Estratégia
CONCURSOS

Aul

Humanística Jurídica p/ TJ-RJ (Juiz Substituto)

Professor: Jean Vilbert

AULA 01
TEORIA GERAL DO DIREITO E DA POLÍTICA



SUMÁRIO

1 Considerações Iniciais 7
2 Direito 8
3 Sistema Jurídico 12
3.1 Lacunas 14
3.2 Antinomias 18
3.3 Fontes 22
4 Política 42
5 Ideologia 50
6 Direitos Humanos 50
6.1 Denominação 50

6.2 Origem 52
6.3 Sistema global de proteção aos direitos humanos 53
6.4 Declaração universal dos direitos humanos 55
7 Questões 57
7.1 Questões SEM comentários 57
7.2 Gabarito 62
7.3 Questões COM comentários 63
8 Resumo 71
9 Bibliografia 73
10 Considerações Finais 74

TEORIA GERAL DO DIREITO E DA POLÍTICA

Que bicho é esse? A este ponto, você já pode estar fazendo cara feia e pensando "*Ixi!!! 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 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, 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 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça, Humanística e Teoria Geral caem obrigatoriamente nos concursos para ingresso na magistratura, 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[1]), 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**.

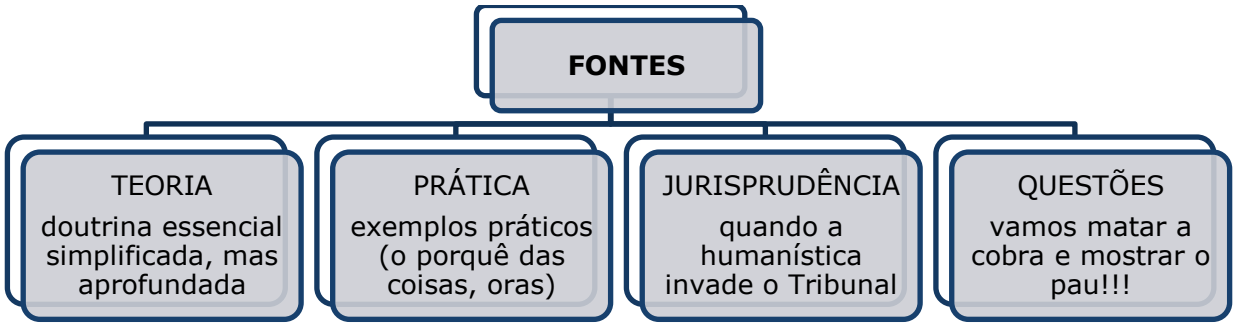
Então, esqueça que perderemos tempo procurando o sentido da vida (em Filosofia), compreender o homem (em Antropologia), criar uma nova teoria de sociedade (em

[1] NÃO seguimos a divisão e a ordem de conteúdos dos editais porque geralmente é uma completa bagunça. Confie em mim que os assuntos serão apresentados em momento oportuno.

Sociologia), mudar os rumos do Direito (em Teoria Geral) ou do Estado (em Ciência Política). Meu objetivo é fazê-lo(a) 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, baldrames 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?" 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, pelo **Instagram** e ***Facebook***. Aluno nosso não fica com dúvida! Se, ao ler o material, surgirem incompreensões, inseguranças, curiosidades, basta entrar em contato. Não deixaremos, JAMAIS, soldados(as) para trás!

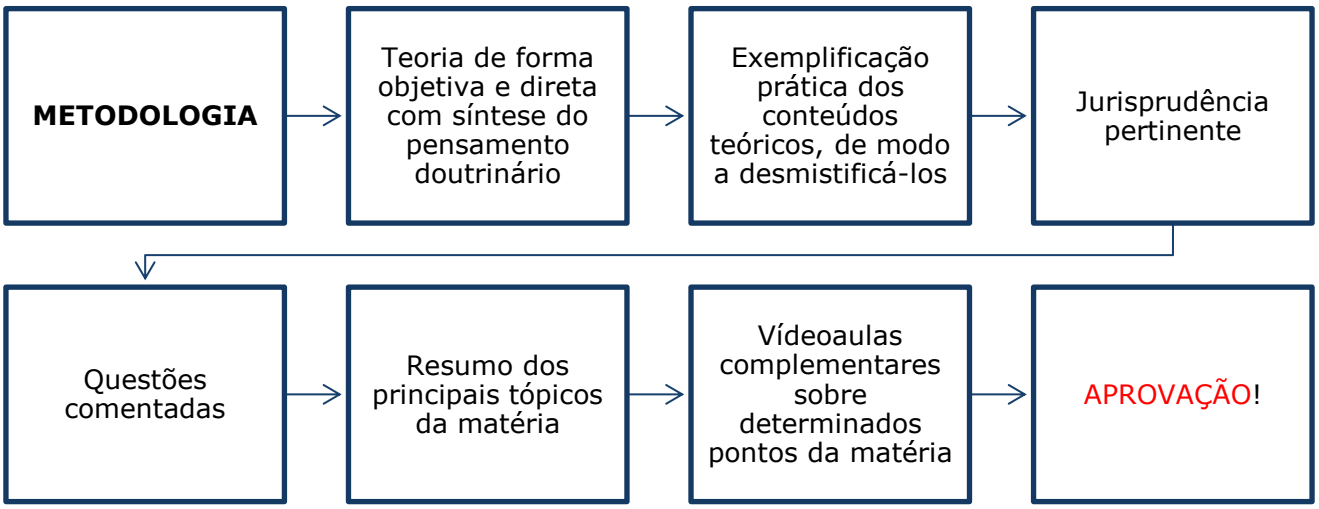
E para quem gosta de ver a cara do professor, para quem é ligado a uma aula expositiva, ao método clássico: TEREMOS VIDEOAULAS! Essas aulas (que podem ser vistas *on-line* ou

baixadas) destinam-se a *complementar* a preparação e a servirem de via *alternativa* para os momentos em que estiver cansado(a) 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**. 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? Deixa eu 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(a) 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?

APRESENTAÇÃO PESSOAL

Meu nome é Jean Thiago Vilbert Pereira. 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) – foi 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) 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(as) da melhor forma possível nesta caminhada que estamos iniciando.

