa (poder estatal).....	56
VII.1.6 – Finalidade de controle: “checks and balances” (freios e contrapesos)....	56
VII.1.7 – Finalidade de eficiência: especialização.....	56
VII.2 – A teoria tradicional e o cenário simplista	56
VII.3 – A disciplina do tema no Brasil.....	57
VII.3.1 – A independência e a harmonia.....	57
VII.3.2 – A organização constitucional dos Poderes.....	57
VII.3.3 – A estrutura constitucional do Poder Executivo.....	57
VII.3.4 – A estrutura constitucional do Poder Legislativo	57
VII.3.5 – A estrutura constitucional do Poder Judiciário.....	58
VII.4 – As funções principais e as funções atípicas.....	58
VII.4.1 – As funções do Poder Executivo.....	58
VII.4.2 – As funções do Poder Legislativo	58
VII.4.3 – As funções do Poder Judiciário	59
VII.5 – Evolução civilizatória e alterações marcantes.....	59
VII.5.1 – O controle de constitucionalidade.....	59
VII.5.2 – A ampliação das funções jurisdicionais.....	60
VII.5.3 – A ampliação da abrangência da jurisdição.....	60
VII.5.4 – A ampliação das funções administrativas.....	60
VII.5.5 – O surgimento de estruturas estatais “independentes”	61
VII.5.6 – A produção de normas pela Administração Pública.....	61
VII.5.7 – Desempenho de funções “estatais” por particulares	61
VII.6 – Síntese.....	61
Resumo	62
 Caso prático	63
 Questões.....	63

Capítulo VIII

Norma jurídica

VIII.1 – A evolução dinâmica do conceito de norma jurídica.....	65
VIII.1.1 – A variação no tempo e no espaço.....	65
VIII.1.2 – A identificação do Direito com outras ordens de controle de conduta....	65
VIII.1.3 – A variação quanto ao modo de produção do Direito.....	66
VIII.1.4 – Os reflexos sobre o conceito de norma jurídica.....	66
VIII.1.5 – A multiplicidade e heterogeneidade de figuras.....	66
VIII.2 – A identificação da norma jurídica em face de outros conceitos.....	66
VIII.2.1 – Norma jurídica e lei.....	66

VIII.2.2 – Norma jurídica, lei e texto legislativo.....	67
VIII.2.3 – Norma jurídica: objeto imaterial, cultural e heterônomo.....	67
VIII.3 – As normas jurídicas: enfoque contemporâneo.....	67
VIII.3.1 – Provimento.....	67
VIII.3.2 – A integração em um ordenamento jurídico.....	67
VIII.3.3 – A tutela estatal.....	67
VIII.3.4 – A disciplina da conduta intersubjetiva.....	68
VIII.3.5 – O provimento bilateral ou plurilateral.....	68
VIII.3.6 – Atributividade.....	69
VIII.4 – Algumas características eventuais.....	69
VIII.4.1 – Generalidade e abstração.....	69
VIII.4.2 – Coercitividade ou não.....	69
VIII.4.3 – A previsão de uma sanção.....	69
VIII.5 – A classificação das normas jurídicas.....	70
VIII.5.1 – Ainda a heterogeneidade das normas.....	70
VIII.5.2 – A utilidade das classificações.....	70
VIII.6 – A classificação de Kelsen.....	70
VIII.6.1 – Normas primárias: dispõem sobre a sanção.....	70
VIII.6.2 – Normas secundárias: dispõem sobre outros temas.....	71
VIII.7 – A classificação de Herbert L. A. Hart.....	71
VIII.7.1 – Normas primárias: dispõem sobre a conduta intersubjetiva.....	71
VIII.7.2 – Normas secundárias: dispõem sobre as normas primárias.....	71
VIII.7.3 – Normas de reconhecimento.....	71
VIII.7.4 – Normas de atribuição de competência jurisdicional.....	72
VIII.7.5 – Normas de câmbio normativo.....	72
VIII.8 – As normas jurídicas de estrutura e de conduta.....	72
VIII.9 – As normas de estrutura.....	73
VIII.9.1 – Organização do Estado.....	73
VIII.9.2 – Instituição e disciplina de competências estatais.....	73
VIII.9.3 – Instituição e disciplina da competência para aplicar normas e sanções.....	73
VIII.9.4 – Outros temas.....	73
VIII.10 – A distinção entre princípios e regras.....	73
Resumo.....	74
 Caso prático.....	74
 Questões.....	75

Capítulo IX

Espécies de normas jurídicas: princípios e regras

IX.1 – O nível de abstração e generalidade das normas constitucionais.....	77
IX.1.1 – A abstração e a generalidade e o mundo real.....	77
IX.1.2 – As normas infraconstitucionais menos abstratas e gerais.....	78

IX.1.3 – A questão da eficácia vinculante da Constituição	78
IX.1.4 – A diferenciação entre “princípios” e “regras”	78
IX.2 Os princípios	78
IX.2.1 – A baixa densidade normativa	79
IX.2.2 A elevada densidade axiológica.....	79
IX.2.3 A pluralidade de princípios e a sua contraposição	79
IX.2.4 – A conflituosidade inerente entre os princípios e a sua validade.....	80
IX.2.5 – A exigência de conjugação entre os princípios.....	80
IX.2.6 A produção de efeitos jurídicos diretos, ainda que provisórios.....	80
IX.2.7 – A aplicação do princípio: o sopesamento.....	80
IX.2.8 – A técnica da proporcionalidade.....	80
IX.3 As regras.....	81
IX.3.1 – A elevada densidade normativa.....	81
IX.3.2 – A densidade axiológica mais reduzida.....	81
IX.3.3 A pluralidade de regras e a sua harmonia.....	81
IX.3.4 – A produção de efeitos imediatos e tendencialmente definitivos	82
IX.3.5 – A aplicação: a subsunção	82
IX.4 A conjugação entre princípios e regras.....	82
IX.4.1 – A ausência de hierarquia intrínseca	82
IX.4.2 – A dimensão constitucional do princípio.....	82
IX.4.3 A existência de regras constitucionais.....	83
IX.4.4 – A existência de princípios infraconstitucionais.....	83
IX.4.5 – A interpretação da norma infraconstitucional e a Constituição.....	83
IX.4.6 A provocação de Carlos Ari Sundfeld.....	83
IX.4.7 – A exigência de avaliação concreta dos princípios	84
IX.5 – As demais espécies normativas.....	84
IX.5.1 A diretriz	84
IX.5.2 – A orientação	85
IX.6 – A distinção entre “hard law” e “soft law”	85
Resumo.....	86
 Caso prático.....	87
 Questões.....	87

Capítulo X

Fontes do Direito (uma questão arcaica?)

X.1 – A distinção entre fontes “materiais” e “formais”: concepção tradicional.....	89
X.1.1 – Fontes materiais.....	89
X.1.2 – Fontes formais.....	90
X.2 As variações civilizatórias.....	90
X.2.1 – As circunstâncias de cada Nação.....	90
X.2.2 – As variações ao longo do tempo.....	90
X.2.3 Alguns modelos fundamentais.....	90

XVIII | INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO • Marçal Justen Filho

X.3 – O modelo “anglo-saxão”	90
X.3.1 – O prestígio ao precedente	90
X.3.2 – O direito costumeiro e a lenta evolução do direito legislado.....	91
X.4 – O modelo “continental”	91
X.4.1 – A proeminência da fonte legislativa.....	91
X.4.2 – A tendência à ampliação da relevância do precedente.....	91
X.5 – A concepção tradicional no Brasil.....	91
X.5.1 – A distinção entre “fonte material” e “fonte formal”	91
X.5.2 – As fontes formais: o “costume” e a “lei”	92
X.6 – O enfoque tradicional sobre as fontes materiais no Brasil.....	92
X.6.1 – A doutrina	92
X.6.2 – A jurisprudência.....	92
X.7 – O costume como fonte formal do Direito no Brasil.....	93
X.7.1 – A estrutura complexa do costume.....	93
X.7.2 – A indefinição temporal.....	93
X.7.3 – O costume e o passado.....	93
X.7.4 – O costume e os valores fundamentais.....	93
X.7.5 – O costume e a participação democrática.....	94
X.7.6 – A dinâmica civilizatória e a irrelevância do costume	94
X.7.7 – A incorporação do costume por determinação legal	94
X.8 – A lei	94
X.8.1 – O princípio da legalidade.....	95
X.8.2 – A pluralidade figuras abrangidas.....	95
X.8.3 – A crise da função legislativa.....	95
X.8.4 – A paralisia do Legislativo: o Estado Pluriclasse (Massimo Severo Gian- nini)	95
X.9 – O Direito abrange normas jurídicas de origem não legislativa.....	96
X.9.1 – Tratados e Convenções Internacionais.....	96
X.9.2 – Os regulamentos administrativos do Poder Executivo.....	96
X.9.3 – Os atos regulatórios das agências reguladoras independentes.....	96
X.9.4 – As decisões do Poder Judiciário	97
X.9.5 – A autorregulação privada	97
X.10 – Um novo modelo?	97
X.10.1 A multiplicação das modalidades e fontes normativas.....	98
X.10.2 – Norma jurídica administrativa.....	98
X.10.3 – Norma jurídica judicial.....	98
X.10.4 – A consensualidade entre Estado e iniciativa privada	98
Resumo.....	99
 Caso prático	100
 Questões.....	100

