Estratégia
Carreira Jurídica

Aula 00 (Teoria Geral do Direito)

DPE-AM (Defensor Público) Filosofia e Sociologia Jurídica 2021 (Pós-Edital)

Autor:
Equipe Materiais Carreiras Jurídicas, Jean Vilbert

21 de Setembro de 2021

Teoria Geral do Direito



SUMÁRIO

1 Teoria Geral do Direito 9
2 Conceitos fundamentais 12
2.1 Direito? 12
2.2 Significados 15
2.3 Causas 22
2.4 Direito + ou x ou = moral 27
2.5 Lei x direito 40
2.6 Ciência jurídica 44
3 Ordenamento Jurídico 48
3.1 Lacunas 53
3.2 Antinomias 60
3.3 Fontes 64
4 Questões 88
4.1 Questões SEM comentários 89
4.2 Gabarito 93
4.3 Questões COM comentários 94
5 Resumo 101
6 Bibliografia 103
7 Considerações Finais 103

HUMANÍSTICA JURÍDICA???

Que bicho é esse? Bem, adotei essa denominação por ser a mais *simples* possível (mania que tenho de tentar simplificar tudo ao nível do compreensível). Poderíamos ter adotado a denominação mais comum (e mais longa) "noções gerais de direito e formação humanística". O certo é que estamos falando de Teoria Geral do Direito e do Estado, Ciência Política, Filosofia, Sociologia e Psicologia Jurídicas, Antropologia e muito mais (Economia, Ética, Hermenêutica...).

A este ponto, você já pode estar fazendo cara FEIA e pensando: "Vixi!!! Já vi tudo! Aquelas matérias chatas que 'estudamos' no início do curso".

EXATAMENTE! A teoria geral do direito e as disciplinas de humanística são (não raro) ignoradas por muitos estudantes de Direito. Isso não só traz prejuízos à formação do profissional como pode colocar o estudante em sérios apuros na hora do exame de Ordem (OAB) e/ou dos concursos públicos.

"*Como assim, fessor? Dê-me um motivo pra estudar humanística!*". Mas é para já! Adoro desafios! Vou dar não só uma como **DUAS graves razões**!



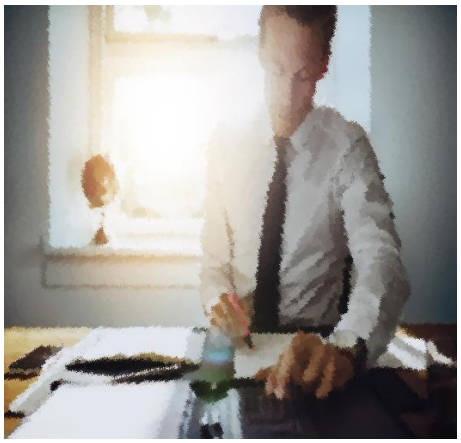
Primeiro, se você acha que estará perdendo tempo estudando as matérias de base (quando poderia investir em Processo Civil, por exemplo), tenho a dizer que essa visão estreita do direito (como fenômeno dogmático) acaba por formar profissionais **(1)** alienados à aplicação da lei e da jurisprudência (como se direito se resumisse à sistematização de normas) ou, pior, **(2)** àquilo que acham certo por puro achismo. O direito é o maior instrumento de transformação social, não é possível que você queira ser apenas um pedreiro (a assentar os tijolos), em vez de um arquiteto e engenheiro (que pensa a construção).

Aliás, imagino que após alcançar o cargo dos seus sonhos (público ou privado), você não pretenda se reduzir à mediocridade (ser mediano, fazer o "seu" e pronto). Podemos (e o Brasil precisa de) mais do que isso – temos a condição de ser agentes da transformação operada pelo direito. Mas para isso é preciso ter base. Em outras palavras, decorar a lei (que muda de tempos em tempos) não nos tornará Juristas (com J maiúsculo) – o que nos diferencia é o conhecimento do processo de construção do próprio direito (o porquê das normas).

Segundo que NÃO tem escapatória: humanística é de conhecimento obrigatório. E quando digo OBRIGATÓRIO, não uso figura de linguagem não! Conforme a **Resolução nº 9, de 29 de setembro de 2004, do Conselho Nacional de Educação** (artigo 5º).

"O curso de graduação em Direito deverá contemplar, em seu Projeto Pedagógico e em sua Organização Curricular, conteúdos e atividades que atendam aos seguintes eixos interligados de formação: I - Eixo de Formação Fundamental, tem por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia".

Por sua vez, o **Provimento nº 136, 19 de outubro de 2009, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**, assim estabelece (artigo 6º): "O Exame de Ordem abrange 02 (duas) provas, compreendendo os conteúdos previstos nos Eixos de Formação Fundamental e de Formação Profissional do curso de graduação em Direito, conforme as diretrizes curriculares instituídas pelo Conselho Nacional de Educação, bem assim Direitos Humanos, Estatuto da Advocacia e da OAB, Regulamento Geral e Código de Ética e Disciplina, além de outras matérias jurídicas, desde que previstas no edital".





Ou seja, Humanística e Teoria Geral caem obrigatoriamente no exame da OAB. O mesmo acontece com as provas para ingresso na magistratura, pois a exigência de formação de base foi seguida pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 75/2009 do CNJ), tendência que vem gradativamente se espraiando pelas demais carreiras jurídicas que permeiam os sonhos dos concurseiros.

Então, o que nos resta fazer? Simples: **arregaçar as mangas e devorar a matéria**, que apesar de causar arrepios em muita gente, não é bicho papão algum e (para quem não gosta) merece a chance de mostrar sua importância, não só para a obtenção do resultado esperado em prova, como para o próprio crescimento pessoal e profissional (sejamos verdadeiros operadores do direito).

Soei piegas? Confira a nossa metodologia e veja como pretendo apresentar a disciplina de uma maneira que vai te fazer entender os temas e (até) gostar dessa tal de formação de BASE (alicerce para o edifício jurídico).

METODOLOGIA DO CURSO

Não vou mentir: alguns temas da teoria geral do direito e de humanística são um tanto densos, complexos (não posso negar). Mas também não esqueço a advertência feita pelo saudoso jurista Luciano Benévolo de Andrade: "**TUDO pode ser explicado de modo SIMPLES, sem floreio**". Essa é a ideia aqui!

Para além de uma organização dos conteúdos pensada cuidadosamente (de modo que haja uma coerência, uma continuidade lógica na apresentação dos temas), a linguagem simples, descontraída, direta, dialética com que redigirei os materiais não será ao acaso, mas bastante proposital (instrumental). Não podemos nos dar ao desfrute do formalismo exacerbado quando queremos a comunicação mais efetiva possível.

Ademais, embora eu considere os conhecimentos de base essencialmente fundamentais (três palavras fortes para entender do que estamos falando) aos operadores jurídicos, não queremos aqui tornar ninguém **PhD**.



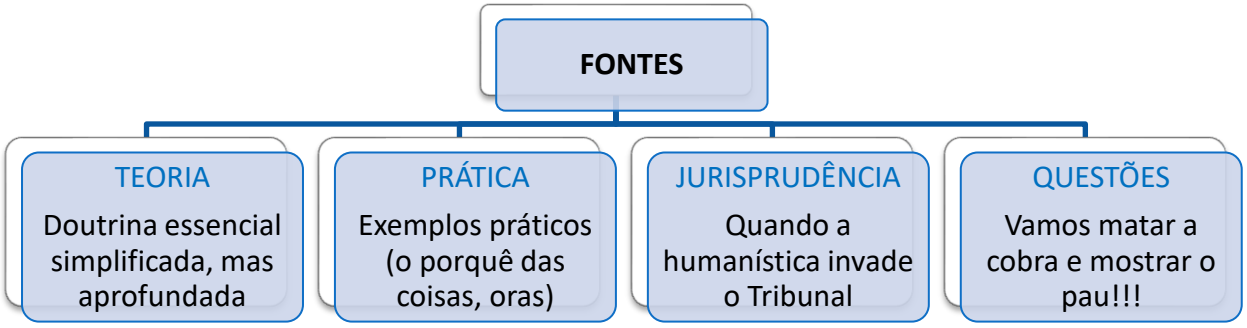
Nossa firme intenção é munir o estudante do NECESSÁRIO à **aprovação**.

Então, esqueça que perderemos tempo procurando o sentido da vida (em Filosofia), compreender o homem (em Antropologia), criar uma nova teoria de sociedade (em Sociologia), mudar os rumos do Direito (em Teoria Geral) ou do Estado (em Ciência Política).

Meu objetivo é fazê-lo entender os conteúdos para que possa manejá-los e relacioná-los com **habilidade suficiente ao SEU objetivo**. Depois, uma vez cumprida nossa missão, você poderá, pelas próprias pernas, prosseguir (adianto que humanística é viciante, acredite).

Essa objetividade, contudo, não significará superficialidade. Sempre que necessário e importante, os assuntos serão aprofundados. Mas tudo de maneira mastigada (não encontrei termo melhor). Em epítome (belo vocábulo para síntese), meu trabalho será **tornar o mais fácil possível aquilo que pode ser (em tese) complicado**; o seu será me dar o voto de confiança e se dedicar na leitura. É um bom acordo, não? Cumpridas as obrigações mútuas deste contrato, o objeto (conhecimento = APROVAÇÃO) será atingido, não tenho dúvidas.

Dito isso, agora de modo mais específico, as aulas terão como arrimo **QUATRO "fontes"** fundamentais, ou seja, alicerces a partir dos quais os materiais serão estruturados.



Só analisando esse quadro (+ o que falamos até agora) já é possível notar o grande DIFERENCIAL das aulas em *.pdf* em relação à doutrina e mesmo a materiais disponíveis no mercado na forma de livros (sinopses): ampla liberdade de passear pelas fontes, sem preocupação com as limitações do papel, com eventual rigidez da diagramação impressa (aqui vai ter cor, desenho, setas), além, claro, da possibilidade de adoção de uma linguagem bastante informal (que você já deve ter percebido), o que desemboca em uma leitura de fácil compreensão e assimilação – tudo no nosso curso é pensado para facilitar o aprendizado: o material será permeado de **esquemas**, **gráficos**, **resumos**, **figuras**, "chamando a atenção" para aquilo que realmente importa.

"Ah, mas Jean, e se eu ficar em dúvida durante a leitura, como faço?" Amigo: o fato de as aulas serem (basicamente) em *.pdf* NÃO impede, de forma alguma, o **contato direto e pessoal com o professor**.

Além do nosso **fórum de dúvidas**, estamos disponíveis por **e-mail** e, eventualmente, pelas redes sociais. Aluno nosso não fica com dúvida! Se, ao ler o material, surgirem incompreensões, inseguranças, curiosidades, basta entrar em contato. NÃO deixaremos, JAMAIS, soldados para trás!

E para quem gosta de ver a cara do professor, para quem é ligado a uma aula expositiva, ao método clássico: TEREMOS VIDEOAULAS! Essas aulas (que podem ser vistas *on-line* ou baixadas) destinam-se a *complementar* a preparação e a servirem de via *alternativa* para os momentos em que estiver cansado do estudo ativo (leitura e resolução de questões) ou até mesmo para a hora da revisão.



A salientar que, ao contrário do PDF, evidentemente, as videoaulas NÃO cobrirão a integralidade do conteúdo. Por vezes, haverá aulas com vários vídeos; outras terão videoaulas apenas de parte do conteúdo; e outras sequer conterão vídeos. Nosso foco é,

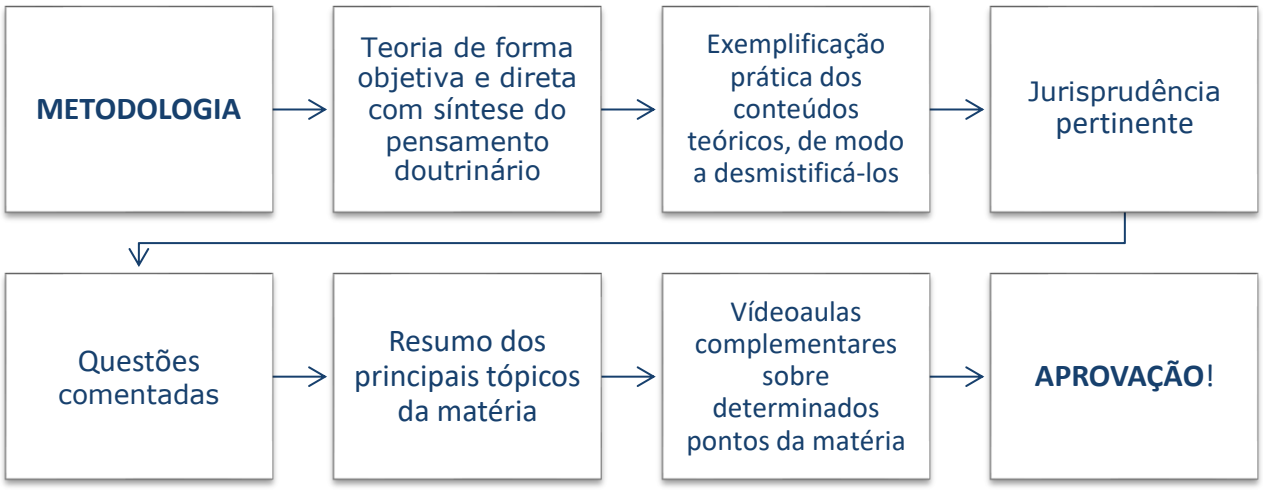
predominantemente, o estudo ativo, já que (com o perdão da humildade *mitigada*) oferecemos **o melhor manual eletrônico do mercado**.

Com essa estrutura e proposta pretendemos conferir a tranquilidade de uma **preparação completa**. A propósito, este é o nosso curso regular (extensivo), apresentando a maior carga de conteúdos e de aprofundamento. Nosso objetivo aqui é ir ao universo e além 😊



Claro que na humanística, diferentemente de outras disciplinas, é impossível cravar que aglutinaremos informação apta a cobrir todas as questões passíveis de cobrança em prova (temos de ser sinceros, oras). Isso porque os conteúdos da área são extremamente amplos e os examinadores geralmente são pessoas muito sabidas, mas um pouco birutas. Então, não raro eles vêm com umas questões absolutamente imprevisíveis (de outro mundo).

Isso não nos assusta e nem pode causar desespero. O que queremos é ser **eficientes (fazer mais com menos)**. Para isso precisamos de conhecimento útil para matar a maioria das questões com segurança e deduzir as que fugirem um pouco desse campo, de modo a garantir os pontos necessários à aprovação. E isso dá para fazer sem ter de ler toda a Biblioteca de Alexandria. Captou? Sim? Não? Deixe-me esquematizar!



Parece demais para ser verdade? O queeeê? Está duvidando de nossa capacidade de cumprir tudo o que prometemos? Eu não duvidaria se fosse você! Temos muitaaa confiança no trabalho que desenvolvemos. Dê uma olhada em meu "currículo" e confira

minha experiência. E lembre-se: já estive na sua exata condição, amigo estudante (parece que foi ontem), e utilizei minha metodologia de estudos para alcançar meus objetivos. Se deu certo para mim, por que não daria para você?



Meu nome é **Jean Vilbert** e minha vida sempre foi dividida entre o mundo acadêmico e o concursístico. Cursei Direito (Unochapecó) e Letras Inglês (UFSC) concomitantemente; fiz duas pós-graduações e, então, Mestrado em Direitos Fundamentais (Unoesc). Fui professor Universitário (Unochapecó e Unoesc) e, nesse meio tempo, trilhei meu caminho nos concursos públicos, com felizes aprovações: Advogado e Procurador Municipal, Analista Judiciário (2º Grau TJRS), Investigador de Polícia (PCSC), Agente de Polícia Federal, Delegado de Polícia (PCPR) e, finalmente, Juiz de Direito (TJSP - 1º lugar na prova oral) – aprovado para as fases seguintes dos concursos da magistratura do TJRJ (subjetiva), TJPR (sentença), TJDFT (sentença), TJPE (oral) e TJGO (oral), dos quais pude desistir após alcançar meu objetivo (magistratura bandeirante).

Essa experiência me fez desenvolver uma didática própria (de estudos e de ensino), a qual lanço mão para ajudar a quem (como eu) quer realizar os sonhos no menor espaço de tempo possível, sem temer os desafios e estando disposto a pagar o preço necessário (muito esforço). *Tamo* junto nessa? *Simbora*!!!

Deixo abaixo meus contatos para quaisquer dúvidas ou sugestões. Terei o maior prazer em orientá-los da melhor forma possível nesta caminhada que estamos iniciando.

E-mail: jeanvilbert@gmail.com

YouTube: Jean Vilbert

1 TEORIA GERAL DO DIREITO

Há dois modos pelos quais se pode abordar os problemas jurídicos: o dogmático e o zetético, que não se excluem, mas se complementam. O maior enfoque dado a um ou outro, de toda sorte, conduz a visões um tanto diferentes.



O enfoque **dogmático** pauta-se nos dogmas, isto é, parte de um pressuposto (do direito posto), sem questioná-lo. Trata-se de um enfoque teórico no qual as premissas de sua argumentação não são questionadas (são tidas por inquestionáveis). Como consequência, seguindo esta visão, busca-se a solução prática de um problema no sistema normativo. Esse método é o usual, manejado diariamente pelos operadores do direito no desempenho de suas funções.

Já o enfoque **zetético** é mais teórico; problematiza as próprias normas, questionando-as. Aqui se tem como perspectiva desintegrar e dissolver as opiniões. Trata-se de exercício (esforço) especulativo explícito e infinito. A preocupação do modelo zetético não é a de atender imediatamente às necessidades práticas cotidianas, mas, se for o caso, de aperfeiçoar o arcabouço normativo, pondo-o em dúvida, de modo que possa oferecer melhores respostas.

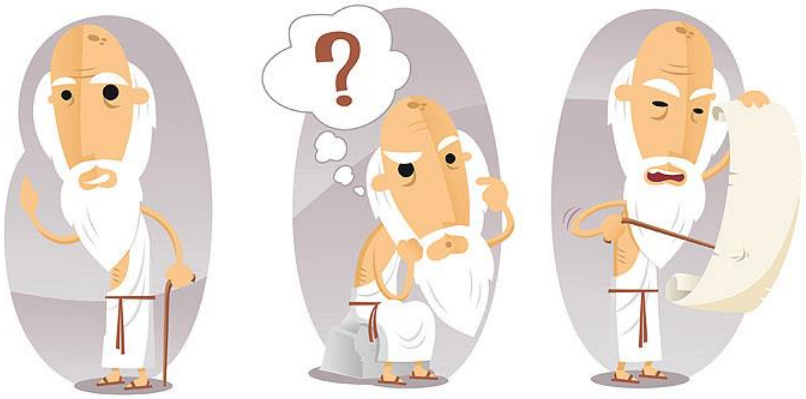
Ilustrativamente, a dogmática quer saber que horas são; a zetética quer saber o que é o tempo; a dogmática quer saber se João ama Maria; a zetética quer saber o que é o amor; a dogmática quer saber o que é coisa certa a fazer em um caso específico; a zetética quer saber se existe certo e errado e como definir o que é certo.



DOGMÁTICA	ZETÉTICA
Saber sistemático	Saber especulativo

Conhecimento prático	Conhecimento descomprometido
Que horas são?	O que é o tempo?

Quer entender, exatamente, a diferença entre os enfoques dogmático e zetético? Vou repetir uma anedota contada por Ferraz Jr.: Sócrates estava marcando bobeira (possivelmente exercitando sua arte de pensar) quando passa por ele um homem correndo em disparada. Logo atrás, um grupo de soldados vinha em perseguição. "Pega *ladrão*", grita um dos soldados. "Segura ele!" Sócrates coça a cabeça e responde: "O que você entende por *ladrão*?" Bingo!!! O soldado parte de uma visão **dogmática**: o conceito de ladrão é uma premissa, uma questão já definida, indubitável. Sócrates prefere uma visão **zetética**: o conceito de ladrão merece uma análise prévia, de modo a se estabelecer com clareza seus limites e qualidades. Nada é tão certo que não mereça ser questionado... Robin Hood é um ladrão? Só os soldados que não ficaram felizes com o comportamento zetético inoportuno...



A dogmática jurídica (embora fundamental para o dia a dia) limita a atividade do jurista, ao passo que a zetética amplia seus horizontes, indo além da resolução prática de conflitos; demonstra que, em que pese a atividade jurídica dependa de *dogmas* (verdades pressupostas – normas – certezas – segurança jurídica), o conhecimento jurídico vive às voltas com *incertezas* (que aparentemente teriam sido eliminadas pelos dogmas – normas): aborto é crime? Quando começa a vida? Auxílio para eutanásia é homicídio? Não há direito a uma morte digna?

É por isso que quem se foca apenas na dogmática conhece somente parte do direito. As questões dogmáticas (normas – prática) são produto de franca discussão teórica (zetética) – por isso estão sempre em transformação. E não haveria como ser diferente: em uma sociedade complexa como a contemporânea, é impossível afastar o fenômeno jurídico do seu berço ideológico, político, filosófico, sociológico, econômico, histórico...



É certo que o próprio princípio da legalidade impõe a inegabilidade dos pontos de partida (dogmas), obrigando o operador jurídico a pensar os problemas jurídicos a partir da lei e em conformidade com ela. O bordão é de que a preocupação do jurista é com a norma, não com os fatos – herança do *positivismo jurídico*, à qual, ao mesmo tempo, somos gratos (pela objetividade científica conferida) e dela buscamos nos livrar (pelo purismo demasiadamente simplista imposto).

> "Fazer imperar a justiça está tão inerente à natureza da lei, que lei e justiça formam um todo no espírito das massas, a ponto que são muitos os que falsamente consideram como certo que toda a justiça emana da lei"[1] – "a palavra lei parece ter uma espécie de 'condão mágico' de transformar a mera prescrição em direito"[2].

Mas o que não podemos esquecer é que, conforme os ensinamentos de **Roscoe Pound** (sujeitinho que foi reitor da Faculdade de Direito Harvard entre 1916 a 1936), o direito não se limita às normas, pois o campo jurídico é mais amplo e vasto, abarcando também as relações e o controle social – o jurista não é operador de normas, mas de uma verdadeira engenharia social voltada a certos fins, cuja tarefa só se realiza completamente por meio da investigação de: (a) interesses ainda não juridicamente reconhecidos; (b) interesses reconhecidos apenas parcialmente; (c) interesses reconhecidos equivocadamente; (d) interesses reconhecidos e que já se dissiparam.

E não estamos aqui a fazer uma defesa exacerbada do estudo da zetética, em detrimento da dogmática, mas sim chamando a atenção para a dúplice faceta da tecnologia jurídica (instrumento de transformação social) – teoria e prática estão intrinsicamente ligadas.

Tanto é assim que na aula de hoje trataremos de assuntos para lá de interessantes e que ilustram muito bem a ponte existente esses enfoques: conceitos fundamentais de teoria geral do direito e o sistema jurídico.

Boa aula a todos!

---

[1] BASTIAT, Frédéric. A lei. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1991, p. 9.
[2] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 199.

2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Seria deveras imprudente sair de sola, avançando a construir os andares superiores de um edifício, sem antes se acautelar de que a fundação estivesse suficientemente firme. Não incidiremos neste erro – cuidaremos muito bem de nossos baldrames (segurança em primeiro lugar!).

2.1 DIREITO?

Quantas vezes na vida já repetimos as palavras DIREITO e JURÍDICO – "*sim tio, eu estou cursando Direito*"; "*é que aqui no Rio Grande do Sul chamamos de Ciências Sociais e Jurídicas*". Mas por que denominamos a nossa amada área de Jurídica e não de Matídica? Por que dizemos que somos formados em Direito e não em Esquerdo? A resposta está na etimologia, isso é, na origem histórica das palavras.

JURÍDICO deriva do latim *juridicus*. De modo mais aprofundado, sua raiz esta no sânscrito *ju* (dando forma à expressão *jus-juris*), que traduz a ideia de vínculo entre pessoas. Por isso falamos em relação *jurídica* de direitos e obrigações.

DIREITO, por seu turno, deriva do latim *directum* (*de* + *rectum*). Transparece a ideia de linha reta (aquilo que é correto). É por isso que falamos em retidão moral ou de comportamento. Note que a mesma noção pode ser encontrada em outras línguas (mesmo NÃO latinas): no espanhol *derecho*, no italiano *diritto*, no inglês *right* e no alemão *recht*.

Então, meus amigos... andem na linha, sigam sempre RETO. Estamos de olho!!!



O termo *juridicus* foi o primeiro a ser utilizado para designar a busca da fiel observância das relações pessoais estabelecidas (deixando um tanto em segundo plano a ideia de equidade entre os direitos e obrigações nelas constantes). O termo *directum*, que foca na busca do justo, na aplicação das normas vigentes e apropriadas ao caso, ganhou **prevalência** no decorrer do tempo. Por isso falamos hoje em Direito (objetivo – ordenamento jurídico) e direitos (subjetivos – faculdades).

"*Legal, Jean, mas você não disse o que é o direito*". É.... Somos (eternos) estudantes de direito e teríamos obrigação de afirmar, sem gaguejos, o conceito de (o que é o) direito. Só que a tarefa não é tão simples assim...

Paulo Nader observa que "nenhuma outra ciência possui questionamento de ordem conceptual tão profunda quanto do Direito" [3].

Os céticos e agnósticos sequer admitem a existência de um conceito constante de direito, pela própria característica de ter seus elementos ditados pela experiência. Seria possível apenas a elaboração de um conceito particular, aplicável, por certo tempo, a determinados ordenamentos.

