

## 1. INTRODUÇÃO

---

- Segundo Kelsen, estudar o direito é estudar a norma jurídica posta.
- O positivismo jurídico é uma dogmática jurídica
- Os dogmas do positivismo são:
- A Unidade: O direito funciona como um sistema organizado. O direito é, portanto, um sistema, suas normas tem um elemento em comum, a norma fundamental.
- Coerência: As normas jurídicas não podem ser incoerentes entre si. As antinomias devem ser excluídas do ordenamento.
- Completude: O direito é completo, regula todas as situações, todas as condutas humanas.

## 2. DA NORMA JURÍDICA AO ORDENAMENTO JURÍDICO

---

### 2.1. Novidade do Problema do Ordenamento.

- Tradicionalmente estudava-se a norma isolada para entender e definir o direito.
- O direito funciona por silogia, isto é, Premissa Maior + Premissa Menor = Conclusão (Ex. Matar alguém + caso específico = sanção)
- Tradicionalmente estudou-se, então, a norma específica para entender o direito, mas isso só é possível estudando o ordenamento como um todo.
- Há uma teoria que antecede o Kelsen que é uma visão do direito como um sistema, a teoria da instituição.
- Segundo a teoria da instituição, os critérios de classificação dependem de quem faz a classificação. Nesta teoria, o autor propõe uma outra classificação para o direito separando-se o sistema por grupos de instituições.
- O problema dessa teoria foi a pretensão do autor de suplantar as teorias anteriores.
- Kelsen faz uma distinção para explicar a norma isolada:
- A) o universo real é o universo do ser.
- B) o universo do direito é o universo do dever ser.
- Há momentos em que esses universos se encontram.
- As normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre de um contexto de normas com relações particulares entre si. (19)
- Esse contexto de normas costuma ser chamado de "ordenamento". (19)
- Os problemas gerais do direito foram tradicionalmente mais estudados do ponto de vista da norma jurídica, considerada como um todo que se basta a si mesmo, que do ponto de vista da norma jurídica considerada como parte de um todo vasto que a compreende. (20)
- O ordenamento jurídico era no máximo um conjunto de normas, mas não um objeto autônomo de estudo, com seus problemas particulares e diversos. (20)
- O direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas ela está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo" (21)

### 2.2. Ordenamento Jurídico e Definição de Direito.

- Houveram varias tentativas fracassadas de entender o direito a partir da norma isolada.
- Se estudarmos a norma isolada não é possível entender o direito.
- Não foi possível dar uma definição de direito do ponto de vista da norma jurídica, considerada isoladamente, mas tivemos que alargar nosso horizonte para a consideração do modo pelo qual uma determinada norma se torna eficaz a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que deva exercê-las e a sua execução. (22)
- Há quatro critérios para separar a norma jurídica da norma moral.
- Critério Formal - Aspecto Estrutural:
  1. As normas são permissivas (positivas) ou proibitivas (negativas)

2. As normas são gerais (abstratas) ou individuais (concretas). Normas individuais são, por exemplo, sentenças, contratos, etc.
  3. As normas são categóricas (se ocorre A, ocorrerá a regra B) ou hipotéticas (se ocorre A deverá ocorrer a regra B). As normas categóricas são revogadas uma vez que não ocorrer o resultado, o mesmo não ocorre com as hipotéticas. Essas normas são regidas por princípios diferentes.
  4. Deste modo, não é possível diferenciar o direito da moral por este critério.
- Critério Material - Aspecto do Conteúdo:
    1. No que diz respeito ao conteúdo das normas, não se pode diferenciar o direito da moral por este critério, pois ambos regulam as condutas humanas
  - Critério do sujeito que põe a norma:
    1. Diz quanto a quem tem competência para criar a norma.
    2. Essa teoria considera jurídicas as normas postas pelo poder soberano.
    3. Para criar a norma é necessário que o sujeito tenha seu poder delegado pelo soberano.
    4. Se é verdade que um ordenamento jurídico é definido através da soberania, é também verdade que a soberania em uma determinada sociedade se define através do ordenamento jurídico (25)
    5. Portanto, enquanto esse critério parece ser suficiente para caracterizar as normas jurídicas, ele se refere à soberania, que só pode ser definida através de um ordenamento.
    6. Dizer que a norma jurídica é a emanada do poder soberano equivale a dizer que a norma jurídica é aquela que faz parte de um determinado ordenamento. (26)
  - Critério do sujeito ao qual a norma é destinada:
    1. Essa teoria se divide em duas vertentes.
    2. Considerando-se o súdito como destinatário da norma, dizendo-se jurídica a norma seguida da crença na sua obrigatoriedade. Este critério se mostra inconcludente.
    3. > O sentimento da obrigatoriedade é em última instância o sentimento de que aquela norma faz parte de um organismo mais complexo e que da pertinência a esse organismo é que vem seu caráter específico.
    4. Considerando-se o juiz como destinatário da norma, mas nesse caso, para especificar-se o poder atribuído ao juiz precisamos, mais uma vez, recorrer ao ordenamento jurídico.