Capítulo XI**Modelos organizatórios do Estado e do Direito**

XI.1	A influência do passado.....	101
XI.1.1	- A genialidade do “Direito Romano”.....	101
XI.1.2	- As variações históricas dos diversos países ocidentais.....	101
XI.2	- O modelo anglo-saxão (ressalvas).....	102
XI.2.1	- O diferente modelo de separação de poderes.....	102
XI.2.2	- A ausência de distinção entre Direito Público e Direito Privado.....	102
XI.2.3	- A simplicidade da “common law”.....	102
XI.2.4	- A prevalência do Poder Judiciário (uno).....	103
XI.2.5	- A introdução do controle de constitucionalidade.....	103
XI.2.6	- A exigência de soluções mais complexas.....	103
XI.3	- O modelo continental europeu e suas variações.....	103
XI.3.1	- A afirmação da separação de poderes.....	103
XI.3.2	- A distinção entre Direito Público e Direito Privado.....	103
XI.3.3	- A limitação dos poderes do Poder Judiciário.....	104
XI.3.4	- A existência do “contencioso administrativo”.....	104
XI.3.5	- A importância das normas de origem legislativa.....	104
XI.4	- Modelo comunitário europeu.....	104
XI.4.1	- Um novo paradigma “estatal”.....	104
XI.4.2	- A construção progressiva.....	104
XI.4.3	- A origem econômica: As “Comunidades Econômicas Europeias”.....	105
XI.4.4	- A criação de estruturas crescentemente complexas.....	105
XI.4.5	- Novas concepções sobre separação de poderes.....	105
XI.4.6	- A coexistência entre a União e os Estados-Nacionais.....	105
XI.5	- O Direito brasileiro e suas peculiaridades.....	105
XI.5.1	- A conjugação de influências continentais e estadunidenses.....	105
XI.5.2	- A importância das normas de origem legislativa.....	106
XI.5.3	- A diferenciação entre Direito Público e Direito Privado.....	106
XI.5.4	- A amplitude do Poder Judiciário (uno).....	106
XI.5.5	- A difusão do controle de constitucionalidade.....	106
XI.5.6	- As agências reguladoras independentes.....	106
XI.5.7	- A figura dos Tribunais de Contas.....	107
XI.6	Conclusão.....	107
XI.6.1	- A globalização e seus efeitos.....	107
XI.6.2	- A tendência à uniformização do Direito: Tratados e outros documentos.....	107
XI.6.3	- A comunicação (“contaminação”?) dos institutos alienígenas.....	107
Resumo	107
	Caso prático.....	108
	Questões.....	108

Capítulo XII

Validade e eficácia do Direito

XII.1 – A validade	109
XII.1.1 – Existência e validade	109
XII.1.2 – A compatibilidade com outras normas	110
XII.1.3 – A relação de supra e infraordenação	110
XII.1.4 – A competência	111
XII.1.5 – A determinação do procedimento	111
XII.1.6 – A compatibilidade com o conteúdo das normas superiores	112
XII.1.7 – A competência da autoridade jurisdicional	112
XII.2 – A eficácia	113
XII.3 – Os atributos jurídicos da lei	113
XII.3.1 – A “incompletude” da lei	113
XII.3.2 – A “incompletude” intencional das leis	114
XII.3.3 – A distinção básica entre normas suficientes e não suficientes	114
XII.3.4 – A “complementação normativa”	114
XII.3.5 – O posicionamento tradicional	114
XII.3.6 – A classificação de José Afonso da Silva para a Constituição	115
XII.3.7 – Normas de eficácia plena (aplicabilidade imediata)	115
XII.3.8 – Normas de eficácia contida (aplicabilidade imediata, mas contível)	115
XII.3.9 – Normas de eficácia limitada (aplicabilidade mediata)	116
XII.3.10 – A crítica de Virgílio Afonso da Silva	116
XII.3.11 – A eficácia não é uma questão puramente normativa	116
XII.3.12 – A eficácia “plena”: a insuficiência de qualquer norma constitucional	117
XII.3.13 – A eficácia “contida”: a possibilidade de “limitação” de toda e qualquer norma constitucional	117
XII.3.14 – A eficácia “limitada”: a questão de grau e de realidade	117
XII.3.15 – A incompletude da norma e o suprimento pelo Poder Judiciário	118
XII.3.16 – A “reserva do possível”	118
Resumo	118
 Caso prático	119
 Questões	120

Capítulo XIII

Efetividade e legitimidade do Direito

XIII.1 – Efetividade	121
XIII.2 – A verificação da realidade dos fatos	121
XIII.2.1 – A chamada “falácia naturalista”	121
XIII.2.2 – A advertência kelseniana	122
XIII.2.3 – A ausência de efetividade e a tendência à perda da validade	122
XIII.2.4 – A versão difundida no Brasil: leis que “pegam” e leis que “não pegam”	122

XIII.3 – Legitimidade: relação entre Poder e Direito	122
XIII.3.1 – A legitimidade indica o fundamento do Poder	122
XIII.3.2 – A legitimidade do Direito.....	122
XIII.3.3 – A legitimidade do Direito como uma questão do mundo do ser	123
XIII.3.4 – A imposição do Direito pela simples violência.....	123
XIII.3.5 – A inviabilidade da preservação permanente da violência (?).....	123
XIII.3.6 – O “mínimo de Direito Natural” (Hart).....	123
XIII.3.7 – Os processos de legitimação do Direito.....	124
XIII.4 – A distinção entre legitimidade pela origem e pelo exercício.....	124
XIII.4.1 – A investidura no Poder.....	124
XIII.4.2 – O exercício do Poder.....	124
XIII.5 – A experiência histórica.....	125
XIII.6 – O pensamento de Max Weber.....	125
XIII.6.1 – A legitimação tradicional.....	125
XIII.6.2 – A legitimação carismática.....	125
XIII.6.3 – A legitimação racional (burocrática).....	125
XIII.6.4 – A rejeição a uma interpretação simplista.....	126
XIII.7 – O Estado contemporâneo e a legitimidade.....	126
XIII.7.1 – A legitimidade democrática é uma ilusão?	126
XIII.7.2 – A sistemática da eleição	126
XIII.7.3 – O fenômeno do “Estado Pluriclasse” (Massimo Severo Giannini).....	127
XIII.7.4 – O exercício do Poder e a deslegitimização.....	127
XIII.8 – A crise de legitimidade do Poder e seus reflexos sobre o Direito	127
XIII.8.1 – A redução do “sentimento” de vinculação ao Direito	128
XIII.8.2 – A redução da relevância da “lei”	128
XIII.8.3 – A ampliação da intervenção judicial.....	128
XIII.8.4 – A ampliação da litigiosidade	128
XIII.8.5 – A questão da “legitimidade técnica”.....	128
XIII.8.6 – Os reflexos sobre o Direito.....	129
XIII.9 – Conclusão.....	129
XIII.9.1 – A incerteza quanto ao futuro da democracia.....	129
XIII.9.2 – A tentação dos regimes autoritários (fascismo).....	129
XIII.9.3 – Os desafios à sociedade e ao indivíduo.....	129
Resumo	129
 Caso prático	130
 Questões.....	131

Capítulo XIV

A teoria do ordenamento jurídico

XIV.1 – A pluralidade de normas.....	133
XIV.1.1 – A inviabilidade de uma norma única (“obedece ao senhor”)	133
XIV.1.2 – A pluralidade de normas de cunho heterogêneo.....	133

XIV.1.3 – A identificação do “Direito” como um conjunto normativo.....	133
XIV.1.4 – A inviabilidade de identificação da norma isolada como jurídica.....	134
XIV.2 – O ordenamento como um sistema.....	134
XIV.2.1 – A concepção de um sistema.....	134
XIV.2.2 – A multiplicidade de normas jurídicas como um sistema.....	134
XIV.2.3 – As normas de conduta propriamente ditas.....	134
XIV.2.4 – As normas de estrutura.....	134
XIV.3 – O conjunto racional e completo.....	135
XIV.3.1 – Ausência de lacunas.....	135
XIV.3.2 – Ausência de contradições.....	135
XIV.4 – Princípio da hierarquia: a norma superior prevalece sobre a inferior.....	135
XIV.5 – Princípio da horizontalidade.....	136
XIV.6 – Princípio da temporalidade.....	136
XIV.6.1 – Revogação expressa.....	136
XIV.6.2 – Revogação implícita.....	136
XIV.7 – Princípio da especialidade.....	136
XIV.8 – A completude do ordenamento jurídico.....	137
XIV.9 – O princípio da liberdade.....	137
XIV.10 – Princípio da completude.....	137
XIV.11 – A produção do sistema pela dinâmica existencial.....	137
XIV.11.1 – As dimensões estática e dinâmica do Direito.....	138
XIV.12 – A estrutura hierárquica do ordenamento (Kelsen).....	138
XIV.12.1 – As normas não se encontram no mesmo plano hierárquico.....	138
XIV.12.2 – Toda norma encontra seu fundamento de validade em outra (dever ser).....	139
XIV.12.3 – A norma constitucional.....	139
XIV.12.4 – A norma fundamental (“obedece ao constituinte originário”).....	139
XIV.12.5 – A condição de possibilidade da norma fundamental é o mínimo de efetividade da ordem jurídica (ser).....	139
XIV.12.6 – A “aplicação” de uma norma significa a produção de outra norma, de hierarquia inferior, ressalvado o ato de pura execução da sanção.....	140
XIV.13 – A estrutura piramidal do ordenamento jurídico (Kelsen).....	140
XIV.13.1 – Existe um número mais reduzido de normas de hierarquia superior, que apresentam grau mais intenso de abstração e generalidade.....	141
XIV.13.2 – Os níveis hierárquicos inferiores compreendem normas dotadas de maior concretude e especificidade (grande número de normas).....	141
XIV.14 – A “produção” do sistema pelos mecanismos de aplicação.....	141
XIV.14.1 – A aplicação do direito na vida real.....	141
XIV.14.2 – O trabalho doutrinário.....	141
XIV.14.3 – A evolução jurisprudencial.....	142
XIV.14.4 – A transformação do caos em organização.....	142
XIV.14.5 – Síntese.....	142
Resumo.....	142
 Caso prático.....	143
 Questões.....	143

