Estratégia
Carreira Jurídica

Aula 00

Noções Gerais de Direito e Formação Humanística p/ TJ-SC (Juiz Substituto) 2021 - Pré-Edital

Autor:
Equipe Materiais Carreiras Jurídicas, Jean Vilbert

06 de Janeiro de 2021

TEORIA GERAL DO DIREITO

SUMÁRIO

1 Conceitos fundamentais.....9
1.1 Direito?.....9
1.2 Significados.....12
1.3 Causas.....18
1.4 Direito + ou x ou = moral.....23
2 Fontes.....36
3 Interpretação.....61
3.2 Analogia.....85
3.3 Equidade.....87
4 Questões.....90
4.1 Questões SEM comentários.....90
4.2 Gabarito.....92
4.3 Questões COM comentários.....93
5 Resumo.....95
6 Considerações Finais.....97

HUMANÍSTICA JURÍDICA???

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

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

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

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

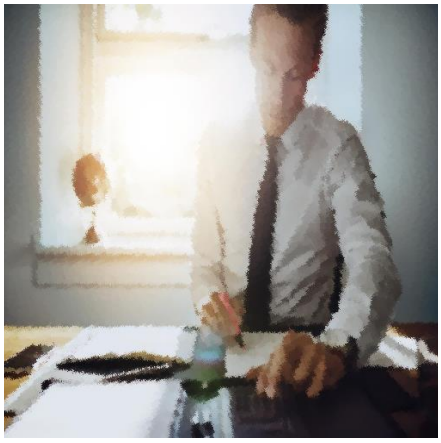
Primeiro, se você acha que estará perdendo tempo estudando as matérias de base (quando poderia investir em Processo Civil, por exemplo), tenho a dizer que essa visão estreita do direito (como fenômeno dogmático) acaba por formar profissionais **(1)** alienados à aplicação da lei e da jurisprudência (como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

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

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

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

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



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

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

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

METODOLOGIA DO CURSO

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

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

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

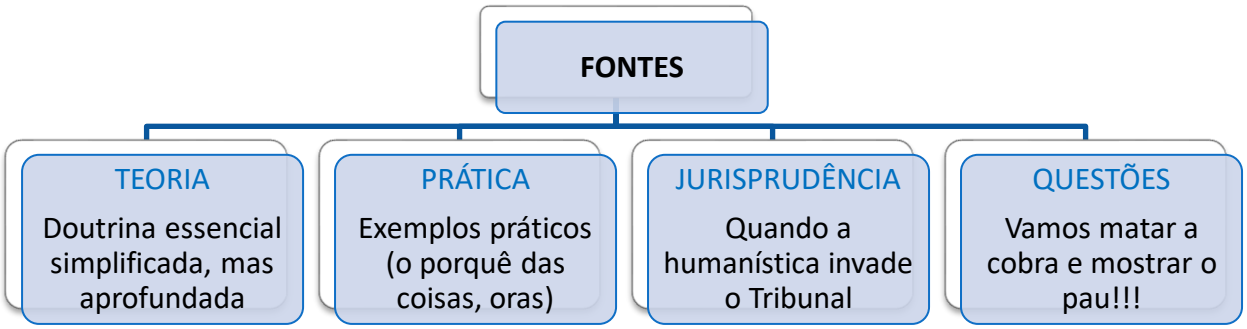
Nossa firme intenção é munir o estudante do NECESSÁRIO à **aprovação**.

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

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

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

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



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

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

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

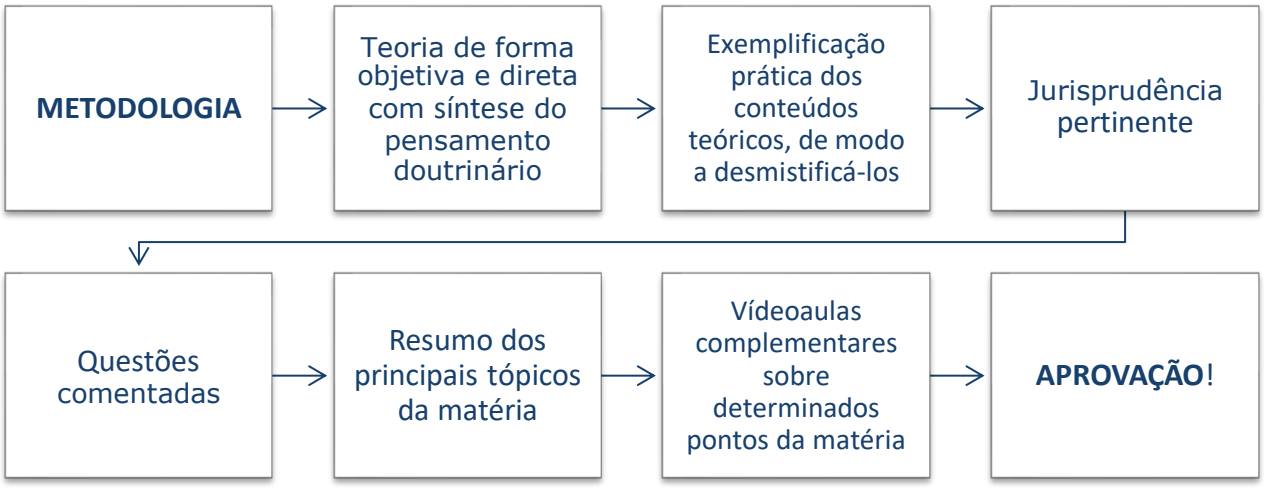
E para quem gosta de ver a cara do professor, para quem é ligado a uma aula expositiva, ao método clássico: TEREMOS VIDEOAULAS! Essas aulas (que podem ser vistas *on-line* ou baixadas) destinam-se a *complementar* a preparação e a servirem de via *alternativa* para os momentos em que estiver cansado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

A salientar que, ao contrário do PDF, evidentemente, as videoaulas NÃO cobrirão a integralidade do conteúdo. Por vezes, haverá aulas com vários vídeos; outras terão videoaulas apenas de parte do conteúdo; e outras sequer conterão vídeos. Nosso foco é, predominantemente, o estudo ativo, já que (com o perdão da humildade *mitigada*) oferecemos **o melhor manual eletrônico do mercado**.

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

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

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



Parece demais para ser verdade? O queeeê? Está duvidando de nossa capacidade de cumprir tudo o que prometemos? Eu não duvidaria se fosse você! Temos muitaaa confiança no trabalho que desenvolvemos. Dê uma olhada em meu "currículo" e confira minha experiência. E lembre-se: já estive na sua exata condição, amigo estudante (parece que foi ontem), e utilizei minha metodologia de estudos para alcançar meus objetivos. Se deu certo para mim, por que não daria para você?

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

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

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

E-mail: jeanvilbert@gmail.com

Twitter: https://twitter.com/jean_vilbert

YouTube: Canal Jean Vilbert

1 CONCEITOS FUNDAMENTAIS

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

1.1 DIREITO?

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

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

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

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

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

hoje em Direito (objetivo – ordenamento jurídico) e direitos (subjetivos – faculdades).

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

Paulo Nader observa que "**nenhuma outra ciência possui questionamento de ordem conceptual tão profunda quanto do Direito**" [1].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Em forma de esquema:

CONCEITO DE DIREITO

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

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

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

coletivo. Nos Estados totalitários, constitui aparelho de dominação; meio de efetivação ou permanência da ideologia institucionalizada"[2].

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

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

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

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

1.2 SIGNIFICADOS

[2] NADER. Idem, p. 43.

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

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

Comentários

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ao cabo, a expressão cobre diversas situações difíceis de serem traduzidas em um denominador comum[3].

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"[4]. Já Pontes de Miranda

[3] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 145-149.
[4] REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 259.

entende que os direitos subjetivos são a eficácia do fato jurídico, realizáveis após a incidência da regra jurídica que lhes precede e fundamenta[5].

Para Fins prova, recomendo seguir pela linha de Ferraz Junior: considerar-se-á como tal (direito subjetivo) uma situação jurídica favorável a um sujeito, mediante normas que restrinjam o comportamento alheio – daí a usual correlação entre direito (de um) e dever (do outro) –, com a possibilidade de se fazer valer em face dos demais sujeitos pelo manejo de procedimentos garantidos por normas[6].

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

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

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

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

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

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

Comentários

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

[5] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte geral. t. 1. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 5.
[6] Idem, p. 150-152.

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.

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

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

LINGUAGEM e tratamento INVESTIGATIVO no Direito

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

LÓGICA APOFÂNTICA	LÓGICA DEÔNTICA
A proposição jurídica (enunciado declarativo) pode ser verdadeira ou falsa.	A proposição normativa (norma) admite apenas verificação de validade ou invalidade.

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

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

1.3 CAUSAS

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

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

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

Há duas correntes que buscam explicar esse fenômeno.

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

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

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

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

Assinale a alternativa que apresenta o conceito correto de razão prática.
a) Uma forma de conhecimento científico (episteme) capaz de distinguir entre o verdadeiro e o falso.
b) Uma técnica (techne) capaz de produzir resultados universalmente corretos e desejados.
c) A manifestação de uma opinião (doxa) qualificada ou ponto de vista específico de um agente diante de um tema específico.
d) A capacidade de bem deliberar (phronesis) a respeito de bens ou questões humanas.

Comentários

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

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

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

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

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

A alternativa **correta** é a D.

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

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

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

RUDOLF VON IHERING

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Comentários

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

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

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

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

Logo, a assertiva **A** está correta.

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

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

Feito o parêntesis, retornemos às causas.

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

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

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

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

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

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

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

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

1.4 DIREITO + OU X OU = MORAL

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

Em um episódio, alguns espertinhos do movimento contrário entenderam que lhes era vantajoso espalhar cartazes na noite anterior à votação, decorando o campus com propaganda da Chapa 2 (a deles). Quando descobri, fiquei indignado e fui tirar satisfações com o presidente concorrente. Tentei argumentar que aquilo era **errado** e ele me respondeu onde é que estava a norma que vedava propaganda no dia anterior (havia previsão proibitiva quanto *ao dia* da eleição). Em uma frase final ele resumiu seu raciocínio: "pode até não ser moral, mas não é ilegal". Ou seja: é imoral, mas não ilegal.

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

Conforme adverte Paulo Nader: "nossa compreensão sobre o direito não estará completa se não tivermos consciência de que não é ele o único instrumento de controle da sociedade e se não soubermos distingui-lo, claramente, das demais normas sociais. É que, ao seu lado, atuando sobre o comportamento interindividual, existem os campos da moral, religião e das regras de trato social [...]. O direito não visa, portanto, esgotar a potencialidade desse valor (do justo) nas relações sociais. No convívio social existem, assim, questões de justiça que escapam ao controle das regras jurídicas e se subordinam a outros processos normativos"[7].

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

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

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

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

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

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

[7] NADER. Idem, p. 53.

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

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

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

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

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

A moral é **unilateral** porque não estabelece um relacionamento entre homens, ainda que seus imperativos sejam reconhecidos como desejáveis para a boa convivência social. Se alguém atua de maneira contrária à moral, não pode ser compelido a revisar seu comportamento.

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

Para fins didáticos, criemos nosso personagem: Justiniano (que de justo não tem nada). Justiniano faz tudo o que citamos acima. É o mala em pessoa. E em que pese esses comportamentos sejam extremamente indesejáveis, e todo mundo já tenha dito isso para ele, Justiniano é convicto (em não mudar). Como estamos diante de regras morais, não há mesmo santo que possa obrigá-lo. O que os

parentes de Justiniano podem fazer (ele não tem mais amigos) é, no máximo, partir para a admoestação (palavra chique, eufemismo, para xingamento) e, não funcionando, excluir Justiniano da lista de contatos, fingir que não estão em casa quando ele bater à porta... não há muito mais o que fazer...

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

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

Deu para entender?

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

A norma moral é *imperativa* (impõe comportamentos), mas a norma jurídica é *imperativa-atributiva*, porque não só impõe o comportamento como atribui ao prejudicado ou a terceiro a faculdade de exigir o seu cumprimento ou a punição do ofensor[8].

