

Aula 00

Filosofia do Direito p/ OAB 1ª Fase XXXII

Exame - 2021

Autor:

Jean Vilbert

27 de Novembro de 2020

Teoria Geral do Direito

Ordenamento Jurídico

Direito = SISTEMA

A tecnologia do direito, como instrumento de resolução de conflitos, articula-se em torno da teoria do **sistema** ou do ordenamento jurídico.

SISTEMA = Niklas
Luhmman

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

O que é?

Ordenamento jurídico é um complexo unitário de fontes formais do direito, normativas (regras e princípios) e não normativas (definições e critérios classificatórios), que guardam relação entre si (estrutura com caráter lógico-formal).

ORDEM → **disposição adequada** das partes de um todo para um certo fim.

Características:

- a) hierarquizado
- b) dinâmico
- c) unitário

É alterado no decorrer dos tempos, conforme se modifica (avança e retrocede) a sociedade.

Estático = normas postas.

Dinâmico = produção e aplicação das normas.

Unitário

As normas compõem um todo orgânico, uno e indivisível.

Os ramos (matérias) do direito são interdependentes.

Como entender furto (penal) sem entender o que é propriedade (civil)?

Hierarquizado

As normas superiores são o fundamento de validade das inferiores e assim sucessivamente.

Esta é a **pirâmide** normativa de **Kelsen**.

Constituição (conceitos lógico-jurídico e jurídico-positivo) até as sentenças.

Só há UM ordenamento jurídico?

MONOPÓLIO... O Estado arroga para si a qualidade de fonte única de normas com caráter jurídico + soberania.

EVOLUI... AVANÇA...
Análise **subjetiva**.

A validade é suficiente?

O direito pode ser **injusto**? – Pretensão de CORREÇÃO
(Robert Alexy) + extremamente injusto (Radbruch)

Há quem NÃO aceite a possibilidade de existência de lacunas no ordenamento. O sistema pretende ser **completo**, um conjunto orgânico que atende à integralidade das demandas (não admite solução fora de si mesmo).



Na voz de **Thomas Hobbes**: “em nenhum lugar do mundo foram estabelecidas regras **suficientes** para regular todas as ações e palavras dos homens (o que é coisa impossível)”.

E como fica a moral?

- + sanção interna x externa
- + sanção conhecida x não conhecida (variável)
- + sanção institucional x difusa
- + reprovação social x embaraço liberdade e propriedade



Lacunās

Lacunam são espaços não ocupados pela fonte principal do direito (lei) e que precisam ser preenchidas para evitar o *non liquet* (ausência de resposta jurídica).

TIPOS DE LACUNA:

a) normativa: não há lei a regular o caso (artigo 215-A do CP - ejaculador busão).

b) ideológica ou axiológica: há lei, mas sua aplicação mostra-se injusta em concreto (artigo 273, §1º-A e § 1º-B → art. 33 Lei nº 11.343/03).

c) ontológica: há lei, mas sem eficácia social – efetividade (Casa de prostituição - artigo 229 do Código Penal?).

Adultério e raptu consensual da mulher honesta menor de 21 anos (até 2005 era CRIME)

Súmula 593 do STJ: estupro vulnerável menor 14 anos (presunção absoluta).

O sistema, portanto, demanda a existência de elementos de **integração**.

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

- a) legitimamente produzida pelo legislador democrático
- b) justa, que enseje uma solução satisfatória ao caso concreto.
- c) que atenda às convicções ideológicas pessoais do juiz.
- d) costumeira, que tenha surgido de práticas sociais inspiradas nos valores vigentes.

A norma jurídica se apresenta inadequada à solução do caso concreto, ensejando a *defeseability* (derrotabilidade ou superabilidade), isto é, o afastamento episódico de regra constitucional e válida, mas que se mostra incompatível com o caso concreto (STJ, REsp 799.431/MG e STF, AgRg na Rcl 3.304/PR; ADI 2.240/DF). “A exegese firmada no STJ acerca do art. 397 do Código Civil anterior é no sentido de que a **responsabilidade dos avós pelo pagamento de pensão aos netos é subsidiária e complementar** à dos pais, de sorte que somente respondem pelos alimentos na impossibilidade total ou parcial do pai” (STJ, REsp nº 576.152/ES, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, j. 08/06/2010).



JURISPRUDÊNCIA

A ré é pessoa idosa e humilde, sobrevivendo com salário-mínimo – não tem condições de transferir metade de sua renda sem prejuízo do seu próprio sustento. A genitora, por sua vez, é pessoa jovem e com totais condições de laborar. Ora, **quem se dispõe a ter filhos precisa encontrar meios de sustentá-los**, quer seja na ausência temporária do pai: **paternidade e maternidade responsável**.