Capítulo XV

Ordenamento jurídico e Federação

XV.1 – A organização do poder político	145
XV.1.1 – Modelo unitário: concentração do poder política em um único ente....	145
XV.1.2 – Modelos plurais: pluralidade de entes políticos	146
XV.1.3 – Federação: ente estatal central e entes estatais locais.....	146
XV.1.4 – A questão dos limites dos poderes estatais.....	146
XV.2 – A federação dos EUA e do Brasil: dimensão histórica.....	146
XV.2.1 – Modelo teórico estadunidense: a “União” produzida pela conjugação dos Estados-membros (solução centrípeta)	146
XV.2.2 – Modelo brasileiro: a fragmentação do Estado em virtude da República (solução centrífuga)	146
XV.3 – A federação brasileira	147
XV.3.1 – A existência de três órbitas: União, Estados e Municípios.....	147
XV.3.2 – A participação do Distrito Federal.....	147
XV.3.3 – A ausência de equivalência de funções e poderes.....	148
XV.3.4 – A União e a concentração dos poderes mais relevantes: três poderes....	148
XV.3.5 – Os Estados e os poderes privativos: três poderes.....	148
XV.3.6 – Os Municípios e os poderes privativos: dois poderes (ausência de Judiciário)	148
XV.3.7 – Ainda a ausência de hierarquia federativa	149
XV.4 – A federação brasileira e o direito brasileiro	149
XV.4.1 – Competências privativas da União: CF, art. 22.....	149
XV.4.2 – Competências legislativas concorrentes: CF, art. 24.....	149
XV.4.3 – Competências legislativas privativas dos entes locais.....	149
XV.5 – A dificuldade fundamental da Federação (e do Direito) brasileiro.....	149
XV.5.1 – O critério de discriminação de competência.....	150
XV.5.2 – A existência de questões de interesse cumulativo	150
XV.6 – Algumas decorrências da distribuição de competências legislativas.....	150
XV.6.1 – A situação peculiar da União: leis nacionais e leis federais.....	150
XV.6.2 – Os Estados: competência normativa estadual.....	151
XV.6.3 – Os Municípios: competência normativa puramente local	151
XV.7 – Implicações: a pluralidade de “pirâmides normativas”	151
XV.7.1 – A concepção kelseniana: Estado unitário.....	152
XV.7.2 – O Brasil e a pluralidade de pirâmides.....	152
XV.7.3 – A Constituição Federal (e as Emendas Constitucionais)	152
XV.7.4 – A pirâmide normativa do direito nacional.....	152
XV.7.5 – A pirâmide normativa do direito federal.....	152
XV.7.6 – As pirâmides normativas dos direitos estaduais.....	152
XV.7.7 – As pirâmides normativas dos direitos municipais.....	152
XV.7.8 – A formação em “cata-vento”.....	153
Resumo	153
 Caso prático	154
 Questões.....	154

Capítulo XVI**As pirâmides normativas no Brasil**

XVI.1 – As pirâmides normativas dos Direitos na federação brasileira.....	155
XVI.1.1 – A problemática da pluralidade de ordens políticas.....	155
XVI.1.2 – A submissão dos Estados ao Direito nacional.....	155
XVI.1.3 – A submissão dos Municípios ao Direito nacional e estadual	155
XVI.2 – As figuras contempladas no processo legislativo.....	155
XVI.2.1 – O art. 59 da CF	156
XVI.2.2 – Emendas Constitucionais	156
XVI.2.3 – Leis Complementares.....	156
XVI.2.4 – Leis em geral.....	157
XVI.2.5 – Leis ordinárias.....	157
XVI.2.6 – Leis delegadas.....	157
XVI.2.7 – Medidas Provisórias.....	157
XVI.2.8 – Decretos Legislativos.....	158
XVI.2.9 – Resoluções do Poder Legislativo	158
XVI.3 – As figuras contempladas na atividade administrativa.....	159
XVI.3.1 – A competência normativa externa ao Poder Legislativo.....	159
XVI.3.2 – Os decretos do Chefe do Poder Executivo.....	159
XVI.3.3 – Os regulamentos	159
XVI.3.4 – Atos normativos de autoridades administrativas subordinadas.....	160
XVI.4 – Atos do Poder Judiciário.....	160
XVI.5 – Negócios jurídicos públicos e privados.....	160
XVI.6 – A pirâmide normativa do Direito federal.....	160
XVI.7 – A pirâmide normativa do Direito nacional privativo	161
XVI.8 – A pirâmide normativa do Direito estadual privativo.....	161
XVI.9 – A pirâmide normativa do Direito municipal privativo.....	162
XVI.10 – A pirâmide normativa do Direito nacional não privativo e estadual.....	162
XVI.11 – Decorrências e conclusões.....	162
Resumo	163
 Caso prático.....	164
 Questões.....	164

Capítulo XVII**Direito Público e Direito Privado**

XVII.1 – A concepção em Roma.....	165
XVII.2 – A evolução histórica e a situação atual.....	165
XVII.3 – A situação no Direito anglo-saxão.....	165
XVII.3.1 – “The King can do no wrong”: a imunidade do Poder Executivo ao Judiciário	166
XVII.3.2 – A tendência à submissão do Estado às normas do setor privado.....	166
XVII.3.3 – A limitada intervenção estatal nos EUA.....	166
XVII.3.4 – A submissão dos agentes do Estado a controle individual.....	166

XVII.3.5	As normas relacionadas à segurança nacional.....	166
XVII.3.6	– Existência (limitada) de normas distintas para setor público e privado....	166
XVII.4	A situação no Direito brasileiro.....	167
XVII.4.1	– Direito Público	167
XVII.4.2	– Direito Privado.....	168
XVII.5	– O regime de Direito Público	168
XVII.5.1	A influência do Direito francês.....	168
XVII.5.2	– A indisponibilidade de certos interesses e direitos.....	168
XVII.5.3	– A distinta relevância atribuída à vontade.....	169
XVII.5.4	– A vedação à aplicação de normas previstas para o setor privado.....	169
XVII.5.5	– A atribuição de prerrogativas distintas daquelas asseguradas aos particulares	169
XVII.5.6	O rigor formal.....	170
XVII.6	O regime de Direito Privado.....	170
XVII.6.1	A preponderância da autonomia da vontade.....	170
XVII.6.2	– A disponibilidade dos interesses e direitos.....	171
XVII.6.3	– A ausência de formalismo.....	171
XVII.7	– A publicização contínua	171
XVII.7.1	A ampla intervenção do Estado brasileiro nos diversos setores.....	171
XVII.7.2	– A atuação estatal em atividades econômicas: o surgimento de regime híbrido.....	171
XVII.7.3	– A contínua funcionalização dos direitos: “função social”.....	172
XVII.8	A privatização contínua	172
XVII.8.1	As limitações do regime de Direito Público	172
XVII.8.2	A insolvência do Estado e a dependência dos recursos privados.....	172
XVII.8.3	A ampliação dos mecanismos empresariais privados.....	172
XVII.8.4	– A exigência de eficiência na exploração dos recursos econômicos.....	172
XVII.9	Conclusão.....	172
XVII.9.1	– As disputas de cunho político.....	173
XVII.9.2	– As peculiaridades do “Estado pós-moderno”.....	173
XVII.9.3	– A conjugação dos regimes de Direito Público e de Direito Privado...	173
Resumo	173
 Caso prático	174
Questões	175

Capítulo XVIII

Ramos do Direito

XVIII.1	A divisão do Direito em “ramos”.....	177
XVIII.1.1	– Os “ramos do Direito”.....	177
XVIII.1.2	– Os institutos jurídicos.....	177
XVIII.1.3	– Ramos do Direito e institutos jurídicos.....	178
XVIII.2	– Ramos do Direito Público e do Direito Privado.....	178

XVIII.2.1 – Ainda o problema da distinção.....	178
XVIII.2.2 – A evolução social e o surgimento de ramos “híbridos”.....	179
XVIII.3 – As soluções normativas diferenciadas.....	179
XVIII.3.1 – Regime de Direito Público.....	179
XVIII.3.2 – Regime de Direito Privado.....	179
XVIII.4 – Ramos do Direito Público: participação estatal.....	179
XVIII.4.1 – Direito Constitucional.....	179
XVIII.4.2 – Direito Penal.....	181
XVIII.4.3 – Direito Administrativo.....	181
XVIII.4.4 – Direito Económico.....	181
XVIII.4.5 – Direito Tributário.....	182
XVIII.4.6 – Direito Previdenciário.....	183
XVIII.4.7 – Direito Processual Civil.....	183
XVIII.4.8 – Direito Processual Penal.....	183
XVIII.4.9 – Direito Internacional Público.....	184
XVIII.4.10 – Direito Internacional Privado.....	184
XVIII.5 – Ramos do Direito Privado.....	185
XVIII.5.1 – Direito Civil.....	185
XVIII.5.2 – Direito Empresarial.....	185
XVIII.6 – Ramos “híbridos”.....	185
XVIII.6.1 – Direito do Trabalho.....	186
XVIII.6.2 – Direito do Consumidor: disciplina das relações de que participa um consumidor.....	186
XVIII.6.3 – Direito Ambiental.....	186
XVIII.7 – Conclusão.....	187
Resumo.....	187
 Questões.....	189

