

II PARTE

CONTRIBUIÇÕES DIDÁTICAS

O DIREITO POSITIVO

Prof. Oldegar Franco Vieira

- I — Observações metodológicas
- II — Matéria programada:
 - A — O Direito Positivo e a Lei
 - B — O Constitucionalismo
- III — Questionário
- IV — Indicações bibliográficas

I — *Observações metodológicas*

- A — A presente unidade didática corresponde à segunda parte do primeiro ponto do programa oficial da Cadeira de Instituições de Direito Público e, após se ter formulado uma ideia geral do Direito e de suas implicações filosóficas (na primeira parte de ponto), o objetivo que se tem em vista é, tanto quanto possível, a concretização daquela ideia, na expressão objetiva da Lei.
- B — A unidade, a ser estudada em duas ou tres aulas, constitui uma espécie de antecipação da materia que deverá ser posteriormente examinada com maior profundidade e em diferentes aspectos. Vale esta observação por uma advertencia, não só aos alunos como ao professor, da necessária limitação dos objetivos, como dos esforços e resultados a serem obtidos nesta fase inicial do curso.
- C — As aulas serão dadas à vista desta súmula (matéria programada) aqui apresentada, o que contribuirá para a visualização do estudo, substituindo-se, deste modo, o re-

curso precário do quadro negro, e evitando-se a prática da tomada de apontamentos, essencialmente prejudicial ao aprendizado.

D — O texto desta súmula deverá ser lido previamente pelos alunos e, tanto quanto possível, compulsada a bibliografia indicada. Disto resultará que os alunos:

- 1 — obterão, durante as aulas, mais rápida compreensão do assunto;
- 2 — estarão mais motivados e predispostos para um eventual debate da matéria;
- 3 — focalizarão, neste debate, os pontos menos fáceis e mais importantes do sumário, dispensando-se, com economia de tempo, o exame de outros imediatamente aprendidos mediante a simples leitura da apostila e da bibliografia selecionada.

E — O esforço do aluno não se deverá limitar à leitura da apostila ou à memorização da matéria, mas, indispensavelmente, deverá recorrer à bibliografia, escolhendo livremente o autor que lhe pareça mais interessante, e observado que a leitura do mesmo assunto em diferentes autores constitui um excelente exercício de flexibilidade mental.

F — O professor submeterá os alunos ao questionário integrante deste plano de unidade, o qual será utilizado não só como instrumento de motivação intelectual como também em aplicação posterior, para verificação da aprendizagem obtida.

II — MATÉRIA PROGRAMADA

A — *O Direito Positivo e a Lei*

1 — Conceitos fundamentais

- a) Direito Positivo é o conjunto de normas jurídicas (leis, em sentido amplo) reconhecidas e observadas por uma comunidade humana;

- b) Lei é o preceito ordenativo emanado de poder competente (Autoridade, Governo, Corporação, Estado, Igreja etc.).
- 2 — Elaboração da lei
- a) Natural ou informal: pela tradição ou costume (direito costumeiro ou consuetudinário);
- b) Artificial, formal ou técnica:
- pelos órgãos:
 - legislativos (processo ordinário, democrático)
 - executivos (mediante “delegação” dos órgãos legislativos)
 - judiciários (na ausência da lei, a sentença emanada dos juizes e tribunais se converte em lei, especialmente no direito inglês).
- 3 — Requisitos de uma lei
- a) Validade, por emanar de poder competente;
- b) Generalidade, por se aplicar a inúmeros casos;
- c) Coercibilidade, por corresponder à existencia de um poder que a impõe;
- d) Tecnicidade, por implicar numa elaboração científica;
- e) Veracidade, por corresponder à realidade dos fatos e das coisas;
- f) Vigência, por estar oficialmente em vigor, sem o que não produzirá efeitos jurídicos.
- 4 — Classificação das normas legais:
- a) Quanto ao sentido:
- imperativas, de sentido afirmativo;
 - proibitivas, de sentido negativo;
 - permissivas, para suprir proibição ou limitação anterior;
- para estabelecer as condições que devem ser observadas em determinado ato — exp.: o art. 70 do Código Civil — “E’ permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicilio desta com a clausula de ficar isento de execução por dividas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio”);

b) Quanto à duração ou vigência:

