

**O DIREITO, ENTRE O FUTURO  
E O PASSADO**



TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

**O DIREITO, ENTRE O FUTURO  
E O PASSADO**

2014

III

Copyright © 2014 By Editora Noeses  
Editor-chefe: Paulo de Barros Carvalho  
Coordenação editorial: Alessandra Arruda  
Revisão: Semíramis Oliveira  
Capa: Ney Faustini  
Produção editorial/arte: Denise Dearo

CIP - BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE  
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

---

**F4131** Ferraz Junior, Tercio Sampaio.  
O Direito, entre o futuro e o passado / Tercio Sampaio Ferraz Junior.  
- São Paulo : Noeses, 2014.

Inclui bibliografia. 202 p.

1. Direito. 2. Direito Tributário. I. Título.

---

CDU 340

2014

Todos os direitos reservados



Editora Noeses Ltda.  
Tel/fax: 55 11 3666 6055  
[www.editoranoeses.com.br](http://www.editoranoeses.com.br)

Para Sonia

“Um livro?”

Sim

Porque quero cobrir-te a fantasia  
de expressões tantas  
que te deixem rendida  
a mim”<sup>1</sup>.

---

1. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Para sempre e sempre*. São Paulo: Manole, 2012. p. 125.



# SUMÁRIO

<b>PREFÁCIO DE UM POSFÁCIO.....</b>	<b>XI</b>
<b>I – TEMPO E TEMPO JURÍDICO EM TEMPOS DO DIREITO POSITIVO .....</b>	<b>1</b>
1. O fenômeno da positivação .....	1
2. Tempo: um tema da vivência comum do direito positivado .....	7
3. Lidar juridicamente com o tempo: o exemplo da chamada <i>res judicata</i> (coisa julgada).....	11
4. Tempo normativo positivo e tempo das ocorrências reais	15
5. O tempo normativo e o sujeito da imputação .....	17
6. O direito como jogo sem fim e o tempo.....	22
7. Em tempo.....	27
<b>II – DIREITO E REALIDADE: a erosão do real jurídico pelo mundo virtual.....</b>	<b>29</b>
1. Reflexão sobre a imaterialidade .....	33
2. Perfil do direito de autor sobre o <i>software</i> .....	40
3. Regimes jurídicos de uso do <i>software</i> .....	45

4. Exercício não exclusivo de direito subjetivo de autor .	48
5. Direito subjetivo: conclusão virtual .....	50
<b>III – DAS FIGURAS PARADIGMÁTICAS ÀS FIGURAS “IMAGÉTICAS”: Reflexões sobre política e direito a partir de uma fraternidade intelectual com Celso Lafer .....</b>	<b>59</b>
1. Esclarecimento.....	59
2. Do mundo antigo ao mundo medieval .....	60
3. A era moderna .....	66
4. A idade contemporânea: <i>animal laborans</i> .....	71
5. O mundo do século XXI: o advento do <i>homo ludens</i> e o triumfo das figuras “imagéticas” .....	74
<b>IV – RESPONSABILIDADE JURÍDICA NUM MUNDO PANTÉCNICO .....</b>	<b>81</b>
1. Responsabilidade e liberdade: a herança da moder- nidade .....	81
2. O sentido <i>pantécnico</i> do mundo atual .....	83
3. Curto-circuito informático .....	84
4. Responsabilidade no mundo informático.....	88
5. Um mundo sem sujeitos e o vazio da responsabilidade.	89
6. Responsabilidade situacional ou em comunicação e a opacidade dos sujeitos .....	93
<b>V – DIREITOS HUMANOS E O DIREITO DE SER DIFE- RENTE .....</b>	<b>97</b>
<b>VI – DA “SEGURANÇA” NACIONAL À “INSEGURANÇA” JURISDICIONAL: uma reflexão sobre segurança ju- rídica .....</b>	<b>115</b>