Capítulo XIX

Sujeito de Direito – a pessoa natural (ou física)

XIX.1 – O conceito jurídico de “pessoa”.....	191
XIX.1.1 – Definição de pessoa.....	191
XIX.1.2 – A concepção vigente.....	191
XIX.1.3 – A evolução histórica.....	191
XIX.2 – Algumas considerações históricas.....	192
XIX.2.1 – A origem da expressão “pessoa”.....	192
XIX.2.2 – Pessoa como um “atributo” distinto da condição de ser humano.....	192
XIX.2.3 – A conquista democrática.....	192
XIX.3 – A pessoa natural ou física.....	192
XIX.3.1 – A dignidade do ser humano.....	193
XIX.3.2 – Os fundamentos constitucionais.....	193
XIX.3.3 – A previsão específica do Código Civil.....	193

XIX.3.4	A personalidade ou capacidade jurídica.....	193
XIX.4	A problemática do início da personalidade da pessoa física.....	193
XIX.4.1	A disputa sobre o aborto.....	194
XIX.4.2	– As outras implicações jurídicas.....	194
XIX.4.3	– A solução legislativa formal.....	194
XIX.4.4	– A natureza “declaratória” do Registro Civil.....	194
XIX.5	– A extinção da personalidade jurídica do ser humano.....	195
XIX.5.1	A morte efetiva.....	195
XIX.5.2	Morte presumida.....	195
XIX.5.3	– Ausência.....	195
XIX.6	– Personalidade jurídica (capacidade de direito) e capacidade de fato.....	196
XIX.6.1	Incapacidade absoluta (decorrente da idade).....	196
XIX.6.2	Incapacidade relativa a certos atos ou ao modo de exercício.....	196
XIX.6.3	Cessação da incapacidade relativa dos menores.....	197
XIX.7	O tratamento diferenciado ao ser humano.....	197
XIX.7.1	– A questão dos animais: coisas ou sujeitos de direito?.....	197
XIX.7.2	– A questão do meio ambiente.....	197
XIX.7.3	Sujeitos de direito ou meros reflexos?.....	197
XIX.8	– O problema da evolução tecnológica e os desafios futuros.....	198
XIX.8.1	As máquinas e a perspectiva de aquisição de autonomia.....	198
XIX.8.2	– A aquisição de identidade própria pelos “equipamentos”.....	198
Resumo	199
 Caso prático	199
Questões	199

Capítulo XX

Sujeito de Direito – as pessoas jurídicas

XX.1	– Definição e considerações gerais.....	201
XX.1.1	A evolução política: o Estado como “pessoa”.....	201
XX.1.2	– A evolução econômica: as empresas como “pessoas”.....	202
XX.1.3	– A evolução social: as fundações como “pessoas”.....	202
XX.2	– Disciplina e classificação.....	202
XX.2.1	– Pessoas jurídicas de direito público externo.....	202
XX.2.2	Pessoas jurídicas de direito público interno.....	202
XX.2.3	Pessoas jurídicas de direito privado.....	204
XX.3	As diversas teorias sobre as pessoas jurídicas.....	205
XX.3.1	– Teoria da realidade.....	206
XX.3.2	– Teoria da realidade mitigada.....	206
XX.3.3	– Teoria da ficção.....	206
XX.4	– O descabimento da identificação entre as pessoas físicas e jurídicas.....	206
XX.5	Início e término da existência da pessoa jurídica.....	207
XX.5.1	Pessoas jurídicas de direito público externo.....	207

XXVIII | INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO - *Marçal Justen Filho*

XX.5.2 – Pessoas jurídicas de direito público interno.....	207
XX.5.3 – Pessoas jurídicas de direito privado.....	207
XX.6 – A gestão das pessoas jurídicas.....	208
XX.6.1 – A teoria do órgão: antropomorfismo.....	208
XX.6.2 – As implicações da teoria do órgão.....	208
XX.7 – A função das pessoas jurídicas de direito privado.....	209
XX.7.1 – A diferenciação entre sujeitos de direito.....	209
XX.7.2 – A captação de recursos em grande escala.....	209
XX.7.3 – A despersonalização na gestão do empreendimento.....	209
XX.7.4 – A questão da responsabilidade patrimonial.....	209
Resumo.....	210
 Caso prático.....	212
 Questões.....	212

Capítulo XXI**Fatos jurídicos**

XXI.1 – Fato jurídico (em sentido amplo).....	213
XXI.1.1 – Ainda a estrutura dúplice das normas de conduta.....	213
XXI.1.2 – A natureza pretensamente “descritiva” da hipótese.....	214
XXI.2 – Fato jurídico em sentido amplo.....	215
XXI.3 – Ato jurídico.....	215
XXI.3.1 – A terminologia do Código Civil de 2002.....	216
XXI.3.2 – O conteúdo específico da hipótese: a conduta.....	216
XXI.3.3 – A ausência de configuração de ato jurídico sem a vontade.....	216
XXI.3.4 – Atos jurídicos unilaterais, bilaterais e plurilaterais.....	217
XXI.3.5 – Atos jurídicos unilaterais: individuais, coletivos e complexos.....	217
XXI.4 – Fato jurídico em sentido restrito.....	219
XXI.4.1 – O conteúdo da hipótese: a relevância à externalidade do evento.....	219
XXI.4.2 – A irrelevância da vontade na hipótese normativa.....	219
XXI.5 – Ato ilícito.....	220
XXI.5.1 – A conduta distinta da prestação.....	220
XXI.5.2 – A relevância da ilicitude para o Direito.....	220
XXI.5.3 – Ato ilícito como conduta humana: a relevância da vontade.....	220
XXI.5.4 – A questão do defeito na formação da vontade.....	220
XXI.5.5 – Os efeitos jurídicos: o sancionamento.....	221
XXI.5.6 – As diferentes categorias de atos ilícitos e de sancionamento.....	221
XXI.5.7 – Ato ilícito e ato inválido.....	222
XXI.6 – A figura do negócio jurídico (ato jurídico) obrigacional.....	222
XXI.6.1 – A atribuição de poder para a autovinculação de sujeitos.....	223
XXI.6.2 – A hipótese e o mandamento da norma geral.....	223
XXI.6.3 – O “negócio jurídico obrigacional”.....	223
XXI.7 – Os efeitos jurídicos desencadeados pelo fato jurídico.....	223

XXI.8 – A eficácia do ato jurídico.....	224
Resumo.....	224
 Caso prático.....	225
 Questões.....	226

Capítulo XXII

Relação jurídica

XXII.1 Definição e elementos.....	227
XXII.1.1 – Vínculo jurídico.....	227
XXII.1.2 – As relações sociais.....	227
XXII.1.3 – A juridicização do relacionamento	228
XXII.1.4 A objetivização do relacionamento	228
XXII.1.5 A relação jurídica como previsão do mandamento normativo.....	228
XXII.2 – Partes.....	228
XXII.2.1 – Partes e sujeitos de Direito	228
XXII.2.2 – Pessoas físicas e (ou) jurídicas.....	229
XXII.3 – Objeto.....	229
XXII.3.1 – Imediato: prestação	229
XXII.3.2 Mediato: bens jurídicos	230
XXII.4 A disciplina da conduta objeto da relação jurídica.....	230
XXII.5 Classificação quanto ao regime jurídico.....	230
XXII.5.1 – Relações jurídicas de Direito Público.....	230
XXII.5.2 – Relações jurídicas de Direito Privado.....	230
XXII.6 – Classificação quanto ao número de partes.....	230
XXII.6.1 – As relações jurídicas bilaterais.....	230
XXII.6.2 – As relações jurídicas plurilaterais.....	231
XXII.7 A formalização da constituição da relação jurídica.....	231
XXII.7.1 – Graus variáveis de rigor formalístico.....	231
XXII.7.2 – Hipóteses de liberdade de forma.....	231
XXII.7.3 Hipóteses de rigor formal	231
XXII.8 – O desenvolvimento da relação jurídica.....	232
XXII.8.1 Disciplina normativa mandatória intensa	232
XXII.8.2 – Disciplina normativa restritiva	232
XXII.8.3 – Atribuição de autonomia às partes.....	232
XXII.9 A extinção da relação jurídica.....	232
XXII.9.1 Previsão legislativa impositiva	233
XXII.9.2 Exaurimento do objeto.....	233
XXII.9.3 – Extinção anômala: rescisão, revogação e outras figuras.....	233
Resumo.....	233
 Caso prático.....	234
 Questões.....	234