— no tempo:

permanentes: em geral as Constituições são o exemplo típico das leis que se destinam à duração indefinida; precisam de revogação expressa e à propósito é conhecida a fórmula: “Revogam-se as disposições em contrário”;

temporárias: são desta espécie a maioria das leis que regulam a vida econômica, como, por exemplo, a lei do inquilinato, sempre destinada a vigência por um ano;

— no espaço:

conforme a jurisdição territorial do poder que as promulgue, as leis, no Brasil, são federais, estaduais ou municipais;

no plano federal, a lei começa a vigorar em todo o país somente 45 dias depois de oficialmente publicada, e nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira só se inicia tres meses depois de oficialmente publicada (art. 1 da Lei de Int. ao Código Civil);

— alterações na vigência da lei:

derrogação, relativamente à eliminação de uma parte da lei;

convalidação, relativamente a uma parte da lei cuja vigência é renovada pelo aperfeiçoamento dos dispositivos legais;

revogação, quando há abolição total da lei, substituída ou não por outra lei.

c) Quanto à amplitude dos efeitos legais:

— comuns ou gerais, as leis que se dirigem à generalidade de determinadas relações, dentro de um determinado âmbito municipal, estadual ou federal;

— especiais, as leis que regulam relações destacadas do sistema de direito comum, mas não contrárias a êste, como no caso das recentes leis do inquilinato;

— excepcionais, as leis que exigem interpretação restritiva, colocando-se além dos princípios gerais de direito;

d) Quanto à eficácia:

— incondicionadas, quando a submissão do indivíduo não está dependente de nenhuma condição — exp.: o art. 3 da Lei de Int. ao Código Civil: “Ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece”;

— condicionadas, quando determinado efeito jurídico está na dependência de condição expressa — exp.: o art. 250 do Código Civil: “Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal”);

— coativas, quando as leis compelem diretamente o indivíduo a determinado ato ou situação — exp.: “o domicílio do militar em serviço ativo é o lugar onde servir”, no art. 38 do Código Civil;

e) Quanto à sanção que cominam:

— perfeitas (“a transgressão importa nulidade do ato, podendo sujeitar o infrator a uma pena” — exp.: art. 183, VI do Código Civil — “Não podem casar: as pessoas casadas” — combinado com o art. 235 do Código Penal: “Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: pena — reclusão, de dois a seis anos”);

— “menos que perfeitas” (“mantêm a eficácia jurídica do ato mas comina pena ao transgressor” — exp.: o art. 183, XIII, do Código Civil: o viuvo que tiver filhos do conjugue falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros não pode casar; casado porém, o casamento não será nulo, perdendo, todavia, o transgressor o direito ao usufruto — é o que estabelece o art. 225 — dos bens dos mesmos filhos);

— imperfeitas (“não impõem sanção: mera exortação ou recomendação; mais um preceito moral do que jurídico”).

B — *Constitucionalismo*

- 1 — Definição: movimento de instituição do poder público sob a positividade do Direito, para o fim de estabelecer:
 - a) garantias à razoável expansão da personalidade humana;
 - b) limitações aos abusos do arbitrio individual;
 - c) em suma: “substituir o governo dos homens pelo governo das leis”.
- 2 — Antecedentes históricos:
 - a) Magna Carta, 1215, João Sem Terra a assina, sendo ela confirmada depois por Henrique III, da Inglaterra, em 1225;
 - b) Bill of Right, 1689, Guilherme III da Inglaterra;
 - c) Declaração de Direitos de Virgínia, nos Estados Unidos, em 1776;
 - d) Constituição dos Estados Unidos, 1787;
 - e) Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, Revolução Francesa, 1789;
- 3 — Antecedentes doutrinários:
 - a) Defesa da “pessoa humana” pelo pensamento evangélico (católico-reformista);
 - b) Divulgação da filosofia naturalista e racionalista nos domínios da política revolucionária.
- 4 — Princípios do Constitucionalismo:
 - a) Supremacia da Constituição e hierarquia das leis;
 - b) Soberania do povo e representação popular;
 - c) Separação e harmonia dos poderes do Estado;
 - d) Distribuição de jurisdições.
- 5 — Conceito de Constituição: conjunto de prescrições pelas quais a delimitação dos poderes políticos e o respeito aos direitos dos indivíduos ficam assegurados por uma distribuição de competências e obrigações, amparada esta distribuição por uma organização de poder (Estado) que originariamente a reconhece.