O DIREITO, ENTRE O FUTURO E O PASSADO

<b>VII – MORALIDADE E SENSO COMUM .....</b>	<b>131</b>
1. Direito, Estado e poder .....	131
2. A sociedade como sociedade econômica e a racionalização como seu espelho ético .....	135
3. A hermenêutica como mediadora do <i>ethos</i> legitimador: da <i>subsunção</i> à <i>ponderação</i> .....	137
4. Moralidade e seu fundamento na interação subjetiva..	145
5. Moralidade diante da comunicação como um paradoxo	150
6. O código da justiça e a fala justa .....	157
<b>VIII – DIREITO E ARTE: da ficção real à realidade fictícia na percepção do direito.....</b>	<b>161</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>173</b>



## PREFÁCIO DE UM POSFÁCIO

Até alguns anos atrás, um tema importante da literatura jurídica cuidava da *teoria da interpretação*. Hoje, a expressão quase se substitui pela *teoria da argumentação jurídica*. Está em voga o chamado neoconstitucionalismo. O STF ocupa as páginas dos jornais com decisões acerca de temas candentes: união homoafetiva, ficha-limpa, pesquisas com células-tronco, interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, demarcação de reservas indígenas, mensalão, correção monetária da poupança etc. Argumentos jurídicos são acompanhados e debatidos pela opinião pública, não só por profissionais do direito.

A impressão forte é de que mudou o significado e a importância do problema da aplicação do direito. A presença midiática da jurisdição constitucional dá visibilidade a isso.

O jurista está acostumado, em longa tradição, a lidar com três problemas centrais da teoria jurídica: a identificação do direito, sua interpretação e aplicação. Há modelos dogmáticos com conceitos, classificações, distinções que procuram construir ferramentas para lidar com esses problemas. Por exemplo: os conceitos de validade/vigência/revogação para responder ao problema da identificação; a distinção entre vontade da lei/vontade do legislador para o problema da atribuição de significado; a forma do silogismo que tem a premissa maior (direito

válido), premissa menor (fatos provados) e conclusão (decisão), para justificar a decisão. Desde o século XIX, a dogmática jurídica continental europeia produziu tecnologias detalhadas para lidar com esses problemas, principalmente com os dois primeiros (identificação e interpretação), uma vez que o problema da aplicação era tratado de modo subsidiário aos outros dois, como mostram os debates para dar autonomia à dogmática do direito processual (de lembrar-se que até os anos de 1960 ainda se ouvia falar em direito *substantivo/direito adjetivo*).

Os livros de doutrina operacionalizavam o direito mediante uma teoria das fontes jurídicas (e, em sede de direito positivo, uma teoria dogmática da legislação: competências legislativas, hierarquia), mediante a construção de um sistema de conceitos fundamentais (por exemplo, teoria da obrigação, dos contratos, do negócio jurídico) e mediante uma teoria da interpretação (hermenêutica jurídica, com suas clássicas técnicas: gramatical, lógica, sistemática, histórica, teleológica etc.). Esse trabalho da dogmática, que fazia parte de um quadro cultural mais amplo, sintetizado, nos quadros do liberalismo sob a noção de Estado de Direito, punha relevo na força da fonte legislada, que adquiria uma centralidade capaz de produzir um saber que gravitava em torno da legislação: como identificar o direito vigente, a partir da lei, e como interpretá-lo? Fazer da lei geral e abstrata a fonte central do direito por oposição aos privilégios, resumia um projeto de direito político, filho das Revoluções de fins e início do século XIX.

Essa visão, por certo demasiado esquemática, não olvida os inúmeros projetos políticos então em disputa. Mas permite ver que, no passado, a teoria jurídica se desenvolvia numa espécie de tensão do intérprete com o trabalho do legislador, donde as dúvidas sobre a interpretação doutrinária em confronto com a autêntica, sobre o real papel do saber jurídico (a doutrina como fonte?), no meio do que surgia o juiz como *a boca da lei* (mediada pela doutrina).

