

Aula 00

*Formação Humanística, Princípios de
ética, Psicologia jurídica p/ PC-RR
(Delegado) 2021 - Pré-Edital*

Autor:
**Equipe Materiais Carreiras
Jurídicas, Jean Vilbert**

08 de Janeiro de 2021

TEORIA GERAL DO DIREITO E HERMENÊUTICA



SUMÁRIO

1	Teoria Geral do Direito	9
2	Conceitos fundamentais	12
2.1	Direito?	12
2.2	Significados	16
3	Ordenamento Jurídico	21
3.1	Lacunas	26
3.2	Antinomias.....	32
3.3	Fontes	37
4	Hermenêutica	61
4.1	História.....	62
4.2	Espécies de interpretação	63
4.3	Analogia	86
4.4	Equidade	88
5	Questões	91
5.1	Questões SEM comentários	91
5.2	Gabarito	100
5.3	Questões COM comentários	101
6	Resumo	116
7	Considerações Finais.....	118



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).

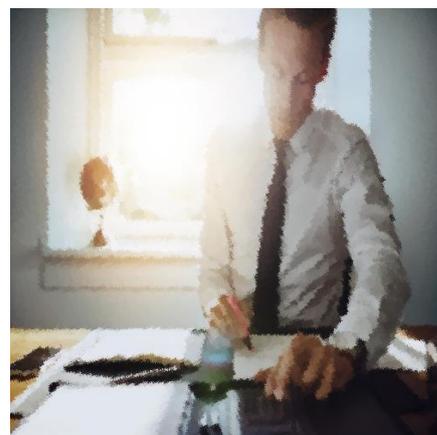
Aliás, imagino que após alcançar o cargo dos seus sonhos (público ou privado), você não pretenda se reduzir à mediocridade (ser mediano, fazer o “seu” e pronto). Podemos (e o Brasil precisa de) mais do que isso – temos a condição de ser agentes da transformação operada pelo direito. Mas para isso é preciso 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 espalhando 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 (sejam 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.

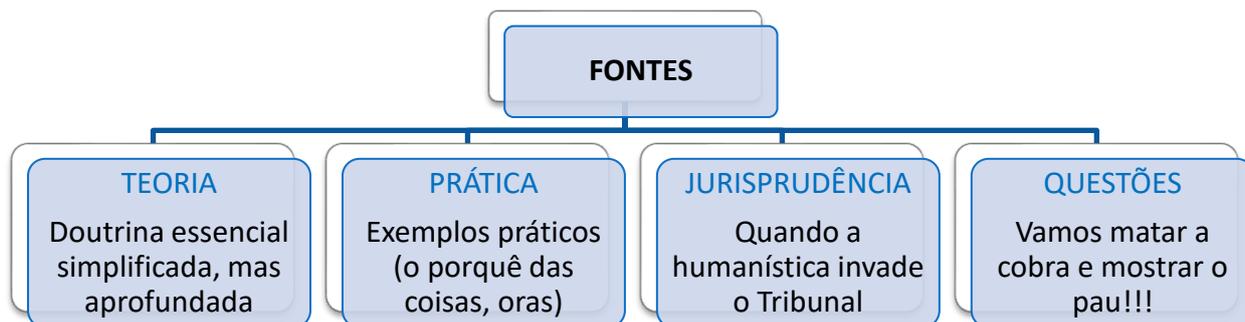
Então, esqueça que perderemos tempo procurando o sentido da vida (em Filosofia), compreender o homem (em Antropologia), criar uma nova teoria de sociedade (em Sociologia), mudar os rumos do Direito (em Teoria Geral) ou do Estado (em Ciência Política).

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.**

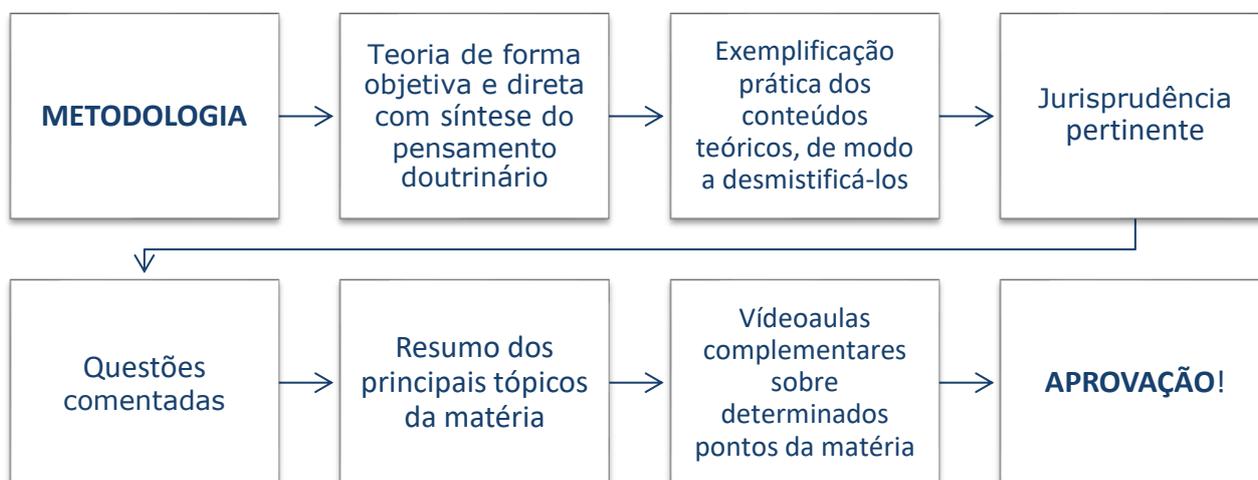


Com essa estrutura e proposta pretendemos conferir a tranquilidade de uma **preparação completa**. A propósito, este é o nosso curso regular (extensivo), apresentando a maior carga de conteúdos e de aprofundamento. Nosso objetivo aqui é ir ao universo e além 😊



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





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

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

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

E-mail: jeanvilbert@gmail.com

Twitter: https://twitter.com/jean_vilbert

YouTube: [Canal Jean Vilbert](#)



1 TEORIA GERAL DO DIREITO

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



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

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

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



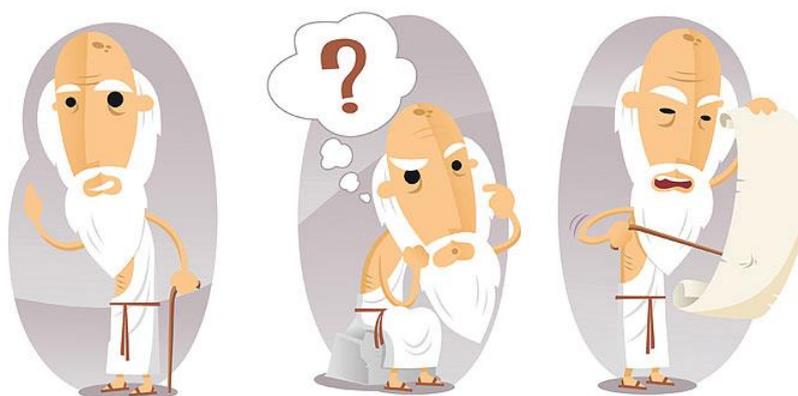
DOGMÁTICA

ZETÉTICA



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

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



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

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





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

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

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

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

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

¹ BASTIAT, Frédéric. *A lei*. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1991, p. 9.

² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 199.



Boa aula a todos!

2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS

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

2.1 DIREITO?

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

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

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

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

CURIOSIDADE



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 (subjctivos – faculdades).

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

Paulo Nader observa que “**nenhuma outra ciência possui questionamento de ordem conceptual tão profunda quanto do Direito**”³.

Os cétricos 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).

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





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).

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?



NOVIDADE!



“Nos Estados democráticos, o direito se apresenta como instrumento de justiça e visa a proporcionar o bem-estar dos indivíduos, a inserção social, o progresso coletivo. Nos Estados totalitários, constitui aparelho de dominação; meio de efetivação ou permanência da ideologia institucionalizada”⁴.



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

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

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

TOME
NOTA!



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.

⁴ NADER. Idem, p. 43.



2.2 SIGNIFICADOS

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 equivocada, isto é, com significados diferentes e NÃO relacionados (exemplo: manga de camisa e manga fruta). Já a palavra analógica é aquela que é plurívoca 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 comum⁵.

Assim sendo, conquanto se apresente corriqueiro que os homens arroguem possuir direitos, não é fácil elucidar, tecnicamente, o que sejam. Miguel Reale preleciona tratar-se da “possibilidade de ser, pretender ou fazer algo, de maneira garantida, nos limites atributivos das regras de direito”⁶. Já Pontes de Miranda entende que os direitos subjetivos

⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 145-149.

⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 259.



são a eficácia do fato jurídico, realizáveis após a incidência da regra jurídica que lhes precede e fundamenta⁷.