6 — Elementos das Constituições:

- a) Indicação da filosofia política (implícita ou explícita do Estado, geralmente no “preâmbulo”);
- b) Declaração de direitos e deveres individuais e sociais;
- c) Definição das relações entre governantes e governados;
- d) Determinação da forma de governo (instituição do poder público) e da organização geral dos serviços públicos.

7 — Classificação do poder constitucional:

- a) Poder constituinte: faz a Constituição, é essencialmente criador e só ideologicamente limitado;
- b) Poder modificador:
 - pela reforma (mais profunda)
 - pela emenda (menos profunda)
 - pela revisão (superficial)
 - forma de moticar estabelecida na própria Constituição (art. 217 da Constituição Brasileira);
- c) Poder legislativo: — exercido nos termos da Constituição (nas Constituições flexíveis ou plásticas coincide com o poder constituinte, pelo que a Constituição está em permanente elaboração: exp.: no parlamentarismo inglês)

8 — Classificação das Constituições:

- a) Quanto à modificabilidade: flexíveis e rígidas;
- b) Quanto à duração: definitivas e temporárias;
- c) Quanto à extensão: parciais e totais;
- d) Quanto à expressividade: analíticas e sintéticas;
- e) Quanto à origem: outorgadas e populares;
- f) Quanto à funcionalidade: estáticas e dinâmicas;
- g) Quanto à forma: consuetudinárias e escritas;
- h) Quanto à ordem lógica: sistemáticas e assistemáticas;
- i) Classificam-se ainda quanto à forma de governo ou de Estado que estabeleçam.

9 — Hierarquia das normas jurídicas (leis em sentido amplo):

- a) Constituição: lei magna, fundamental, originária;

- b) Leis complementares (deduzidas da Constituição):
 - leis ordinárias (consolidações, códigos, estatutos);
 - decretos-leis: emanados do poder executivo quando em função legislativa, excepcionalmente, como no período do chamado Estado Novo;
 - c) Leis executivas: decretos e regulamentos;
 - d) Normas administrativas: portarias, avisos etc.
- 10 — Constitucionalidade das leis (problema resultante das Constituições fixas):
- a) Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, em última instância, julga em espécie, e diz da inconstitucionalidade (não procede por sua própria iniciativa);
 - b) No Brasil, de sistema idêntico, a Constituição, no art. 61 estabelece como competência do Senado suspender “no todo ou em parte, a execução de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Poder Judiciário”. A “decisão definitiva” rege-se pelo estabelecido no art. 200.
- 11 — Constituições brasileiras:
- a) Constituição Política do Império do Brasil, outorgada por D. Pedro I em 1824 e reformada em 1834 pelo Ato Adicional;
 - b) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada pelo Congresso Constituinte, em 1891 e emendada em 1926;
 - c) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte em 1934 e emendada em 1935;
 - d) Constituição dos Estados Unidos do Brasil, outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas em 1937 e várias vezes emendada no período de oito anos, durante os quais não foi, aliás, executada, senão em mínima parte;
 - e) Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada pela mesa da Assembleia Constituinte em 18 de

setembro de 1946 (com duzentos e dezoito artigos e mais um "Ato das Disposições Transitórias" com 36 artigos).