## O DIREITO, ENTRE O FUTURO E O PASSADO

Nessa tradição que nos vem do século XIX, ideologicamente liberal em sua origem, e encarando, por consequência, o direito como conjunto de regras dadas (pelo Estado, protetor e repressor), o jurista tende a assumir o papel *conservador* daquelas regras, que, então, são por ele *sistematizadas e interpretadas*. Essa postura teórica é denominada por Norberto Bobbio<sup>2</sup> teoria *estrutural* do direito. Nela prevalece um enfoque que tende a privilegiar as *questões formais*, constituindo como tarefa do jurista enfrentar o problema da *identificação* do direito (o que é direito, o que pode ser exigido *do direito*).

De um lado, mediante a identificação das suas *fontes* (fontes do direito) e, nessa linha, da *natureza jurídica* dos institutos, por consequência, da *validade* do direito mediante critérios para reconhecer as leis válidas, as normas vigentes e as revogadas, as constitucionais e as inconstitucionais, tudo em nome da coerência do ordenamento jurídico como um todo. Nessa tarefa se enquadra também a *conceituação analítica* de noções básicas como obrigação, responsabilidade, relação jurídica, sanção como uma retribuição negativa (pena, castigo), sentido de ato lícito e ilícito, direito subjetivo etc. O enfoque estrutural, em suma, é um enfoque *a posteriori*, que toma o direito *dado* como um ponto de partida.

Por outro lado, ocupa-se tradicionalmente a dogmática com o *sentido* do direito identificado, mediante o estabelecimento de regras de interpretação (hermenêutica jurídica).

A hermenêutica jurídica é, assim, uma forma de pensar dogmaticamente o direito, que permite, mediante a atribuição de sentido (ou descoberta: ora da vontade do legislador – *voluntas legislatoris* –, ora da vontade da lei – *voluntas legis*), uma espécie de controle das consequências possíveis de sua incidência sobre a realidade *antes que elas ocorram*. Ou seja, *interpretar* é atividade que *precede* a atividade de *aplicar*. As leis (e,

---

2. BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura a la funzione*. Milano, Communità, 1977.

no caudal hierarquizado, a legislação), pressupostamente, conferem um sentido (racional ou, pelo menos, razoável) à ação real. O sentido normativo de um comportamento (roubar, furtar, prevaricar, corromper, contratar, doar, herdar, produzir um fato gerador de tributo etc.) vem, assim, desde o seu aparecimento, “domesticado”, isto é, dotado de um sentido reconhecível. Disso se encarrega o intérprete. Mesmo quando, no caso de lacunas, integramos o ordenamento (por analogia, por princípios gerais, até por equidade, dando, nesse caso, a impressão de que o intérprete está a guiar-se pelas exigências do próprio real concreto), o que fazemos, na verdade, é orientar-nos, por presunção, pelas próprias avaliações do sistema identificado (vontade do legislador ou da lei). Essa verdadeira astúcia da razão dogmática descarta ou ao menos enfraquece o *subjetivismo* das decisões políticas (do legislador, do regulamentador, do sentenciador) pondo-se, assim, a serviço da neutralização da pressão exercida pelos problemas de distribuição de poder, de recursos e de benefícios escassos.

*Interpretar*, nesses termos, é capacitar-se para apontar o alcance do direito em vista de possíveis conflitos *concretos* (interpretação extensiva, restritiva, analógica). O que, aliás, o jurista faz, ao torná-los conflitos *abstratos*, isto é, *definidos em termos jurídicos*, em termos de *significados juridicamente reconhecíveis*.

Hoje, a sensação é de uma espécie de crise desse paradigma, o paradigma do direito legislado e *codificado*<sup>3</sup>, o que pode ser observado mediante algumas percepções do trabalho cotidiano do jurista.

Por exemplo, até bem recentemente, um livro de dogmática de direito constitucional não se referia à jurisprudência.

---

3. Em curso comum sobre *teoria da argumentação jurídica* (FERRAZ JR., Tercio Sampaio; BARBOSA, Samuel. Disponível em: <<http://manoleeducacao.com.br/>>), Samuel Barbosa cunha o termo “cultura do código” para designar o estilo do pensar jurídico herdado do século XIX.