### **2.3. A nossa Definição de Direito.**

- Para que haja direito é necessário que haja, grande ou pequena, uma organização, isto é, um completo sistema normativo. (27)
- Definir o direito através da noção de sanção organizada significa procurar o caráter distintivo do direito não em um elemento da norma, mas em um complexo orgânico de normas (27)
- A sanção do direito é externa, ou seja, é aplicada a outra pessoa, o arrependimento é irrelevante.
- Ela também é institucionalizada, pois é aplicada por alguém que possui competência para tal.
- Pelos dois motivos supracitados a sanção produz consequências jurídicas.
- VALIDADE DA NORMA: A validade da norma se verifica por dois elementos de validade:
  1. VIGÊNCIA: elemento formal, precisa ser previsto por uma norma.
  2. EFICÁCIA: elemento material, verificação de que a norma produz efeitos jurídicos no mundo real, isso é verificado ou porque o tribunal aplica a norma, ou porque os cidadãos a obedecem.
- Para existir a norma precisa ser vigente e válida.
- Só em uma teoria do ordenamento o fenômeno jurídico encontra sua adequada explicação. (28)
- Há três problemas que só podem ser solucionados no ordenamento como um todo:

1. As normas sem sanção: Embora nem todas as normas possuam sanção especificada isoladamente, dentro do ordenamento podemos encontrar uma sanção para a grande maioria das leis. "Dizer que a sanção organiza e distingue o ordenamento jurídico de qualquer outro tipo de ordenamento não implica que todas as normas daquele sistema sejam sancionadas, mas somente que o são em sua maioria" (29).
2. O problema da eficácia: Nem todas as normas do ordenamento são vigentes e eficazes, mas a falta de eficácia não desqualifica o direito. "O problema da validade e da eficácia, que gera dificuldades insuperáveis desde que se considere uma norma do sistema (a qual pode ser válida sem ser eficaz), diminui se nos referirmos ao ordenamento jurídico, no qual a eficácia é o próprio fundamento de validade". (29)
3. O costume como fonte de direito: O costume passa a ser jurídico quando é reconhecido pelo juiz e passa a fazer parte do ordenamento. "Uma norma consuetudinária torna-se jurídica quando vem a fazer parte do ordenamento jurídico (...) Enquanto, pela teoria tradicional, um ordenamento se compõe de normas jurídicas, na nova perspectiva normas jurídicas são aquelas que venham a fazer parte do ordenamento jurídico." (30)

#### **2.4. Pluralidade de Normas.**

- O ordenamento é sempre um conjunto de normas e não pode ser composto por uma norma só.
- Há três modalidades de norma: do obrigatório, do proibido e do permitido.
- Um ordenamento de uma única norma somente poderia ser:
  1. Tudo é Permitido – que seria a negação de qualquer ordenamento.
  2. Tudo é Proibido – que seria a negação da própria vida.
  3. Tudo é Obrigatório – que também torna impossível a própria vida.
- Toda norma tem embutido dentro de si o oposto por exclusão.
- Mesmo o ordenamento mais simples, o que consiste numa só prescrição de uma ação particular, é composto de pelo menos duas normas. (33)
- Norma geral exclusiva diz que tudo o que não é proibido é permitido. Ela prova que o ordenamento jurídico é completo e regula todas as condutas humanas por exclusão.
- NORMAS DE CONDUTA: São aquelas que compõem um ordenamento jurídico (33)
- NORMAS DE ESTRUTURA ou COMPETÊNCIA: São aquelas que não prescrevem a conduta que se deve ter ou não ter, mas as condições e os procedimentos através dos quais emanam normas de conduta válidas. (33)
- Um ordenamento composto de uma só norma de estrutura é concebível, mas isso não implica que esse ordenamento tenha apenas uma norma de conduta, as normas de conduta são tantas quantas forem em dado momento as ordens do soberano. (34)

---

### **3. A UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

#### **3.1. Fontes Reconhecidas e Fontes Delegadas.**

- Há ordenamentos jurídicos simples (com uma única fonte de direito) e complexos (mais de uma fonte).
- A complexidade do ordenamento jurídico deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta numa sociedade é tão grande que não existe nenhum poder (ou órgão) em condições de satisfazê-la sozinho. (38)
- A delegação e a recepção são recursos do direito para se completar.
- As fontes reconhecidas são aquelas que o próprio direito reconhece como fontes de direito
- As fontes delegadas são criadas por pessoas que tem legitimidade para criar lei e delegam a alguém.
- Na recepção o ordenamento jurídico acolhe um preceito já feito; na delegação manda fazê-lo, ordenando uma produção futura. (39)
- O ordenamento quando nasce normalmente tem a moral e os costumes como base.