E-mail: jeanvilbert@gmail.com

Facebook: https://www.facebook.com/jean.vilbert

Instagram: https://www.instagram.com/jeanvilbert/?hl=pt-br

CRONOGRAMA DE AULAS

A distribuição básica dos assuntos (por aulas) dar-se-á (olha aí a mesóclise: coisa linda!) conforme o seguinte cronograma:



00 – Teoria Geral do Direito

01 – Hermenêutica

02 – Teorias do Direito

03 – Ciência Política

04 – Temas Finais (Declaração ONU, juiz e a democracia)

Eventuais ajustes poderão ocorrer, especialmente por questões didáticas. De todo modo, sempre que houver alterações no cronograma, os senhores e senhoras serão previamente informados. Combinado? Então, sem mais delongas, iniciemos!

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

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. Busca-se a solução prática do 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. Sua preocupação 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.

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"[2] – "a palavra lei parece ter uma espécie de 'condão mágico' de transformar a mera prescrição em direito"[3].

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!

2 DIREITO

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

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*.



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).

Mas não paramos por aí. Com certeza você já ouviu frases do tipo: "*o Direito é feito pelos poderosos e para os poderosos*"; "*o seu direito acaba onde o meu começa*"; "*isso não está direito...*". Sim, né? Eu sabia! Sentenças como essas 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.

Dentre os muitos conceitos possíveis de direito, vamos tratar aqui 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.

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).

Direito como 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).

Direito como 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.

E quanto aos direitos subjetivos, especificamente. **O que é um direito?** 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 - Jhering). Todas dão larga margem para críticas doutrinárias. Ao cabo, a expressão cobre diversas situações difíceis de serem traduzidas em um denominador comum[4].

[4] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 145-149.

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"[5]. 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[6].

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[7].

QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

(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

[5] REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 259.
[6] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte geral. t. 1. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 5.
[7] Idem, p. 150-152.

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).

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**.

3 SISTEMA JURÍDICO

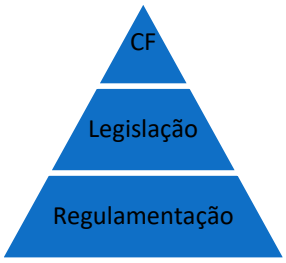
A tecnologia do direito, como instrumento de resolução de conflitos, articula-se em torno da teoria do sistema[8] ou do ordenamento jurídico, tomando-o como um complexo unitário de fontes formais do direito, normativas (regras e princípios) e não normativas (definições e critérios classificatórios), que guardam relação entre si (estrutura com caráter lógico-formal), mediante a solução de conflitos internos (ex: hierarquia entre normas).

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

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

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...).



CURIOSIDADE

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...

O problema é que entre o julgador e a aplicação do ordenamento 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. Vamos aprofundar o tópico.

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)"[9]. E aí, como faz? Deixamos de resolver o pepino? O juiz deixa de julgar? Deixa de se dizer o justo? Jamaixx!

QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

(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 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.

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

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). 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[10] para evitar o *non liquet* (ausência de resposta).



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:

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

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

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 demasidamente vago (ex: 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 (ex: não há previsão legal da paternidade afetiva).

Quanto ao **sistema de normas**: (a) *originária*: ocorre desde o nascimento da norma (ex: 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 (ex: 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.

Quanto ao **campo de abrangência**: (a) *normativa*: há ausência de lei a regular o caso (ex: não há regulação para a propriedade compartilhada no tempo – *time sharing*); (b) *ideológica* ou *axiológica*: falta de norma jurídica satisfatória ou justa, isto é, adequada à solução do caso concreto (ex: 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 (se um rapaz de 18 tiver relação sexual consensual com menina de 13 anos e 11 meses, 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).

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

QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

(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 a 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).

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. Exemplo: o artigo 1.521, inciso IV, do Código Civil *proíbe* o casamento entre tios e sobrinhos, ao passo que o Decreto nº 3.200/1941 o *autoriza*, desde que com laudo médico atestando que não haverá problemas para a prole (compatibilidade genética).

QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

(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 (quem dirá 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.

ATENÇÃO DECORE!

Antonomia REAL é aquela que não tem solução no ordenamento, como a que envolve princípios constitucionais (cláusulas pétras) ou entre os próprios critérios de solução. Antinomia APARENTE é a que pode ser solucionada pela cronologia, especialidade ou hierarquia.

JURISPRUDÊNCIA

"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 de 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

QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

(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, 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? Estátua de anjinho no parque, fazendo xixi em uma bacia? 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. 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

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[11]. Jean-Jaques Rousseau, baluarte da democracia moderna, entende que a lei é a matéria decidida conforme a vontade do povo[12].



NÃO confunda lei com norma! LEI é a forma que se reveste uma norma ou mesmo um conjunto de normas dentro do ordenamento. NORMA é uma pescrição, conceito que engloba regras, princípios e, modernamente, até decisões judiciais (norma para o caso concreto).

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

[11] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário eletrônico Aurélio versão 5.0*. Curitiba: Positivo Informática, 2004. CD-ROM.
[12] ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Do contrato social* [tradução de Pietro Nassetti]. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 45.

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[13].

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 = mandando 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...

[13] DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito.* 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, 289-290.

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 ecxiste*"). As normas são imperativas, obrigatórias em vista da sanção, que pode estar prevista na própria norma ou extraída do sistema.