Capítulo XXIII**Bens jurídicos**

XXIII.1 – Conceito.....	235
XXIII.1.1 – Coisas inanimadas e vegetais.....	235
XXIII.1.2 – Animais (?).....	235
XXIII.1.3 – Objetos produzidos pelo Direito.....	236
XXIII.1.4 – Objetos de existência futura.....	236
XXIII.1.5 – A questão do ser humano.....	236
XXIII.2 – Algumas questões adicionais.....	236
XXIII.2.1 – Bens jurídicos personalíssimos.....	236
XXIII.2.2 – Os direitos subjetivos como “bens”.....	236
XXIII.2.3 – A questão da patrimonialidade.....	237
XXIII.3 – A questão da existência física.....	237
XXIII.3.1 – Bens corpóreos: coisas.....	237
XXIII.3.2 – Bens incorpóreos: ideias (dotadas ou não de conteúdo patrimonial)....	237
XXIII.4 – A disciplina dos bens jurídicos.....	237
XXIII.5 – A classificação dos bens quanto ao critério do deslocamento.....	237
XXIII.5.1 – Os bens imóveis.....	238
XXIII.5.2 – Os bens móveis.....	238
XXIII.5.3 – A relevância jurídica da distinção.....	238
XXIII.6 – Classificação quanto à titularidade.....	238
XXIII.6.1 – Bens públicos.....	238
XXIII.6.2 – Bens privados.....	239
XXIII.6.3 – A relevância da distinção.....	239
XXIII.7 – Bens públicos.....	239
XXIII.8 – Bens singulares e coletivos (universalidade de fato ou de direito).....	239
XXIII.8.1 – Os bens singulares.....	240
XXIII.8.2 – Os bens coletivos.....	240
XXIII.9 – Patrimônio.....	240
XXIII.9.1 – Algumas considerações filosóficas.....	241
XXIII.9.2 – A composição do patrimônio.....	241
XXIII.9.3 – Todo sujeito é titular de um patrimônio.....	241
XXIII.9.4 – Todo sujeito é titular de um único patrimônio indivisível.....	241
XXIII.9.5 – Responsabilidade patrimonial.....	241
XXIII.9.6 – O regime diferenciado para alguns bens.....	241
XXIII.10 – Titularidade do patrimônio e personalidade jurídica.....	242
XXIII.10.1 – O patrimônio próprio da pessoa jurídica.....	242
XXIII.10.2 – A responsabilidade ilimitada da pessoa jurídica.....	242
XXIII.10.3 – A responsabilidade limitada dos sócios.....	242
XXIII.10.4 – O efeito similar à multiplicação de patrimônios.....	242
Resumo.....	243
 Caso prático.....	244
 Questões.....	244

Capítulo XXIV
Posições jurídicas subjetivas

XXIV.1	Os efeitos subjetivos das normas jurídicas.....	245
XXIV.1.1	– As posições jurídicas	245
XXIV.1.2	– Os reflexos sobre os sujeitos (“direito subjetivo” e “dever jurídico”).....	245
XXIV.1.3	A “bilateralidade” das posições jurídicas: correspondência.....	246
XXIV.2	– As posições jurídicas de preponderância (ativas).....	246
XXIV.2.1	Poder jurídico.....	246
XXIV.2.2	– Direito subjetivo.....	246
XXIV.3	As posições jurídicas de dependência (passivas)	246
XXIV.3.1	– Sujeição jurídica	247
XXIV.3.2	– Dever jurídico.....	247
XXIV.3.3	Obrigação.....	247
XXIV.3.4	A distinção entre dever jurídico e obrigação	248
XXIV.3.5	Ônus.....	248
XXIV.3.6	– Limitação a direito.....	249
XXIV.4	A distinção entre “posição jurídica” e “pretensão”.....	249
XXIV.5	– Classificação dos direitos subjetivos privados	249
XXIV.5.1	Direitos subjetivos relativos.....	250
XXIV.5.2	Direitos subjetivos absolutos.....	250
XXIV.6	– A função como posição jurídica.....	250
XXIV.6.1	– Poderes jurídicos para fins alheios ao interesse do titular.....	250
XXIV.6.2	– A vinculação aos fins de interesse público	250
XXIV.6.3	– A restrição à satisfação do interesse pessoal.....	250
XXIV.6.4	– A limitação à autonomia da vontade do titular	251
XXIV.7	– A fórmula do “poder-dever”.....	251
XXIV.7.1	– A atribuição de faculdades: poderes jurídicos (ativos)	251
XXIV.7.2	– A submissão ao fim: deveres jurídicos (passivos).....	251
XXIV.7.3	– A dimensão complexa do instituto da função jurídica.....	252
XXIV.8	– A função como instituto de Direito Público e de Direito Privado.....	252
XXIV.8.1	– A difusão no direito de família (poder familiar, curador).....	252
XXIV.8.2	– A ampla aplicação no Direito Público.....	252
XXIV.8.3	– A competência estatal e a sua natureza funcional.....	252
XXIV.8.4	– A figura do desvio de poder	252
XXIV.9	– A funcionalização das posições jurídicas em geral.....	253
XXIV.9.1	– A inviabilidade de atuação absolutamente egoística	253
XXIV.9.2	– A concepção da solidariedade	253
XXIV.9.3	– A vedação ao absolutismo do direito subjetivo privado.....	253
XXIV.9.4	– A figura do abuso de direito: excesso ou anormalidade	253
XXIV.9.5	– A previsão constitucional quanto à propriedade: art. 5º da CF.....	254
XXIV.9.6	– A funcionalização generalizada nos diversos ramos do Direito.....	254
Resumo	254
	Caso prático	256
	Questões.....	256

Capítulo XXV**Direitos Fundamentais**

XXV.1 – Dignidade humana.....	257
XXV.2 – Conteúdos essenciais.....	257
XXV.2.1 – Valor intrínseco de cada ser humano.....	257
XXV.2.2 – Autonomia individual.....	258
XXV.2.3 – Valor comunitário.....	258
XXV.3 – A previsão constitucional dos direitos fundamentais.....	258
XXV.3.1 – A multiplicidade de direitos fundamentais constitucionais.....	258
XXV.3.2 – A previsão do art. 5º, § 2º, da CF.....	258
XXV.4 – Direitos fundamentais como “princípios” e como “regras”.....	259
XXV.4.1 – Casos de princípios e casos de regras.....	259
XXV.4.2 – A plena eficácia jurídica: art. 5º, § 1º, da CF.....	259
XXV.4.3 – A atribuição “prima facie” de direito subjetivo.....	260
XXV.4.4 – O sopesamento para aplicação.....	260
XXV.4.5 – A reserva do possível.....	260
XXV.5 – A dupla eficácia dos direitos fundamentais.....	260
XXV.5.1 – A eficácia vertical: indivíduo vs. Estado.....	260
XXV.5.2 – A eficácia horizontal: sujeitos entre si.....	260
XXV.6 – Classificação quanto ao conteúdo.....	261
XXV.6.1 – Direito à limitação da ação estatal (proibição de excesso).....	261
XXV.6.2 – Direito à ação estatal (proibição da insuficiência).....	261
XXV.7 – Classificação geracional dos direitos fundamentais.....	261
XXV.7.1 – Direitos fundamentais de primeira geração (individualistas).....	261
XXV.7.2 – Direitos fundamentais de segunda geração (democráticos).....	262
XXV.7.3 – Direitos fundamentais de terceira geração (socioeconômicos).....	262
XXV.7.4 – Direitos fundamentais de outras categorias.....	262
XXV.8 – Síntese: implicações.....	262
XXV.8.1 – A constitucionalização da ordem jurídica.....	262
XXV.8.2 – Os reflexos generalizados da disciplina constitucional.....	263
XXV.8.3 – A transformação do jurista em constitucionalista.....	263
Resumo.....	263
 Caso prático.....	264
 Questões.....	264

Capítulo XXVI**Hermenêutica jurídica: introdução**

XXVI.1 – Origem e evolução histórica.....	265
XXVI.1.1 – A origem etimológica: “Hermes”.....	265
XXVI.1.2 – Estudo dos textos escritos e a evolução mais recente.....	265
XXVI.2 – A disputa sobre o objetivo: a “compreensão”.....	266

XXVI.2.1 – A revelação da vontade do autor.....	266
XXVI.2.2 – A revelação de uma vontade inerente ao objeto	266
XXVI.2.3 – A recriação do objeto artístico pelo sujeito.....	266
XXVI.3 As variações inerentes ao objeto.....	266
XXVI.3.1 A arte e suas peculiaridades	266
XXVI.3.2 A literatura e suas peculiaridades.....	267
XXVI.3.3 – A teologia e suas peculiaridades	267
XXVI.3.4 – O Direito e suas peculiaridades	267
XXVI.4 O desenvolvimento da linguística e suas implicações.....	268
XXVI.4.1 – A questão da semântica: a descoberta do significado	268
XXVI.4.2 – A questão da dialética: a dinâmica do pensamento.....	268
XXVI.4.3 A questão da pragmática: a comunicação.....	268
XXVI.5 – A linguagem e o “mundo”.....	268
XXVI.5.1 A linguagem e os processos mentais.....	269
XXVI.5.2 – A linguagem e os limites do sujeito.....	269
XXVI.5.3 – O processo de comunicação.....	269
XXVI.6 – A questão da “pré-compreensão”.....	269
XXVI.6.1 A existência de processos mentais conscientes e inconscientes.....	269
XXVI.6.2 A concepção antecedente do sujeito.....	270
XXVI.6.3 – A “compreensão” condicionada pela “pré-compreensão”	270
XXVI.6.4 – O referencial para a expressão linguística.....	270
XXVI.6.5 – O “meio é a mensagem”	270
XXVI.6.6 – As implicações para a interpretação jurídica.....	271
Resumo.....	271
 Questões.....	272