12 — Classificação da atual Constituição Brasileira:

- a) E' rígida, porque só modificável mediante processo especial (art. 217);
- b) E' definitiva, porque feita para vigorar indefinidamente;
- c) E' total, porque procura abranger todos os problemas, tornando-se até "casuista";
- d) E' mais estática do que dinâmica, porque, sendo minuciosa não permite que a "interpretação" do seu texto tenha sentido "construtivo", em concordância com as renovadas condições da vida social e econômica da Nação (sob êste ponto de vista, mais dinâmica se tem mostrado a Constituição dos Estados Unidos, promulgada em 1789, ainda em vigor, e constituída por sete longos artigos, seguidos de 21 emendas);
- e) E' escrita, de acordo com a tradição racionalista e positivista do direito dominante entre os povos latinos;
- f) E' sistemática, pois que a matéria é disposta segundo ordem lógica, racional e consequente;
- g) Quando à forma de governo que estabelece, é democrática, republicana, federativa e presidencialista.

III — *Questionário*

A — Transforme em sinal "mais" o sinal "menos" que anteceder a resposta certa (ou a mais certa) entre as que concluem cada uma das seguintes questões:

- a) Quando a lei não impõe uma sanção, mas contem uma simples recomendação de sentido ético, é o caso de se dizer que a lei é:
 - perfeita
 - coativa
 - temporária
 - imperfeita
 - imperativa

- b) Quando a lei tem o objetivo de substituir proibição ou limitação anterior, trata-se de uma lei:
- proibitiva
 - permissiva
 - comum
 - excepcional
 - supletiva
- c) Quando a lei se caracteriza pela sua aplicabilidade a um número indefinido de casos, logo se vê que a lei tem sentido:
- especial
 - imperfeito
 - supletivo
 - coativo
 - comum
- d) Quando uma lei é elaborada para vigorar até que outra lei a substitua, é o caso de a classificarmos como lei:
- geral
 - imperativa
 - permanente
 - perfeita
 - comum
- e) Por direito consuetudinário entende-se:
- o que provem dos Paramentos
 - o que se firma na tradição
 - o que está implícito na lei positiva
 - o que é reconhecido pelo poder publico
 - o que emana de poder constituído.
- f) Inscrevemos entre os *principios* do constitucionalismo:
- a modificabilidade das constituições
 - a Constituição dos Estados Unidos
 - a hierarquia das leis
 - os antecedentes do movimento
 - o direito consuetudinário

- g) Quando a submissão de um indivíduo à lei não se encontra condicionada por nenhuma manifestação direta deste indivíduo, diz-se que a lei é:
- coativa
 - supletiva
 - imperfeita
 - proibitiva
 - temporária
- h) Quando da transgressão de uma lei resulta a nulidade do ato, diz-se que a lei é:
- supletiva
 - especial
 - excepcional
 - perfeita
 - imperfeita
- i) O poder constituinte a rigor:
- reforma a Constituição
 - modifica a Constituição
 - convoca a Constituição
 - elabora a Constituição
 - revoga a Constituição
- j) Uma condição especificamente necessária à formação do direito positivo é:
- o Estado
 - o Parlamento
 - a Ciência
 - a Lei
 - a Tradição

B — Nas seguintes afirmações, preencha os espaços pontuados:

- a) Devendo a lei ser bem elaborada, não se deixando margem de dúvida quanto ao pensamento que ela contém, aí nos referimos ao seguinte requisito:
-
- b) A lei não deverá estar em desacordo com a realidade social, de modo a se dizer que é inexecutável. Neste caso, falta-lhe o requisito:

- c) Se à elaboração de uma lei faltou o principal dos seus elementos formais, isto é, a juridicidade do poder que a criou, então dizemos que lhe falta
- d) O poder de modificar a Constituição, quanto à profundidade da modificação, pode ser exercido:
 — pela revisão quando a modificação for
- e) Nas Constituições a ação legislativa se confunde com a ação constituinte.
- f) Do ponto de vista da hierarquia, as normas jurídicas podem ser classificadas:
 — a Constituição em lugar;
 — a Lei Ordinária em lugar;
 — o Decreto-Lei em lugar;
 — a Portaria em lugar.
- g) Se a lei não corresponde a um poder que a imponha efetivamente, é que lhe falta o requisito.....
- h) "Substituir o governo d..... pelo governo d.....", eis um dos princípios do constitucionalismo universal.
- C — Nas seguintes questões, seu trabalho é preencher os parêntesis apostos aos elementos da coluna da direita com os numeros que antecedem os elementos correspondentes na coluna da esquerda:
- 1 — Na coluna da esquerda estão os diferentes pontos de vista segundo os quais podemos classificar uma Constituição, e na coluna da direita as qualidades que uma Constituição pode apresentar. Diante de cada qualidade, escreva o numero do ponto de vista que lhe é correspondente:

Pontos de vista:

Qualidades:

- | | | |
|----------------------|-------------|-----|
| 1 — Modificabilidade | — Outorgada | () |
| 2 — Duração | — Estática | () |

3 — Extensão	— Definitiva	()
4 — Expressividade	— Popular	()
5 — Origem	— Parcial	()
6 — Funcionalidade	— Sintética	()
7 — Forma material	— Sistemática	()
8 — Ordem lógica	— Flexível	()
	— Dinâmica	()
	— Temporária	()
	— Rígida	()
	— Consuetudinária	()
	— Total	()
	— Escrita	()
	— Analítica	()
	— Assistemática	()

2 — Na coluna da esquerda estão os fatos históricos que assinalaram os grandes momentos da evolução do Constitucionalismo, e na coluna da direita as datas que lhes são correspondentes; entre os parêntesis escreva os números dos fatos correspondentes a cada uma das datas indicadas:

Fatos históricos

1 — Assinatura da Magna Carta	— 1689	()
2 — Bill of Rights	— 1789	()
3 — Declaração de Virgínia	— 1787	()
4 — Constituição dos Estados Unidos	— 1776	()
5 — Declaração dos Direitos do Homem (Rev. Fr.)	— 1225	()

D — Entre os seguintes qualificativos assinale (transformando o sinal *menos* em *mais*) aqueles que se aplicam à atual Constituição Brasileira:

— flexível	— analítica	— consuetudinária	— autocrática
— rígida	— sintética	— escrita	— democrática
— definitiva	— outorgada	— sistemática	— unitarista
— temporária	— popular	— assistemática	— confederacionista
— parcial	— estática	— parlamentarista	— federalista
— total	— dinâmica	— presidencialista	— republicana

- E — Tópicos para dissertação e debate:
- a) Porque razão o problema da constitucionalidade das leis se apresenta intimamente ligado ao problema da flexibilidade da Constituição?
 - b) Quais os rumos e orientações gerais que deveriam presidir um movimento de reforma da Constituição Brasileira?
 - c) Quais as influências doutrinárias que mais têm contribuído para a formação do Direito Constitucional Brasileiro?
 - d) Tendo o Brasil possuído cinco Constituições no período de cento e trinta e tres anos, enquanto os Estados Unidos ainda hoje se regem pela sua primeira Constituição promulgada em 1789, qual a explicação hipotética que se poderia dar a esta divergência tão acentuada?

IV — INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

- A — Azambuja, Darcy — «Teoria Geral do Estado»; Porto Alegre, Globo, 1953; pags 153 a 170 (Direitos Individuais), 171 a 175 (conceito e definição de Constituição. Constituição Costumeira e Constituição Escrita. Constituição Rígida e Constituição Plástica. A constitucionalidade das Leis).
- B — Cavalcanti, T. B. — «O Sistema Constitucional Brasileiro», in «Quatro Estudos»; Rio, Fundação Getulio Vargas, 1954; pag. 31.
- C — Idem — «Tratado de Direito Administrativo»; Rio, Freitas Bastos, 1948, vol. I; pags. 234 e 239 (A Constituição, Constituições rígidas, escritas, flexíveis, costumeiras), 399 a 416 (A Lei).
- D — Calmon, Pedro — «Curso de Direito Constitucional Brasileiro»; Rio, Freitas Bastos, 1951; pags. 7 a 18 (Indole juridica-política da Constituição brasileira), 19 a 26 (Preâmbulo), 203 a 210 (Inconstitucionalidade das leis), 255 a 260 (Garantias individuais), 347 a 354 (Reforma da Constituição);
- E — Coni, João Caldas — «Do Regulamento Delegado»; in «Arquivos da Universidade da Bahia — Faculdade de Ciências Economicas», vol. II, 1955, pag. 57.
- F — Del Vecchio — «Filosofia del Derecho»; Barcelona, Bosch, 1953; pags. 379 (Fuentes del Derecho Positivo — Leys constitucionales y leys ordinarias — Examen de la constitucionalidade de las leyes — Los decretos y los reglamentos).