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 normas⁸.



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

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

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

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

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

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

Comentários

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

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte geral. t. 1. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 5.

⁸ Idem, p. 150-152.



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

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

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

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 substituiu 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 *pertencionalidade*, 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.

3 ORDENAMENTO JURÍDICO

A tecnologia do direito, como instrumento de resolução de conflitos, articula-se em torno da teoria do sistema⁹ ou do ordenamento jurídico, tomando-o como um **complexo unitário de fontes formais do direito, normativas (regras e princípios) e não normativas (definições e critérios classificatórios), que guardam relação entre si (estrutura com caráter lógico-formal)**, mediante a solução de conflitos internos (ex: hierarquia entre normas).

⁹ Sistema significa *nexo*, reunião de coisas ou conjunto de elementos: o sistema jurídico reúne (entrelaça) as fontes formais do direito.





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



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

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

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



CURIOSIDADE



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

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

TOME
NOTA!



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

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

O direito é uma tecnologia de decisões persuasivas.





(Ano: 2018 Banca: FCC Órgão: DPE-AM Prova: Defensor Público) Ao discorrer sobre a ciência do direito como uma “teoria da decisão”, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, na obra *A Ciência do Direito*, considerando uma visão alargada da decisão, que a compreende como “um processo dentro de outro processo, muito mais amplo que a estrita deliberação individual”, estabelece a seguinte correlação entre o “conflito” e a “decisão”:

- a) A decisão é condição de possibilidade do conflito e, a partir dele, ela não é transformada, mas eliminada.
- b) A decisão é condição de possibilidade do conflito e, a partir dele, ela não é eliminada, mas transformada.
- c) O conflito é condição de possibilidade da decisão e, a partir dela, ele não é eliminado, mas transformado.
- d) O conflito é condição de possibilidade da decisão e, a partir dela, ele não é transformado, mas eliminado.
- e) O conflito não é condição de possibilidade da decisão e, a partir dela, ele é eliminado, após ser transformado.

Comentário:

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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



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

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

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

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

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



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

3.1 LACUNAS

Como já referimos, o ordenamento jurídico é o *bam-bam-bam*, o “ó do borogodó”, o maioral... Mas e quando nele houver **lacuna** (um buraco não regulamentado por lei)? Afinal, “em nenhum lugar do mundo foram estabelecidas regras suficientes para regular todas as ações e palavras dos homens (o que é coisa impossível)”¹⁰.

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



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



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

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

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

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

b) Trata-se da textura aberta do direito, expressa por meio de regras gerais de conduta, que deve ganhar

¹⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Rideel, 2005, p. 126.



um sentido específico dado pela autoridade competente, à luz do caso concreto.

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

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

Comentários:

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

A alternativa correta é a **B**.

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

De toda forma, a maioria dos pensadores entende que é impossível alcançar a plenitude lógica, de modo que o sistema demanda a existência de elementos de **integração**¹¹ para evitar o *non liquet* (ausência de resposta).



INTEGRAÇÃO e INTERPRETAÇÃO não se confundem. Há pelo menos duas diferenças importantes: **(1)** A interpretação é sempre necessária; a integração só

¹¹ Integração é o fenômeno de criação do direito na busca de tornar o ordenamento completo (íntegro), suprimindo suas lacunas.



tem razão em caso de vazio normativo. **(2)** A interpretação atua dentro do campo normativo; a integração vai buscar resposta em outras fontes do direito justamente pela ausência de lei específica a reger a hipótese.

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

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

Há muitas outras, para o desespero dos estudantes 😞



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

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

Quanto à **vontade do legislador**: (a) **intencional**: o legislador relega a terceiro a solução concreta do caso (ex: o Código Civil fala em função social do contrato, artigo 421, sem especificar o que é, deixando tal solução ao julgador); (b) **não intencional**: o legislador não se atenta às várias relações possíveis e deixa de regular algumas (o Código Civil garante o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, no artigo 1.831, mas nada fala sobre o companheiro).

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



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



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

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

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

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

c) ontológica: há dissociação entre a previsão normativa e a realidade social. Aqui eu trago exemplos para ser odiado kkkk, especialmente pelas meninas. Exatamente por isso, inverterei os polos tradicionais do delito. Vejamos. Se uma menina de 18 anos tiver relação



sexual consensual com um menino de 13 anos e 11 meses (seu namorado há 1 ano), responderá por estupro de vulnerável, conforme artigo 217-A do Código Penal, com pena de até 15 anos de reclusão, justamente em um país que louva como mais alta expressão da cultura nacional o Carnaval na Sapucaí, com nudez explícita, e incentiva crianças a dançarem funk com letras e coreografias atentatórias ao pudor. A lei está associada à realidade? E a jurisprudência?

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

Outro exemplo clássico de **lacuna ontológica** (embora alguns cite como costume *contra legem*), também no campo dos crimes contra a dignidade sexual (sendo odiado²) é o crime de **casa de prostituição** (artigo 229 do Código Penal): “manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa”. São as famosas casas da tia, casas de prazeres, estabelecimentos tais quais os mantidos por Lord Baelish (personagem de GoT). Se preferir termos mais amenos: alcoices ou alcouces, lupanares, bordéis, prostíbulos.

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

Em forma de esquema:

LACUNAS

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





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

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

Comentários

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

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

“XX ajuizou a presente ação em face de XX, pretendendo alimentos por parte dos avós paternos, uma vez que seu pai estaria impedido de contribuir para o seu sustento. Devidamente citada, a parte ré respondeu à ação na forma de contestação, na qual sustentou ausência de capacidade financeira para arcar com a responsabilidade patrimonial pretendida. No decorrer do processo, um dos réus faleceu. É o relatório. O pedido é improcedente. A ré é pessoa idosa (tanto que seu esposo faleceu no curso do processo) e humilde, sobrevivendo com salário-mínimo – não tem condições de transferir metade de sua renda sem prejuízo do seu próprio sustento. A genitora (representante legal), por sua vez, é pessoa jovem e com totais condições de laborar. Ora, quem se dispõe a ter filhos precisa encontrar meios de sustentá-los (paternidade e maternidade



responsável), quer seja na ausência temporária do pai. É claro que em situações nas quais os avós gozem de condições financeiras confortáveis, podem e devem contribuir para o sustento dos netos (especialmente na ausência do filho). Mas esse não é o caso aqui: a ré mora em residência da CDHU e, já na velhice, tem direito (moral e humanitário) de investir seu modesto benefício previdenciário em proveito próprio, ainda que a norma jurídica possa buscar atingi-la. **Em outras palavras, a despeito de a lei prever a possibilidade dos alimentos avoengos, no caso concreto visualizo lacuna não autêntica, ideológica ou axiológica: a norma jurídica se apresenta inadequada à solução do caso concreto, ensejando a *defeseability* (derrotabilidade ou superabilidade), isto é, o afastamento episódico de regra constitucional e válida, mas que se mostra incompatível com o caso concreto (STJ, REsp 799.431/MG e STF, AgRg na Rcl 3.304/PR; ADI 2.240/DF).** Por fim, a situação de internação do genitor não remanesce, o qual deve, esse sim, prestar alimentos. Conforme a jurisprudência: “a exegese firmada no STJ acerca do art. 397 do Código Civil anterior é no sentido de que a responsabilidade dos avós pelo pagamento de pensão aos netos é subsidiária e complementar à dos pais, de sorte que somente respondem pelos alimentos na impossibilidade total ou parcial do pai” (STJ, REsp nº 576.152/ES, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, j. 08/06/2010). É a decisão”.

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

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

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

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

Facinho, não é?!

3.2 ANTINOMIAS



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



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



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

- a) das antinomias.
- b) da analogia.
- c) do espaço jurídico vazio.
- d) das lacunas.
- e) da incompletude.

Comentários

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

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



positivo.

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

A assertiva correta é a **A**.

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

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



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

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



“Quando há choque entre dois dispositivos de uma mesma lei, a antinomia não pode ser resolvida pelos critérios da hierarquia ou da sucessividade no tempo, porque esses critérios pressupõem a existência de duas leis diversas, uma hierarquicamente superior à outra, ou esta posterior à primeira. Nesse caso, que é o de mais difícil solução, o que é preciso verificar é se a antinomia entre os dois textos da mesma hierarquia e vigentes ao mesmo tempo é uma antinomia aparente, e, portanto, solúvel, ou se é uma antinomia real, e,



consequentemente, insolúvel. A **antinomia APARENTE** é aquela que permite a conciliação entre os dispositivos antinômicos, ainda que pelo que se denomina ‘interpretação corretiva’, ao passo que a **antinomia REAL** é aquela que, de forma alguma, permite essa conciliação, daí decorrendo a necessidade de se adotar a chamada ‘interpretação abrogante’, pela qual ou o intérprete elimina uma das normas contraditórias (ab-rogação simples) ou elimina as duas normas contrárias (ab-rogação dupla)” (STF, HC nº 68.793, Rel. Min. Moreira Alves, j. 10/03/1992).

