

## Área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito

### ESPELHO DE CORREÇÃO

#### Aspectos substantivos a considerar nas respostas:

#### Questão 1 (5,0 pontos)

Hart distingue regras primárias (que governam diretamente condutas, como a maioria das normas penais) e regras secundárias (que governam os métodos procedimentais através dos quais as regras primárias são efetivadas e processadas, como por exemplo, as regras procedimentais que dão competência aos juízes para decidir conforme o direito).

Hart exemplifica três principais tipos de regras secundárias, a saber:

- As regras de reconhecimento, pelas quais os membros de uma sociedade podem descobrir quais são as regras primárias de uma sociedade.
- As regras de mudança, que regulam como uma regra primária pode ser criada, alterada ou eliminada.
- As regras de julgamento (*rule of adjudication*), por meio das quais a sociedade pode determinar quando uma regra foi violada e impor um remédio ou sanção. Tais regras regulam o processo de decisão judicial.

Regras que conferem poderes (*Power-conferring rules*) regulam a complexidade do fenômeno do poder e envolvem o poder para impor obrigação, conferir poderes para ação. Já as regras que impõem obrigações (*Obligation-imposing rules*) criam direitos e obrigações.

Estes pares de distinções NÃO se confundem, podendo haver entre eles uma relação de justaposição. Por vezes Hart utiliza a distinção entre regras que impõem deveres e que conferem poderes para se referir à distinção entre regras primárias e secundárias. Com frequência ele resume o seu pensamento indicando que o direito é um sistema de regras primárias e secundárias. Contudo, esta distinção também é utilizada para marcar uma outra diferença. Isto porque regras secundárias se definem pela sua função institucional. São regras de segunda ordem que visam a estruturar o sistema de regras constituído pelas regras primárias. Tanto as regras primárias, que são regras de primeira ordem, como as regras secundárias, que são regras de segunda ordem, são compostas por regras que impõem deveres e por regras que criam poderes. Assim, a distinção dos pares conceituais não é uma distinção não apenas de tipos de regras, como de níveis de regras. Para Hart, o direito é composto pela união de regras que impõem deveres e conferem poderes que regulam o comportamento dos cidadãos (regras de primeira ordem) e estrutura do em instituições encarregadas de manter o sistema (regras e segunda ordem).

#### Questão 2 (5,0 pontos)

De acordo com Weber “o aspecto distintivo mais importante do moderno direito substantivo, especialmente do direito privado, é o aumento significativo das transações jurídicas, em especial dos contratos, como fontes de demandas garantidas pela coerção legal”.

Weber afirma que existe uma íntima conexão entre a expansão do mercado e a expansão da medida em que se desenvolve a liberdade contratual.

A liberdade contratual existe “na medida em que a ordem jurídica garante ao indivíduo autonomia para regular suas relações com outros através de suas próprias transações”. Quanto maior o quadro de ações autônomas, maior a liberdade de transação. Contudo, em nenhuma sociedade a liberdade contratual foi ilimitada, no sentido de que o direito daria garantias de coercibilidade para todo e qualquer contrato, a despeito de suas cláusulas e conteúdo. Assim, apenas alguns acordos serão reconhecidos como contratos.

Por tal motivo, Weber relaciona o caráter contratual da sociedade moderna não com uma generalizada expansão da liberdade contratual em todas as áreas da vida, mas antes com o seu crescimento em uma esfera particular, a saber: a troca econômica.

Os contratos desenvolvidos pela sociedade de mercado, contudo, são completamente diferentes daqueles em cujas esferas do direito público e de família desempenharam um papel maior do que hoje.

