

“NATUREZA JURÍDICA”: ELA ESTÁ NO MEIO DE NÓS?

“LEGAL NATURE”: A MATTER OF FAITH?

Gerson Tadeu Astolfi Vivan Filho*

RESUMO

O artigo investiga o papel que joga na argumentação jurídica a noção de “natureza jurídica”, partindo de exemplos práticos de seu funcionamento, constatando, de um lado, sua frequência como fundamento de atribuição de consequências jurídicas a casos concretos, e, de outro, a falta de clareza em sua determinação nesses casos. Defende ser essa determinação atividade não cognitiva, mas decisória, que deve, portanto, ser fundamentada argumentativamente. Explora o problema dessa fundamentação no exame de um ramo específico da dogmática, o direito de autor, onde percebe o apelo à natureza como envernizador da ausência de fundamentação. Aponta ao final para a segunda etapa da pesquisa, em que se confrontará a noção estudada a uma ideia política de razão pública.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria do direito. Natureza jurídica. Argumentação jurídica. Direito autoral.

SUMÁRIO

1. Colocação do problema. 2. Um primeiro olhar para a prática. 3. Natureza jurídica como definição por gênero e diferença específica. 4. Fundamentando fundamentos? O caso do Direito de Autor. 5. Conclusões e prospecções. Referências.

REFERÊNCIA: VIVAN FILHO, Gerson Tadeu Astolfi. Natureza jurídica: ela está no meio de nós? *Res Severa Verum Gaudium*, v. 3, n. 1, Porto Alegre, p. 28-56, mar. 2017.

ABSTRACT

The paper investigates the role that the notion of “legal nature” (“natureza jurídica”) plays in legal reasoning. Based on practical examples of its functioning, it verifies, on the one hand, its frequency as justification for attributing legal consequences to particular cases, and on the other hand, the lack of clarity in its determination in these cases. The article defends that this determination is not a cognitive activity, but rather a decision-making one that must, therefore, be argumentatively reasoned. The paper explores this reasoning’s problem in the context of a specific dogmatic legal field, copyright law (“direito do autor”), in which the appeal to the notion of nature is perceived as a disguise to the absence of justification. In the end, it points to a future stage of the research, in which the approached notion will be confronted with the political idea of public reason.

KEYWORDS

Legal theory. Legal nature. Legal reasoning. Copyright law.

1 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Não carece um Santo Anselmo para oferecer evidências suficientes do problema. Ao invés dele, recorro aos algoritmos de busca: o Portal de Periódicos da Capes acusa 282 entradas nos últimos cinco anos para *natureza jurídica*, em 21 delas como tema central, indexadas a toda ordem de ramo do direito.¹ Em 0,03 segundos, o Google Acadêmico apresenta 504 artigos, 52 apenas no último ano, cujo título² é alguma variação de “a *natureza jurídica* de X”, em que X vai do FGTS (KACZERSKI; FRANQUI; NUNES, 2015) aos animais (FAUTH, 2016), da prisão civil alimentar (ALVES, 2015) ao afeto

* Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, 2015). Mestrando em Filosofia (UFRGS). Advogado. Este artigo teve sua primeira versão escrita sob a vigência de Bolsa de Iniciação Científica (BIC/UFRGS), com orientação do Prof. Paulo Baptista Caruso MacDonald (UFRGS).

¹ As etiquetas de tópico temático em ordem decrescente de quantidade de resultados são: Direito Processual Civil, Direito Constitucional, Direito Comercial, Direito Ambiental, Direito Administrativo, Processo Penal, Direito do Trabalho. Busca realizada em <<http://www.periodicos.capes.gov.br>> com o parâmetro “natureza jurídica”, para dissertações, teses e artigos, na modalidade “últimos 5 anos”, em 11/05/2016).

² A busca pela expressão no texto dos artigos tem 3.330 resultados (em 15/05/2016).

(AMARAL, 2015), da moeda virtual (BAROSSO-FILHO; SZTAJN, 2015) ao Supremo Tribunal Federal (GOMES 2015), do SUS (SANTOS, 2015) à prisão cautelar (SIQUEIRA, 2015).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS) se refere, em 4.630 ementas, nos últimos cinco anos³, à *natureza jurídica* de um cabedal de conceitos (ação exorbitante de documentos, tarifas de água e esgoto, indenização por dano moral, fundações, quartos de hotel, posse de drogas para consumo pessoal, crimes tributários, taxas de processamento de fatura bancária, correção monetária⁴), que, ao menos nestes exemplos citados, uma vez definida, é alçada a critério determinante da imputação ou não de uma dada consequência jurídica.⁵ No Superior Tribunal de Justiça (STJ), 829 resultados e, no Supremo Tribunal Federal (STF), 771 para mesmo período.

Mas especialmente povoada é a chamada dogmática, ou ciência do direito, habituada a definir ao lado do *conceito* de um instituto sua *natureza jurídica*.⁶ Contendas sobre a natureza jurídica da letra de câmbio, das fundações ou da pessoa jurídica são consideradas clássicas, questões a que se espera que todo que se aventure em escrever “doutrina” ofereça respostas.⁷ Qualquer estudante que comece a se familiarizar com a dogmática jurídica, ao se deparar em seu *curso* ou *manual* com aquela seção que parece esconder todos seculares segredos duma entidade mística, o Instituto e Sua Natureza, de pronto deve experimentar da mesma sensação que anos antes teve ao esperançosamente abrir uma caixa de sorvete que vislumbrava ao fundo do congelador, para em seguida ter de enfrentar a congelada realidade: o vazio, ou, pior, um bloco de feijão duro. Pode não ser mera impressão a de estar diante de um despropósito. Pois, afinal, em que consiste essa tal *natureza*? E por que nos perguntamos tanto por ela?

³ A busca pela expressão no inteiro teor dos acórdãos passa dos 41.000 resultados. Todos os dados deste artigo foram coletados nos resultados das bases de dados dos tribunais para o mesmo período, e atualizados nesta última versão para o intervalo de cinco anos entre 27/07/2011 a 27/07/2016.

⁴ Respectivamente: Apelação Cível nº 70066501636; Agravo de Instrumento nº 70066103573; Apelação Cível nº 70067958488; Apelação Cível nº 70066754250; Apelação Cível nº 70066305079; Apelação Cível nº 70064973738; Apelação Cível nº 70065923641; Apelação Crime nº 70055845549; Apelação Cível nº 70062116918; Apelação e Reexame Necessário nº 70053939559.

⁵ Por exemplo: “A natureza jurídica da remuneração dos serviços de água e esgoto é de tarifa ou preço público. Dessa forma, não há falar no prazo prescricional previsto no Código Tributário Nacional, mas sim nos prazos previstos no Código Civil”; ou então: “Diante da natureza jurídica de fundação pública da FDRH, a prescrição incidente à espécie é a prevista no Decreto 20.910/32, a qual regula a prescrição contra a Fazenda Pública.”

⁶ Por todos, qualquer volume do *Tratado* de Pontes de Miranda, que, no exame de cada instituto, inicia quase sempre com um parágrafo que trata do seu “conceito e natureza”. Aleatoriamente pescados, por exemplo, um curso de direito civil (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 453, 622, 665), um de direito administrativo (DI PIETRO, 2001, p. 139, 164, 247, 266, 264, 418, 531) e outro de direito penal (BITENCOURT, 2016, p. 219, 229, 424, 536, 543, 749, 795, 809, 828). Pretendo, em estudo futuro, abordar a questão da existência ou inexistência de clareza a respeito dos critérios diferenciadores no discurso jurídico das noções de *natureza*, *conceito*, *definição* e *regime*.

⁷ Herbert Hart (HART, 1983, p. 23-24) encontrou regularidades nessas respostas, sumarizando-as em três grupos: (a) teorias que dizem que o conceito é apenas um nome dado pelo direito a um fato complexo; (b) teorias que dizem que o conceito se refere a uma ficção; (c) teorias que dizem que o conceito se refere a uma realidade extrajurídica. Coincidem, curiosamente, com a tipologia de “teorias sobre a natureza da pessoa jurídica” apresentadas por Pontes de Miranda (*Tratado*, t.1 §81, 1, p. 315-317): (a) a pessoa jurídica é um nome para um grupo de indivíduos e suas relações; (b) a pessoa jurídica é ficção, pois só o homem é pessoa; (c) a pessoa jurídica é fato, “realidade ideal”, teoria à qual adere.

Como toda noção geral que se assenta ser basilar numa prática social, o conceito de *natureza jurídica*, na mesma proporção em que abundante no discurso jurídico, é justamente por isso daqueles que aparecem dificilmente discutidos, e cujo sentido, da forma como aparece nesse discurso, tende à imprecisão. O uso contínuo e irrefletido de um conceito pode ser anestesiante, e o que em algum momento tenha sido uma prática com razões de ser reconhecíveis e formuláveis por quem dela compartilhava toma a forma de uma verdade morta.⁸ Por isso, tentarei aqui encontrar pistas dessas razões de ser.

Mesmo assim, e ignorando a advertência pertinente de Sergio Le Pera⁹, para ter um ponto de referência mínimo do qual partir, iniciei perguntando aos próprios juristas, “que procuram vocês aí?” Poucas respostas e curtas: determinar a natureza jurídica seria “integrar [os direitos subjetivos] nas categorias dogmaticamente estabelecidas”, estabelecer a “posição ou enquadramento [do conceito] no *sistema jurídico*” (AMARAL, 2008, p. 285, 478), encontrar as normas que disciplinam uma situação (FERRAZ JR., 2013, p. 113)¹⁰, situar um instituto “de maneira precisa no *sistema jurídico* a que pertence” (POMPEU, 1980, p. 11), e assim por diante. Já daqui creio que se pode extrair os seguintes pontos de partida: (i) atribui-se naturezas jurídicas tanto a direitos subjetivos, institutos e conceitos, quanto a fatos do mundo, o que faz questionar se em cada caso desses ela exerce uma mesma função; (ii) a ideia de natureza jurídica aparenta estar ligada fortemente a uma ideia de sistema jurídico, a qual procurarei compreender¹¹; (iii) essa pergunta só fará sentido na prática frente a um caso em que não se encontre lei ou fonte vinculante¹² que antecipe a solução de um dado problema jurídico, momento em que se apresenta o caráter preparatório da decisão da dogmática, o que também será aqui tratado.¹³

O mero fato de já ter rendido tantas polêmicas e páginas bastaria para tentar compreender o que ela significa. Do ponto de vista prático, porém, é ainda mais justificado o interesse na sua clarificação,

⁸ Mill (1901, p. 76-84) sustenta uma afirmação similar dando o exemplo do cristianismo nascente em comparação àquele cristalizado nos dogmas católicos.

⁹ “Ciertamente muy a menudo los juristas, en su hurgar por naturalezas [...] no parecen ni pretenden realizar tareas relativamente racionales, sino místicos esfuerzos de intuiciones esenciales [...] [pero] para comprender la jurisprudencia resulta más importante observar como los juristas realmente actúan, que atender a las versiones que ellos poden dar sobre esa actuación.” (LE PERA, 1971. p. 70.)

¹⁰ Para Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2013, p. 58-65, 68), a natureza jurídica, “como qualquer lugar comum, trata-se de fórmulas orientadoras, cuja coerência é dada não pelo rigor lógico, mas pelo uso comum e extenso” atendendo ao princípio da inegabilidade dos pontos de partida, que dá sentido à construção dogmática em sua função preparatória da decisão, de “criar para ela condições razoáveis”.

¹¹ Especificamente na terceira seção deste artigo.

¹² Por exemplo, a Súmula 228 do STJ, na nota 17 abaixo, ou, dotada de maior força normativa, a Súmula Vinculante 47 do STF: “Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor *consubstanciam verba de natureza alimentar* cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza”, cuja conteúdo cristalizou-se recentemente no art. 85, §14, do novo Código de Processo Civil. Carlos Guerrero (1997, p. 135), no sentido avesso, considera a definição da natureza jurídica a única forma de resolver contradições internas entre fontes legisladas de direito.