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

(Ano: 2012 Banca: FEPESE Órgão: DPE-SC Prova: Defensor Público) Norberto Bobbio afirma que a teoria do ordena- mento jurídico "constitui uma integração da teoria da norma jurídica". Em livro nomeado Teoria do ordenamento jurídico, ele afirmou que não lhe foi possível definir o Direito do ponto de vista da norma jurídica considerada de maneira isolada. Segundo ele, importa alargar o "horizonte para a consideração do modelo pelo qual uma determinada norma se torna eficaz a partir de

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

uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devam exercê-las e a sua execução". Para Bobbio, essa organização complexa é o produto de um ordenamento jurídico e, a partir deste, o Direito pode ser definido. Isso porque, conforme o autor, o problema da definição do Direito é localizado na teoria do ordenamento jurídico, não na teoria da norma. O pensador apresentou essa conclusão baseado na ideia de organização do sistema normativo, extraída da noção de sanção jurídica.

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

a) interna e não institucionalizada.

b) interna e institucionalizada.

c) externa e institucionalizada.

d) externa e não institucionalizada.

e) processual e não institucionalizada.

Comentários

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

Portanto, correta a alternativa **C**.

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

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

Sobre os aspectos comuns entre as normas morais e as normas jurídicas, marque V para as afirmativas verdadeiras e F para as falsas.

( ) Ambas apresentam caráter histórico.

( ) Ambas se apoiam em valores culturais.

( ) Ambas contam com a coerção legal do Estado.

( ) Ambas visam à convivência entre as pessoas.

Assinale a sequência correta.

a) V, V, F, V

b) F, V, F, V

c) F, F, V, F

d) V, F, V, F

Comentários

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

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

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

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

A alternativa correta é a **A**.

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

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

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

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

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

A **moralidade** é uma predisposição em cumprir um dever sem outro fundamento a não ser o querer cumprir. Por isso, não se mede pelo resultado, uma vez que se

instaura no campo da vontade pura – realiza-se a ação sem interesses externos. O fundamento que leva ao cumprimento do ato segundo a moral é a boa vontade, que **se encerra em si mesma** e não recebe influência heterônoma (estranha a ela).

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

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

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

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

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

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

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

Comentários

A alternativa correta é a **B**: a conduta moral refere-se à vontade interna do sujeito, à sua livre escolha de seguir certo conjunto de princípios gerais de conduta. Já o direito é coercitivo: impõe o comportamento mediante sanção institucional – o seu respeito pode ser por livre escolha, por medo da sanção ou por imposição desta. As demais alternativas possuem equívocos: o direito e a moral NÃO são idênticos – o

campo da moral é mais amplo, havendo ações imorais que não são ilícitas (A); na moral a coerção NÃO é um elemento determinante (C); direito e moral se relacionam: cumprir a lei espontaneamente, a rigor, é demonstração de virtude moral.

As normas seguem o padrão do **imperativo hipotético**: uma ação condiciona outra ação (se x, então y). Exemplo: "Se matar alguém, reclusão de 6 a 20 anos". Se não quiser ser jogado no cárcere, não mate, não roube, não estupre... só os que defendem a despenalização dos crimes é que não entendem este singelo raciocínio 😅 Aqui há um interesse pessoal em cometer uma ação para obter um resultado benéfico previsto em lei (sanção premial) ou evitar uma conduta para não sofrer a pena aflitiva.

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

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

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

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

Retornemos a Justiniano. Em épocas de Natal, Páscoa, Ano Novo, o pessoal da família fica com dó e convida o Justiniano para a ceia (não tem jeito). Só que todo ano é aquela novela: o cara não tira os tênis para entrar em casa e vai direto para o tapete limpinho e ainda põe os chulezentos em cima da mesinha de centro. Como se não bastasse, come com a boca aberta e suja a borda do copo de comida. É uma lástima. Todo ano a mesma coisa.

Esses comportamentos de Justiniano podem ser chamados de imorais? **Del Vechio** diria que sim. Para ele, todas as normas de comportamento devem ser incluídas no âmbito da moral ou do direito. Mas há quem discorde. **García Máynez** indica que há uma terceira espécie de comportamento social, a que denomina convencionalismos sociais, os quais não são norma jurídica (não tem atributividade) e nem normas morais (embora unilaterais, não se importam com a intenção do agente, o propósito bom ou ruim, apenas com a exterioridade do ato)[9].

Justiniano não come de boca aperta para prejudicar quem quer que seja. Ele sequer sabe que isso é errado (nem percebe que suja o copo por não limpar a boca antes de tomar a bebida). Ele deixa de tirar os tênis e os coloca sobre os móveis porque é o comportamento que costuma ter em casa (sua estimada pocilga). Não há má intenção; não há intenção. Há apenas um ato exterior contrário a um convencionalismo social[10].

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

---

[9] DALLARI. Idem, p. 40-41.

[10] Radbruch enxerga os convencionalismos sociais como uma etapa embrionário do direito (normas jurídicas em formação) ou como normas jurídicas degeneradas, que estão perdendo a juridicidade.

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

Para o JUSNATURALISMO, o direito é uma ideia que precede e transcende a lei posta pelo Estado; o direito é produto de uma construção lógica-racional que está na raiz da natureza humana (quer seja por inspiração divina ou outra causa) e da qual são deduzidas as verdades jurídicas particulares. Desse modo, o direito positivo só é legitimado (justo e correto) se estiver de acordo com a lei da razão[11].

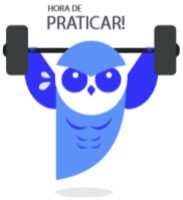
O direito não se funda na força, mas pode empregá-la porque é direito. O fundamento do direito é ético e precede a coerção (força).[12]

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

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

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

[11] Para Santo Agostinho (jusnaturalista), as leis só são válidas se amparadas no conceito universal de justiça; as leis amparadas apenas no poder, na força, na violência não são direito.
[12] SICHES, Luis Recaséns. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1978, p. 804.



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

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

a) O reconhecimento da existência de normas de direito natural e de que tais normas devem preceder às normas de direito positivo sempre que houver conflito entre elas.

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

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

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

Comentários

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

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

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

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

A alternativa correta é a **D**.

JUSNATURALISMO	POSITIVISMO JURÍDICO
+ universalidade	+ territorialidade
+ a fonte do direito é a natureza	+ a fonte do direito é o poder
+ o direito se manifesta pela razão	+ torna-se conhecido pela declaração
+ qualifica-se o direito em justo ou injusto (bom ou mau), conforme sua	+ qualifica-se o direito em válido ou inválido, conforme sua colocação no

adequação com a lei da natureza + estabelece aquilo que é bom	ordenamento pela autoridade legítima + preceitua aquilo que é útil

O modelo positivista se tornou paradigmático no alvorecer do século XX. Acontece que após a 2ª Guerra Mundial se percebeu que no ínterim do combate foram cometidas atrocidades inconcebíveis... e pior: estavam todas amparadas na lei, o que colocou em cheque os exageros do positivismo. O remédio para tal mal, segundo se entendeu, foi admitir que, para fins de busca da justiça, não basta que a autoridade competente positive certa regra no ordenamento jurídico – a validade das normas depende de que possuam certo conteúdo moral.

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

Hoje há duas posições principais (conforme o grau) para definir a inter-relação entre direito e moral: (a) *tese forte*: os defeitos morais sempre devem ter como efeito a perda da validade jurídica da norma – o direito injusto não é válido, de maneira que prevalecem os argumentos morais (não-positivismo **exclusivo**); (b) *tese fraca*: apenas quando a norma jurídica for extremamente injusta (intolerável) é que perderá a validade – o direito absurdamente injusto não é direito, consoante a fórmula de Radbruch[13] (não-positivismo **inclusivo**).

Robert Alexy, alemão que é possivelmente o mais destacado jusfilósofo vivo, argumenta que as leis mantêm intrínseca relação com a moral e, consequentemente, com a justiça. Desse modo, as normas injustas perdem seu caráter jurídico. Do contrário, qual seria a diferença entre as leis e as regras estabelecidas por uma associação criminosa? Os sistemas jurídicos que não formulam a pretensão de correção (com a moral) não são sistemas jurídicos, pois incorrem em incoerência congênita: a legitimidade das leis baseia-se na crença de que são corretas ou, pelo menos, buscam atingir a correção. Se uma lei é promulgada sem essa pretensão, ela mesma é contraditória, arrasando as engrenagens do sistema que a sustenta[14].

É certo que o ordenamento jurídico tem firme suporte do poder estatal, tendo como princípio **constitutivo** a *imperatividade*. Mas também é certo que seu princípio **regulatório** (que lhe dá sentido) é a justiça. E o sentido não se relaciona

[13] Gustav Radbruch, alemão, professor de direito na Universidade de Heidelberg, busca alinhar a fundamentação do direito no justo com a segurança jurídica, afirmando que tão somente o direito "extremamente injusto" deixa de ter validade.
[14] ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

com a finalidade, mas com a validade (o que é justo é um valor)[15]. Logo, mesmo que a norma seja extraída de um ato de poder, sua validade não está no próprio poder (autoridade competente), mas na sua aplicação prática na sociedade (capacidade de levar à justiça). Sem correção moral, a norma jurídica é pura arbitrariedade e violência (quem quer que seja o seu autor). É isso que prevalece atualmente.

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

2 FONTES

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

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

É possível dividir as fontes em formais e materiais.

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

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

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

Nos países de *common law* é possível afirmar que a jurisprudência é fonte direta do direito. A novidade agora é que mesmo em países como o Brasil (pretensamente de *civil law*), a jurisprudência vem alcançando tal status (ex: Súmulas Vinculantes sem pano de fundo normativo). Tomemos como exemplo a Súmula Vinculante n° 11, que passou a regulamentar o uso de algemas em 2008, sendo que somente em 2016 é que o Decreto n° 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 4° 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!

2.1.1 LEI

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

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

O dicionário define a lei com a regra de direito ditada pela autoridade estatal e tornada obrigatória para manter, numa comunidade, a ordem e o desenvolvimento; a norma elaborada e votada pelo Poder Legislativo; a obrigação imposta pela consciência e pela sociedade[16]. Jean-Jaques Rousseau, baluarte da democracia moderna, entende que a lei é a matéria decidida conforme a vontade do povo[17].

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

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

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

> jurídica elaborada pelo Poder Legislativo, por meio de processo adequado[18].

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

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

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

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

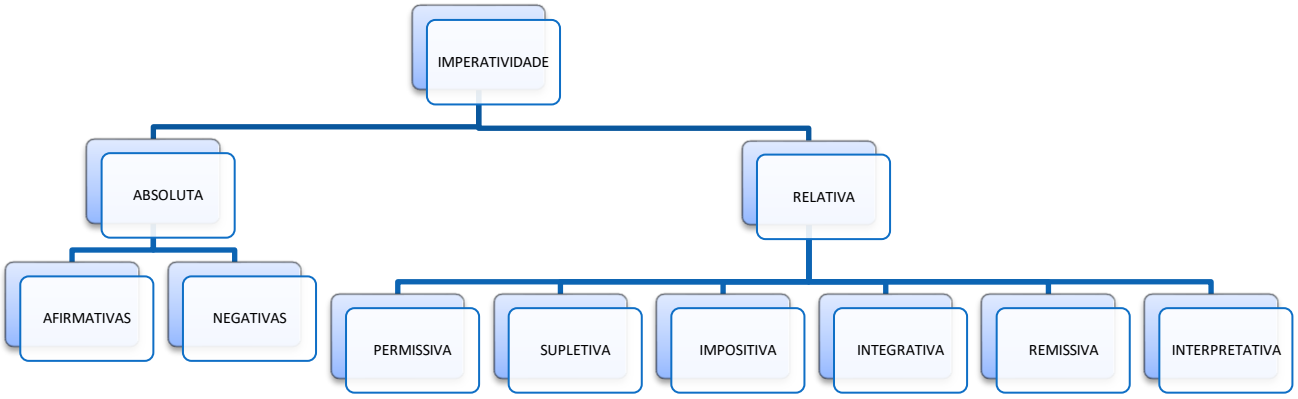
non existe"). As normas são imperativas, obrigatórias em vista da sanção, que pode estar prevista na própria norma ou extraída do sistema.