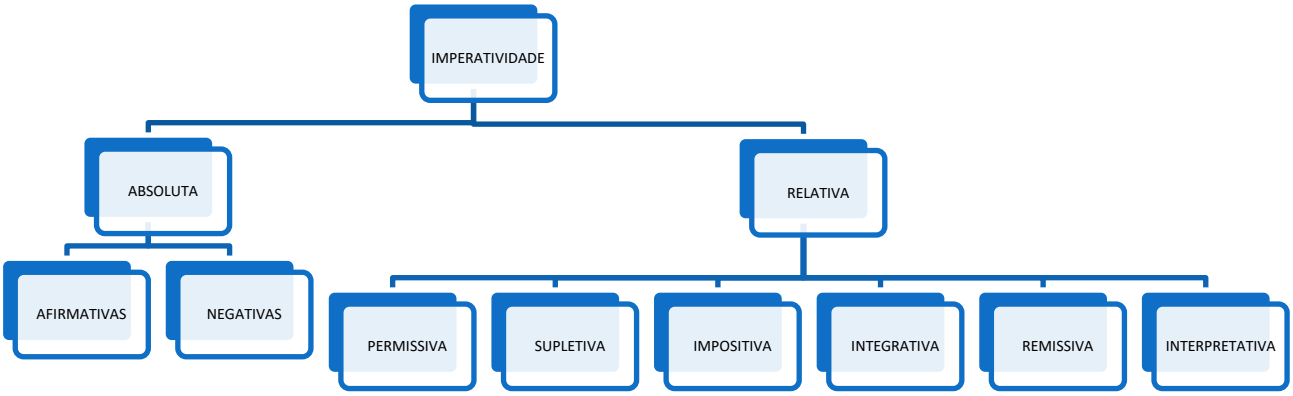
Para além das acepções, existem, ainda, muitas classificações das leis. Algumas são interessantes, a exemplo da que as qualifica conforme a **imperatividade** (força obrigatória) em absoluta (afirmativa e negativa) e relativa (permissiva, supletiva, impositiva, integrativa, remissiva e interpretativa). 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[14]. 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).

[14] 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). 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 na obrigatoriedade da conduta (*opinio necessitatis*) – mesmo que haja desrespeito, o que importa não é a efetividade, mas a o fator psicológico (a crença).

QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

(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)[15]. Mas, sem dúvida alguma, o caso mais polêmico no Brasil é o da casa de prostituição.

[15] 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).

QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

(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.

JURISPRUDÊNCIA

"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).

QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

(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). Veja o que estabelece o artigo 113 do Código Civil: "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração". E não para por aí. Confira o artigo 187 da lei *substantiva* civil (ah, lembra da classificação das normas segundo a natureza?): "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".

Duvido que você imaginava que os costumes eram tão importantes quanto realmente são![16] Claro que em nossa tradição romano-germânica (direito escrito), os costumes têm menos peso do que no direito anglo-saxão. 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, amigo(a), fique atento(a) 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).



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[17]. 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

[16] 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.
[17] "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

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

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"[18].

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

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

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 de haver quem negue à jurisprudência o status de fonte do direito, pois esta apenas revelaria o direito existente. Para os *negativistas*, o 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"[19].

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.

QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

(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.).

[19] *Lições preliminares de direito*, p. 169.

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

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[20]).

SÚMULA VINCULANTE

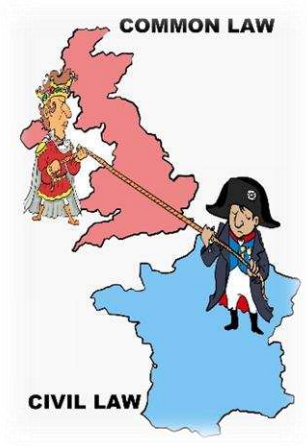
O STF é o guardião da Constituição (CF, art. 102) e, portanto, cabe a ele dar a última palavra sobre como a Constituição deve ser interpretada. **Interpretações divergentes, conferidas por outros juízes ou tribunais, enfraquecem o princípio da força normativa da Constituição**.

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.

[20] 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.

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).

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, um 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.

4 POLÍTICA

Você já parou para pensar por que algumas nações (como os EUA, o Japão e a Inglaterra) são ricas e outras (como o México, a África do Sul e o Brasil) são pobres? Claro que sim, né?! Desde a escola falamos sobre o assunto, muitas vezes sendo levados a repetir, daí em diante e durante toda a vida, uma série de achismos e soluções simplistas. Mas quer saber? A resposta para o enigma está em uma palavra: **POLÍTICA**.

Daron Acemoglu (professor do MIT) e James Robinson (Professor de Harvard) se debruçaram sobre o assunto, descendo às minúcias no livro "*Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*"[21]. Segundo eles, classicamente, há três teorias principais que buscam explicar o sucesso ou o fracasso das nações: geográfica, cultural e cognitiva (sabedoria). Vejamos.

Pela teoria **GEOGRÁFICA**, não é por acaso que a maioria dos países pobres está na África, América Central e Sul da Ásia, entre os trópicos de Câncer e de Capricórnio, ao passo que as nações ricas estão concentradas principalmente nas latitudes temperadas. Em suporte, o grande pensador Montesquieu chegou a afirmar que o clima tropical tende a produzir pessoas preguiçosas, que não trabalham duro e nem são inventivas; pior: acabam sendo governadas por déspotas. Será mesmo? Então *tamo pedido*!

O problema é que a hipótese geográfica não consegue explicar as diferenças entre as Coreias do **Norte** (pobre de *marré deci*) e do **Sul** (rica como os Lannisters), nem entre as Alemanhas **Oriental** (comunista... não precisa dizer que era pobre, né?) e **Ocidental** (para onde, surpreendentemente, as pessoas do paraíso comunista, antes da queda do Muro de Berlim, tentavam desesperadamente fugir).

[21] Lido no original: *Why nations fail: the origins of power, prosperity and poverty.* New York: Crown Publishers, 2012. Há edição em português disponível pela Editora Elsevier.

E nem é verdade que os trópicos sempre foram mais pobres: o Oriente Médio liderou a revolução neolítica – as primeiras cidades de que se têm notícia se desenvolveram no que hoje é o Iraque e o ferro foi fundido pela primeira vez na Turquia.

Por fim, fatores geográficos são inúteis não só para justificar a diferença entre as várias partes do globo atualmente como para explicar por que nações como Japão e China estagnaram por longos períodos e, de repente, passaram a crescer com vigor.

Passemos então à teoria **CULTURAL**. O sociólogo Max Weber foi um dos primeiros a afirmar que os princípios e a ética revelados pela reforma protestante facilitaram o surgimento de sociedades industrializadas no Europa Ocidental, o que logo se transformou em prosperidade econômica.

É certo que a cultura impacta no modo de vida das pessoas e, por consequência, nos resultados obtidos por uma nação ao longo do tempo. Mas seria isso suficiente para explicar por que a inequidade entre os países persiste? Parece que não... Ademais, como explicar que nações como a Argentina e o Chile tenham níveis de prosperidade bem superiores a Peru e Bolívia (de mesma colonização espanhola)? Por último, a hipótese cultural não consegue encontrar uma solução para o rápido crescimento dos Tigres Asiáticos – a cultura, como é sabido, é de transformação lenta e gradual.