O legislador determina uma conduta, mas NÃO cria a plenitude das condições para sua aplicabilidade.

Exemplo: **artigo 399, § 2º, do CPP**: o juiz que *presidiu* a instrução deverá proferir a sentença.

O que FAZER diante de lacunas?

O artigo 4º da LINDB tem a **resposta** (mínima):

- a) Analogia
- b) Costumes
- c) Princípios gerais do direito

E a doutrina e a jurisprudência?



NÃO
CONFUNDA!

A interpretação é sempre necessária; a integração só tem razão em caso de **vazio normativo**. A interpretação atua dentro do campo normativo; a integração vai buscar resposta em outras fontes do direito justamente pela ausência de lei específica a reger a hipótese.



Antinomias Jurídicas

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

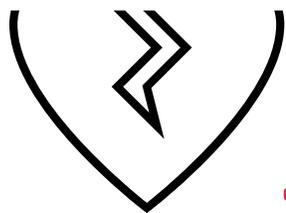
Antinomias

É uma **incompatibilidade** de normas dentro do sistema jurídico; ocorre quando a mesma autoridade competente edita duas normas que se tornam insustentáveis uma em relação à outra (**conflito** entre normas).

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

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

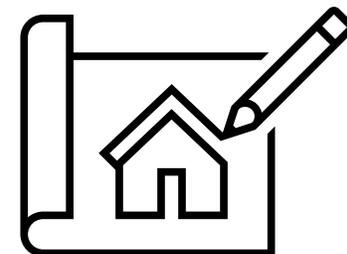
- a) As duas normas em conflito devem pertencer ao mesmo ordenamento; as duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade, seja temporal, espacial, pessoal ou material.
- b) Ambas as normas devem ter procedido da mesma autoridade legislativa; as duas normas em conflito não devem dispor sobre uma mesma matéria.
- c) Ocorre no âmbito do processo judicial quando há uma divergência entre a decisão de primeira instância e a decisão de segunda instância ou quando um tribunal superior de natureza federal confirma a decisão de segunda instância.
- d) As duas normas aplicáveis não apresentam uma solução satisfatória para o caso; as duas normas não podem ser integradas mediante recurso a analogia ou costumes.



Titio, bora casar?

O artigo 1.521, inciso IV, do Código Civil **proíbe o casamento** entre **ti@s** e **sobrinh@s**. Mas o Decreto nº 3.200/1941 o **AUTORIZA**, desde que com laudo médico atestando que não haverá problemas para a prole (compatibilidade genética). E aí como fica: casa ou não casa?

direito real habitação “ao cônjuge sobrevivente”, nada falou sobre o *companheiro*, sendo que a união estável também é regulada no código (arts. 1.723 a 1.727).



X

O artigo **7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96** prevê que “dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação”.

Tipos de Antinomias

Aparente

É a que pode ser solucionada pelo sistema (cronologia, especialidade ou hierarquia).

Real

É aquela que não tem solução no ordenamento, como a que envolve princípios constitucionais (ex: entre os próprios critérios de solução).

CRITÉRIOS DE SOLUÇÃO

Cronológico

Tempo (norma
mais recente
prevalece).

Hierárquico

Hierarquia
(norma
superior
prevalece).

Especialidade

Matéria (norma
especial prevalece
sobre a geral).

Especialidade: critério mediano ou intermediário

Cronológico: critério mais fraco

CPP, art. 387, § 2º

“O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.”

Choque entre dois dispositivos de uma MESMA LEI = mesma **hierarquia**, mesma **especialidade** e mesma **cronologia**.

Em alguns casos será necessário adotar a chamada **interpretação ab-rogante**.

Antinomia de **SEGUNDO** grau

+ lei superior x lei mais recente = **SUPERIOR**

+ lei superior geral x lei especial = **SUPERIOR**

+ lei especial x lei geral mais recente = **ESPECIAL**

Conflito entre normas do mesmo nível,
ambas gerais e contemporâneas = qual
norma se encontra mais ajustada aos
valores do ordenamento (PRINCÍPIOS)



Fontes Principais



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.

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.



Próprias: tem como finalidade única servirem de modo de produção do direito (ex: classicamente a lei).

Impróprias: normalmente interpretam o direito, mas se tornam fonte de modo excepcional ou incidental (ex: doutrina) → são as fontes indiretas ou mediatas.

