



MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA

LIÇÕES DE TEORIA GERAL DO DIREITO

tradução da 4.^a edição espanhola

ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA
Coordenação desta publicação

CLAUDIA DE MIRANDA AVENA
ERNANI DE PAULA CONTIPELLI
Tradução

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Obras da Autora

Vide p. 411

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

Falcón y Tella, María José
Lições de teoria geral do direito / María José Falcón y Tella ; tradução
Claudia de Miranda Avena, Ernani de Paula Contipelli. – São Paulo : Editora
Revista dos Tribunais, 2011. Título original: Lecciones de teoría del derecho.

Bibliografia.
ISBN 978-85-203-4042-4

1. Direito – Filosofia 2. Direito – Teoria I. Título.

11--5641

CDU-340.11

Índices para catálogo sistemático: 1. Direito : Teoria 340.11 2. Teoria geral do direito 340.11

Sumário

NOTA DA TRADUÇÃO À GUIZA DE APRESENTAÇÃO	5
NOTA INTRODUTÓRIA	7
NOTA À 4. ^a EDIÇÃO	9
NOTA À 3. ^a EDIÇÃO	11
LIÇÃO 1 AS DIVERSAS PERSPECTIVAS PARA ABORDAR E CONSTRUIR O CONCEITO DE DIREITO.....	21
1. Distinção entre ponto de vista fôrmal e material	21
2. Ponto de vista fôrmal: o método tridimensional no estudo do Direito	22
2.1 O tridimensionalismo estrutural: plano dos valores, das normas e dos fatos.....	22
2.2 O tridimensionalismo principal.....	23
2.3 O tridimensionalismo antropológico: o crente na Igreja, o cidadão no Estado e o indivíduo na família.....	24
2.4 O tridimensionalismo e a teoria do conhecimento.....	26
2.5 O tridimensionalismo nas distintas temáticas do Direito	29
3. Ponto de vista material	31
3.1 Do conceito de Direito ao de Direito objetivo.....	31
3.2 Do conceito de Direito objetivo ao de Direito positivo	32
3.3 Do conceito de Direito positivo ao de ordenamento jurídico	33
3.4 Do conceito de ordenamento jurídico ao de norma jurídica	34
3.5 Do conceito de norma jurídica ao de lei.....	35
3.6 Do conceito de lei ao de regulamento	35
LIÇÃO 2 – CONCEITO DE NORMA JURÍDICA.....	41
1. Delimitação da norma jurídica perante outros tipos de normatividade.....	41
1.1 A norma jurídica e a norma moral	41
1.1.1 Notas diferenciadoras entre o Direito e a Moral	41
1.1.2 Relações entre o Direito e a Moral	49
1.2 A norma jurídica e os usos sociais.....	49
2. Estrutura da norma jurídica	52
2.1 A razão	52

2.2 A hipótese do fato e a consequência jurídica. A norma jurídica como julgamento hipotético. Relação de casualidade e relação de imputação	53
LIÇÃO 3 – CONSIDERAÇÃO ANALÍTICO-LINGUÍSTICA DA NORMA JURÍDICA, COMO PROPOSIÇÃO PRESCRITIVA.....	63
1. Considerações prévias sobre este procedimento de análise.....	63
2. Conceito de proposição e sua diferença com os enunciados.....	64
3. Tipos de proposições. A posição tradicional e de Enrico Pattaro.....	65
3.1 Função representativa ou semântica da linguagem.....	66
3.2 Função descritiva da linguagem.....	66
3.3 Função prescritiva ou preceptiva da linguagem.....	66
3.4 Função emotiva da linguagem. Relação com a função expressiva.....	67
LIÇÃO 4 – CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS	72
1. Normas primárias e normas secundárias. Critérios históricos de distinção..	72
1.1 O critério temporário ou neutro: a concepção tradicional.....	73
1.2 O critério axiológico-funcional: a tese inovadora do Rudolf von Ihering (1818-1892) em polêmica com o Karl Binding (1841-1920). A postura kelseniana.....	74
1.3 A teoria conciliadora do H. L. A. Hart no Conceito de direito. Classes de normas secundárias	74
1.4 O critério axiológico-hierárquico: a diferenciação no Direito constitucional	75
2. Outros critérios de classificação das normas jurídicas	76
2.1 Pela eficácia material	76
2.1.1 Normas gerais e normas individuais.....	76
2.1.2 Normas abstratas e normas concretas.....	77
2.1.3 Norma regular, norma excepcional – o privilégio – e norma especial	77
2.1.4 Normas taxativas e normas dispositivas.....	80
2.1.5 Normas completas e normas incompletas (explicativas – as definições legais –, restritivas e remissivas – as ficções legais)....	81
2.2 Pela eficácia no tempo: normas permanentes, normas temporárias e normas transitivas	83
2.3 Pela eficácia no espaço: normas universais, normas gerais ou comuns e normas particulares ou locais.....	84
2.4 Distinção entre as normas de Direito público e as de Direito privado	84
2.4.1 A distinção do ponto de vista da relação jurídica	85
2.4.2 A distinção do ponto de vista da norma jurídica.....	88
2.4.3 Conclusão crítica	89
LIÇÃO 5 – A FORMAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO: TEORIA DAS FONTES DO DIREITO.....	93
1. As fontes do Direito	93
1.1 Fontes formais e fontes materiais do Direito.....	93

1.2	Fontes <i>de lege data</i> e fontes <i>de lege ferenda</i> . Sua contagem e hierarquia.....	94
1.2.1	Análise do art. 1.º do Título Preliminar do Código Civil	95
1.2.2	A questão na Constituição espanhola de 1978.....	96
2.	O Direito comunitário.....	97
3.	A lei como principal fonte do Direito no sistema romano-germânico.....	98
3.1	A Codificação e o Constitucionalismo.....	98
3.2	O princípio de legalidade	100
3.3	Contagem hierárquica dos distintos tipos de lei em sentido amplo.....	100
3.3.1	A Constituição como superlei	100
3.3.2	Os tratados internacionais.....	102
3.3.3	As leis orgânicas	103
3.3.4	As leis ordinárias.....	104
3.3.5	As normas do Executivo: os decretos-lei e os decretos legislativos; os regulamentos.....	105
4.	O costume como reiteração espontânea de atos do povo.....	106
4.1	Conceito e requisitos.....	106
4.2	Classes de costume	108
4.3	Prova do costume	109
5.	Os princípios gerais do Direito.....	110
5.1	Concepção jusnaturalista e concepção positivista. Os princípios gerais positivos expressos e não expressos	110
5.2	Princípios constitucionais.....	112
5.3	Outras classificações dos princípios por razão de seu objeto, grau de generalidade e função	115
6.	A jurisprudência.....	116
6.1	Diversas acepções do termo jurisprudência	116
6.1.1	A jurisprudência como ciência – No Direito romano.....	116
6.1.2	O precedente – No sistema do <i>common law</i>	117
6.1.3	A jurisprudência como fenômeno judicial – No sistema romano-germânico	118
6.2	Requisitos da jurisprudência	118
6.3	Valor jurídico da jurisprudência.....	119
7.	Os negócios jurídicos dos particulares	122
8.	A doutrina científica.....	122
LIÇÃO 6 – A INTERPRETAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO		137
1.	Interconexão entre os processos de aplicação e interpretação do Direito... ..	137
2.	Conceito de interpretação. Elementos	138
2.1	O <i>anima</i> ou fim; o <i>corpus</i> ou objeto	138
2.2	Os meios ou critérios de interpretação: o art. 3.1 do Título Preliminar do Código Civil espanhol	138
2.2.1	A interpretação literal ou gramatical	138
2.2.2	A interpretação lógica.....	140
2.2.3	A interpretação sistemática	142
2.2.4	A interpretação histórica	143

2.2.5	A interpretação sociológica.....	144
3.	Classes de interpretação.....	145
3.1	Por seus resultados: declarativa – lata, estrita –, extensiva, restritiva e corretora.....	145
3.2	Por seu autor: privada e pública – autêntica, oficial e usual	146
3.3	Por seu objeto: a interpretação “da” Constituição e a interpretação “a partir da” Constituição.....	147
3.4	Interpretação-produto e interpretação-atividade.....	148
LIÇÃO 7	A APLICAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO	163
1.	A analogia	163
1.1	Conceito.....	163
1.2	Origem e evolução histórica	165
1.3	Fundamento.....	167
1.4	Função.....	168
1.5	Requisitos	170
1.6	Âmbito de aplicabilidade.....	171
1.6.1	A analogia no Direito penal.....	172
1.6.2	A analogia e as normas excepcionais.....	174
1.7	Distinção entre a analogia e figuras afins: analogia e interpretação extensiva	175
2.	A equidade	176
2.1	A equidade como “justiça vitalizada”	176
2.2	Seu significado complexo e seu conteúdo variável nos distintos tempos e sistemas jurídicos. Tipos históricos de equidade na cultura ocidental europeia	177
2.2.1	A <i>epiqueya</i> aristotélica.....	177
2.2.2	A <i>aequitas</i> romana (o “ <i>aequum et bonum</i> ”)	178
2.2.3	A <i>benignitas</i> cristã e a <i>aequitas</i> canônica.....	178
2.2.4	A equidade na concepção dos escritores medievais e modernos da Europa continental.....	179
2.2.5	A <i>equity</i> anglo-americana.....	180
2.3	A equidade no Direito privado continental e no Direito público continental – Especialmente no Direito internacional público	181
2.4	Equidade e princípios gerais do Direito.....	182
3.	Outros tipos de argumentos jurídicos.....	183
3.1	Os argumentos em função da <i>ratio</i> : argumento <i>a fortiori</i> e argumento <i>a contrario</i>	183
3.2	O argumento <i>a cohaerentia</i>	185
3.3	O argumento <i>sedes materiae</i>	186
3.4	O argumento <i>a rubrica</i>	186
3.5	O argumento da não redundância.....	186
3.6	O argumento apagógico.....	187
3.7	O argumento pragmático.....	187
3.8	O argumento de autoridade	188
3.9	O argumento psicológico.....	188

LIÇÃO 8	A PLENITUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO. AS LACUNAS NORMATIVAS	201
1.	Principais teorias a serviço do dogma da plenitude do ordenamento jurídico	201
1.1	A teoria do espaço jurídico vazio	202
1.2	A teoria da norma geral exclusiva	202
1.3	A teoria da proibição do <i>non liquet</i>	202
2.	O problema das lacunas	203
2.1	Conceito e classes de lacunas	203
2.2	Principais meios jurídicos para integrar as lacunas.....	205
2.2.1	A heterointegração: o recurso ao Direito natural	205
2.2.2	A autointegração.....	206
2.2.3	A discricionariedade judicial	206
LIÇÃO 9	A COERÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO. AS ANTINOMIAS NORMATIVAS	209
1.	O conceito de sistema.....	209
2.	O problema das antinomias	209
2.1	Conceito e classes de antinomias. As falsas antinomias.....	209
2.2	Critérios de resolução de antinomias.....	212
2.2.1	Critérios de resolução de antinomias de primeiro grau ou entre normas: hierárquico, cronológico, de especialidade e de competência	212
2.2.2	Critérios de resolução de antinomias de segundo grau ou entre os próprios critérios	213
LIÇÃO 10	– A UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A VALIDADE DO DIREITO	217
1.	A conveniência do enfoque tridimensional do tema da validade.....	217
2.	Conceito de validade	224
2.1	A validade material ou legitimidade: a justiça do Direito	227
2.2	A validade formal ou validade em sentido estrito: a existência do Direito.....	227
2.3	A validade sociológica ou eficácia: a obediência ao Direito	228
LIÇÃO 11	FUNDAMENTO JUSNATURALISTA DA VALIDADE.....	237
1.	Relações existentes em matéria de validade	237
1.1	A relação entre o Direito e a Religião	237
1.2	A relação entre o Direito e a Moral: sistemas dinâmicos e estáticos ...	238
1.3	A relação entre o Direito natural e o Direito positivo: sistemas dedutivos e indutivos	240
1.4	A relação entre o Direito divino, o Direito canônico, o Direito natural e o Direito positivo	242
2.	Principais teorias jusnaturalistas	244
2.1	A teoria da lei de São Tomás de Aquino	244
2.2	O jusnaturalismo de Francisco Suárez.....	245
2.2.1	A lei em geral	245
2.2.2	A lei eterna e a lei natural	246

2.2.3	A lei humana e civil.....	246
2.3	O voluntarismo ou subjetivismo jurídico. Principais manifestações..	247
2.3.1	Plano interno: a teoria do contrato social.....	247
2.3.2	Plano internacional: o princípio “ <i>pacta sunt servanda</i> ”.....	248
2.4	A teoria psicológica da validade de Leon Petrazycki.....	249
2.5	Gustav Radbruch e o binômio segurança-justiça.....	249
2.6	A coexistência como justificação do Direito em Sergio Cotta.....	250
2.7	A teoria da “ <i>Diskursethik</i> ” de Jürgen Habermas.....	251
2.8	A teoria antipositivista do Ronald Dworkin das “ <i>legal policies</i> ” como reação ao Hart.....	252
LIÇÃO 12 – FUNDAMENTO POSITIVISTA DE VALIDADE.....		262
1.	Relações existentes em matéria de validade.....	262
1.1	A validade no normativismo e no positivismo.....	262
1.2	A validade de uma norma jurídica isolada e a do ordenamento jurídico em seu conjunto. Pode o ordenamento se autovalidar?.....	263
1.3	A validade no Direito internacional e nos Direitos internos.....	264
1.3.1	O monismo jurídico.....	264
1.3.2	O dualismo jurídico.....	266
1.3.3	O pluralismo jurídico.....	267
1.4	A relação entre o plano do “ser” e o do “dever ser”.....	267
2.	Principais teorias positivistas.....	268
2.1	As teorias da norma fundamental.....	268
2.1.1	A teoria de Hans Kelsen da “ <i>Stufenbau</i> ” e a “ <i>Grundnorm</i> ”	268
2.1.2	A teoria do H. L. A. Hart da “ <i>rule of recognition</i> ”. Análise comparativa entre a “ <i>Grundnorm</i> ” e a “ <i>rule of recognition</i> ”.....	270
2.2	As teorias da soberania.....	278
2.2.1	Georg Henrik Von Wright e as “normas” soberanas.....	278
2.2.2	Georg Jellinek e o “poder” soberano.....	279
2.2.3	O soberano como “sujeito”.....	280
2.3	Outras teorias.....	282
2.3.1	A teoria do Joseph Raz da “cadeia de validade”, “o poder básico” e os “enunciados de um ponto de vista”.....	282
2.3.2	A teoria dialética do François Ost.....	284
LIÇÃO 13 FUNDAMENTO REALISTA DE VALIDADE.....		293
1.	Relações existentes.....	293
1.1	A relação em matéria de validade entre o Direito legal, o Direito consuetudinário e a jurisprudência.....	293
1.2	A desobediência civil.....	296
1.2.1	Conceito e notas características.....	296
1.2.2	Delimitação perante a figura afim.....	305
1.2.3	Precedentes e evolução histórica.....	310
1.2.4	Principais representantes.....	313
1.2.5	Justificação moral, jurídica e política.....	315
1.2.6	Limites.....	319

1.3	Limites da eficácia das normas no tempo a irretroatividade e no espaço a pluralidade de ordenamentos jurídicos e as relações entre si	320
2.	Principais teorias realistas.....	325
2.1	O realismo jurídico escandinavo. A teoria de Alf Ross da “ideologia normativa dos juizes” como reação a Kelsen	325
2.1.1	Exposição geral	325
2.1.2	Revisão crítica	327
2.2	O realismo jurídico norte-americano	330
2.3	A teoria de Martin Diego Farrell do “axioma” e do “direito verificado”	332
2.4	A teoria da coação perante a teoria do reconhecimento.....	332
2.4.1	Nota característica destas teorias.....	332
2.4.2	A concepção da Escola Histórica do Direito do “ <i>Volkgeist</i> ”	333
2.4.3	A teoria da instituição de Santi Romano e Maurice Hauriou. Outras doutrinas institucionalistas.....	334
LIÇÃO 14 PROBLEMAS QUE RESOLVEM A CONSIDERAÇÃO DO DIREITO DA PERSPECTIVA DO ORDENAMENTO JURÍDICO.....		346
1.	O termo “ordenamento jurídico”	346
2.	Problemas que resolvem a consideração do Direito da perspectiva do ordenamento jurídico.....	347
2.1	O problema dos destinatários das normas	347
2.2	O problema das normas sem sanção.....	347
2.3	O problema da relação entre a validade e a eficácia.....	348
2.4	O problema do direito consuetudinário	349
2.5	O problema das antinomias	350
2.6	O problema da insuficiência do positivismo legalista.....	350
2.7	Outros problemas	350
LIÇÃO 15 A RELAÇÃO JURÍDICA.....		352
1.	Formulação histórica do conceito de relação jurídica. Sua enunciação por F. C. von Savigny em seu <i>sistema de Direito romano atual</i>	352
2.	Definição da relação jurídica: os conceitos de situação jurídica, ato jurídico e negócio jurídico.....	353
3.	Estrutura da relação jurídica: elementos.....	355
3.1	O sujeito de direito	355
3.2	O objeto de direito.....	356
3.3	A causa	357
4.	Conteúdo da relação jurídica.....	357
4.1	A posição jurídica de poder: o direito subjetivo, o poder e a faculdade	358
4.2	A posição jurídica de dever: o ônus, a submissão e a obrigação jurídica	360
5.	Classes de relações jurídicas	361
5.1	Pela natureza determinada ou indeterminável do sujeito passivo	361

5.2 Pelo objeto.....	361
5.3 Pelo conteúdo, finalidade e princípios organizadores.....	362
5.4 Outros critérios classificadores.....	363
LIÇÃO-16 O DIREITO SUBJETIVO COMO CONTEÚDO DA RELAÇÃO JURÍDICA.....	366
1. A contraposição Direito objetivo (“ <i>norma agendi</i> ”) – direito subjetivo (“ <i>facultas agendi</i> ”)	366
2. Desenvolvimento doutrinário da ideia de direito subjetivo	369
2.1 Primeiras formulações em Roma e em Guilherme de Ockham (1290-1349).....	369
2.2 A atitude do jusnaturalismo racionalista. O conceito de direito subjetivo em Hugo Grocio (1583-1645) e Samuel Pufendorf (1632-1694). O direito subjetivo como faculdade moral	370
2.3 A questão na Ciência jurídica positivista do século XIX e do primeiro decênio do século XX.....	372
2.3.1 O direito subjetivo como reverso de um dever na Jurisprudência Analítica de John Austin (1790-1859).....	372
2.3.2 A teoria do poder da vontade (“ <i>Willensmacht</i> ”) de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) e Bernard Windscheid (1817-1892).....	373
2.3.3 O direito subjetivo como interesse juridicamente protegido em Rudolf von Ihering (1818-1892).....	374
2.3.4 A atitude sintética de Georg Jellinek (1851-1911)	375
2.4 A negação da realidade dos direitos subjetivos: Jeremy Bentham (1748-1832); Hans Kelsen (1881-1973); Leon Duguit (1859-1928); o realismo jurídico norte-americano e o realismo jurídico escandinavo	375
3. Limites ao exercício dos direitos subjetivos.....	378
3.1 O abuso de direito	378
3.1.1 Formulação teórica da doutrina do abuso de direito a partir da teoria dos atos de emulação.....	378
3.1.2 Formulação positiva: o art. 7.2 do Código Civil espanhol.....	380
3.1.3 Formulação jurisprudencial.....	382
3.2 A decadência dos direitos. Diferença com a prescrição	382
BIBLIOGRAFIA BÁSICA	387
OBRAS DA AUTORA	411