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

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

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

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



Pronto. Passamos essa parte mais enfadonha (nem doeu tanto assim, não é?) Agora, vamos relaxar. Você já ouviu alguém falando em "artigo tal do código *adjetivo*"? Sim? Sabe o motivo? Não? Bem, pela classificação das normas segundo a **natureza**, há normas *substantivas* (materiais), que declararam, criam, modificam ou extinguem direitos (ex: definem um crime; impõem um tributo); e normas *adjetivas* (processuais), que regulam o processo e o procedimento para fazer valer o direito substantivo. É por isso que alguns autores chamam o direito processual de adjetivo.

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

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

Uma norma passa a **existir** após ser *sancionada* pela autoridade competente, mas sua força obrigatória opera com a *promulgação* – ato pelo qual o Poder Executivo reconhece a autenticidade da norma e determina seu ingresso no ordenamento jurídico. A **validade**, por outro lado, liga-se à sua harmonia dentro do sistema constitucional, quer seja de conteúdo (aspecto material) e de observância rígida do

processo de elaboração (aspecto formal). Já a **eficácia** (jurídica) é a potencialidade de a norma produzir efeitos concretos (existência + validade), devendo ser somada à **efetividade**, que é a eficácia social, real incidência na sociedade (vulgarmente dizemos que "a norma pegou").

EFICÁCIA DA LEI NO TEMPO

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é uma *lex legum*, ou seja, um conjunto de normas que trata sobre normas (Dec-Lei n° 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, § 3°, 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. 2°), 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".

2.1.2 COSTUMES

Usos e costumes. Esse é o termo que normalmente aparece em lei (como veremos adiante). Quer falar bonito? Então fale em direito consuetudinário[19]. 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).

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

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

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

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

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

[19] 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!

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

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

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

[20] 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).

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.

"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 n° 64040005783, 14/01/2009).

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

(2015/FCC/TJSC/Juiz) Dêste modo, quando surge no seu logrador um animal alheio, cuja marca conhece, o restitui de pronto. No caso contrário, conserva o intruso, tratando-o como aos demais. Mas não o leva à feira anual, nem o aplica em trabalho algum; deixa-o morrer de velho. Não lhe pertence. Se é uma vaca e dá cria, ferra a esta com o mesmo sinal desconhecido, que reproduz com perfeição admirável; e assim pratica com tôda a descendência daquela. De quatro em quatro bezerros, porém, separa um, para si. É a sua paga. Estabelece com o patrão desconhecido o mesmo convênio que tem

com o outro. E cumpre estritamente, sem juízes e sem testemunhas, o estranho contrato, que ninguém escreveu ou sugeriu. Sucede muitas vêzes ser decifrada, afinal, uma marca sòmente depois de muitos anos, e o criador feliz receber, ao invés da peça única que lhe fugira e da qual se deslembrara, uma ponta de gado, todos os produtos dela. Parece fantasia êste fato, vulgar, entretanto, nos sertões. (Euclides da Cunha – Os sertões. 27. ed. Editôra Universidade de Brasília, 1963, p. 101).

O texto acima, sobre o vaqueiro, identifica

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

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

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

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

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

Comentários

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

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

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

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

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

A alternativa correta é a **D**.

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

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

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

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

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

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

O artigo 23 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), aproveitando-se do costume, incorporou a sucumbência (da parte) como se honorários advocatícios fossem (direito do advogado), *subtração* que foi confirmada pelo CPC/2015 (artigo 85). O costume contratual (dispositivo) virou lei cogente. Os honorários de sucumbência passaram a ser do advogado da parte vencedora. Mais: se houver sucumbência parcial (ganhos e perdas recíprocos), NÃO se admite a compensação dos honorários, de modo que, ambas os litigantes perderão (ainda que com razão em parte); ambos os advogados ganharão (em dobro): honorários contratuais + sucumbenciais. Isso é BRAZIL-ZIL-ZIL[21].

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

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

Duvido que você imaginava que os costumes eram tão importantes quanto realmente são![22] Claro que em nossa tradição romano-germânica (direito escrito), os costumes têm menos peso do que no direito anglo-saxão (*common law*). Ainda assim, eles compõem a espinha dorsal do nosso ordenamento jurídico – fonte da fonte principal (inspiração) e elemento de integração (isso quando não desafiam a lei frontalmente e podem levar à inefetividade social desta). Por isso, amigos, fiquem atentos ao tema!

2.1.3 DOUTRINA

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

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

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

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

No Brasil, esse entendimento é reforçado pelo fato de a doutrina não constar do artigo 4º da LINDB[23]. De toda forma, há autores que entendem que referido rol é meramente exemplificativo (*numerus apertus*) e que em outros países a doutrina é expressamente referida entre as fontes do direito, podendo-se citar ilustrativamente o Código Civil Suíço de 1907.

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

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

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

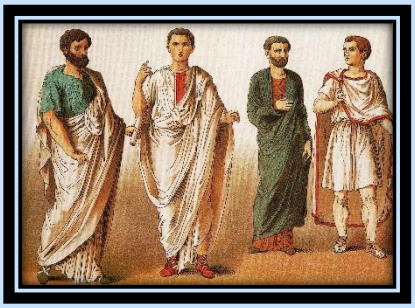
2.1.4 JURISPRUDÊNCIA

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"[24].

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

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

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



São vários os efeitos decorrentes da jurisprudência (a) adequação da lei ao caso concreto (interpretação); (b) tornar viva a norma (vivificar), que de outro modo seria apenas um protótipo abstrato, aplicando-a na vida social; (c) dar caráter pessoal à norma (humanizar) – a lei é um preceito geral, só atingindo efetivamente os

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

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"[25].

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

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

CERTO ou ERRADO

Comentários

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

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

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

De toda forma, prevalece que a jurisprudência é fonte secundária, não podendo se contrapor à lei – em que pese, em tempos de ativismo judicial exacerbado, os órgãos de cúpula do Judiciário (no Brasil, em especial o STF) não se intimidam em desconsiderar a lei para impor sua visão de mundo (normalmente, sob a égide dos princípios constitucionais[26]).

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.**

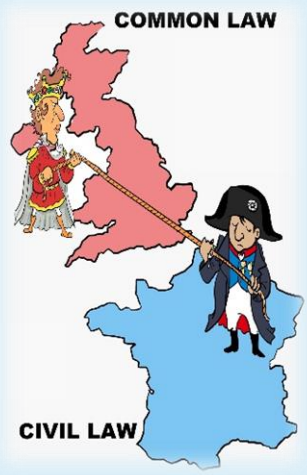
Para solucionar esse cenário, em 2004, por meio da famigerada Emenda Constitucional n° 45 (reforma do Judiciário), criou-se o instituto da Súmula Vinculante.

> 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. § 1° 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

[26] 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.

grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

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.

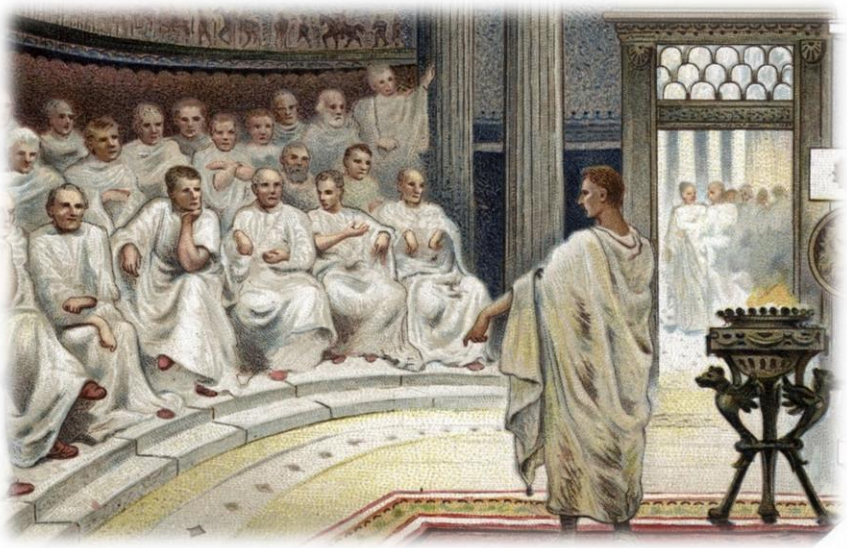
As polêmicas em torno da súmula vinculante tendem a se esvaziar pela tendência seguida pelo STF, cada vez mais ampla em definir suas atribuições (afastando-se da autocontenção).

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).

2.1.5 Princípios Gerais do Direito

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



Um dos maiores exemplos atuais é o da boa-fé, princípio geral do qual se extraem muitos desdobramentos (normas). Primeiro porque há boa-fé *objetiva* (regra de comportamento voltada à eticidade = honestidade, retidão, lealdade, consideração pelo outro) e *subjetiva* (fator psicológico de conhecimento = protege aquele que pensa estar agindo corretamente, apesar de a realidade ser outra). Depois porque a boa-fé objetiva desdobra-se em pelo menos três funções: (a) *interpretativa* = norteia toda a interpretação das relações pessoais (ex: contratuais);

(b) *integrativa* = é fonte autônoma de obrigações, impondo deveres anexos às relações pessoais, independente da vontade das partes (ex: informação, lealdade, transparência); (c) *limitadora*, *restritiva* ou *de controle* = impede o exercício (ou não exercício) de direitos de forma abusiva (ex: limitação de juros abusivos).

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

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

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

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

3 INTERPRETAÇÃO

O direito opera por meio da **linguagem**. E a linguagem NÃO opera com signos exatos. A resultante é que, naturalmente, surgirão obstáculos à completa compreensão do sentido e do alcance das normas – essas imprecisões de sentido não são anomalias, mas integram a própria característica do direito, composto por normas gerais e abstratas (expressas pela linguagem), a serem aplicadas a uma multiplicidade de situações concretas.

Mas o direito, por evidente, não pode esbarrar para sempre nesses entraves; se for definitivamente contido pelas imprecisões de seus mandamentos, deixará de ser instrumento útil à regulamentação social. Assim, deposita-se nas mãos do intérprete a função de vencer esses obstáculos, de esclarecer o conteúdo da norma, de possibilitar sua aplicação concreta (vivificação e humanização do direito). E isso é feito com base na hermenêutica jurídica.

A expressão hermenêutica remonta ao verbo grego *hermeneuein* (= interpretar) e ao substantivo *hermeneia* (= interpretação). Em suma, trata-se do **processo de tornar compreensível**. A hermenêutica jurídica busca descobrir o sentido e o alcance das normas jurídicas (muitas vezes o texto legal parece mais uma charada do que um preceito que pretende ser claro); visa esclarecer o conteúdo normativo das fontes formais do direito.

HERMENÊUTICA é a ciência da interpretação da linguagem jurídica, de modo a: **(a)** viabilizar a aplicabilidade das normas; **(b)** constatar a existência de lacunas no sistema e apresentar soluções para sua integração; e **(c)** solucionar antinomias jurídicas.

Há quem aponte a origem do termo ao deus Grego ***Hermes*** (filho de Zeus com Maia). Segundo a mitologia, Hermes era o mensageiro dos deuses, ao qual cabia traduzir as mensagens do mundo divino para que os homens pudessem compreendê-las. Sua importância é tamanha que a ele é atribuída a descoberta da linguagem e da escrita. A hermenêutica moderna traduz a linguagem dos "deuses" (legisladores) aos reles mortais (cidadãos).

A importância do tema é evidente: como se poderia aplicar de modo satisfatório algo que sequer se conhece o real sentido? Seria como tentar falar um idioma desconhecido... A hermenêutica garante racionalidade ao direito – tradução das normas a uma linguagem compreensível e palatável à realidade.

"Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial" (CC, art. 18). Ok! Mas o que é, exatamente, *propaganda*? Como delimitar o conceito de *comercial*? E se for uma entidade sem fins lucrativos? O artigo quer dizer que não é possível usar o nome Joãozinho em um comercial televisivo? Essas questões nada mais são do que problemas de interpretação.

"Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial" (CC, art. 18). Ok! Mas o que é, exatamente, *propaganda*? Como delimitar o conceito de *comercial*? E se for uma entidade sem fins lucrativos? O artigo quer dizer que não é possível usar o nome Joãozinho em um comercial televisivo? Essas questões nada mais são do que problemas de interpretação.

INTERPRETAR é desvendar o sentido e o alcance das normas. É um trabalho árduo de tradução dos sentidos, justamente no momento crucial de transformar o texto em realidade, isto é, de aplicá-lo a homens de carne e osso e suas relações (vivificação e humanização da norma).