- G — Friedrich, Carl J. — «Teoria y realidade de la organización constitucional democrática»; México, Fondo de Cultura Económica, 1946; pags. 13 a 42 (Bosquejo histórico del constitucionalismo...), 123 (La creación de una Constitución...), 134 (El Poder Constituyente).
- H — Garcia-Pelayo, Manuel — Derecho Constitucional Comparado; Madrid, Revista de Occidente, 1950; passim.
- I — Gomes, Orlando — «A lei e suas espécies», in «Arquivos da Universidade da Bahia» — Revista da Faculdade de Direito», vol. III, 1948, pag. 23;
- J — Heras, J. Xifra — «Modernas Tendências Políticas»; Barcelona, Bosch, 1954; pág. 86 (Derechos del Hombre).
- K — Kelsen, Hans — «Teoría General del Derecho y del Estado»; México, Imp. Universitaria, 1949; pags. 271 a 281 (La Constitución).
- L — Legaz y Lacambra, Luiz — «Filosofía del Derecho»; Barcelona, Bosch, 1951; pags. 196 a 210 (Teoría de la Norma Jurídica), 215 a 219 (La Coacción Jurídica), 220 a 223 (Clasificación de la Normas Jurídicas), 233 a 237 (Requisitos de la Ley como norma impuesta).
- M — Lima, Hermes — «Espírito da Constituição de 1946» in «Estudos sobre a Constituição Brasileira»; Rio, Fundação Getúlio Vargas, 1954; pag. 11.
Idem — «Introdução à Ciência do Direito» — Rio, Edit. Nacional de Direito Ltda., 1952; pag. 14 (Direito Positivo), 55 (Os problemas da lei), 145 (Evolução histórica do Direito Positivo), 187 (Direito Constitucional).
- N — Malberg, Carré de — «Teoría General del Estado»; México, Fondo de Cultura Económica, 1948; Ver no Índice de Materias as palavras «Constitución», «Derecho (en el sentido positivo del termino)», «Derecho Constitucional», «Ley», «Poder constituyente».
- O — Oliveira Viana — «O Idealismo na Constituição»; Rio, 1927, passim.
— Idem — «Instituições Políticas Brasileiras»; Rio, José Olímpio, 1949; passim.
- P — Pontes de Miranda — «Comentários à Constituição de 1946»; São Paulo, Max Limonad, 1953; vol. I, pag. 10 a 24 (Visão panorâmica das Constituições republicanas; A Constituição de 1946 — As tres últimas Constituições), 129 a 133 (Direito «estatal» Constitucional — Estado e Constituição), 137 a 141 (Direito Constitucional e Constituição — Ciência e técnica das Constituições).

- Q — Sampaio, Nelson de Souza — «O Poder de Reforma Constitucional»; Bahia, Progresso, 1954; Capítulos I e II.
- R — Torres, Alberto — «O Problema Nacional Brasileiro»; São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1933; passim.
- S — Vieira, Oldegar Franco — «Introdução ao Estudo do Direito Público»; Bahia, Liv. Progresso Editora, 1957; pags. 41 a 60 (O poder jurídico eo direito positivo — o Direito e o Studo — A «crise do Direito — direito subjetivo e Direito objetivo).