¹³ Isto é discutido no mergulho que a quarta seção faz no *direito de autor*.

pois a *natureza jurídica*, em suma, define o regime jurídico em concreto, define as normas que preencherão eventuais vazios normativos de uma disciplina especial, e é amiúde objeto de fundamento decisivo para a determinação das consequências jurídicas de um fato qualificado pelo direito.¹⁴ Aqui, portanto, é espaço para perguntar: como se fundamenta este fundamento?

2 UM PRIMEIRO OLHAR PARA A PRÁTICA

Se tivermos presente que a significação não é algo que as palavras “levam consigo”, mas que só se constrói e se mostra no uso que damos a elas em nossos jogos de linguagem, e quisermos compreendê-las, buscaremos formular hipóteses sobre as regras desses jogos e não oferecer uma definição como as acima observadas. No caso, isso quer dizer perguntar sob que circunstâncias e pressupostos faz sentido falar em *natureza jurídica* para fundamentar juízos jurídicos. Não se busca delimitações exatas, pois mesmo que fosse possível, o jogo e suas regras por si não permanecem os mesmos, mas vão se construindo e modificando no uso, de acordo com os objetivos a que sirvam; aproximar-se da identificação desses fins e da efetividade dos usos do conceito pesquisado terá o papel de ao menos afastar alguns mal-entendidos (WITTGENSTEIN, 2000, p. 43, 49, 57, 58, 63, 66, 109, 114, 120, 121, 129). Em vez de algo como um critério comum que una os diversos sentidos da *natureza jurídica*, parece mais plausível encontrar uma *semelhança de família*¹⁵ (WITTGENSTEIN, 2000, p. 52 et seq.) entre eles. Nesse quadro, me preocupo em especial nesta investigação se os participantes desse jogo de linguagem são capazes de distinguir qual dos sentidos está em questão numa dada situação; se não o são, já partem de distintos pressupostos e, então, o entendimento é acaso puro.

¹⁴ Para dois exemplos no campo específico a ser estudado à continuação: “Direito civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Programa de computador (software). Natureza jurídica. Direito autoral (propriedade intelectual). Regime jurídico aplicável. Contrafação e comercialização não autorizada. [...] O programa de computador (software) possui natureza jurídica de direito autoral (obra intelectual), e não de propriedade industrial, sendo-lhe aplicável o regime jurídico atinente às obras literárias. Constatada a contrafação e a comercialização não autorizada do software, é cabível a indenização por danos materiais conforme dispõe a lei especial, que a fixa em 3.000 exemplares, somados aos que foram apreendidos, se não for possível conhecer a exata dimensão da edição fraudulenta. [...] Recurso especial parcialmente provido.” (REsp 443.119/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2003, DJ 30/06/2003, p. 240.) O STJ também discutiu a respeito da natureza jurídica do direito autoral em uma série de Recursos Especiais, considerando não se tratar de propriedade, mas direito *sui generis* que resultaram na Súmula 228 (“É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral”), quais sejam: REsp 67.478-MG (3ª T, 06.05.1997 – DJ 23.06.1997); REsp 89.171-MS (4ª T, 09.09.1996 – DJ 08.09.1997); REsp 110.523-MG (4ª T, 04.03.1997 – DJ 20.10.1997); REsp 144.907-SP (3ª T, 10.11.1997 – DJ 30.03.1998); REsp 156.850-PR (4ª T, 10.02.1998 – DJ 16.03.1998). Em sentido contrário havia sido julgado o REsp 41.813/RS (3ª T, 28.11.1994 – DJ 20.02.1995): “DIREITOS AUTORAIS. PROTEÇÃO POSSESSÓRIA. CABIMENTO. SENDO O DIREITO AUTRAL UMA PROPRIEDADE, LEGÍTIMA A DEFESA DE TAL DIREITO VIA AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO.”

¹⁵ Tudo o que colocamos sob um conceito não tem necessariamente uma característica comum que autorize uma designação comum; espécies do gênero que chamamos “jogo” podem ter certas características compartilhadas, mas não é possível encontrar uma que perpassasse todos. No emprego de conceitos na linguagem cotidiana não faz falta traçar limites para esses conceitos; mas, para uma dada finalidade, é possível fazê-lo.

Voltarei agora com mais cuidado à afirmação inicial da presença da questão na prática jurídica, observando quantitativamente a sua persistência. Isso terá de se restringir à esfera judicial do direito brasileiro por ser a única ter base de dados de fácil acesso. A tabela a seguir expressa a incidência da expressão “natureza jurídica” nos acórdãos das bases de jurisprudência dos tribunais regionais deste Estado (TJ-RS e Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4) e superiores (STJ e STF), todos num período de cinco anos (atualizado aqui para 27/07/2011 a 27/07/2016). Não estão incluídas decisões da Presidência e da Vice-Presidência, tampouco das Turmas Recursais e Suplementares:

TRIBUNAL	NA EMENTA	INTEIRO TEOR	TOTAL
TJ-RS	4.630 (0,68%)	41.700 (6,20%)	672.000 ¹⁶
TRF4	3.904 (0,57%)	33.865 (4,96%)	682.220
STJ	829 (0,48%)	Não há opção na busca	171.008
STF	771 (2,53%)	Não há opção na busca	30.442

Tabela 1: Incidência da expressão “natureza jurídica” em acórdãos.
Quantidade de decisões (% do total de acórdãos pesquisados).

Os dados que incluem o inteiro teor das decisões são importantes porque mostram ser nada desprezível o uso do conceito de natureza jurídica, 5,5% em média, mas darei mais relevo às estatísticas da aparição nas ementas, por darem maior garantia da decisividade do argumento da natureza nas decisões. Nesses casos, é mais ou menos constante a proporção da incidência, à exceção do STF¹⁷, na mesma medida em que relativamente pequena. Isso pode ser indício de certa anormalidade (excepcionalidade) do apelo à natureza: ele só aparece quando a solução para o caso não pode ser claramente aferida do direito positivo explícito, quando então se busca na dogmática apoio para a decisão. Podemos, então, supor ter origem mais desse último campo do direito, o dogmático, a ideia de solução pelo argumento da natureza, ou seja, sistemático.¹⁸ Como seja, em números absolutos, é uma soma considerável de decisões. Mas se realmente ela está no meio de nós como argumento, vejamos como essa incidência se distribui internamente nos tribunais:

CÂMARA	Nº (%)
9ª Cível (acidente do trabalho e responsabilidade civil)	1.548 (33,4%)
5ª Cível (direito empresarial e propriedade intelectual)	989 (21,3%)
3ª Cível (direito público – servidores, concursos, ensino público)	427 (9,2%)
23ª Cível (contratos – cartão de crédito, concessionárias de telefonia e bancários)	205 (4,4%)
1ª Cível (tributário, previdência pública, licitações e contratos administrativos)	178 (3,8%)
TOTAL	3.347 (72,1%)

Tabela 2: TJ-RS – Cinco Câmaras com maior incidência (% do total de referências no Tribunal).

¹⁶ A ferramenta de busca aponta o número total “aproximadamente”.

¹⁷ Este dado é importante, porém deve ser considerado com parcimônia, pois, por defeito da ferramenta de buscas especificamente do STF, acaba por ser incluída a expressão desmembrada, havendo, por exemplo, resultado de ementa sobre “crime contra a natureza”. Na maioria dos casos do STF, a questão da *natureza jurídica* é apenas mencionada, mas não decidida, por ser matéria “de cunho infraconstitucional” e, portanto, afeita ao STJ. No entanto, isso só depõe a favor da importância da questão. A título de exemplo: ARE 948645 RG, de 24/03/2016; ARE 915880 RG, de 18/02/2016; RE 855103 AgR, de 15/03/2016; AI 863747 AgR, de 15/03/2016; ARE 900179 AgR, de 13/10/2015; ARE 745901 RG, de 04/09/2014.

¹⁸ Isso será objeto de consideração das próximas seções deste artigo.

SEÇÃO	Nº (%)
Trabalhista e Tributário (1ª Seção)	1.119 (28,6%)
Administrativo, Civil e Comercial (2ª Seção)	775 (19,8%)
Previdência e Assistência Social (3ª Seção)	1.921 (49,2%)
Penal (4ª Seção)	13 (0,3%)

Tabela 3: TRF4 – Distribuição da incidência (% do total no Tribunal).

SEÇÃO	Nº (%)
Público (1ª Seção)	433 (52,2%) de
Privado (2ª Seção)	196 (23,6%) de 46.990
Penal (3ª Seção)	178 (21,4%) de 64.152

Tabela 4: STJ – Distribuição por Seção.

SEÇÃO	Nº (%)
Plenário	221 (28,6%)
1ª Turma	366 (47,5%)
2ª Turma	247 (32,0%)

Tabela 5: STJ – Distribuição por órgão.

Este abrir do leque permite observar outros fenômenos importantes. Primeiro, em especial nos tribunais de segundo grau (TJ-RS e TRF4), a distribuição da incidência é bastante irregular entre os diferentes órgãos julgadores, sendo as cinco câmaras do TJ com mais ementas responsáveis por 72,1% dos casos. Essa assimetria sugere que o apelo à natureza de fato tem tradicionalmente importância maior em alguns campos e menor em outras, mais uma vez possivelmente pelas circunstâncias de desenvolvimento de sua dogmática. Sabemos, por exemplo, que a ideia de natureza jurídica surge no âmbito das sistematizações novecentistas do direito civil.¹⁹ No TJ-RS, campos do civil, ou nascidos sobre a sua base dogmática (direito do trabalho, por exemplo), têm farta predominância das questões de natureza. Nos outros tribunais, divide o espaço com o direito público. Mas o que chama mais atenção é a diferença drástica em relação ao direito penal, onde a incidência se demonstra irrisória: só aparece em 45 ementas do TJ-RS e mínimas 13 no TRF4; no STJ, considere-se que, apesar da porcentagem do total ser próxima, o número de ementas com referência natureza em relação ao total de casos na área, ficamos com 0,27% no penal e 0,41% no civil, diferença considerável nas suas proporções.

Passando a uma observação mais qualitativa, por razões de factibilidade, tomei de amostra apenas os quinze casos de direito penal obtidos na pesquisa no TRF4. Em três deles, a questão da natureza jurídica não é a questão central.²⁰ Os outros casos podem ser assim distribuídos, em ordem crescente de papel da argumentação:

No primeiro grupo, a natureza jurídica é extraída da literalidade texto de fontes normativas, com o objetivo de fundamentar consequências não previstas por ele. A estrutura é “*como o texto legal x*

¹⁹ Ver, a respeito, a próxima seção deste artigo.

²⁰ Na ACR 0000367-62.2007.404.7103, de 12/11/2015, considerou-se inexistente crime contra a ordem tributária por não ter havido “qualquer tentativa de adulterar a verdade atinente à natureza jurídica da verba” declarada, a fim de auferir vantagem. Observo apenas que se trata de um exemplo do que se dirá à frente sobre o tratamento tendencial da questão da natureza como matéria de conhecimento e não de decisão. No processo 5007196-80.2012.404.7205, de 30/08/2012, a corte respondeu ao apelante que não haver sido tratada a natureza jurídica da constrição em primeira instância não redundava em ausência de fundamentação porque disse expressamente da finalidade da medida. Em 2007.04.00.016884-7, de 16/12/2013, o relator pondera que o contrato ser nomeado de uma certa forma não apaga sua natureza jurídica, mas absolve o acusado por falta de provas.