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

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

Espiemos a prática: ao ingressar em vigência, o Código Civil de 2002, no artigo 1.831, estabeleceu que “ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação”. Nada falou sobre o *companheiro*, sendo que a união estável também é regulada no código (arts. 1.723 a 1.727). Acontece que o artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96 prevê que “dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação”. E aí, como fica? Claro que podemos realizar uma interpretação extensiva do artigo 1.831 do CC (a toda evidência, a lacuna é não intencional – legislador dorminhoco), mas o tema causou polêmica. Foi preciso manejar, especialmente no início, o critério da *especialidade* para assentar que a lei que regulava a união estável era especial em relação ao Código Civil (norma geral).



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



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

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



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

Hierarquia: critério mais forte

Especialidade: critério mediano ou intermediário

Cronológico: critério mais fraco



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

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



Comentários

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

O item está **correto**.

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

3.3 FONTES



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

É possível dividir as fontes em formais e materiais.

Fonte formal: forma pela qual o direito se manifesta; instrumento utilizado para regular as condutas em sociedade e para solucionar eventuais conflitos (leis, costumes, princípios gerais do direito).

Fonte material: fatores que interferem e condicionam a formação das normas (implicam o conteúdo das fontes formais); são as razões para que as fontes formais possuam determinado conteúdo (ex: razão política, ideológica, econômica, etc.).

Outra questão que podemos estudar é a classificação das fontes do direito (ahh pare! Jura que temos de estudar classificação? Novidade... 😊). Advirto que o que a doutrina clássica



afirma (e que repassarei) já não é mais tão consensual assim. De toda forma, pode cair em prova, então vamos lá.

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



Nos países de *common law* é possível afirmar que a jurisprudência é fonte direta do direito. A novidade agora é que mesmo em países como o Brasil (pretensamente de *civil law*), a jurisprudência vem alcançando tal status (ex: Súmulas Vinculantes sem pano de fundo normativo). Tomemos como exemplo a Súmula Vinculante nº 11, que passou a regulamentar o uso de algemas em 2008, sendo que somente em 2016 é que o Decreto nº 8.858 veio a lume (praticamente repetindo a redação do enunciado jurisprudencial).

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

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



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

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

3.3.1 LEI

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

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



O dicionário define a lei com a regra de direito ditada pela autoridade estatal e tornada obrigatória para manter, numa comunidade, a ordem e o desenvolvimento; a norma elaborada e votada pelo Poder Legislativo; a obrigação imposta pela consciência e pela

sociedade¹². Jean-Jaques Rousseau, baluarte da democracia moderna, entende que a lei é a matéria decidida conforme a vontade do povo¹³.

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

1ª) Amplíssima, em que o termo lei é empregado como sinônimo de norma jurídica, incluindo quaisquer normas escritas ou costumeiras. [...] toda norma geral de conduta que defina e disciplina as relações de fato incidentes no direito e cuja observância é imposta pelo poder do Estado [...]. 2ª) Ampla, [...] concebe que a lei é, etimologicamente, aquilo que se lê. [...] designa toda as normas jurídicas escritas, sejam leis propriamente ditas, decorrentes do Poder Legislativo, sejam os decretos, os regulamentos ou outras normais baixadas pelo Poder Executivo. [...]. 3ª) Estrita ou técnica, em que a palavra lei indica tão-somente a norma jurídica elaborada pelo Poder Legislativo, por meio de processo adequado¹⁴.

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 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).

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

¹² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário eletrônico Aurélio versão 5.0*. Curitiba: Positivo Informática, 2004. CD-ROM.

¹³ ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Do contrato social* [tradução de Pietro Nassetti]. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 45.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, 289-290.



religiosos o sacro, os estéticos o belo...

Escrito = a feitura da lei demanda um processo formal que finda na publicação do texto escrito.

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

Competente = não basta que a lei seja proveniente do Estado, devendo ser da autoridade estatal competente, o que enseja estrito respeito ao processo legislativo (regras de elaboração) – iniciativa para provocar e competência para aprovar a lei.

Geral = a lei é feita para reger casos em geral (não específicos) – essa ideia de generalidade volta-se à impessoalidade (a lei não é feita para uns ou outros, mas para todos incidentes na situação descrita no preceito primário).

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

Obrigatório = norma sem sanção é conselho (como diria Padre Quevedo: “isso *non existe*”). As normas são imperativas, obrigatórias em vista da sanção, que pode estar prevista na própria norma ou extraída do sistema.

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

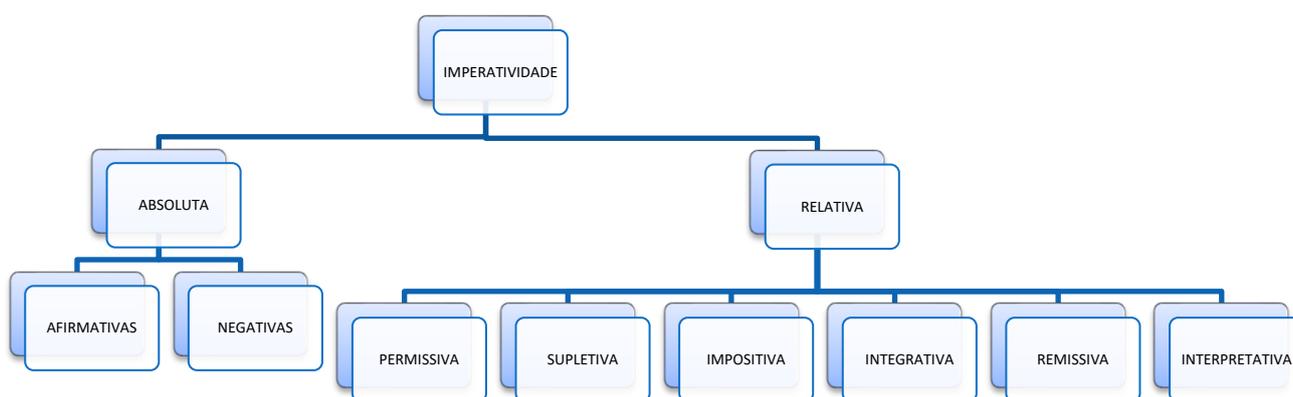
São de **imperatividade absoluta** (de ordem pública) as normas que não deixam margem à vontade individual. Como exemplo podemos citar os artigos 1.789 e 1.845 do Código Civil – goste ou não dos seus filhos, metade da sua herança (legítima) será dividida entre eles (salvo hipóteses muito excepcionais,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

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

Já em relação às normas de imperatividade **relativa** temos a seguinte subdivisão: (a) **permissiva**: autorizam uma ação ou abstenção (retomada dos bens doados em caso de pré-morte do donatário – CC, art. 547); (b) **supletiva**: suprem a ausência de manifestação das partes (no silêncio das partes, o lugar do pagamento é o domicílio do devedor – CC, art.



327); (c) *impositiva*: modalidade em que, no silêncio da parte, uma norma supletiva se torna impositiva (não ajustada data futura para pagamento, este passa a ser exigível desde logo – CC, art. 331); (d) *integrativa*: busca harmonizar o sistema jurídico estabelecendo categorias (é bem imóvel o solo e tudo o que a ele se incorporar – CC, art. 79); (e) *remissiva*: remetem ao conteúdo de outras normas (aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade – CC, art. 52); (f) *interpretativa*: visam esclarecer o conteúdo de outras normas (a expressão "casa" compreende: qualquer compartimento habitado; aposento ocupado de habitação coletiva; compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade – CP, art. 150, § 4º).



Pronto. Passamos essa parte mais enfadonha (nem doeu tanto assim, não é?) Agora, vamos relaxar. Você já ouviu alguém falando em “artigo tal do código *adjetivo*”? Sim? Sabe o motivo? Não? Bem, pela classificação das normas segundo a **natureza**, há normas *substantivas* (materiais), que declaram, 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 terreno 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 direito por seus termos – essa é minha recomendação, inclusive). Apenas gostaria de passar rapidamente pelos planos dos efeitos das normas: existência, validade, eficácia e efetividade.

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

EFICÁCIA DA LEI NO TEMPO



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



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

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



Ingresso da lei em vigência:

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

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

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

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

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

Um princípio importante é o da *continuidade* (art. 2º), segundo o qual as normas continuam a vigor 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 *represtinação* (retorno à vigência de lei revogada em caso de revogação da lei revogadora) não é adotada como regra, salvo expressa disposição em contrário (a terceira lei revogar a segunda e expressamente trazer a primeira de volta à vida). Contudo, o efeito repristinatório ocorre no controle concentrado de constitucionalidade (art. 27 da Lei nº 9.868/1999) – se a lei revogadora for considerada inconstitucional, torna-se desprovida de efeitos desde o nascedouro, fazendo retornar ao ordenamento a legislação revogada.