Como você pode imaginar, esse processo está longe de ser simples. Além dos naturais entraves que envolvem a definição de significados aos significantes linguísticos em meio às ideologias e aos jogos de poder que envolvem o direito, temos de lidar com o legislador e sua habilidade sem paralelo na utilização de termos vagos (campo de referência indefinido), imprecisos (não técnicos), ambíguos (campo referencial múltiplo).

Não é sem motivo que surge uma série de *modelos* de interpretação da lei, os quais são levados a cabo por diferentes *agentes* e com *resultados* diversos. *Simbora* ver cada uma delas.

3.1.1 QUANTO AO AGENTE

A intepretação das normas pode ser realizada por sujeitos vinculados ao estado (pública) ou mesmo por particulares (privada).

A primeira modalidade de interpretação pública é a **AUTÊNTICA**, que é aquela revelada pelo próprio legislador. Temos como exemplo o artigo 93 do Código Civil: "são pertenças os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro". Alguém tem alguma dúvida (teórica) sobre o que é pertença? Não né, pois a própria lei esclareceu seu sentido (interpretou)[27].

(Ano: 2013 Banca: CESPE Órgão: DPE-TO Prova: Defensor Público) Assinale a opção correta com relação à interpretação do direito.

a) A interpretação autêntica é a que se realiza pelo próprio legislador.

b) Consoante o sistema da livre pesquisa, o direito só pode ser interpretado com base na lei.

c) A escola de interpretação da teoria pura do direito foi criada por Carlos Cossio do direito subjetivo.

d) A hermenêutica e a interpretação, conceitos sinônimos, consistem em revelar o sentido da norma jurídica.

e) Segundo a doutrina, toda norma jurídica se ampara em um texto legal que lhe é correspondente.

Comentários

ALTERNATIVA B = justamente o contrário: o sistema da livre pesquisa dá ampla margem de liberdade ao juiz, que pode até mesmo contrariar a lei na hora de decidir. Seu maior representante, **François Gény**, defende que a lei positiva muitas vezes não contém a solução para o caso concreto, sendo necessário fazer uso de fontes suplementares do

[27] Claro que, na prática, não é tão simples assim kkkk... é muito difícil, por exemplo, diferenciar pertença de benfeitoria.

direito, quais sejam: o costume, a autoridade e a tradição desenvolvidas pela jurisprudência e pela doutrina.

ALTERNATIVA C = que nada! Carlos Cossio é responsável pela teoria egológica do direito subjetivo. E falou em teoria pura do direito falou em Hans Kelsen.

ALTERNATIVA D = tecnicamente, não. A hermenêutica atua no plano teórico, formulando conceitos, ao passo que a interpretação atua no plano fático (solução de casos concretos). A interpretação determina o sentido das normas aplicando as técnicas fixadas pela hermenêutica.

ALTERNATIVA E = atualmente o conceito amplo de norma jurídica abarca até mesmo decisões judiciais (norma para o caso concreto). De toda forma, é um tanto açodado assentar que toda norma se ampara em texto legal quando hoje a teoria das fontes jurídicas se abre para as fontes sociais.

ALTERNATIVA A = resposta simples e rasteira! Quanto ao agente responsável, a interpretação pode ser autêntica, isto é, aquela promovida pelo próprio legislador.

A assertiva correta é a **A**.

Se você está pensando: a intepretação autêntica é definitiva, né? Resolve tudo! Afinal, é o próprio legislador dizendo *qualé que é*... Pois pode tirar o seu cavalinho da chuva. Claro que o modelo é válido – ao fazer isso, o legislador ajuda bastante (desde que seja feliz na escolha das palavras); mas lembre-se: a linguagem se mostra por símbolos... e símbolos precisam ser decodificados – nunca há certeza de que a mensagem transmitida será recebida com o exato sentido pretendido em sua elaboração. Por isso, mesmo a norma de intepretação autêntica passará por interpretação kkkk

Outra subespécie de interpretação pública é a **JUDICIAL** – evidentemente aquela provida pelos juízes e tribunais, formando o que vulgarmente se costuma chamar de jurisprudência (lembre-se que, do ponto de vista técnico, a jurisprudência só se forma por decisões judiciais reiteradas, constantes e pacíficas no mesmo sentido, em casos semelhantes). Todo magistrado é um intérprete necessário e permanente da lei.

Há ainda a interpretação pública **ADMINISTRATIVA**, promovida pelos integrantes do Poder Executivo (administração pública), a qual pode ser subdividida em *regulamentar*, via fonte do direito (resoluções, decretos, portarias); e *casuística*, caso a caso, resolvendo certa pendência administrativa.

Por fim, temos a interpretação privada, que é a realizada pelos jurisperitos, pela doutrina (direito científico), constando dos tratados, comentários, pareceres, palestras e prelações dos cultores do direito.

A interpretação privada (doutrinária) NÃO tem a mesma força da pública (a autêntica e a administrativa regulamentar são comandos obrigatórios e a jurisprudencial possui a autoridade da coisa julgada), depositando sua força na persuasão.

3.1.2 QUANTO À NATUREZA OU ELEMENTOS

Como referido *alhures* (que palavra bonita, eihn?), interpretar (encontrar o significado) das normas está longe de ser tarefa "mel na chupeta" (às vezes, está mais para achar agulha no palheiro). Veja o que Norberto Bobbio fala sobre a interpretação jurídica:

> *"Baseia-se na relação entre dois termos, o signo e o significado do próprio signo, e assim, assume* sombreamentos *diversos, segundo os quais tende a gravitar para um ou para outro desses dois polos: a interpretação pode ser ligada principalmente ao signo enquanto tal e tender a fazê-lo prevalecer sobre a coisa significada; ou ainda pode ser mais sensível à coisa significada e tender a fazê-la prevalecer sobre o signo puro"*[28].

Parece complicado, não? E é! Mas para auxiliar o intérprete, há técnicas ou processos interpretativos, meios de se chegar ao significado do significante (falei bonito!), quais sejam: gramatical, lógico, sistemático, histórico, sociológico, teleológico, axiológico (pelo menos, sem exclusão de outros que possam ser encontrados por aí).

[28] BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. Coleção elementos de Direito. Ed. Cone, 1996, p. 213.

ESQUEMATIZANDO

Os métodos interpretativos podem ser organizados conforme as três DIMENSÕES DA LINGUAGEM: (a) **sintática** (relação dos símbolos entre si): gramatical, lógico e sistemático; (b) **semântica** (relação dos símbolos com os objetos a que se referem): histórico e sociológico; (c) **pragmática** (relação dos símbolos com os usuários): teleológico e axiológico.

E diferentemente do que possa parecer, a norma não é um determinante unívoco, muito pelo contrário: cada norma é um campo delimitado de possibilidades (verdades, interpretações) e cabe à interpretação "escolher", dentre o espectro das verdades possíveis, aquela que prevalecerá.

As técnicas de intepretação, destarte, mostram-se necessárias porque o intérprete não pode simplesmente sair inventando que a norma diz A, B ou C – quer dizer, até pode (ao menos tentar), mas sobre si recai o ônus argumentativo. Os métodos de interpretação oferecem instrumentos técnicos de investigação do sentido e alcance da norma, bem como servem de mecanismo de convencimento dos destinatários (de que a intepretação apresentada é a correta).

Precisamos, agora, estudar com atenção redobrada cada uma dessas técnicas.

A primeira delas é a GRAMATICAL, também conhecida por literal, semântica ou filológica. Ela é o ponto de partida do processo interpretativo, sob a ótica (autoevidente) de que as palavras utilizadas para descrever a norma são importantes para que se obtenha seu significado correto, devendo o intérprete, ainda, atentar para as regras de pontuação e de conexão sintática.

Lembro-me de uma Promotora de Justiça que, em um júri, passou a afirmar que para que se reconhecesse o privilégio legal do homicídio privilegiado por relevante valor moral (o réu matou o crápula que havia matado seu filho), o agente teria de ter agido **logo após** a injusta provocação. Veja o dispositivo legal pertinente: "se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço" (CP, art. 121, § 1º). Perceba que marquei a vírgula de vermelho: o "logo em seguida a injusta provocação da vítima" refere-se apenas ao "domínio de violenta emoção", não ao relevante valor moral e social. Erro básico de interpretação gramatical cometido pela iminente (ou nem tanto) acusadora.

Além disso, como as palavras, normalmente, não possuem significado unívoco (único), o intérprete se vale da *onomasiologia*, em busca do aspecto *semasiológico*. *What*??? Como diria o Chapolin Colorado: "Não *priemos cânico*!" A **onomasiologia** é um ramo da lexicologia (estudo das palavras) que busca os significados a partir de um conceito existente na realidade (sentido comum). Já a **semasiologia** faz o caminho inverso: estuda os significados para deles abstrair os significantes (significado técnico, no caso do direito, normativo)[29]. Deu para entender? Temos aqui um sistema de vai e volta (pêndulo) entre o significado e o significante, de modo a compreender a relação existente entre eles e extrair os conceitos comum e técnico-normativo.

> Você já se deparou com a máxima *interpretatio cessat in cl*aris (algo como: a norma clara não precisa de interpretação)? Pois bem. Isso não existe! Primeiro porque "clareza" é uma noção relativa (subjetiva: depende de quem lê) e segundo porque o tempo altera sensivelmente

[29] Para quem tiver interesse, tudo isso está nas obras do famoso linguista suíço Ferdinand de Saussure. Graças a Deus que cursei letras e estudei linguística – não há conhecimento inútil (inútil é quem não tem conhecimento rsrsrsrsrs).

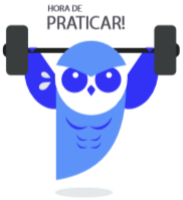
os institutos e, por conseguinte, sua interpretação. A clareza é um valor que está sempre no passado (já foi!).

Há algumas regras que servem à boa interpretação do sentido das palavras:

a) ***unidade***: as palavras nunca devem ser interpretadas isoladamente, mas sempre em conjunto (como integrantes de um texto), sob pena de descontextualização (se quiser entender como isso funciona, pergunte a um jornalista... eles conhecem bem essa tal de manipulação).

b) ***prevalência da técnica***: o direito possui sua própria linguagem, de sorte que se a palavra tiver um significado técnico e outro comum, prevalece o primeiro. Tenho um exemplo bacana: ganhou repercussão nacional o caso do ejaculador de ônibus que foi solto em audiência de custódia em São Paulo. O juiz entendeu que não havia "constrangimento", interpretando o artigo 213 do Código Penal: "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso". A imprensa e os doutores de rede social passaram a massacrar o juiz (sem aqui ingressar no mérito da decisão, se foi boa ou ruim), perguntando: "quer dizer que ejacular em outrem, em público, não causa constrangimento?" Perceba que os "entendidos" manejaram o conceito comum (vulgar) da palavra, que dentro do texto jurídico possui um sentido técnico bem mais estrito. E assim caminha o mundo dos especialistas (em tudo) da internet...

Caso o legislador empregue uma linguagem comum (vulgar) e não técnica, a prevalência recai sobre o sentido comum do texto, de modo que a interpretação esteja de acordo com a *mens legis* (ou *legislatoris*) e adequada à realidade social. Imaginemos que o legislador edite a seguinte lei penal: "deixar de apoiar o companheiro em momentos difíceis. Pena: de 25 a 30 anos de reclusão". Sabemos que para o direito "companheiro" é a figura do consorte (ou com azar, a depender) na união estável. Mas ao estudar melhor a lei hipotética, verificamos que foi proposta e aprovada especialmente por parlamentares de certo partido político que costuma chamar os colegas de companheiros... sem ingressar na validade da norma, é certo que sua interpretação deve se pautar pelo termo comum: camarada, amigo, associado, colega, condiscípulo, correligionário, parceiro, partidário, desgarrando-se do termo técnico (relação equiparada ao casamento pela Constituição).