(não) tem a mesma natureza de ((não) conta como) y, (não) pode ter as mesmas consequências”. Assim, por exemplo: (a) como o art. 3^a da Res. 003/04-SEMA exige, para o processo de licenciamento ambiental, outorga prévia para exploração de água mineral, a natureza jurídica de outorga é diferente da de licenciamento, não podendo, portanto, uma substituir a outra; tendo o acusado de crime ambiental²¹ da União apresentado apenas a outorga, foi recebida a denúncia, demonstrada a materialidade²²; (b) como a inabilitação para dirigir não está no rol de penas restritivas de direitos (art. 43), não tendo essa natureza, não pode ser substituída por uma delas.²³

No segundo grupo, a natureza jurídica funciona da mesma forma, mas é decidida com base no que as cortes superiores têm decidido: “*como, para a corte, x tem a natureza de (conta como) y, tem os efeitos de y*”. Exemplo: como a OAB, para o STF, tem natureza de autarquia, empregado seu pode cometer crime de peculato.²⁴

No terceiro grupo, se dá mais ou menos o inverso: a natureza jurídica como diferença entre dois institutos é inferida de efeitos diferentes que tenham, e que impedem que um conte como o outro: “*como x tem efeitos diversos de y, não tem a mesma natureza e, portanto, não pode ter uma de suas outras consequências*”. Por exemplo: (a) como no empréstimo de ações, quem toma emprestado não precisa devolver as mesmas ações, não tem a natureza de mútuo, e portanto, a alienação daquelas ações não é crime de apropriação indébita²⁵; (b) como o descumprimento da pena de prestação pecuniária resulta no cumprimento da pena privativa de liberdade que substituiu, e o da pena de multa apenas a converte em dívida, não conta como esta para fins de competência²⁶; (c) como o descumprimento da pena restritiva de direitos provoca regressão de regime, e a do sursis processual, o prosseguimento do

²¹ Lei 9.605/98, art. 55: “Executar [...] extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença [...]: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.”

²² “6. A outorga concedida pela SUDERHSA tem natureza jurídica diversa e não substitui a licença ambiental exigida para o funcionamento de atividades potencialmente poluidoras. 7. Havendo elementos que demonstram a materialidade e suficientes indícios de autoria dos acusados, o recebimento da denúncia [...] é medida que se impõe.” (5000916-08.2012.404.7007, 25/01/2013.)

²³ “O efeito da condenação previsto no art. 92, III, do CP tem natureza jurídica diversa das penas restritivas de direitos, não podendo, portanto, ser substituído por qualquer das penas previstas no art. 43 do mesmo diploma legal.” (TRF4 5000755-96.2015.404.7005, 11/05/2015.)

²⁴ “A natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil, segundo entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, é de autarquia federal, *ainda que de natureza peculiar*.” (ACR 0024477-08.2005.404.7100, 03/10/2013.) Mesmo argumento em ACR 0000994-51.2007.404.7011, de 03/05/2012.

²⁵ “Como o contrato tinha a natureza jurídica de mútuo, conclui-se que o mutuário podia lícitamente dar o destino que quisesse à coisa mutuada, inclusive comercializá-la, uma vez que, em se tratando de coisa fungível, havia transferência da propriedade. Em casos tais, as normas do direito civil revelam-se suficientes para a solução da desinteligência entre as partes do negócio, que não chega a se revestir de tipicidade penal, devendo a questão ser dirimida no juízo cível competente, âmbito no qual se busca a tutela dos interesses privados.” (TRF4, ACR 5002388-56.2012.404.7100, de 19/09/2013.)

²⁶ “A pena restritiva de direito de prestação pecuniária tem natureza jurídica diversa da pena de multa, porquanto essa, caso não recolhida, transmuta-se em dívida de valor, enquanto que a primeira, se não cumprida, dá lugar à execução da originária pena privativa de liberdade, razão pela qual não há falar-se em competência do Juízo da Vara de Execução Fiscal para sua execução.” (5007196-80.2012.404.7205, de 30/08/2012.)

processo, a implementação dos requisitos para este não autorizam a suspensão do processo de execução daquela.²⁷

No quarto e último grupo, dois casos em que a natureza é assimilada à finalidade do instituto: (a) como a finalidade do crime que pune a dispensa pelo administrador de licitação a princípio exigível é não apenas a proteção do patrimônio público, mas especialmente oportunizar a todos igualdades de condições de contratar com o poder público, a sua natureza jurídica é de crime formal, isto é, não é preciso prova de prejuízo ao patrimônio público para que o prefeito do caso seja punido; isso tudo contra entendimento do STF, que teria seguido uma argumentação do grupo 2²⁸; (b) a natureza do crime de evasão de divisas²⁹ não é de “crime fiscal” (cuja finalidade seria coibir a mera omissão de declaração) mas, “no atual contexto econômico”, tem a finalidade de proteger “a transparência de transferências internacionais de dinheiro”, coibindo apenas as ações fraudulentas; não provado no caso que os depósitos têm origem ilícita, não se preenche o tipo do crime.³⁰

Estes grupos não esgotam, obviamente, a gama de significados da natureza jurídica, mas é um primeiro ensaio de definição desse sentido pelo uso.

3 NATUREZA JURÍDICA COMO DEFINIÇÃO POR GÊNERO E DIFERENÇA ESPECÍFICA

A determinação de *naturezas jurídicas* na primeira forma acima esboçada, por textos doutrinários – como elucidação de relações de generalidade e especialidade entre conceitos jurídicos – pressupõe uma compreensão do direito como sistema.³¹ Com efeito, essa pressuposição ainda hoje subjaz à forma

²⁷ “Incabível o abatimento da pena restritiva de direitos imposta na sentença penal condenatória em face do cumprimento da condição para a suspensão condicional do processo, eis que possuem natureza jurídica distinta, sendo que o descumprimento das condições no sursis processual acarreta a revogação do benefício e o prosseguimento da ação penal, enquanto o descumprimento da pena restritiva de direitos enseja a recondução ou regressão à pena privativa de liberdade.” (ACR 5003086-93.2011.404.7004, de 25/03/2014.)

²⁸ TRF4, ACR 5000477-98.2011.404.7211, de 07/01/2015.

²⁹ Lei 7.492/86, art. 22: “Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.”

³⁰ “[...] no atual contexto econômico, o artigo 22 protege mais a regularidade e transparência de transferências internacionais de dinheiro do que propriamente as divisas nacionais, já que o envio de dinheiro ao exterior não é mais proibido ou sujeito a restrições rigorosas, mas apenas a controles de registro. Não se trata, portanto, de um crime de natureza fiscal ou tributária, mas sim de tipificar o resultado de uma evasão fraudulenta, buscando coibir essa conduta. [...]. Se for provado que os depósitos mantidos no exterior não têm origem, sequer remota, v.g. através de operações dólar cabo, no Brasil, o crime financeiro não se configura. No caso, há dúvida razoável quanto à origem do dinheiro, havendo probabilidade de que ele não teria qualquer causa no Brasil. Para absolvição, basta a dúvida razoável. Estabelecida a natureza jurídica do crime em questão e presente a dúvida razoável, correta a absolvição.” (TRF4, ACR 0023608-83.2007.404.7000, de 06/09/2011.)

³¹ Um exemplo drástico e direto é o axioma que abre a introdução do *Tratado* de Pontes de Miranda: “Os sistemas jurídicos são sistemas lógicos.” Evidente que há uma infinidade de formas de pensar o direito como sistema – o trabalho de Mario

como se cria, como se aplica e como se estuda direito no Brasil. Graduandas e graduandos, futuros práticos e teóricos, aprendem desde cedo a pensar por conceitos, muito antes que pensar por problemas. As aulas são expositivas e a forma de arranjo das matérias é frequentemente axiomático-dedutiva, como também tenciona se estruturar a legislação. Inicia-se em cada área por uma teoria geral, que se presume aplicável a cada posterior especificação e só de posse de uma extensa malha conceitual, autoriza-se olhar para o caso concreto, quando se o faz de todo.

Assumo que toda linguagem opere mediante conceitos, pois que fora das generalizações o próprio pensamento se faz inviável. “Pensar é esquecer diferenças, é generalizar, abstrair.”³² Porém, a ciência jurídica moderna³³ tendeu a agrupar conceitos de maneira peculiar, a emular sistemas lógico-matemáticos, que partiriam de uma verdade primeira não demonstrável, de onde se passariam a deduzir conclusões igualmente verdadeiras, do que resulta um sistema pretensamente lógico, respeitante dos princípios da não-contradição, do terceiro excluído e da identidade.³⁴ O “século da razão” pretendeu fazer possível, a partir de princípios primeiros encontrados no puro *entendimento*, independentemente da experiência, por análise e síntese, fazendo distinções a cada dificuldade, chegar às regras particulares do justo, de modo que “as regras ‘especiais’ contidas na lei deversem ser entendidas como *consequências* de certos princípios mais gerais e mais amplos” (LARENZ, 1989, p. 12). Tal coisa só se faz possível em sentido metafórico, e é nesse sentido que conservamos certas expressões até hoje: um jurista que fala em *efeitos jurídicos* ou *causalidade jurídica* não pode com isso interpretar a lei de direito como uma lei necessária, sob a qual se liguem causas e efeitos.³⁵ Contudo, esse espelho nas ciências da natureza³⁶ seguiu oitocentos adentro, ainda que não mais sob o paradigma da dedução ma-

Losano (2008) expõe isso muito bem. Contudo, a ideia de sistema tratada aqui é esta específica, por ser onde historicamente surge a natureza jurídica. Se a natureza jurídica pode ser compatibilizada com outras concepções sistemáticas (como acredito que seja) é objeto para futuras investigações.

³² Do conto “Funes el memorioso”, de Jorge Luis Borges (2014). O personagem retratado, dotado de uma memória prodigiosa e detalhista, era, porém, incapaz de pensar por ideias gerais, i.e. por conceitos. “No sólo le costaba comprender que el símbolo genérico *perro* abarcara tantos individuos dispares de diversos tamaños y diversa forma; le molestaba que el perro de las tres y catorce (visto de perfil) tuviera el mismo nombre que el perro de las tres y cuarto (visto de frente).” (BORGES, 2014, p. 133.)

³³ Essa modernidade que dizemos passado, mas que em inúmeros aspectos ainda nos domina.

³⁴ Os sistemas jusnaturalistas e as escolas alemãs do século XIX são exemplos bastante claros. Desenvolve grandes generalizações conceituais, axiomas dos quais pretensamente derivam-se como que geometricamente todos os conceitos e normas mais particulares. Sergio Le Pera (1971, p. 40-41) sugere que esse método autodenominado dedutivo encobre bem mais uma redução indutiva do direito a poucas categorias fundamentais, o que explicaria “el curioso fenómeno que las categorías ‘racionalmente’ deducidas o derivadas de una idea fundamental, o de la naturaliza de las cosas, coincidieran tan exactamente con las figuras heredadas del viejo Derecho Romano”. (Cf. GUERRERO, 1997, p. 109-111; LOPES, 2004, p. 40-42; LOPES, 2014, p. 91; BOBBIO, 2010, p. 237.)

³⁵ Se assim fosse, o descumprimento em concreto de uma lei de pronto a invalidaria, como sucede com o caso que falseia uma hipótese científica na física, por exemplo.

³⁶ Ver em Gadamer (2013) um panorama mais amplo desse fenômeno no âmbito das Ciências do Espírito em geral e uma defesa de sua liberação em relação ao paradigma cientificista moderno.

temática, mas da indução da biologia, na tentativa de uma sistematização da experiência jurídica histórica de cada povo: Puchta (apud LE PERA, 1971, p. 45), por exemplo, expressou que sua *genealogia* de conceitos³⁷ não era um simples esquema de definições, mas que cada conceito era um *ente vivo*.