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

3.3.2 COSTUMES





Usos e costumes. Esse é o termo que normalmente aparece em lei (como veremos adiante). Quer falar bonito? Então fale em direito consuetudinário¹⁵. 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 rrsrs. 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,

¹⁵ 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!



como forma de integração da norma jurídica, considere:

- I. Continuidade.
- II. Uniformidade.
- III. Diuturnidade.
- IV. Moralidade.

Incluem-se dentre os seus requisitos os indicados em:

- a) I, II, III e IV.
- b) I, II e III, apenas.
- c) III e IV, apenas.
- d) I, II e IV, apenas.
- e) II e III, apenas.

Comentários

TUDO CORRETO. Para que seja considerado 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 ter 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).

CURIOSIDADE



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)¹⁶. 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

¹⁶ 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).



leis bem como da sua eficácia no tempo e no espaço, julgue o item a seguir.

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

Comentários

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

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

“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 inexistente crime na conduta de manter em funcionamento casa de prostituição localizada em zona de baixo meretrício e devidamente autorizada pelos órgãos competentes, com fiscalização ou sem oposição de restrições pelo Poder Público. A concessão de alvarás de localização e funcionamento a boates, motéis e outros estabelecimentos dessa natureza, com a cobrança de taxas e impostos, retira a justificativa racional e jurídica para a condenação de quem mantém esse tipo de estabelecimento” (TJES, ACr nº 64040005783, 14/01/2009).

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



(2015/FCC/TJSC/Juiz) Dêste modo, quando surge no seu logrador um animal alheio, cuja marca conhece, o restitui de pronto. No caso contrário, conserva o intruso, tratando-o como aos demais. Mas não o leva



à feira anual, nem o aplica em trabalho algum; deixa-o morrer de velho. Não lhe pertence. Se é uma vaca e dá cria, ferra a esta com o mesmo sinal desconhecido, que reproduz com perfeição admirável; e assim pratica com tôda a descendência daquela. De quatro em quatro bezerros, porém, separa um, para si. É a sua paga. Estabelece com o patrão desconhecido o mesmo convênio que tem com o outro. E cumpre estritamente, sem juízes e sem testemunhas, o estranho contrato, que ninguém escreveu ou sugeriu. Sucede muitas vêzes ser decifrada, afinal, uma marca sòmente depois de muitos anos, e o criador feliz receber, ao invés da peça única que lhe fugira e da qual se deslembrou, uma ponta de gado, todos os produtos dela. Parece fantasia êste fato, vulgar, entretanto, nos sertões. (Euclides da Cunha – Os sertões. 27. ed. Editora 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*.

CURIOSIDADE



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 as partes perderão (ainda que com razão em parte); ambos os advogados ganharão (em dobro): honorários contratuais + sucumbenciais. Isso é **BRAZIL-ZIL-ZIL**¹⁷.



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).

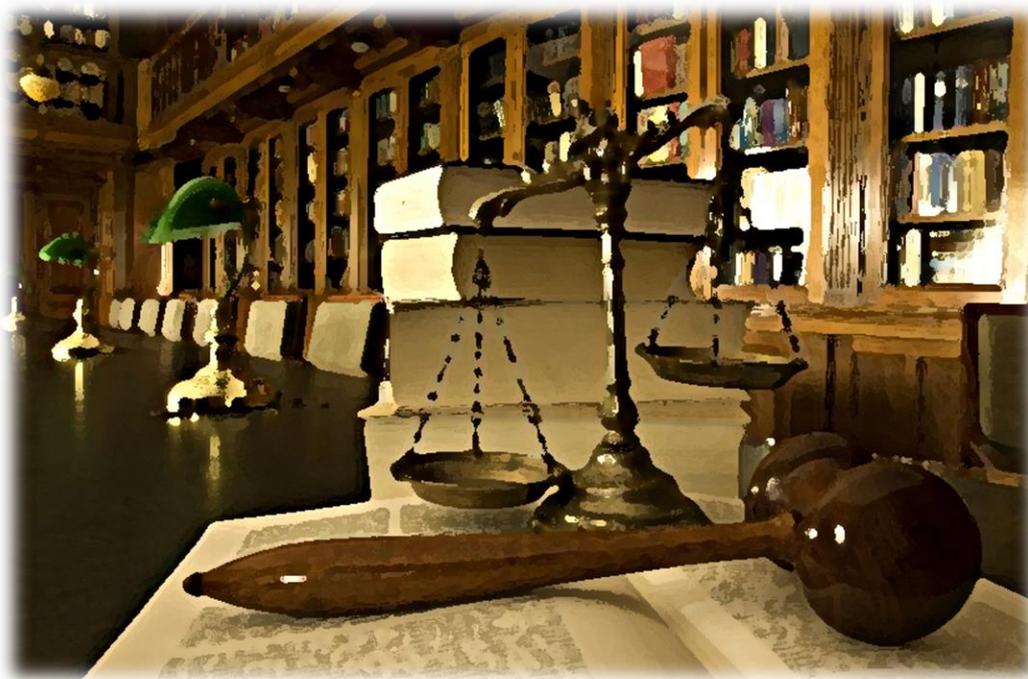
¹⁷ Charge de Denis Casarine, extraída de www.humortadela.com.br.



Duvido que você imaginava que os costumes eram tão importantes quanto realmente são!¹⁸ 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!

3.3.3 DOCTRINA

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



¹⁸ 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 LINDB¹⁹. 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).

¹⁹ “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.



3.3.4 JURISPRUDÊNCIA



Nas palavras do saudoso jurista tupiniquim Miguel Reale, jurisprudência é “forma de revelação do direito em que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”²⁰.

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* + *prudencia*, que remonta aos pronunciamentos do direito (do justo, do correto) pelos **prudentes** – juriconsultos leigos que atuaram no Império Romano e foram responsáveis por quebrar o monopólio (na interpretação das leis) até então detido pelos sacerdotes.



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

²⁰ Lições preliminares de direito. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 167.



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”²¹.

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.

²¹ 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 constitucionais²²).

SÚMULA VINCULANTE



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

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

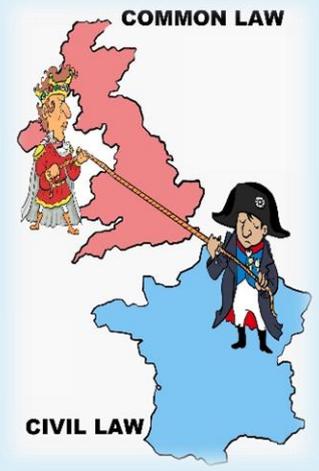
CF, art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá **efeito vinculante em relação aos demais órgãos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

²² 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 interpretação, passam a legitimar decisões que podem ser consideradas arbitrárias.



pública que acarrete 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.



The cartoon shows two maps. The top map is red and labeled 'COMMON LAW', with a king in a red robe holding a scepter. The bottom map is blue and labeled 'CIVIL LAW', with a judge in a black robe holding a gavel.

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 *binding 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”.





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

SUPERAÇÃO (*overruling*) = alteração expressa do precedente, com a revisão da tese jurídica firmada (superação é a fixação de um novo precedente).

Há TRÉPLICA.

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

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



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

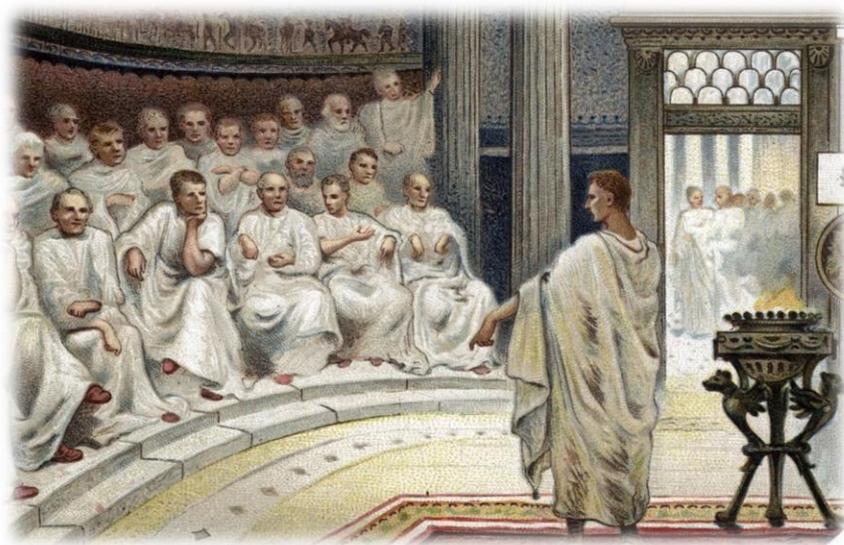
Desde longa data, o Ministro Gilmar Mendes vinha defendendo que as decisões do STF, mesmo proferidas em controle difuso, têm sempre efeito *erga omnes* (transcendente). Ou seja, as interpretações da Constituição pelo STF não valem apenas para as partes envolvidas no processo, devendo valer para todos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



Mais recentemente, essa tese acabou vencedora, de modo que, **nos casos em que o Plenário do STF decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em controle difuso, essa decisão terá os mesmos efeitos do controle concentrado, ou seja, eficácia *erga omnes* e **vinculante**** – o Tribunal apenas comunica ao Senado com o objetivo de que a referida Casa Legislativa dê publicidade daquilo que foi decidido. Houve, portanto, mutação constitucional do artigo 52, X, da CF (Plenário. ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgados em 29/11/2017 - Info 886).