Mas há quem entenda possível traçar um conceito universal. Gustav Radruch reforça que a noção de direito pode ser muito bem alcançada por sua ideia-motriz, a justiça. "O Direito é vontade de justiça". Diante disso, a existência de uma pluralidade de ordenamentos não é um obstáculo a um conceito geral, afinal, ao cabo, todos buscam a mesma coisa, ainda que por caminhos distintos.

Grandes pensadores já se debruçaram sobre o tema, não tendo chegado resultado único (daí já dá para ver que é abacaxi).

Aristóteles (aquele humilde filósofo que, no Século IV a.C., classificou áreas do conhecimento como física, lógica, ética, política, biologia, o que utilizamos até hoje) entende que o direito é aquilo que cria e que faz conservar a felicidade na comunidade política.



Para **Dante Alighieri** (maior poeta da língua italiana, mas que também se arriscava na política), "o direito é a proporção real e pessoal de um homem em relação a outro, que, se observada, mantém a sociedade em ordem; se corrompida, corrompe-a" (conceituação já cobrada em prova da OAB).



São Tomás de Aquino (um dos maiores autores da Idade Média, responsável por fazer renascer as ideias de Aristóteles no Século XIII) vê o direito como o ato de império, a lei, a *norma agendi* (direito objetivo).

[3] NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 42.

Dando prevalência aos elementos convivência em sociedade e força estatal, **Rudolf von Ihering** assenta que o "direito é a soma das condições de existência social, no seu amplo sentido, assegurada pelo Estado através da coação".

Immanuel Kant (o sujeito parece que até tem alguma importância para as ciências jurídicas, entre outras coisas por fixar o singelo conceito de dignidade humana – *ironia nível nas alturas*) refere o direito como um conjunto de condições sob as quais as liberdades de uns e outros são harmonizadas.



Para a dogmática (positivistas), o direito é o conjunto de normas que regula as condutas em sociedade, instituído por um ente soberano e imposto coativamente a todos. Como referia **Hans Kelsen**, é "ordem normativa de coerção".

Em forma de esquema:

CONCEITO DE DIREITO

- conjunto de normas (regras e princípios) = norma agendi
- regula as condutas em sociedade = facultas agendi
- instituído por um ente soberano = cabe ao Estado dizer o justo
- imposto coativamente a todos = mediante sanção

Este conceito ainda é muito utilizado (citado) hoje, mas parece restar vazio de um elemento teleológico: onde está a justiça na acepção? Ora, "**o Direito é justiça pensada**" (Wolfgang Fikentscher), o que não pode ser uma sentença meramente retórica (não se quisermos uma sociedade justa). Se o direito não tem por finalidade a justiça, qual é sua finalidade?



"Nos Estados democráticos, o direito se apresenta como instrumento de justiça e visa a proporcionar o bem-estar dos indivíduos, a inserção social, o progresso coletivo. Nos

Estados totalitários, constitui aparelho de dominação; meio de efetivação ou permanência da ideologia institucionalizada"[4].



Corifeu do pós-positivismo (que recoloca a moral nas discussões jurídicas e cuja ascensão marca a derrocada do positivismo), **Robert Alexy** refere o direito como um sistema de normas que possui a pretensão de justeza e se compõe da totalidade das normas que pertencem a uma constituição socialmente eficaz, em termos gerais, e não são extremamente injustas.

Os elementos que traçamos acima (no conceito dogmático) estão aqui também: sistema de normas (*norma agendi*), com inserção social (*facultas agendi*), coordenado pela constituição (ordenação estatal máxima) e que se apresenta socialmente eficaz (impõe-se à sociedade) + tem a pretensão de justeza e conteúdo minimamente justo.

Alinhando a clareza do primeiro conceito (formal) com os elementos de conteúdo do segundo (material), proponho humildemente (com toda a humildade do mundo e buscando facilitar a sua vida) uma acepção apta a saciar (temporariamente) nossa sede (insaciável) por conhecimento.



O direito é o conjunto de **normas** (regras e princípios) com as seguintes características: (a) instituídas ou reconhecidas por um ente soberano; (b) aplicável a todos; (c) que possuem pretensão de justeza; (d) não se mostram extremamente injustas; e (d) regulam de maneira eficaz as condutas em sociedade.

2.2 SIGNIFICADOS

[4] NADER. Idem, p. 43.

Depois de traçarmos um conceito tão bonito de direito (eu tenho orgulho dele), acabamos caindo em uma situação um tanto constrangedora: com certeza você já ouviu frases do tipo: "*o Direito é feito pelos poderosos e para os poderosos*". Se parássemos aí, nosso conceito construído a duras penas continuaria a brilhar esplendoroso. Mas sou obrigado a prosseguir: "*o seu direito acaba onde o meu começa*". Opa, aí já temos alteração de sentido. E me vem outro e fala: "*isso não está direito...*". Agora ficou difícil encaixar o conceito na frase, não é? É... Sentenças como essas (tão diferentes) nada mais são do que decorrência das múltiplas acepções (possibilidades conceituais) do vocábulo Direito, que é **plurívoco**.



(2014/TJSP/Prova Subjetiva/Juiz) Disserte sobre o conceito analógico de direito e os tipos de saberes jurídicos.

Comentários

A questão foi um terror para os candidatos (foi a prova na qual obtive aprovação 😊) e se transformou no fiel da balança entre os aprovados e reprovados. O que nos interessa aqui é a primeira parte (conceito analógico). Pois bem. Uma palavra plurívoca é aquela que tem vários significados. Acontece que a palavra plurívoca pode ser equivoca, isto é, com significados diferentes e NÃO relacionados (exemplo: manga de camisa e manga fruta). Já a palavra analógica é aquela que é plúrivoca e cujos diferentes significados possuem relação. Assim, direito é uma palavra plurívoca e analógica. Sabendo isso, para matar a questão era só prosseguir relatando os possíveis significados da palavra direito.

Se não tem remédio. Vamos encarar esse novo desafio. Dentre os muitos conceitos possíveis de direito, tratemos dos mais comumente citados: (a) direito como justo; (b) direito como *norma agendi*; (c) direito como *facultas agendi*; (d) direito como sansão; (e) direito como ciência; e (f) direito como fato social.

1) Direito como justo = o justo é o valor fundamental perseguido pelo direito – o correto, de acordo com as normas, bom, regular. O objetivo final do direito é a realização do justo no caso concreto, a garantia da justiça nas relações pessoais. Podemos traduzir esse sentido na seguinte frase: "*isso não está direito...*" (isso não está correto).

2) Direito como NORMA *(norma agendi)* = é a norma de agir (de conduta). Confunde-se com o direito objetivo, ou seja, com as regras externadas pelas fontes do direito (lei,

costumes e princípios gerais do direito, pelo menos). Aqui o sentido é algo como: "*o direito é feito pelos poderosos e para os poderosos*" (as normas são feitas pelos poderosos).

O direito (como conjunto de normas a reger o comportamento humano) é uma criação da filosofia? Das ciências? Não. O direito surgiu, ao que prevalece, como uma necessidade humana – a criação de preceitos a regular a convivência social, estabelecendo as condições mínimas de coexistência, parece ser uma condição para a vida humana conjunto com outros.



3) Direito como FACULDADE *(facultas agendi)* = é a faculdade de agir, a prerrogativa estabelecida pelo direito objetivo, a possibilidade de efetivo exercício do direito por parte do sujeito (poder de ação contido na norma). Essa ideia se expressa pela máxima: "*o seu direito acaba onde o meu começa*" (a sua faculdade de agir e de exigir algo acaba onde a minha começa).



A *norma agendi* (direito **objetivo**) NÃO se confunde com o direito **positivo**, sendo este último composto pela *norma agendi* (direito objetivo) + *facultas agendi* (direito subjetivo) = impõe faculdades e deveres jurídicos.

O que é, mais especificamente, um direito subjetivo? Há diversas teorias que buscam explicar os direitos subjetivos: poder ou domínio da vontade livre do homem que o ordenamento protege e confere (teoria da vontade - Windscheid); garantia judiciária das relações jurídicas (teoria da garantia - Thon); interesse juridicamente protegido (teoria do interesse - Ihering). Jellinek, ao propor sua teoria **mista**, refere os direitos subjetivos como poder da vontade, qualificada pela busca de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico.

Todas dão larga margem para críticas doutrinárias: a teoria da vontade não explica como os incapazes teriam direitos subjetivos; a teoria do interesse não elucida como há direitos que não se ligam a interesse e interesses sem proteção do direito; a teoria da garantia confunde direito subjetivo com proteção jurídica.



VONTADE (Windscheid)	INTERESSE (Ihering)	GARANTIA (Thon)
Poder da vontade humana garantido pelo ordenamento jurídico.	Interesse tutelado pela ordem jurídica mediante o reconhecimento da vontade.	Possibilidade de a garantia da ordem jurídica tornar efetiva a tutela do direito.
Crítica = quer dizer que os incapazes não têm direitos subjetivos?	**Crítica** = há direitos sem interesse e interesses sem proteção jurídica.	**Crítica** = confunde direito subjetivo com proteção jurídica.

Goffredo Telles Jr assevera que o direito subjetivo NÃO é uma faculdade humana, mas sim a permissão para o exercício de uma faculdade – ter faculdade não significa ter direito subjetivo. Já **Leon Duguit** e **Hans Kelsen** NEGAM a existência de direitos subjetivos.

Para Duguit o indivíduo não detém um poder de comando sobre outro indivíduo ou sobre membros do grupo social. Somente o direito objetivo poderá dirigir o comportamento dos membros de uma sociedade – substitui-se o conceito de direito subjetivo pelo de "situação jurídica subjetiva" (fato sancionado pela norma jurídica). Para Kelsen o direito subjetivo é apenas uma expressão do dever jurídico. Tais concepções negativistas do direito subjetivo pecam na medida em que "não conseguem os eminentes juristas abstrair-se da existência de um aspecto individual do jurídico" (Caio Mário).

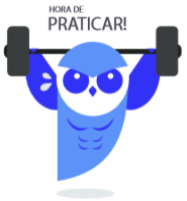
Ao cabo, a expressão cobre diversas situações difíceis de serem traduzidas em um denominador comum[5].

Assim sendo, conquanto se apresente corriqueiro que os homens arroguem possuir direitos, não é fácil elucidar, tecnicamente, o que sejam. Miguel Reale preleciona tratar-se da "possibilidade de ser, pretender ou fazer algo, de maneira garantida, nos limites atributivos das regras de direito"[6]. Já Pontes de Miranda entende que os direitos subjetivos são a eficácia do fato jurídico, realizáveis após a incidência da regra jurídica que lhes precede e fundamenta[7].

---

[5] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 145-149.
[6] REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 259.
[7] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte geral. t. 1. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 5.

Para Fins prova, recomendo seguir pela linha de Ferraz Junior: considerar-se-á como tal (direito subjetivo) uma situação jurídica favorável a um sujeito, mediante normas que restrinjam o comportamento alheio – daí a usual correlação entre direito (de um) e dever (do outro) –, com a possibilidade de se fazer valer em face dos demais sujeitos pelo manejo de procedimentos garantidos por normas[8].



(Ano: 2014 Banca: CESPE Órgão: MPE-AC Prova: Promotor de Justiça) No que se refere às vertentes teóricas acerca da natureza jurídica do direito subjetivo, assinale a opção correta.

a) Segundo a teoria da garantia, o direito subjetivo constitui interesse tutelado pela ordem jurídica mediante o reconhecimento da vontade individual, o que pressupõe um direito subsistente na volição.

b) A teoria lógico-formal, centrada em depurar do estudo do direito quaisquer elementos metajurídicos, promove a redução formalista do dever jurídico e, concomitantemente, do direito subjetivo à norma jurídica.

c) De acordo com a teoria da vontade-potência, da conjugação dos elementos vontade e interesse, o direito subjetivo seria o bem ou interesse protegido pelo reconhecimento do poder da vontade humana, visto que é dirigido a um bem reconhecido pela ordem jurídica.

d) Segundo a teoria eclética, não há direito subjetivo: nem o indivíduo nem a coletividade possuem direitos, uma vez que a regra de direito cria um comportamento (positivo ou negativo), configurando-se uma situação de caráter objetivo.

e) A teoria egológica do direito confere novo tratamento à noção de direito subjetivo, que, identificado com a liberdade humana, expressa o movimento espontâneo da vida humana "liberdade fenomenizada" no campo do não proibido.

Comentários

Aqui é vespeiro. O tema é bemmmm complicado. Separei o assunto para tratar apenas por meio de questão porque é puramente teórico e não tem efeitos práticos no manejo do direito. É conteúdo para provas mais difíceis (fator eliminador de candidatos).

[8] Idem, p. 150-152.

ALTERNATIVA A = segundo a teoria da **garantia**, a base do direito subjetivo é a possibilidade de a garantia da ordem jurídica tornar efetiva a tutela do direito (confunde direito subjetivo com proteção jurídica). A assertiva trouxe o conceito da teoria do interesse (Ihering), criticada por não haver definição objetiva do que é um "interesse".

ALTERNATIVA B = a teoria **lógico-formal** refere-se, em verdade, ao conceito de pessoa, que para Kelesen é um feixe de obrigações, responsabilidades e direitos subjetivos (um conjunto de normas jurídicas). Tanto a pessoa natural quanto jurídica seriam centros de imputação, funcionando como pequenas ordens jurídicas subordinadas ao ordenamento jurídico.

ALTERNATIVA C = pela teoria da **vontade** (Savigny e Windscheid) o direito subjetivo é o poder ou domínio da vontade livre do homem, protegido e conferido pelo ordenamento jurídico (a crítica à teoria é por não explicar o direito subjetivo dos incapazes). A assertiva misturou as teorias da vontade com a do interessse.

ALTERNATIVA D = pela teoria **eclética** (Jellinek) o direito subjetivo é o interesse tutelado pela ordem jurídica mediante o reconhecimento da vontade individual. A assertiva se refere às teorias que negam a existência de direitos subjetivos, como a teoria realista (Duguit), que o reconhece vinculado ao ideário jusnaturalista, e a teoria transpersonalista (Larenz), que substitui a noção de direito subjetivo pela de deveres ou funções comunitárias, em oposição ao individualismo liberal.

ALTERNATIVA E = na teoria **egológica** (Carlos Cossio) a noção de direito subjetivo recebe duplo tratamento: (1) no plano lógico, o direito subjetivo é a determinação do dever jurídico; no plano ontológico, o direito subjetivo se identifica com a liberdade – tudo o que não é juridicamente proibido, é facultado. Logo, toda conduta é liberdade metafísica fenomenizada.

Assim, está correta a alternativa **E**.



E quanto à diferença entre a teoria SUBJETIVA de **Gabba** e a teoria OBJETIVA de **Robbier**?

Confira o seguinte voto do Ministro Celso de Mello o qual reproduzo a seguir "ter presente, por isso mesmo, a ampla discussão, que, travada entre os adeptos da teoria subjetiva e os seguidores da teoria objetiva, influenciou, decisivamente, o legislador ordinário brasileiro na elaboração da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), pois, como se sabe, a LICC de 1916 (que entrou em vigor em 1917) consagrou a doutrina sustentada pelos subjetivistas (art. 3º), enquanto a LICC de 1942, em seu texto, prestigiou a teoria formulada pelos objetivistas (art. 6º), muito embora o legislador, com a edição da Lei 3.238/1957, que

alterou a redação do art. 6º da LICC/1942, houvesse retomado os cânones inspiradores da formulação doutrinária de índole subjetivista que prevaleceu, sob a égide dos princípios tradicionais, na vigência da primeira Lei de Introdução ao Código Civil (1916). Em suma: se é certo que a proteção ao direito adquirido reveste-se de qualificação constitucional, consagrada que foi em norma de sobredireito que disciplina os conflitos das leis no tempo (CF, art. 5º, XXXVI), não é menos exato – considerados os dados concretos de nossa própria experiência jurídica – que a positivação do conceito normativo de direito adquirido, ainda que veiculável em sede constitucional, submete-se, no entanto, de lege lata, ao plano estrito da atividade legislativa comum. (AI 135.632-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-10-1995, Primeira Turma, DJ de 3-9-1999)".

Pois bem.

Pode-se falar, ainda, em **direitos PÚBLICOS subjetivos**, que são direitos exigíveis do Estado, uma conquista recente do homem (segunda metade do Século XIX). Existem na medida em que o Estado não pode deixar de traçar limites a si próprio, enquanto Estado de Direito (teoria da autolimitação).

4) Direito como CIÊNCIA = a ciência jurídica (dimensão dogmática do direito) estuda, em especial, os ordenamentos jurídicos – a estruturação das fontes em um determinado sistema, comparando-as, encontrando os nexos e propondo medidas de coesão para que possa bem funcionar. É o sentido de quando você diz: "*Eu cursei Direito*".



LINGUAGEM e tratamento INVESTIGATIVO no Direito

- A linguagem do direito positivo é **prescritiva e objetiva** porque sobre ela atuará não só a interpretação como a ciência jurídica + aplica-se a ela a lógica *deôntica* (análise formal) = juízo de *pertencialidade*, isto é, adequação da norma ao sistema a que está sendo integrada (validade ou invalidade).
- Na ciência do direito temos **metalinguagem descritiva**, em sua função de descrever o direito objetivo + possibilidade de refutação dos preceitos (verdade ou falsidade dos enunciados), pois, para a ciência, o conhecimento deve estar sempre demarcado metodologicamente e sujeito a verificação empírica.

LÓGICA APOFÂNTICA	LÓGICA DEÔNTICA
A proposição jurídica (enunciado	A proposição normativa (norma) admite

declarativo) pode ser verdadeira ou falsa.	apenas verificação de validade ou invalidade.

5) Direito como FATO SOCIAL = aborda o direito do ponto de vista sociológico, analisando-o como estrutura social aliada a outros fatores (como os econômicos e políticos). Certamente, é o sentido da escola que se autodenomina "*direito das ruas*".

Os sentidos do direito devem ser vistos como complementares, e não excludentes.

2.3 CAUSAS

Por que o direito existe e de que forma se sustenta? Responder a essa questão é ingressar nas *causas* do direito, nos fatores determinantes de sua existência, nas condições que implicam na produção dos seus efeitos.

Quatro são as causas principais do direito: (a) causa eficiente; (b) causa final; (c) causa formal; e (d) causa material. Ao ATAQUE!

1) Causa EFICIENTE = a causa eficiente é a geradora do direito, aquela que justifica sua existência.

Há duas correntes que buscam explicar esse fenômeno.

A primeira delas é a do **direito natural**, segundo o qual a própria natureza do homem enseja valores morais imutáveis (consagrados ou não no ordenamento jurídico) e que devem ser observados por todos para uma existência correta.

A segunda é o **direito positivo**, que explica o fenômeno não pela existência de regras inatas (naturais), mas pela atuação do homem em elaborar um conjunto de regras destinadas a reger a convivência em sociedade. Os juspositivistas defendem a prevalência do direito positivo na medida em que apenas as regras impostas pelo Estado teriam coercibilidade, restando ao direito natural apenas o conceito abstrato de justiça.



O fato de o direito natural defender a existência de valores aplicáveis universalmente pela razão especulativa NÃO afasta, necessariamente, a existência de uma parte variável, a qual é baseada na razão prática (a qual considera as experiências práticas para solucionar questões concretas). Em suma, os princípios universais da razão humana são imutáveis, mas não precisam ser suas aplicações concretas (o direito muda de povo para povo e de tempo para tempo) = o direito natural é composto por princípios imutáveis no tempo e no espaço + regras mutáveis no tempo e no espaço.



(2013 OAB XI) Boa parte da doutrina jusfilosófica contemporânea associa a ideia de Direito ao conceito de razão prática ou sabedoria prática.

Assinale a alternativa que apresenta o conceito correto de razão prática.

a) Uma forma de conhecimento científico (episteme) capaz de distinguir entre o verdadeiro e o falso.

b) Uma técnica (techne) capaz de produzir resultados universalmente corretos e desejados.

c) A manifestação de uma opinião (doxa) qualificada ou ponto de vista específico de um agente diante de um tema específico.

d) A capacidade de bem deliberar (phronesis) a respeito de bens ou questões humanas.

Comentários

Aqui está o tipo de questão que faz o candidato chorar kkkk. Vamos por partes.

Assertiva A = A razão prática não se liga a uma forma de conhecimento científico (teoria) capaz de distinguir entre o verdadeiro e o falso, sendo mais prática do que teórica.

Assertiva B = não se trata de uma técnica (*techne*) capaz de produzir resultados universalmente corretos e desejados; ao contrário: busca resolver casos práticos, particulares.

Assertiva C = a manifestação de uma opinião (*doxa*) qualificada ou do ponto de vista específico de um agente diante de um tema específico está mais para o argumento da autoridade.

Assertiva D = A razão prática se relaciona com "a capacidade de bem deliberar (*phronesis*) a respeito de bens ou questões humanas", ou seja, oferecer uma resposta diante de um caso concreto, deliberando (com base na teria universal, mas também nas experiências práticas) sobre a melhor decisão.

A alternativa **correta** é a **D**.

2) Causa FINAL = estamos a tratar da finalidade do direito, que não pode ser outra que não a busca da justiça. O problema é que o conceito de justiça está longe de ser simples. O que é justiça, afinal?

A acepção clássica (conceito formal e comutativo) pretende dar a cada um o que é seu. Com o advento da contemporaneidade, porém, a definição passou a ser questionada e vários outros conceitos surgiram, como o de justiça *distributiva* (busca uma igualdade proporcional entre grupos) e *social* (impõe uma igualdade sistêmica entre todos). Há livros e mais livros pretendendo explicar o que é justiça, mas isso não é nosso objetivo neste momento, bastando saber que a busca da justiça (seja lá o que for kkkk) é razão da existência do direito.

Para não cair em casca de banana, anoto ainda que há quem defenda que o direito tem como finalidade básica a homogeneização comportamental mínima necessária ao convívio dos homens em sociedade. Por que mínima? Porque cada homem é uma fonte de diferenças em relação aos outros; cada ser humano tem um caráter inato de se diferenciar dos demais. O que o direito pretende é garantir um mínimo de homogeneização dos comportamentos (ex: não mate).

RUDOLF VON IHERING

Vamos aproveitar o espaço para falar do autor de um dos livros mais famosos de todos os tempos, "*Der Kampf ums Recht*", traduzido para incontáveis línguas da Via Láctea, incluindo várias extraterrestres (como o *Igchicorus*, falado ao sul de Marte) e o português, no qual a obra recebeu o seguinte título: “A luta pelo direito”.

> "O fim do direito é a paz, o meio de que se serve para consegui-lo é a luta. Enquanto o direito estiver sujeito às ameaças da injustiça – e isso perdurará enquanto o mundo for mundo –, ele não poderá prescindir da luta. A vida do direito é a luta: a luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos".

Influenciado por Hegel e Marx, Ihering compreende o Direito a partir dos interesses da vida real e assenta que cada indivíduo tem uma obrigação moral de lutar pelos direitos. A diferença é que ele não vê a burguesia como a culpada pelas injustiças – percebe que a propriedade privada é uma condição para a dignidade humana.

Quando o direito de uma pessoa é violado, toda a sociedade é violada também.



(2016 OAB XX) O direito não é uma simples ideia, é uma força viva" (Rudolf von Ihering) Em seu texto "A Luta pelo Direito", o jurista alemão Rudolf von Ihering apresenta o conceito de direito a partir da ideia de luta social. Assinale a afirmativa que expressa o sentido que, no trecho citado, Ihering confere ao direito.

a) Trabalho incessante e uma luta sem tréguas nos quais participam o Poder Público e toda a população, isto é, qualquer pessoa que se veja na contingência de ter de afirmar seu direito.

b) Uma luta permanente que é travada por parlamentares no âmbito da arena legislativa, que o fazem em nome da população a partir das eleições que configuram o processo democrático de legitimação popular.

c) O resultado dinâmico da jurisprudência que cria e recria o direito a partir das demandas de cada caso concreto, adaptando a lei ao mundo real.

d) O produto das relações industriais e comerciais que são livremente travadas por agentes econômicos, trabalhadores e empregadores e que definem, no contexto de uma luta concreta, o sentido próprio das leis.

Comentários

ALTERNATIVA B = exalta apenas a atividade parlamentar, em detrimento ao esforço popular. Não é por aí...

ALTERNATIVA C = o resultado dinâmico da jurisprudência envolve o pensamento positivista de Hans Kelsen.

ALTERNATIVA D = modelo vinculado ao pensamento marxista – embate entre classes e os efeitos sobre as leis. Ihering foi influenciado por Marx, mas não adotou o marxismo como base integral de seu pensamento.

ALTERNATIVA A = não apenas os agentes políticos que devem lutar pelo Direito, mas TODAS as pessoas.

Logo, a assertiva **A** está **correta**.

Essa questão praticamente repete a cobrança realizada no concurso XVI (2015). Fiquem

atentos!



Rudolf Von Ihering (1818-1892) nasceu em uma família alemã de juristas e dedicou sua vida aos estudos e à docência. Os choques entre as suas ideias e as de Friedrich Karl von **Savigny** reverberam até hoje – desde as teorias subjetiva e objetiva da posse até o embate entre a Escola Historicista e o Positivismo Imperialista.

Feito o parêntesis, retornemos às causas.

3) Causa FORMAL = formas pelas quais o direito se expressa (exterioriza-se): leis, costumes, princípios gerais do direito e jurisprudência – é possível citar ainda a doutrina e os brocardos jurídicos.

4) Causa MATERIAL = estamos falando da materialidade (do que materializa o direito), isto é, da sua composição. O direito é composto especialmente por normas, as quais são organizadas dentro dos seus respectivos ramos.