Capítulo XXVII

A hermenêutica jurídica: interpretação jurídica

XXVII.1 – A pluralidade de significações de “interpretar”	273
XXVII.1.1 A “revelação”: pressuposição de um objeto autônomo.....	273
XXVII.1.2 – O sentido: o conteúdo da disciplina jurídica.....	274
XXVII.1.3 – O alcance: a abrangência da disciplina normativa.....	274
XXVII.2 – A variação entre costume e lei e suas implicações.....	274
XXVII.2.1 Ainda a distinção entre norma jurídica, lei e costume	274
XXVII.2.2 O costume e a redução da incerteza	274
XXVII.2.3 A lei e a ampliação da incerteza	275
XXVII.2.4 – A dinâmica da produção legislativa e seus reflexos	275
XXVII.2.5 – A questão da mutação legislativa	275
XXVII.2.6 A questão da “inconstitucionalidade progressiva”.....	275
XXVII.3 – A hermenêutica e a questão da autonomia do intérprete.....	276
XXVII.3.1 – A tentativa de neutralizar (ocultar?) a influência do “intérprete”	276
XXVII.3.2 A multiplicidade de interpretações	276

XXXIV | INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO • *Marçal Justen Filho*

XXVII.3.3 – A disputa pela prevalência da interpretação mais favorável.....	277
XXVII.3.4 – A intensa dimensão retórica da atividade interpretativa.....	277
XXVII.3.5 – A lição de Louis Eisenstein.....	277
XXVII.4 – Concepções clássicas.....	278
XXVII.4.1 – Redução da hermenêutica a uma atividade mecânica	278
XXVII.4.2 – A tese da “técnica”: “regras de interpretação”.....	278
XXVII.4.3 – A pluralidade de “métodos hermenêuticos”.....	278
XXVII.5 – A disputa sobre a finalidade da interpretação da lei.....	278
XXVII.5.1 – A revelação da vontade do legislador (“mens legislatoris”).....	278
XXVII.5.2 – A revelação da vontade da lei (“mens legis”).....	278
XXVII.5.3 – Ainda a disputa sobre a margem de autonomia do intérprete.....	279
XXVII.6 – A finalidade da interpretação do negócio jurídico	279
XXVII.6.1 – A revelação da vontade da parte.....	279
XXVII.6.2 – A rejeição a sentido dissociado da vontade das partes	279
XXVII.7 – A quem incumbe a atividade de interpretar a lei?.....	279
XXVII.8 – A interpretação doutrinária.....	280
XXVII.8.1 – As concepções teóricas dos especialistas.....	280
XXVII.8.2 – As influências políticas, econômicas e sociais.....	280
XXVII.8.3 – A interpretação realizada de modo abstrato.....	281
XXVII.8.4 – A ausência de eficácia vinculante da interpretação doutrinária.....	281
XXVII.8.5 – O processo de comunicação: a Ciência do Direito.....	281
XXVII.8.6 – O poder do conhecimento: a influência sobre a sociedade.....	281
XXVII.8.7 – O posicionamento de Peter Häberle	282
XXVII.9 – A interpretação advocatícia.....	282
XXVII.10 – A interpretação pelo Poder Legislativo: “interpretação autêntica”.....	282
XXVII.10.1 – A lei “interpretativa”.....	282
XXVII.10.2 – O problema da necessidade de interpretação da lei interpretativa	283
XXVII.10.3 – O problema da autonomia entre as diversas leis.....	283
XXVII.11 – A interpretação administrativa	283
XXVII.11.1 – O órgão titular de função pública interessada	283
XXVII.11.2 – O efeito vinculante frente aos particulares	283
XXVII.12 – A interpretação judicial	284
XXVII.12.1 – A interpretação produzida em vista do caso concreto.....	284
XXVII.12.2 – A interpretação produzida de modo abstrato	284
XXVII.12.3 – A pluralidade de decisões não uniformes.....	284
XXVII.12.4 – A função dos tribunais de uniformização da jurisprudência	284
XXVII.12.5 – O efeito vinculante da jurisprudência: a uniformidade.....	284
XXVII.12.6 – A definitividade da solução: ainda Kelsen.....	285
Resumo	285
 Caso prático	287
 Questões.....	287

Capítulo XXVIII**Hermenêutica jurídica: os métodos de interpretação**

XXVIII.1 – A conjugação de métodos.....	289
XXVIII.1.1 – A inexistência de método único.....	289
XXVIII.1.2 – A inviabilidade de utilização do mesmo método	289
XXVIII.1.3 – A escolha do método e a determinação do resultado.....	289
XXVIII.2 – As circunstâncias da situação concreta e seus reflexos.....	290
XXVIII.2.1 – A atividade de interpretação não se desenvolve “fora do mundo”..	290
XXVIII.2.2 – A interpretação é afetada pela avaliação dos fatos.....	290
XXVIII.2.3 – A identificação da norma pressupõe a avaliação sobre os fatos.....	290
XXVIII.2.4 – É possível interpretar uma lei de modo “abstrato”?.....	291
XXVIII.2.5 – A questão da “interpretação” e da “aplicação” do Direito	291
XXVIII.2.6 – A tridimensionalidade do Direito	291
XXVIII.3 – Hermenêutica dos princípios e hermenêutica das regras.....	291
XXVIII.3.1 – A dimensão “fechada” da regra.....	291
XXVIII.3.2 – A dimensão “aberta” do princípio	291
XXVIII.3.3 – As concepções tradicionais modeladas segundo as regras.....	292
XXVIII.4 – O método gramatical ou literal	292
XXVIII.4.1 – A língua natural e sua textura aberta	292
XXVIII.4.2 – A técnica jurídica e a redução da incerteza	292
XXVIII.4.3 – O risco do congelamento do sentido da lei	293
XXVIII.4.4 – O risco do “desmembramento” do Direito	293
XXVIII.4.5 – O posicionamento generalizado: necessário, mas não suficiente.....	293
XXVIII.4.6 – As propostas de superação do texto legislativo.....	293
XXVIII.5 – O método histórico	293
XXVIII.5.1 – A vinculação do sentido da lei ao contexto da sua criação.....	293
XXVIII.5.2 – A prevalência da “mens legis”	294
XXVIII.6 – O método teleológico (finalístico).....	294
XXVIII.6.1 – A identificação da finalidade buscada pela lei	294
XXVIII.6.2 – A inferência lógica sobre a lei.....	294
XXVIII.6.3 – A dificuldade quanto à identificação da finalidade.....	294
XXVIII.6.4 – A dificuldade em vista da alteração dinâmica da finalidade.....	295
XXVIII.6.5 – A ausência de conexão necessária entre o fim e o meio.....	295
XXVIII.6.6 – A utilidade da interpretação finalista	295
XXVIII.7 – O método sistemático.....	295
XXVIII.7.1 – A afirmação do Direito como sistema (ordenamento jurídico).....	295
XXVIII.7.2 – A impossibilidade de compreensão isolada.....	295
XXVIII.7.3 – A questão do “círculo hermenêutico”.....	296
XXVIII.7.4 – A rejeição ao fracionamento da ordem jurídica.....	296
XXVIII.7.5 – A eventual superação da redação literal da lei	296
XXVIII.7.6 – A ampliação da incerteza.....	296
XXVIII.7.7 – A “interpretação conforme a Constituição”	297
Resumo.....	297
 Caso prático.....	298
Questões.....	299

Capítulo XXIX**A aplicação do Direito**

XXIX.1 – A inter-relação entre interpretação e aplicação.....	301
XXIX.2 – A interpretação e sua dimensão inovadora.....	301
XXIX.2.1 – A interpretação e a agregação de sentido	301
XXIX.2.2 – A disputa pelo poder: ainda “in claris non fit interpretatio”.....	302
XXIX.2.3 – A atuação dos “intérpretes”	302
XXIX.3 – O enquadramento formal do resultado atingido.....	302
XXIX.3.1 – Interpretação declaratória.....	302
XXIX.3.2 – Interpretação ampliativa.....	302
XXIX.3.3 – Interpretação restritiva.....	302
XXIX.3.4 – Interpretação “ab-rogante”.....	303
XXIX.4 – A identificação de conflitos entre normas.....	303
XXIX.5 – A identificação de lacunas: a integração.....	303
XXIX.5.1 – A relevância da amplitude da CF	303
XXIX.5.2 – Axioma da completude: o Direito não contém lacunas.....	303
XXIX.5.3 – O art. 4º da LINDB.....	304
XXIX.5.4 – A analogia.....	304
XXIX.5.5 – Os costumes.....	304
XXIX.5.6 – Princípios gerais do direito.....	304
XXIX.6 – O enfoque “consequencialista”	304
XXIX.6.1 – A postura ortodoxa rigorosa: “Fiat Justitia, pereat mundus”	305
XXIX.6.2 – A exigência de avaliação dos efeitos concretos	305
XXIX.6.3 – O risco de comprometimento da ética	305
XXIX.6.4 – O risco de comprometimento da igualdade.....	305
XXIX.6.5 – O risco de comprometimento da segurança.....	305
XXIX.6.6 – A recepção da concepção consequencialista no Brasil	305
XXIX.7 – A proporcionalidade: princípio ou técnica?.....	306
XXIX.7.1 – Os limites ao exercício do Poder.....	306
XXIX.7.2 – A configuração da proporcionalidade como solução jurídica.....	306
XXIX.8 – As três dimensões da proporcionalidade	306
XXIX.8.1 – A proporcionalidade-adequação	306
XXIX.8.2 – A proporcionalidade-necessidade.....	307
XXIX.8.3 – A proporcionalidade em sentido restrito.....	307
XXIX.9 – A tutela constitucional à proporcionalidade.....	308
XXIX.9.1 – A solução técnica para a máxima realização constitucional	308
XXIX.9.2 – Aplicar a Constituição é atuar segundo a proporcionalidade.....	308
XXIX.9.3 – A preponderância da Constituição.....	308
XXIX.10 – Observações conclusivas.....	308
XXIX.10.1 – As limitações da exposição tradicional sobre o tema.....	308
XXIX.10.2 – A atribuição de uma “entidade ideal” à norma	308
XXIX.10.3 – A dissociação do caso concreto	308