3.3.5 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

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



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



transparência); (c) *limitadora, restritiva* ou *de controle* = impede o exercício (ou não exercício) de direitos de forma abusiva (ex: limitação de juros abusivos).



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

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

É comum que os princípios gerais do direito sejam manifestados em **brocardos jurídicos**, máximas quase sempre expressas em latim. Aqui vão alguns exemplos: *dura lex, sed lex* = a lei é dura, mas é a lei (positivismo?); *iura novit curia* = o juiz conhece o direito, então *da mihi factum, dabo tibi jus* = dá-me os fatos que te dou o direito; *pacta sunt servanda* = os pactos devem ser cumpridos (força obrigatória dos contratos); *ne procedat iudex 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 aporuguesado), **bispo de Worms**, no Sacro Império Romano-Germânico (Século XI), autor de uma compilação de vinte volumes de direito canônico chamada *Regulae Ecclesiasticae* (Regras Eclesiásticas), que incluíam diversas máximas e axiomas. Ele tem até uma estátua na Catedral de São Pedro, em Worms, na Alemanha.



4 HERMENÊUTICA

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.

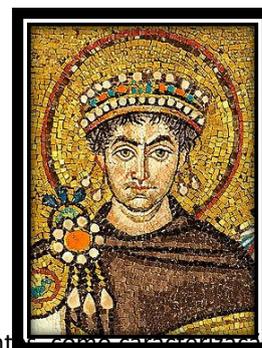
4.1 HISTÓRIA

O **desenvolvimento histórico da hermenêutica** é bastante interessante e nos ajuda a compreendê-la melhor. O seu nascedouro é marcado pela intrínseca ligação com a teologia, tanto que nos primórdios do Império Romano os únicos intérpretes eram os sacerdotes – cabia a eles desvendar os segredos das normas jurídicas. É só com o passar dos séculos que cai o monopólio sacerdotal e surgem os juristas leigos, conhecidos como prudentes (*juris prudentia* - sacou?). Também é por obra dos romanos (de cultura bem mais pragmática que a dos gregos) que o conceito de hermenêutica cede espaço ao de interpretação (*interpretatio*).



CUIDADO! Tecnicamente, *hermenêutica* e *exegese* (ou interpretação) não são sinônimos (embora se confundam em sentido amplo). Em sentido estrito, a hermenêutica opera no plano filosófico, teórico, formulando preceitos, ao passo que a exegese (interpretação) atua no plano empírico, cuidando da interpretação da lei para fins notadamente práticos – solução de casos concretos. A exegese determina o sentido aplicando as técnicas fixadas pela hermenêutica²³.

Avançando para o Século VI (época Clássica do direito romano), temos o célebre **Código de Justiniano** (*Corpus Juris Civilis*). O interessante aqui é que Justiniano proibiu textualmente, impondo enérgicas punições, qualquer interpretação de seu código (interpretar virou um negócio



²³ “Como a lógica jurídica transcendental a hermenêutica compreende desde o estudo das fontes daquilo que é juridicamente normativo na comunidade, até os problemas da aplicação da norma jurídica, passando pela interpretação e integração” (COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 177).



perigoso kkkk). Não foi o suficiente. A compilação justiniana logo recebeu diversos comentários que ganharam fama – e não poderia mesmo ser diferente: texto é pura linguagem, série de símbolos que precisam ser interpretados para terem algum sentido.

De toda sorte, a cultura da “não interpretação” se manteve (as penas cominadas por Justiniano talvez tenham amedrontado alguns intérpretes rrsrs), ao ponto em que mesmo no século XII a *escola dos glosadores* ainda interpretava o texto apenas com recurso às técnicas gramatical e lógica – limitavam-se a uma exegese analítica (desvendar sentidos era quase um ato de fé na lei), explicando os parágrafos do texto sem relacioná-los.

É só com a *escola dos comentadores* que a interpretação se liberta e, para dar solução aos casos concretos, passa a ser manejada a técnica sistemática, com base no conjunto das disposições do Código.

E aqui temos um *turning point* (viravolta).

A partir do século XIX, a positivação de normas jurídicas se fixou como uma rotina do Estado. A lei escrita permitiu: (a) a transformação do direito em instrumento de gestão social (especialmente de transformação); (b) a expansão dos conteúdos regulados pelo direito positivo (avançando sobre áreas outrora deixadas de fora do campo jurídico); (c) o aumento progressivo dos instrumentos normativos (leis, decretos, regulamentos, portarias...); (d) a maior dinamicidade da regulamentação jurídica (pela facilidade de alteração da norma escrita).

Você consegue perceber, car@ leitor@, que antes dessa alteração de rumos o direito positivo tinha um campo de atuação muito menor (o espaço abarcado pela moral, pelos costumes, pelas relações contratuais... era bem mais extenso)? Havia muito menos lei (numericamente falando) e seus preceitos tinham maior durabilidade temporal (as normas consagravam preceitos construídos ao longo do tempo, com menor necessidade de alteração). Hoje, temos uma verdadeira **babel legislativa**.

O reflexo imediato desse novo contexto foi a **necessidade de uma hermenêutica jurídica mais sofisticada**, capaz de: (a) oferecer respostas a situações fáticas não descritas na norma jurídica (oriundas de uma sociedade progressivamente plural e em constante transformação); (b) desnudar o real sentido e alcance de normas jurídicas cada vez mais complexas, que demandam franco esforço interpretativo; (c) resolver conflitos pela norma jurídica com o mínimo de perturbação social possível.

4.2 ESPÉCIES 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.

4.2.1 QUANTO AO AGENTE

A interpretação 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 pertencas 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)²⁴.



(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 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.

²⁴ Claro que, na prática, não é tão simples assim kkkk... é muito difícil, por exemplo, diferenciar pertença de benfeitoria.



A assertiva correta é a **A**.

Se você está pensando: a interpretação 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 interpretação 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.



4.2.2 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”²⁵.

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).



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.

²⁵ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. Coleção elementos de Direito. Ed. Cone, 1996, p. 213.





As técnicas de interpretação, 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 interpretação 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**)²⁶. 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 claris* (algo como: a norma clara não precisa de interpretação)? Pois bem. Isso não existe! Primeiro porque “clareza” é uma noção relativa (subjéctiva: depende de quem lê) e segundo porque o tempo altera sensivelmente 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” maneiram o conceito comum (vulgar) da palavra, que dentro do texto

²⁶ 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 rsrsrsrs).



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, § 3º, 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).



LEITURA OBRIGATÓRIA

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 (pequeniníssima 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.

CURIOSIDADE



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** (*factas 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 histórica 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 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 técnica 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. 5º).



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 interpretação 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 normas²⁷. 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*²⁸.

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

²⁷ 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).

²⁸ NADER. Idem, p. 19.



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, § 1º e 129, § 4º). Não dá mais nem para fazer duelo com armas de fogo...



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 <u>neutralizando</u> 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**.

4.2.3 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 interpretações *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 inimputabilidade²⁹? 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

²⁹ 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.



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 7º, inciso VI, da Lei nº 8.906/94 – EOAB).



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 nº 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 nº 0004336-23.2013.2.00.0000). Os advogados não se cansam 😊

ESCLARECENDO!



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 abrogante. 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 subjuaga 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.





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

4.3 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).

4.4 EQUIDADE

Equidade é a “disposição de reconhecer igualmente o direito de cada um”³⁰, 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 diferenciar 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”³¹

³⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário da Língua Portuguesa.

³¹ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1988, p, 71.



(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 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 proporcionalidade³².

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 hipótese³³.

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.

³² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*. São Paulo: Saraiva, p. 91.

³³ 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 arpejo do ordenamento jurídico. É **pretexto ao arbítrio**.

5 QUESTÕES

5.1 QUESTÕES SEM COMENTÁRIOS

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

São fontes do Direito:

- a) a ética, a moral, a religião, a lei e a analogia.
- b) a lei, a jurisprudência, a sanção, a coação e a coerção.
- c) a política, os costumes, os fatos, os atos normativos e administrativos.
- d) a lei, os costumes, a analogia, a doutrina e a jurisprudência.