Estatais: produzidas pelo Estado, como a lei e a jurisprudência.

Não estatais: geridas na sociedade, como os costumes e a doutrina.

Principais: na sua presença, o aplicador NÃO se pode valer de outra fonte (é o caso da lei).

Acessórias: auxiliam o aplicador do direito na ausência da lei (costumes e os princípios gerais do direito, além da doutrina e da jurisprudência).

“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)

As leis são “a alma do Estado” (**Baruch Spinoza**).

“Lei é a matéria decidida conforme a vontade do povo” (Jean-Jacques Rousseau).

Tecnicamente, 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).

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.

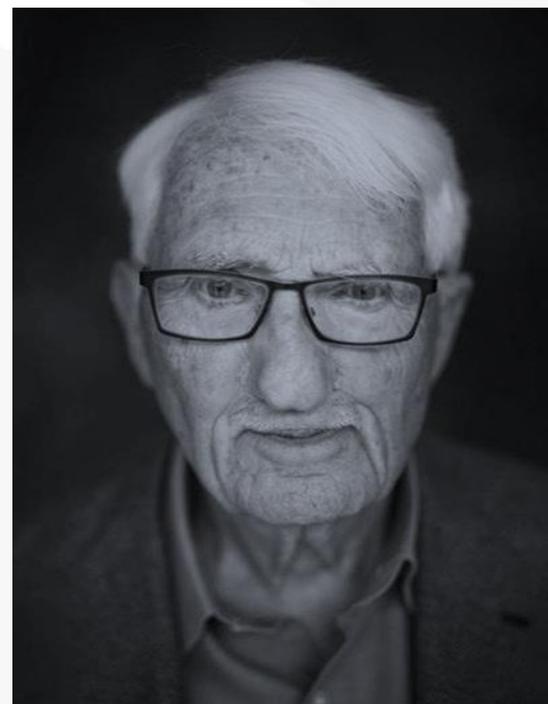
Estatal = o Estado, a rigor, tem o monopólio da elaboração de leis.

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.



E as normas de uma associação criminosa?

Não tem a mesma **eficiência**
(Kelsen)
Não tem a mesma **legitimidade**
(Habermas).





Conceitos de lei:

- 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 emanções do Poder Legislativo, em sua função típica – normas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções (CF, art. 59).



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).

LEIS DE EFEITOS CONCRETOS

As leis que possuem destinatário certo, ou seja, atingem pessoas ou grupos determinados, como as que tombam um bem ou criam um município, são, na verdade, **atos administrativos** em sentido material (apenas **exteriorizados na forma de lei**).

Norma sem sanção é conselho
(como diria Padre Quevedo:
“isso non existe”).

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

LEI x norma?

LEI é a forma que se reveste uma norma
ou mesmo um conjunto de normas
dentro do ordenamento.

NORMA é uma prescrição, conceito que
engloba regras, princípios e,
modernamente, até decisões judiciais
(norma para o caso concreto).



Fontes Auxiliares

Direito (Savigny)

O direito é vida dinâmica; a lei é fossilização estática (esclerosamento) → Escola Histórica

Fontes Auxiliares

- a) Costumes
- b) Doutrina
- c) Jurisprudência
- d) Princípios gerais do direito

A prática constante e reiterada no tempo, que gera a crença na obrigatoriedade da conduta.

OBJETIVO: continuidade, uniformidade.

SUBJETIVO: *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).

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 do direito positivo.

Analista de Controle Externo)

A respeito dos costumes, como forma de integração da norma jurídica, considere:

I. Continuidade.

II. Uniformidade.

III. Diuturnidade.

IV. Moralidade.

Incluem-se dentre os seus requisitos os indicados em:

a) I, II, III e IV.

b) I, II e III, apenas.

c) III e IV, apenas.

d) I, II e IV, apenas.

e) II e III, apenas.

Secundum

É o costume que a lei absorveu (passando de fonte secundária para fonte principal).

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

Praeter

É aquele que vai além da lei, buscando suprir as lacunas da norma escrita.

Cheque pré-datado (ou pós-datado), o famoso “*bom para*” → “caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado” (STJ, Súmula 370).

Contra

O costume contrário ao que dispõe a lei pode ser admitido?

CUSTOME CONTRA LEI?!

Prevalece (para fins de prova) que **NÃO tem força** para afastar a norma do ordenamento jurídico (só lei revoga lei).

Há posicionamentos (polêmicos) de que ele pode levar à **inefetividade** da lei.