A salientar que o direito é uma unidade orgânica, não compondo, a princípio, divisão (as normas estão todas interligadas e devem ser interpretadas como um conjunto unitário). Então por que cargas d'água temos tantos subdivisões do direito? Ora, para facilitar a nossa vida! Para tornar mais aprazível sua compreensão e aplicação, o direito é dividido em disciplinas (penal, civil, administrativo...) e em ramos (público e privado).



Como classificar as normas dentro dos ramos **público** e **privado**?

Pois bem. Os ramos nunca foram herméticos: sempre houve *interpenetração*. Mas atualmente é tarefa bastante árdua classificar as regras. O Direito Civil (classicamente privado), com o Código Civil de 2002, passou por um intenso processo de publicização, dando lado ao dirigismo contratual, à restrição da autonomia da vontade, à intervenção estatal na vida privada (o público engoliu o privado).

Enfim, chegamos ao ponto de não haver mais uma diferenciação segura! Concorda? Não? Então como fazer a diferenciação? Pelo **sujeito** envolvido? Não! Há relações entre

particulares (sem envolver o Estado) que são consideradas de direito público (ex: casamento). Pelo **interesse preponderante**? Há normas que regulam interesses particulares (não sociais) e que recebem tutela pública (ex: filiação). Pela **finalidade** (proteção da sociedade)? Nada! Veja que o direito mais individual possível, a propriedade, é absolutamente regulado por normas de ordem pública. Pela **patrimonialidade** (característica clássica do direito privado)? A desapropriação tem conteúdo patrimonial saliente e é de direito público. Pela **posição das partes**? As normas públicas são imperativas (com subordinação) e as privadas não possuem imperatividade (ensejam coordenação)? Mas a desconsideração da personalidade jurídica é de direito privado (em tese) e de subordinação. Pela **natureza**? Somente as regras públicas são impositivas, enquanto as privadas são dispositivas? O que falar então das regras sobre o testamento (supostamente de direito privado), que são impositivas?

Está vendo? Classificar as normas hoje em dia é muito, muito difícil (para não dizer impossível). Sobrou muitooo pouco ao direito privado.

Para não ficarmos sem resposta, vamos dizer que, de maneira abrangente, o direito público disciplina interesses gerais da coletividade, mediante normas de cunho imperativo (não podem ser afastadas pela vontade das partes); já o direito privado versa sobre as relações dos indivíduos entre si, mediante normas dispositivas (admitem disposição em contrário pelas partes) 😊

2.4 DIREITO + OU X OU = MORAL

Era uma vez, no meu primeiro semestre da faculdade de Direito. Por alguma razão, porventura um idealismo (ingênuo?), aceitei concorrer ao Diretório Central dos Estudantes (como presidente de chapa). Nosso lema era “movimento estudantil livre”. Queríamos um DCE sem partido político por trás, sem amarras, sem comprometimento com qualquer outra coisa que não o interesse dos estudantes. Deu certo: ganhamos! Mas não sem muita dor de cabeça (e de estômago).



Em um episódio, alguns espertinhos do movimento contrário entenderam que lhes era vantajoso espalhar cartazes na noite anterior à votação, decorando o campus com propaganda da Chapa 2 (a deles). Quando descobri, fiquei indignado e fui tirar satisfações com o presidente concorrente. Tentei argumentar que aquilo era **errado** e ele me respondeu onde é que estava a norma que vedava propaganda no dia anterior (havia

previsão proibitiva quanto *ao dia* da eleição). Em uma frase final ele resumiu seu raciocínio: "pode até não ser moral, mas não é ilegal". Ou seja: é imoral, mas não ilegal.



Esse conflito entre moralidade e legalidade até hoje dá muito pano para manga. A moral se confunde com o direito? Ou o direito, por sua cientificidade e neutralidade, deve se afastar de um fator subjetivo (individual?) como a moral? Todo ato moral é legal e todo ato imoral é ilegal? Ou deveria ser? São tantas questões...

Conforme adverte Paulo Nader: "nossa compreensão sobre o direito não estará completa se não tivermos consciência de que não é ele o único instrumento de controle da sociedade e se não soubermos distingui-lo, claramente, das demais normas sociais. É que, ao seu lado, atuando sobre o comportamento interindividual, existem os campos da moral, religião e das regras de trato social [...]. O direito não visa, portanto, esgotar a potencialidade desse valor (do justo) nas relações sociais. No convívio social existem, assim, questões de justiça que escapam ao controle das regras jurídicas e se subordinam a outros processos normativos"[9].



Bem, então, moral e direito não se confundem. Vamos em frente.

Em sua origem, o termo moral deriva do latim *moralis* e significa tudo o que é relativo aos costumes, à regência do comportamento do homem (assim como o direito). Porventura por isso, os primeiros pensadores não diferenciavam o âmbito jurídico do âmbito moral.

Para os **romanos** o direito era a arte do bem e do justo (*jus est ars boni et aequi*). Os famosos princípios de **Ulpiano** seguem o mesmo rumo: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence (*Honeste Vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere*). É só com **Cristiano Tomásio** (1665-1728), por muitos considerado o fundador da moderna ciência jurídica, que tem início uma divisão mais clara entre os campos.

[9] NADER. Idem, p. 53.

MORAL	DIREITO
Tem a honestidade como pedra angular. Faça a ti o que queres que os demais façam a si mesmos.	Tem a justiça como essência. NÃO faça aos outros o que não queres que façam a ti.

Avançando para os tempos modernos, há quem fale que a moral é um **complexo de valores predominantes em certo grupo ou comunidade**.

A moral é o conjunto de princípios gerais de conduta adotado pela livre vontade do homem.

O picadeiro moral, já nesse conceito, mostra-se mais amplo do que o do Direito, ao abranger (além dos deveres para com seus semelhantes) deveres do homem para consigo mesmo e para com suas crenças (religiosas, éticas, comunitárias). O pote da lei é muito pequeno para que nele caibam todas as noções de justo, bom, correto.

É por isso que nem todo comportamento imoral é ilícito. O valor negativo atribuído pela sociedade a certo comportamento moralmente reprovável nem sempre é suficientemente significativo a ponto de despertar a regulamentação pela norma jurídica.

Há ainda outras diferenças que podem ser apontadas entre a norma jurídica e a moral, mas, sem dúvidas, a principal é a que se refere ao tipo de *sanção*: a sanção moral é, normalmente, interna (remorso, arrependimento, desgosto) – e mesmo quando é externa (reprovação, repúdio, censura por terceiros), não é institucionalizada. Já a sanção jurídica é exterior e, mais do que isso, organizada institucionalmente – por uma autoridade legitimada a usar a força para fazer cumprir os preceitos normativos. Pior: ela sai do plano meramente espiritual e alcança a seara material e de liberdade (o ofensor pode ser preso, obrigado a se abster de certo ato, ter seus bens expropriados...).

Sanção na MORAL	Sanção no DIREITO
Constrangimento psíquico ou social Opera apenas no plano espiritual	Reserva de força (poder estatal legítimo) Atua no plano material ou de liberdade

Fala-se, com base nisso, em unilateralidade da moral e bilateralidade do direito.

A moral é **unilateral** porque não estabelece um relacionamento entre homens, ainda que seus imperativos sejam reconhecidos como desejáveis para a boa convivência social. Se

alguém atua de maneira contrária à moral, não pode ser compelido a revisar seu comportamento.

Sabe aquele cara chato, inoportuno, que não dá uma dentro, que vive falando a coisa errada na hora errada... tira sarro de tudo (mesmo quando o assunto é sério)... enfim, você deve conhecer alguém assim (tio, primo, cunhado...). Essa pessoa (querida, fofinha, amada) está nem aí para a moral.

Para fins didáticos, criemos nosso personagem: Justiniano (que de justo não tem nada). Justiniano faz tudo o que citamos acima. É o mala em pessoa. E em que pese esses comportamentos sejam extremamente indesejáveis, e todo mundo já tenha dito isso para ele, Justiniano é convicto (em não mudar). Como estamos diante de regras morais, não há mesmo santo que possa obrigá-lo. O que os parentes de Justiniano podem fazer (ele não tem mais amigos) é, no máximo, partir para a admoestação (palavra chique, eufemismo, para xingamento) e, não funcionando, excluir Justiniano da lista de contatos, fingir que não estão em casa quando ele bater à porta... não há muito mais o que fazer...

Agora, a situação é muito diferente se estivermos diante de um descumprimento de norma jurídica, que é **bilateral** – por criar uma relação de direitos e deveres entre dois ou mais sujeitos.

Imagine que Justiniano, o intragável, acabou de ofender, injuriar, o vizinho dele... um esforçado concurseiro. Chamou-o acintosamente de burro, com o ânimo de deixá-lo com a moral baixa, esperando que vá mal nas provas. Ahh, aí temos a norma do artigo 140 do Código Penal: "injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa". Diante de uma previsão criminal com essa, ou Justiniano engole a língua ou sofrerá a ENORME pena prevista em lei. De toda forma, sendo ato ilícito (artigo 186 do Código Civil), permite que nosso amigo concurseiro recorra ao Judiciário para fazer cessar o comportamento e ainda permite que se requeira indenização reparatória.

Deu para entender?

É para pessoas como Justiniano que a lei existe: é preciso existir uma força mais forte que a moral para conformar os comportamentos daqueles para os quais a mera ciência interna (do que é certo) e a pressão social se mostram insuficientes.

A norma moral é *imperativa* (impõe comportamentos), mas a norma jurídica é *imperativa-atributiva*, porque não só impõe o comportamento como atribui ao prejudicado ou a terceiro a faculdade de exigir o seu cumprimento ou a punição do ofensor[10].

Em resumo: perto da espada do direito, a moral é um canivetinho 😅

[10] Leon Petrasisky citado por DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 40.



(Ano: 2012 Banca: FEPESE Órgão: DPE-SC Prova: Defensor Público) Norberto Bobbio afirma que a teoria do ordenamento jurídico "constitui uma integração da teoria da norma jurídica". Em livro nomeado Teoria do ordenamento jurídico, ele afirmou que não lhe foi possível definir o Direito do ponto de vista da norma jurídica considerada de maneira isolada. Segundo ele, importa alargar o "horizonte para a consideração do modelo pelo qual uma determinada norma se torna eficaz a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devam exercê-las e a sua execução". Para Bobbio, essa organização complexa é o produto de um ordenamento jurídico e, a partir deste, o Direito pode ser definido. Isso porque, conforme o autor, o problema da definição do Direito é localizado na teoria do ordenamento jurídico, não na teoria da norma. O pensador apresentou essa conclusão baseado na ideia de organização do sistema normativo, extraída da noção de sanção jurídica.

Segundo Bobbio, a sanção jurídica é aquela cuja execução é garantida por uma sanção:

a) interna e não institucionalizada.

b) interna e institucionalizada.

c) externa e institucionalizada.

d) externa e não institucionalizada.

e) processual e não institucionalizada.

Comentários

A sanção jurídica é externa (a sanção interna fica por conta da moral) e institucionalizada (estatal).

Portanto, correta a alternativa **C**.

Em 2010, a FCC cobrou questão idêntica na prova DPE-SP - Defensor Público (as questões se repetem...)

(Ano: 2015 Banca: UFMT Órgão: DETRAN-MT Prova: Auxiliar do Serviço de Trânsito) As normas morais e as normas jurídicas são estabelecidas pelos membros da sociedade, e ambas se destinam a regulamentar as relações nesse grupo de pessoas. Há, então, vários aspectos comuns entre as normas morais e jurídicas (COTRIM, G. Fundamentos da filosofia: história e grandes temas. São Paulo: Saraiva, 2013).

Sobre os aspectos comuns entre as normas morais e as normas jurídicas, marque V para

as afirmativas verdadeiras e F para as falsas.

( ) Ambas apresentam caráter histórico.

( ) Ambas se apoiam em valores culturais.

( ) Ambas contam com a coerção legal do Estado.

( ) Ambas visam à convivência entre as pessoas.

Assinale a sequência correta.

a) V, V, F, V

b) F, V, F, V

c) F, F, V, F

d) V, F, V, F

Comentários

(**V**) "Ambas apresentam caráter histórico". Tanto a moral como o direito se desenvolvem ao longo da história.

(**V**) "Ambas se apoiam em valores culturais". A cultura (comportamento, costumes, modo de ser e de se manifestar de um povo) é a base da moral e do direito.

(**F**) "Ambas contam com a coerção legal do Estado". A moral não conta com sanção institucional (estatal).

(**V**) "Ambas visam à convivência entre as pessoas". Só com o direito (sem a moral), o mundo seria uma loucura.

A alternativa correta é a **A**.



Um dos autores que mais e melhor escreveu sobre as relações morais e jurídicas, Kant estruturou seu raciocínio em dois conceitos-chave: **MORALIDADE** e **DEVER**. A moralidade, como o nome já diz, liga-se à moral (interna); o dever, como regra, liga-se a uma obrigação jurídica (externa).

O dever (delineado pelo Direito) está relacionado com a observância da legislação e se impõe por uma ação exterior, que obriga o seu cumprimento, ainda que as razões não sejam morais – sua observância não necessariamente se vinculará ao cumprimento de um preceito moral.

Por exemplo: adquiro um Chevette (Cheva) Tubarão 1975 em 48 suaves parcelas, com juros de 135943% ao mês. Eu cumpro esse contrato leonino não apenas porque quando eu precisei do dinheiro o banco me estendeu a mão, mas também porque se eu não pagar eles me tomam o carro (alienação fiduciária) e ainda vou ficar devendo... se eu tiver patrimônio eles me tiram até as cuecas.



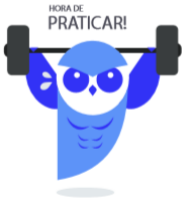
O cumprimento dos contratos, em geral, NÃO se dá por uma questão moral, mas pela busca de uma vantagem ou para se evitar a sanção pelo seu descumprimento (interesse pessoal). A propósito, por vezes, até mesmo atos de pura liberalidade podem se afastar de preceitos morais. Uma doação a uma instituição de caridade, com ampla publicidade do ato, pode ter por fim psíquico a busca do reconhecimento social.

Cumprir o dever sob uma perspectiva a moral significa cumpri-lo sem que haja qualquer outro interesse em jogo.

A **moralidade** é uma predisposição em cumprir um dever sem outro fundamento a não ser o querer cumprir. Por isso, não se mede pelo resultado, uma vez que se instaura no campo da vontade pura – realiza-se a ação sem interesses externos. O fundamento que leva ao cumprimento do ato segundo a moral é a boa vontade, que **se encerra em si mesma** e não recebe influência heterônoma (estranha a ela).

Imagine um sujeito que encontra uma carteira em um galpão vazio. Não há câmeras e não há registro de que ele esteve ali. Ou seja: ele não precisa temer a punição da lei (ninguém descobrirá se ele ficar com o tentador dinheiro que há na carteira 🤑). Mesmo sendo pobre (e podendo usar aquele dinheiro para comprar o presente de natal dos filhos 🎅), nosso herói resolve devolver tudo e se nega a receber qualquer recompensa. Pede, ainda, que o dono não divulgue a ninguém o louvável ato, pois não quer ser paparicado. Essa foi uma conduta movida pela perspectiva moral!

MORALIDADE → é cumprir o dever → sem influência de interesse externo → apenas por BOA VONTADE



(OAB X 2013) "Manter os próprios compromissos não constitui dever de virtude, mas dever de direito, a cujo cumprimento pode-se ser forçado. Mas prossegue sendo uma ação virtuosa (uma demonstração de virtude) fazê-lo mesmo quando nenhuma coerção possa ser aplicada. A doutrina do direito e a doutrina da virtude não são, consequentemente, distinguidas tanto por seus diferentes deveres, como pela diferença em sua legislação, a qual relaciona um motivo ou outro com a lei".

Pelo trecho acima podemos inferir que Kant estabelece uma relação entre o direito e a moral. A esse respeito, assinale a afirmativa correta.

a) O direito e a moral são idênticos, tanto na forma como no conteúdo prescritivo. Assim, toda ação contrária à moralidade das normas jurídicas é também uma violação da ordem jurídica.

b) A conduta moral refere-se à vontade interna do sujeito, enquanto o direito é imposto por uma ação exterior e se concretiza no seu cumprimento, ainda que as razões da obediência do sujeito não sejam morais.

c) A coerção, tanto no direito quanto na moral, é um elemento determinante. É na possibilidade de impor-se pela força, independentemente da vontade, que o direito e a moral regulam a liberdade.

d) Direito e moral são absolutamente distintos. Consequentemente, cumprir a lei, ainda que espontaneamente, não é demonstração de virtude moral.

Comentários

A alternativa correta é a **B**: a conduta moral refere-se à vontade interna do sujeito, à sua livre escolha de seguir certo conjunto de princípios gerais de conduta. Já o direito é coercitivo: impõe o comportamento mediante sanção institucional – o seu respeito pode ser por livre escolha, por medo da sanção ou por imposição desta. As demais alternativas possuem equívocos: o direito e a moral NÃO são idênticos – o campo da moral é mais amplo, havendo ações imorais que não são ilícitas (A); na moral a coerção NÃO é um elemento determinante (C); direito e moral se relacionam: cumprir a lei espontaneamente, a rigor, é demonstração de virtude moral.

As normas seguem o padrão do **imperativo hipotético**: uma ação condiciona outra ação (se x, então y). Exemplo: "Se matar alguém, reclusão de 6 a 20 anos". Se não quiser ser jogado no cárcere, não mate, não roube, não estupre... só os que defendem a despenalização dos crimes é que não entendem este singelo raciocínio 😁 Aqui há um interesse pessoal em

cometer uma ação para obter um resultado benéfico previsto em lei (sanção premial) ou evitar uma conduta para não sofrer a pena aflitiva.

A moral, por outro lado, está associada ao **imperativo categórico**: uma ação é boa se puder ser universalizada sem prejuízo dos demais; é um dever (desinteressado), que obriga sem condicionantes, limitações ou finalidades a não ser o cumprimento do próprio dever (em si).



A legalidade não é uma solução contrária à moralidade. O ato moral, no pensamento kantiano, NÃO disputa espaço com o ato legal, mas representa um reforço de suas exigências.

DIREITO	MORAL
Regra externa (heteronomia)	Regra interna (autonomia)
Imposto por coerção externa	Realizada sem esperar resultados (espontânea)
Há ameaça de sanção	Cumpre-se pela boa vontade
Tem por objeto relações (bilateralidade)	Recai sobre ações individuais (unilateral)

Esse aspecto da teoria de Kant se opõe às noções da filosofia **antiga** e **medieval**. Para os filósofos gregos (especialmente os epicuristas, mas não só eles), a moralidade busca a felicidade como fim último – a visão hedonista, ao menos no aspecto da busca pela vida virtuosa, predominou até a Modernidade. Já Agostinho e Aquino (na Idade Média), entendiam que a moral advinha de uma fonte externa ao sujeito: Deus).



Retornemos a Justiniano. Em épocas de Natal, Páscoa, Ano Novo, o pessoal da família fica com dó e convida o Justiniano para a ceia (não tem jeito). Só que todo ano é aquela novela: o cara não tira os tênis para entrar em casa e vai direto para o tapete limpinho e ainda põe

os chulezentos em cima da mesinha de centro. Como se não bastasse, come com a boca aberta e suja a borda do copo de comida. É uma lástima. Todo ano a mesma coisa.

Esses comportamentos de Justiniano podem ser chamados de imorais? **Del Vechio** diria que sim. Para ele, todas as normas de comportamento devem ser incluídas no âmbito da moral ou do direito. Mas há quem discorde. **García Máynez** indica que há uma terceira espécie de comportamento social, a que denomina convencionalismos sociais, os quais não são norma jurídica (não tem atributividade) e nem normas morais (embora unilaterais, não se importam com a intenção do agente, o propósito bom ou ruim, apenas com a exterioridade do ato)[11].

Justiniano não come de boca aperta para prejudicar quem quer que seja. Ele sequer sabe que isso é errado (nem percebe que suja o copo por não limpar a boca antes de tomar a bebida). Ele deixa de tirar os tênis e os coloca sobre os móveis porque é o comportamento que costuma ter em casa (sua estimada pocilga). Não há má intenção; não há intenção. Há apenas um ato exterior contrário a um convencionalismo social[12].



Uma das maiores polêmicas, do ponto de vista prático, reside na (in)existência de (inter)relação entre os âmbitos do direito e da moral e, notadamente, na possível implicação da moral sobre a validade da norma jurídica. Há três abordagens principais do tema: *jusnaturalista*, *positivista* e *pós-positivista*.

Veremos essas correntes com parcimônia no encontro de Filosofia Jurídica. Mas isso não quer dizer que não possamos, desde já, dar uma espiada no tema (pelo buraco da fechadura).

Para o **JUSNATURALISMO**, o direito é uma ideia que precede e transcende a lei posta pelo Estado; o direito é produto de uma construção lógica-racional que está na raiz da natureza humana (quer seja por inspiração divina ou outra causa) e da qual são deduzidas as verdades jurídicas particulares. Desse modo, o direito positivo só é legitimado (justo e correto) se estiver de acordo com a lei da razão[13].

---

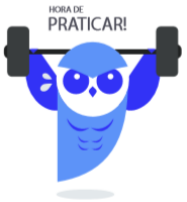
[11] DALLARI. Idem, p. 40-41.
[12] Radbruch enxerga os convencionalismos sociais como uma etapa embrionário do direito (normas jurídicas em formação) ou como normas jurídicas degeneradas, que estão perdendo a juridicidade.
[13] Para Santo Agostinho (jusnaturalista), as leis só são válidas se amparadas no conceito universal de justiça; as leis amparadas apenas no poder, na força, na violência não são direito.

O direito não se funda na força, mas pode empregá-la porque é direito. O fundamento do direito é ético e precede a coerção (força).[14]

Essa perspectiva se alterou com o surgimento do **POSITIVISMO JURÍDICO**, que, na busca de dotar o direito de um caráter científico, afastou-se das correntes jurídico-filosóficas que se fundamentavam em pressupostos universais, harmônicos e permanentes. O foco das ciências jurídicas voltou-se aos pressupostos lógicos e formais da norma positiva.

Para os positivistas, a ciência jurídica é dogmática e ponto! Seu objeto é o direito posto pela autoridade legítima. O maior expoente desta corrente, Hans Kelsen (obra: *Teoria Pura do Direito*) defende a autonomia do direito pelo princípio da pureza, afastando de sua órbita questões intrusas de ordem epistemológica (sociologia, antropologia, etc.) e axiológica (moral, ética, etc.). O intérprete deve manter neutralidade total, ao jamais desenvolver qualquer juízo de valor sobre as normas: lei é lei, não havendo que se falar em justeza ou injustiça – a única análise possível é sobre a *validade* (se a norma foi colocada no ordenamento pela autoridade competente).

Interessante que no direito medieval o direito natural e o direito positivo se harmonizavam: o direito positivo se fundava no direito natural (fator de legitimidade). É no século XIX (com a escola histórica e com o empirismo exegético) que os defensores do direito positivo adotaram postura em contraposição ao direito natural, arrogando para si a exclusividade do direito.



(2017 OAB XXII) A principal tese sustentada pelo paradigma do positivismo jurídico é a validade da norma jurídica, independentemente de um juízo moral que se possa fazer sobre o seu conteúdo. No entanto, um dos mais influentes filósofos do direito juspositivista, Herbert Hart, no seu pós-escrito ao livro O Conceito de Direito, sustenta a possibilidade de um positivismo brando, eventualmente chamado de positivismo inclusivo ou *soft positivism*.

Assinale a opção que apresenta, segundo o autor na obra em referência, o conceito de positivismo brando.

a) O reconhecimento da existência de normas de direito natural e de que tais normas

[14] SICHES, Luis Recaséns. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1978, p. 804.

devem preceder às normas de direito positivo sempre que houver conflito entre elas.

b) A jurisprudência deve ser considerada como fonte do direito da mesma forma que a lei, de maneira a produzir uma equivalência entre o sistema de *common law* ou de direito consuetudinário e sistema de *civil law* ou de direito romano-germânico.

c) O positivismo brando ocorre no campo das ciências sociais, não possuindo, portanto, o mesmo rigor científico exigido no campo das ciências da natureza.

d) A possibilidade de que a norma de reconhecimento de um ordenamento jurídico incorpore, como critério de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos.

Comentários

Assertiva A = "o reconhecimento da existência de normas de direito natural e de que tais normas devem preceder às normas de direito positivo sempre que houver conflito entre elas" é claramente a descrição do sistema **jusnaturalista**.

Assertiva B = a admissão da jurisprudência como fonte *imediata* do direito (no mesmo patamar da lei) compõe a defesa das teorias modernas **jurisprudencialistas** e **realistas**.

Assertiva C = a ideia positivista é aproximar o campo das ciências sociais ao método das ciências da natureza.

Assertiva D = o positivismo inclusivo ou **brando** de Herbert Hart acolhe a ideia de separação entre o direito e a moral. Entretanto, flexibiliza a distinção ao admitir que os sistemas jurídicos incorporem preceitos morais. Em outras palavras, a regra de reconhecimento socialmente aceita e praticada pode incorporar padrões morais, mas não como critério de validade jurídica – a moral é **circunstancial** no direito.

A alternativa correta é a **D**.

JUSNATURALISMO	POSITIVISMO JURÍDICO
+ universalidade	+ territorialidade
+ a fonte do direito é a natureza	+ a fonte do direito é o poder
+ o direito se manifesta pela razão	+ torna-se conhecido pela declaração
+ qualifica-se o direito em justo ou injusto (bom ou mau), conforme sua adequação com a lei da natureza	+ qualifica-se o direito em válido ou inválido, conforme sua colocação no ordenamento pela autoridade legítima
+ estabelece aquilo que é bom	+ preceitua aquilo que é útil

O modelo positivista se tornou paradigmático no alvorecer do século XX. Acontece que após a 2ª Guerra Mundial se percebeu que no ínterim do combate foram cometidas atrocidades

inconcebíveis... e pior: estavam todas amparadas na lei, o que colocou em cheque os exageros do positivismo. O remédio para tal mal, segundo se entendeu, foi admitir que, para fins de busca da justiça, não basta que a autoridade competente positive certa regra no ordenamento jurídico – a validade das normas depende de que possuam certo conteúdo moral.