(2015/FCC/TJAL/Juiz) Os termos que obtiveram na linguagem jurídica um significado específico, como, por exemplo, contrato, crédito, impugnabilidade, nulidade de um negócio jurídico, herança, legado, são usados nas leis, na maioria das vezes, com este significado especial. Deste modo, eliminam-se inúmeras variantes de significado do uso linguístico geral e o círculo dos possíveis significados, adentro do qual se há- se proceder à seleção com base noutros critérios, estreita-se em grande medida. Com o esclarecimento do uso linguístico jurídico preciso, a interpretação pode, em certas ocasiões, chegar ao seu termo, a saber, quando nada indicie no sentido de que a lei se desviou, precisamente nesta passagem, daquele uso. (LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Tradução de José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian 2. ed. Lisboa, 1989. p. 386)

Esse texto corresponde

a) à interpretação lógica da lei.

b) aos usos e costumes como fonte interpretativa do direito.

c) à interpretação literal da lei.

d) à analogia.

e) à interpretação sistemática da lei.

Comentários

Prevalência da técnica. É o que acabamos de falar. Assim fica fácil fazer prova, não é?! A alternativa correta é a **C**.

c) ***prevalência do sentido lógico***: entre um sentido lógico e outro puramente gramatical, prevalece o primeiro. Veja, e isso é importante, que a interpretação gramatical não representa que o sentido extraído será sempre o estritamente literal. É preciso verificar o contexto, extraindo o sentido dentro de uma lógica textual.

d) ***reconstrução***: acaso sejam utilizados termos impróprios ou imprecisos, para manter o sentido adequado à regulamentação da relação jurídica pretendida, o intérprete deve reconstruir o preceito. Na prática, foi o que o STF fez com o artigo 226, § 3°, da Constituição Federal: reconheceu a lacuna ontológica (ausência de adequação entre texto e realidade social) e, para manter vivo o dispositivo normativo, reconstruiu seu sentido. Confira:

JURISPRUDÊNCIA

"Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento", de modo a "excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o

reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar" (ADI 4277 e ADPF 132).

Na obra instigadora de Lon L. Fuller, "**O caso dos exploradores de caverna**", um dos personagens critica as altas vozes que protestam, acusando de usurpação, toda vez que um tribunal, depois de analisar o propósito de uma lei, dá às palavras frias do texto um significado não imediatamente perceptível ao leitor apressado. A linha de raciocínio é explicada com um exemplo prático elucidativo: ninguém deseja um empregado incapaz de ler as entrelinhas. Quando um patrão requisita que a serviçal solte tudo e venha correndo, não tem em mente que a trabalhadora, naquele exato momento, esteja salvando uma criança prestes a afogar-se na piscina. Certamente, a população tem o direito de esperar a mesma pequena de inteligência por parte do juiz. Não se trata de infidelidade à lei, mas sim de se distinguir fidelidade inteligente e fidelidade não inteligente.

A segunda técnica é a LÓGICA (ou racional), a qual busca extrair o significado da norma dentro de contextos (pressupõe que a interconexão entre sentidos, partes do todo, é importante para a obtenção do correto significado), o que se faz mediante três possíveis processos:

1) ***lógico-analítico***: busca o real sentido (a verdade) das proposições por meio de afirmação e negação (relação de identidade ou não), combinando dois ou mais juízos para criar um silogismo. Para descomplicar, realiza-se a decomposição do contexto em partes mais simples, que são mais facilmente explicadas ou solucionadas e, uma vez entendidas, tornam possível o entendimento do todo.

Tomemos um exemplo, no furto, "a pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno" (CP, art. 155, § 1º). Vamos decompor as partes em silogismo: (A) se noturno + (B) se repouso = (C) pena aumentada. Sete horas da noite está escuro? Provavelmente, sim! Ok. Mas em São Paulo, as pessoas estão em suas casas, em repouso (dormindo, com vigilância reduzida)? A rigor não! E em Caibi (pequeninníssima cidade no interior de Santa Catarina)? Possivelmente sim! Então, o furto cometido às 7h da noite em Caibi deve receber aumento de pena, mas em são Paulo, não. Essa é a jurisprudência majoritária. Interpretação lógico-analítica com base na veracidade (identidade ou afirmação) das premissas.

As decisões judiciais, em geral, são tomadas em juízo deliberativo, por meio de uma operação dedutiva (do universal para o particular, do todo para a parte), isto é, de um silogismo: premissa maior (*norma agendi* – fonte formal), premissa menor (*facultas agendi* – fatos) e conclusão (concreção ou subsunção). E não se engane achando que a interpretação se dá somente na premissa maior, pois também ocorre na premissa menor. Ilustrando: pelo teor da lei, apenas os empresários podem ter sua falência decretada (premissa maior); José tem um consultório odontológico junto com outros dois amigos dentistas; ele é empresário (premissa menor)? Como devemos aqui interpretar o conceito de elemento de empresa em relação aos fatos (CC, art. 966, parágrafo único)? A resposta é fundamental para que possamos solucionar o caso (se gosta de Direito de Empresa, pesquise sobre o assunto). Bacana, não?

Normalmente a premissa maior é formada por um **juízo de verdade** (pressuposto). A premissa menor é uma **assertiva** e a conclusão é a extensão do dado formulado na premissa menor. Se uma das duas premissas for falsa, a conclusão será falsa.

E essa é a maior crítica ao silogismo. Por que devemos aceitar as premissas? A premissa maior pode ser construída ideologicamente (sem raiz racional) e sua natureza dogmática afasta o debate. Sem experimentação das premissas, a conclusão será sempre questionável.

O jurista norte-americano Oliver Wendell Holmes questiona o modelo lógico-formal, referindo a vida do direito menos como lógica e mais como experiência. As circunstâncias de cada época e local importam mais do que um silogismo.

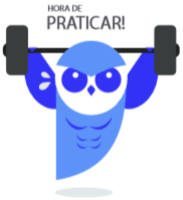
Ricaséns Siches pega sua prancha e surfa nessa onda, pretendendo substituir a lógica formal pela **LÓGICA DO RAZOÁVEL**, ao argumento de que as leis formais do pensamento são inadequadas para resolver problemas humanos práticos, como os políticos e jurídicos. A atividade do intérprete, do juiz, não admite *simplismos* e *automatismos*. Considerar "norma, fato e decisão" como elementos condutores da solução de um problema social é tentar transformar um conjunto de fatores extremamente complexos em uma caricatura simplificada.

Cabe ao juiz, nessa linha de pensamentos, avaliar com parcimônia múltiplos fatores – desde os fatos, as influências sociais, as circunstâncias de tempo e de espaço, as provas e ainda as normas a serem aplicadas. Não interessa interessar apenas a melhor interpretação genérica da lei; é preciso encontrar a **melhor interpretação para o caso concreto**.

A lógica do razoável entende que a razão é impregnada de pontos de vista estimativos, de critérios de valoração, de pautas axiológicas, o que traz consigo toda uma carga de ensinamentos colhidos da experiência própria do intérprete. Por isso, **a única regra que se pode formular, com universal validade**, é a de que o juiz sempre deve interpretar a lei de modo e segundo o método que o leve à solução mais justa dentre todas as possíveis.

A flexibilidade proposta por Siches é tamanha que ele rechaça até mesmo os métodos de interpretação eventualmente indicados pelo intérprete autêntico (o legislador), entrando em conflito com as ideias de Alessandro Gropalli. Confira:

ALESSANDRO GROPALLI = "as normas de interpretação da lei, mais do que simples critérios dirigidos ao prudente arbítrio dos magistrados, representam verdadeiras normas jurídicas, que, por isso, *vinculam a sua atividade lógica e vontade*, indicando-lhes os meios a adotar e os fins a conseguir".
RECASÉNS SICHES = ao legislador cabe emitir mandamentos, proibições, permissões, mas NÃO lhe compete o pronunciamento sobre matéria estranha à legislação e referente apenas à função jurisdicional. Quando o legislador ordena um método de interpretação, quando invade o campo hermenêutico, esses ensaios científicos colocam-se no mesmo plano das opiniões de qualquer teórico e NÃO têm força de mando.



(Ano: 2013 Banca: CESPE Órgão: DPE-TO Prova: Defensor Público) De acordo com o método de interpretação jurídica desenvolvido por Recaséns Siches, o processo de investigação dos fatos, na ordem jurídica vigente, assegura maior satisfação e legitimidade na solução e na interpretação jurídica. Segundo a jurisprudência, a melhor interpretação do direito não se subordina servilmente ao texto legal nem se vale de raciocínios artificiais para enquadrar friamente os fatos em conceitos prefixados, mas se direciona para a solução justa. Essas definições correspondem ao método de interpretação jurídica denominado

a) lógico-dedutivo.

b) hipotético-condicional.

c) lógica do razoável.

d) modo final de aplicação.

e) conflito normativo.

Comentários

ALTERNATIVA A = o método lógico-dedutivo parte do universal para o particular (silogismo). Siches busca superar essa metodologia clássica.

ALTERNATIVA B = o silogismo hipotético condicional é a falácia da negação do antecedente (*modus tollens*) e comete-se quando se nega o antecedente no lugar de se negar o consequente. Exemplo: Se Deus existe, a vida faz sentido. Ora, Deus não existe. Logo, a vida não faz sentido.

ALTERNATIVA D = sabe lá Deus o que isso tem a ver com Siches.

ALTERNATIVA E = nada a ver! O conflito normativo (antinomia) se resolve pela cronologia, especialidade ou hierarquia. Em caso de conflito real de princípios poderá haver ponderação e no conflito real de regras interpretação ab-rogante.

ALTERNATIVA C = a lógica do razoável é uma forma de interpretação que procura evitar a quebra dos valores defendidos pelo Direito. Busca-se o justo e o razoável levando em consideração as características sociais, econômicas e legais do problema posto em discussão. Assim, poderá evitar eventuais resultados injustos do texto legal.

A assertiva correta é a **C**.

2) *lógico-sistemático*: confrontação do texto interpretado com outros (inclusão de elemento estranho), de modo a estabelecer uma relação (sistemática). Perceba que é comum nas decisões judiciais a comparação das normas aplicadas com outras disposições que tenham afinidade de princípio, mas que por alguma razão não são aplicáveis. Tomo a liberdade de citar mais um trecho de decisão de minha lavra:

> "Este Juízo tem entendimento de que, na espécie, tem-se contrato coletivo (grupo sem vínculo, via associação comercial e empresarial), e não de contrato individual ou familiar ou mesmo derivado de vínculo empregatício, de modo que a ele não se aplicam as regras do artigo 30 e parágrafos da Lei 9.656/98, que dispõe que os dependentes têm assegurado, em caso de morte do titular, o direito de permanência no respectivo plano (ilimitadamente ou por prazo de até 24 meses). Assim, **a Súmula Normativa nº 13 da ANS é inaplicável ao caso em testilha**, tendo em vista que tal norma infralegal, assim como as respectivas resoluções, disciplinam a contratação de planos individuais ou familiares. Conforme a jurisprudência: 'o contrato em exame é de seguro **coletivo** de saúde, e não de contrato individual, ou familiar, regidos por regras radicalmente distintas. Não há fundamento jurídico para se pretender seja a ré compelida a manter a autora, indefinidamente, como segurada de seguro saúde coletivo, após o encerramento do vínculo em razão da morte de associado' (TJSP, AC nº 4001973-35.2013.8.26.0011, Rel. Des. Mary Grün, 7ª Câmara de Direito Privado, j. 23/07/2014)".

3) ***lógico-jurídico***: a preocupação aqui é com a *ratio legis* (razão da norma), a *occasio legis* (momento histórico que determinou a criação da norma) e a *vis* (virtude da norma). Trata-se de uma análise material (de conteúdo) da norma, em contraste com as análises meramente formais – invade o campo de outras técnicas, como a teleológica, histórica e sociológica.

Há autores que abordam o método lógico de maneira bem mais simplificada, tendo por base a conexão existente entre as expressões dentro de um texto. Para eles, o método serve mais a **identificar inconsistências**: quando em um texto há a utilização do mesmo termo com sentidos diversos, temos um problema lógico (a lógica seria que o mesmo termo apresentasse sempre o mesmo sentido – *princípio da identidade* "A = A"). A solução para essas inconsistências pode vir, por exemplo, por considerar uma das expressões como geral e a outra como exceção.

A terceira técnica é a HISTÓRICA, que se pauta pela verificação dos antecedentes históricos da norma e pelo sentido que possuía ao tempo de sua elaboração.

A interpretação história se subdivide em: (a) *remota*: busca reconstituir o significado original da norma ao tempo de sua criação – analisa os dados sociológicos, filosóficos, éticos, religiosos, políticos imperantes no momento em que que a norma surgiu para o direito, com objetivo de encontrar a

mens legis (o que está na mente da lei); e (b) *próxima*: analisa as circunstâncias que precederam à elaboração da lei, como os projetos de lei e anteprojetos que deram ensejo à norma, a argumentação dos debatedores...