Mesmo Kelsen, em seu positivismo jurídico radical, admite que se as normas (o ordenamento como um **todo**) não gozam de um mínimo de eficácia social, não devem ser consideradas como válidas (vigentes).

Desrespeito ao **sinal vermelho** durante a **madrugada** (especialmente em grandes cidades, evitando assaltos).

(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.

Doutrina

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

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

Opinião **reiterada**, considerada correta pelos doutores (*communis opinio doctorum*).

- (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).

Doutrina É fonte???

Não consta do art. 4º da LINDB.

E o princípio da insignificância veio da onde? Doutrina do Ferrajoli e Zaffaroni...

É fonte, ao menos **mediata**.

Jurisprudência

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

Vulgarmente, chama-se de jurisprudência qualquer decisão judicial (mesmo que **isolada**) = **precedente**.

jurisprudência

Fonte **MATERIAL**:
impenhorabilidade do
salário ABSOLUTA no
CPC/1973 e RELATIVA no
CPC/2015 (artigo 833,
inciso IV e § 2º) - 50
salários-mínimos.

Juris é fonte???

Não consta do art. 4º da LINDB → apenas **revelaria** o direito existente.

E as Súmulas Vinculantes? E os Precedentes do NCPC? É fonte, ao menos **mediata**. Em tempos de pós-positivismo...

Jurisprudência OBRIGATÓRIA?

Nos países de *common law* os precedentes judiciais têm força de lei (*stare decisis*).

Nos países de *civil law*, como regra, há independência funcional de cada magistrado para **julgar conforme a lei** (fonte formal de maior importância).

Súmula vinculante (CF, art. 103-A)
Precedentes vinculantes (CPC, art. 927)
Decisões do STF, mesmo em controle **difuso** (ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ)

Jurisprudência OBRIGATÓRIA?

SVs que **NÃO** tratam de matéria constitucional (SV 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) + **matérias que NÃO** foram objeto de reiteradas **decisões** (SV nº 11 – algemas)

O CPC busca a **uniformização** da jurisprudência e de manutenção de sua **estabilidade, integridade e coerência** (art. 926).
MAS... sobrou alguma coisa para o juiz de primeiro grau julgar? Pena de processos suspensos...



Abstrativização do controle concreto

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. Ou seja: quando declara uma lei inconstitucional, mesmo em sede de controle difuso, a decisão já tem efeito vinculante e “erga omnes” e 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).

Jurisprudencia

EFEITOS:

- a) adequação da lei ao caso concreto;
- b) tornar viva a norma (vivificar);
- c) dar caráter pessoal à norma (humanizar);
- d) suplementar a lei, integrando-lhe as lacunas;
- e) modernizar (rejuvenescer) a norma, adequando velhas normas a novas realidades sociais (via interpretação).

Confusão entre o que faz precedente (é a **fundamentação**, NÃO o dispositivo) → o núcleo do precedente é o fundamento determinante (*ratio decidendi*) – NÃO pode ser interpretado de maneira dissociada de sua origem.

DISTINÇÃO (*distinguishing*) = comparação entre o caso em julgamento e o precedente firmado, demonstrando-se a distinção entre ambos.

Jurisprudência

A **teoria da imprevisão** 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.

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.

Silogismo:

P1: Norma **não** é o texto, mas o resultado da INTERPRETAÇÃO do texto.

P2: Os juízes são os principais intérpretes dos textos normativos.

C: Logo, os juízes “criam” o direito.

REALISMO JURÍDICO = Direito é o que os juízes e tribunais dizem que é.

“Os direitos e deveres são mais que profecias, predições do que acontecerá com quem praticar certos atos” (Oliver Wendell Holmes)

“Toda palavra que não tenha provisão de fundos no mercado dos fatos à vista está falida” (Felix Cohen)

Princípios Gerais do Direito

Proposições de caráter geral que englobam implicitamente um conjunto de normas. São tanto cânones que orientam a produção dos efeitos das normas quanto diretrizes para a integração de lacunas no ordenamento.

Um dos maiores exemplos atuais é o da boa-fé, princípio geral do qual se extraem muitos desdobramentos (normas).
Artigo 113 do Código Civil: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a **boa-fé** e os usos do lugar de sua celebração”.

Dura lex, sed lex = a lei é dura,
mas é a lei.

Iura novit curia = o juiz conhece
o direito.

*Naha 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 iudex ex officio = o juiz não
agirá de ofício (inércia da jurisdição). 

Redes Sociais:



Jean Vilbert

- *Ex-juiz TJSP*
- *Mestre em Direito*
- *Mestrando em Public Affairs*

Filosofia Jurídica

Obrigado!

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.