É assim que surge o movimento que se costuma denominar **PÓS-POSITIVISMO**, teoria moderna que defende a existência de uma relação necessária entre direito e moral.

Hoje há duas posições principais (conforme o grau) para definir a inter-relação entre direito e moral: (a) *tese forte*: os defeitos morais sempre devem ter como efeito a perda da validade jurídica da norma – o direito injusto não é válido, de maneira que prevalecem os argumentos morais (não-positivismo **exclusivo**); (b) *tese fraca*: apenas quando a norma jurídica for extremamente injusta (intolerável) é que perderá a validade – o direito absurdamente injusto não é direito, consoante a fórmula de Radbruch[15] (não-positivismo **inclusivo**).

Robert Alexy, alemão que é possivelmente o mais destacado jusfilósofo vivo, argumenta que as leis mantêm intrínseca relação com a moral e, consequentemente, com a justiça. Desse modo, as normas injustas perdem seu caráter jurídico. Do contrário, qual seria a diferença entre as leis e as regras estabelecidas por uma associação criminosa? Os sistemas jurídicos que não formulam a pretensão de correção (com a moral) não são sistemas jurídicos, pois incorrem em incoerência congênita: a legitimidade das leis baseia-se na crença de que são corretas ou, pelo menos, buscam atingir a correção. Se uma lei é promulgada sem essa pretensão, ela mesma é contraditória, arrasando as engrenagens do sistema que a sustenta[16].

É certo que o ordenamento jurídico tem firme suporte do poder estatal, tendo como princípio **constitutivo** a *imperatividade*. Mas também é certo que seu princípio **regulatório** (que lhe dá sentido) é a justiça. E o sentido não se relaciona com a finalidade, mas com a validade (o que é justo é um valor)[17]. Logo, mesmo que a norma seja extraída de um ato de poder, sua validade não está no próprio poder (autoridade competente), mas na sua aplicação prática na sociedade (capacidade de levar à justiça). Sem correção moral, a norma jurídica é pura arbitrariedade e violência (quem quer que seja o seu autor). É isso que prevalece atualmente.

---

[15] Gustav Radbruch, alemão, professor de direito na Universidade de Heidelberg, busca alinhar a fundamentação do direito no justo com a segurança jurídica, afirmando que tão somente o direito "extremamente injusto" deixa de ter validade.

[16] ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

[17] Sobre o assunto podemos citar o valoroso autor nacional Miguel Reale, que em sua teoria tridimensional do direito vê o fenômeno jurídico como estruturado por fato, valor e norma. O que dá fundamento ao direito é o valor: de nada adianta a norma ser elaborada dentro da técnica se não respeitar a validade ética.



VINCULAÇÃO	SEPARAÇÃO	COMPLEMENTAÇÃO
O direito é um ramo vinculado à moral e suas normas devem ser assim definidas.	O direito (ciência objetiva) não se mistura com a moral (matéria subjetiva). É a tese do positivismo jurídico.	Direito e moral são campos distintos, mas que se comunicam e se complementam.

2.5 LEI X DIREITO



Direito e moral não se confundem. Certo! Mas e lei e direito?

Mais um abacaxi para descascar!

Dois fenômenos contribuíram muito para que lei e direito passassem a se confundir na cabeça não só dos leigos, como também dos operadores jurídicos: (a) a doutrina do positivismo jurídico; (b) o avanço da legislação, que busca ocupar todos os espaços, solucionar todos os problemas – a política atual parece regida pelo princípio de que se há um problema, basta editar uma lei para que esteja tudo resolvido.

Na atenta observação de Bessa Antunes, a explicação disso talvez esteja no fato de que a ideia de lei está intensa e profundamente ligada à de direito, ou talvez seja melhor dizer que a ideia de direito está intimamente vinculada à de lei; e não se trata de simples jogo de palavras feito para o deleite de juristas intelectualizados, que se divertem ao criar armadilhas verbais: a prevalência do direito sobre a lei, ou da lei sobre o direito, ou ainda, a identificação entre os vocábulos representam importantes pontos de vista teóricos com grande significação para a vida de cada indivíduo[18].

E em que pesem as opiniões em contrário (sempre haverá rsrsrs), o que precisa ficar claro (ao menos esse é o meu convencimento) é que na lavoura do direito, a lei é apenas parte da plantação. Lei e direito são conceitos que se relacionam, mas não se confundem: a lei é uma norma estatal (e só); o direito é um conjunto de leis, mais princípios, costumes, valores, ideais... que pretende estar adequado à realização da justiça.

[18] ANTUNES, Paulo de Bessa. *Uma nova introdução ao direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 85.

Tanto é assim que os ingleses e americanos falam *law* (lei) e *right* (direito): o direito independente da lei, podendo ser até mesmo contra ela. Isso não significa que um verdadeiro *right* não possa ser um direito legal, mas sim que continuará a ser, ainda que a lei não admita.



Conforme leciona João **Baptista Herkenhoff**, as decisões valorativas não estão no domínio da lei, mas no da ética. Em condições normais, entre dois valores, deve-se decidir pelo de maior hierarquia; e entre o culto à lei e o culto ao direito, o valor de maior hierarquia é o culto ao direito[19].

Você pode estar confuso, perguntando em que situação haveria de se ter de escolher entre lei e direito. Acontece que, pela própria natureza falível do homem, é lamentavelmente comum que más leis sejam promulgadas, dando vida a esse conflito, caso em que, não se tendo como admitir a validade de ambos, é preciso decidir entre atuar como ordena a lei, em detrimento do direito, ou seguindo o direito, desrespeitando o que determina a lei.

Muitos entendem que a proibição da **eutanásia** está em contradição com o direito a uma vida e, especialmente, a uma morte digna. No Brasil, quem prestar auxílio material a um suicídio assistido poderá responder por crime de homicídio, ainda que privilegiado, isto é, com pena reduzida (artigo 121, § 1º, do Código Penal) – particularmente, tenho mais medo de ficar sofrendo em uma cama do que da morte em si. E você?

Em suma, por mais incrível que possa parecer, a lei pode estar em contradição com o direito, quando se torna instrumento dos mais eficientes à realização de INJUSTIÇAS. Sim, mais essa: a lei pode ter como efeito patentes injustiças, bastando lembrar que alguns dos sistemas mais cruéis que a humanidade teve o desprazer de assistir – escravidão, *apartheid*, nazismo e fascismo (deixo de citar o comunismo por ele ainda insistir em habitar o mundo) – estavam plenamente amparados na lei vigente à época.

A conclusão é que, ao contrário do que se ouve vulgarmente no dia a dia (e do que tentou o implementar o juspositivismo), a lei não é o direito; longe disso, deve estar subordinada e buscar adequar-se a ele (seus preceitos morais, éticos, consuetudinários), na busca da justiça.

E podemos ir além disso: **a lei deve reger tão somente as questões fundamentais ao convívio entre as pessoas**, em que há um consenso mais AMPLO, deixando que os consensos menos amplos sejam resolvidos nos demais campos da regulação humana (desprovidos de coercibilidade institucional).

---

[19] HERKENHOFF, João Baptista. *Carta de iniciação para gostar do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 99.

Tomemos como exemplo o homicídio. Há uma concordância praticamente generalizada em torno de que matar outro ser humano é, em regra, algo ruim. Por isso não há dúvidas de que tal prática deve ser criminalizada – sem o que seria difícil viver em sociedade (seria difícil permanecer vivo). E sem vida (o bem mais fundamental de todos) não há como exercer qualquer outro direito. Por outro lado (não sei o que vocês acham), não me parece que haja a mesma (quase) unanimidade em relação à ingestão de refrigerantes, muito menos que tal matéria seja essencial à vida em sociedade. Então, por que seria ela objeto de intervenção estatal?



Se você está se perguntando por que cargas d'água eu estou falando de refrigerantes, esclareço: o final desta década ficará marcado na história como o tempo de **cruzada estatal contra os refrigerantes**. Entre os diversos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, destacam-se o que *proíbe a venda de refrigerantes em escolas públicas ou privadas* (PL 1755/2007) e o que *proíbe indústrias de refrigerantes de patrocinar esportistas* (PL 4910/16). Por fim, o Ministério da Saúde (governo Dilma) tentava negociar com as redes de *fast-food* a extinção dos refis de refrigerante em redes como o Burger King e já havia adiantado que, caso não conseguisse convencer os fornecedores, editaria lei para proibir a prática. Pelo jeito, logo o refrigerante vai se juntar à maconha e à cocaína. Opa, à cocaína, porque a maconha vai acabar sendo liberada...

Mas pode isso? A lei pode (deveria) fazer esse tipo de opção coercitiva (impositiva), ainda que a pretexto de nos proteger (de nós mesmos)? Essa lei é de direito?

Há muitos que entendem que... NÃO!

Como refere Caetano Marcello, acaba sendo até mesmo uma questão de lógica a necessidade de **restringir a atuação da lei**. Poucos negariam que o poder público foi instituído NÃO para realizar a totalidade dos fins humanos, de modo que seu exercício só é legítimo enquanto respeitar instituições anteriores a ele[20].

Só que também poucos percebem (ou levam a sério) a consequência dessa premissa: a lei deve regular apenas o que for imprescindível, deixando o restante aos demais instrumentos do direito (ética, moral, bons costumes, equidade) ou mesmo à (temível) liberdade dos homens[21].

Fato é que, apesar de todos os avisos, é notável (mas não surpreendente), que, com o passar dos anos, mais e mais amplo tenha se tornado o arcabouço normativo estatal, abarcando matérias antes reservadas à autonomia da vontade, à religião, à cultura. Como ressalta o pensador italiano Giorgio Pallieri, não é difícil perceber que o Estado trabalha

[20] CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 302-303.
[21] Veremos adiante que a situação atual é um tanto complexa: tomo quanto refrigerante quero, porque atuo no meu campo de liberdade e sem gerar dano a terceiro? Humm... você usa saúde pública? Então se você exagerar nos refrigerantes, gerará sim dano (despesa) a terceiro... já que o custeio da sua saúde é **coletivizado**.

infatigavelmente (ainda que de forma oculta, camuflada tanto pelos políticos como pelos teóricos) para tornar tudo de si mesmo, para constituir uma norma e fazê-la valer como única ordem objetiva – ao mesmo tempo jurídica, moral e racional –, não reconhecendo qualquer outra, de nenhum tipo, fora da que é estabelecida por ele próprio[22].

> "A identificação entre Direito e Lei pertence, aliás, ao repertório ideológico do Estado, pois na posição privilegiada ele desejaria convencer-nos de que cessaram as contradições, que o poder atende ao povo em geral e tudo o que vem dali é imaculadamente jurídico, não havendo Direito a procurar além ou acima das leis"[23].

Muitos são os argumentos utilizados para justificar esse fenômeno, notadamente o fato de a **sociedade ter se tornado mais complexa** e a **norma jurídica estatal ser fixa e certa**, em contraste com os preceitos não escritos, os quais seriam voláteis e tendentes a serem manipulados pela vontade arbitrária das partes, representando um perigo à segurança das relações sociais. Cada uma dessas arguições encontra réplica que merece consideração.

A ILUSÃO DA SEGURANÇA E DA JUSTIÇA

A primeira coisa que tem de ser dita é que a complexidade que alcançou a vida moderna, em boa medida, é culpa do próprio ordenamento jurídico: se para cada problema e para cada nova ideia uma lei é criada, a vida em sociedade acaba, inegavelmente, ficando muito mais complicada do que o necessário.

O segundo ponto é que a segurança com a qual se pretende embalsamar a lei está longe de ser um consenso. Fazendo uso, novamente, do pensamento de Pallieri: a defesa da lei em face do alardeado subjetivismo individual é nada mais que uma opinião falsa, tendenciosa e artificialmente formulada[24]. Seus argumentos são sedutores.

Só a lei escrita é objetiva e certa: nada disso! Há convicções morais generalizadas e comuns ideais de justiça que são patrimônio de inúmeros indivíduos e que, por vezes, possuem eficácia que excede à das próprias leis (exemplo: não é porque o Código Civil

[22] PALLIERI, Giorgio Balladore. *A doutrina do Estado*. v. 1 [tradução Fernando de Miranda]. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 20-21.
[23] LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito?* São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 32.
[24] PALLIERI. Idem, p. 136-138.

determina a monogamia que a fidelidade é exigida entre a maioria dos casais no Brasil, nem o fato de o adultério deixar de ser crime liberou tais amarras).

A lei exprime certeza: apesar do fascínio que a afirmação tem entre os juristas, nada há de mais ilusório! Mesmo em condições favoráveis, nenhum advogado está em condições de dizer, com toda a segurança, se determinada ação será ou não procedente perante o Judiciário.

A lei impõe comportamento comum a todos: onde?! Cada cidadão confia muito mais em uma pessoa de quem conheça a sólida e firme reputação de moralidade (tem muito maior certeza sobre o que será o futuro das suas relações de negócios ou de amizade) do que em uma pessoa em relação à qual apenas saiba poder contar com o respeito pelas leis.

Francesco Carnelutti, um dos processualistas italianos com maior influência no Direito brasileiro, lembra ainda que nem todo conflito de interesses se encontra regulado na lei; ao contrário, em um número mais ou menos importante de casos, confere-se ao juiz o poder de resolvê-los de forma autônoma, concreta[25]. A própria lei, em algumas oportunidades, caminha nesse sentido: o artigo 8º do Novo Código de Processo Civil estabelece que ao aplicar o *ordenamento jurídico* (a lei NÃO é a única fonte de direito), o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum.

O que fazer, então? Desconsiderar a lei? De modo algum. A lei é um instrumento importane para a estabilização e segurança das relações sociais. Façamos o seguinte: **primeiro**, ter cautela e uma dose de ceticismo! A lei não está fora do campo da análise crítica. A prescrição legal NÃO cria direito (nem mesmo a constitucional). Uma discussão sobre justiça não pode acabar em: *está na lei (ou na constituição) e ponto final!* **Segundo**, estudar HUMANÍSTICA, onde, justamente, estão os substratos, as ferramentas zetéticas para mexer nos parafusos da dogmática 😍

2.6 CIÊNCIA JURÍDICA

Desde a primeira vez que pisei em uma sala de aula para estudar direito (ou em uma biblioteca, já que eu não era o mais assíduo às aulas, normalmente preferindo os livros) me apaixonei pelas discussões, pela possibilidade de ser **instrumento de mudança social** (para o melhor, espera-se), com a consagração da JUSTIÇA.

[25] CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Pádua, 1936, p. 353.



Todavia, não posso deixar de reconhecer que ora ou outra me dá um desânimo. "*Mas por que, Jean*?" É que as ciências naturais estudam o *ser* (com as coisas são) enquanto nós, juristas, estudamos o vir a ser (como as coisas *deveriam* ser). E algumas vezes isso cansa (especialmente porque é tão difícil *comprovar* qualquer coisa nas ciências humanas – fica tudo na base do convencimento... e tantas vezes as pessoas são enganadas pelo discurso).

Enquanto as ciências naturais estudam *dados*, a ciência jurídica estuda *resultados*. Acontece que esses resultados só se realizam em meio a uma **prática interpretativa** (que dirá se são existentes, bons ou ruins). Em última instância, as teorias jurídicas avançam e se transformam na medida em que atuam, positiva ou negativamente, sobre elas mesmas, impactando na realidade social.



(Ano: 2012 Banca: FEPESE Órgão: DPE-SC Prova: Defensor Público) Hans Kelsen afirmou que a teoria pura do direito é uma teoria geral do direito positivo. Para ele, o Direito é "uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comporta- mento humano". Com o termo norma, Kelsen buscou significar

algo que “deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira”.

Na obra Teoria Pura do Direito, que leva o mesmo nome da teoria de Kelsen, o autor afirma que essa teoria pura busca única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto, ou seja:

a) o que é e como é o Direito.

b) como deve ser o Direito.

c) como deve ser feito o Direito.

d) como deve ser feita a política do Direito.

e) como ocorre a relação entre o Direito e as demais áreas do saber.

Comentários

PEGADINHA! Acabamos de falar que as normas jurídicas atuam no campo do “vir a ser”. Porém, é de se lembrar que o dogmatismo trabalha o direito como ele é. Para Kelsen, discussões de como o direito (B ou C) ou a política (D) deveriam ser não fazem parte do âmbito jurídico, cujo operador não deve permitir a “contaminação” do seu objeto pelas demais áreas do saber (E). A propósito, isso justifica a denominação “teoria é PURA do direito”: cabe ao operador aplicar o direito objetivo sem qualquer juízo de valor que não o da validade (positivação pela autoridade competente).

Assim, não há dúvidas que a assertiva correta é a **A.**



Estávamos a falar do poder do discurso, não? Em suma, nas ciências humanas, quem pode mais chora menos. Noutras palavras: a história é contada pelos vencedores... ou, conforme a inesquecível obra 1984 (de George Orwell): “Quem controla o passado, controla o futuro. Quem controla o presente, controla o passado”. O direito, como a história, é recontado (rescrito, reinterpretado, redito) todos os dias... nosso destino é traçado pela nossa capacidade de discurso, de convencimento. Temos de estar preparados.

Desabafo, choradeira (e advertências) à parte, a ciência jurídica é diferente das outras ciências – mesmo das demais ciências humanas e, principalmente, das ciências naturais. As ciências em geral operam por causalidade: Se A então B: se chove então molha (física). A relação é de causa e efeito no mundo natural. Já a ciência jurídica atua no mundo do dever-ser (normativo) pelo **princípio da imputação**. Se A então deve ser B: se roubar deve ir recluso.

E qual o objeto das ciências jurídicas? Certamente o operador jurídico tem sua atenção voltada precipuamente ao direito positivo – cabe ao cientista jurídico analisar a estrutura da norma e sua função no ordenamento. Mas isso não é tudo! Com a derrocada do positivismo jurídico, **também cumpre ao jurista analisar as demais fontes do direito e sua relação com preceitos éticos e morais**.



(Ano: 2018 Banca: FCC Órgão: DPE-AM Prova: Defensor Público) Relativamente à análise feita por Tercio Sampaio Ferraz Junior, na obra A ciência do direito, acerca da positivação do direito, é INCORRETO afirmar que, para o autor, o fenômeno da positivação

a) estabelece o campo em que se move a ciência do direito moderno.

b) forçou a tematização do ser humano como objeto da ciência do direito.

c) representa uma legalização do câmbio do direito.

d) faz do direito positivo o objeto único da ciência jurídica, condicionando a determinação de seu método e objeto.

e) não faz do direito positivo o objeto único da ciência jurídica, mas condiciona a determinação do seu método e objeto.

Comentários

Assertiva A = com a positivação, o direito passou a ter um campo mais objetivo de análise, com indicação mais clara de suas balizas. Aliás, a positivação possibilitou a franca extensão das fronteiras do direito.

Assertiva B = com a positivação, o homem (e seu comportamento) passou a ser tema de extensiva regulação, inclusive com proteção de sua unidade básica (direitos humanos) e tratamento jurídico de sua vida no aspecto biológico (o que comer, beber, como se locomover, onde viver...).

Assertiva C = o direito se liberta de parâmetros imutáveis e longamente duradouros, de premissas materialmente invariáveis, institucionalizando, ao contrário, a mudança: certa conduta pode ser repentinamente proibida, permitida outra vez, dificultada... o direito modifica-se diuturnamente em vista de uma série de fatores causais.

Assertivas D e E = eram assertivas mutuamente excludentes. E, efetivamente, a positivação NÃO faz do direito positivo o objeto único da ciência jurídica, pois as demais fontes formais continuam a ser estudadas em seu âmbito. Agora, claro, a positivação

condiciona a determinação do método e do objeto das ciências jurídicas (dogmática).

Em vista disso, a alternativa **D** é a INCORRETA e gabarito da questão.

Para arrematar, podemos dizer que, atualmente, a ciência jurídica se caracteriza por adotar uma metodologia capaz de sistematizar racionalmente as fontes do direito e de gerar conhecimento (conceitos) de forma instrumental, voltado a um fim (saber-fazer) – é uma tecnologia que gera saber para uma finalidade: possibilitar ao operador jurídico decidir e resolver conflitos sociais.

É por isso que as ciências naturais utilizam linguagem informativa, enquanto a ciência jurídica utiliza linguagem diretiva. Enquanto um biólogo *descreve* o estado de uma floresta após o rompimento de uma barragem (o que acontece a cada dois ou três anos no Brasil), o jurista determina a reparação do dano (linguagem voltada a dirigir o comportamento alheio, induzindo a uma ação ou omissão).

O direito é a ciência das transformações sociais determinadas por ele mesmo.

3 ORDENAMENTO JURÍDICO

A tecnologia do direito, como instrumento de resolução de conflitos, articula-se em torno da teoria do sistema[26] ou do ordenamento jurídico, tomando-o como um complexo unitário de fontes formais do direito, normativas (regras e princípios) e não normativas (definições e critérios classificatórios), que guardam relação entre si (estrutura com caráter lógico-formal), mediante a solução de conflitos internos (ex: hierarquia entre normas).



[26] Sistema significa *nexo*, reunião de coisas ou conjunto de elementos: o sistema jurídico reúne (entrelaça) as fontes formais do direito.

Ordem significa disposição adequada das partes de um todo para um certo fim.



Desse conceito, podemos retirar os principais caracteres do ordenamento jurídico: *unitário*, *hierarquizado*, *dinâmico*.

Se você está a se perguntar como cargas d'água o ordenamento pode ser **UNITÁRIO** se há direito civil, penal, tributário... respondo que a estrutura em *repertório* (conjunto de normas) é unitária na medida em que os ramos do direito são interdependentes (não desfrutam de real autonomia) – não há como entender o que é furto (CP, art. 155), sem compreender o que é posse e propriedade (conceitos do direito civil); o mesmo se diga em relação a tributos (como o IPVA). Captou? Então prossigamos.

O sistema é **HIERARQUIZADO**: as normas superiores são o fundamento de validade das inferiores e assim sucessivamente. O modelo é formatado na forma de uma pirâmide: no topo está a Constituição (marco inicial do ordenamento), seguida da legislação infraconstitucional e então da regulamentação infralegal (decretos, regulamentos...).



Há autores que defendem existir hierarquia entre normas constitucionais: o sistema se conformaria em torno dos **princípios**, que teriam prevalência (são o elemento principal do sistema, garantindo sua unidade) e, por isso, orientam as demais normas do ordenamento, norteiam seu fim imanente e regulam teleologicamente a atividade interpretativa (são regras de calibração). Assim, o intérprete deve primeiramente identificar os princípios (normas jurídicas qualificadas) para só então seguir para as normas jurídicas particulares.

Bem, esse sistema busca reger a sociedade em suas relações. Por isso mesmo, apresenta-se como **DINÂMICO**, na medida em que é alterado no decorrer dos tempos, conforme se modifica (avança e retrocede) a sociedade. E assim vamos levando...



Hans Kelsen apresenta em sua obra uma classificação do ordenamento jurídico em dois enfoques: *estático* e *dinâmico*. A **estática** se refere às normas postas (em repouso, assentadas). A **dinâmica** envolve o processo (regulado pelo próprio Direito) de produção e aplicação das normas (transmite a ideia de movimento).

Em última instância, a pretensão do ordenamento jurídico, conforme a **teoria da decisão**, é regular o comportamento humano (modelo teórico-empírico) e transformar incompatibilidades (conflitos) em tese indecidíveis (sem solução) em decidíveis. Não há, portanto, eliminação do conflito, mas sua conversão em uma decisão imperativa, que **busca convencer os envolvidos por meio da técnica, integrando o homem em um universo coerente, que garanta alguma segurança e certeza às expectativas sociais**.

O direito é uma tecnologia de decisões persuasivas.



(Ano: 2018 Banca: FCC Órgão: DPE-AM Prova: Defensor Público) Ao discorrer sobre a ciência do direito como uma "teoria da decisão", Tércio Sampaio Ferraz Júnior, na obra A Ciência do Direito, considerando uma visão alargada da decisão, que a compreende

como “um processo dentro de outro processo, muito mais amplo que a estrita deliberação individual”, estabelece a seguinte correlação entre o “conflito” e a “decisão”:

a) A decisão é condição de possibilidade do conflito e, a partir dele, ela não é transformada, mas eliminada.

b) A decisão é condição de possibilidade do conflito e, a partir dele, ela não é eliminada, mas transformada.

c) O conflito é condição de possibilidade da decisão e, a partir dela, ele não é eliminado, mas transformado.

d) O conflito é condição de possibilidade da decisão e, a partir dela, ele não é transformado, mas eliminado.

e) O conflito não é condição de possibilidade da decisão e, a partir dela, ele é eliminado, após ser transformado.

Comentário:

A lógica é a seguinte: (1) antes da decisão é necessário que haja conflito (pressuposto); (2) o conflito não é eliminado pela decisão, mas transformado (diminuído ao aceitável, ao tolerável).

Com essas premissas, a questão parece mais de português (gramática e interpretação de texto) do que de direito.