JURISPRUDÊNCIA

"O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução **histórica**, jamais autorizou – como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite – o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal" (STF, ADI 466, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03/04/1991).

Para os autores da escola **histórico-evolutiva**, a técnica sociológica se alinha à histórica, de modo que devem ser avaliadas tanto as questões sociais da época da produção da lei (histórica) quanto as **atuais** (sociológica). Logo, é técnica *evolutiva* porque se preocupa com todas as condicionantes advindas da evolução no tempo, as quais impactam na interpretação da lei. Há outros autores que tratam a interpretação sociológica como modelo hermenêutico autônomo.

(Ano: 2017 Banca: CESPE Órgão: PGE-SE Prova: Procurador do Estado) A adaptação de lei, por um intérprete, às exigências atuais e concretas da sociedade configura interpretação

a) histórica.

b) sistemática.

c) sociológica.

d) analógica.

e) autêntica

Comentários

Falou interpretação da lei com base nas condicionantes sociais atuais falou em interpretação sociológica! Se não estivesse a tétnica sociológica entre as alternativas, o modelo poderia ser o histórico (evolutivo). Como a sociológica estava entre as respostas possíveis, deve ser preferida (doutrina que a considera como técnica autônoma).

Está CORRETA a assertiva **C**.

A quarta técnica é a SISTEMÁTICA, que perpassa o ordenamento jurídico como um todo, buscando posicionar e integrar a norma dentro do sistema jurídico que compõe – analisa o entrelaçamento das normas no interior da estrutura do sistema jurídico (**o sentido de uma norma não está apenas nos seus próprios termos, mas também na sua relação com outras normas do ordenamento**) – o ordenamento NÃO é um aglomerado de normas amontoadas aleatoriamente, mas um organismo jurídico que deve ser tomado em sua unidade.

O crime de bigamia ("contrair alguém, sendo casado, novo casamento" - CP, art. 235), por exemplo, só pode ser aplicado após análise do que é um casamento (matéria regulada pela legislação civil).

FIQUE ATENTO porque alguns autores posicionam a técnica sistemática dentro da lógica (abarcada pelo método lógico-sistemático).

JURISPRUDÊNCIA

"Configura constrangimento ilegal a continuidade da persecução penal militar por fato já julgado pelo Juizado Especial de Pequenas Causas, com decisão penal definitiva. A decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do paciente, ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos. A adoção do princípio do *ne bis in idem* pelo ordenamento jurídico penal, complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja **interpretação sistemática** leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar" (STF, HC 86.606, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 22/05/2007).

Por fim, a quinta técnica é a TELEOLÓGICA, que concentra suas preocupações no fim a que a norma se dirige. O direito não é mera técnica (a técnica é suporte: ajuda a melhorar os métodos da ciência jurídica), mas meio para um fim (justiça). Toda e qualquer lei visa a uma finalidade social, lembrando que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum" (LINDB, art. 5°).

JURISPRUDÊNCIA

"Registro de candidatura ao Cargo de Prefeito. Eleições de 2004. Art. 14, § 7o da CF. Candidato separado de fato da filha do então prefeito. Sentença de divórcio proferida no curso do mandato do ex-sogro. Reconhecimento judicial da separação de fato antes do período vedado. **Interpretação teleológica** da regra de inelegibilidade. A regra estabelecida no art. 14, § 7o da CF, iluminada pelos mais basilares princípios republicanos, visa obstar o monopólio do poder político por grupos hegemônicos ligados por laços familiares. Precedente. Havendo a sentença e reconhecida a ocorrência da separação de fato em momento anterior ao início do mandato do ex-sogro do recorrente, não há de se falar em perenização no poder da mesma família" (STF, RE 446.999, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 28/06/2005).

(Ano: 2015 Banca: CESPE Órgão: TRF - 5ª REGIÃO Prova: Juiz Federal Substituto) Se, ao interpretar a lei, o magistrado concluir que a impenhorabilidade do bem de família deve resguardar o sentido amplo da entidade familiar, abrangendo, além dos imóveis do casal, também os imóveis pertencentes a pessoas solteiras, separadas e viúvas, ainda que estas não estejam citadas expressamente no texto legal, essa interpretação, no que se refere aos meios de interpretação, será classificada como

a) sistemática.

b) histórica.

c) jurisprudencial.

d) teleológica.

e) lógica.

Comentários

O magistrado buscou o *telos* (a finalidade) da norma para verificar qual é a proteção que se buscou com edição da regra. Na espécie, ao que refere a doutrina, é a constituição de um patrimônio mínimo do cidadão (famigerada dignidade da pessoa humana). Logo, a interpretação ao caso é a teleológica.

A assertiva correta é a **D**.

O fundamento racional da norma (*ratio legis*) pode sofrer alteração ao longo do tempo. A finalidade da norma NÃO é perene (eterna e imutável), ou seja, pode evoluir sem modificação do texto, inclusive perdendo a razão de existir. Vejamos. O artigo 649, inciso X, do CPC/1973, com redação repetida pelo CPC/2015 (artigo

833, X) considera impenhoráveis os valores depositados em caderneta de poupança, até o limite de 40 salários-mínimos (teoria do patrimônio *mínimo*). Há muitos juízes que questionam a proteção absoluta ainda dada pela lei ao devedor. Você está se perguntando por quê? Ora, não é só banco que cobra dívidas – às vezes é o mercadinho da esquina ou mesmo o Seu Zé, que emprestou parte do seu *salário* para o João, que estava em dificuldades à época. E então, após se recuperar, João pode até mesmo poupar (colocar a sobra na poupança), enquanto Seu Zé fica sem receber? Mas não é só! Aí vem a ironia: essa corrente jurisprudencial (ainda minoritária) aponta que o principal interessado na manutenção da impenhorabilidade são justamente os... BANCOS! Eles é que procuram proteger as poupanças (capital de giro para o sistema financeiro). Incrível, né? O direito nos possibilita essas discussões imprevisíveis...

Há quem entenda que, em conjunto com a intepretação teleológica (ou paralelamente), temos as técnicas **sociológica** (cujos olhos recaem sobre as condicionantes sociais que envolvem a lei) e **axiológica** (que considera os valores presentes na sociedade e busca *neutralizar* os valores da lei).

Na verdade, é fácil, mas se não nos atentarmos escorregamos rapidinho na casca de banana: qual a DISTINÇÃO entre interpretação **história** e **sociológica**? Na interpretação *histórica* o sentido é buscado na situação social existente à época em que a norma foi editada; na interpretação *sociológica* o sentido da norma é esclarecido levando em consideração a situação social ATUAL (ao tempo da interpretação).

"Mas que negócio é esse de neutralização dos valores da lei? Jean, NÃO entendi nada dessa técnica axiológica!" É elementar, meu caro Watson. As palavras possuem e acumulam alta carga emotiva com o passar do tempo. Tem gente que ao falar em "dignidade da pessoa humana" (embora eu nunca tenha visto pessoa cachorro) já enche os olhos de lágrimas. Como se sabe, esse tipo de expressão, altamente vaga e ambígua, possui forte significado valorativo, permitindo (senão favorecendo) a manipulação arbitrária de seu alcance e sentido. Uma das facetas da interpretação axiológica é limitar essas valorações, isto é, neutralizar o significado valorativo.

E como fazer isso? A interpretação axiológica está em conjunto com a teleológica (ou abarcada por ela) porque só é possível controlar valorações arbitrárias ao encontrar o propósito das normas[30]. O intérprete deve partir da ideia de que todas as normas possuem um fim (*telos*), o qual deve ser descoberto para se evitar que a valoração importe em desvirtuamento da finalidade normativa.

É claro que seria ingenuidade acreditar que cada norma tenha uma finalidade única, social e de fácil apreensão. Há fins fora e dentro do texto normativo; fins mais próximos e mais remotos; fins mais e menos elevados. O conceito de fim também é elástico, vago e ambíguo – valorativo. De toda forma, cabe ao intérprete buscar a equivalência entre os fins da norma e os valores presentes na sociedade, de modo a permitir a melhor aplicação da norma jurídica.

Se o legislador, em seu mister, deve buscar, na consciência ética, as medidas do justo, o mesmo deve fazer o intérprete. A definição do "o que cabe a cada um" é tarefa que exige sensibilidade ética, ainda mais quando, diferentemente do que ocorre nas ciências naturais, nas sociais não há métodos de comprovação, grandezas quantificáveis, mas apenas interpretações do justo – daí a afirmação de que *toda lei contém uma parcela de injustiça*[31].

Há um exemplo interessante de como opera essa relação entre os valores sociais, os valores da lei (a serem eventualmente neutralizados) e a característica (já citada) de essas variáveis se alterarem no decorrer do tempo. Refiro-me à legítima defesa, instituto (excludente de ilicitude penal) que há até poucas décadas englobava e admitia a defesa da **honra**. Assim, o marido traído podia partir para a violência para defender (vingar?) sua honra ferida. Hoje a mesma conduta dará ensejo a crime (homicídio ou lesão corporal), com a mera possibilidade de redução de pena pela violenta emoção (CP, arts. 121, § 1° e 129, § 4°). Não dá mais nem para fazer duelo com armas de fogo...

[30] Os autores das teorias críticas defendem que a ideologização do direito não significa arbitrariedade, ao contrário: a ideologia instala mecanismos que combatem arbitrariedades. Antonio Carlos Wolkmer (emérito professor da UFSC), assenta que "o direito é uma projeção normativa que instrumentaliza os princípios ideológicos (certeza, segurança, completude) e as formas de controle do poder de um determinado grupo social" (*Ideologia, estado e direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 154).
[31] NADER. Idem, p. 19.

LACUNA	INTERPRETAÇÃO
Ideológica ou **axiológica**: falta de norma jurídica satisfatória ou justa, isto é, adequada à solução do caso concreto.	**Teleológica** ou **axiológica**: busca interpretar a lei por sua finalidade, se for o caso neutralizando os valores da lei com base nos valores sociais.

Uma crítica normalmente feita às interpretações teleológica e axiológica é que o intérprete passa a erigir o próprio sentido da norma – para alguns o aplicador da lei (que esclarece seu sentido) deixa de existir, dando lugar ao intérprete que **constrói o conteúdo normativo**. Essa metodologia subverteria as demais técnicas (gramatical, lógica, sistemática e até mesmo a histórica), dando carta branca (ampla liberdade) ao intérprete para buscar os "fins sociais" da norma (questão bastante subjetiva). Em que pese a importância desses métodos (que não pode ser ignorada), a advertência é válida... é preciso ficar atento (vide item 3.8).

Por derradeiro, qual dos métodos devo usar? Todos? Alguns? Escolho? Há ordem de prevalência? O tema é polêmico (novidade, né?). **Savigny** defende que as técnicas sejam aplicadas conjuntamente. **Enneccerus** prega a existência de uma

ordem, na sequência: gramatical, lógico-sistemática, histórico-evolutiva e, então, teleológica. **Kelsen** defende a prevalência da técnica sistemática, ao passo que para **Heck** prevalece a teleológica. Avaliando todo esse contexto, **Zweigert** assenta que o problema da hermenêutica está justamente na falta de hierarquização segura.

Na prática, o método escolhido tem muito a ver com a posição ideológica do intérprete e com o que ele busca extrair da norma. Para mais informações, consulte item 3.8 😊

(2015 OAB XVII) Hans Kelsen, ao abordar o tema da interpretação jurídica no seu livro Teoria Pura do Direito, fala em ato de vontade e ato de conhecimento. Em relação à aplicação do Direito por um órgão jurídico, assinale a afirmativa correta da interpretação.

a) Prevalece como ato de conhecimento, pois o Direito é atividade científica e, assim, capaz de prover precisão técnica no âmbito de sua aplicação por agentes competentes.

b) Predomina como puro ato de conhecimento, em que o agente escolhe, conforme seu arbítrio, qualquer norma que entenda como válida e capaz de regular o caso concreto.

c) A interpretação cognoscitiva combina-se a um ato de vontade em que o órgão aplicador efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas por meio da mesma interpretação cognoscitiva.

d) A interpretação gramatical prevalece como sendo a única capaz de revelar o conhecimento apropriado da mens legis.