XXIX.10.4 A desconsideração à natureza dinâmica e complexa	309
Resumo.....	309
 Caso prático.....	310
Questões.....	311

Capítulo XXX

A vigência da lei no tempo e no espaço

XXX.1 O fenômeno da vigência da lei.....	313
XXX.1.1 - A existência da lei	313
XXX.1.2 - A validade da lei.....	313
XXX.1.3 - A vigência da lei	313
XXX.1.4 - O âmbito de vigência temporal.....	314
XXX.1.5 - O âmbito de vigência espacial.....	314
XXX.2 - A vigência da lei no tempo	314
XXX.2.1 - A “entrada em vigor” da lei nova.....	314
XXX.2.2 - A vigência no estrangeiro.....	314
XXX.2.3 - A exigência de publicação.....	314
XXX.2.4 - A questão da “republicação”	315
XXX.2.5 - A “correção” de equívoco.....	315
XXX.3 A aplicação da lei nova.....	315
XXX.3.1 - A disciplina constitucional e infraconstitucional.....	315
XXX.3.2 - A vigência para o futuro.....	315
XXX.3.3 - Os efeitos pendentes de atos pretéritos.....	315
XXX.4 Ato jurídico perfeito.....	316
XXX.5 Direito adquirido.....	316
XXX.6 - Coisa julgada (material).....	317
XXX.7 A aplicação do Direito e a vedação à retroatividade.....	317
XXX.7.1 - A alteração superveniente da interpretação.....	317
XXX.7.2 - A vedação à aplicação retroativa da interpretação superveniente	318
XXX.8 A extinção da vigência.....	318
XXX.8.1 - Prazo predeterminado.....	318
XXX.8.2 - Consumação de condição resolutiva.....	318
XXX.8.3 - Revogação pela lei posterior.....	319
XXX.8.4 - Revogação explícita	319
XXX.8.5 - Revogação implícita.....	319
XXX.8.6 - Não recepção por Constituição posterior	319
XXX.9 - A questão da “represtinação”.....	319
XXX.10 - A vigência da lei no espaço.....	319
XXX.10.1 - A dimensão interna.....	320
XXX.10.2 - A dimensão externa.....	320
XXX.10.3 - A disciplina jurídica do conflito das leis no espaço.....	320

XXXVIII | INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO • *Marçal Justen Filho*

XXX.11 – Os elementos de conexão.....	320
XXX.11.1 – A ausência de critérios únicos, uniformes e abrangentes.....	320
XXX.11.2 – Os principais elementos de conexão.....	320
XXX.12 – As regras da LINDB.....	321
XXX.12.1 – Direitos da personalidade e de família: lei do domicílio.....	321
XXX.12.2 – Direito das obrigações.....	321
XXX.12.3 – Direito empresarial.....	321
XXX.12.4 – Direito das sucessões.....	321
XXX.13 – A chamada “extraterritorialidade” da lei.....	321
XXX.13.1 – As dificuldades políticas.....	321
XXX.13.2 – A extraterritorialidade da lei penal brasileira.....	322
XXX.14 – A tendência à uniformização.....	322
XXX.14.1 – Convenções internacionais.....	322
XXX.14.2 – A harmonização quanto ao conteúdo.....	322
XXX.15 – O problema da virtualização das relações.....	322
XXX.15.1 – A internet e a “desespacialização” das relações.....	323
XXX.15.2 – A dificuldade na repressão de ilícitos.....	323
XXX.15.3 – A necessidade de colaboração entre os diversos países.....	323
Resumo.....	323
 Caso prático.....	325
 Questões.....	325

Capítulo XXXI**Aplicação do Direito e autonomia do aplicador**

XXXI.1 – Ainda o limite da interpretação.....	327
XXXI.1.1 – Ainda a heteronomia do Direito.....	327
XXXI.1.2 – A autonomia “oculta”.....	327
XXXI.1.3 – O problema do erro redacional.....	328
XXXI.1.4 – O problema da norma “injusta”.....	328
XXXI.1.5 – O problema da norma incorreta ou inadequada.....	328
XXXI.1.6 – Ainda a questão da interpretação conforme a Constituição.....	328
XXXI.2 – A atribuição pela lei de margem de autonomia para o aplicador.....	329
XXXI.2.1 – A inviabilidade de definição da solução mais satisfatória.....	329
XXXI.3 – A consagração de princípio.....	329
XXXI.4 – Rigidez e flexibilidade do Direito.....	329
XXXI.5 – Mecanismos jurídicos para autonomia limitada.....	329
XXXI.6 – O instituto da “discricionariedade”.....	330
XXXI.6.1 – A instituição e a delimitação da autonomia pela lei.....	330
XXXI.6.2 – A escolha circunscrita a limites jurídicos.....	330
XXXI.6.3 – A dimensão funcional da competência discricionária.....	330
XXXI.6.4 – A vedação ao arbítrio.....	330

XXXI.6.5 – A limitação do controle externo à decisão adotada.....	330
XXXI.7 – A distinção entre “interpretação” e “discricionariedade”.....	331
XXXI.7.1 – A negação da distinção: a questão prática.....	331
XXXI.7.2 – A diferenciação teórica.....	331
XXXI.7.3 – A distinção no tocante ao controle.....	331
XXXI.8 – Os “conceitos jurídicos indeterminados”.....	331
XXXI.8.1 – A realidade fática é autônoma.....	332
XXXI.8.2 – O direito institui uma classificação jurídica dos fatos.....	332
XXXI.8.3 – Diferenciação de três áreas de abrangência.....	332
XXXI.8.4 – Área de certeza positiva: aplicação inquestionável.....	332
XXXI.8.5 – Área de certeza negativa: não aplicação inquestionável.....	332
XXXI.8.6 – Área cinzenta: margem de autonomia de escolha.....	333
XXXI.8.7 – A redução da margem de autonomia do aplicador.....	333
XXXI.9 – Os “conceitos técnico-científicos”.....	333
XXXI.9.1 – A inviabilidade de solução predeterminada.....	333
XXXI.9.2 – O consenso científico determina o conteúdo da expressão.....	333
XXXI.10 – Os “conceitos valorativos”.....	334
XXXI.10.1 – Ainda a inviabilidade de solução predeterminada.....	334
XXXI.10.2 – A solução fundada no entendimento prevalente.....	334
XXXI.11 – Síntese.....	334
Resumo.....	335
 Caso prático.....	335
 Questões.....	336

Capítulo XXXII

Ainda os valores jurídicos

XXXII.1 – Os valores e o sentido da existência.....	337
XXXII.1.1 – A existência como experiência concreta da vida.....	337
XXXII.1.2 – Os valores e a preservação da realização do “humano”.....	337
XXXII.1.3 – A evolução civilizatória e a tendência à objetivação dos valores.....	338
XXXII.1.4 – A pluralidade dos valores jurídicos e a tensão entre eles.....	338
XXXII.1.5 – Valor jurídico e norma jurídica.....	338
XXXII.2 – Segurança Jurídica.....	339
XXXII.2.1 – Segurança Jurídica e a dimensão temporal.....	339
XXXII.2.1.1 – Segurança como “conhecimento da disciplina jurídica”.....	339
XXXII.2.1.2 – Segurança como “previsibilidade da disciplina jurídica” futura.....	339
XXXII.2.1.3 – Segurança como “estabilidade da disciplina jurídica” passada e presente.....	339
XXXII.2.2 – Requisitos da existência da Segurança Jurídica.....	339
XXXII.2.2.1 – Existência de normas claras e precisas.....	339
XXXII.2.2.2 – A estabilidade da disciplina jurídica.....	340