Não é objetivo aqui estudar de que modo essas pretensões resultaram em diversos tipos de sistematização do material jurídico, seja nas codificações positivadas por todo o mundo a partir do século XIX, seja no Brasil, nas doutrinas naturalistas da primeira metade do século XX.³⁸ Basta-nos constatar sua consequência mais observável: a de que, para a grande maioria dos práticos e teóricos do direito³⁹, ainda hoje “o direito positivo, se não é, tende a ser um sistema” de normas e conceitos (VILANOVA, 1977, p. 47) (BOBBIO, 2010, p. 236 et seq.).⁴⁰ Certamente há posições frontalmente divergentes sobre essa sistematicidade e outras intermediárias; pode-se, e.g., acreditar, num extremo, que o próprio conteúdo da norma especial pode ser deduzido da mais geral, e noutro que qualquer coisa pode ser suporte fático de um pressuposto normativo, pois o que se deduz da norma geral é apenas o fundamento de validade da especial.⁴¹ Todos, porém, trabalham com normas e agregados de normas, que formam conceitos, denominados *institutos*.⁴²

Agora bem, ainda que ao ensino jurídico e ao uso dos conceitos na prática presida essa concepção sistemática, para o prático do direito está fora de questão não pensar problematicamente. Ora, de frente para o caso concreto, à advogado, ao procurador, à juíza, ao administrador ou à particular, por maior

³⁷ Essas categorias, para Le Pera (1971, p. 82), foram sistematizadas na forma de “pares de conceptos mutuamente excluyentes y, por lo general, pretendidamente complementarios y conjuntamente exhaustivos”, motivo porque duplas conceituais não-excludentes, isto é, entre as quais não há hierarquia, como as de contratos bilaterais ou unilaterais, onerosos ou gratuitos, consensuais ou reais, são referidas como *caráter*, ou classificação dos contratos. A natureza jurídica de um contrato de compra e venda não será de contrato consensual sinalagmático, oneroso, comutativo, não-formal, etc., mas de negócio jurídico bilateral, espécie de negócio jurídico, espécie de ato jurídico *lato sensu*, espécie de fato jurídico.

³⁸ Para um recente estudo da formação e influência dessas doutrinas, ver Lopes (2014).

³⁹ Refiro-me em especial à experiência nacional, mas o fenômeno é claramente observável de forma mais ou menos homogênea nos direitos de tradição romano-germânica.

⁴⁰ Muitas das inúmeras significações que *sistema* pode ter no direito são exploradas em perspectiva histórica em Losano (2008).

⁴¹ A rigor, não é comum encontrar puros quaisquer desses extremos, devendo ser tomados por tipos ideais pontas de um espectro. Do primeiro, porém, não ficam muito longe algumas tendências que entre nós se autointitulam neoconstitucionalistas e beiram a uma tentativa de derivação em abstrato das normas particulares dos princípios constitucionais, à moda jusnaturalista. Do segundo, é possível ler algo tal e qual em Kelsen (1997, p. 221) e Vilanova (1977, p. 111). Porém, a posição deles aceita que a norma geral restrinja ou dirija o conteúdo da especial, mas não que a última seja derivável da primeira. Quanto a Kelsen, ele claramente reconhece expressamente que “uma lei pode ser, então, inconstitucional, seja por causa de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretivas formulados nessa Constituição” (KELSEN, 2003, p. 132).

⁴² Desde a definição de Savigny dos *institutos jurídicos* como “*naturezas orgânicas*”, plenas de sentido e cambiantes progressivamente, que “vivem na consciência comum” (LARENZ, 1989, p. 17), permaneceu no imaginário jurídico algo dessa noção, com na posta por Rao (1997, p. 228), de um “conjunto de normas coordenadas em direção a um fim comum” derivadas de um fato fundamental, que formam um “*todo orgânico*”, que são “ossatura do direito”. Não se chega hoje ao cúmulo de reconhecer à ciência do direito o poder de dar luz a novos conceitos e proposições jurídicas de suas articulações sistemáticas – o primeiro Jhering chegou a dizer que os conceitos “acasalam-se e geram novos conceitos” (LARENZ, 1989, p. 28), mas não é incomum a ideia de que a doutrina pode ser fonte de direito. Veja-se, por exemplo, a reverência com que o judiciário brasileiro acata quase vinculativamente as opiniões de Hely Lopes Meirelles em matéria administrativa.

que seja a nuvem de conceitos, métodos e distinções de que se cubra a argumentação forense, uma coisa permanece ali, inabalável: o problema jurídico⁴³, à espera de uma solução. Na resolução dessa tarefa, opera-se, é certo, com conceitos, mas sua subsunção abstrata a outros conceitos não constitui a pergunta central do caso. Os materiais com que se lidará serão relações jurídicas, que se querem constituir, desconstituir, modificar ou declarar, cujo polo ativo tem por conteúdo o que costumamos chamar *direitos subjetivos*.⁴⁴ Entendo aqui essas relações jurídicas por aquelas que se dão entre dois sujeitos, entre um sujeito e uma coletividade, ou entre duas coletividades podendo ser: (a) relação de *direito (pretensão)/dever*; (b) relação de *poder/sujeição*; (c) relação de *liberdade/ausência de direito* do não-exercício dessa liberdade; (d) relação de *imunidade/ausência de poder*. Trata-se dos correlativos jurídicos fundamentais desenvolvidos por W. N. Hohfeld (1913, p. 30 et seq.).

Acentuar a visão do direito pelo ângulo processual⁴⁵, para meu propósito, não corresponde a reduzi-lo ao conflito, mas tomar um ponto de partida que é o mais comum na dogmática, cujo papel é preparar critérios para o responsável pela decisão de um caso. O direito como prática social envolve de alguma maneira todos seus participantes, que dominam critérios aproximadamente comuns para a resposta de uma dúvida concreta (“como devo proceder com o propósito X sob as circunstâncias Y?”) (LOPES, 2004), sem ter de, para isso, a cada vez, recorrer a uma autoridade, mesmo que não haja uma regra a que possa se reportar diretamente, quando podem então fazer uso de analogias. Mas eles obviamente não costumam se perguntar e decidir sobre uma *natureza jurídica* de suas relações com os outros. Só quando há um conflito potencial ou de fato que a autoridade (judicial ou administrativa) é chamada ou faz-se espontaneamente presente e submete a solução a critérios desenvolvidos por ela (como a jurisprudência) ou para ela (como a dogmática): nesse momento aparece a dogmática, seus conceitos e relações de pretensão sistemática. Encontrar o espaço adequado nesse esquema será o propósito da natureza jurídica.

Para fugir do paradigma judicial, tomemos o exemplo de um agente administrativo A que recebe um pedido de concessão de benefício previdenciário X de um administrado B: ele terá à sua frente um problema jurídico, cuja solução se dará na formulação de uma proposição prescritiva: com base na

⁴³ Entendo o problema num sentido amplo formulável como questão cujo termo final de solução dependa da formulação de um juízo deôntico jurídico, o que não se resume ao conflito judicial entre partes. Não entraria aqui, porém, a resolução de uma questão formulada, por exemplo, numa casa legislativa, do tipo: “deve à classe de indivíduos A ser imputado o imposto X?”, pois que já se trata de questão de política legislativa.

⁴⁴ Passarei ao largo aqui a caracterização tradicional de *direito subjetivo* em oposição ao *direito objetivo* e as críticas antigas e recentes endereçadas a ela, por ser de uso corrente e razoavelmente uniforme, bastando esclarecer que o tomo no sentido cuja tônica é seu caráter relacional, me abstendo de dar uma definição. Não ignoro que esse sentido é bastante recente, pois o antigo direito-faculdade só deixaria de ser *qualitas* para se tornar relação a partir de Kant, e só será assim diretamente definido no século XIX, por exemplo, por Savigny (BRITO, 2006).

⁴⁵ Judicial ou administrativo.

satisfação ou não de certas condições, *decidirá*⁴⁶ (i) se o administrado *B* tem um *direito-pretensão* correlativo a um *dever* da administração lhe conceder o benefício *X* e (ii) se a administração tem o *poder* (correlativo à *sujeição* dos administrados) de conceder esse benefício, ou seja, constituir uma nova relação de *direito/dever* de que o administrador (a autarquia denominada Instituto Nacional do Seguro Social) pague mensalmente o valor determinado por lei para o benefício *X*.

Ao comunicar essa decisão, ele emitirá um ofício ao segurado que não expressa textualmente mais do que “Foi concedido o benefício pleiteado”. Essa proposição é apenas aparentemente descritiva e esconde três juízos prescritivos. No primeiro, ele decidiu que *B* satisfazia as condições que a Lei 8.213/91 impôs à existência de um *direito-pretensão* do administrado à concessão daquele benefício, relação que *A* declara. No segundo, decidiu que a administração tem o *poder* de concedê-lo.⁴⁷ No terceiro, sempre como agente da administração, decidiu, no exercício desse *poder*, constituir um *direito-pretensão* correlativo a um *dever* da administração de pagar as parcelas. A resposta à pergunta “*B* tem direito à concessão do benefício *X*?” não será uma formulação descritiva. Exagero no exemplo para defender que mesmo as pessoas que costumamos com mais segurança chamar *aplicadoras* do direito na nossa tradição são na verdade *decididoras*, isto é, praticam atos decisórios e não de conhecimento.⁴⁸ Mas formular juízos prescritivos não quer dizer que eles não estejam sob qualquer forma vinculados normativamente pela tradição jurídica em que estão inseridos.

⁴⁶ *Decidir* aqui significa a formulação de uma proposição deôntica por parte de quem tenha a essa sua decisão atribuída validade jurídica por uma norma secundária (de competência).

⁴⁷ Se o pedido fosse de um “auxílio-paçoça”, ele concluiria que a administração não tem esse poder, por não haver previsão legal; porém, caso decidisse que sim, é provável que fosse anulada por força da norma que limita a norma secundária (de competência) que atribui efeitos à sua decisão, sancionando com a nulidade uma decisão que formulasse uma prescrição não prevista por lei.

⁴⁸ “O juiz não tem de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples ‘descoberta’ do direito ou jurisdição neste sentido. A descoberta do direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo essa determinação não tem um caráter simplesmente declaratório, mas um caráter constitutivo. O tribunal que tem de aplicar as normas gerais vigentes de uma ordem jurídica a um caso concreto precisa decidir a questão da constitucionalidade da norma que vai aplicar, quer dizer: se ela é produzida segundo o processo prescrito pela Constituição ou por via de costume que a mesma delegue. [...]. Só através da verificação, efetuada na decisão judicial, de que uma norma geral a aplicar é vigente – e tal norma é vigente quando foi criada constitucionalmente, se torna esta norma aplicável ao caso concreto e se *cria, através dela, para este caso, uma situação jurídica que antes da decisão não existia*. [...]. Se contra isto se objeta que o momento temporal no qual se considera fato jurídico como produzido se identifica com o momento em que o ato natural se produziu, deve responder-se que a verificação do fato pelo órgão aplicador do direito tem eficácia retroativa. Não é o fato em si de alguém ter cometido um homicídio que constitui o pressuposto estatuído pela ordem jurídica, mas o fato de um órgão competente segundo a ordem jurídica ter verificado, num processo determinado pela mesma ordem jurídica, que um indivíduo praticou um homicídio. [...]. Do ponto de vista da ordem jurídica a aplicar por indivíduos, apenas importam as opiniões desses indivíduos sobre se um determinado indivíduo praticou ou não um certo homicídio. Se a norma geral deve ser aplicada, só *uma* opinião pode prevalecer. Qual, é o que tem de ser determinado pela ordem jurídica. É a opinião que se exprime na decisão do tribunal. No entanto, a decisão judicial pode, quando a verificação nela contida do fato condicionante é tida como incorreta pelas partes no processo a quem, para tanto, a ordem jurídica confira poder, ser atacada por estas em recurso de instância.” (KELSEN, 1997, p. 264-267.)