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

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

- a) analogia
- b) costumes
- c) princípios gerais do direito
- d) fins sociais a que a lei se dirige



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

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

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

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

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

Q5. OAB XXV 2018

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

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

- a) O primeiro método consiste na integração operada por meio de recursos a ordenamentos diversos e a fontes diversas daquela que é dominante; o segundo método consiste na integração cumprida por meio do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos.
- b) A heterointegração consiste em preencher as lacunas recorrendo-se aos princípios gerais do Direito, uma vez que estes não estão necessariamente incutidos nas normas



do Direito positivo; já a autointegração consiste em solucionar as lacunas por meio das convicções pessoais do intérprete.

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

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

Q6. OAB XXII 2017

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

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

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

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

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

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

Q7. 2014 OAB XIV

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

De acordo com a fórmula de Radbruch,



- a) embora as leis injustas sejam válidas e devam ser obedecidas, as leis extremamente injustas perderão a validade e o próprio caráter de jurídicas, sendo, portanto, dispensada sua obediência.
- b) apenas a lei justa pode ser considerada jurídica, pois a lei injusta não será direito.
- c) o direito é o mínimo ético de uma sociedade, de forma que qualquer lei injusta não será direito.
- d) o direito natural é uma concepção superior ao positivismo jurídico; por isso, a justiça deve sempre prevalecer sobre a segurança.

Q8. 2016 OAB XX

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

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

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

- a) Trabalho incessante e uma luta sem tréguas nos quais participam o Poder Público e toda a população, isto é, qualquer pessoa que se veja na contingência de ter de afirmar seu direito.
- b) Uma luta permanente que é travada por parlamentares no âmbito da arena legislativa, que o fazem em nome da população a partir das eleições que configuram o processo democrático de legitimação popular.
- c) O resultado dinâmico da jurisprudência que cria e recria o direito a partir das demandas de cada caso concreto, adaptando a lei ao mundo real.
- d) O produto das relações industriais e comerciais que são livremente travadas por agentes econômicos, trabalhadores e empregadores e que definem, no contexto de uma luta concreta, o sentido próprio das leis.

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

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

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



Q10. 2014 OAB XIII

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

Assinale a alternativa que indica corretamente os auditórios.

- a) A opinião pública, o parlamento e as cortes superiores.
- b) As partes em litígio, os profissionais do direito e a opinião pública.
- c) As partes em litígio, o parlamento e as cortes superiores.
- d) As cortes superiores, os organismos internacionais e os profissionais do direito.



Q11. Ano: 2017 Banca: FUNECE Órgão: UECE Prova: Advogado

Atente ao seguinte dispositivo legal: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

(§1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)

O dispositivo em destaque remete ao critério de solução de antinomias jurídicas denominado

- a) critério cronológico.
- b) critério da especialidade.
- c) critério ontológico.
- d) critério hierárquico.

Q12. Ano: 2016 Banca: VUNESP Órgão: Câmara de Taquaritinga – SP Prova: Técnico Legislativo

Nos termos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com

- a) os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade.
- b) a equidade.
- c) os princípios normativos da Constituição
- d) a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.
- e) os critérios do livre convencimento motivado.

Q13. Ano: 2016 Banca: IADHED Órgão: Prefeitura de Araguari – MG Prova: Procurador Municipal

Sobre a aplicação das leis, marque a afirmativa correta:

- a) Quando determinado fato individual se enquadrar analogicamente no conceito concreto da norma, estará o aplicador realizando o que se convencionou chamar de subsunção do fato à norma;
- b) O magistrado deve se valer das fontes do Direito para, em caso de omissões legislativas, realizar a chamada interpretação normativa;
- c) A integração normativa é o processo intelectual onde se colmatam as lacunas – ontológicas e axiológicas – do ordenamento, realizando-se o direito no caso concreto.



d) Em razão do conceito jurídico de soberania estatal, a norma deve ser aplicada dentro dos limites territoriais do Estado que a editou, o que impede a ideia de extraterritorialidade.

Q14. Ano: 2016 Banca: CESPE Órgão: TJ-DFT Prova: Juiz

A respeito da hermenêutica e da aplicação do direito, assinale a opção correta.

a) Diante da existência de antinomia entre dois dispositivos de uma mesma lei, à solução do conflito é essencial a diferenciação entre antinomia real e antinomia aparente, porque reclamam do interprete solução distinta.

b) Os tradicionais critérios hierárquico, cronológico e da especialização são adequados à solução de confronto caracterizado como antinomia real, ainda que ocorra entre princípios jurídicos.

c) A técnica da subsunção é suficiente e adequada à hipótese que envolve a denominada eficácia horizontal de direitos fundamentais nas relações privadas.

d) Diante da existência de antinomia entre dois dispositivos de uma mesma lei, o conflito deve ser resolvido pelos critérios da hierarquia e(ou) da sucessividade no tempo.

e) A aplicação do princípio da especialidade, em conflito aparente de normas, afeta a validade ou a vigência da lei geral.

Q15. 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.

Q16. 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.

Q17. OAB XVIII 2015

Segundo o jusfilósofo alemão Karl Larenz, os textos jurídicos são problematizáveis porque estão redigidos em linguagem corrente ou em linguagem especializada, mas que, de todo modo, contêm expressões que apresentam uma margem de variabilidade de significação. Nesse sentido, assinale a opção que exprime o pensamento desse autor acerca da ideia de interpretação da lei.

- a) Deve-se aceitar que os textos jurídicos apenas carecem de interpretação quando surgem particularmente como obscuros, pouco claros ou contraditórios.
- b) Interpretar um texto significa alcançar o único sentido possível de uma norma conforme a intenção que a ela foi dada pelo legislador.
- c) Os textos jurídicos, em princípio, são suscetíveis e carecem de interpretação porque toda linguagem é passível de adequação a cada situação.
- d) A interpretação dada por uma autoridade judicial a uma lei é uma conclusão logicamente vinculante que, por isso mesmo, deve ser repetida sempre que a mesma lei for aplicada.

Q18. OAB X 2013

A hermenêutica aplicada ao direito formula diversos modos de interpretação das leis. A interpretação que leva em consideração principalmente os objetivos para os quais um diploma legal foi criado é chamada de

- a) interpretação restritiva, por levar em conta apenas os objetivos da lei, ignorando sua estrutura gramatical.
- b) interpretação extensiva, por aumentar o conteúdo de significado das sentenças com seus objetivos historicamente determinados.
- c) interpretação autêntica, pois apenas as finalidades da lei podem dar autenticidade à interpretação.
- d) interpretação teleológica, pois o sentido da lei deve ser considerado à luz de seus objetivos.

Q19. 2015 OAB XVII (adaptada)



Dois advogados, com grande experiência profissional e com a justa preocupação de se manterem atualizados, concluem que algumas ideias vêm influenciando mais profundamente a percepção dos operadores do direito a respeito da ordem jurídica. Um deles lembra que a Constituição brasileira vem funcionando como verdadeiro "filtro", de forma a influenciar todas as normas do ordenamento pátrio com os seus valores. O segundo, concordando, adiciona que o crescente reconhecimento da natureza normativo-jurídica dos princípios pelos tribunais, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, tem aproximado as concepções de direito e justiça (buscada no diálogo racional) e oferecido um papel de maior destaque aos magistrados.

As posições apresentadas pelos advogados mantêm relação com uma concepção teórico-jurídica que, no Brasil e em outros países, vem sendo denominada de

- a) pós-positivismo.
- b) positivismo-normativista.
- c) neopositivismo.
- d) jusnaturalismo.

Q20. Ano: 2017 Banca: PGR Órgão: PGR Prova: Procurador da República

Dentre os enunciados abaixo, estão CORRETOS:

I – A "jurisprudência dos interesses", de Philip Heck, é uma teoria de interpretação do direito que supera o positivismo, buscando a proteção dos interesses materiais subjacentes à norma.

II – De acordo com Kelsen, a norma jurídica constitui uma espécie de "moldura", onde convivem diversos conteúdos, de acordo com a diversidade das interpretações possíveis.

III – Para o realismo jurídico, a interpretação do direito é um ato de criação judicial, impregnado de conteúdo político.

IV – Para diversas correntes que sustentam a aproximação entre a interpretação constitucional e a argumentação moral, os direitos fundamentais passam a gozar de uma eficácia irradiante, que os transforma em vetores na interpretação do ordenamento infraconstitucional.

- a) todos estão corretos
- b) I, II e IV
- c) I, III e IV
- d) II, III e IV



5.2 GABARITO

GABARITO



Q1. D	Q11. A
Q2. D	Q12. D
Q3. A	Q13. C
Q4. CORRETA	Q14. A
Q5. A	Q15. E
Q6. A	Q16. B
Q7. A	Q17. C
Q8. A	Q18. D
Q9. B	Q19. A
Q10. B	Q20. D



5.3 QUESTÕES COM COMENTÁRIOS

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

São fontes do Direito:

- a) a ética, a moral, a religião, a lei e a analogia.
- b) a lei, a jurisprudência, a sanção, a coação e a coerção.
- c) a política, os costumes, os fatos, os atos normativos e administrativos.
- d) a lei, os costumes, a analogia, a doutrina e a jurisprudência.