XXXII.2.2.3 – A submissão de todos os sujeitos (inclusive o Estado) às normas	340
XXXII.2.2.4 – A observância do devido processo legal.....	340
XXXII.2.2.5 – A garantia da jurisdição.....	340
XXXII.2.3 – Os inconvenientes da Segurança Jurídica	340
XXXII.2.3.1 – O “engessamento” da disciplina jurídica.....	340
XXXII.2.3.2 – O risco de soluções injustas e inconvenientes.....	341
XXXII.3 – Justiça.....	341
XXXII.3.1 – As dificuldades do tema	341
XXXII.3.1.1 – A indeterminação do significado da expressão.....	341
XXXII.3.1.2 – A variação subjetiva do enfoque.....	341
XXXII.3.1.3 – A variação histórica do enfoque: a evolução socio-econômica	341
XXXII.3.1.4 – A multiplicidade de teorizações ao longo da história	341
XXXII.3.1.5 – A tendência à aproximação com igualdade.....	342
XXXII.3.2 – Justiça e tratamento individual.....	342
XXXII.3.2.1 – O reconhecimento da condição intrínseca.....	342
XXXII.3.2.2 – O reconhecimento do merecimento	342
XXXII.3.2.3 – O reconhecimento da necessidade.....	342
XXXII.3.2.4 – A observância das regras predeterminadas.....	342
XXXII.3.3 – Justiça e tratamento intersubjetivo (comparativo).....	342
XXXII.3.3.1 – A justiça distributiva (Aristóteles).....	343
XXXII.3.3.2 – A justiça corretiva (Aristóteles).....	343
XXXII.4 – Igualdade (isonomia)	343
XXXII.4.1 – A concepção clássica.....	343
XXXII.4.2 – A formulação de Celso Antônio Bandeira de Mello	343
XXXII.4.3 – Esboço quanto ao conteúdo jurídico da igualdade	343
XXXII.4.3.1 – Identificação da finalidade a ser realizada	343
XXXII.4.3.2 – Delimitação do conjunto de situações	344
XXXII.4.3.3 – Escolha do critério de comparação adequado.....	344
XXXII.4.3.4 – A definição do tratamento jurídico e a sua adequação	345
XXXII.4.3.5 – O exame da proporcionalidade em sentido restrito.....	345
XXXII.4.4 – Síntese.....	345
XXXII.5 – Solidariedade.....	345
XXXII.5.1 – A interconexão entre os seres vivos.....	346
XXXII.5.2 – A legitimidade dos interesses dos diversos sujeitos.....	346
XXXII.5.3 – A inviabilidade da prevalência absoluta dos interesses individuais.....	346
XXXII.5.4 – A solidariedade e a generosidade	346
XXXII.5.5 – A satisfação proporcional às circunstâncias individuais	346
XXXII.5.6 – Solidariedade, voluntariedade e imposição.....	346
XXXII.6 – Conclusão	347
Resumo.....	347
 Caso prático	349
 Questões.....	349

Capítulo XXXIII

A Ciência do Direito

XXXIII.1 - A terminologia adotada.....	351
XXXIII.2 - O estudo do Direito e a questão de uma “Ciência do Direito”.....	351
XXXIII.2.1 - “Sujeito que conhece” vs. “objeto conhecido”.....	351
XXXIII.2.2 - A concepção clássica das ciências da Natureza.....	351
XXXIII.2.3 - As “ciências do espírito” e a inserção do sujeito no “objeto conhecido”.....	352
XXXIII.3 - A “Ciência do Direito” é uma “ciência”?.....	352
XXXIII.3.1 - O método das ciências naturais.....	352
XXXIII.3.2 - A ampliação do conceito de ciência.....	352
XXXIII.3.3 - A inexistência de uma “Ciência do Direito”.....	352
XXXIII.3.4 - A manutenção da terminologia e seus efeitos indiretos.....	353
XXXIII.4 - O conhecimento do Direito.....	353
XXXIII.4.1 - Ainda a dificuldade em diferenciar sujeito e objeto.....	353
XXXIII.4.2 - A aplicação e o estudo do Direito.....	353
XXXIII.5 - A inter-relação entre “Direito” e “Ciência do Direito”.....	353
XXXIII.5.1 - A heteronomia e objetividade do Direito (em tese).....	354
XXXIII.5.2 - A “produção” de um “sistema jurídico”.....	354
XXXIII.5.3 - A influência da Ciência do Direito sobre a produção legislativa.....	354
XXXIII.5.4 - A determinação do conteúdo do Direito no caso concreto.....	354
XXXIII.6 - A identidade entre o aplicador e o doutrinador.....	354
XXXIII.7 - A disputa pelo conteúdo e sentido do Direito.....	355
XXXIII.7.1 - A dimensão política da atuação doutrinária.....	355
XXXIII.7.2 - A superação da diferenciação entre Direito e Ciência do Direito... ..	355
XXXIII.7.3 - A redução da heteronomia.....	355
XXXIII.8 - A contribuição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior.....	355
XXXIII.8.1 - A opção pela expressão “dogmática jurídica”.....	355
XXXIII.8.2 - A concepção da “função social da dogmática jurídica”.....	356
XXXIII.9 - Os diversos modelos de dogmática jurídica.....	356
XXXIII.9.1 - A multiplicidade dos modelos de abordagem.....	356
XXXIII.9.2 - A construção do modelo pelos doutrinadores.....	356
XXXIII.10 - O modelo “analítico”.....	356
XXXIII.11 - O modelo “hermenêutico”.....	357
XXXIII.12 - O modelo “tecnológico”.....	357
XXXIII.13 - O Direito, a Ciência do Direito e a Aplicação do Direito.....	357
XXXIII.13.1 - A transformação do Direito num objeto “ideal”.....	357
XXXIII.13.2 - O Direito e a vida real.....	357
XXXIII.14 - A relevância do enfoque pragmático.....	357
XXXIII.15 - Síntese.....	358
Resumo.....	358
 Caso prático.....	360
 Questões.....	361

Capítulo XXXIV**As contribuições de Hans Kelsen**

XXIV.1 – A advertência inicial indispensável.....	363
XXIV.1.1 – A genialidade do pensamento kelseniano.....	363
XXIV.1.2 – A oposição (ideológica) a Kelsen.....	363
XXIV.1.3 – As críticas improcedentes.....	364
XXIV.2 – O Direito como disciplina da “violência estatal”.....	364
XXIV.3 – A teoria do ordenamento jurídico.....	364
XXIV.4 – Distinção entre “ser” e “dever ser” (lógico).....	365
XXIV.4.1 – Relações de causalidade e de imputação.....	365
XXIV.4.2 – O “dever ser” do Direito é lógico.....	365
XXIV.5 – A concepção realista do Direito.....	365
XXIV.6 – A distinção entre Direito e Ciência do Direito.....	366
XXIV.6.1 – A Ciência do Direito como conhecimento do objeto.....	366
XXIV.6.2 – Teoria Pura do Direito e não Teoria do Direito Puro.....	366
XXIV.6.3 – A Ciência do Direito tem por objeto a descrição do Direito.....	366
XXIV.6.4 – A exigência de neutralidade.....	367
XXIV.7 – A superação (limitada) do pensamento de Kelsen.....	367
XXIV.7.1 – A inviabilidade da neutralidade do sujeito.....	367
XXIV.7.2 – As limitações da condição do cidadão.....	367
XXIV.7.3 – A rejeição à limitação da abrangência da Ciência do Direito.....	368
XXIV.7.4 – Decorrências práticas.....	368
XXIV.8 – A permanência do pensamento kelseniano.....	368
Resumo.....	368
 Questões.....	369

Capítulo XXXV**As contribuições de Norberto Bobbio**

XXXV.1 – O “primeiro” Bobbio: o direito é identificado por sua estrutura.....	371
XXXV.1.1 – A tentativa de revelar as características estruturais do direito.....	371
XXXV.1.2 – A manutenção do enfoque da violência.....	371
XXXV.1.3 – A inviabilidade da identificação do Direito como “uma norma”.....	371
XXXV.2 – O “segundo Bobbio: o direito é identificado por sua função”.....	372
XXXV.2.1 – O Estado não se restringe ao exercício da violência.....	372
XXXV.2.2 – Estado de Polícia.....	372
XXXV.2.3 – Estado de Bem-Estar Social.....	372
XXXV.2.4 – A nova função do Direito.....	373
XXXV.3 – O sancionamento como a providência estatal interventiva.....	373
XXXV.3.1 – A sanção.....	373
XXXV.3.2 – A sanção negativa (punitiva).....	373
XXXV.3.3 – A sanção positiva (prêmio).....	374

XXXV.3.4 – A distinção entre ação e inação do destinatário.....	374
XXXV.3.5 A insuficiência do exercício da violência pelo Estado.....	374
Resumo	374
Questões	375

Capítulo XXXVI

O círculo hermenêutico e o eterno retorno

XXXVI.1 – A interpretação e a aplicação do Direito.....	377
XXXVI.2 – Sempre o círculo hermenêutico.....	377
XXXVI.2.1 – A compreensão como uma sucessão de etapas.....	377
XXXVI.2.2 – O percurso é antecedido por uma pré-compreensão.....	378
XXXVI.2.3 – A pré-compreensão é inevitável	378
XXXVI.2.4 – O cunho adivinhatório da pré-compreensão.....	378
XXXVI.2.5 – A adivinhação sobre o todo.....	378
XXXVI.2.6 – A revisão da pré-compreensão	378
XXXVI.2.7 – A pré-compreensão pode ser “correta” ou não	378
XXXVI.2.8 – O esclarecimento e a revisão das pré-compreensões	379
XXXVI.2.9 – A natureza circular dessa trajetória.....	379
XXXVI.2.10 – A dimensão evolutiva da trajetória.....	379
XXXVI.3 – Interpretar o Direito não é apenas valoração subjetiva.....	379
XXXVI.3.1 – O domínio das leis, das normas e dos institutos	379
XXXVI.3.2 – A apreensão do conhecimento existente.....	379
XXXVI.3.3 – O contato com a realidade prática do mundo.....	380
XXXVI.4 – A conquista e o domínio do instrumental do Direito	380
XXXVI.5 O eterno retorno.....	380
XXXVI.6 – A Introdução ao Estudo do Direito e a trajetória interminável.....	381
Bibliografia	383