Resta a teoria **COGNITIVA**: as inequidades são explicadas na medida em que algumas nações são governadas (agraciadas) por pessoas que sabem como levá-las à prosperidade – é tudo uma questão de saber fazer a coisa certa (nos países pobres os políticos são ignorantes). Será mesmo? Você acredita nisso?

Assim como fizemos com a teoria cultural, em partes, podemos até aceitar essa hipótese da ignorância: um ou outro político até cai mesmo em discursos malucos aqui ou acolá (o canto da sereia), como quando a maioria dos governos democráticos ocidentais (alguns até com boas intenções) adotou o *keynesianismo* (teoria que defende o aumento dos gastos públicos e a intervenção governamental em larga escala) e deu no que deu – os efeitos estão aí hoje: Estados quebrados e comoção social.

Mas, no todo, é preciso considerar que há sempre uma oposição lógica e organizada contra o crescimento econômico. *"What??? Por que alguém seria contra o desenvolvimento da própria nação?"* Entendo sua indignação. Você deve estar se perguntando se não seria esperado que cada cidadão, cada político e mesmo cada ditador fosse querer que a nação se tornasse o mais rica quanto possível? Só posso responder: de jeito NENHUM!

O desenvolvimento geral da nação gera aquilo que o economista Joseph Schumpeter chamou de *criação destrutiva* – a substituição do velho pelo novo; novos setores atraem recursos e substituem os antigos; novos nichos empresariais tomam os negócios dos que eram estabelecidos; novas tecnologias tornam as existentes obsoletas... **no processo há ganhadores e perdedores**... e não só na arena econômica como também na política.

Tomemos como laboratório a Revolução Industrial no século XVIII. Até então, a maior fonte de riqueza era a propriedade de terras, acompanhada pelos privilégios garantidos aos nobres pelos monarcas. De repente, surgem as indústrias, as fábricas, o comércio, as cidades... levando os recursos para longe do meio rural, reduzindo os alugueis das glebas, aumentando o salário dos lavradores. As elites viram ainda seus privilégios erodirem com o surgimento de uma nova classe de homens de negócio. Para piorar, seu poder foi desafiado pela urbanização e pela emergência de uma classe média trabalhadora, dotada de uma surpreendente consciência social. Ao final, a derrota dos aristocratas feudalistas foi esmagadora, tanto na área econômica quanto na política.

Por isso, não é surpresa que os detentores do poder, em vez de buscarem **instituições econômicas inclusivas** (que permitiriam e encorajariam um grande número de pessoas a aplicar seus talentos e habilidades, na área que escolhessem, para gerar desenvolvimento econômico), prefiram **instituições econômicas extrativas** (desenhadas para extrair a riqueza, ainda que menor, de toda a sociedade e canalizar a uma pequena elite).

O Reino do Congo é um bom exemplo disso. Visitantes Portugueses e Holandeses que por lá passaram nos séculos XV e XVI se abismaram com a "miserável pobreza" que imperava. Ainda assim, havia uma elite congolense muito rica, a ponto de, em seus castelos, cercar-se de luxos, servos e escravos – com o passar dos tempos, passaram a comprar terras na Bélgica. Em tal situação de extremo conforto, essa elite não iria animar-se a uma abertura econômica, com os riscos inerentes, para tirar os OUTROS da miséria.

Deu para compreender? Muito longe de falta de conhecimento, é justamente o conhecimento apurado, a capacidade de antever que os privilégios econômicos poderão ser perdidos e que haverá perdedores políticos no processo, a responsável por frear o crescimento econômico generalizado.

Isso nos leva a concluir que **são as instituições (inclusivas ou extrativas) que influenciam o comportamento e os incentivos na vida real, levando as nações ao sucesso ou ao fracasso**.

Os países diferem em seu sucesso econômico em razão de possuírem diferentes instituições, regras que influenciam como a economia funcionará.

E, como visto, a imposição de instituições inclusivas (que levam ao sucesso) não é fácil, pois sempre encontrará oposição nos que gozam de benefícios (manejam instituições extrativas em benefício próprio). Há um esperado conflito entre as instituições e o que acontecerá depende de qual pessoa ou grupo vencerá o jogo político, o que, por sua vez, depende da distribuição política do poder na sociedade. Em suma, as instituições políticas são determinantes para o resultado do jogo.

Países como os EUA e a Inglaterra são ricos porque seus cidadãos conseguiram vencer o jogo político (bater, mesmo que parcialmente, as elites) e criar uma sociedade em que o poder

político é distribuído de forma (mais ou menos) ampla e na qual a grande maioria das pessoas pode tirar vantagem das oportunidades econômicas.

Em miúdos, **a política é a chave da prosperidade ou do fracasso** das nações.

Está vendo o quão importante é falar sobre política?

Dito isso (demonstrada para além de qualquer dúvida a relevância do tema), agora podemos falar especificamente sobre política.

A palavra política tem sua origem no termo grego *polis* (cidade-estado grega) ou *politikos* (coisas da polis).

QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

Ano: 2009 Banca: ESAF Órgão: MPOG Prova: ESAF - 2009 - MPOG - Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental) O termo Política diz respeito ao funcionamento do Estado e ao exercício do poder. Quanto à sua origem, está correto afirmar que:

a) foi criado por Maquiavel.

b) tem sua origem na Revolução Francesa.

c) deriva da palavra grega *polis*.

d) surgiu com a formação dos partidos políticos.

e) resultou das disputas dinásticas na antiguidade.

Comentários

O termo política é derivado do grego antigo e se refere a todos os procedimentos relativos à *polis*, ou à cidade-estado. Assim, pode se referir tanto ao Estado, quanto à sociedade, à comunidade e definições que se refiram à vida humana.

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

(Ano: 2014 Banca: INSTITUTO AOCP Órgão: MPE-BA Prova: INSTITUTO AOCP - 2014 - MPE-BA - Assistente Técnico – Administrativo - ADAPTADA) Quanto ao Estado, à Política e à Cidadania. Julgue o item seguinte:

A política relaciona-se com a cidade, com o cidadão e os modos de organização do espaço público e do convívio social.