Comentários

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

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

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

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

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

- a) analogia
- b) costumes
- c) princípios gerais do direito
- d) fins sociais a que a lei se dirige

Comentários

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



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

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

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

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

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

Comentários

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

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

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

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



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

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

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

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

Comentários

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

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

Q5. OAB XXV 2018

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

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

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

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

c) O primeiro método diz respeito à necessidade de utilização da jurisprudência como meio adequado de solucionar as lacunas sem gerar controvérsias; por outro lado, o



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

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

Comentários

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

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

Q6. OAB XXII 2017

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

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

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



Comentários

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

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

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

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

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

Q7. 2014 OAB XIV

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

De acordo com a fórmula de Radbruch,

- a) embora as leis injustas sejam válidas e devam ser obedecidas, as leis extremamente injustas perderão a validade e o próprio caráter de jurídicas, sendo, portanto, dispensada sua obediência.
- b) apenas a lei justa pode ser considerada jurídica, pois a lei injusta não será direito.
- c) o direito é o mínimo ético de uma sociedade, de forma que qualquer lei injusta não será direito.
- d) o direito natural é uma concepção superior ao positivismo jurídico; por isso, a justiça deve sempre prevalecer sobre a segurança.

Comentários

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



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

Q8. 2016 OAB XX

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

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

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

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

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

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

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

Comentários

Questão requeitada. Houve cobrança praticamente idêntica no concurso anterior.

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

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

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

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

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

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

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



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

Comentários

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

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

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

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

Condito: passado passivo = foi construído no passado.

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

Condendo: futuro passivo = deve ser construído.

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

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

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

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

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

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

Q10. 2014 OAB XIII

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



Assinale a alternativa que indica corretamente os auditórios.

- a) A opinião pública, o parlamento e as cortes superiores.
- b) As partes em litígio, os profissionais do direito e a opinião pública.
- c) As partes em litígio, o parlamento e as cortes superiores.
- d) As cortes superiores, os organismos internacionais e os profissionais do direito.

Comentários

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

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

Q11. Ano: 2017 Banca: FUNECE Órgão: UECE Prova: Advogado

Atente ao seguinte dispositivo legal: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” (§1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

O dispositivo em destaque remete ao critério de solução de antinomias jurídicas denominado

- a) critério cronológico.
- b) critério da especialidade.
- c) critério ontológico.
- d) critério hierárquico.

Comentários

A referência legal é ao critério **cronológico** (normas no tempo). De toda forma, a norma posterior geral **NÃO** revoga a anterior especial, muito menos a norma anterior hierarquicamente superior. Somente a lei geral posterior revoga a lei geral anterior; a lei especial posterior revoga a lei especial anterior; e a lei especial posterior revoga a lei geral anterior. O critério ontológico (C) é a verificação da eficácia social da norma e NADA tem a ver com o caso aqui.

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



Q12. Ano: 2016 Banca: VUNESP Órgão: Câmara de Taquaritinga – SP Prova: Técnico Legislativo

Nos termos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com

- a) os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade.
- b) a equidade.
- c) os princípios normativos da Constituição
- d) a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.
- e) os critérios do livre convencimento motivado.

Comentários

Veja como as questões se repetem (Q2). Questão letra de lei aqui. Conforme artigo 4º da LINDB: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” (LINDB, art. 4º).

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

Q13. Ano: 2016 Banca: IADHED Órgão: Prefeitura de Araguari – MG Prova: Procurador Municipal

Sobre a aplicação das leis, marque a afirmativa correta:

- a) Quando determinado fato individual se enquadrar analogicamente no conceito concreto da norma, estará o aplicador realizando o que se convencionou chamar de subsunção do fato à norma;
- b) O magistrado deve se valer das fontes do Direito para, em caso de omissões legislativas, realizar a chamada interpretação normativa;
- c) A integração normativa é o processo intelectual onde se colmatam as lacunas – ontológicas e axiológicas – do ordenamento, realizando-se o direito no caso concreto.
- d) Em razão do conceito jurídico de soberania estatal, a norma deve ser aplicada dentro dos limites territoriais do Estado que a editou, o que impede a ideia de extraterritorialidade.

Comentários

Assertiva A = “quando determinado fato individual se enquadrar analogicamente no conceito concreto da norma, estará o aplicador realizando o que se convencionou chamar de **subsunção** do fato à norma” Chamamos de INTEGRAÇÃO. A subsunção é o enquadramento dos fatos na norma de maneira direta ou por norma de extensão (artigo 14 do Código Penal = tentativa), NÃO de maneira **analógica**.



Assertiva B = novamente, trata-se da INTEGRAÇÃO. “O magistrado deve se valer das fontes do Direito para, em caso de omissões legislativas, realizar a chamada **interpretação normativa**”.

Assertiva D = não é nossa matéria, mas tanto o Código Penal (nele próprio, de forma mitigada) quanto o Código Civil (pela LINDB, de forma condicionada) permitem a extraterritorialidade.

Assertiva C = no caso de falta de norma jurídica satisfatória ou justa, isto é, adequada à solução dos casos concretos (lacuna ideológica, ontológica ou axiológica), far-se-á integração normativa, colmatando (preenchendo) a lacuna normativa.

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

Q14. Ano: 2016 Banca: CESPE Órgão: TJ-DFT Prova: Juiz

A respeito da hermenêutica e da aplicação do direito, assinale a opção correta.

- a) Diante da existência de antinomia entre dois dispositivos de uma mesma lei, à solução do conflito é essencial a diferenciação entre antinomia real e antinomia aparente, porque reclamam do interprete solução distinta.
- b) Os tradicionais critérios hierárquico, cronológico e da especialização são adequados à solução de confronto caracterizado como antinomia real, ainda que ocorra entre princípios jurídicos.
- c) A técnica da subsunção é suficiente e adequada à hipótese que envolve a denominada eficácia horizontal de direitos fundamentais nas relações privadas.
- d) Diante da existência de antinomia entre dois dispositivos de uma mesma lei, o conflito deve ser resolvido pelos critérios da hierarquia e(ou) da sucessividade no tempo.
- e) A aplicação do princípio da especialidade, em conflito aparente de normas, afeta a validade ou a vigência da lei geral.

Comentários

Assertiva B = a antinomia real é justamente aquela que não pode ser solucionada pelos critérios clássicos de resolução (das antinomias aparentes).

Assertiva C = a técnica da subsunção é o enquadramento do fato em uma hipótese normativa clara e suficiente (ex: entrou da casa do vizinho e fugiu com o celular – subtração de coisa alheia móvel – furto – art. 155 do CP). A eficácia horizontal de direitos fundamentais, definitivamente, não é realizada mediante mera subsunção, ao contrário, trata-se de verdadeira acrobacia interpretativa.

Assertiva D = sendo os dispositivos de uma mesma lei, por óbvio, não haverá diversidade de hierarquia e/ou sucessividade no tempo. O caso é de interpretação corretiva ou ab-rogante.



Assertiva E = nada! As leis permanecerão válidas e vigentes; apenas a lei especial rege com prevalência a matéria a que se destina.

Assertiva A = as antinomias aparentes são as passíveis de resolução mediante os critérios de hierarquia, especialidade e cronologia. As antinomias reais são aqueles em que tais critérios não são suficientes à solução do conflito, sendo necessário o manejo de métodos mais “drásticos”, como a interpretação corretiva ou mesmo ab-rogante.

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

Q15. 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. Coloquei 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.

Q16. 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.

Q17. OAB XVIII 2015

Segundo o jusfilósofo alemão Karl Larenz, os textos jurídicos são problematizáveis porque estão redigidos em linguagem corrente ou em linguagem especializada, mas que, de todo modo, contêm expressões que apresentam uma margem de variabilidade de significação. Nesse sentido, assinale a opção que exprime o pensamento desse autor acerca da ideia de interpretação da lei.

- a) Deve-se aceitar que os textos jurídicos apenas carecem de interpretação quando surgem particularmente como obscuros, pouco claros ou contraditórios.
- b) Interpretar um texto significa alcançar o único sentido possível de uma norma conforme a intenção que a ela foi dada pelo legislador.
- c) Os textos jurídicos, em princípio, são suscetíveis e carecem de interpretação porque toda linguagem é passível de adequação a cada situação.
- d) A interpretação dada por uma autoridade judicial a uma lei é uma conclusão logicamente vinculante que, por isso mesmo, deve ser repetida sempre que a mesma lei for aplicada.

Comentários

Assertiva A = o trecho “os textos jurídicos apenas carecem de interpretação quando surgem particularmente como obscuros” só poderia ser dado como correto se admitíssemos a



máxima *interpretativo cessat in claris*, o que não fizemos: TODO texto precisa de interpretação.