O direito tem sobretudo a competência de resolver casos, isto é, o poder de criar, modificar, extinguir ou fazer cumprir pretensões, deveres, poderes, liberdades em concreto.⁴⁹ Adicionalmente a isso as comunidades de indivíduos que veem a si e aos outros como livres e iguais têm exigido que casos iguais se decidam igualmente. Mas nenhum caso é igual se não se estabelecem critérios sob os quais se pode procurar essa igualdade. Daí a necessidade de normas, que devem ser gerais⁵⁰ e conferir previsibilidade às consequências das condutas (o discurso da segurança jurídica e da proteção da confiança têm sido bastante visitados entre nós). A norma jurídica, por esse ângulo, é uma abstração de casos recorrentes que carregam elementos semelhantes, resultante numa prescrição que por definição poda as peculiaridades desses casos, de modo que a consequência jurídica concreta não se acha completamente predeterminada nas normas: essas normas estabelecem limites dentro dos quais uma decisão concreta deverá se ajustar (ENGISH, 1996, p. 67-69, 115-149). Mesmo quando num caso aplica-se um princípio constitucional e não uma regra legislada, trata-se igualmente de uma decisão normativa nesses termos, que deve em ambos os casos ser fundamentada, diferindo apenas a forma como se dá essa fundamentação (ALEXY, 1997, p. 61). A recorrência da incidência de certas normas sobre situações recorrentes cristaliza uma série de condições, que vão delineando o que passa a ser um conceito jurídico, seguidamente a partir de um conceito já existente, mas não necessariamente. Esses conceitos, desenvolvidos no âmbito dogmático, podem contribuir na referida função de generalidade que a norma exerce, porém agora sobre um agregado de normas: são repositórios de experiência casuística acumulada.⁵¹ As condições positivas que compõem um conceito jurídico são necessárias, mas nem sempre suficientes, assim que também todas as possíveis defesas contra a demanda da imputação de consequências a pressupostos decorrente de um conceito (condições negativas) compõem a delimitação desse conceito.⁵²

Portanto, um conceito jurídico ou instituto é um conjunto de normas referidas por um símbolo (a palavra *propriedade*, por exemplo) que simplifica a atribuição de consequências a pressupostos: é um unificador que intermedeia uma série de pressupostos e a série de consequências que a eles se ligam.⁵³ E, a partir daí, o sentido de falar numa *natureza jurídica* de um conceito é o de “estabelecer um tipo de relação entre o conjunto de normas em que este conceito consiste, e outro conceito (conjunto de normas) considerado ‘superior’ ou ‘genérico’” (LE PERA, 1971, p. 78); em outras palavras, reconhecer

⁴⁹ Este parágrafo e os dois que o seguem são uma versão retrabalhada daqueles constantes às páginas 87 a 88 do meu trabalho de conclusão de curso (VIVAN FILHO, 2015).

⁵⁰ Segue operante a exigência de dupla generalidade: quanto ao fato (D.1.3.3) e quanto ao agente (D.1.3.8).

⁵¹ “A dogmática permite decidir casos não de maneira isolada, mas relacionados com uma série de casos já decididos e ainda por decidir. Aumenta, por isso, o grau de eficácia do princípio da universalidade e serve, nesta medida, à justiça.” (ALEXY, 2005, p. 262.) A multiplicidade de pontos de vista que resulta da experiência de um conceito jurídico pode contribuir na solução do caso novo.

⁵² Ver HART, 1948-1949, p. 173-177, em que ele apresenta a noção de *defeasibility* dos conceitos jurídicos.

⁵³ Sigo aqui a argumentação de Ross (1957).

que as possíveis defesas a uma demanda de declaração ou constituição das relações que compõem um instituto estão em parte previstas pelo direito positivo nas normas que regulam outro instituto.

E retornando ao início, é apenas nesses restritos termos em que poderemos falar em relação de gênero e espécie. Não surge qualquer laço metafísico entre os institutos: as normas “emprestadas” passam a integrar, como realidade institucional, o conceito “menos geral”.

É por isso que a determinação da natureza jurídica não é uma mera *descrição* de algo posto no meio de um sistema a ser *conhecido* pelos operadores do direito, mas uma *decisão* a respeito do contorno normativo de um conceito, quer dizer, a formulação de um juízo normativo. Isso é feito por toda pessoa participante de uma comunidade regulada que se pergunte num caso concreto o que deve fazer, e, portanto, que normas seguir, esteja ela ou ele proferindo uma decisão em um processo administrativo ou judicial, ocupando uma propriedade com fins de moradia, declarando um reconhecimento de paternidade socioafetiva, ou buscando ter de volta metade de seu salário, doado à igreja de que participa após o pastor profetizar que se não o fizesse perderia tudo que tinha.⁵⁴ Neste último caso, responderá a si: posso desfazer a doação, já que me vi forçada(o) a isso. Esse juízo normativo corresponderia à norma jurídica que prescreve a anulabilidade do negócio jurídico concluído sob coação (art. 151, CC). Uma possível defesa do pastor poderia ser a de que a doação se deveu a “simples temor reverencial”... a Deus, não caracterizando coação (art. 153, CC). Ambas normas compõem o conceito do contrato de doação, e compõem, simultaneamente, o conceito de cada negócio jurídico. Mas pode a pessoa nem suspeitar que para o direito seu ato de doar à igreja tem a natureza jurídica de contrato de doação, um negócio jurídico; e, contudo, é absolutamente capaz de formular um juízo normativo (não especificamente jurídico⁵⁵) numa forma do tipo “quem dá algo contra sua vontade porque foi ameaçado deve ter esse algo de volta”. Mas não é preciso que defenda isso perante uma autoridade capaz de forçar a esse resultado; no lugar disso, apenas se referirá quem o defenda por estar familiarizado com o jogo de linguagem do tribunal, à norma aplicável a todo negócio jurídico, que já é conhecida de todos. E eis aí a principal vantagem das relações de *natureza jurídica*: elas simplificam o achamento de soluções.⁵⁶

Não é isso que acontece quando silenciam a lei e outras fontes vinculantes: a partir daí determinar a *natureza jurídica* nada mais será que a submissão do caso a um regime jurídico existente por analogia⁵⁷, ou, como frequentemente ocorre, à formulação de um regime pela consideração da existência de

⁵⁴ Que essas pessoas procurem orientação de advogados ou autoridades não esmaece de modo algum a sua condição de participante da comunidade jurídica com interesses normativos.

⁵⁵ Isto se considerarmos jurídico apenas os enunciados formulados em linguagem técnico-jurídica, e que seja reconhecido ou reconhecível no âmbito da tradição dogmática como dogmático, por exemplo (ALEXY, 2005, p. 253). Os critérios por ele postos são reconhecidamente provisórios e nebulosos.

⁵⁶ Não chegaria ao ponto de afirmar, a exemplo de Guerrero (1997, p. 122, 138), que a ferramenta das naturezas jurídicas é indispensável nos direitos romano-germânicos; considero apenas uma escolha instrumental adequada.

⁵⁷ LINDB, art. 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

uma *natureza jurídica sui generis*, a famosa “teoria híbrida” dos livros de doutrina. Para dar mais concretude a isso, passemos ao exame de um exemplo de transformação conceitual que ilustra esses passos.

4 FUNDAMENTANDO FUNDAMENTOS? O CASO DO DIREITO DE AUTOR

Acredito ser o percurso histórico do conceito de *direito de autor*⁵⁸ propício a essa investigação por apresentar exemplos de ambos fenômenos acima referidos: o da analogia integradora e a posterior defesa de uma *natureza sui generis*.

A afirmação desse conceito está ligada à aparição de métodos reprodutibilidade acurada e em grandes quantidades de textos (séc. XVI) e do surgimento anexo da figura comercial do impressor de livros, a quem inicialmente foram concedidos privilégios de impressão, e a quem paulatinamente foram-se anexando ou opondo direitos dos autores reconhecidos em juízo.⁵⁹ A luta pelo direito de autor começa nos casos concretos levados a juízo⁶⁰, que, se avolumando, dão ensejo à legitimação por lei, a primeira delas, o chamado Estatuto da Rainha Ana (1710). Gestado nas ordens internas, em 1886, também no plano internacional (Convenção de Berna) surge um conjunto normativo protetivo da categoria jurídica *autor*.⁶¹

⁵⁸ A Lei 9.610/98 uniformizou a terminologia a respeito. *Direito autoral* inclui não apenas o direito de autor, mas aqueles que lhe são conexos (intérprete, executante, produtor fonográfico, radiodifusores), que têm estrutura similar, mas que não se referem à mesma atividade socialmente conhecida por *autoria*, e que, pela centralidade que essa concepção tem na origem histórica dessas normas, possuem regime jurídico especial, quase sempre diminuído em relação ao *direito de autor*, cujas normas, porém, lhes são subsidiariamente aplicáveis (art. 89, Lei 9.610/98). Pela simplificação, não entrarão na presente análise.

⁵⁹ Para dois casos sempre referenciados, ver os *Donaldson v. Becket* (1774) Hansard, 1st ser., 17 (1774): 953-1003, disponível em <http://www.copyrighthistory.org/record/uk_1774>, e a defesa de Louis d’Héricourt da companhia de livreiros de Paris em que assenta um direito de propriedade dos autores sobre as obras derivadas de seu trabalho (ainda que para seu fim específico de fundamentar a titularidade integral dos livreiros sobre as obras alienadas), disponível em <http://www.copyrighthistory.org/record/f_1725b>.

⁶⁰ A chamada judicialização da política legislativa, que tem se visto seguidamente com maus olhos entre nós, se mostra aqui como meio antigo de legitimação de demandas e transformação da estrutura jurídica: a luta por direitos começa no caso concreto. Uma crítica à visão naturalizada da separação de poderes clássica em três (criador, aplicador e executor) como essência do estado de direito e não como um arranjo possível para o propósito de afastamento do arbítrio estatal pode ser encontrada no capítulo 5 de RODRIGUEZ, 2013, p. 177-200.

⁶¹ A Lei 9.610/98 oferece uma definição de *autor* que apenas remete à de *obra literária, artística ou científica* (art. 11). A lei reforça o tempo inteiro se tratar da positivação de um direito protetivo, ainda que não deixe claro sobre o que recai essa proteção: ora diz que é sobre o próprio autor (art. 2º, art. 11, § único) e os artistas intérpretes ou executantes (art. 89, §1º), ora sobre a *obra* (art. 7º, art. 10, art. 41, § único, art. 107, Art. 112), ora sobre os *direitos* (art. 2º, par. único, art. 18, art. 44, art. 45, art. 89, art. 96, art. 112), além de fazer outros usos nada uniformes da expressão “proteção” (art. 9º, art. 10, § único, art. 17, art. 79). Por sua vez o art. 7º considera “obras intelectuais protegidas as *criações do espírito*” dotadas de forma no mundo, a que se segue uma lista exemplificativa. *Criação do espírito* é diretamente afeita à estética novecentista do gênio, o criador cujas obras são objetos imaginários derivados diretamente de seu espírito, e que, porque participantes de sua personalidade, isto é, de sua liberdade, imodificáveis pela vontade alheia. Falta à lei um conceito propriamente jurídico de obra.

Como vimos, o surgimento de um direito, ou de um conceito jurídico, para os fins de sua aplicação, leva à busca de um regime jurídico a que se submeta por analogia: a definição de sua natureza jurídica. O direito de autor, na sua gênese, se assimilou ao grande modelo dos direitos subjetivos moderno ao lado da *liberdade*, a *propriedade*. Era, porém, em seu conteúdo inicial, apenas o chamado direito de reprodução física de obras. A subsequente adição de uma série de outros direitos subjetivos ao conceito (igualmente reconhecidos de início em juízo, como os de execução pública, e os chamados direitos morais) é uma das causas da profusão de teorias quanto à sua natureza.⁶² Isso se demonstra na inconstância de sua localização na legislação nacional: o Código Criminal de 1830⁶³ colocou a reprodução de obras gráficas sem autorização no âmbito dos crimes contra a propriedade (o que também levou na época a uma teoria de natureza de obrigação *ex delicto*); os primeiros projetos de lei falam de *propriedade literária*, submetida em tudo ao regime geral da propriedade; a Lei 496/1898⁶⁴, como diploma autônomo aboliu essa terminologia, substituída por *direito autoral*⁶⁵, que todavia reincorporou-se ao Código Civil de 1916, e foi novamente abandonada pela Lei 5.899/73, que buscou atrair para si quase toda a regulação sobre o campo artístico e intelectual e desatou-se em grande parte do paradigma do direito de propriedade.⁶⁶

Hoje, além de direito garantido na Declaração Universal dos Direitos Humanos e positivado como direito fundamental no art. 5º, XXVI, CF, é regulado pela Lei 9.610/98, segundo a qual sua natureza é de um conjunto de *faculdades* agrupados em dois feixes: aquelas que respeitam à utilização pública com proveito econômico de uma criação (chamados *direitos patrimoniais do autor*) e aquelas que, dotados de inalienabilidade e irrenunciabilidade⁶⁷ (art. 27), são considerados indissociáveis da pessoa que responde socialmente pelo papel de autor(a) (chamados, *direitos pessoais do autor* ou *direitos morais*). Mas quando se examina ambos grupos pelo tipo de efeitos sociais e econômicos que têm, é fácil perceber entre eles uma fronteira escorregadia.⁶⁸ A estrutura, porém, do que se tem cha-

⁶² Uma lista mínima que se costuma dar é essa: Privilégio ou monopólio, Obrigação ex-delicto, Propriedade, Propriedade *sui generis*, Direito de natureza patrimonial, Direito da personalidade, Direito intelectual (nova categoria na *summa divisio*), Direito *sui generis* (cf. MENDONÇA, 2012. p. 151-158).