Comentários

Apenas reforçando o que vimos acima!

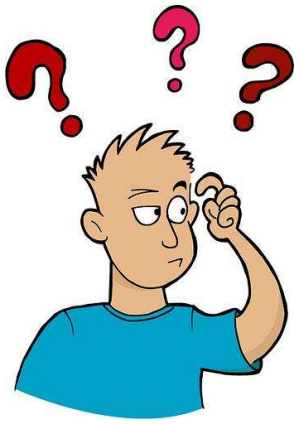
Por conta disso, o item está **CORRETO**.

A política, assim como a economia, existe e funciona em razão da escassez. Se pudéssemos ter tudo o que quiséssemos, na hora em que quiséssemos, não haveria necessidade de regularmos as relações.

Imagine você vivendo com mais dez pessoas em uma ilha lotada de palmeiras, onde os cocos são inesgotáveis e de idêntica qualidade. Não haverá qualquer motivo para que haja uma política sobre os cocos. Agora, basta que surjam cocos de qualidades diversas (melhores e piores) para que nasça a imperatividade de se regular quem fica com o que e quando. Não demorará a aparecerem discursos, teses, defesas para indicar qual a divisão justa dos melhores cocos... logo teremos direito, economia e POLÍTICA, que nada mais é do que a atividade na qual os homens deliberam as regras que regerão sua convivência e os objetivos que buscarão coletivamente.

Política é a arte de unir os homens entre si[22].

A política é a **organização harmônica da oposição de vontades**, influenciada e condicionada por todo o agir do ser-humano, ao mesmo tempo em que influencia e condiciona esse mesmo agir, em sua totalidade (Hermann Heller). É a **orientação dada à gestão dos negócios na comunidade**; é o conjunto dos atos e posições tomada para empurrar em certa direção a estrutura e a marcha do aparelho governamental – engloba a totalidade dos fatores do homem: ideologias, crenças religiosas, interesses de classe (Jean Meynaud). Para os mais beligenrates, política é a **luta pelo poder dentro de um Estado** – tomando-se o poder como "conjunto dos meios que permitem conseguir os efeitos desejados" (Bertrand Russel).



Segundo **Max Weber**, a análise política deve ser realizada pela sua característica principal (meio ou instrumento), isto é, pelo uso da força (coação) para imposição da vontade. A política não é o instrumento para a busca de uma finalidade específica (virtudes), mas o meio coativo para o alcance de uma finalidade variável.

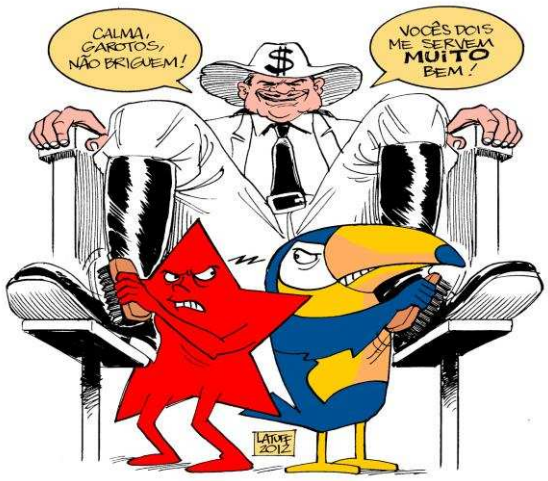
A finalidade seria variável de acordo com as condições vivenciadas. Exemplo: em tempos de paz interna, a finalidade poderia ser o bem-estar de maioria; em tempos de guerra, a finalidade é a vitória; em tempos de opressão por um poder despótico, a finalidade é a conquista de direitos; em tempos de dependência de uma potência estrangeira,

[22] Johannes Althusius.

a finalidade é a independência. Essa escola remove o juízo teleológico da política (neutralidade axiológica e relatividade dos valores).

Noberto Bobbio, porém, entende que é possível observar um "fim mínimo" da política: a ordem pública nas relações internas e a integridade nacional na ordem externa entre os Estados (soberania).

A política também pode ser definida como a **arte de transformar tendências sociais em normas jurídicas** (Herman Heller). Sendo assim, é pela política que decidimos as estruturas sociais e econômicas que organizarão toda a vida em sociedade (matéria mais sensível e fundamental impossível). Essas decisões, normalmente, dão-se pelo debate de ideias (quem convence mais chora menos), mas, em alguns casos, podem se dar pela força (revolução, golpe, guerra). Esse é o "singelo" âmbito da política.



Como fica fácil perceber: (1) política (em sentido amplo) não se confunde com política partidária (o partido político é uma agremiação civil, reunião de pessoas com interesses afins, que busca participar do processo político), sendo plenamente possível discutir política sem sequer passar perto de partidarismos; (2) a política e o direito estão intimamente ligados. Os debates políticos findam na positivação de normas jurídicas que estabelecem regras de convivência obrigatória a todos. Ignorar a política é fechar os olhos à fonte do direito e deixar de participar justamente da construção do modelo que determinará a sociedade. Não é à toa que Charles de Gaulle afirmava: "a política é uma questão muito séria para ser deixada para os políticos".

QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

(Ano: 2017 Banca: CESPE Órgão: DPU Prova: CESPE - 2017 - DPU - Defensor Público Federal) Em relação ao conceito de ciência política e à legitimidade do poder político, julgue o item a seguir.

De forma geral, define-se ciência política como toda interpretação de fenômenos políticos fundada na observação dos fatos e na argumentação racional, em oposição às afirmações derivadas do senso comum.

Comentários

Moleza, não é? Aqui *noix faiz* política de maneira racional!

O item está **CORRETO**.



O Direito, como produto social, está, por sua vez, negava ao sabor da política e das ideologias. A construção e a interpretação do Direito não são ao acaso, mas geralmente de acordo com a ideologia do operador jurídico (resultado que melhor atende à sua visão de mundo) – o Direito vive no campo político e da luta ideológica (cada um busca puxar a brasa para o seu assado).