Assertiva B = não há como se falar em “única solução possível”, pois sempre há uma multiplicidade de significados e interpretações possíveis, ainda mais com “a intenção que a ela foi dada pelo legislador”, pois estaríamos privilegiando a vontade do legislador (teoria subjetiva), quando o que prevalece é a vontade da lei (teoria objetiva).

Assertiva D = como regra, a interpretação jurisprudencial **NÃO é vinculante**, com as exceções das súmulas vinculantes e mais recentemente do complexo de precedentes vinculantes estabelecido pelo Código de Processo Civil.

Assertiva C = exato! A passagem do tempo altera sensivelmente os institutos e, por conseguinte, a interpretação que se deve dar a eles (técnicas histórico-evolutiva e sociológica).

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

Q18. OAB X 2013

A hermenêutica aplicada ao direito formula diversos modos de interpretação das leis. A interpretação que leva em consideração principalmente os objetivos para os quais um diploma legal foi criado é chamada de

- a) interpretação restritiva, por levar em conta apenas os objetivos da lei, ignorando sua estrutura gramatical.
- b) interpretação extensiva, por aumentar o conteúdo de significado das sentenças com seus objetivos historicamente determinados.
- c) interpretação autêntica, pois apenas as finalidades da lei podem dar autenticidade à interpretação.
- d) interpretação teleológica, pois o sentido da lei deve ser considerado à luz de seus objetivos.

Comentários

Assertiva A = interpretação restritiva é aquela na qual os termos expressos da lei englobam casos para além do que se previu (erro na linguagem), de modo que é necessário limitar o alcance da lei.

Assertiva B = a interpretação extensiva é realizada quando o legislador foi tímido: utilizou termos que abarcam menos do que se gostaria, de maneira que o alcance normativo é estendido às situações implicitamente previstas na lei.

Assertiva C = interpretação autêntica é a realizada pelo próprio legislador, por meio de uma norma interpretativa, isto é, que explicita o sentido e o alcance de outra norma.

Assertiva D = teleológica deriva de *telos* (finalidade). E como o direito é meio para um fim (justiça), as normas possuem, todas, finalidade social (buscam regular situações sociais de



modo a garantir a justiça). Assim, sem dúvidas “o sentido da lei deve ser considerado à luz de seus objetivos”.

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

Q19. 2015 OAB XVII (adaptada)

Dois advogados, com grande experiência profissional e com a justa preocupação de se manterem atualizados, concluem que algumas ideias vêm influenciando mais profundamente a percepção dos operadores do direito a respeito da ordem jurídica. Um deles lembra que a Constituição brasileira vem funcionando como verdadeiro “filtro”, de forma a influenciar todas as normas do ordenamento pátrio com os seus valores. O segundo, concordando, adiciona que o crescente reconhecimento da natureza normativo-jurídica dos princípios pelos tribunais, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, tem aproximado as concepções de direito e justiça (buscada no diálogo racional) e oferecido um papel de maior destaque aos magistrados.

As posições apresentadas pelos advogados mantêm relação com uma concepção teórico-jurídica que, no Brasil e em outros países, vem sendo denominada de

- a) pós-positivismo.
- b) positivismo-normativista.
- c) neopositivismo.
- d) jusnaturalismo.

Comentários

Assertiva B = o positivismo-normativista liga-se à **teoria kelseniana**, ou seja, a uma postura científica dogmática focada exclusivamente na observação da legalidade (direito = lei posta pela autoridade legítima), sem qualquer análise ético-moral do conteúdo das normas.

Assertiva C = o neopositivismo foi um movimento desenvolvido por membros do círculo de Viena na base do pensamento empírico tradicional e no desenvolvimento da lógica moderna. Assim, **centra-se na análise da linguagem do direito, buscando esclarecer a estrutura lógica da argumentação jurídica**.

Assertiva D = o **jusnaturalismo** defende que o direito é produto da razão humana e, por isso, precedente ao Estado. O enunciado efetivamente relata um retorno à ideia de que existem direitos inatos ao homem e de que deve haver uma análise da norma sob o aspecto moral, mas de maneira esmaecida (um pé lá, outro cá). Em suma, o que está no enunciado é o retorno aos preceitos éticos, sem se esquecer da cientificidade dogmática.

Assertiva A = o pós-positivismo tem como teses centrais: (a) a normatividade dos princípios; (b) a centralidade da argumentação jurídica; e (c) a ligação necessária entre direito e moral. Seus maiores expoentes são Robert Alexy e Ronald Dworkin. É considerado uma terceira via



entre o jusnaturalismo (que defende a existência de um direito natural) e o juspositivismo (império da lei positiva): não nega os avanços do passado, buscando conciliar as concepções.

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

Q20. Ano: 2017 Banca: PGR Órgão: PGR Prova: Procurador da República

Dentre os enunciados abaixo, estão CORRETOS:

I – A “jurisprudência dos interesses”, de Philip Heck, é uma teoria de interpretação do direito que supera o positivismo, buscando a proteção dos interesses materiais subjacentes à norma.

II – De acordo com Kelsen, a norma jurídica constitui uma espécie de “moldura”, onde convivem diversos conteúdos, de acordo com a diversidade das interpretações possíveis.

III – Para o realismo jurídico, a interpretação do direito é um ato de criação judicial, impregnado de conteúdo político.

IV – Para diversas correntes que sustentam a aproximação entre a interpretação constitucional e a argumentação moral, os direitos fundamentais passam a gozar de uma eficácia irradiante, que os transforma em vetores na interpretação do ordenamento infraconstitucional.

- a) todos estão corretos
- b) I, II e IV
- c) I, III e IV
- d) II, III e IV

Comentários

Assertiva I = a Escola da **Jurisprudência de Interesses** surgiu na Alemanha, tendo como grande defensor **Philipp Heck**. A ideia central da escola é que a hermenêutica deve se pautar pela investigação dos interesses, e não pelo raciocínio lógico-dedutivo. Nas palavras de Heck, “ao editar uma lei, o legislador colima proteger os interesses de um determinado grupo social. As normas jurídicas constituem assim juízos de valor a respeito desses interesses. O Juiz, quando profere sentença, deve, ante o caso concreto, descobrir o interesse que o legislador quis proteger, isto é, que interesse dos grupos sociais antagônicos deve prevalecer, ou mesmo, se esses interesses devem ser sobrepostos pelos da comunidade como um todo”. Logo: (1) o Juiz está **obrigado a obedecer ao direito positivo**: a valoração dos interesses feita pelo legislador deve prevalecer sobre a do juiz; (2) como as leis apresentam-se incompletas, inadequadas e até contraditórias quando confrontadas com a riquíssima variedade de problemas que os fatos sociais suscitam no decorrer do tempo, a função do juiz não se limita a subsumir os fatos às normas, competindo-lhe



também construir novas regras para as situações que a lei não regulou e, ainda, corrigir as normas deficientes; (3) cabe ao juiz proteger a totalidade dos interesses que o legislador considerou digna proteção, em grau de hierarquia segundo estimativa do legislador.

Evidente ser INCORRETO afirmar que “supera o positivismo, buscando a proteção dos interesses materiais subjacentes à norma”.

Assertiva II = não há interpretação única para a norma. O que a norma faz é balizar possíveis interpretações – colocar uma moldura (limites) dentro da qual os conteúdos das interpretações possíveis permanecerão.

Assertiva III = para os realistas, a ideia de que as normas jurídicas têm um sentido objetivo, que pode ser percebido pelos juristas, não passa de um dogma do idealismo normativista. Assim, efetivamente, “para o realismo jurídico, a interpretação do direito é um ato de criação judicial, impregnado de conteúdo político” – direito é aquilo que os juízes dizem que é (o que vale é a decisão judicial).

Assertiva IV = com o advento do pós-positivismo, os princípios passaram a se apresentar como verdadeiros conformadores do comportamento público e privado, inclusive na interpretação do ordenamento (hoje são vetores da hermenêutica). Daí ser correto se falar em “eficácia irradiante”.

Estão corretas as assertivas II, III e IV.

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

6 RESUMO



RESUMINDO

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

--

CONCEITOS INICIAIS

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



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

CONCEITOS FUNDAMENTAIS

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

○ CONCEITO: é o conjunto de normas (regras e princípios) com as seguintes características: (a) instituídas ou reconhecidas por um ente soberano; (b) aplicável a todos; (c) que possuem pretensão de justiça; (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.

ORDENAMENTO JURÍDICO

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

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

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

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

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

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

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



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

HERMENÊUTICA

○ **CONCEITO:** 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.

○ **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).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS



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

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

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

Jean Vilbert

 jeanvilbert@gmail.com



ESSA LEI TODO MUNDO CONHECE: PIRATARIA É CRIME.

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



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



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



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



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



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



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



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



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



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