Comentários

ALTERNATIVA A = mesmo a técnica mais apurada não é capaz de revelar uma resposta totalmente precisa.

ALTERNATIVA B = puro ato de conhecimento? Claro que não! Aí seria arbítrio, discricionariedade... e não é assim. A norma e o ordenamento delimitam as possibilidades.

ALTERNATIVA D = negativo! Kelsen compreende a importância de se ajustar o Direito ao caso concreto e para isso reconhece outros métodos de interpretação, como o sistemático (interpretação conforme o ordenamento como um todo).

ALTERNATIVA C = é certo que a aplicação do direito é um ato racional, mas não deixa de ter uma pitada de vontade do julgador (entre as soluções/interpretações possíveis permitidas pela norma). A norma é um quadrante de possibilidades de interpretação para a resolução de um mesmo conflito.

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

3.1.3 QUANTO AO RESULTADO

A interpretação segundo o resultado, que é o mesmo que quanto aos efeitos da norma ou a extensão de seu preceito (até onde alcança o tipo), pode se dar de maneira *extensiva*, *declaratória* ou *restritiva*, havendo autores que citam ainda as intepretações *modificativa* e *ab-rogante*.

a) **extensiva**: ocorre quando é necessário um aumento da abrangência (conteúdo) da norma interpretada, com a aplicação a situação prevista *implicitamente*, mas não de forma expressa – gramaticalmente, o legislador disse menos do que gostaria, de modo que o alcance da lei tem de ser maior do que indicam seus termos. Quer um exemplo? Há o crime de "*sequestro* ou *cárcere privado*" (CP, art. 148), mas há apenas "extorsão mediante sequestro" (CP, art. 158). E se for extorsão mediante *cárcere privado*? Faça-se interpretação extensiva!

b) **declaratória**: na interpretação constatativa ou especificadora, a letra da lei corresponde exatamente ao que o legislador quis dizer. Há correspondência harmônica entre o que o texto diz expressamente e o alcance pretendido por seu sentido. Exemplo: "os bens públicos não estão sujeitos a usucapião" (CC, art. 102) – não precisar dizer mais nada!

c) **restritiva**: o legislador disse mais do que gostaria. Assim, reduz-se o alcance das palavras para que corresponda à vontade do texto. O artigo 28, inciso I, do Código Penal preceitua que a emoção e a paixão não excluem crime. Mas e no caso de a emoção ou paixão ser arrebatadora (biopsicologicamente: doença + incapacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento) a ponto de causar inimputabilidade[32]? É preciso limitar a incidência da norma para evitar que produza efeitos danosos ou injustos.

d) **modificativa**: aqui também ocorre uma extensão do alcance da norma, mas em vista de situações não conhecidas ou previstas pelo legislador. Há duas subespécies: (1) *atualizadora*: por vezes haverá a necessidade de atualizar a norma diante de uma nova realidade que não foi prevista pelo legislador, quando da edição da norma (exemplo: artigo 1.723 do Código Civil – união estável só entre homem e mulher?); (2) *corretiva*: no caso de antinomias, a fim de evitar a exclusão de uma norma, seu sentido é alterado, compatibilizando-a no ordenamento jurídico (exemplo: artigo 7°, inciso VI, da Lei n° 8.906/94 – EOAB).

[32] Há uma psicose chamada Erotomania, também conhecida como síndrome de Clérambault, na qual o doente tem a convicção delirante de que uma pessoa, geralmente de uma classe social mais elevada ou pessoa pública, está secretamente apaixonada por ela, o que muitas vezes termina em tragédia. Ficou curioso(a)? Assista ao filme francês "Bem me quer, mal me quer" (2002) – é chato, mas elucidativo.

JURISPRUDÊNCIA

ACESSO DE ADVOGADOS AO RECINTO DO CARTÓRIO [...]. As leis e demais normas de direito devem ser interpretadas com razoabilidade, segundo a sua facilmente compreensível intenção e não conforme sua literalidade. Quanto à parte interna, reservada, dos cartórios, além dos balcões, onde trabalham os escreventes, justifica-se a restrição, para evitar um certo tumulto e indireto favorecimento daqueles advogados que gozam de maior simpatia e amizade junto aos serventuários, como bem frisou o acórdão. Levada às últimas consequências a pretensão da OAB, na hermenêutica da Lei 4.215/63, o escrivão e o juiz não poderiam nem mesmo ter um gabinete reservado, pois ao mesmo teriam acesso livre todos os advogados, sem prévia licença, mesmo sem qualquer interesse específico de defesa de direitos de um cliente. Basta, ao advogado, o livre direito de consulta dos autos junto ao balcão, ou, se necessário, a seu critério, a retirada dos mesmos para melhor exame, nas dependências para isso existentes do edifício do Fórum" (STF, RE 110.036-2-SP, Relator: Ministro Rafael Mayer, publicação DJ 13.02.87). No mesmo sentido: STJ, RMS n° 5728/MG. A matéria vire e mexe acaba sendo revolvida. Em 2014 foi a vez do CNJ repisar o já decidido pelo STJ e pelo STF (autos n° 0004336-23.2013.2.00.0000). Os advogados não se cansam 🤣

A interpretação extensiva supre defeitos lógicos do texto normativo, que se mostra tímido demais (diz menos do que deveria). Já a interpretação modificativa realiza verdadeira adaptação (alteração) com vistas a atualizar ou corrigir a norma.

e) **ab-rogante**: incide quando simplesmente não se consegue entender com clareza mínima as hipóteses que se pretende regular pela norma e de que maneira (o que a norma quis dizer). Outra possível aplicação é nos casos em que houver contradição insanável entre disposições normativas, havendo-se de se eliminar uma das regras e aplicar a outra (ab-rogação simples), ou eliminar as duas e aplicar uma terceira (dupla ab-rogação).

Nos casos em que for possível a interpretação modificativa, com a manutenção de ambas as normas mediante conciliação, o intérprete deve se abster de fazer interpretação ab-rogante. Não havendo tal possibilidade, entre normas de hierarquia distinta deve permanecer a superior (a inferior perecerá no holocausto interpretativo); a norma principal sobrepuja a acessória; a cogente subjuga a dispositiva; a posterior prevalece sobre a anterior.

JURISPRUDÊNCIA

"A chamada 'interpretação ab-rogante', (é aquela) pela qual ou o intérprete elimina uma das normas contraditórias (ab-rogação simples) ou elimina as duas normas contrárias (ab-rogação dupla). Dessas três soluções, a que deve ser preferida - só sendo afastável quando de forma alguma possa ser utilizada - é a interpretação corretiva, que conserva ambas as normas incompatíveis por meio de interpretação que se ajuste ao espírito da lei e que corrija a incompatibilidade, eliminando-a pela introdução de leve ou de parcial modificação no texto da lei" (STF, HC nº 68.793, Rel. Min. Moreira Alves, j. 10/03/1992).

Em 1990 entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente e fez a proeza de incluir um parágrafo único no artigo 213 do Código Penal a impor ao estupro de menores de 14 anos a pena de **4 a 10 anos**. Só que a Lei dos Crimes Hediondos veio a lume dias depois e estabeleceu a pena de **6 a 10 anos** para o estupro com vítima adulta. Você entendeu, car@ amig@? A pena do estupro de vulnerável ficou menor que a de adultos. Inacreditável, não? Só em 1996 é que o dispositivo bizarro foi revogado do Código Penal, mas o artigo 213, parágrafo único, ainda está lá no ECA, como prova do selo "legislador brasileiro de qualidade"! O fato é que, desde logo, seria o caso de proceder à interpretação teleológica (a pretensão da reforma foi de aumentar a pena), axiológica (diante de injustiça patente) e ab-rogante (necessidade de afastar a norma incompatível), não? Em tese, sim. Mas fala isso para os defensores do garantismo hiperbólico monocular...

Para fecharmos o tema com chave de ouro, saliento a importância de se manter em mente uma classificação bem delineada (do que foi abordado). Tente memorizar o quadro abaixo.

ESQUEMATIZANDO

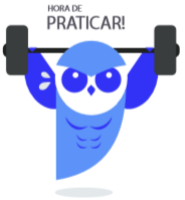
Quanto ao AGENTE	Quanto à NATUREZA	Quanto ao RESULTADO
Autêntica ou Legislativa Jurisprudencial Doutrinária	Gramatical ou Literal Lógica ou Racional Sistemática Histórica Teleológica Axiológica	Ampliativa ou Extensiva Declarativa Restritiva ou Limitadora

3.2 ANALOGIA

Analogia é um modo peculiar de interpretação, com aplicação, a um caso não contemplado na lei, de norma prevista para hipótese distinta, mas semelhante. Seu fundamento é a igualdade jurídica: para os mesmos fatos (ou semelhantes) o mesmo direito (*ubi eadem ratio, ibi eadem ius*).

Vamos a um caso bom pra *catchorro*: em ação de reconhecimento e dissolução de União Estável, a 2ª Vara de Família e Sucessões do Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP, fixou **regime de guarda e visitas de duas cadelas**. Na sentença, a juíza Margot Chrysostomo Corrêa afirmou que, nas relações familiares, o tratamento com animal de estimação sofreu evolução e "está cada vez mais assemelhado àquele sentimento que se tem por um ente, seja irmão, seja filho". "Desta forma, não havendo regulamentação legal para o caso concreto, analogicamente cabe ao Juízo a aplicação de normas jurídicas que resguardem os direitos e deveres das partes com relação aos seus animais de estimação, constituídos na constância da união estável que ora pretende o reconhecimento. E, no entendimento deste Juízo, a guarda é o instituto que melhor se adequa à situação" (CC, art. 1.583 a 1.590).

Qual a diferença entre **analogia** e **interpretação extensiva**? Ahhh, te peguei no contrapé, né?! Na interpretação extensiva a norma existente, na verdade, regulamenta o caso (se o legislador tivesse andado bem ao redigir o texto, a hipótese estaria expressamente prevista no tipo), ou seja, há previsão normativa implícita. Na analogia o negócio é diferente: NÃO HÁ NORMA a reger o caso. Não se trata de descuido (falta de acuro na redação) do legislador, mas de efetiva lacuna (omissão na legislação) a ser integrada. Captou? Vamos ver...



(2016/CESPE/TER-PI/Analista Judiciário) O aplicador do direito, ao estender o preceito legal aos casos não compreendidos em seu dispositivo, vale-se da

a) interpretação teleológica.

b) socialidade da lei.

c) interpretação extensiva.

d) analogia.

e) interpretação sistemática.

Comentários

A chave para a resolução da questão está na expressão "casos não compreendidos em seu dispositivo". Se não estão compreendidos é porque há aplicação da lei a situação semelhante. Então, temos analogia. Para a interpretação extensiva (que o termo "estender" utilizado no enunciado parece querer fazer crer – pegadinha!) a hipótese deve estar implicitamente compreendida no preceito.

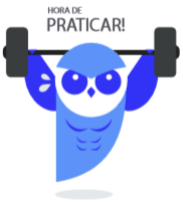
A alternativa CORRETA é a **D**.

Por derradeiro (finalmente, você deve estar pensando), há dois tipos de analogia: (a) *legis* (propriamente dita): aplicação de um preceito legal a um caso semelhante, não regulado por fonte do direito; (b) *iuris*: a solução aplicável ao caso não regulamentado não é extraída de uma norma singular, mas sim de todo o sistema ou de parte dele (o modelo é aliado a uma interpretação sistemática).

3.3 EQUIDADE

Equidade é a "disposição de reconhecer igualmente o direito de cada um"[33], é a justiça no caso concreto. "*Ok, Jean, nós já fizemos isso todos os dias ao aplicar a lei, não?*" É, fizemos. Mas veja o que Aristóteles tem a falar sobre a equidade: é uma mitigação da lei escrita por circunstâncias que ocorrem em relação às pessoas, às coisas, ao lugar ou tempos.

A equidade é o modo de julgamento que, por vezes, descola-se da própria lei para garantir a justiça no caso concreto.



(2013/TJSP/Prova Oral/Juiz) O que é a régua de Lesbos?

Tratava-se de uma régua especial por ser feita de metal flexível, que podia se ajustar às irregularidades do objeto medida. Foi empregada por Aristóteles para explicar a função da equidade em seu ensaio sobre a justiça: "flexível como a régua de Lesbos, a equidade não mede apenas aquilo que é normal, mas também as variações e curvaturas inevitáveis da experiência humana".