Cada operador jurídico **é uma instância ideológica de atribuição de significados heterônomos**. "Não é o sentido da norma que se impõe ao jurista de acordo com sua formação cultura e ideológica, de sorte que é o jurista a única e autêntica fonte do direito" [23]

"O direito contém, ao mesmo tempo, as filosofias da obediência e da revolta"[24]



(2015 OAB XVI) Rudolf Von Ihering, em A Luta pelo Direito, afirma que "O fim do direito é a paz, o meio de atingi-lo, a luta". Assinale a afirmativa que melhor expressa o pensamento desse autor

a) O Direito de uma sociedade é a expressão dos conflitos sociais desta sociedade, e ele resulta de uma luta de pessoas e grupos pelos seus próprios direitos subjetivos. Por isso, o Direito é uma força viva e não uma ideia.

b) O Direito é o produto do espírito do povo que é passado de geração em geração. Por isso, quando se fala em Direito, é preciso sempre olhar para a história e as lutas sociais. O Direito Romano é a melhor expressão desse processo.

c) O Direito é parte da infraestrutura da sociedade e resulta de um processo de luta de classes, em que a o usa para manter o.

d) O Direito resulta da ação institucional do Estado, e no parlamento são travadas as lutas políticas que definem os direitos subjetivos de uma sociedade.

Comentários

[23] COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis.* 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 182.
[24] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. 54. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 31.

Assertiva B = Ihering realmente afirma a importância de olhar para a história e as lutas sociais. Porém, isso não nos remete necessariamente à tradição do Direito Romano.

Assertiva C = quando se fala em "processo de luta de classes", "classe dominante" e "controle sobre os dominados" a rigor o foco recai sobre as ideias socialistas e de teoria crítica. Embora influenciado por Marx, Ihering não "comprou" todo o marxismo.

Assertiva D = ao se referir a lutas, Ihering não está se pautando na ação institucional (lutas travadas no Parlamento), mas às questões sociais que ocorrem também (ou principalmente) em ambiente não institucional.

Assertiva A = o direito é a expressão dos conflitos sociais na sociedade (no decorrer do tempo); resulta da luta de pessoas e grupos pelos seus próprios direitos subjetivos (pretensões a serem reconhecidas pela norma ou pela interpretação desta). Logo, o direito é uma força viva (em constante transformação) e não uma ideia (fixa)!

A alternativa correta é a **A**.

A própria interpretação do Direito traz consigo o colossal poder de uniformizar o sentido da norma jurídica, a capacidade de impor significados como corretos, legítimos, justos e consensuais, acompanhada da aptidão de silenciar intepretações divergentes, que deixam de ser levadas em consideração (com o tempo, o sentido da norma se altera, fixa-se e são neutralizadas as divergências) – isso é notável em um tempo no qual a interpretação constitucional é da mais elevada importância.

Não está acreditando em mim? Pega um exemplo então: o artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, estabelece que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado". Ao que tudo indica, estamos falando do simples direito ao silêncio (de não falar), não? Não! No Brasil, os intérpretes conseguiram transformar o dispositivo em um elastecido, ampliado, complexo, completo e quase totalitário direito de não produzir prova contra si mesmo (não autoincriminação) – o investigado passa a poder se recusar, terminantemente e sem qualquer consequência jurídica, a fazer qualquer coisa que possa vir a ser utilizada em seu desfavor (esclarecimento da verdade) em um processo ou investigação.

A conclusão é a seguinte: em tese, a existência de métodos racionais de construção e de interpretação do Direito coloca limite à subjetividade dos homens. Na prática, porém, em meio à política e às ideologias (e a própria subjetividade a que elas conduzem) serve também à legitimação da escolha operada e do resultado a que chega o intérprete – ele tem como se defender (caso acusado de estar ideologizando o direito), justificar que foi técnico e convencer os destinatários da norma de que sua intepretação é a melhor. O direito não é para os ingênuos...

5 IDEOLOGIA

A origem do termo *ideologia* é imputada a **Destutt de Tracy** (filósofo e soldado francês, tendo se tornado deputado após a Revolução Republicana). Identifica a ciência das ideias. Posteriormente, o termo ganharia um sentido pejorativo quando Napoleão chamou De Tracy e seus seguidores de "ideólogos" no sentido de "deformadores da realidade".



Os pensadores da antiguidade clássica e da Idade Média entendiam a ideologia como o conjunto de ideias e opiniões de uma sociedade.

Karl Marx entende que a ideologia age mascarando a realidade. Seus seguidores, os pensadores adeptos da Teoria Crítica da Escola de Frankfurt, consideram **a ideologia como uma ideia, discurso ou ação que mascara um objeto, mostrando apenas sua aparência e escondendo suas demais qualidades** – enquanto falsa consciência, geraria a inversão ou a camuflagem da realidade, colaborando com os ideais ou interesses da classe dominante.

O conceito neutro moderno, porém, trata a ideologia como conjunto de valores e/ou regras que tem como objetivo guiar a sociedade a um status considerado ideal, seja ele no âmbito político, econômico ou social (ou todos eles).

6 DIREITOS HUMANOS

Direitos do homem... direitos humanos... direitos fundamentais... é tudo a mesma coisa? O que são eles? De onde vieram? Para onde vão? *Ixi*... aí é pepino... Vamos tentar descascar esse abacaxi.

6.1 DENOMINAÇÃO

O tema direitos humanos é uma constante no cotidiano do mundo ocidental: dos cafezinhos e pubs aos eventos acadêmicos, o assunto permeia as rodas de discussão com insistência. Não se trata mais de um assunto para a doutrina; é reportagem de jornal, matéria de revista, incursão diária nas mídias digitais, querela popular.

O problema é que os termos direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, malgrado a vulgaridade de seu uso – ou porventura exatamente em virtude disso – ainda não se encontram categoricamente definidos, o que, acaso não tomadas algumas precauções, dificulta uma abordagem mais pormenorizada do objeto.

Do ponto de vista histórico, o termo "direitos do homem" (*droits de l'homme*) começou a circular em francês depois de sua aparição em O contrato social (1762), de Jean-Jacques Rousseau, embora este não os tenha definido. Já a expressão "direitos humanos" apareceu pela primeira vez em 1763, significando algo semelhante a "direito natural". O jurista inglês William Blackstone os definiu como "a liberdade natural da humanidade", isto é, os "direitos absolutos do homem, considerado como um agente livre, dotado de discernimento para distinguir o bem do mal"[25]. A elocução "direitos fundamentais" só surgiria muito tempo depois.