Alternativa A = a “decisão é condição de possibilidade do conflito”? Ao contrário: o conflito é condição para que haja decisão. A parte final ainda soterra a alternativa: vamos eliminar a decisão? kkkk

Alternativa B = novamente, o mesmo erro na primeira parte do enunciado e agora há inversão: a decisão não é eliminada, mas transformada rsrsrsrs

Alternativa C = CORRETO! Nas palavras do autor: “Decidir, assim, é um ato de uma série que visa transformar incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis, que, num momento seguinte, podem gerar novas situações até mais complexas que as anteriores. Na verdade, o conceito moderno de decisão liberta-a do tradicional conceito de harmonia e consenso, como se em toda decisão estivesse em jogo a possibilidade mesma de safar-se de vez de uma relação de conflito. Ao contrário, se o conflito é condição de possibilidade da decisão, à medida que a exige, a partir dela ele não é eliminado, mas apenas transformado”.

Alternativa D = peca na parte final: o conflito NÃO é eliminado.

Alternativa E = tudo errado: conflito é SIM condição de possibilidade da decisão; NÃO é eliminado após ser transformado.

Portanto, a assertiva correta é a **C**.

Agora, ninguém disse que transformar incompatibilidades, minorar conflitos e convencer os envolvidos é tarefa fácil. O problema é que entre o julgador e a concreção das normas pode haver vários obstáculos: (a) *norma agendi* = descrições típicas imprecisas, contraditórias, ambíguas, vagas, que conduzem a uma multiplicidade de possíveis incidências ou a nenhuma + lacunas (vazios no ordenamento) e antinomias (conflito entre normas); (b) *facultas agendi* = dificuldade para chegar à verdade dos fatos, o que depende da colheita de provas, atividade que tem seus próprios percalços – ao cabo, faz-se um juízo de probabilidade.

Esse contexto não impediu que os positivistas, ao fixar a lei como objeto único do Direito, propusessem uma teoria que enxerga o ordenamento jurídico como um conjunto *unitário*, *harmônico* (coerente) e *completo* de normas capazes de resolver os problemas sociais.



Perceba que as características básicas do ordenamento jurídicos são descritos de modo diverso (mas com a mesma ideia) pelos **positivistas**: **unidade** (monopólio + hierarquização + indivisibilidade), **coerência** (ausência antinomias) e **completude** (ausência lacunas).

UNIDADE	COERÊNCIA	COMPLETUDE
O ordenamento (conjunto hierarquizado de normas) é único (sem similar) e indivisível.	Não há contradições reais entre normas dentro do ordenamento.	O ordenamento é completo: não possui lacunas (não deixa buracos sem solução).

Especialmente a unidade é um tanto diversa, pois engloba três subcaraterísticas: (a) monopólio; (b) hierarquização; (c) indivisibilidade.

O **monopólio** se afirma pela ausência de concorrência. O ordenamento jurídico é o único de sua espécie dentro do Estado. Não há dois ordenamentos vigentes ao mesmo tempo e aplicáveis às mesmas pessoas (o que seria uma verdadeira balburdia... imagine-se o ordenamento **A** impondo a monogamia e o ordenamento **B** possibilitando a poligamia. Qual seguir?).

A **hierarquização** é a ideia de que as normas inferiores retiram seu fundamento de validade das normas imediatamente superiores, até que se chegue à norma hipotética fundamental (constituição em sentido lógico-jurídico).

Já a indivisibilidade é o que já foi tratado alhures: as normas formam um todo orgânico e não podem ser tomadas separadamente, de maneira isolada – o ordenamento compõe um todo sistêmico, ordenado e interdependente.

3.1 LACUNAS

Como já referimos, o ordenamento jurídico é o *bam-bam-bam*, o "ó do borogodó", o maioral... Mas e quando nele houver **lacuna** (um buraco não regulamentado por lei)? Afinal, "em nenhum lugar do mundo foram estabelecidas regras suficientes para regular todas as ações e palavras dos homens (o que é coisa impossível)"[27].

Quando eu penso em ordenamento jurídico, sabe o que me veem à mente? Queijo suíço!!! Preciso dizer por quê?



Mas e aí, como faz? Diante da ausência de lei aplicável ao caso (buraqueira), deixamos de resolver o pepino? O juiz deixa de julgar? Deixa de se dizer o justo? *Jamaixx*!



(OAB XII 2013) Considere a seguinte afirmação de Herbert L. A. Hart:

"Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamentos, estes, não obstante a facilidade com que atuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão." (HART, Herbert. O Conceito de Direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 141)

Hart admite um grau de indeterminação nos padrões de comportamento previstos na legislação e nos precedentes judiciais. A respeito, assinale a afirmativa correta.

a) Trata-se do fenômeno chamado na doutrina jurídica de lacuna material do direito, em que o jurista não consegue dar uma resposta com base no próprio direito positivo para

[27] HOBBES, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Rideel, 2005, p. 126.

uma situação juridicamente relevante.

b) Trata-se da textura aberta do direito, expressa por meio de regras gerais de conduta, que deve ganhar um sentido específico dado pela autoridade competente, à luz do caso concreto.

c) Trata-se da incompletude do ordenamento jurídico que, por isso mesmo, deve recorrer aos princípios gerais do direito, a fim de promover uma integração do direito positivo.

d) Trata-se do fenômeno denominado de anomia social pelos sociólogos do direito, em que existe um vácuo de normas jurídicas e a impossibilidade real de regulação de conflitos juridicamente relevantes.

Comentários:

O que é lacuna material? É a lacuna no direito. E lacuna formal? A lacuna na lei. Compreendeu? Não? Nas palavras de Miguel Reale: "não há de se confundir ordenamento legal e ordenamento jurídico, não podendo o primeiro deixar de ter casos omissos, enquanto o segundo, sendo o sistema de normas em sua plena atualização, não pode ter lacunas e deve ser considerado, em seu todo, vigente e eficaz". Logo, **pode haver lacuna na lei, mas não no direito**. Certamente, o enunciado da questão não se refere à existência de lacuna material (A). Os termos "incompletude do ordenamento jurídico" (C) e "anomia social" (D), isto é, falta de lei, caminham pelo mesmo sentido, tentando fazer crer que o problema trazido a lume é de lacuna (omissão) no ordenamento. Contudo, não é esse o caso. **Hart** está se referindo à textura aberta do direito, que regulamenta as ações do homem por normas gerais de conduta, as quais são humanizadas (individualizadas) com sua aplicação pelo Poder Judiciário no caso concreto.

A alternativa correta é a **B**.

Saliento que **há quem sequer aceite a possibilidade de existência de lacunas no ordenamento**. O sistema pretende ser completo, um conjunto orgânico que atende à integralidade das demandas (não admite solução fora de si mesmo). Santi Romano, por exemplo, defende que aquilo que não está previsto nas normas não diz respeito ao direito – o ordenamento é completo naquilo que lhe apetece (**teoria do espaço jurídico vazio**).

De toda forma, a maioria dos pensadores entende que é impossível alcançar a plenitude lógica, de modo que o sistema demanda a existência de elementos de integração[28] para evitar o *non liquet* (ausência de resposta).

[28] Integração é o fenômeno de criação do direito na busca de tornar o ordenamento completo (íntegro), suprindo suas lacunas.



INTEGRAÇÃO e **INTERPRETAÇÃO** não se confundem. Há pelo menos duas diferenças importantes: **(1)** A interpretação é sempre necessária; a integração só tem razão em caso de vazio normativo. **(2)** A interpretação atua dentro do campo normativo; a integração vai buscar resposta em outras fontes do direito justamente pela ausência de lei específica a reger a hipótese.

Agora que já sabemos que lacunas são "buracos", "vazios", no ordenamento legal (espaços não preenchidos pela lei), podemos avançar para a parte técnica, verificando as várias espécies de lacunas.

Existe uma classificação básica provida por Norberto Bobbio: (a) **próprias**: lacunas percebidas de dentro do sistema jurídico; (b) **impróprias**: derivam da comparação com outro sistema jurídico; (c) **subjetivas**: deixadas pelo legislador; (d) **objetiva**: ocorrem com a interação das relações sociais; (e) ***praeter legem***: a norma não compreende todos os casos; (f) ***intra legem***: a norma é muito genérica, deixando margem demasiada ao intérprete (ausência de condições plenas de aplicabilidade).

Há muitas outras, para o desespero dos estudantes 😥



Vamos abordar algumas dessas classificações, as quais nos ajudam a entender a lógica da coisa toda.

Quanto à **norma**: (a) *autêntica*: não há lei regulando a questão (ex: formação de condomínios horizontais em bairros, com fechamento de ruas); (b) *não autêntica*: há solução na lei, mas esta é considerada indesejada, isto é, a aplicação da lei soa injusta (ex: criança filha de mãe rica que busca exigir pensão alimentícia dos avós paternos pobres quando o genitor some no mundo – a lei permite... mas nosso senso de injustiça apita).

Quanto à **vontade do legislador**: (a) *intencional*: o legislador relega a terceiro a solução concreta do caso (ex: o Código Civil fala em função social do contrato, artigo 421, sem especificar o que é, deixando tal solução ao julgador); (b) *não intencional*: o legislador não

se atenta às várias relações possíveis e deixa de regular algumas (o Código Civil garante o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, no artigo 1.831, mas nada fala sobre o companheiro).

Quanto à **amplitude**: (a) *latente* (latente é o que está oculto): decorre do caráter muito amplo da norma, cujo tipo se torna demasiadamente vago (exemplo: segundo o artigo 28, inciso I, do Código Penal, a emoção e a paixão não excluem crime, o que não é de todo verdade quando provocarem inimputabilidade); (b) *patente*: há efetiva ausência de norma a regular a questão (exemplo: não há previsão legal da paternidade afetiva).

Quanto ao **sistema de normas**: (a) *originária*: ocorre desde o nascimento da norma (exemplo: nem a Constituição, nem o Código Civil fez qualquer alusão a casais homossexuais, casamento, herança, adoção...); (b) *posteriores*: lacunas que aparecem de maneira superveniente, em razão de modificações de situações fáticas ou jurídicas (exemplo: após ser inserido no Código de Processo Penal o princípio da identidade física do juiz, passou-se a indagar: o que fazer nos casos de afastamento do juiz titular, como promoção, licença, férias? Entendeu-se que o juiz substituto podia sentenciar, com base nas exceções previstas no artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973. Acontece que o Novo CPC/2015 não repetiu o dispositivo, até porque não adota mais a identidade física. E agora José?).



Lacuna *intra legem* é aquela em que o legislador determina uma conduta, mas não cria a plenitude das condições para sua aplicabilidade. Exemplo: conforme o artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal, o juiz que *presidiu* a instrução deverá proferir a sentença. Mas o que é presidir a instrução? Isso por que é comum haver cisão da AIJ, com juízes diferentes atuando no caso... E aí? Quem é que julga? É o juiz que ouviu mais testemunhas? É o que tomou declarações da vítima? O que interrogou o réu? A lei não explica.

A classificação mais importante, de todo o modo, é quanto ao **CAMPO DE ABRANGÊNCIA**.

a) *normativa*: não há lei a regular o caso. Exemplo: até o advento da recente Lei nº 13.777/2019, não havia regulação para a propriedade compartilhada no tempo (*time sharing*). Já ouviu falar? O sistema baseia-se no conceito de multipropriedade, permitindo o investimento imobiliário e o uso do mesmo imóvel para várias pessoas, fracionando-se o tempo. Os advogados e concursados fazem muito isso: compram uma casa em Las Vegas (acho brabo) em 12 pessoas e então combinam que cada uma terá direito a um mês no imóvel, por sorteio anual. O instituto já conta com bons anos, mas somente agora é que passou a haver previsão legal desse tipo de condomínio no Brasil (a questão é: havia necessidade de haver regulação?).

b) *ideológica* ou *axiológica*: falta de norma jurídica satisfatória ou justa, isto é, adequada à solução do caso concreto. Exemplo: o artigo 80 do Estatuto do Idoso prevê foro privilegiado ao idoso, com competência absoluta. Então, chegaríamos ao absurdo de, se um idoso litigar contra uma criança, obrigar esta a se deslocar para responder à ação, o que afrontaria a absoluta prioridade prevista no artigo 227 da Constituição.

c) *ontológica*: há dissociação entre a previsão normativa e a realidade social. Aqui eu trago exemplos para ser odiado kkkk, especialmente pelas meninas. Exatamente por isso, inverterei os polos tradicionais do delito. Vejamos. Se uma menina de 18 anos tiver relação sexual consensual com um menino de 13 anos e 11 meses (seu namorado há 1 ano), responderá por estupro de vulnerável, conforme artigo 217-A do Código Penal, com pena de até 15 anos de reclusão, justamente em um país que louva como mais alta expressão da cultura nacional o Carnaval na Sapucaí, com nudez explícita, e incentiva crianças a dançarem funk com letras e coreografias atentatórias ao pudor. A lei está associada à realidade? E a jurisprudência?

Súmula 593 do STJ: O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Outro exemplo clássico de lacuna ontológica (embora alguns citem como costume *contra legem*), também no campo dos crimes contra a dignidade sexual (sendo odioado[2]) é o crime de **casa de prostituição** (artigo 229 do Código Penal): "manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa". São as famosas casas da tia, casas de prazeres, estabelecimentos tais quais os mantidos por Lord Baelish (personagem de GoT). Se preferir termos mais amenos: alcoices ou alcouces, lupanares, bordéis, prostíbulos.

A conduta, porém, é disseminada Brasil afora (não que eu tenha, alguma vez na vida, frequentado um local desses, antros da perdição... nem sei onde ficam). O certo é que os locais contam com ampla aceitação implícita dos órgãos públicos, inclusive com expedição de alvará de funcionamento e cobrança de tributos. Ao que parece, o dispositivo penal se mostra desligado da realidade social. A sua aplicação esporádica é que causa surpresa e perplexidade.

Em forma de esquema:

LACUNAS

- **Normativa**: ausência de lei para o caso concreto
- **Axiológica**: há lei, mas sua aplicação é injusta/insatisfatória
- **Ontológica**: existe lei, mas sem eficácia social



(OAB XVI 2015) O Art. 126 do CPC afirma que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. A questão das lacunas também é recorrente no âmbito dos estudos da Filosofia e da Teoria Geral do Direito. O jusfilósofo Norberto Bobbio, no livro Teoria do Ordenamento Jurídico apresenta um estudo sobre essa questão. O autor denomina por lacuna ideológica a falta de uma norma

a) legitimamente produzida pelo legislador democrático

b) justa, que enseje uma solução satisfatória ao caso concreto.

c) que atenda às convicções ideológicas pessoais do juiz.

d) costumeira, que tenha surgido de práticas sociais inspiradas nos valores vigentes.

Comentários

A assertiva **correta** é a B. Segundo Noberto Bobbio: chamam-se lacunas ideológicas as lacunas que existem em razão da falta de norma jurídica satisfatória ou justa, isto é, adequada à solução do litígio. Não se trata, aqui, da lacuna real, que é a falta de norma jurídica expressa ou de norma jurídica tácita. As lacunas ideológicas apresentam-se ao jurista quando este compara ao ordenamento desejável, ideal, o ordenamento jurídico positivado, podendo-se chamá-las "lacunas de *iure condendo* (de direito a ser estabelecido)".

E se você está pensando algo como: "*mas Jean, eu nunca vou usar isso para nada. Que absurdo eu ter de aprender isso só porque cobram em prova*". Você acredita mesmo que esse conhecimento é inútil??? Vou transcrever aqui o trecho de uma sentença que proferi recentemente. Só não cito o número e maiores detalhes porque o processo tramita em segredo de justiça:

"XX ajuizou a presente ação em face de XX, pretendendo alimentos por parte dos avós paternos, uma vez que seu pai estaria impedido de contribuir para o seu sustento. Devidamente citada, a parte ré respondeu à ação na forma de contestação, na qual sustentou ausência de capacidade financeira para arcar com a responsabilidade patrimonial pretendida. No decorrer do processo, um dos réus faleceu. É o relatório. O pedido é improcedente. A ré é pessoa idosa (tanto que seu esposo faleceu no curso do processo) e humilde, sobrevivendo com salário-mínimo – não tem condições de transferir metade de sua renda sem prejuízo do seu próprio sustento. A genitora (representante legal), por sua vez, é pessoa jovem e com totais condições de laborar. Ora, quem se dispõe a ter filhos precisa encontrar meios de sustentá-los (paternidade e maternidade responsável), quer seja na ausência temporária do pai. É claro que em situações nas quais os avós gozem de condições financeiras confortáveis, podem e devem contribuir para o sustento dos netos (especialmente na ausência do filho). Mas esse não é o caso aqui: a ré mora em residência da CDHU e, já na velhice, tem direito (moral e humanitário) de investir seu modesto benefício previdenciário em proveito próprio, ainda que a norma jurídica possa buscar atingi-la. **Em outras palavras, a despeito de a lei prever a possibilidade dos alimentos avoengos, no caso concreto visualizo lacuna não autêntica, ideológica ou axiológica: a norma jurídica se apresenta inadequada à solução do caso concreto, ensejando a *defeseability* (derrotabilidade ou superabilidade), isto é, o afastamento episódico de regra constitucional e válida, mas que se mostra incompatível com o caso concreto (STJ, REsp 799.431/MG e STF, AgRg na Rcl 3.304/PR; ADI 2.240/DF)**. Por fim, a situação de internação do genitor não remanesce, o qual deve, esse sim, prestar alimentos. Conforme a jurisprudência: "a exegese firmada no STJ acerca do art. 397 do Código Civil anterior é no sentido de que a responsabilidade dos avós pelo pagamento de pensão aos netos é subsidiária e complementar à dos pais, de sorte que somente respondem pelos alimentos na impossibilidade total ou parcial do pai" (STJ, REsp nº 576.152/ES, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, j. 08/06/2010). É a decisão".

Está vendo? Teoria de base está longe de ser algo de outro mundo, inútil, que só vamos estudar para fins de prova. Humanística é conhecimento prático (da vida como ela é e/ou deveria ser).

Por fim, Norberto Bobbio (de novo ele) apresenta dois modos de resolução das lacunas: a heterointegração e a autointegração.

Na **HETEROINTEGRAÇÃO** a resolução da lacuna se dá com base em elemento estranho (externo) ao ordenamento vigente: fontes diversas (exemplo: costume ou doutrina), ordenamentos anteriores ou estrangeiros (direito comparado), documentos internacionais.

Na **AUTOINTEGRAÇÃO** a lacuna é resolvida com base no próprio ordenamento jurídico vigente, como ocorre com a analogia (aplicação da lei a caso semelhante) e os princípios implícitos.

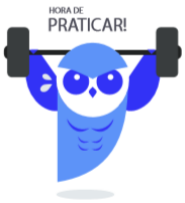
Facinho, não é?!

3.2 ANTINOMIAS

Antinomia é a incompatibilidade de normas dentro do sistema jurídico; ocorre quando a mesma autoridade competente edita duas normas que se tornam insustentáveis uma em relação à outra (conflito entre normas) – é o caso de uma lei proibir o que outra autoriza. Aí ficam os operadores jurídicos a brigar para ver qual norma vai prevalecer.



Um exemplo interessante é do artigo 1.521, inciso IV, do Código Civil, que *proíbe* o casamento entre tios e sobrinhos, em relação ao Decreto nº 3.200/1941, que o *autoriza*, desde que com laudo médico atestando que não haverá problemas para a prole (compatibilidade genética). Pode ou não pode?



(Ano: 2010 Banca: FCC Órgão: DPE-SP Prova: Defensor Público) Em sua teoria do ordenamento jurídico, Norberto Bobbio estuda os aspectos da unidade, da coerência e da completude do ordenamento. Relativamente ao aspecto da coerência do ordenamento jurídico, "a situação de normas incompatíveis entre si" refere-se ao

problema

a) das antinomias.

b) da analogia.

c) do espaço jurídico vazio.

d) das lacunas.

e) da incompletude.

Comentários

ALTERNATIVA B = a **analogia** atua nas lacunas do ordenamento (falta de regulamentação específica), mas que podem ser preenchidas por normas que regulam casos semelhantes.

ALTERNATIVA C, D e E = o **espaço jurídico vazio** deve ser integrado pelas demais fontes do direito. De toda forma, é o caso de **lacuna** (falta de lei específica). Nesse caso, há **incompletude** do ordenamento positivo.

ALTERNATIVA A = "A situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontraram os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: antinomia" (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 81).

A assertiva correta é a **A**.



Com a complexidade dos ordenamentos atuais, até mesmo o *mais atento e hábil dos legisladores* (que o diga o Legislativo brasileiro kkkk) é incapaz de evitar incongruências, em especial diante da necessidade de interpretação sistemática

Essas incoerências podem ser meramente aparentes, isto é, solucionáveis por critérios normativos (cronológico, hierárquico e de especialidade) ou reais, nos casos em que houver conflito entre esses próprios critérios ou, por outra causa, o ordenamento não tiver resposta à solução do conflito.

Antinomia **REAL** é aquela que não tem solução no ordenamento, como a que se dá entre os próprios critérios de solução. Antinomia **APARENTE** é a que pode ser solucionada pela cronologia, especialidade ou hierarquia.

A **antinomia real** tem de ser resolvida, ao cabo, pelo intérprete autêntico (legislador). Quando o julgador precisa resolvê-la emergencialmente, atua como legislador negativo, pois acaba afastando uma das normas colidentes, ou mesmo ambas, do ordenamento jurídico (no caso concreto).



"Quando há choque entre dois dispositivos de uma mesma lei, a antinomia não pode ser resolvida pelos critérios da hierarquia ou da sucessividade no tempo, porque esses critérios pressupõem a existência de duas leis diversas, uma hierarquicamente superior à outra, ou esta posterior à primeira. Nesse caso, que é o de mais difícil solução, o que é preciso verificar é se a antinomia entre os dois textos da mesma hierarquia e vigentes ao mesmo tempo é uma antinomia aparente, e, portanto, solúvel, ou se é uma antinomia real, e, consequentemente, insolúvel. **A antinomia APARENTE é aquela que permite a conciliação entre os dispositivos antinômicos, ainda que pelo que se denomina 'interpretação corretiva', ao passo que a antinomia REAL é aquela que, de forma alguma, permite essa conciliação, daí decorrendo a necessidade de se adotar a chamada 'interpretação ab-rogante'**, pela qual ou o intérprete elimina uma das normas contraditórias (ab-rogação simples) ou elimina as duas normas contrárias (ab-rogação dupla)" (STF, HC nº 68.793, Rel. Min. Moreira Alves, j. 10/03/1992).

Então, para solução dos conflitos parentes devemos adotar os critérios *hierárquico*, *cronológico* e de *especialidade*, de modo que apenas uma das disposições sobreviva (tenha aplicação no caso), sendo a outra relegada. **ATENÇÃO AQUI**! Apenas se as normas forem efetiva e absolutamente incompatíveis ao caso é que se poderá falar em antinomia e solução de conflitos – se houver solução interpretativa, de maneira a conciliá-las, não há que falar em adoção dos referidos critérios.

O critério **cronológico** pauta-se no tempo. Diante de duas normas conflitantes, permanece aplicável a norma editada posteriormente (*lex posterior derrogat priori*). Já o critério **hierárquico** dá prevalência à norma hierarquicamente superior (*lex superior derrogat inferior*). Por derradeiro, o critério da **especialidade** faz sobejar a norma especial, isto é, aquela que regula a matéria de modo específico (*lex specialis derrogat generali*).

Espiemos a prática: ao ingressar em vigência, o Código Civil de 2002, no artigo 1.831, estabeleceu que "ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação". Nada falou sobre o *companheiro*, sendo que a união estável também é regulada no código (arts. 1.723 a 1.727). Acontece que o artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº

9.278/96 prevê que "dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação". E aí, como fica? Claro que podemos realizar uma interpretação extensiva do artigo 1.831 do CC (a toda evidência, a lacuna é não intencional – legislador dorminhoco), mas o tema causou polêmica. Foi preciso manejar, especialmente no início, o critério da *especialidade* para assentar que a lei que regulava a união estável era especial em relação ao Código Civil (norma geral).



O conflito entre normas pode ser **total** ou **parcial**. No primeiro caso ocorre a ab-rogação da norma anterior, ou seja, supressão total. No segundo temos a derrogação, que afeta apenas parcialmente a norma preterida.

E quanto houver conflito entre os meios de solução de conflito? Interessante, não? Pode haver conflito entre os próprios critérios: hierárquico e cronológico (lei superior x lei mais recente); de especialidade e cronológico (lei especial x lei geral mais recente); hierárquico e de especialidade (lei superior geral x lei especial). Chamamos essas incidências (conflito de critérios simultâneos de solução) de antinomia de segundo grau (as antinomias simples, ou de primeiro grau, são as solucionáveis por **UM** dos critérios assinalados).

Entre o critério *hierárquico* e o *cronológico* (norma anterior hierarquicamente superior x norma posterior hierarquicamente inferior) prevalece o hierárquico, mantendo-se aplicável a norma superior em detrimento da posterior. Entre o critério da *especialidade* e o *cronológico* (norma anterior especial x norma posterior geral) prevalece a especialidade (norma geral posterior não derroga a especial anterior). Entre o critério *hierárquico* e o da *especialidade* (norma geral superior x norma especial inferior), embora haja divergência doutrinária, parece ser seguro caminhar na linha do pensamento de Norberto Bobbio, havendo prevalência do critério hierárquico.

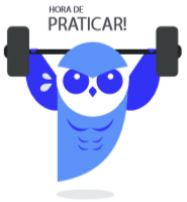


O critério **hierárquico** é SOBERANO em relação aos demais. O critério de **especialidade** se SOBREPÕE ao da cronologia. O **cronológico** resolve conflitos entre "lei geral x lei geral" e "lei especial x lei especial".

Hierarquia: critério mais forte

Especialidade: critério mediano ou intermediário

Cronológico: critério mais fraco



(PGM - Manaus – AM 2018/Procurador do Município) À luz das disposições do direito civil pertinentes ao processo de integração das leis, aos negócios jurídicos, à prescrição e às obrigações e contratos, julgue o item a seguir.