Hoje, os manuais e dissertações são repletos de menções jurisprudenciais. Nas faculdades de direito, a pesquisa de jurisprudência começa a sobrepor-se à doutrinária.

A subsunção é, aos poucos, sobrepujada pela ponderação de princípios, pois os juízes não aplicam apenas a legislação, mas fazem constantes referências aos princípios jurídicos. Antes, os princípios eram invocados para integrar o direito, isto é, apenas nos casos de lacunas (nesse sentido deles fala a nossa *Lei de Introdução*). Com isso, à primeira vista, parece que o juiz, agora, tem uma liberdade muito maior para reconstruir e até *construir* o direito, que antes era assumido como um dado. Mesmo porque o rol de princípios admitidos não se limita a princípios expressos na legislação ordinária e constitucional, mas são “descobertos” a partir das exigências decisórias. Não que isso não ocorresse no passado. Mas era algo revelado pela doutrina por força de exigências sistematizadoras do material obrigacional contido no ordenamento, e não pela jurisprudência como suporte direto da decisão do caso concreto.

Em consequência, passamos da centralidade da lei para a centralidade da jurisdição, jurisdição entendida em sentido amplo: os *tribunais judiciais*, *tribunais de arbitragem*, *agências administrativas com poder judicante* (com *tribunais e conselhos administrativos*), *órgãos da administração direta* (que dizem o direito por meio de sentenças, acórdãos, decisões interlocutórias, resoluções, pareceres normativos).

Por isso a tensão se desloca do legislador/doutrina dogmática para juiz/doutrina dogmática. O problema da aplicação, da justificação da decisão jurídica ganha uma importância inédita<sup>4</sup>.

---

4. Em 1988, ao escrever um livro voltado a alunos de primeiro ano de faculdade de direito, entretanto, eu destacava as dificuldades que a dogmática possuía – e ainda possui – para lidar com o tema da aplicação e da decisão: “A grande dificuldade para expor a questão nos moldes propostos está em que, ao contrário dos modelos analítico e hermenêutico, uma teoria dogmática geral da decisão não chegou a receber, na tradição, nenhuma forma de

Os problemas da identificação do direito e da sua interpretação passam a gravitar em torno das justificações da decisão, que são transformados em dados preceptivos ao lado de outros (os legislativos e até com vantagem sobre eles). E um sintoma disso é a assimilação do conceito de interpretação à argumentação.

Existe hoje uma vasta literatura (Dworkin, Alexy, Carlos Nino, Zagrebelsky, Atienza, Troper etc.) que, a partir de uma crítica ao positivismo analítico e sua exclusão das justificações morais da argumentação jurídica, propõe, ao contrário, que os saberes e as técnicas jurídicas, por óbvio, não conseguem conviver com essa exclusão, sobretudo no terreno constitucional.

Surge daí um *constitucionalismo principialista e argumentativo*, de clara matriz anglo-saxônica, que não só parte para um ataque à argumentação positivista (que separa direito e moral e despe os argumentos de sua carga moral para lhes dar uma carga de mera eficiência técnica), mas se endereça também para uma concepção da argumentação jurídica que vem sendo chamada de neoconstitucionalista<sup>5</sup>.

---

acabamento. Enquanto encontramos diversas propostas de teorias gerais do sistema analítico e interpretativo, o fenômeno da decisão é quase sempre relegado a análises parciais, dispersas nos quadros da Teoria Geral do Direito, da Teoria do Método, da Teoria do Processo, da Teoria da Administração, da Legislação etc. Desse modo, curiosamente, embora a produção de decisões vinculantes e obrigatórias seja um tema profundamente significativo para o jurista, sua discussão ou acaba por restringir-se à discussão filosófica (zetética) da legitimidade do poder decisório, ou se perde em indicações esparsas e não generalizáveis de técnicas decisórias legislativas, administrativas ou jurídicas” (*Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 286).

5. Lenio Streck, no Brasil, tem tratado desse tema com muita propriedade e percuciência. Ver seu “Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de deficiência (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”, in *Neoconstitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as constituições*, *Revista de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: IHJ, n. 2, 2004.