“Ao contrário, a importância do contrato para a aquisição de bens a partir de fontes que não estão sujeitas ao direito familiar ou de sucessão, contratos que hoje são fundamentais, é tanto menor quanto mais remontamos ao passado. A importância atual do contrato nesta área é sobretudo produto do progresso intenso das relações associativas mercantis e do emprego de dinheiro. Além de representar, portanto, a importância crescente do contrato de direito privado - em geral, o lado jurídico da comunidade de mercado -, o contrato difundido por esta comunidade é também internamente de natureza diferente daquela do contrato primitivo, que antigamente desempenhava um papel tão mais importante do que hoje, nas áreas do direito público e do direito familiar. Correspondendo a essa transformação profunda do caráter geral do acordo livre, denominaremos aqueles tipos de contratos privados contratos de *status*, em oposição aos contratos

específicos à troca de bens, isto é, à comunidade de mercado, que serão denominados contratos "funcionais" ou contratos finalísticos." (E.S. Economia e Sociedade)

Outra passagem do próprio Weber esclarece a distinção:

"A diferença manifesta-se do seguinte modo: todos aqueles contratos primitivos pelos quais eram criadas associações políticas ou pessoais de outro tipo, duradouras ou temporárias, ou relações familiares, por exemplo, continham uma transformação da qualidade jurídica global, da posição universal e do habitus social de pessoas. Para poder efetuarlos, eles são originalmente, sem exceção, atos mágicos, ou diretamente de alguma forma magicamente significativos, e por muito tempo conservam em seu simbolismo resíduos desse caráter. Na maioria deles (particularmente no caso dos exemplos mencionados), trata-se de "contratos de confraternização". Alguém deve ser, daqui em diante, filho, pai, mulher, irmão, senhor, escravo, membro do mesmo clã, companheiro de luta, patrão, cliente, sequaz, vassalo, súdito, amigo, no sentido mais amplo: "companheiro" de outra pessoa. Mas uma "confraternização" nesse sentido não significa a realização ou promessa mútua de determinados atos úteis para fins concretos, nem significa, como nós diríamos: que daqui em diante se promete um comportamento mútuo novo, qualificado em determinado sentido, mas sim: que as pessoas "se tornam" qualitativamente outras, sem o que não seria possível aquele comportamento novo. Os participantes devem deixar que neles entre outra "alma". O sangue ou a saliva têm de ser misturados e ingeridos - símbolo já relativamente tardio -, ou o processo animista de criar uma nova alma tem de ser realizado com outros meios mágicos equivalentes". (ES, pág. 18-19)

Em resumo, Weber faz a distinção entre os dois tipos de contrato com base em três aspectos:

1) O contrato-*status* realiza uma mudança nas personalidades dos indivíduos envolvidos (uma mudança *all-inclusive*) na posição das pessoas. Isto tem como resultado aquisição de uma nova alma e torna-se uma nova pessoa.

Contratos finalísticos não envolvem uma mudança total, eles são delimitados no sentido que não afetam nem o status das partes nem dão ensejo ao nascimento de novas qualidades de camaradagem, mas apenas a alguma realização ou resultado.

2) Contratos-*status* são contratos de confraternização. Eles buscam estabelecer um relacionamento de irmandade ou camaradagem entre indivíduos que estão envolvidos. Neste sentido, eles são quase familiares. Eles tomam a forma de uma relação natural.

Em um contrato finalístico, o mesmo não ocorre. Nele, os indivíduos se engajam em relações de mercado nas quais não se olha para as pessoas, mas apenas para a mercadoria. Não há obrigações de irmandade ou camaradagem ou tampouco lugar para relações pessoais. Estas somente poderiam obstruir as relações de mercado, e seus interesses específicos enfraquecem os sentimentos nos quais tais obstruções residem.

3) É uma característica dos contratos *status* que eles sejam afetados por meios mágicos ou sobrenaturais. Isto explica por que eram emitidos votos e rituais e também por que os laços familiares eram sacralizados.

Em contratos finalísticos, foram eliminadas todas as formas de sacramentos mágicos dos contratos. Em resumo, contratos *status* afetam a total transformação qualitativa nas identidades dos indivíduos envolvidos, procuram estabelecer relações familiares ou quase familiares entre eles através de meios mágicos.

#### Critérios para a correção das perguntas:

1. Leitura e compreensão dos textos básicos indicados para a prova;
2. Clareza e precisão na redação e exposição dos conceitos indicados;
3. Objetividade na resposta (i.e., não ter fugido da pergunta ou tê-la respondido de forma indireta e oblíqua);
4. Correção gramatical e coerência argumentativa.