⁶³ “Art. 261. Imprimir, gravar, lithographar, ou introduzir quaesquer escriptos, ou estampas, que tiverem sido feitos, compostos, ou traduzidos por cidadãos brasileiros, enquanto estes viverem, e dez annos depois da sua morte, se deixarem herdeiros.”

⁶⁴ “Art. 1º Os direitos de autor de qualquer obra litteraria, scientifica ou artistica consistem na faculdade, que só elle tem, de reproduzir ou autorizar a reproducção do seu trabalho pela publicação, traducção, representação, execução ou de qualquer outro modo.”

⁶⁵ Ainda que na prática se tenha continuado a aplicar subsidiariamente as normas da propriedade.

⁶⁶ Mas, ainda em 1998, seguia-se oferecendo a ele proteções típicas da propriedade (nota 11).

⁶⁷ Em termos hohfeldianos poderíamos tratar esses atributos como não-poderes (*disability*) do titular desses direitos.

⁶⁸ “[O direito de publicar é] direito de índole moral. Mas como é através da divulgação que o titular frui e dispõe da obra, [...] é, ao mesmo tempo, o *pivot* da patrimonialidade do direito do autor [...] Por quê? A tradição legislativa pode justificar isso. Mas nada mais.” (MORAES, 1977, p. 26.)

mado *faculdades* componentes de um único *direito subjetivo de autor* é claramente a de direitos subjetivos individualizados. Para observar isso com clareza, irei expô-los analiticamente nos termos dos quatro correlativos jurídicos hohfeldianos acima referidos.

A enunciação constitucional do direito de autor, posto como direito fundamental (art. 5º, XXVII e XVIII, b, CF) é enxuta e limitada ao que se costuma chamar *direitos patrimoniais*. São, em resumo quatro direitos subjetivos:

(i) *Liberdade* de utilizar publicamente⁶⁹ suas obras, limitada temporalmente pela lei; correlata à *ausência de direito* de qualquer indivíduo de que o autor não utilize, publique ou reproduza essa mesma obra.⁷⁰

(ii) *Direito-pretensão* à não utilização, publicação ou reprodução por parte de qualquer indivíduo, correlativo ao *dever* de qualquer indivíduo de não utilizar, publicar ou reproduzir.⁷¹

(iii) *Poder* de desconstituir a relação descrita em (ii), correlativo à *sujeição* do provável utilizador, na forma de uma autorização.⁷²

(iv) *Poder* de fiscalizar o aproveitamento econômico de suas criações, correlativo à *sujeição* de quem as explore economicamente a essa fiscalização.⁷³

É de se fazer notar que, apesar de ser o autor titular do poder de desconstituir o dever de abstenção caso a caso, esse dever já vem sujeito a uma série de limitações desde sua instituição. Poderíamos entender, a exemplo de Hart, as exceções enumeradas ao direito exclusivo do autor nos art. 46 a 48 da Lei 9.610/98, como possíveis defesas de uma possível ação por violação do exclusivo. Para dar um exemplo, se um usuário U copiou trecho sem intuito de lucro de livro do autor A, esta conduta não é identificada pelo ordenamento como violação do dever de abstenção, sendo-lhe, para aquele caso, previsto com anterioridade, imputada uma liberdade de fazer uso, correlativa à ausência de direito de A de que U não faça uso.

Já os chamados direitos morais são os art. 24 da Lei 9.610/98:

(i) *Direito de conservar a obra inédita (inciso III)*. Há dois pares de correlatos jurídicos: (a) *liberdade* de trazer a público sua criação (a conduta é *permitida*, mas *não obrigatória*), correlata da *ausência de direito* de quem não seja o autor de que ele publique ou deixe de publicar; (b) *direito-pretensão* do autor correlativo a um *dever* de qualquer pessoa que de alguma forma tenha acesso à criação de abster-se de trazê-la a público.

⁶⁹ Não reproduzo a expressão legal “utilizar, publicar ou reproduzir” porque, para a lei especial e para a doutrina, reprodução é parte da publicação que é uma modalidade de utilização. É possível destrinchar o que é abreviado como direito de utilização pública em pelo menos três: (a) de reprodução e difusão; (b) de comunicação ao público; (c) de transformação.

⁷⁰ Art. 5º, XXVII, CF: “aos autores pertence [...] utilizar, publicar ou reproduzir [...]”

⁷¹ Art. 5º, XXVII, CF: “aos autores pertence o *direito exclusivo* de utilizar, publicar ou reproduzir [...]”

⁷² Art. 29: “Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades [...]”

⁷³ Art. 5º, XXVIII, b, CF: “o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras [...]”

(ii) *Direito de ter seu nome, pseudônimo ou sinal indicado na obra como sendo o do autor (inciso II): direito-pretensão* correlativo a um *dever* de todo utilizador de indicar e anunciar o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor a cada utilização (o art. 108 imputa sanções a esse dever)⁷⁴.

(iii) *Direito de assegurar a integridade da obra, opondo-se a modificações ou à prática de atos que possam prejudica-lo ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra (inciso IV): direito-pretensão* correlativo ao *dever* de qualquer pessoa de não modificar a obra sem a concordância do autor.

(iv) *Direito de modificar a obra (inciso V): poder* de ter modificada a obra nas próximas utilizações correlativo da *sujeição* de quem a esteja utilizando, constituindo-se *direito-pretensão* correlativo ao *dever* do utilizador de introduzir as modificações solicitadas.

(v) *Direito de retirar de circulação ou suspender utilização autorizada quando implique afronta à sua reputação e imagem (inciso VI): poder*, correlativo à *sujeição* de quem a esteja utilizando, de constituir *direito-pretensão* correlativo ao *dever* do utilizador de retirar de circulação.

(vi) *Direito de ter acesso a exemplar único e raro, quando se encontre em poder de outrem, para preservar sua memória, sendo devida indenização por danos causados ao possuidor (inciso VII): poder* do A (correlativo à *sujeição* do proprietário) de (a) desconstituir o *direito-pretensão* do proprietário correlativo ao *dever* de A de abstenção; (b) constituir *direito-pretensão* seu correlativo ao *dever* do proprietário dar-lhe acesso; (c) *dever* de A de indenizar, correlativo ao *direito-pretensão* do possuidor de ter pecuniariamente reparados eventuais danos ou prejuízos decorrentes do uso.

(vii) *Direito de reivindicar a autoria (inciso I): poder* de constituir todas as relações jurídicas subjetivos atribuídos pelo Direito ao sujeito do fato criação, correlato da *sujeição* do órgão estatal competente para, por presunção (art. 13), ou, havendo contradição, mediante material probatório suficiente, ver constituídas essas relações.

Essa hipertrofia do conceito tem dado azo à conclusão a que chegou Clovis Beviláqua (BEVILÁQUA, 1918, p. 69), quando da apresentação de seu projeto de Código Civil. Afirmou que decidira incluir o direito autoral dentre os direitos reais, apenas para “indicar que por algum modo havia similaridade entre essas manifestações jurídicas e o direito autoral”, mas que, em verdade, tratava-se de um

⁷⁴ Art. 108: “Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhes a identidade da seguinte forma: I - tratando-se de empresa de radiodifusão, no mesmo horário em que tiver ocorrido a infração, por três dias consecutivos; II - tratando-se de publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação, dos domicílios do autor, do intérprete e do editor ou produtor.”

“direito *sui generis*”.⁷⁵ Ora, se a busca da natureza jurídica é encontrar um regime jurídico que lhe possa subsidiar, uma “natureza” própria e autônoma perde sentido (LE PERA, 1971, p. 83).

Tullio Ascarelli foi o único, dos que pude estudar, que propôs conceber os direitos de reivindicar autoria, de inédito, e de integridade da obra (chamados morais) como concernentes ao âmbito da tutela geral da personalidade, que não exige a existência de uma peculiar hipótese constitutiva (tipo) própria, mas, do contrário, tutela indistintamente todas as realizações de uma pessoa⁷⁶: seriam estes direitos aqui apenas especificação de uma tutela geral em lei especial, e não disciplina jurídica especial propriamente dita. Já os direitos patrimoniais, sim, correspondem a uma tutela especial que seleciona, segundo o interesse público no progresso cultural e técnico (ASCARELLI, 1970, p. 227-228), os resultados de alguns dos atos de criação (uma obra como objeto já externo e autônomo em relação ao sujeito), para que, preenchendo uma hipótese legal, deem lugar à *constituição* de “bens jurídicos” individualizados.⁷⁷ Essa tutela especial atribui ao autor um direito exclusivo e absoluto (porque correlativo a um dever geral de abstenção) de utilização pública dos bens resultantes de sua ação, bens que são considerados objetos externos ao sujeito, ainda que imateriais, e não integrantes de sua personalidade.⁷⁸

Ora, compreende-se por que José de Alencar em 1875 concebesse em projeto de lei a “propriedade litteraria e artística” como caso especial da propriedade geral, aplicando-se ao plágio, por exemplo, a mesma pena do furto⁷⁹ (ALENCAR, 1875, p. 28), ou que Tobias Barreto discutisse, quando sob o influxo das doutrinas alemãs propôs o reconhecimento dum direito autoral, a sua colocação entre as categorias conhecidas do direito civil, optando pela do “direito das pessoas” (BARRETO, 1892, p.

⁷⁵ No mesmo sentido, alguns dos autores mais citados pelos tribunais brasileiros: CHAVES, 1987, p. 17; BITTAR, 2013, p. 30; HAMMES, 2002, p. 48-49; CARBONI, 2003, p. 28; PIMENTA, 1994, p. 28-32; e VEGA, 1990, p. 144 apud FRAGOSO, 2009, p. 199: “[...] en este instituto *no se produce la concurrencia de diferentes derechos subjetivos, sino la existencia de uno solo*, *sui generis*, resultante de una combinación inescindible, al menos cuanto a su titularidad de poderes dimanantes de la personalidad con aquellos otros de carácter patrimonial, teniendo unos y otros por objeto la obra del ingenio. De esta suerte, todas las facultades del creador se concretan en la esfera de los intereses morales y económicos.” (Grifo nosso.)

⁷⁶ “La ley no hace más que reconocer y disciplinar, con respecto a las obras del ingenio, el genérico derecho de la personalidad de que cada uno es titular con respecto a la reivindicación de la propia paternidad y a la protección de la propia reputación por las obras realizadas (y a la negación de la propia paternidad frente a las no realizadas); *la creación de la obra del ingenio no representa el hecho constitutivo de un autónomo derecho moral, sino que contribuye a delimitar, de hecho, el ámbito del interés tutelado con el genérico derecho de la paternidad de todo sujeto sobre las acciones realizadas*, derecho que por lo que respecta a las obras del ingenio recibe una particular disciplina y una protección más intensa.” (ASCARELLI, 1970, p. 684.)