## O DIREITO, ENTRE O FUTURO E O PASSADO

Para essa concepção, os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras (normas), mas princípios em eventual conflito e, por isso, objetos de ponderação e não de subsunção. Do que resulta uma concepção de direito como uma prática social confiada aos juízes, uma prática de interpretação e argumentação de que devem dar conta todos os operadores do direito e que põe em questão a distinção entre ser e dever ser, o direito como fato e como norma.

Para essa concepção são os fatos que contam; não é a validade que domina, mas a efetividade como fato de tal modo adequado aos interesses econômicos e conforme os interesses dos seus operadores que estes acabam por repeti-los e segui-los por sua força persuasiva como uma alternativa à crise da lei e da legalidade, à desconfiança de que mediante lei (*legolatria*) problemas sociais possam ser resolvidos etc.

E o que sucede, nesse passo, com a aplicação do direito em face da velha e conhecida segurança jurídica?

Há algum tempo (2011), uma reportagem sobre um escritório de advocacia instalado no Estado de São Paulo dava conta de que, mediante um *software* adequado, um pequeno grupo de jovens advogados era capaz de acompanhar cerca de 25.000 processos por ano, que hoje, dizem, são 300.000. O título da reportagem era “Salsicharia Jurídica”. Se, ao tempo de Bismarck, ainda era possível perguntar como eram feitas as leis (“*como se fazem as salsichas*”, teria dito ele), hoje talvez interesse menos saber como são feitas, mas, como elas são aplicadas. Afinal, se há um pequeno grupo de advogados capaz de acompanhar 25.000/300.000 processos, há certamente juízes que não agem de modo diferente. Não é difícil imaginar como são tomadas decisões diante de uma enxurrada de informações, filtradas por “modelos” de gabinete, cuja regra maior é “limpar a mesa” ou “tirar da frente”. Como se o “julgar” se tornasse um “gerenciar” repartido em grupos e distribuído em funções, em que a reflexão consistente é substituída pela consulta e cola

de informações. E é essa aplicação assustadoramente crescente que torna exasperante, num giro diferente, a questão jurídica, olhada do futuro para o passado.

A esse olhar se dedicam os ensaios<sup>6</sup> que compõem este livro, todos escritos ao longo da última década deste início do século XXI.

Um olhar preocupado com esse provável paradoxo de uma sociedade obsessivamente ocupada em definir e proteger as diferentes formas de manifestação cultural, mas impotente para fazer descer os correspondentes direitos do plano de um formalismo abstrato e inoperante e levá-los a uma efetivação concreta nas instituições e práticas sociais.

Na verdade, entre a universalidade do direito e as liberdades singulares, a relação permanece abstrata e, no espaço dessa abstração, desencadeiam-se formas muito reais de violência (protestos com agressões, confusão entre espaço público e espaço destinado ao público, agressões gratuitas ao diferente, dentre tantas outras) que acabam por consumir a cisão entre o direito como instituição legislada/jurisdicizada e a prática social que irrompe pelo curto-circuito da comunicação virtual, capaz de, em instantes, movimentar, numa “ordem” “desordenada”, multidões e indivíduos. Daí, por vezes, a sensação que experimentam gerações mais antigas, educadas na tecnologia mecânica dos artefatos, de que o direito, no mundo contemporâneo, pareça exilado na abstração da lei ou confiscado pela violência do cotidiano, enquanto o comportamento se degrada, pela tecnologia virtual, em moral da diversão e do prazer<sup>7</sup>.

---

6. Trata-se de trabalhos escritos no correr da primeira década deste século. Como são reflexões recorrentes, os textos muitas vezes se repetem, ainda que transportados para outros contextos. Ao leitor minhas escusas por essas repetições, fruto, aliás, da facilidade do recorta e cola do mundo digital.