- É impossível que o Poder Legislativo formule todas as normas necessárias para regular a vida social; limita-se então a formular normas genéricas, que contêm somente diretrizes, e confia aos órgãos executivos, que são muito mais numerosos, o encargo de torná-las exequíveis. (40)
- Conforme se vai subindo na hierarquia das fontes, as normas tornam-se cada vez menos numerosas e mais genéricas. (40)
- Outra fonte de normas de um ordenamento jurídico é o poder atribuído aos particulares de regular, mediante atos voluntários, os próprios interesses, trata-se do chamado poder de negociação. (40)

### **3.2. Tipos de fontes e formação histórica do ordenamento.**

- Em cada ordenamento, o ponto de referência último de todas as normas é o poder originário, o poder além do qual não existe outro pelo qual se possa justificar o ordenamento jurídico. (41)
- A complexidade do ordenamento depende historicamente de duas razões fundamentais:
  1. Limite Externo: O novo ordenamento que surge não elimina nunca completamente as estratificações normativas que o precedem. (42)
  2. Limite Interno: O poder originário, uma vez constituído, cria ele mesmo, novas centrais de produção jurídica, atribuindo a órgãos executivos o poder de estabelecer normas integradoras subordinadas às legislativas. A multiplicação das fontes deriva de uma "autolimitação do poder soberano" o qual subtrai de si próprio uma parte do poder normativo para dá-lo a outros órgãos ou entidades, de alguma forma dele dependentes. (42)
- Fontes indiretas, no Brasil, são o costume, a analogia e os princípios gerais do direito.
- O ordenamento cria fontes de direito, após seu nascimento, normalmente baseado na moral e nos costumes, por meio da delegação.
- O poder soberano, mesmo sendo limitado quando delega poder, tem a possibilidade de revogar a delegação a qualquer momento.
- A soberania nasce limitada pela autonomia privada anterior. Para Locke o poder de negociação é naturalmente reconhecido; Já para Hobbes esse poder só é reconhecido se o Estado o criar.

### **3.3. As fontes do direito.**

- Fontes de direito são fatos ou atos dos quais o ordenamento faz depender a produção de normas jurídicas.
- Existem normas de comportamento e normas de estrutura.
- As normas de estrutura regulam o modo de regular um comportamento, ou, mais exatamente, o comportamento que elas regulam é o de produzir regras. (45)
- Em cada grau normativo encontraremos normas de conduta e normas de estrutura.
- É a presença e a freqüência das normas para a produção de outras normas que constituem a complexidade do ordenamento jurídico.
- Tendo em vista as normas de estrutura, as normas podem ser imperativas de primeira ou segunda instância.
- As normas de segunda instância classificam-se:
  1. Normas que mandam ordenar.
  2. Normas que proíbem ordenar.
  3. Normas que permitem ordenar.
  4. Normas que mandam proibir.
  5. Normas que proíbem proibir.
  6. Normas que permitem proibir.
  7. Normas que mandam permitir.
  8. Normas que proíbem permitir.
  9. Normas que permitem permitir.

### **3.4. Construção escalonada do ordenamento.**

- Nenhum ordenamento é feito de um único degrau de normas. As normas são hierarquicamente divididas.
- As normas só existem quando justificadas por uma norma superior.
- Por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes de direito podem ser remontadas a uma única norma. (49)
- Assim, há uma cadeia de justificação, de validação.
- Há uma norma fundamental que está fora do sistema e que da origem à constituição.
- Numa estrutura hierárquica como o ordenamento jurídico, os termos “execução” e “produção” são relativos, porque a mesma norma pode ser considerada, ao mesmo tempo, executiva e produtiva. Executiva com respeito a norma superior, produtiva com respeito à norma inferior. As leis ordinárias executam a constituição e produzem os regulamentos. (51)
- Todas as fases de um ordenamento são, ao mesmo tempo, executivas e produtivas, à exceção da fase de grau mais alto e de grau mais baixo. (51)
- Nessa pirâmide o vértice é ocupado pela norma fundamental; a base é constituída pelos atos executivos. (51)
- Enquanto a produção jurídica é a expressão de um poder (originário ou derivado), a execução revela o cumprimento de um dever (51).