⁷⁷ Ver ASCARELLI, 1970, VII, n. 5-8, p. 243-258, 274-275, 288, 305-306; e IX, n. 18, p. 683-687.

⁷⁸ Para ele, portanto, a dicotomia entre direitos morais e patrimoniais é: (a) errônea, porque sugere a existência de direito de paternidade apenas em relação aos bens intelectuais, e não a todo ato da pessoa; (b) contraditória porque “o pressuposto de um direito da personalidade é precisamente a não existência de uma peculiar hipótese constitutiva própria” (ASCARELLI, 1970, p. 275).

⁷⁹ Na doutrina, seguiu-se em alguns casos essa perspectiva ainda recentemente (cf. ESPÍNOLA, 1956, p. 443-473; RIZZARDO, 2014, p. 689, 693, 702).

265-279).⁸⁰ Se tratava justamente de uma busca de regras para fatos que vinham sendo timidamente julgados. Esse o propósito da busca de uma *natureza*.

O que não se compreende é por que motivo ainda se continue a se perguntar por essa natureza, pelo regime jurídico, portanto, das “obras do espírito”, quando há uma extensa lei de 115 artigos que estabelece regimes especiais sobre a contratação e transmissão de direitos patrimoniais sobre eles, e sobre as sanções à violação dos os direitos subjetivos que institui e, fazendo inclusive remissão expressa (para fins de sucessão, por exemplo) ao caráter subsidiário do regime dos bens móveis no tratamento desses direitos (art. 4º).⁸¹ Assim, novamente, que procuram vocês aí?⁸² Porém, as coisas podem ficar ainda mais confusas. Considero especialmente imprecisa a resposta que oferece Carlos Alberto Bittar (2013, p. 30) à pergunta sobre a natureza jurídica:

[...] [O]s Direitos Autorais não se cingem nem à categoria dos Direitos Reais, nem à dos direitos pessoais [...] se bipartem nos dois citados feixes – mas que, em análise de fundo, estão, por sua natureza e sua finalidade, intimamente ligados, em conjunto incindível – não podem os direitos autorais se enquadrar nesta ou naquela das categorias citadas, mas constituem nova modalidade de direitos privados. São direitos de cunho intelectual, que realizam a defesa dos vínculos, tanto pessoais quanto patrimoniais, do autor com sua obra, de índole especial, própria ou *sui generis*, a justificar a regência específica que recebem nos ordenamentos jurídicos do mundo atual.

Ignora-se os motivos por que se ligam os direitos autorais “por sua natureza e finalidade” ou o que possam ser *direitos de cunho intelectual* (em oposição a direitos de cunho material?), ou ainda, que tipos de vínculos pessoais e patrimoniais podem estabelecer-se com um objeto imaginário (a obra).

Cerqueira (1982, p. 72), antes de discutir por cerca de 80 páginas a natureza dos “direitos relativos à propriedade imaterial”, afirma: “o exato conhecimento da natureza do direito reveste-se da mesma importância na elaboração do Direito Positivo, permitindo ao legislador dar-lhe regulamentação adequada conforme sua índole”. E depois: “[...] é de Direito Natural, e não um direito de criação humana, ainda que deduzido logicamente dos princípios do Direito Natural [...] estrito, não dependendo de lei positiva, senão na sua regulamentação” (CERQUEIRA, 1982, p. 139).

Eduardo Pimenta (2005, p. 23): “O direito de autor é uma prerrogativa natural do homem, [...] é um direito natural da pessoa física, que na forma de expressar a exteriorização da sua criação confere

⁸⁰ Acompanham esse entendimento mais recentemente, por exemplo: FRANÇA, 1988, p. 485; DINIZ, 2011, p. 343; RODRIGUES, 2003, p. 230.

⁸¹ Digo isso justamente porque não estamos andando nas *beiradas de regras*, como se deu na questão do regime jurídico aplicável ao *software*, que, em decisão já citada, o STJ determinou o do direito autoral (e mais tarde a legislação confirmou na Lei 9.609/98). Estamos aqui tratando de casos centrais e não de pontos da *textura aberta* do direito (HART, 1961, p. 121-132).

⁸² Em livro recente (NUNES, 2011, p. 39-63), discutem-se diferentes concepções a respeito da natureza jurídica do direito autoral. Justifica-se essa investigação pela definição do *regime jurídico* e pela identificação das *funções* a serem desempenhadas pelos institutos sob essa rubrica. Conclui-se algo apenas quanto à primeira: “aplicação do regime jurídico do direito da personalidade às faculdades que a ele se adéquam [...] e do regime jurídico da propriedade às demais, observando-se que sempre prevalecerão as normas contidas na lei especial” (p. 55), ressaltando não ser solução conclusiva, mas suficiente para os propósitos do trabalho. Que há de inconclusivo aí?

a sua identidade e distinção.” Bruno Jorge Hammes (1984, p. 34-35): “O Direito de Autor tem uma natureza própria [...] é verdadeiro direito semelhante ao da propriedade. [...] O fato de termos uma lei específica, fora do código civil, é indício de que o legislador compreendeu essa natureza própria. A semelhança com aspectos do direito civil clássico não deve levar à ilusão de sua identidade com os institutos aí regulados. O Direito de Autor protege os interesses espírito-pessoais do autor sobre a obra por ele criada.” Por fim, uma apaixonada defesa de Antonio Chaves (1987, p. 4): “Se algum direito natural existe, nenhum poderá ser mais ‘natural’ do que o direito de autor.”

Escancara-se a tendência da crença num direito extra-jurídico da criação, uma busca despropositada pela *essência* do instituto. Como se fosse desmetaforizada a ideia de *natureza*, transformada num *jurídico por natureza*, para passar a carregar a pretensão de observar “o direito” de um ponto de de sacerdócio. Cada julgador-sacerdote pode se ver livre para decidir o que *crê* em relação a essa natureza⁸³, até mesmo a respeito de que deve resultar sua restrição⁸⁴, dispensado de dar razões.⁸⁵ Com efeito, a fundamentação nesse plano tende a se esfumçar: o uso de linguagem descritiva “X é, por sua natureza jurídica, Y” esconde a ausência de argumentação, o único âmbito possível para construir, num direito democrático, sentido normativo.

Dos autores mais citados pelos próprios doutrinadores e pelas cortes nacionais, posicionam-se diferentemente, céticos a essa ontologia, em especial, José de Oliveira Ascensão⁸⁶ (que busca no ordenamento jurídico positivo as pistas para concluir que o direito autoral é um direito exclusivo temporário de exploração econômica, cujo conteúdo não é a obra mas a proibição de atividades de terceiros a ela

⁸³ “[...] não há dúvidas de que o direito moral de autor, invocado na inicial, caracteriza-se como direito de personalidade” e “havendo violação a direito de personalidade, automaticamente restam caracterizados os danos extrapatrimoniais ou imateriais” (TJ-RS, Embargos Infringentes nº 70053905626, 28.06.2013). Presume o magistrado que todos os direitos subjetivos expressados no art. 24 são direitos da personalidade, ou seja, faz uma decisão sobre sua natureza jurídica. Ainda: “Os direitos morais do autor fazem parte do rol dos direitos de personalidade? Sim. Porque uma criação intelectual consiste na projeção da personalidade do seu criador. Reflexo, emanção, prolongamento de seu espírito criativo.” (MORAES, 2008, p. 25.)

⁸⁴ Um caso-limite que pode exemplificar isso é o seguinte trecho de voto vencedor em sede apelação, que negou o pedido de condenação por danos morais de empresa de telefonia que, na utilização, modificou peça musical à revelia de seu autor: “Presume-se que as autorizações tenham sido onerosas, e não se presume que a *execução da obra, por defeituosa que tenha sido e o foi*, porque as partes admitem, *mesmo assim, não comprometeram o nome do autor como artista. Para mim* a falta de prejuízo ou de dano ao bom nome do autor como artista é absoluta e, tudo indica, apenas o autor constatou [...]. Da situação exposta *não se constata contrafação ao direito autoral*, nem ofensa ao nome ou à pessoa do artista” (TJ-RS, Apelação Cível nº 70041595612, 14.12.2011). O inciso IV do art. 24, que institui dever do utilizador de não modificar contra a vontade do autor, foi de todo ignorado em nome da aplicação de uma noção pessoal do que seja o *direito autoral* como um direito e de quando ele é ofendido.

⁸⁵ No campo penal, é especialmente grave que se atribua genericamente à violação de qualquer dos direitos, poderes, e liberdades instituídos na Lei 9.610 uma sanção do Código Penal: *art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos. Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.*

⁸⁶ “[...] a fixação da natureza é cientificamente função de determinação do regime jurídico. A natureza deve resultar da lei e manifestar-se no regime estabelecido. Não representa uma opção abstrata, mas uma síntese operada mediante a integração numa grande categoria jurídica das características que apuramos no objeto da análise.” (ASCENSÃO, 1997, p. 598.)

referentes) e Denis Borges Barbosa, no mesmo caminho. Ascarelli, para encerrar, percebeu de forma bastante parecida com a que aqui esbocei esse problema, nos seguintes termos:

El *problema jurídico* no consiste en el problema ontológico de búsqueda de esencias o naturalezas eternamente dadas y por tanto no consiste, en el caso que nos ocupa, en llegar a sorprender la oculta naturaleza de las creaciones intelectuales para hacer derivar de este examen una normativa que debería estar implícita en dicha naturaleza, como sucede a menudo con las discusiones que recurren unas veces a la propiedad, otras al monopolio, sobre la base de afirmar ésta o aquella naturaleza de las creaciones intelectuales. *El problema del jurista consiste en individualizar un supuesto de hecho y formular una disciplina* [...] Referirse a la propiedad o al monopolio significa, por tanto, referirse al tipo de disciplina que estos términos respectivamente indican como algo conveniente para comprender la disciplina establecida para los bienes inmateriales [...] pero *no implica afirmar la necesaria correspondencia de los bienes inmateriales con una u otra disciplina, sobre la base de una aseverada esencia de aquéllos y de estas* (ASCARELLI, 1970, p. 298, grifo nosso).⁸⁷

5 CONCLUSÕES E PROSPECÇÕES

Pode aparentar descender o até aqui percorrido de uma pretensão destrutiva ou desmistificadora. Não procede. O raciocínio jurídico, por mais povoado que ande por estes dias de novas palavras de ordem e uma profusão de princípios derivados de outros princípios, que são os mesmos com diferentes nomes⁸⁸, segue trabalhando com conceitos mais ou menos sistematizados, que têm função simplificadora e generalizadora cruciais. Manipular as relações jurídicas sempre de um ponto de vista analítico, estrutural e casuístico poderia chegar a inviabilizar uma argumentação racionalmente compreensível. Nossos próprios textos normativos só conseguem funcionar e ser humanamente operáveis mediante uma estrutura aproximativamente piramidal, composta de normas de diferentes âmbitos, que, do geral para o especial, não precisam se repetir a cada vez. Funcionam conectando-se para formar um conjunto normativo capaz de regular uma situação concreta. Na aplicação prática dessa estrutura, vimos que a pergunta por *naturezas jurídicas* tem seu papel histórico.

Daí que meu propósito foi, bem mais, chamar a atenção para o uso costumeiro do apelo *natureza jurídica* como verniz para a ausência de fundamentação. Observar empiricamente a uso em escala da argumentação dogmática aparente faz também sublinhar a possibilidade teórica de sua racionalidade e utilidade (ALEXY, 2005, p. 263).

Escolhi um último exemplo colhido em artigo recente (BARROS; CABISTANI, 2016) que me pareceu contrastar bem a postura que encara a natureza jurídica como verdade dada e vinculante sob qualquer circunstância, e outra que a encara como âmbito potencial de argumentação no plano dos fins,

⁸⁷ No mesmo sentido, ver ASCARELLI, 1970, IX, n. 20, p. 694-701.