"Os direitos humanos são difíceis de determinar porque sua definição, e na verdade a sua própria existência, depende tanto das emoções quanto da razão"[26].

Para fins de prova, vamos adotar o que é normalmente cobrado: (a) direitos do homem são os naturais, inatos, positivados ou não; (b) direitos humanos são os direitos naturais positivados na ordem internacional; (c) direitos fundamentais são os naturais positivados na ordem interna.

ESQUEMATIZANDO

DIREITOS DO HOMEM	DIREITOS HUMANOS	DIREITOS FUNDAMENTAIS

[25] HUNT, Lynn. *A invenção dos Direitos Humanos*: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 20-23.
[26] HUNT. Idem, p. 24.

Direitos naturais, inatos do ser humano, ainda NÃO positivados.	Direitos naturais positivados na órbita internacional (tratados internacionais).	Direitos naturais positivados na ordem interna (bloco de constitucionalidade).

6.2 ORIGEM

De onde é que surgiram essas ideias de direitos humanos e fundamentais (isso porque os do homem são produto do jusnaturalismo, bastante antigo)?

Os **precedentes históricos** (a serem referidos em provas) são: o Direito humanitário (Cruz Vermelha e direito de guerra, com proteção especial aos feridos, militares fora de combate, náufragos, mulheres e crianças); a Liga ou Sociedade das Nações, criada após a Primeira Guerra Mundial para a manutenção da paz e estabilidade mundial (proteção de pessoas além do espaço reservado); e a Organização Internacional do Trabalho – OIT, encetando a fase de convenções internacionais (com identificação dos sujeitos de direitos).

Em um olhar mais documental, podemos indicar: (a) a ***Magna Charta Libertatum (1215)***, que reconheceu, por exemplo, a limitação dos poderes do rei, o devido processo legal e desapropriação indenizada. (b) o ***Bill of Rights (1689)***, que assentou a imunidade parlamentar; (c) e a **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)**, que proliferou a ideia de universalidade dos direitos do homem e estabeleceu proteção especial à liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão, além de eleger como modelo básico constitucional a tripartição dos poderes (constituição em sentido moderno). Hoje são muitos os documentos que podem ser citados como instrumento direito de fixação dos direitos fundamentais.

> "A Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) significou uma restrição nunca antes vista ao poder monárquico: o rei perdeu a prerrogativa de suspender leis sem o consentimento do parlamento, que restou bastante fortalecido, uma vez assentada a liberdade de eleição de seus membros e estabelecidas imunidades parlamentares. Outrossim, doravante "os poderes de legislar e criar tributos já não são prerrogativas do monarca, mas entram na esfera de competência reservada do Parlamento"[27]

[27] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 105.

Principais documentos:
Magna Charta Libertatum (1215)
Petition of Rights (1628)
Habeas Corpus American Act (1679)
Corpo de Liberdades de Massachussets (1641)
Forma de Governo da Pensilvânia (1682)
Bill of Rights (1689)
Declaração de direitos do bom povo da Virgínia (1776)
Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776)
Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)
Carta das Nações Unidas (1945)
Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)



A **Constituição Imperial do Brasil** de 1824 está entre os primeiros documentos constitucionais da história a positivar os direitos humanos, junto com o *Bill of Rights* da Constituição Americana (10 primeiras Emendas - 1791) e a Constituição da Bélgica (1831).

6.3 SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Em 1945, ao fim da Segunda Guerra Mundial, surge o Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos, especificamente com a Carta das Nações Unidas (que NÃO disse o que são direitos humanos ou fundamentais rsrsrs).

O também chamado de Sistema da ONU ou de Sistema Universal um conjunto de documentos (tratados internacionais) e órgãos da ONU (Assembleia Geral, Conselho de Segurança, Corte Internacional de Justiça, Conselho Econômico e Social e ainda o Secretariado) que visa a vincular os Estados-partes a promover a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Exige, ainda, a efetivação desses direitos, sob a vigilância de mecanismos de monitoramento, supervisão e controle.



São **CONSEQUÊNCIAS** do sistema global de proteção: (a) a flexibilização do conceito clássico de soberania, em especial no plano externo; (b) o indivíduo (não apenas o Estado) é colocado como sujeito de direito internacional; (c) a mudança na política externa dos Estados (não apenas no plano econômico, mas também no jurídico), com o reconhecimento e a submissão aos direitos humanos.

Os principais documentos que compõem o sistema são a Carta da ONU (Carta de São Francisco - 1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos **Civis e Políticos** (1966) e o Pacto Internacional dos Direitos **Econômicos, Sociais e Culturais** (1966).



Perceba que houve a cisão do Pacto Internacional de Direito porque muitos países (a exemplo dos EUA) recusaram-se a adotar as normativas relativas aos direitos sociais, consideradas no caminho do socialismo.

Mesmo entre quem assinou ambos os pactos, é certo que os direitos individuais (1ª dimensão) são de aplicação material imediata, ao passo que os direitos sociais, econômicos e culturais (2º dimensão), embora dotados de efeitos jurídicos plenos, são de aplicação material progressiva.

A doutrina costuma citar como fases de implementação de um pacto internacional: **(1ª)** elaboração de uma Declaração Internacional dos Direitos Humanos; **(2ª)** elaboração de um Tratado ou Convenção Internacional de Direitos Humanos (sistema internacional normativo); **(3ª)** Construção de mecanismos internacionais para sancionar violações aos direitos humanos (sistema internacional sancionador).

Documentos Específicos:
Convenção contra o genocídio (1948)
Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)
Convenção sobre a redução dos casos de apatridia (1961)
Convenção sobre a eliminação de todas as formas de descriminação racial (1968)
Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979)
Convenção sobre a tortura, penas cruéis, desumanas ou degradantes (1984)
Declaração do direito ao desenvolvimento (1986)
Convenção sobre os direitos da criança (1989)
Declaração e programa de ação de Viena (1993)
Convenção sobre direitos das pessoas com deficiência (2006)

6.4 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Prestes a completar 70 anos, a DUDH ainda recebe aplausos e tomates.