O conflito de normas que pode ser resolvido com a simples aplicação do critério hierárquico é classificado como antinomia aparente de primeiro grau.

Comentários

A antinomia de primeiro grau refere-se ao conflito que envolve apenas um dos critérios (hierárquico, especialidade ou cronológico); já a antinomia de segundo grau envolve dois ou mais dos critérios analisados. A antinomia **aparente** é aquela que pode ser resolvida a partir dos critérios citados; já a antinomia **real** não pode ser resolvida pelos meios ordinários.

O item está **correto**.

Por fim, pode haver ainda **conflito entre normas do mesmo nível, ambas gerais e contemporâneas**, caso em que a doutrina se divide em duas posições principais: (1) deve-se adotar como critério norteador a busca da justiça (a crítica é de que o conceito de justiça seria demasiado subjetivo); (2) deve-se verificar qual norma se encontra mais ajustada aos valores albergados pelo ordenamento jurídico (em tempo de prevalência dos princípios, tal proposta não é lá tão mais objetiva).

3.3 FONTES



O que te vem à cabeça ao pensar em uma fonte? A estátua do anjinho no parque, fazendo xixi em uma bacia (como a Manneken Piss em Bruxelas)? Talvez uma visão mais comportada, estilo fonte dos desejos (cheia de moedinhas)... Boa! Essa é a ideia. Fonte é de onde algo brota, surge, tem **origem**. As fontes do direito nada mais são do que isso: de onde vêm as normas de conduta. De modo mais técnico: são os modos de manifestação (exteriorização) das normas jurídicas.

É possível dividir as fontes em formais e materiais.

Fonte formal: forma pela qual o direito se manifesta; instrumento utilizado para regular as condutas em sociedade e para solucionar eventuais conflitos (leis, costumes, princípios gerais do direito).	**Fonte material: fatores que interferem e condicionam a formação das normas (implicam o conteúdo das fontes formais); são as razões para que as fontes formais possuam determinado conteúdo (ex: razão política, ideológica, econômica, etc.).**

Outra questão que podemos estudar é a classificação das fontes do direito (ahh pare! Jura que temos de estudar classificação? Novidade... 😅). Advirto que o que a doutrina clássica afirma (e que repassarei) já não é mais tão consensual assim. De toda forma, pode cair em prova, então vamos lá.

Quanto à **natureza**, as fontes podem ser: (a) *diretas, próprias ou puras*: aquelas que tem como finalidade única servirem de modo de produção do direito (natureza jurídica exclusiva de fonte formal) – é o caso da lei, dos costumes e dos princípios gerais do direito; (b) *indiretas impróprias ou impuras*: não se prestam, fundamentalmente, a ser modo de produção do direito, recebendo essa incumbência de maneira excepcional ou incidental. Classicamente, diz-se que a doutrina e a jurisprudência são fontes indiretas (mediatas), pois se destinam prioritariamente a interpretar a lei.



Nos países de *common law* é possível afirmar que a jurisprudência é fonte direta do direito. A novidade agora é que mesmo em países como o Brasil (pretensamente de *civil law*), a jurisprudência vem alcançando tal status (ex: Súmulas Vinculantes sem pano de fundo normativo). Tomemos como exemplo a Súmula Vinculante nº 11, que passou a

regulamentar o uso de algemas em 2008, sendo que somente em 2016 é que o Decreto nº 8.858 veio a lume (praticamente repetindo a redação do enunciado jurisprudencial).

Quanto ao **órgão produtor**, as fontes podem ser: (a) *estatais*: são produzidas pelo Estado, como a lei e a jurisprudência; (b) *não estatais*: são geridas na sociedade, como os costumes e a doutrina.

E ainda há quem classifique **quanto ao grau de importância**: (a) *principais*: a lei seria a fonte principal, não podendo o aplicador se valer de outra fonte quando houver lei a reger o caso ("quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito" – artigo 4º da LINDB); (b) *acessórias*: fontes que auxiliam o aplicador do direito na ausência da lei, como os costumes e os princípios gerais do direito, além da doutrina e da jurisprudência.



Será que é tão simples assim? E no caso de lacuna ideológica (há lei, mas sua aplicação gera injustiça)? Atualmente, os princípios, a doutrina e a jurisprudência muitas vezes afastam a lei.

Agora vamos às fontes propriamente ditas: lei, costumes, princípios gerais do direito doutrina e jurisprudência. Se estiver com vontade de ir ao banheiro ou de pegar um café, a hora é agora... depois é foco e concentração!

3.3.1 Lei

Leis. Se por um lado há que entenda que "as leis constituem algo de odioso, pois sendo o homem naturalmente bom e devendo viver de acordo com os ditames da natureza universal, o que deve governar é o exemplo, e não os códigos" (Confúcio), por outro viés há quem diga que as leis são "a alma do Estado" (Baruch Spinoza).

Nós, juristas, falamos de lei o tempo todo. Mas sabemos exatamente o que é a lei? A resposta não é tão simples quanto parece.



O dicionário define a lei com a regra de direito ditada pela autoridade estatal e tornada obrigatória para manter, numa comunidade, a ordem e o desenvolvimento; a norma elaborada e votada pelo Poder Legislativo; a obrigação imposta pela consciência e pela sociedade[29]. Jean-Jacques Rousseau, baluarte da democracia moderna, entende que a lei é a matéria decidida conforme a vontade do povo[30].

De forma genérica, a lei pode ser vista como uma norma de conduta que disciplina relações de fato e cuja observância é imposta institucionalmente, restringindo o campo de liberdade do cidadão. Já de modo mais técnico, o vocábulo pode ser abordado ao menos em três variantes (conceitos):

> 1ª) Amplíssima, em que o termo lei é empregado como sinônimo de norma jurídica, incluindo quaisquer normas escritas ou costumeiras. [...] toda norma geral de conduta que defina e disciplina as relações de fato incidentes no direito e cuja observância é imposta pelo poder do Estado [...]. 2ª) Ampla, [...] concebe que a lei é, etimologicamente, aquilo que se lê. [...] designa toda as normas jurídicas escritas, sejam leis propriamente ditas, decorrentes do Poder Legislativo, sejam os decretos, os regulamentos ou outras normais baixadas pelo Poder Executivo. [...]. 3ª) Estrita ou técnica, em que a palavra lei indica tão-somente a norma jurídica elaborada pelo Poder Legislativo, por meio de processo adequado[31].

[29] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário eletrônico Aurélio versão 5.0*. Curitiba: Positivo Informática, 2004. CD-ROM.
[30] ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Do contrato social* [tradução de Pietro Nassetti]. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 45.
[31] DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito.* 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, 289-290.

Em outras palavras: (a) *amplíssimo*: engloba todas as fontes formais (inclusive doutrina e jurisprudência); (b) *amplo*: abrange tanto as normas oriundas do Poder Legislativo como do Poder Executivo (decretos, regulamentos e portarias); (c) *estrito*: abarca apenas as emanações do Poder Legislativo, em sua função típica – normas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções (CF, art. 59).

Para fins dos nossos estudos, vamos entender que lei é o preceito jurídico escrito, estabelecido pela autoridade estatal competente e dotado de caráter geral e obrigatório.

Preceito = mandamento constituído por dois preceitos: (a) *primário*: descrição de uma conduta típica proibida ou obrigatória; (b) *secundário*: imposição de uma sanção (punitiva ou premial).
Jurídico = é jurídico porque busca o justo – os preceitos morais buscam o bom, os religiosos o sacro, os estéticos o belo...
Escrito = a feitura da lei demanda um processo formal que finda na publicação do texto escrito.
Estatal = o Estado, a rigor, tem o monopólio da elaboração de leis.
Competente = não basta que a lei seja proveniente do Estado, devendo ser da autoridade estatal competente, o que enseja estrito respeito ao processo legislativo (regras de elaboração) – iniciativa para provocar e competência para aprovar a lei.
Geral = a lei é feita para reger casos em geral (não específicos) – essa ideia de generalidade volta-se à impessoalidade (a lei não é feita para uns ou outros, mas para todos incidentes na situação descrita no preceito primário). Obs.: as leis que possuem destinatário certo, ou seja, atingem pessoas ou grupos determinados (normas individuais ou de efeito concreto), como as que tombam um bem ou criam um município, são, na verdade, atos administrativos em sentido material (apenas exteriorizados na forma de lei).
Obrigatório = norma sem sanção é conselho (como diria Padre Quevedo: "isso *non existe*"). As normas são imperativas, obrigatórias em vista da sanção, que pode estar prevista na própria norma ou extraída do sistema.

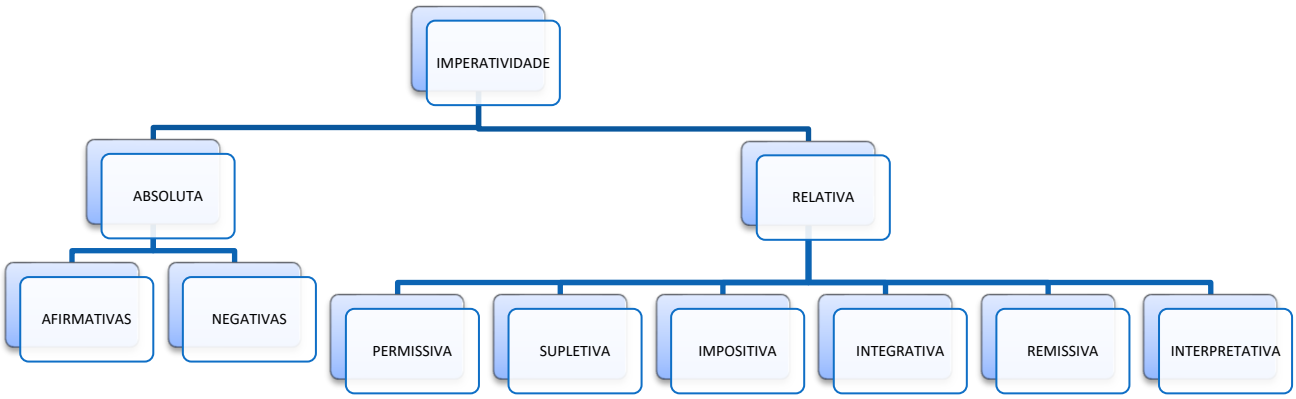
Para além das acepções, existem, ainda, muitas classificações das leis. Algumas são interessantes, a exemplo da que as qualifica conforme a **imperatividade** (força obrigatória)

em absoluta (afirmativa e negativa) e relativa (permissiva, supletiva, impositiva, integrativa, remissiva e interpretativa). Vejamos.

São de *imperatividade* ***absoluta*** (de ordem pública) as normas que não deixam margem à vontade individual. Como exemplo podemos citar os artigos 1.789 e 1.845 do Código Civil – goste ou não dos seus filhos, metade da sua herança (legítima) será dividida entre eles (salvo hipóteses muito excepcionais, não há como afastá-los do direito hereditário). As normas de *imperatividade relativa* (dispositivas) são as que concedem às partes interessadas alternativas. Exemplo clássico é o artigo 425 do Código Civil, que confere aos interessados a possibilidade de estipular contratos atípicos.

Dentro das normas de imperatividade **absoluta** temos as normas *afirmativas*, que ordenam uma conduta (o domicílio do incapaz é o do seu representante - CC, art. 76) e as *negativas*, que vedam um comportamento ou consequência, como a que proíbe usucapião sobre bens públicos (CC, art. 102).

Já em relação às normas de imperatividade **relativa** temos a seguinte subdivisão: (a) *permissiva*: autorizam uma ação ou abstenção (retomada dos bens doados em caso de pré-morte do donatário – CC, art. 547); (b) *supletiva*: suprem a ausência de manifestação das partes (no silêncio das partes, o lugar do pagamento é o domicílio do devedor – CC, art. 327); (c) *impositiva*: modalidade em que, no silêncio da parte, uma norma supletiva se torna impositiva (não ajustada data futura para pagamento, este passa a ser exigível desde logo – CC, art. 331); (d) *integrativa*: busca harmonizar o sistema jurídico estabelecendo categorias (é bem imóvel o solo e tudo o que a ele se incorporar – CC, art. 79); (e) *remissiva*: remetem ao conteúdo de outras normas (aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade – CC, art. 52); (f) *interpretativa*: visam esclarecer o conteúdo de outras normas (a expressão "casa" compreende: qualquer compartimento habitado; aposento ocupado de habitação coletiva; compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade – CP, art. 150, § 4º).



Pronto. Passamos essa parte mais enfadonha (nem doeu tanto assim, não é?) Agora, vamos relaxar. Você já ouviu alguém falando em "artigo tal do código *adjetivo*"? Sim? Sabe o motivo? Não? Bem, pela classificação das normas segundo a **natureza**, há normas *substantivas* (materiais), que declararam, criam, modificam ou extinguem direitos (ex:

definem um crime; impõem um tributo); e normas *adjetivas* (processuais), que regulam o processo e o procedimento para fazer valer o direito substantivo. É por isso que alguns autores chamam o direito processual de adjetivo.

Por fim, quanto à **intensidade da sanção**, as leis podem ser classificadas em: (a) *mais que perfeitas*: fixam uma dupla sanção para o caso de sua violação – nulidade do ato praticado (restabelecimento à situação anterior) + pena (ex: aquele que de má-fé invade terro alheio e nele constrói é obrigado a demolir o que nele construiu e ainda pagar perdas e danos em dobro – CC, art. 1.259, parte final); (b) *perfeitas*: impõem somente a nulidade do ato praticado, sem dupla sanção (ex: nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço – CC, art. 489); (c) *menos que perfeitas*: não invalidam o ato, fixando sanção diversa (ex: reconhecida a onerosidade excessiva em contrato, haverá a redução da prestação – CC, art. 480); (d) *imperfeitas*: não fazem incidir nem nulidade, nem pena específica, apenas ensejando uma consequência jurídica minimamente desfavorável, de modo a desincentivar a situação (ex: não chegando os condôminos a um consenso na administração do bem comum, a questão sairá de suas mãos e será decidida pelo juiz – CC, art. 1.325, § 2º).

Conforme combinamos, não vamos aprofundar nos assuntos da LINDB, já que nossa intenção aqui é dar foco à humanística (você poderá estudar a lei de introdução ao direto por seus termos – essa é minha recomendação, inclusive). Apenas gostaria de passar rapidamente pelos planos dos efeitos das normas: existência, validade, eficácia e efetividade.

Uma norma passa a **existir** após ser *sancionada* pela autoridade competente, mas sua força obrigatória opera com a *promulgação* – ato pelo qual o Poder Executivo reconhece a autenticidade da norma e determina seu ingresso no ordenamento jurídico. A **validade**, por outro lado, liga-se à sua harmonia dentro do sistema constitucional, quer seja de conteúdo (aspecto material) e de observância rígida do processo de elaboração (aspecto formal). Já a **eficácia** (jurídica) é a potencialidade de a norma produzir efeitos concretos (existência + validade), devendo ser somada à **efetividade**, que é a eficácia social, real incidência na sociedade (vulgarmente dizemos que "a norma pegou").

EFICÁCIA DA LEI NO TEMPO



A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é uma *lex legum*, ou seja, um conjunto de normas que trata sobre normas (Dec-Lei nº 4.657/1942), regulamentando sua aplicação (vigência, integração, territorialidade, etc.).



Pois bem. Como o tema cai em provas (como água de uma cachoeira), em que pese eu entenda que ele fica fora da humanística, não dormiria bem se não lhes provesse informação (mínima) a respeito. Então, *bora lá*!

A vigência da lei é o período em que se dá a produção dos seus efeitos ordinários (regulação de situações fáticas). A lei *nasce* com a promulgação, sendo *conhecida* após a publicação.



Ingresso da lei em vigência:
+ na data ou prazo indicado no corpo do texto
+ se lei é silente quanto à entrada em vigor:
a) no Brasil = 45 dias da publicação
b) no Estrangeiro = 3 meses da publicação

Para fins de contagem da *vacatio legis* (vacância antes de entrar em vigência), computa-se o dia de início e do término, entrando em vigor no dia seguinte, ainda que não útil (ex: lei publicada em 01/03 → 30 dias → início da vigência = 31/03). Se o prazo estiver em anos ou meses aplica-se o artigo 132, § 3º, do Código Civil.

Decretos e Regulamentos, salvo disposição diversa, entram em vigor no dia da publicação.

E se houver um erro na lei e ela precisar ser modificada? Somente quanto à parte modificada:

DURANTE VACATIO LEGIS	APÓS ENTRADA EM VIGOR
Recomeça a contar o prazo.	Considera-se nova lei.

Um princípio importante é o da *continuidade* (art. 2º), segundo o qual as normas continuam a viger até que outra a revogue. Como consequência, no Brasil NÃO se admite o desuetudo (desuso).

Revogação por nova lei: (a) expressa (a nova diz que textualmente que a lei antiga fica revogada); (b) a *novatio legis* regula a matéria de modo incompatível com a anterior; (c) a *novatio legis* dispõe inteiramente sobre a matéria.

AB-ROGAÇÃO	DERROGAÇÃO
Revogação total da norma.	Revogação parcial da norma.



A lei nova que estabelece disposições gerais ou especiais a par das já existentes **NÃO** revoga a anterior.

No Brasil a *repristinação* (retorno à vigência de lei revogada em caso de revogação da lei revogadora) não é adotada como regra, salvo expressa disposição em contrário (a terceira lei revogar a segunda e expressamente trazer a primeira de volta à vida). Contudo, o efeito repristinatório ocorre no controle concentrado de constitucionalidade (art. 27 da Lei nº 9.868/1999) – se a lei revogadora for considerada inconstitucional, torna-se desprovida de efeitos desde o nascedouro, fazendo retornar ao ordenamento a legislação revogada.



Uma de suas funções mais importantes é impor a eficácia geral e abstrata da lei, inadmitindo a ignorância quanto à lei vigente: **o desconhecimento da lei é indesculpável** (mesmo diante da miríade-babel legislativa que vivemos). A LINDB impõe uma presunção relativa de conhecimento das leis (art. 3º) – "ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece".

3.3.2 Costumes



Usos e costumes. Esse é o termo que normalmente aparece em lei (como veremos adiante). Quer falar bonito? Então fale em direito consuetudinário[32]. Pronto! Ambas as denominações (legal ou chique) se referem à norma de conduta aceita e obedecida habitualmente, sem maiores formalidades. É uma importante fonte do direito, manifestando-se antes mesmo das demais fontes, inclusive da lei (normalmente a lei é estrutura com base nos costumes do povo).

[32] Há uma passagem no livro "Primeiro ano" (Scott Torow), o qual desde já recomendo, em que o autor, citando um professor de Harvard, assenta: "para ser um pato é preciso aprender a grasnar". Captou? Não? Eu explico. Quer ser um jurista (pato)? Não tem jeito... é preciso pegar o vocabulário técnico (falar difícil = grasnar). Então, não reclame quando escrevo termos em Latim e coisas do tipo... dentro do possível: memorize!

Do ponto de vista técnico, NÃO é qualquer comportamento habitual que pode ser considerado um costume (fonte do direito) – senão o Homer Simpson daria as cartas rsrsrs. Há requisitos a serem perscrutados.

O primeiro é o ***objetivo***, a prática constante e reiterada no tempo, isto é, a *continuidade*, *uniformidade* e *diuturnidade* do comportamento.

Já o requisito ***subjetivo*** é a crença social (generalizada) quanto à obrigatoriedade da conduta (*opinio necessitatis*).

CUIDADO! Mesmo que haja desrespeito da conduta costumeira por um ou mais indivíduos, o que importa NÃO é a efetividade propriamente dita, mas a o fator psicológico (a crença).



(Ano: 2014 Banca: FCC Órgão: TCE-GO Prova: Analista de Controle Externo) A respeito dos costumes, como forma de integração da norma jurídica, considere:

I. Continuidade.

II. Uniformidade.

III. Diuturnidade.

IV. Moralidade.

Incluem-se dentre os seus requisitos os indicados em:

a) I, II, III e IV.

b) I, II e III, apenas.

c) III e IV, apenas.

d) I, II e IV, apenas.

e) II e III, apenas.

Comentários

TUDO CORRETO. Para que seja considerando fonte do direito, o costume deve estar arraigado na consciência da população por sua prática durante tempo considerável, além de gozar da reputação de imprescindível. Lembre-se: a) continuidade; b) uniformidade; c) diuturnidade; d) moralidade; e) obrigatoriedade.

Assim, CORRETA a alternativa **A**.

Mas de onde vêm os costumes? Há três teorias sobre o seu fundamento: (a) *teoria da vontade popular*: é o uso inveterado (no aspecto visível) do costume que o fundamenta – o fator psicológico é sua motriz (aperfeiçoamento da teoria de Savigny); (b) *teoria da sanção jurídica*: o costume, por si só, não tem qualquer força jurídica, de modo que o que o fundamenta e lhe dá eficácia é a decisão do juiz (defendida pelo jurista francês Marcel Planiol); (c) *teoria do direito natural*: as regras consuetudinárias são a verdadeira base do direito – é inerente à natureza do homem ter preceitos básicos pelos quais se dirige em sociedade ou fora dela.

Como quase tudo no direito, os costumes possuem classificações (depois que Aristóteles começou a classificar as coisas, o homem nunca mais parou).

Quanto à **origem**, os costumes podem tem seu berço no seio *popular* ou *científico*. A rigor, o costume (regra jurídica não escrita) nasce na base da sociedade (comportamento reiterado da população + crença na obrigatoriedade). Mas há também o costume científico, que tem origem entre os pensadores (cultores do direito).



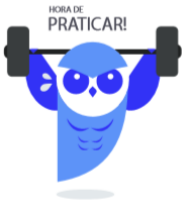
Um exemplo de costume científico seria a teoria da imprevisão, que surgiu na idade média, quando os juízes passaram a afirmar que em todos os contratos haveria inserida implicitamente uma cláusula *rebus sic stantibus* (enquanto as coisas assim estiverem), ou seja, o contrato era obrigatório em seus exatos termos se a situação entre as partes permanecesse a mesma até o cumprimento integral das obrigações. Se houvesse sensível alteração, o contrato poderia ser revisto.

Veremos mais adiante que, exatamente por isso, parte dos pensadores considera que a doutrina e a jurisprudência NÃO são fonte autônoma do direito, mas parte dos costumes (na origem científica).

Outra classificação importante (a mais citada e cobrada) é quanto ao **alcance**. Os costumes podem ser *contra legem*, *praeter legem* ou *secundum legem*.



O costume ***contra legem*** (costume negativo) é aquele contrário ao que dispõe a lei. Em outras palavras, a prática reiterada e constante em contraposição à norma, com a crença na impossibilidade de incidência da respectiva sanção. O costume negativo NÃO tem força para afastar a norma do ordenamento jurídico (só lei revoga lei). Em suma, o costume *contra legem* NÃO é normalmente admitido. Porém, há posicionamentos (polêmicos) de que ele pode levar à inefetividade da lei, isto é, à inviabilidade de sua incidência no campo social. Um exemplo sempre citado é o desrespeito ao sinal vermelho durante a madrugada (especialmente em grandes cidades, evitando assaltos)[33]. Mas, sem dúvida alguma, o caso mais polêmico no Brasil é o da casa de prostituição.



(TRF - 1ª REGIÃO/2017/Técnico Judiciário) Acerca da vigência, aplicação, interpretação e integração das leis bem como da sua eficácia no tempo e no espaço, julgue o item a seguir.

Admite-se o costume *contra legem* como instrumento de integração das normas.

Comentários

Prevalece que o costume *contra legem* não é admitido no direito brasileiro. Não há costume ab-rogatório (revogação das leis pelos costumes), pois só uma lei pode revogar outra lei. O próprio desuetudo (perda da eficácia normativa pela não aplicação – ineficácia social) é bastante questionado: o fato de o "jogo do bicho" ser prática corriqueira em muitos lugares não retira o seu caráter ilícito (contravenção penal).

A assertiva é **ERRADA**. E essa é a resposta mais SEGURA para fins e provas objetivas. Em provas subjetivas é possível problematizar.

[33] Mesmo Kelsen, em seu positivismo jurídico radical, admite que se a norma não goza de um mínimo de eficácia social (se nem em parte é aplicada e respeitada), não deverá ser considerada como válida (vigente).

"O delito previsto no artigo 229 do Código Penal, qual seja, manutenção de casa de prostituição, acompanhando o entendimento doutrinário e jurisprudencial, trata-se de conduta atípica. O referido tipo penal, a despeito de sua tipicidade formal, não possui tipicidade material, já que tolerado pela sociedade e pelo Estado - Administração. Diz-se, portanto, que inexiste crime na conduta de manter em funcionamento casa de prostituição localizada em zona de baixo meretrício e devidamente autorizada pelos órgãos competentes, com fiscalização ou sem oposição de restrições pelo Poder Público. A concessão de alvarás de localização e funcionamento a boates, motéis e outros estabelecimentos dessa natureza, com a cobrança de taxas e impostos, retira a justificativa racional e jurídica para a condenação de quem mantém esse tipo de estabelecimento" (TJES, ACr nº 64040005783, 14/01/2009).

O costume ***praeter legem*** é aquele que vai além da lei, buscando suprir as lacunas da norma escrita (colmatação) e, portanto, possui caráter supletivo (regula situações não descritas na norma positivada). Um vívido exemplo é o do cheque. É prática absolutamente comum a emissão de cheque pré-datado (ou pós-datado), o famoso "bom para". Tal conduta não desnatura o título de crédito, tanto que se apresentado ao banco sacado de imediato (pela lei, cheque é pagamento à vista) será pago ou devolvido por ausência de provisão de fundos. Contudo, o costume supletivo atua de tal forma que a jurisprudência assentou: "caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado" (STJ, Súmula 370).



