

# NATUREZA JURÍDICA: ELA ESTÁ NO MEIO DE NÓS?

Gerson Tadeu Astolfi Vivan Filho | Orientador: Paulo Baptista Caruso MacDonald

Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

## INTRODUÇÃO

Esta pesquisa se coloca no âmbito mais amplo da discussão sobre a fundamentação na argumentação jurídica no Estado Democrático de Direito. Enfoca, porém, um problema específico, suscitado pela minha observação do direito brasileiro: a frequente dúvida pela *natureza jurídica*, que a dogmática se dedica a responder ao delinear abstratamente cada instituto jurídico, e cuja resposta, na prática jurídica, é não raro tida como critério decisivo na determinação de consequências imputáveis a um caso. Pergunta-se, portanto: que papel e consequências ela tem na fundamentação de juízos jurídicos?

## PRIMEIRA FASE: LEVANTAMENTO DE DADOS NA JURISPRUDÊNCIA

O primeiro passo consistiu em testar empiricamente a hipótese da persistência desta questão e as formas sob as quais aparece. A coleta inicial de dados na jurisprudência dos tribunais superiores (STF e STJ) e regionais (TRF4 e TJRS), todos num período de cinco anos (atualizado aqui para 07/11 a 07/2016) (tabela ao lado) mostrou que a incidência é percentualmente pouco expressiva e razoavelmente uniforme, à exceção do STF, em que é bastante superior. Lá, porém, na maioria dos casos não é decidida por ser matéria “de cunho infraconstitucional” e, portanto, afeita ao STJ. Da leitura inspeccional das primeiras páginas de resultados, decidi-me ater às aparições em ementa, porque mais prováveis de garantir a decisividade do argumento da natureza, ainda que se perca exemplos não explícitos. Nessas ementas é recorrente uma estrutura próxima de “a natureza de X é Z, portanto o regime jurídico aplicável é R”. Nos tribunais de

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

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

portanto o regime jurídico aplicável é R”. Nos tribunais de segunda instância, ao separar os casos por área foi também possível verificar dois fenômenos interessantes: a) a distribuição da incidência é bastante irregular, sendo as cinco câmaras do TJ com mais ementas responsáveis por 72,1% dos casos; b) a incidência nos processos criminais é irrisória: só aparece em 45 no TJ-RS e mínimos 15 no TRF-4, a sugerir que à questão é dada também assimetricamente relevância a depender do campo jurídico em que se esteja trabalhando.

CÂMARAS	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 Públicos – servidores, concursos, ensino público)	427 (9,2%)
23ª Cível (contratos – cartão de crédito, concessionárias de telefonia e bancários)	205 (4,4%)
1ª Cível (Direito tributário, previdência pública, licitações e contratos administrativos)	178 (3,8%)
	<b>3.347 (72,1%)</b>

Tabela 2: TJ-RS. Cinco câmaras com maior incidência. Porcentagem do total de referências no Tribunal

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)	15 (0,3%)
Trabalhista e Tributário (1ª Seção)	1.119 (28,6%)

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

Para analisar especificamente, tomei os quinze casos de direito penal obtidos na pesquisa no TRF4. À exceção de dois deles, a natureza jurídica das situações ou institutos em questão teve papel decisivo, e essa determinação, quando não dada por uma fonte vinculante (lei ou jurisprudência com efeitos vinculantes) se deu ou argumentando-se sobre a finalidade das normas, fazendo-se o uso de analogias com base nessas finalidades, ou por meio de argumento de autoridade, remetendo-se a textos doutrinários/dogmáticos.

## SEGUNDA FASE: REFLEXÕES TEÓRICAS

Tendo em mente as constatações da primeira fase, procedi à revisão de alguns textos teóricos selecionados, em especial de Herbert Hart, Hans Kelsen, W. N. Hohfeld, Robert Alexy, Neil MacCormick, e José Reinaldo Lima Lopes além de *La Naturaleza Jurídica* de Sergio Le Pera, o único a que tive acesso a tratar exclusivamente da ideia de natureza jurídica. As reflexões daí resultantes centraram-se sobre a formação de juízos jurídicos em casos concretos e as ferramentas discursivas para sua fundamentação, e foram registradas em artigo a ser em breve publicado na revista da Faculdade de Direito. Atentei especialmente para o papel da dogmática jurídica na preparação da atividade decisória como parte

da estrutura institucional do direito, em parte pela relevância que percebi terem nos casos observados anteriormente. Examinando ao acaso textos dogmáticos de uso corrente, percebi na constante definição a *natureza jurídica* de um *instituto* como localização em categorias dogmáticas mais gerais, cujas normas a ele se aplicariam, resquícios da pressupõe de uma ideia de sistema bem específica, que emula aqueles das ciências da natureza, o que dá força aqui à hipótese de uma permanência desde os sistemas jusnaturalistas da concepção da determinação de naturezas jurídicas como um ato de descoberta mais que de decisão.

## TERCEIRA FASE: O CASO DO DIREITO DE AUTOR

Sentindo a necessidade de acompanhar de perto o caminho de um conceito no mundo da dogmática jurídica, onde nascem as ‘naturezas’, procedi à análise mais minudente do ramo específico do *direito de autor*, pelo acidentado percurso histórico do instituto, que, mesmo no plano legislativo, teve sua *natureza* associada a diversos entendimentos. O exemplo deu consistência ao paradoxo antes esboçado, de um constante tratamento da questão como ato de conhecimento (com constantes apelos à “natureza das coisas” e ao “direito natural”), ao lado da profusa variabilidade de suas respostas,

a denunciar o óbvio: *natureza jurídica* (regime jurídico) não se descobre, mas se decide, e deve, portanto, quando alçada a razão de decidir por um órgão cuja decisão é vinculante num Estado Democrático de Direito, ser fundamentada (art. 93, IX, CF), já que essa vinculatividade só será legítima quando preencher os requisitos mínimos de uma concepção de razão pública (tomei o liberalismo político de Rawls por guia teórico nesse ponto). Caso contrário, é mero verniz para a ausência de argumentação.