Os **elogios** vêm por conta de esboçar um amplo rol exemplificativo de direitos humanos (fundados na universalidade e na dignidade da pessoa humana), que ilumina, inspira e influencia os instrumentos normativos posteriores – é paradigma ético para as Constituições contemporâneas + os tratados internacionais supervenientes indicam a Declaração como documento referencial.

As **críticas** (para além da questionada universalidade – da qual falaremos adiante) são por ficar no abstrato, ao trazer apenas direitos, mas não as garantias. Exemplo: traça a liberdade, mas não o *habeas corpus*.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais instrumentalizam processualmente a Declaração.

TOME NOTA!

Analisando sua natureza jurídica, do ponto de vista **formal** NÃO é tratado internacional, mas Resolução da ONU (Res. ONU 217-A3); em viés **material** há divergência se tem ou não força vinculante, isto é, se é *soft law* (facultativa) ou *jus cogens* (obrigatória).

A estrutura do documento é **bipartite:** a primeira parte é responsável por consagrar os direitos individuais (caráter privatista); a segunda parte reconhece os direitos sociais (caráter coletivista).

INDIVIDUALISTA ou PRIVATISTA	ESTADO SOCIAL
Arts. 1º a 21 (direitos de liberdade = 1ª geração).	Arts. 22 a 30 (direitos de igualdade = 2ª geração).



NÃO há previsão dos direitos difusos e coletivos (3º dimensão - ex: proteção ambiental), os quais são previstos em documentos esparsos (como a declaração de Declaração de Estocolmo e a ECO-92).

CARACTERÍSTICAS dos direitos:
a) **indivisibilidade** = os direitos formam um todo orgânico – não se sucedem em gerações, acumulando-se, não podendo ser cindidos ou implementados apenas em parte.
b) **interdependência** = um direito depende intrinsicamente do outro, não sobrevivendo sem os demais (ex: a liberdade depende da educação e cultura).
c) **interrelacionariedade** = um sistema de proteção não exclui o outro, podendo o sujeito de direitos optar por aquele que mais lhe proteja (não é necessário esgotar o sistema interno para procurar o regional ou global).
d) **universalidade** = se aplicam a todos os seres humanos, independentemente da cultura.



Uma das questões mais polêmicas é sobre o universalismo ou relativismo de Declaração. Para os **universalistas**, os direitos humanos devem ser aplicados a todos os países,

independentemente da cultura (exemplo: não se deve admitir circuncisão feminina com base em elementos culturais). Já para os relativistas, os direitos humanos devem respeitar as culturas locais (exemplo: utilização da burca pelas muçulmanas).

A **Declaração e Programa de Ação de Viena** (1993), que é *soft law*, estabeleceu que os direitos culturais devem ser respeitados, desde que não firam direitos humanos. Não resolveu muito a nossa questão.

7 QUESTÕES



7.1 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.

7.2 GABARITO

GABARITO

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

7.3 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 amigo(a)... 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 (*nasciturus* - 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.

8 RESUMO



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.

SISTEMA 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.

POLÍTICA

❍ CONCEITO:

- Atividade na qual os homens deliberam as regras que regerão sua convivência e os objetivos que buscarão coletivamente.

- Organização harmônica da oposição de vontades.

- Orientação dada à gestão dos negócios na comunidade.

- Arte de transformar tendências sociais em normas jurídicas

IDEOLOGIA

❍ CONCEITOS:

- **Clássico**: ciência das ideias.

- **Pejorativo**: deformação da realidade.

- **Marxista**: ideia, discurso ou ação que mascara um objeto, mostrando apenas sua aparência e escondendo suas demais qualidades.

- **Moderno**: conjunto de valores e/ou regras que tem como objetivo guiar a sociedade a um status considerado ideal.

DIREITOS HUMANOS

❍ DENOMINAÇÃO:

- **Direitos do homem** são os naturais, inatos, positivados ou não.

- **Direitos humanos** são os direitos naturais positivados na ordem internacional.

- **Direitos fundamentais** são os naturais positivados na ordem interna.

❍ PRECEDENTES HISTÓRICOS: Direito humanitário; Liga ou Sociedade das Nações; e Organização Internacional do Trabalho

❍ DOCUMENTOS: *Magna Charta Libertatum*; *Bill of Rights*; e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

❍ SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS:

↳ **Consequências**: (a) flexibilização do conceito clássico de soberania; (b) alçada do indivíduo a sujeito de direito internacional; (c) mudança na política externa dos Estados, com o reconhecimento e submissão aos direitos humanos.

↳ **Principais documentos**: Carta da ONU (1945), Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

❍ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS:

↳ **Elogios**: esboça um amplo rol exemplificativo de direitos humanos que ilumina, inspira e influencia os instrumentos normativos posteriores (Constituições e tratados)

↳ **Críticas**: traz apenas direitos (ex: liberdade), mas não as garantias (ex: HC).

↳ NÃO é tratado internacional, mas Resolução da ONU (Res. ONU 217-A3).

↳ Há divergência se tem ou não força vinculante – se é *soft law* ou *jus cogens.*

↳ Estrutura **bipartite**: arts. 1º a 21 = direitos de liberdade (1ª geração); arts. 22 a 30 = direitos de igualdade (2ª geração). NÃO há previsão dos direitos difusos e coletivos.

↳ **Características direitos**: indivisibilidade (formam um todo orgânico), interdependência (dependem intrinsicamente um dos outros), interrelacionariedade (um sistema de proteção não exclui o outro) e universalidade (aplicam-se a todos os seres humanos).

9 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 OAB/concursos quanto no aprofundamento teórico do tema.

Se você não puder ler todos esses livros, 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!

10 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** a todos, mais uma vez, a vir conosco nessa caminhada árdua, mas gratificante (espero torná-la menos árdua e mais gratificante). Aguardo os amigos e amigas na próxima aula. Até lá!

Quaisquer dúvidas, sugestões ou críticas entrem em contato sem hesitação. Estou disponível no fórum do Curso, por e-mail e, inclusive, pelo *Facebook* ou *Instagram*.

Jean Vilbert

 jeanvilbert@gmail.com

 https://www.facebook.com/jean.vilbert

 https://www.instagram.com/jeanvilbert/?hl=pt-br

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.