### **3.5. Limites Materiais e Limites Formais.**

- Quando um órgão superior atribui a um órgão inferior um poder normativo, não lhe atribui um poder ilimitado. Ao atribuir esse poder, estabelece também os limites entre os quais pode ser exercido (53).
- Os limites podem ser relativos à forma e ao conteúdo.
- O limite material refere-se ao conteúdo da norma que o inferior está autorizado a emanar.
- O limite formal refere-se à forma, isto é, ao modo ou ao processo pelo qual a norma inferior deve ser emanada. (54)
- A observação desses limites é importante, porque eles delimitam o âmbito em que a norma inferior emana legitimamente. (54)
- Os limites de conteúdo podem ser positivos (ordem de mandar) ou negativos (proibição de mandar). (55)
- A presença das leis de direito substancial faz com que o juiz procure encontrar uma solução dentro do que as leis ordinárias estabelecem. A atividade do juiz está limitada pela lei (56).
- As leis relativas ao procedimento constituem, ao contrário, os limites formais da atividade do juiz.
- Juízo de equidade é aquele em que o juiz está autorizado a resolver uma controvérsia sem recorrer a uma norma legal preestabelecida. (56)

### **3.6. A Norma Fundamental.**

- Partamos da consideração de que toda norma pressupõe um poder normativo: norma significa imposição de obrigações, onde há obrigação, há poder. (58)
- Mas se vimos que a norma jurídica pressupõe um poder jurídico, vimos também que todo poder normativo pressupõe, por sua vez, uma norma que o autoriza a produzir normas jurídicas. (58)
- Uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas é a norma fundamental. (59)
- A norma fundamental não é expressa, mas nós a pressupomos para fundar o sistema normativo (59)

- Posto um ordenamento de normas de diversas procedências, a unidade do ordenamento postula que as normas que o compõem sejam unificadas. (59)
- Essa norma única não pode ser senão aquela que impõe obedecer ao poder originário o qual deriva a constituição. (59)
- Essa norma última não pode ser senão aquela de onde deriva o poder primeiro. (59)
- A norma fundamental é um postulado, um axioma, ou seja, parte-se do pressuposto de que ela existe.
- O fato de essa norma não ser expressa não significa que não exista: a ela nos referimos como o fundamento subentendido da legitimidade de todo o sistema. (60)
- Uma norma é válida quando poder ser reinserida, não importa se através de um ou mais graus, na norma fundamental (62).
- A norma fundamental é o critério supremo que permite estabelecer se uma norma pertence ao ordenamento; em outras palavras, é o fundamento de validade de todas as normas do sistema. (62)
- A norma fundamental, a qual é, simultaneamente, o fundamento de validade e o princípio unificador das normas de um ordenamento. (62)
- A norma fundamental não tem fundamento, porque, se tivesse, não seria mais a norma fundamental, mas haveria outra norma superior da qual ela dependeria. (62)
- Todo sistema tem um início. Perguntar o que estaria atrás desse início é m problema estéril. (63)
- No que diz respeito ao fundamento da norma fundamental, pode-se dizer que ele se constitui num problema não mais jurídico, cuja solução deve ser procurada fora do sistema jurídico, ou seja, daquele sistema que para ser fundado trás a norma fundamental como postulado. (65)
- É a norma fundamental que trás unidade ao ordenamento
- A norma fundamental é comum a todas as normas.
- Para Bobbio, a norma fundamental se encontra no topo da pirâmide, e não fora dela, para ele, o topo é o poder do povo (a sociedade atribui poder a alguém).
- Neste ponto, Bobbio se diferencia do pressuposto de Kelsen, supracitado.
- Para Bobbio, o direito é o resultado do poder popular transformado em norma.
- Características da norma fundamental:
  1. Atributiva de poder
  2. Imperativa / Cogente / Vinculante
  3. Norma Científica / Axioma / Postulado
  4. Não tem conteúdo ético!
- Funções da norma fundamental:
  1. Em relação ao ordenamento, ela funciona como fundamento de validade, ou seja, justificação da existência do ordenamento jurídico.
  2. Em relação à norma, ela funciona como termo unificador, isto é, faz com que o direito seja um sistema comum, ela é o ponto comum entre todas as normas.

### **3.7. Direito e Força.**

- Para o Bobbio a força é um instrumento do direito.
- