ESTRUTURAS DO DIREITO

VERBETE

Segunda-Feira, 20 de Julho de 2020 18:31:53

VERBETE - TRADUÇÃO

FONTE: Evangelisches Staatslexikon. Herausgegeben von Heun Werner u. a. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2006. Sp. 1885 ff. (1882 ff.)

TRADUTOR: Luís Afonso Heck

Semestre de inverno de 2020

Para uso em sala de aula – UFRGS – Faculdade de Direito

Anexos: 04

Prof. Dr. Luís Afonso Heck

Semestre de inverno de 2020

Para uso em aula - UFRGS - Faculdade de Direito

DIREITO (JURÍDICO) ...

ESTRUTURAS DO DIREITO

III. Estruturas do direito. Para a estrutura do direito são enformadores a construção graduada da ordem jurídica, a distinção de normas primárias e secundárias, assim como de regras e princípios, ademais, a distinção de direito objetivo e direitos subjetivos.

A. A estrutura fundamental de sistemas jurídicos forma a construção graduada da ordem jurídica (*A. Merkl, Kelsen*[1]) da constituição, leis parlamentares, regulamentos jurídicos e atos particulares (atos administrativos, sentenças judiciais), em que a validez de uma norma jurídica é derivada de normas, cada vez, de grau superior. A essa "conexão de delegação", contudo, não corresponde regularmente sem exceção uma "conexão de derrogação", isto é, uma ordem de primazia de normas. A distinção entre normas primárias e secundárias (*Hart*[2]) é ambígua. De uma parte, normas jurídicas com conteúdo deôntico (mandamentos, proibições, permissões) devem ser distinguidas de normas de competência, que dão a um possuidor de competência o poder jurídico para a configuração do direito segundo sua vontade. De outra parte, normas do 1. grau devem ser distinguidas de tais do 2. grau, que estão relacionadas com outras normas, por exemplo, regras sobre a identificação,

---

[1] Observação: ver Kelsen, Hans. O que é a doutrina do direito pura? in Heck, Luís Afonso (org., trad., rev.). Direito positivo e direito discursivo. Subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2017, página 141 e seguintes; mesmo autor. O que é o positivismo jurídico? in Heck, Luís Afonso (org.). Direito natural, direito positivo, direito discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 85 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck.

[2] Observação: ver Hart, H. L. A. The Concept of Law. Second edition. Oxford: University Press, 1994, page 79 and following. Versão espanhola: El concepto de derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977, página 99 y siguientes. Tradução: Genaro R. Carrio.

modificação e aplicação de normas jurídicas. A distinção de regras e princípios (*J. Esser*,[3] *Dworkin*,[4] *Alexy*[5]) contrapõe normas definitivamente vigentes, imediatamente dirigentes da decisão e princípios como normas suscetíveis e carentes de ponderação. A necessidade da ponderação de princípios introduz um elemento procedimental[6] no sistema jurídico. Ao lado da ordem hierárquica da construção graduada do direito colocam-se, por princípios jurídicos, relações mediadas entre procedimentos de fixação do direito e de aplicação do direito.

B. Direitos subjetivos são posições jurídicas que competem a um indivíduo perante outras pessoas jurídicas. O caso principal formam direitos de pretensão. A uma pretensão do titular jurídico a algo (ao conteúdo da pretensão) corresponde a obrigação do destinatário do direito para a produção do conteúdo da pretensão. Em direitos de liberdade não existe nenhum dever diretamente correspondente, certamente, porém, um dever para não-prejuízo do exercício do direito de liberdade. Direitos subjetivos são concedidos expressamente por normas jurídico-objetivas, por exemplo, direitos fundamentais ou regulações jurídico-ordinárias, ou fundamentados interpretativamente, quando normas jurídico-ordinárias contêm um benefício para um círculo de pessoas delimitável, em todo o caso, também no interesse do beneficiado. Como fundamentação de direitos subjetivos são sustentadas teorias da vontade e dos interesses. Teorias da vontade veem o fundamento para o reconhecimento de direitos subjetivos na possibilidade do exercício de uma vontade livre, na autonomia da vontade (*B. Windscheid*), teorias dos interesses, na proteção de interesses individuais (*R. v. Jhering*). Teorias de combinação unem elementos de ambas as teorias.

---

[3] Observação: ver Esser, Josef. Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatsrechts. 4. Aufl. Tübingen: Mohr, 1990. Versão espanhola: Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1961. Tradução: Eduardo Valentí Fiol.

[4] Observação: ver Alexy, Robert. Direito, razão, discurso. Estudos para a filosofia do direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, página 137 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck.

[5] Observação: ver Heck, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy, in Leite, George Salomão (org.). Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, página 52 e seguintes; mesmo autor. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais, in Direito e democracia. Revista do centro de ciências jurídicas. Ulbra, V. 1, n. 1, 2000, página 113 e seguintes.

[6] Observação: ver Alexy, Robert, (nota 4), página 77 e seguintes.

Debatido é se direitos subjetivos têm, no sistema jurídico, significado autônomo ou somente são reflexos do direito objetivo. Nos inícios da ciência do direito dos conceitos foi dado ao direito subjetivo primazia genética diante do direito objetivo. O conceito fundamental, do qual todo o direito deveria ser derivado, era o direito subjetivo. Uma outra concepção, que considera os direitos subjetivos como independentes e com primazia perante o direito objetivo, é a dos direitos do homem pré-estatal, natural. Como por abstração do carácter relacional de direitos subjetivos resultam normas objetivas, direitos subjetivos, todavia, não se deixam separar do direito objetivo.

C. Abertura estrutural é uma característica central do direito. O direito não determina para cada caso possível uma consequência jurídica. Não existe sempre uma decisão unicamente correta de um caso jurídico. Isso resulta, de uma parte, da indeterminação de conceitos jurídicos que, em medida particularmente alta, apresenta-se em cláusulas gerais[7] (lealdade e boa-fé, equidade, bons costumes, segurança pública), assim como em determinações de direitos fundamentais e outros princípios constitucionais,[8] de outra parte, por concessão de poder discricionário.[9] Ademais, o direito contém lacunas, seja em virtude da falta de regulações jurídicas para determinados casos, seja em virtude do conflito de regulações jurídicas ou princípios jurídicos distintos. No direito alemão o último é, sobretudo, uma consequência da jurisprudência do tribunal constitucional federal que interpreta os direitos fundamentais e a lei fundamental, no total, como "normas de princípio que decidem valores" ou ordem de valores, isto é, como princípios amplamente formulados, colidentes e a serem ponderados reciprocamente. Esse modelo de ponderação conduz a um amolecimento da ordem jurídica. Debatido é até que ponto, apesar da abertura

---

[7] Observação: ver Heck, Luís Afonso. Apresentação, in Cachapuz, Maria Cláudia. Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro. Uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, página 11 e seguintes.

[8] Observação: para o desenvolvimento do princípio do estado de direito, do estado social, democrático e federativo, ver Heck, Luís Afonso. O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, página 163 e seguintes.

[9] Observação: ver Alexy, Robert. Vícios no exercício do poder discricionário. Revista dos tribunais, volume 89, número 779, 2000, página 11 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck,

e dependência de ponderação, uma fundamentação objetiva, racional de decisões jurídicas é possível.[10]

D. A sistemática do direito é, desde o direito romano, enformada pela divisão em direito privado, que predominantemente serve a interesses privados e requer validez para cada um, e direito público, que predominantemente serve a interesses públicos e apresenta um direito particular para titulares de soberania, ao qual os cidadãos estão submetidos. Fazem parte do direito privado, especialmente, o direito civil, o direito comercial e societário e, em grande parte, o direito do trabalho, do direito público, o direito do estado[11] e administrativo,[12] o direito europeu, assim como o direito internacional. O direito penal tem uma posição intermediária. Em ordens jurídicas desenvolvidas, com um monopólio de poder do estado, ele faz parte do direito público. O direito econômico une elementos jurídico-privados e jurídico-públicos.[13]

Fonte: Evangelisches Staatslexikon. Herausgegeben von Heun, Werner u. a. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2006. Sp. 1885 ff. (1882 ff.)

Obs.: pontuação no original. Notas de pé de página não estão no original.

---

[10] Observação: ver Alexy, Robert. Constitucionalismo discursivo. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, página 117 e seguines. Organizador, tradutor: Luís Afonso Heck; mesmo autor. Segurança jurídica e correção, in Heck, Luís Afonso, (nota 1), página 41 e seguintes.

[11] Observação: ver Maurer, Hartmut. Direito do estado. Fundamentos, órgãos constitucionais, funções estatais. 6. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2018. Tradução e controle: Luís Afonso Heck.

[12] Observação: ver Maurer, Hartmut. Elementos de direito administrativo alemão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. Tradução: Luís Afonso Heck; mesmo autor. Direito administrativo geral. São Paulo: Manole Editora, 2006. Tradução: Luís Afonso Heck.

[13] Observação: ver Maurer, Hartmut, (nota 11), página 49 e seguintes.

MARCADORES

Verbetes |