(2015/FCC/TJSC/Juiz) Dêste modo, quando surge no seu logrador um animal alheio, cuja marca conhece, o restitui de pronto. No caso contrário, conserva o intruso, tratando-o como aos demais. Mas não o leva à feira anual, nem o aplica em trabalho algum; deixa-o morrer de velho. Não lhe pertence. Se é uma vaca e dá cria, ferra a esta com o mesmo sinal desconhecido, que reproduz com perfeição admirável; e assim pratica com tôda a descendência daquela. De quatro em quatro bezerros, porém, separa um, para si. É a sua paga. Estabelece com o patrão desconhecido o mesmo convênio que tem com o outro. E cumpre estritamente, sem juízes e sem testemunhas, o estranho contrato, que ninguém escreveu ou sugeriu. Sucede muitas vêzes ser decifrada, afinal, uma marca sòmente depois de muitos anos, e o criador feliz receber, ao invés da peça única que lhe fugira e da qual se deslembrara, uma ponta de gado, todos os produtos dela. Parece fantasia êste fato, vulgar, entretanto, nos sertões. (Euclides da Cunha – Os sertões. 27. ed. Editôra Universidade de Brasília, 1963, p. 101).

O texto acima, sobre o vaqueiro, identifica

a) espécie de lei local, de cujo teor ou vigência o juiz pode exigir comprovação.

b) a analogia, como um meio de integração do Direito.

c) um princípio geral de direito, aplicável aos contratos verbais.

d) o uso ou costume como fonte ou forma de expressão do Direito.

e) a equidade que o juiz deve utilizar na solução dos litígios.

Comentários

ALTERNATIVA A = nada se falou na existência de lei local.

ALTERNATIVA B = analogia é aplicação de lei a caso semelhante, não regulado especificamente pelo ordenamento.

ALTERNATIVA C = poderia se falar em um princípio geral de vedação ao enriquecimento ilícito, mas o caso é tão claro de costume *praeter legem*, que dá para marcar sem dúvidas!

ALTERNATIVA E = equidade é a flexibilização da lei para fins de obter o justo no caso concreto

ALTERNATIVA D = descrição de prática costumeira e constante, com crença de obrigatoriedade, ou seja, COSTUME.

A alternativa correta é a **D**.

O costume ***secundum legem*** é o que a lei absorveu (passando de fonte secundária para fonte principal). Confira o que estabelece o artigo 187 da lei *substantiva* civil: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". E não para por aí. Um caso esquecido (propositalmente?) de incorporação legal de costume é o dos *honorários sucumbenciais*.



A exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973 esclarece a origem e a teleologia (finalidade) dos honorários de sucumbência. Conforme a mensagem encaminhada ao Congresso Nacional por Alfredo Buzaid: "o projeto adota o princípio do sucumbimento, pelo qual o **vencido responde por custas e honorários advocatícios em benefício do vencedor** (artigo 23). 'O fundamento desta condenação', como escreveu

CHIOVENDA, 'é o fato objetivo da derrota; e a justificação deste instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão e por ser, de outro turno, que os direitos tenham um valor tanto quanto possível nítido e constante".

Mais claro impossível, não? A parte derrotada (quem não tinha o direito) deve indenizar a parte vencedora de todas as despesas que esta tenha suportado para afirmar e defender seu direito – custas judiciais, transporte de testemunhas, produção de provas, honorários de perito e, claro, o que tiver desembolsado para remunerar o seu advogado (com limitação razoável de 20% do benefício discutido no processo).

Faz todo sentido! Se não for assim, sempre que alguém precisar demandar judicialmente (ou for demandado), mesmo tendo razão, já sairá com **prejuízo**: o valor dos honorários do seu advogado (pois o causídico, como regra, é imposição da lei para se litigar em juízo).

Pois é. Só que passou a ser costume o advogado combinar com a parte que os honorários de sucumbência ficariam, ao final, para o procurador (possivelmente oferecendo-se diminuição dos valores de honorários pagos antecipadamente). Resultado? Vai vendo...



O artigo 23 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), aproveitando-se do costume, incorporou a sucumbência (da parte) como se honorários advocatícios fossem (direito do advogado), *subtração* que foi confirmada pelo CPC/2015 (artigo 85). O costume contratual (dispositivo) virou lei cogente. Os honorários de sucumbência passaram a ser do advogado da parte vencedora. Mais: se houver sucumbência parcial (ganhos e perdas recíprocos), NÃO se admite a compensação dos honorários, de modo que, ambas os litigantes perderão (ainda que com razão em parte); ambos os advogados ganharão (em dobro): honorários contratuais + sucumbenciais. Isso é BRAZIL-ZIL-ZIL[34].

A Escola Histórica (de **Savigny** e **Puchta**) dá grande importância aos costumes (expressão mais legítima da vontade do povo e que acompanha as necessidades sociais mais de perto). **Os códigos matam o Direito**. O direito é vida dinâmica; a lei é fossilização estática (esclerosamento).

Duvido que você imaginava que os costumes eram tão importantes quanto realmente são![35] Claro que em nossa tradição romano-germânica (direito escrito), os costumes têm

[34] Charge de Denis Casarine, extraída de www.humortadela.com.br.

menos peso do que no direito anglo-saxão (*common law*). Ainda assim, eles compõem a espinha dorsal do nosso ordenamento jurídico – fonte da fonte principal (inspiração) e elemento de integração (isso quando não desafiam a lei frontalmente e podem levar à inefetividade social desta). Por isso, amigos, fiquem atentos ao tema!

3.3.3 Doutrina

A doutrina é o direito científico, é o conjunto organizado de inquietações (pesquisas, perguntas e respostas) dos estudiosos, dos **cultores do direito** (jurisperitos).





[35] Claro que as fontes estatais acabam tendo certa prevalência ordinária em relação às fontes de caráter puramente social, muito em razão de sua formulação institucional (por autoridade revestida de legitimidade). Mas essa é a apenas a regra geral, que, como vimos, comporta exceções.

A palavra doutrina tem origem na palavra latina *doctrina*, derivante do verbo *doceo*, que significa ensinar, instruir.

Como já adiantado, muitos pensadores não consideram a doutrina como fonte formal autônoma do direito, mas sim como costume científico, a opinião comum, reiterada, considerada correta pelos doutores (*communis opinio doctorum*).

No Brasil, esse entendimento é reforçado pelo fato de a doutrina não constar do artigo 4º da LINDB[36]. De toda forma, há autores que entendem que referido rol é meramente exemplificativo (*numerus apertus*) e que em outros países a doutrina é expressamente referida entre as fontes do direito, podendo-se citar ilustrativamente o Código Civil Suíço de 1907.

Agora, verdade seja dita, se a doutrina não é fonte do direito, de onde é que tiraram, por exemplo, o **princípio da insignificância**??? Tudo bem que sua origem remonta ao Direito Romano (máxima *minimis non curat praetor* - o pretor não cuida de minudências), mas é certo que a doutrina "garantista" do direito penal (como a do italiano Luigi Ferrajoli e do argentino Eugenio Raúl Zaffaroni) é sua fonte contemporânea, sendo diuturnamente aplicado para afastar a tipicidade de crimes sem que haja tal previsão legal no direito brasileiro.



A doutrina tem como funções: (a) determinar a forma como o direito é ensinado; (b) influenciar o legislador (na criação, revogação e sistematização das normas); (c) auxiliar os magistrados na resolução dos casos concretos; (d) contribuir para a melhor interpretação das leis; (e) elucidar a aplicação do direito em geral (fontes formais e materiais).

3.3.4 JURISPRUDÊNCIA

[36] "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

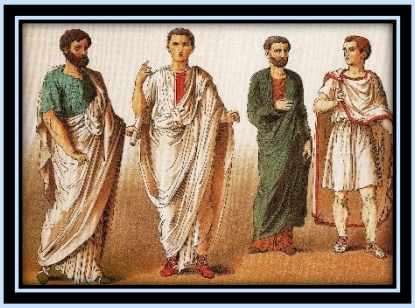


Nas palavras do saudoso jurista tupiniquim Miguel Reale, jurisprudência é "forma de revelação do direito em que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais"[37].

Vulgarmente, chama-se de jurisprudência qualquer decisão judicial (mesmo que isolada). É normal encontrar citações do tipo "conforme a jurisprudência" seguidas de um *precedente*. Do ponto de vista técnico, contudo, só se pode falar em jurisprudência quando há uma série de decisões reiteradas e pacíficas (ou muito próximas disso), mediante o emprego de interpretações uníssonas às fontes do direito.

Jurisprudência é conjunto de decisões judiciais reiteradas, constantes e harmônicas, resolvendo casos semelhantes, de modo a constituir uma norma geral aplicável a todos os casos similares.

A palavra jurisprudência tem origem (etimologia) nos termos *juris* + *prudentia*, que remonta aos pronunciamentos do direito (do justo, do correto) pelos **prudentes** – jurisconsultos leigos que atuaram no Império Romano e foram responsáveis por quebrar o monopólio (na interpretação das leis) até então detido pelos sacerdotes.



São vários os efeitos decorrentes da jurisprudência (a) adequação da lei ao caso concreto (interpretação); (b) tornar viva a norma (vivificar), que de outro modo seria apenas um protótipo abstrato, aplicando-a na vida social; (c) dar caráter pessoal à norma (humanizar) – a lei é um preceito geral, só atingindo efetivamente os homens pela decisão do juiz; (d) suplementar a lei, integrando-lhe as lacunas; (e) modernizar (rejuvenescer) a norma, adequando velhas normas a novas realidades sociais (via interpretação).

Todos esses desdobramentos não impedem que haja quem negue à jurisprudência o status de fonte do direito, pois esta apenas revelaria o direito existente. Para os *negativistas*, o

[37] *Lições preliminares de direito.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 167.

fato de ela não ser citada no artigo 4º da LINDB (o mesmo que já vimos em relação aos costumes) indica ser mera forma de interpretação das fontes formais. Na divergência de Miguel Reale:

> "Se uma regra é, no fundo, a sua interpretação, isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à Jurisprudência a categoria de fonte do Direito, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que se declara ser 'de direito' no caso concreto"[38].

Em contraposição ainda mais radical, os *jurisprudencialistas* referem que a jurisprudência é o direito vivo, de modo que, considerando a qualidade dinâmica do ordenamento, pode até mesmo se contrapor à lei.



(Ano: 2016 Banca: MPE-SC Órgão: MPE-SC Prova: Promotor de Justiça) Partindo-se do pressuposto de que o significado de uma norma jurídica pode ser extraído de sua interpretação, não há como negar à Jurisprudência a categoria de fonte do direito, doutrinariamente classificada como fonte material.

CERTO ou ERRADO

Comentários

PEGADINHA! Ao ler o enunciado, o foco do candidato recai sobre a polêmica acerca da jurisprudência ser ou não fonte **formal** do direito. Pois bem, aí o enunciado diz que a jurisprudência é classificada doutrinariamente como fonte material. NÃO!!! Fontes formais são as formas pelas quais o direito se manifesta (ex: lei, costumes e, para alguns, doutrina e jurisprudência); já as fontes materiais são os fatores que interferem e condicionam a formação das normas (ex: razão política, ideológica, econômica, etc.).

A assertiva está, portanto, **ERRADA** em vista de a jurisprudência ser fonte formal do direito.

[38] Lições preliminares de direito, p. 169.

De toda forma, prevalece que a jurisprudência é fonte secundária, não podendo se contrapor à lei – em que pese, em tempos de ativismo judicial exacerbado, os órgãos de cúpula do Judiciário (no Brasil, em especial o STF) não se intimidam em desconsiderar a lei para impor sua visão de mundo (normalmente, sob a égide dos princípios constitucionais[39]).

SÚMULA VINCULANTE



O STF é o guardião da Constituição (CF, art. 102) e, portanto, cabe a ele dar a última palavra sobre como a Constituição deve ser interpretada. **Interpretações divergentes, conferidas por outros juízes ou tribunais, enfraquecem o princípio da força normativa da Constituição**.

Para solucionar esse cenário, em 2004, por meio da famigerada Emenda Constitucional nº 45 (reforma do Judiciário), criou-se o instituto da Súmula Vinculante.

> CF, art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por **objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas**, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

[39] Os **princípios**, adotados sem excesso, além de fortalecer a magistratura, privilegiam a função legislativa (passam longe de a desprestigiar). Foi assim que Dworking os estabeleceu: para evitar o arbítrio (decisionismo) nos *hard cases* (não solucionáveis pela lei), o que garantiria uma decisão técnica e com base em norma prévia. Agora, quando eles viram "pau para toda obra", voltamos ao "decido porque quero" – muito ao contrário de estabelecer limites à intepretação, passam a legitimar decisões que podem ser consideradas arbitrárias.

Com a súmula vinculante há mais uma aproximação com o sistema de precedentes do *common law*, implementando o *binding effect* (*stare decisis*) quando o Pretório Excelso fixar a tese prevalente.



Nos EUA, o controle de constitucionalidade é **difuso** e o sistema é de *common law* (precedentes judiciais). Por lá, as decisões da Suprema Corte vinculam as demais esferas por meio do *binding effect* (prevalência vertical do *stare decisis*). Na Europa o sistema é o *civil law* (maior importância da lei como fonte do Direito) e o controle de constitucionalidade é **concentrado**. No Brasil, adota-se o *civil law* com controle de constitucionalidade misto (difuso e concentrado). Por isso, geram-se dúvidas quanto às decisões do STF tomadas em controle difuso. Seria recomendável conferir *biding effect*, como acontece nos EUA?

Mas há quem que a súmula vinculante tem **efeitos danosos**: **(a)** limitação do livre convencimento motivado dos juízes; **(b)** enfraquecimento do sistema protetivo dos cidadãos – o STF costuma estar mais próximo das políticas de governo, de modo que os juízes singulares seriam mais adequados à proteção dos direitos subjetivos (exercer controle concentrado); **(c)** quebra da tripartição dos poderes, franqueando-se ao STF legislar por via transversa.

A RÉPLICA é: **(a)** o livre convencimento motivado é de índole constitucional e admite restrições constitucionais; além de que, a limitação é relativa, admitindo o *distinguishing* e eventual *overruling* futuro – como assevera Kant, a liberdade (autonomia) vem da razão, e não há sentido na proliferação de decisões contraditórias e fadadas a serem reformadas: "a verdadeira liberdade repugna o irrefletido" (Pontes de Miranda); **(b)** muito ao contrário de enfraquece a proteção a direitos, privilegia a celeridade processual, a segurança e a igualdade (igualdade não só perante a lei, mas também perante o direito, incluindo os precedentes – a aplicação da igualdade demanda julgamentos equânimes a casos semelhantes); **(c)** a súmula é o mero enunciado normativo do precedente, gerando pela reiterada utilização da *ratio decidendi* (formando jurisprudência) – há, portanto, plena observância da lei prévia, inclusive ao se demandar "reiteradas decisões sobre matéria constitucional" e "controvérsia atual".

LEI → PRECEDENTE → JURISPRUDÊNCIA → SÚMULA

DISTINÇÃO (*distinguishing*) = comparação entre o caso em julgamento e o precedente firmado, demonstrando-se a distinção entre ambos.
SUPERAÇÃO (*overruling*) = alteração expressa do precedente, com a revisão da tese jurídica firmada (superação é a fixação de um novo precedente).

Há TRÉPLICA.

O núcleo do precedente é a norma geral extraída do fundamento determinante (*ratio decidendi*), admitindo a universalização (aptidão para ser aplicada a outros casos). Em suma, o precedente se origina do caso + norma jurídica geral (motivação) + argumentação jurídica para construção da norma. A súmula, que é o enunciado (texto da *ratio decidendi*), NÃO pode ser interpretada de maneira dissociada de sua origem. Contudo, na prática, a súmula acaba sendo derivada do dispositivo (não da *ratio decidendi*) e aplicada, por repetição exaustiva, a casos (fatos) muito diversos.

Para piorar, há exemplos de súmulas vinculantes que **sequer tratam de matéria constitucional**, a exemplo da súmula vinculante nº 24 (lançamento nos crimes materiais contra a ordem econômica) e da súmula vinculante nº 32 (não incidência de ICMS sobre bens salvados de sinistro). Isso sem contar aquelas matérias que **NÃO foram objeto de reiteradas decisões**, a exemplo da súmula vinculante nº 11 (2008), que regulamentou o procedimento para utilização de algemas e que foi praticamente repetida em seus termos pelo Decreto nº 8.856/2016, editado 8 anos depois da regulamentação jurisprudencial.



As polêmicas em torno da súmula vinculante tendem a se esvaziar pela tendência seguida pelo STF, cada vez mais ampla em definir suas atribuições (afastando-se da autocontenção).

Desde longa data, o Ministro Gilmar Mendes vinha defendendo que as decisões do STF, mesmo proferidas em controle difuso, têm sempre efeito *erga omnes* (transcendente). Ou seja, as interpretações da Constituição pelo STF não valem apenas para as partes envolvidas no processo, devendo valer para todos (vide RE nº 197.917/SP).

Mais recentemente, essa tese acabou vencedora, de modo que, nos casos em que o Plenário do STF decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em controle difuso, essa decisão terá os mesmos efeitos do controle concentrado, ou seja, eficácia *erga omnes* e vinculante – o Tribunal apenas comunica ao Senado com o objetivo de que a referida Casa Legislativa dê publicidade daquilo que foi

decidido. Houve, portanto, mutação constitucional do artigo 52, X, da CF (Plenário. ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgados em 29/11/2017 - Info 886).

3.3.5 Princípios Gerais do Direito

Os princípios gerais do direito são proposições de caráter geral que englobam implicitamente um *conjunto de normas*. São tanto cânones que orientam a produção dos efeitos das normas quanto diretrizes para a integração (ou colmatação) de lacunas no sistema. Normalmente são princípios que estão na base da tradição greco-romana e vêm influenciando a formatação jurídica há milênios.



Um dos maiores exemplos atuais é o da boa-fé, princípio geral do qual se extraem muitos desdobramentos (normas). Primeiro porque há boa-fé *objetiva* (regra de comportamento voltada à eticidade = honestidade, retidão, lealdade, consideração pelo outro) e *subjetiva* (fator psicológico de conhecimento = protege aquele que pensa estar agindo corretamente, apesar de a realidade ser outra). Depois porque a boa-fé objetiva desdobra-se em pelo menos três funções: (a) *interpretativa* = norteia toda a interpretação das relações pessoais (ex: contratuais); (b) *integrativa* = é fonte autônoma de obrigações, impondo deveres anexos às relações pessoais, independente da vontade das partes (ex: informação, lealdade, transparência); (c) *limitadora*, *restritiva* ou *de controle* = impede o exercício (ou não exercício) de direitos de forma abusiva (ex: limitação de juros abusivos).



Conforme o artigo 113 do Código Civil: "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

Dito isso, prontos para mais uma classificação? 😊 *Sorry about that!* Os princípios podem ser classificados conforme seu **alcance** em: (a) *omnivalentes*: aplicáveis a todos os ramos do direito, como ocorre com a citada boa-fé (incide no direito civil, penal, administrativo, tributário...); (b) *polivalentes*: incidem em alguns ramos do direito, mas não em outros, a exemplo do que ocorre com o contraditório, que é estranho ao direito material (civil e penal), mas fundamental ao direito processual (tanto civil como penal); (c) *monovalentes*: aplicam-se a apenas um ramo do direito (ex: reciprocidade no direito internacional público); (d) *setoriais*: incidem somente em um aspecto dentro de um ramo do direito (ex: individualização do bem de raiz, que determina, nos registros públicos, que cada matrícula se refira a um único imóvel).

É comum que os princípios gerais do direito sejam manifestados em brocardos jurídicos, máximas quase sempre expressas em latim. Aqui vão alguns exemplos: *dura lex, sed lex* = a lei é dura, mas é a lei (positivismo?); *iura novit curia* = o juiz conhece o direito, então *da mihi factum, dabo tibi jus* = dá-me os fatos que te dou o direito; *pacta sunt servanda* = os pactos devem ser cumpridos (força obrigatória dos contratos); *ne procedat judex ex officio* = o juiz não agirá de ofício (inércia da jurisdição); e por aí vai...

A palavra **Brocardo** decorre de um nome próprio, mais especificamente de Burckard ou Burchard (Bucardo no aportuguesado), bispo de Worms, no Sacro Império Romano-Germânico (Século XI), autor de uma compilação de vinte volumes de direito canônico chamada *Regulae Ecclesiasticae* (Regras Eclesiásticas), que incluíam diversas máximas e axiomas. Ele tem até uma estátua na Catedral de São Pedro, em Worms, na Alemanha.



4 QUESTÕES

4.1 QUESTÕES SEM COMENTÁRIOS

Q1. Ano: 2011 Banca: FUMARC Órgão: PC-MG Prova: Escrivão de Polícia Civil

São fontes do Direito:

a) a ética, a moral, a religião, a lei e a analogia.

b) a lei, a jurisprudência, a sanção, a coação e a coerção.

c) a política, os costumes, os fatos, os atos normativos e administrativos.

d) a lei, os costumes, a analogia, a doutrina e a jurisprudência.

Q2. Ano: 2018 Banca: CONSULPLAN Órgão: Câmara de Belo Horizonte – MG Prova: Procurador

"A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estatui expressamente que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com _____." Assinale a alternativa que NÃO completa corretamente a afirmativa anterior.

a) analogia

b) costumes

c) princípios gerais do direito

d) fins sociais a que a lei se dirige

Q3. Ano: 2017 Banca: IESES Órgão: ALGÁS Prova: Analista de Projetos Organizacionais - Jurídica

As fontes do direito podem ser classificadas através das leis, dos costumes, da jurisprudência, da equidade e da doutrina. Desta forma entende-se:

a) Jurisprudência é o conjunto de decisões sobre interpretações de leis, feita pelos tribunais de determinada jurisdição, já os Costumes são as regras sociais derivadas de práticas reiteradas, generalizadas e prolongadas, o que resulta numa convicção de obrigatoriedade, de acordo com a sociedade e cultura em particular.

b) A Doutrina é a produção realizada por pensadores, juristas e filósofos do direito, concentrados nos mais diversos temas relacionados às ciências humanas e as leis são normas ou conjunto de normas jurídicas criadas por juristas autônomos.

c) Costumes são as adaptações das regras existentes sobre situações concretas que priorizam critérios de justiça e igualdade, já a equidade determina a relação da norma com as práticas existentes priorizando a justiça social.

d) Doutrina, jurisprudência, costumes, leis e equidade são fontes das ciências humanas.

Q4. Ano: 2016 Banca: MPE-SC Órgão: MPE-SC Prova: Promotor de Justiça

De acordo com o Decreto-lei n. 4657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) são formas de integração jurídica a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Quanto aos costumes, a legislação refere-se a espécie *praeter legem*, ou seja, aquele que intervém na falta ou omissão da lei, apresentando caráter supletivo.

Q5. OAB XXV 2018

A ideia da existência de lacuna é um desafio ao conceito de completude do ordenamento jurídico. Segundo o jusfilósofo italiano Norberto Bobbio, no livro Teoria do Ordenamento Jurídico, pode-se completar ou integrar as lacunas existentes no Direito por intermédio de dois métodos, a saber: heterointegração e autointegração.

Assinale a opção que explica como o jusfilósofo define tais conceitos na obra em referência.

a) O primeiro método consiste na integração operada por meio de recursos a ordenamentos diversos e a fontes diversas daquela que é dominante; o segundo método consiste na integração cumprida por meio do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos.

b) A heterointegração consiste em preencher as lacunas recorrendo-se aos princípios gerais do Direito, uma vez que estes não estão necessariamente incutidos nas normas do Direito positivo; já a autointegração consiste em solucionar as lacunas por meio das convicções pessoais do intérprete.

c) O primeiro método diz respeito à necessidade de utilização da jurisprudência como meio adequado de solucionar as lacunas sem gerar controvérsias; por outro lado, o segundo método implica buscar a solução da lacuna por meio de interpretação extensiva.

d) A heterointegração exige que o intérprete busque a solução das lacunas nos tratados e nas convenções internacionais de que o país seja signatário; por seu turno, a autointegração está relacionada à busca da solução na jurisprudência pátria.

Q6. OAB XXII 2017

Um sério problema com o qual o advogado pode se deparar ao lidar com o ordenamento jurídico é o das antinomias. Segundo Norberto Bobbio, em seu livro

Teoria do Ordenamento Jurídico, são necessárias duas condições para que uma antinomia ocorra.

Assinale a opção que, segundo o autor da obra em referência, apresenta tais condições.

a) As duas normas em conflito devem pertencer ao mesmo ordenamento; as duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade, seja temporal, espacial, pessoal ou material.

b) Ambas as normas devem ter procedido da mesma autoridade legislativa; as duas normas em conflito não devem dispor sobre uma mesma matéria.

c) Ocorre no âmbito do processo judicial quando há uma divergência entre a decisão de primeira instância e a decisão de segunda instância ou quando um tribunal superior de natureza federal confirma a decisão de segunda instância.

d) As duas normas aplicáveis não apresentam uma solução satisfatória para o caso; as duas normas não podem ser integradas mediante recurso a analogia ou costumes.

Q7. 2014 OAB XIV

O jusfilósofo alemão Gustav Radbruch, após a II Guerra Mundial, escreve, como circular dirigida aos seus alunos de Heidelberg, seu texto “Cinco Minutos de Filosofia do Direito”, na qual afirma: “Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas.”