Comentários

Conforme explica Limongi França, "é conhecida a metáfora de Aristóteles utilizada para diferençar a justiça da equidade. Dizia o filósofo que a primeira corresponderia a uma régua rígida, ao passo que a outra se assemelharia a uma régua maleável, capaz de se adaptar às anfractuosidades do campo a ser medido. Sem quebrar a régua (que em latim é *regula, ae*, do mesmo modo que regra), o magistrado, ao medir a igualdade dos casos concretos, vê-se por vezes na contingência de adaptá-las aos pormenores não previstos e, não raro, imprevisíveis pela lei, sob pena de perpetrar uma verdadeira injustiça e, assim, contradizer a própria finalidade intrínseca das normas legais"[34]

(Ano: 2012 Banca: CESPE Órgão: DPE-RO Prova: Defensor Público) Com relação ao conceito de direito e de equidade, assinale a opção correta.

a) Equidade pode ser definida como o conjunto de princípios que, atribuídos a Deus, à

[33] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário da Língua Portuguesa.
[34] FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1988, p, 71.

razão, ou havidos como decorrentes da natureza das coisas, independem de convenção ou legislação, e que seriam determinantes, informativos ou condicionantes das leis positivas.

b) Define-se equidade como a autorização, dada pelo direito objetivo, de fazer ou ter o que não pode ser impedido ou tirado, sem violação da norma jurídica.

c) O direito, definido como conjunto de princípios imanentes, constitui a substância jurídica da humanidade, segundo a sua natureza e o seu fim; tais princípios, imutáveis em essência, se adaptam à realidade histórica e geográfica.

d) Segundo Dante, o direito representa uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade, e, corrompida, corrompe-a.

e) O direito pode ser definido como a justa aplicação da norma jurídica geral ao caso concreto para que o *summum jus* não se transforme em *summa injuria*.

Comentários

ALTERNATIVA A = o conceito apresentado é o do **direito natural**.

ALTERNATIVA B = pense numa redação confusa (a ideia deve ser confundir mesmo). O conceito parece se alinhar ao de **liberdade** (no viés de autorização legal).

ALTERNATIVA C = outra redação que se adapta ao **direito natural**.

ALTERNATIVA E = pode não parecer, mas conceito apresentado se relaciona com a **equidade**, não com o direito. Há um aforismo latino, "*summum ius, summa iniuria*", que significa algo como "o máximo do direito, o máximo da injustiça". A ideia do brocardo é que o direito deve ser interpretado com equidade, de forma a se evitar que o apego excessivo às normas (na sua pura expressão literal e dogmática) leve à injustiça no caso concreto.

ALTERNATIVA D = a frase de Dante Alighieri é: "O direito é uma proporção real e pessoal de homem para homem que, servida, serve a sociedade, e, corrompida, a corrompe". Dureza, *eihn*?

A assertiva correta é a **D**.

Claro que não é sempre que será possível aplicar a equidade (senão o princípio da legalidade iria para o barro e cada juiz seria um pequeno ditador). Tanto é assim que o artigo 140, parágrafo único, do Código de Processo Civil é taxativo: "o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei".

Importante referir que há certa multiplicidade de acepções de equidade, podendo-se citar ao menos três conceitos: (a) *amplíssimo*: princípio universal da ordem normativa, suprema regra de justiça; (b) *lato*: confunde-se com os princípios gerais do direito, de modo a garantir a justiça no caso concreto; (c) *estrito*: ideia de justiça concreta (aplicada a casos práticos).

Avançando, como não poderia deixar de ser, a equidade também possui suas classificações. A primeira a divide em: (a) *integradora*: opera quando há lacuna nas fontes do direito, situação em que o juiz pode usar a equidade para resolver o caso, buscando uma ideia de justiça presente na consciência média da comunidade; e (b) *corretiva*: o operador jurídico se vê na necessidade de afastar uma injustiça que resultaria da aplicação estrita da lei. Outra classificação possível é conforme suas funções:

> "A equidade, no direito atual, aparece com três funções básicas: a) substitutiva; b) integrativa; c) interpretativa. Na sua função **substitutiva**, atribui excepcionalmente poderes ao juiz para decidir com liberdade, afastando-se das normas legais e declarando a solução justa para o caso. Na sua função **integrativa**, a equidade constitui um instrumento posto caso a caso pela lei à disposição do juiz para especificação em concreto dos elementos que a norma de direito não pode resolver em abstrato. Finalmente, em sua função **interpretativa**, busca estabelecer um sentido adequado para regras ou cláusulas contratuais em conformidade com os critérios de igualdade e proporcionalidade[35].

Temos como exemplo de função **substitutiva** o artigo 25 da Lei nº 9.099/1995, o qual permite que, no âmbito dos juizados especiais, decida-se por equidade. O que está o dispositivo a falar? Admite-se o afastamento episódico da letra estrita da lei para buscar uma solução mais justa e equânime aos casos de menor complexidade.

A função **integrativa** pode ser vista na redação do artigo 944, parágrafo único do Código Civil: "se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização". Seria impossível (ou não recomendável) à lei criar uma tabela de redução da indenização conforme o grau de culpa do causador. Assim, confere ao juiz o poder de verificar as situações do caso concreto para chegar à redução mais justa à hipótese[36].

A salientar que o autor citado foi bem modesto ao conceituar a função **interpretativa** da equidade (fazendo-a se aproximar muito da boa-fé objetiva e suas funções parcelares). De maneira mais abrangente, a equidade interpretativa é descrita como aquela que atua quando existe norma completa e, mesmo assim, o julgador se utiliza de critérios equitativos para valorar uma situação plenamente regulada em lei.

Não é por outra razão que a legislação (já citado artigo 140, parágrafo único, do CPC), a doutrina e a jurisprudência afirmam ser **vedada** a equidade interpretativa no Brasil, uma vez que implicaria na possibilidade de o juiz derrogar a lei ao seu bel prazer.

---

[35] SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*. São Paulo: Saraiva, p. 91.
[36] Outras autorizações do Código Civil à equidade integrativa: artigos 413 e 738, parágrafo único.

O que é equidade **cerebrina**? Utiliza-se esse termo para indicar a equidade fraudulenta, ou seja, aquela utilizada pelo julgador para afastar a lei que o desagrada, deixando-o livre para julgar como bem queira, ao arrepio do ordenamento jurídico. É pretexto ao arbítrio.

4 QUESTÕES

4.1 QUESTÕES SEM COMENTÁRIOS

Q1. Ano: 2015 Banca: FUNCAB Órgão: ANS Prova: Ativ. Tec. de Suporte

A interpretação de uma lei, quanto aos elementos, pode ser:

a) sistemática, doutrinária e judicial.

b) gramatical, histórica e lógica.

c) autêntica, judicial e doutrinária.

d) lógica, sistemática e gramatical.

e) histórica, gramatical e teleológica.

Q2. 2015 Banca: FCC Órgão: TCM-GO Prova: Procurador do Ministério Público de Contas

Considere a seguinte afirmação: "a lei que permite o mais, permite o menos; a que proíbe o menos proíbe o mais". São elas exemplos de interpretação legal

a) doutrinária.

b) lógico-sistemática.

c) autêntica ou legislativa.

d) sociológica ou teleológica

e) gramatical ou literal.

Q3. 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.

Q4. 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

4.2 GABARITO

Q1. E
Q2. B
Q3. D
Q4. D

4.3 QUESTÕES COM COMENTÁRIOS

Q1. Ano: 2015 Banca: FUNCAB Órgão: ANS Prova: Ativ. Tec. de Suporte

A interpretação de uma lei, quanto aos elementos, pode ser:

a) sistemática, doutrinária e judicial.

b) gramatical, histórica e lógica.

c) autêntica, judicial e doutrinária.

d) lógica, sistemática e gramatical.

e) histórica, gramatical e teleológica.

Comentários

Questão inacreditável. Coloco aqui apenas para ver como a vida de concurseiro não é fácil. Na minha humilde opinião, as assertivas B, D e E estão corretas. Simples assim. Sem mais comentários. Questão MAIS do que anulável.

A **alternativa E** foi dada gabarito da questão.

Q2. 2015 Banca: FCC Órgão: TCM-GO Prova: Procurador do Ministério Público de Contas

Considere a seguinte afirmação: "a lei que permite o mais, permite o menos; a que proíbe o menos proíbe o mais". São elas exemplos de interpretação legal

a) doutrinária.

b) lógico-sistemática.

c) autêntica ou legislativa.

d) sociológica ou teleológica

e) gramatical ou literal.

Comentários

Assertiva A = a doutrina não é método de interpretação, mas **agente** que interpreta com os métodos disponíveis. De toda forma, a interpretação doutrinária não explicaria o enunciado.

Assertiva C = vale aqui o mesmo dito na assertiva A: a interpretação autêntica também se refere ao **agente**. De toda forma, o fato de ser legislativa não explica o enunciado.

Assertiva D = a interpretação teleológica se liga com os fins da lei. Nada a ver com o proposto.

Assertiva E = a literal (ou gramatical) é a análise da linguagem da lei. Tampouco explica o enunciado.

Assertiva B = a menos errada. O método *lógico-sistemático* propriamente dito atua mediante a confrontação do texto interpretado com outros (inclusão de elemento estranho), de modo a estabelecer uma relação (sistêmica). A melhor resposta aqui seria o método lógico-analítico: procura-se apurar o sentido, o alcance e a finalidade da norma por meio de um raciocínio lógico (silogismo). "Se pode o mais, pode o menos". Aliás, o segundo silogismo do enunciado é falacioso: "se proíbe o menos proíbe o mais" (nada disso!). Eita FCC!!!

Em vista do exposto, a **alternativa B** é o gabarito da questão.

Q3. 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.

Q4. 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 4° 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 5° 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.

5 RESUMO

RESUMINDO

CONCEITOS FUNDAMENTAIS

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

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

❍ SIGNIFICADOS:

- Direito como **justo** = o justo é o valor fundamental perseguido pelo direito.
- Direito como ***norma agendi*** = a norma de agir (de conduta). Confunde-se com o direito objetivo.
- Direito como ***facultas agendi*** = faculdade de agir – possibilidade de efetivo exercício do direito por parte do sujeito.

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

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

❍ CAUSAS:

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

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

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

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

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

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

INTERPRETAÇÃO

❍ TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO:

- **Gramatical**: ponto de partida do processo interpretativo, sob a ótica de que as palavras utilizadas para descrever a norma são importantes para que se obtenha seu significado correto (literal).

- **Lógica**: busca extrair o significado da norma dentro de contextos (pressupõe que a interconexão entre as partes é importante para a obtenção do seu correto significado).

- **Histórica**: pauta-se pela verificação dos antecedentes históricos da norma e pelo sentido que possuía ao tempo de sua elaboração.

- **Sistemática**: perpassa o ordenamento jurídico como um todo, buscando posicionar e integrar a norma dentro do sistema jurídico que compõe – analisa o entrelaçamento das normas no interior da estrutura do sistema jurídico (o sentido de uma norma não está apenas nos seus próprios termos, mas também na sua relação com outras normas do ordenamento).

- **Teleológica**: concentra suas preocupações no fim a que a norma se dirige. Toda e qualquer lei visa a uma finalidade social, lembrando que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

❍ ANALOGIA: modo peculiar de interpretação, com aplicação, a um caso não contemplado na lei, de norma prevista para hipótese distinta, mas semelhante. Seu fundamento é a igualdade jurídica: para os mesmos fatos (ou semelhantes) o mesmo direito (*ubi eadem ratio, ibi eadem ius*).

❍ EQUIDADE: modo de julgamento que, por vezes, descola-se da própria lei para garantir a justiça no caso concreto (mitigação da lei escrita por circunstâncias que ocorrem em relação às pessoas, às coisas, ao lugar ou tempos).

6 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 e críticas, ou se você viu algum erro no material (ajude a melhorá-lo a cada dia), entre em contato sem hesitação.

jeanvilbert@gmail.com

ESSA LEI TODO MUNDO CONHECE:
PIRATARIA É CRIME.

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

1.

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

2.

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

3.

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

4.

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

5.

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

6.

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

7.

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

8.

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

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