7. VAZ, Henrique. **Ética e direito**. São Paulo: Landy, 2002, especialmente p. 205 e s.

## O DIREITO, ENTRE O FUTURO E O PASSADO

O que nos remete, por fim, a uma questão nuclear de ordem antropológica: quem é o homem da sociedade informática ou *pantécnica* na expressão de Martin Buber?

A crise das concepções do homem, na trilha do espaço de questionamento aberto pelo advento das ciências humanas e pelo predomínio da ideologia individualista, torna difícil para nossa sociedade, altamente informatizada, quer no sentido organizacional e técnico, quer no sentido comunicacional (internet), a capacidade de reconhecer-se num perfil antropológico fundamental ou de referir-se a uma imagem coerente do homem.

Ora, essa fragmentação da imagem do homem na pluralidade dos universos culturais nos quais ele se socializa e se politiza efetivamente – o universo da família, do trabalho, do bem-estar, da realização profissional, da política, da fruição cultural e do lazer – torna problemática e difícil a adequação das convicções do indivíduo e de sua liberdade a ideias e valores universalmente reconhecidos e legitimados num sistema de normas e fins aceito pela sociedade.

Há poucas décadas, a família era a via de chegada de informações sobre o mundo. A escola era uma experiência até “tardia”, em geral após os 6 anos. Hoje, com TV a cabo, DVDs, aparelhos de *games*, “baixar” programas com o celular, acesso fácil à *internet*, nem a família nem a escola conseguem ser os filtros da informação. “*Vivemos uma época na qual modelos de identidade bem definidos estão falidos. Ninguém sabe dizer com precisão hoje o que seja ser homem, mulher, adulto, adolescente etc.*”<sup>8</sup>.

Para elucidar o problema, veja-se um debate ocorrido, nos Estados Unidos, a propósito do *Communications Decency Act* (CDA), legislação de 1996 que estabelecia punições

---

8. SANTI, Pedro Luiz Ribeiro de. Uma reflexão sobre os jovens rumo à universidade do futuro. *Revista ESPM*, v. 18, n. 5, p. 49 e s., set./out. 2011.

criminais pela distribuição de material “indecente” pela internet, de tal modo que a elas tivessem acesso menores de idade.

A questão era saber se o provedor deveria ser visto como mero instrumento de circulação de informações ou se deveria ser responsabilizado como editor. O problema estava na oposição entre a proteção de menores e o direito à livre informação e opinião.

A batalha judicial que se seguiu terminou em 1997, com uma decisão da Suprema Corte, que rejeitou a CDA, com base nos argumentos do juiz Dalzell, que havia dito: “... *a Internet pode ser vista justamente como uma conversação mundial sem fim. Como a forma mais participativa de discurso de massa até agora desenvolvida, a Internet merece a maior proteção contra a interferência governamental. Na exata medida em que a força da Internet é o caos, assim também a força de nossa liberdade depende desse caos e da cacofonia do discurso sem peias que a Primeira Emenda protege*”<sup>9</sup>.

Ora, desse caos e dessa cacofonia passa a depender também o sentido da responsabilidade humana.

Aquela fragmentação da imagem do homem na pluralidade dos universos culturais nos quais ele se socializa e se politiza efetivamente ganha uma “naturalidade” no mundo informatizado, aceito pela sociedade dispersa nessa cacofonia de que falava o juiz.

A técnica que se interpôs entre a realidade que vemos e a realidade que observamos mediante um microscópio eletrônico (ou num tomógrafo, numa angiografia) ganhou tal dimensão que mal podemos nos reconhecer no mundo como fazíamos por séculos a fio. Quando falamos hoje em “meio” de comunicação, “meio” não é bem “instrumento”, é mais “ambiente”,

---

9. BRIN, David. *The transparent society*. 1998, p. 129.

O DIREITO, ENTRE O FUTURO E O PASSADO

*instrumento como extensão*: cada um é o que é em rede (*net*). Contudo, essa capacidade humana de perceber o mundo, o mundo vivo, a vida e a própria técnica não elide esse mistério cada vez mais indevassável: tudo podemos porque queremos ou tudo queremos porque podemos?

TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

# PREFÁCIO