De acordo com a fórmula de Radbruch,

a) embora as leis injustas sejam válidas e devam ser obedecidas, as leis extremamente injustas perderão a validade e o próprio caráter de jurídicas, sendo, portanto, dispensada sua obediência.

b) apenas a lei justa pode ser considerada jurídica, pois a lei injusta não será direito.

c) o direito é o mínimo ético de uma sociedade, de forma que qualquer lei injusta não será direito.

d) o direito natural é uma concepção superior ao positivismo jurídico; por isso, a justiça deve sempre prevalecer sobre a segurança.

Q8. 2016 OAB XX

“O direito não é uma simples ideia, é uma força viva” (Rudolf von Ihering)

Em seu texto “A Luta pelo Direito”, o jurista alemão Rudolf von Ihering apresenta o conceito de direito a partir da ideia de luta social.

Assinale a afirmativa que expressa o sentido que, no trecho citado, Ihering confere ao direito.

a) Trabalho incessante e uma luta sem tréguas nos quais participam o Poder Público e toda a população, isto é, qualquer pessoa que se veja na contingência de ter de afirmar seu direito.

b) Uma luta permanente que é travada por parlamentares no âmbito da arena legislativa, que o fazem em nome da população a partir das eleições que configuram o processo democrático de legitimação popular.

c) O resultado dinâmico da jurisprudência que cria e recria o direito a partir das demandas de cada caso concreto, adaptando a lei ao mundo real.

d) O produto das relações industriais e comerciais que são livremente travadas por agentes econômicos, trabalhadores e empregadores e que definem, no contexto de uma luta concreta, o sentido próprio das leis.

Q9. Ano: 2018 Banca: VUNESP Órgão: PGE-SP Prova: Procurador do Estado

A ausência de norma justa, caracterizada pela existência de um preceito normativo, que, se aplicado, resultará solução insatisfatória ou injusta, caracteriza lacuna

a) ontológica ou *iure condendo*.

b) axiológica ou *iure condendo*.

c) axiológica ou *iure condito*.

d) ideológica ou *iure condito*.

e) ontológica ou *iure condito*.

Q10. 2014 OAB XIII

Segundo Chaïm Perelman, ao tratar da argumentação jurídica na obra Lógica Jurídica, a decisão judicial aceitável deve satisfazer três auditórios para os quais ela se destina.

Assinale a alternativa que indica corretamente os auditórios.

a) A opinião pública, o parlamento e as cortes superiores.

b) As partes em litígio, os profissionais do direito e a opinião pública.

c) As partes em litígio, o parlamento e as cortes superiores.

d) As cortes superiores, os organismos internacionais e os profissionais do direito.

4.2 GABARITO



Q1. D
Q2. D
Q3. A
Q4. CORRETA
Q5. A
Q6. A
Q7. A
Q8. A
Q9. B
Q10. B

4.3 QUESTÕES COM COMENTÁRIOS

Q1. 2011 Banca: FUMARC Órgão: PC-MG Prova: Escrivão de Polícia Civil

São fontes do Direito:

a) a ética, a moral, a religião, a lei e a analogia.

b) a lei, a jurisprudência, a sanção, a coação e a coerção.

c) a política, os costumes, os fatos, os atos normativos e administrativos.

d) a lei, os costumes, a analogia, a doutrina e a jurisprudência.

Comentários

Questão polêmica. Paulo Nader afirma que "a analogia não é fonte formal do Direito, porque não cria normas jurídicas, apenas conduz o intérprete ao seu encontro" (Introdução ao Estudo do Direito. 19. ed. 2000, p. 188). Em concordância, Paulo Dourado de Gusmão assenta que a analogia é técnica de integração das normas jurídicas, utilizada tão somente quando há lacuna na lei. Por outro lado, Caio Mário (Instituições de Direito Civil, vol. 1, p. 72), aponta que a analogia é verdadeira fonte de direito, ainda que subsidiária. A questão até poderia ser anulada.

De toda forma, **concurseiro bom não perde a chance de acertar**: moral e religião (A), sanção, coação e coerção (B) e política (C), evidentemente não são fontes do direito. Então, por exclusão, só sobrava a alternativa D.

Em vista disso, a **alternativa D** é o gabarito da questão.

Q2. Ano: 2018 Banca: CONSULPLAN Órgão: Câmara de Belo Horizonte – MG Prova: Procurador

"A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estatui expressamente que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com _____." Assinale a alternativa que NÃO completa corretamente a afirmativa anterior.

a) analogia

b) costumes

c) princípios gerais do direito

d) fins sociais a que a lei se dirige

Comentários

Conforme artigo 4º da LINDB: "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito". A questão buscou confundir o

candidato, já que o artigo 5º da mesma lei estabelece que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Em vista disso, a **alternativa D** é a correta e gabarito da questão.

Q3. Ano: 2017 Banca: IESES Órgão: ALGÁS Prova: Analista de Projetos Organizacionais - Jurídica

> As fontes do direito podem ser classificadas através das leis, dos costumes, da jurisprudência, da equidade e da doutrina. Desta forma entende-se:
>
> a) Jurisprudência é o conjunto de decisões sobre interpretações de leis, feita pelos tribunais de determinada jurisdição, já os Costumes são as regras sociais derivadas de práticas reiteradas, generalizadas e prolongadas, o que resulta numa convicção de obrigatoriedade, de acordo com a sociedade e cultura em particular.
>
> b) A Doutrina é a produção realizada por pensadores, juristas e filósofos do direito, concentrados nos mais diversos temas relacionados às ciências humanas e as leis são normas ou conjunto de normas jurídicas criadas por juristas autônomos.
>
> c) Costumes são as adaptações das regras existentes sobre situações concretas que priorizam critérios de justiça e igualdade, já a equidade determina a relação da norma com as práticas existentes priorizando a justiça social.
>
> d) Doutrina, jurisprudência, costumes, leis e equidade são fontes das ciências humanas.

Comentários

Assertiva B = as leis não são criadas por "juristas autônomos", mas por legisladores estatais (autoridade competente conforme a Constituição).

Assertiva C = o primeiro conceito apresentado "são as adaptações das regras existentes sobre situações concretas que priorizam critérios de justiça e igualdade" é o de equidade, a qual também não é definida pelo segundo conceito, "relação da norma com as práticas existentes priorizando a justiça social – está mais para a escola da livre interpretação do direito.

Assertiva D = doutrina, jurisprudência, costumes e leis são fontes do direito (a equidade é método de interpretação). As ciências humanas são bem mais amplas, englobando economia, sociologia, filosofia, histórias... disciplinas que, por evidente, contam com outras fontes.

Assertiva A = o conceito de jurisprudência apresentado não é o melhor do mundo. Tecnicamente, não basta dizer que é o "conjunto de decisões sobre interpretações de leis, feita pelos tribunais de determinada jurisdição", devendo ser também reiteradas, constantes e pacíficas (ou muito próximas disso), resolvendo casos semelhantes mediante o emprego de interpretações uníssonas às fontes do direito, constituindo uma norma geral aplicável a todos os casos similares. Os costumes estão melhor definidos como "regras

sociais derivadas de práticas reiteradas, generalizadas e prolongadas, o que resulta numa convicção de obrigatoriedade, de acordo com a sociedade e cultura em particular" (continuidade, uniformidade, diuturnidade, crença na obrigatoriedade). Por exclusão, era a alternativa que sobrava (a mais correta ou menos errada).

Em vista disso, a **alternativa A** é o gabarito da questão.

Q4. Ano: 2016 Banca: MPE-SC Órgão: MPE-SC Prova: Promotor de Justiça

> De acordo com o Decreto-lei n. 4657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) são formas de integração jurídica a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Quanto aos costumes, a legislação refere-se a espécie *praeter legem*, ou seja, aquele que intervém na falta ou omissão da lei, apresentando caráter supletivo.

Comentários

O costume contra *legem* é fonte de acesa polêmica, mas a doutrina majoritária o entende como inadmissível no direito brasileiro. O costume *secundum legem* é o que foi incorporado pela lei. Já o *praeter legem* é o costume como fonte por excelência, adotado como meio de integração (suplementar à lei).

Em vista disso, a **alternativa** está **CORRETA** (é o gabarito da questão).

Q5. OAB XXV 2018

> A ideia da existência de lacuna é um desafio ao conceito de completude do ordenamento jurídico. Segundo o jusfilósofo italiano Norberto Bobbio, no livro Teoria do Ordenamento Jurídico, pode-se completar ou integrar as lacunas existentes no Direito por intermédio de dois métodos, a saber: heterointegração e autointegração.
>
> Assinale a opção que explica como o jusfilósofo define tais conceitos na obra em referência.
>
> a) O primeiro método consiste na integração operada por meio de recursos a ordenamentos diversos e a fontes diversas daquela que é dominante; o segundo método consiste na integração cumprida por meio do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos.
>
> b) A heterointegração consiste em preencher as lacunas recorrendo-se aos princípios gerais do Direito, uma vez que estes não estão necessariamente incutidos nas normas do Direito positivo; já a autointegração consiste em solucionar as lacunas por meio das convicções pessoais do intérprete.
>
> c) O primeiro método diz respeito à necessidade de utilização da jurisprudência como meio adequado de solucionar as lacunas sem gerar controvérsias; por outro lado, o

segundo método implica buscar a solução da lacuna por meio de interpretação extensiva.

d) A heterointegração exige que o intérprete busque a solução das lacunas nos tratados e nas convenções internacionais de que o país seja signatário; por seu turno, a autointegração está relacionada à busca da solução na jurisprudência pátria.

Comentários

Essa questão entra no bloco que comentamos como de maluquice do examinador: classificação pouco usual e irrelevante do ponto de vista prático. De toda forma, o pior adversário do candidato/concurseiro/estudante é ele mesmo. Os termos demandados no enunciado podem assuntar, mas, na verdade, são até simples. Dá para responder à questão sem nunca ter lido o livro do Bobbio. Vejamos. HETERO: outro (de fora); AUTO: próprio (de si mesmo). A alternativa A fala em ordenamentos e fontes diversas (outros – de fora) e em mesmo ordenamento (auto – de dentro). Parece correto, não? Vamos espiar as demais alternativas. "Solucionar as lacunas por meio das convicções pessoais do intérprete" (B)? Pode isso? Claro que não! O que jurisprudência e interpretação extensiva (C) têm a ver com hetero e auto? A princípio (e ao cabo), absolutamente nada! A assertiva D é a que poderia causar dúvida: tratados internacionais (hetero) e jurisprudência pátria (auto). Mas a questão aqui não é necessariamente de internacionalidade, mas de fonte prevalente.

Em vista disso, a **alternativa A** é a correta e gabarito da questão.

Q6. OAB XXII 2017

Um sério problema com o qual o advogado pode se deparar ao lidar com o ordenamento jurídico é o das antinomias. Segundo Norberto Bobbio, em seu livro Teoria do Ordenamento Jurídico, são necessárias duas condições para que uma antinomia ocorra.

Assinale a opção que, segundo o autor da obra em referência, apresenta tais condições.

a) As duas normas em conflito devem pertencer ao mesmo ordenamento; as duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade, seja temporal, espacial, pessoal ou material.

b) Ambas as normas devem ter procedido da mesma autoridade legislativa; as duas normas em conflito não devem dispor sobre uma mesma matéria.

c) Ocorre no âmbito do processo judicial quando há uma divergência entre a decisão de primeira instância e a decisão de segunda instância ou quando um tribunal superior de natureza federal confirma a decisão de segunda instância.

d) As duas normas aplicáveis não apresentam uma solução satisfatória para o caso; as duas normas não podem ser integradas mediante recurso a analogia ou costumes.

Comentários

Assertiva B = normalmente as duas normas em conflito dispõem sobre a mesma matéria (senão não há conflito).

Assertiva C = piada! É claro que não há antinomia, apenas cumprimento natural do duplo grau de jurisdição.

Assertiva D = o fato de duas normas não apresentarem solução satisfatória ao caso em nada se relaciona com antinomia.

Assertiva A = correto! As duas normas em conflito devem pertencer ao mesmo ordenamento; as duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade, seja temporal, espacial, pessoal ou material.

Em vista disso, a **alternativa A** é a correta e gabarito da questão.

Q7. 2014 OAB XIV

> O jusfilósofo alemão Gustav Radbruch, após a II Guerra Mundial, escreve, como circular dirigida aos seus alunos de Heidelberg, seu texto "Cinco Minutos de Filosofia do Direito", na qual afirma: "Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas."
>
> De acordo com a fórmula de Radbruch,
>
> a) embora as leis injustas sejam válidas e devam ser obedecidas, as leis extremamente injustas perderão a validade e o próprio caráter de jurídicas, sendo, portanto, dispensada sua obediência.
>
> b) apenas a lei justa pode ser considerada jurídica, pois a lei injusta não será direito.
>
> c) o direito é o mínimo ético de uma sociedade, de forma que qualquer lei injusta não será direito.
>
> d) o direito natural é uma concepção superior ao positivismo jurídico; por isso, a justiça deve sempre prevalecer sobre a segurança.

Comentários

A fórmula de Radbruch cria uma escala para determinar a validade das leis. Primeiro, verifica-se se todos os requisitos formais foram respeitados. Se sim, tem-se, hipoteticamente, uma norma válida. Só que em seguida cabe perscrutar sobre a justiça que emana da lei (capacidade de levar ao igual tratamento entre todos – medir todos os homens pela mesma régua). Caso a norma se mostre extremamente injusta (nega a igualdade, permitindo a uns o que se proíbe a outros) **perde a validade**. Assim, mantém-se a segurança jurídica enquanto valor base para o funcionamento do direito (e da sociedade), mas em situações extremas o formalismo pode ser flexibilizado em prol do ideal de justiça do Direito.

Em vista disso, a **alternativa A** é a correta e gabarito da questão.

Q8. 2016 OAB XX

> "O direito não é uma simples ideia, é uma força viva" (Rudolf von Ihering)
>
> Em seu texto "A Luta pelo Direito", o jurista alemão Rudolf von Ihering apresenta o conceito de direito a partir da ideia de luta social.
>
> Assinale a afirmativa que expressa o sentido que, no trecho citado, Ihering confere ao direito.
>
> a) Trabalho incessante e uma luta sem tréguas nos quais participam o Poder Público e toda a população, isto é, qualquer pessoa que se veja na contingência de ter de afirmar seu direito.
>
> b) Uma luta permanente que é travada por parlamentares no âmbito da arena legislativa, que o fazem em nome da população a partir das eleições que configuram o processo democrático de legitimação popular.
>
> c) O resultado dinâmico da jurisprudência que cria e recria o direito a partir das demandas de cada caso concreto, adaptando a lei ao mundo real.
>
> d) O produto das relações industriais e comerciais que são livremente travadas por agentes econômicos, trabalhadores e empregadores e que definem, no contexto de uma luta concreta, o sentido próprio das leis.

Comentários

Questão requentada. Houve cobrança praticamente idêntica no concurso anterior.

Assertiva B = limitou a luta à travada por "parlamentares no âmbito da arena legislativa", sendo que o caso é de uma luta ampla que envolve todos os atores sociais.

Assertiva C = novamente há limitação indevida dos agentes de transformação: "resultado dinâmico da jurisprudência".

Assertiva D = "produto das relações industriais e comerciais" se aproxima do conceito marxista de luta de classes.

Assertiva A = agora sim: "trabalho incessante e uma luta sem tréguas nos quais participam o Poder Público e toda a população, isto é, qualquer pessoa que se veja na contingência de ter de afirmar seu direito".

Em vista disso, a **alternativa A** é a correta e gabarito da questão.

Q9. Ano: 2018 Banca: VUNESP Órgão: PGE-SP Prova: Procurador do Estado

> A ausência de norma justa, caracterizada pela existência de um preceito normativo, que, se aplicado, resultará solução insatisfatória ou injusta, caracteriza lacuna

> a) ontológica ou *iure condendo*.
>
> b) axiológica ou *iure condendo*.
>
> c) axiológica ou *iure condito*.
>
> d) ideológica ou *iure condito*.
>
> e) ontológica ou *iure condito*.

Comentários

Questão para quem sabe *LATIM*! É amigos... quem disse que a vida é fácil?

Vamos aos conceitos: na lacuna ontológica existe lei, mas sem eficácia social – há dissociação entre a previsão normativa e a realidade social. Ideológica ou axiológica são "sinônimos", lacuna em que há falta de norma jurídica satisfatória ou justa, isto é, adequada à solução dos casos concretos.

Agora vamos ao latim: a ideia do radical *cond* é construir.

***Condens*: particípio presente ativo = está-se construindo neste momento.**

***Condito*: passado passivo = foi construído no passado.**

***Conditurus*: futuro ativo = vai construir (*nascitu*rus* - quem vai nascer)**

***Condendo*: futuro passivo = deve ser construído.**

Então: *Iure condito* = direito construído, já criado, positivo, ontológico. *Iure condendo* = direito que deve ser construído para o caso, pois a norma existente se mostra injusta (liga-se à lacuna axiológica ou ideológica).

Assertiva A = na lacuna ontológica a lei existente não goza de eficácia social.

Assertiva C e D = realmente, o enunciado remete à lacuna axiológica ou ideológica, mas não a *iure condito.*

Assertiva E = como já referido, não se trata de lacuna ontológica, nem de *iure condito.*

Assertiva B = isso! Temos na espécie a "existência de um preceito normativo, que, se aplicado, resultará solução insatisfatória ou injusta", ou seja, lacuna axiológica, que leva à necessidade de se construir um direito para o caso concreto (*iure condendo*).

Em vista disso, a **alternativa C** é a correta e gabarito da questão.

Q10. 2014 OAB XIII

> Segundo Chaïm Perelman, ao tratar da argumentação jurídica na obra Lógica Jurídica, a decisão judicial aceitável deve satisfazer três auditórios para os quais ela se destina.

> Assinale a alternativa que indica corretamente os auditórios.
>
> a) A opinião pública, o parlamento e as cortes superiores.
>
> b) As partes em litígio, os profissionais do direito e a opinião pública.
>
> c) As partes em litígio, o parlamento e as cortes superiores.
>
> d) As cortes superiores, os organismos internacionais e os profissionais do direito.

Comentários

Chaïm Perelman é conhecido pela sua teoria da argumentação, na qual discute os pressupostos para que o discurso jurídico seja lógico (seus pressupostos de validade). Assenta que a decisão jurídica tem três destinatários, os quais devem ser convencidos do acerto do magistrado: **(1)** as partes em litígio, **(2)** os profissionais do direito e a **(3)** opinião pública. Uma decisão judicial deve satisfazer tais auditórios para que possa ser considerada legítima e juridicamente aceitável. As Cortes Superiores, o Parlamento e os organismos internacionais precisam ser convencidos apenas naquelas decisões que lhes interessem diretamente.

Em vista disso, a **alternativa B** é a correta e gabarito da questão.

5 RESUMO

RESUMINDO

Para finalizar o estudo da matéria, trago à baila um pequeno resumo dos principais aspectos estudados ao longo da aula (esquema para memorização). Sugiro que este resumo seja revisitado antes do início da aula seguinte, como forma de "refrescar" a memória. Além disso, respeitada a organização de estudos que os senhores e senhoras certamente possuem (se não possuem organização e planejamento, tratam de fazê-los kkkkk), a cada ciclo de estudos é bastante proveitoso retomar esses resumos. Caso encontrem dificuldade em compreender ou rememorar alguma informação, não deixem de retornar à aula.

--

CONCEITOS INICIAIS

↳ **Dogmática**: pauta-se nos dogmas (direito posto), sem questioná-los. Busca-se a solução prática do problema no sistema normativo.

↳ **Zetética**: problematiza as próprias normas, questionando-as.

CONCEITOS FUNDAMENTAIS

❍ DIREITO: deriva do latim *directum* (de + rectum). Transparece a ideia de linha reta (aquilo que é correto). Jurídico deriva do latim *juridicus* (traduz a ideia de vínculo entre pessoas).

❍ CONCEITO: é o conjunto de normas (regras e princípios) com as seguintes características: (a) instituídas ou reconhecidas por um ente soberano; (b) aplicável a todos; (c) que possuem pretensão de justeza; (d) não se mostram extremamente injustas; e (d) regulam de maneira eficaz as condutas em sociedade.

❍ SIGNIFICADOS:

↳ Direito como **justo** = o justo é o valor fundamental perseguido pelo direito.

↳ Direito como ***norma agendi*** = a norma de agir (de conduta). Confunde-se com o direito objetivo.

↳ Direito como ***facultas agendi*** = faculdade de agir – possibilidade de efetivo exercício do direito por parte do sujeito.

↳ Direito como **ciência** = a ciência jurídica (dimensão dogmática do direito) estuda os ordenamentos jurídicos.

↳ Direito como **fato social** = aborda o direito do ponto de vista sociológico, analisando-o como estrutura social.

❍ CAUSAS:

↳ **Causa eficiente** geradora do direito (justifica sua existência).

↳ **Causa final** = finalidade do direito (busca da justiça).

↳ **Causa formal** = formas pelas quais o direito se expressa (fontes)

↳ **Causa material** = materialidade (o que materializa o direito), isto é, a composição – o direito é composto especialmente por normas.

❍ MORAL: a moral é conjunto de princípios gerais de conduta implementados pela livre vontade do homem.

↳ **DIREITO X MORAL** = **Direito** é regra externa (heteronomia), imposto por coerção externa (com ameaça de sanção) e que tem por objeto relações (bilateralidade); **Moral** é regra interna (autonomia), com conduta realizada sem esperar resultados (espontânea) e que se cumpre pela boa vontade, recaindo sobre ações individuais (unilateral).

❍ CIÊNCIA JURÍDICA: as ciências naturais estudam o ser (com as coisas são) enquanto os juristas estudam o vir a ser (como as coisas deveriam ser).

ORDENAMENTO JURÍDICO

❍ LACUNAS: “buracos”, “vazios”, no ordenamento jurídico (espaços não preenchidos pela lei).

❍ ANTINOMIAS: incompatibilidade de normas dentro do sistema jurídico – incompatibilidade de normas dentro do sistema jurídico.

❍ FONTES: fonte formal é a forma pela qual o direito se manifesta.

↳ **Lei**: norma de conduta que disciplina relações de fato e cuja observância é imposta institucionalmente, restringindo o campo de liberdade do cidadão.

↳ **Costume**: norma de conduta aceita e obedecida habitualmente, sem maiores formalidades (prática constante e reiterada no tempo, com crença na obrigatoriedade da conduta).

↳ **Doutrina**: direito científico – conjunto organizado de inquietações (pesquisas, perguntas e respostas) dos estudiosos, dos cultores do direito (jurisperitos).

↳ **Jurisprudência**: conjunto de decisões judiciais reiteradas, constantes e harmônicas, resolvendo casos semelhantes, de modo a constituir uma norma geral aplicável a todos os casos similares.

↳ **Princípios gerais do direito**: proposições de caráter geral que englobam implicitamente um conjunto de normas. São tanto cânones que orientam a produção dos efeitos das normas quanto diretrizes para a integração (ou colmatação) de lacunas no sistema.

6 BIBLIOGRAFIA

Gostou muito do assunto e quer estudar mais? Está com tempo? Ótimo! Seguem as minhas recomendações bibliográficas para estudos adicionais – baseio-me tanto na cobrança em provas quanto no aprofundamento teórico do tema.

Se você não puder ler esses livros, não tem problema, apenas tenha certeza de que sabe a que eles se referem e quais linhas gerais são defendidas por seus autores. Isso é bastante importante. Depois não diga que eu não avisei ;)

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco.

BOBBIO, Noberto. O positivismo jurídico.

Boa leitura!

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegamos ao final da nossa aula inaugural! Tivemos aqui uma pequena amostra de como o tema é importante para fins de prova e, também, para fins práticos – sem contar que permite uma compreensão (muito melhor) do fenômeno do direito como um todo (instrumento de transformação social).

E agora que já sabe como será desenvolvido o nosso trabalho (como serão apresentados os conteúdos) ao longo do Curso, **CONVIDO-@**, mais uma vez, a vir conosco nessa caminhada árdua, mas gratificante (espero torná-la menos árdua e mais gratificante). Aguardo-te (ênclise de gaúcho rsrsrs) na próxima aula. Até lá!

Jean Vilbert



jeanvilbert@gmail.com

ESSA LEI TODO MUNDO CONHECE:
PIRATARIA É CRIME.

Mas é sempre bom revisar o porquê e como você pode ser prejudicado com essa prática.

1. 

Professor investe seu tempo para elaborar os cursos e o site os coloca à venda.

2. 

Pirata divulga ilicitamente (grupos de rateio), utilizando-se do anonimato, nomes falsos ou laranjas (geralmente o pirata se anuncia como formador de "grupos solidários" de rateio que não visam lucro).

3. 

Pirata cria alunos fake praticando falsidade ideológica, comprando cursos do site em nome de pessoas aleatórias (usando nome, CPF, endereço e telefone de terceiros sem autorização).

4. 

Pirata compra, muitas vezes, clonando cartões de crédito (por vezes o sistema anti-fraude não consegue identificar o golpe a tempo).

5. 

Pirata fere os Termos de Uso, adultera as aulas e retira a identificação dos arquivos PDF (justamente porque a atividade é ilegal e ele não quer que seus fakes sejam identificados).

6. 

Pirata revende as aulas protegidas por direitos autorais, praticando concorrência desleal e em flagrante desrespeito à Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98).

7. 

Concurseiro(a) desinformado participa de rateio, achando que nada disso está acontecendo e esperando se tornar servidor público para exigir o cumprimento das leis.

8. 

O professor que elaborou o curso não ganha nada, o site não recebe nada, e a pessoa que praticou todos os ilícitos anteriores (pirata) fica com o lucro.



Deixando de lado esse mar de sujeira, aproveitamos para agradecer a todos que adquirem os cursos honestamente e permitem que o site continue existindo.