⁸⁸ Sinalizei especialmente para o fato de que o papel esclarecedor da doutrina tem se perdido em meio aos delírios do estilo, que não resulta técnico (unívoco terminologicamente) nem literário, mas francamente confuso, a lembrar o artigo de Scheuner citado por Alexy (1997, p. 41) que utiliza 21 expressões diferentes para se referir a uma só coisa: direitos fundamentais.

ainda que via de regra trabalhe dogmaticamente, pelas próprias necessidades práticas do direito de chegar a uma decisão final em tempo razoável. Trata do tema da justiça penal juvenil, regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que aplica as chamadas “medidas socioeducativas”. Primeiramente, as autoras constatarem que os juízos do primeiro ao último grau têm autorizado a abertura e continuidade de processo de conhecimento sem justa causa, isto é, sem apresentação no momento da representação de indícios concretos de materialidade e autoria, tudo sempre justificado na natureza não penal, mas educativa, da medida aplicada à criança e ao adolescente.⁸⁹ A partir daí, desconstroem, em caminho argumentativo que não reprisarei, a naturalização da ideia de que uma natureza não-penal do procedimento autorizaria por si só a supressão das garantias a ela pertinentes, já que o propósito reeducador estaria sendo cumprido. Fazem isso levando em conta aspectos teóricos e empíricos da prática da justiça juvenil, formulando razões em vez de dogmas.

Repete-se aqui o já dito: *natureza jurídica* não se descobre ou conhece, *natureza jurídica* se decide, e o que se decide deve ser fundamentado. A atribuição de uma consequência jurídica a um caso “por sua natureza” não tem espaço num direito de uma sociedade democrática.

Ora, é dever constitucional do poder judiciário fundamentar todas suas decisões (art. 93, IX, CF). De um ponto de vista filosófico-político, igualmente, uma tal exigência diz respeito à compreensão dos pressupostos da relação de um estado constitucional democrático com seus cidadãos. E, desse ponto de vista, não apenas o judiciário, mas todos poderes responsáveis por decisões, mesmo as de política legislativa, se submetem a certos requisitos que oferece uma ideia de razão pública. É apenas no respeito a esses requisitos que se legitima a vinculatividade das decisões públicas.⁹⁰ A fundamentação das decisões de caráter público vinculante deve se colocar a meio caminho entre a mera compreensão e a concordância dos cidadãos. As razões que se ofereça devem ser tais que seja possível “razoavelmente esperar que eles possam, como cidadãos livres e iguais, razoavelmente aceitar” (RAWLS, 1997, p. 771).

É certo que o dever do responsável pela decisão não é sempre fundamentá-la a cada vez; desse modo esvairia inclusive a função prática da natureza jurídica, e, levando ao extremo, resultaria num regresso ao infinito.⁹¹ Como já, talvez pouco claramente, dito aqui, nos casos em que a natureza de um

⁸⁹ Citam esta intrigante “fundamentação”: “Considerando o próprio *espírito do ECA*, mister se faz reconhecer que o *intuito preponderante da medida socioeducativa*, em que pese o seu inegável caráter repressivo, *é a reeducação e reinserção do adolescente na sociedade, o que evidencia a necessidade de prosseguimento do feito para a devida elucidação dos fatos imputados pelo Parquet.*” (RHC 29.184/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 02/12/2011.)

⁹⁰ Sigo de perto aqui Rawls (1997).

⁹¹ “Nenhum dogmática pode fundamentar ‘todos os enunciados dogmáticos em que se apoia para a discussão do seu problema’. Isso não teria fim.” (ALEXY, 2005, p. 141, 182, 207, 249, 260-261, 253.) Agradeço ao avaliador A deste periódico por ter chamado a atenção para esse ponto.

instituto tenha se feito definida por uma fonte vinculativa ou pela quase totalidade das opiniões dogmáticas, pode-se apenas remeter a essa pré-fundamentação construída, por assim dizer, tradicionalmente. Neste caso a remissão corresponde rigorosamente a uma fundamentação. Agora, nos casos controvertidos, em que são diversos os entendimentos possíveis, a mera enunciação de uma natureza é pura tautologia. É necessária a construção da solução por meio de analogia, que para justificar esta solução, precisa deixar o terreno da argumentação dogmática, e ingressar no plano da argumentação finalista.⁹²

A próxima etapa dessa pesquisa consistirá precisamente em levar a natureza jurídica ao tribunal da razão pública. Sustentando-me essencialmente na perspectiva do liberalismo político de Rawls, buscarei responder que tipo de argumentação é possível e válida no espaço da arena pública para fundamentar a decisão de naturezas jurídicas para que elas possam ser reconhecidas como fundamentos igualmente válidos para a determinação de consequências jurídicas num caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997 (publicado originalmente em 1986).

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutschinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005 (2. ed. original 1990).

ALENCAR, José de. Propriedade Litteraria [Proposição de Lei]. *Annaes do Parlamento Brasileiro*. Câmara dos Srs. Deputados. Quarto anno da décima quinta legislatura. Sessão de 1875. Tomo III. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Constitucional de J. Villeneuve & C., 1875. p. 28-34.

ALVES, Suelem A. Prisão civil do devedor de alimentos-natureza jurídica e eficácia no plano prático. *Percurso Acadêmico*, v. 5, n. 9, p. 169-206, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/percursoacademico/article/view/8383/8181>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

AMARAL, Ana Carolina B. A responsabilidade civil por abandono afetivo: a evolução histórica da família brasileira e a questão da natureza jurídica do afeto. *De Jure*, Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, v. 14, p. 151-158, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1259>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ASCARELLI, Tullio. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona: Bosch, 1970 (publicado originalmente em 1960).

ASCENSÃO, José Oliveira de. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

⁹² MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 269-278.

BARRETO, Tobias. O que se deve entender por direito autoral. In: _____. *Estudos de Direito*. Rio de Janeiro: Laemmert & Cia, 1892. cap. X, p. 265-279.

BAROSSO-FILHO, Milton; SZTAJN, Rachel. Natureza jurídica da moeda e desafios da moeda virtual. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, n. 1, p. 1669-1690, ano 1, 2015. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1669_1690.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BARROS, Betina W.; CABISTANI, Luiza G. Justa Causa no Direito Penal Juvenil. *Revista Liberdades*, n. 21, jan./abr. 2016. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/269-Infancia>. Acesso em: 20 abr. 2016.

BEVILÁQUA, Clovis. Observações para esclarecimento do Código Civil Brasileiro. In: REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. *Código Civil Brasileiro: trabalhos relativos à sua elaboração*. v. 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918. p. 9-90. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/14356/codigo_civil_brasileiro_1916_vol1.pdf>. Acesso em: 15 out. 2015.

BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. 22. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BORGES, Jorge Luis. *Ficciones*. 6. ed. Buenos Aires: Debolsillo, 2014 (publicado originalmente em 1944).

BRITO, Alejandro Guzmán. Los orígenes del concepto de “Relación Jurídica” (“Rechtliches Verhältnis”–“Rechtsverhältnis”). *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, n. 28, p. 187-226, ano XXVIII, 2006. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552006000100005>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

CARBONI, Guilherme. *O Direito Autoral na Multimídia*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CHAVES, Antonio. *Direito de Autor: princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: coisas*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste-Goulbekian, 1996 (publicado originalmente em 1956).

ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, condomínio, direitos autorais*. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.

FARIAS, Cristiano C. de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FAUTH, Juliana de Oliveira. A natureza jurídica dos animais: rompendo com a tradição antropocêntrica do Direito Civil. *Direito UNIFACS–Debate Virtual*, Salvador, n. 190, abr. 2016. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4217>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito de Autor: da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes, 2013 (publicado originalmente em 1960).

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira de. *Direitos Reais*. São Paulo: Atlas, 2011.

GOMES, Camila Clarisse Romero. Natureza Jurídica do Supremo Tribunal Federal brasileiro – uma análise a partir do controle de constitucionalidade das leis. *Cadernos de Dereito Actual*, n. 3, p. 77-101, 2015. Disponível em: <<http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/32/30>>. Acesso em: 10 out. 2015.

GOMES, Orlando. *Direito reais*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010 (1. ed. 1958).

GUERRERO, Carlos Alejandro Cornejo. La noción de naturaleza jurídica en el derecho moderno y su influencia en el código civil de 1984. *Boletín IRA*, n. 24, p. 103-143, 1997. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/boletinira/article/view/9743/10154>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da Propriedade Intelectual*. 3. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.

_____. *Curso de Direito Autoral*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1984.

HART, H. L. A. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, v. 49, p. 171-194, 1948-1949.

_____. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.

_____. Definition and Theory in Jurisprudence (publicado originalmente em 1954). In: _____. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983. cap. 1, p. 21-48.

HOHFELD, Wesley N. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *Yale Law Journal*, v. 23, n. 1, p. 16-59, nov. 1913.

KACZERSKI, Sheyla; FRANQUI, Luis Henrique T.; NUNES, Clarisse G. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço: natureza jurídica complexa e prazo prescricional. *Salão do Conhecimento*, v. 1, n. 1, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/yJgjJX>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução José Lamego. 5. ed. rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989 (5. ed. rev. publicada originalmente em 1983).

LE PERA, Sergio. *La naturaleza jurídica*. Buenos Aires: Ediciones Panedille, 1971.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34/Edesp, 2004.

_____. A justiça é o sentido do direito. In: STORCK Alfredo; LISBOA, Wladimir Barreto (Org.). *Normatividade e argumentação: ensaios de filosofia política e do direito*. Porto Alegre: Linus, 2013, p. 9-47.

_____. *Naturalismo Jurídico no Pensamento Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 (publicado originalmente em 1995).

MENDONÇA, João Josué Walmor de. *Direito de autor: natureza jurídica*. *Nucleus*, v. 9, n.1, p. 149-168, abr. 2012.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. London: The Walter Scott Publishing Co., 1901 (publicado originalmente em 1859). Disponível em: <<https://www.gutenberg.org/files/34901/34901-h/34901-h.htm>>. Acesso em: 10 out. 2015.

MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

MORAES, Walter. *Questões de Direito de Autor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

NUNES, Simone Lahorgue. *Direito autoral, direito antitruste e princípios constitucionais correlatos*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011.

PIMENTA, Eduardo. *Princípios de Direitos Autorais*. v. 2. São Paulo: Lumen Juris, 2005.

PIMENTA, Eduardo. *Dos crimes contra a propriedade intelectual: violação de direito autoral, usurpação de nome ou pseudônimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

POMPEU, Cid Tomanik. Natureza Jurídica da Autorização. *Revista de Direito Administrativo*, v. 142, 1980. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v142.1980.43246>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RAWLS, John. The Idea of Public Reason Revisited. *The University of Chicago Law Review*, v. 64, n. 3, p. 765-807, 1997.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Silvio. *Direito das Coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROSS, Alf. Tû-Tû. *Harvard Law Review*, v. 70, n. 5, p. 812-825, mar. 1957. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1337744>>. Acesso em: 22 set. 2015.

SANTOS, Lenir. A natureza jurídica pública dos serviços de saúde e o regime de complementaridade dos serviços privados à rede pública do Sistema Único de Saúde. *Saúde em debate*, v. 39, n. 106, p. 815-829, jul./set. 2015. Disponível em: <<http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/online/?IsisScript=iah/iah.xis&src=google&base=LILACS&lang=p&nextAction=lnk&exprSearch=766356&indexSearch=ID>>. Acesso em: 10 out. 2015.

SIQUEIRA, Tatiana Paula Cruz de. Um breve estudo sobre a natureza jurídica das prisões cautelares no processo penal brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 16, 2015. Disponível em <<http://goo.gl/fJldV9>>. Acesso em: 10 out. 2015.

VEGA, José Antonio. *Derecho de Autor*. Madrid: Editorial Tecnos, 1990.

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

VIVAN FILHO, Gerson Tadeu Astolfi. *O contrato de edição musical na prática da indústria fonográfica brasileira*. 2015. 107 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais)–Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/135046>>. Acesso em 22 mar. 2017.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000 (publicado originalmente em 1953).

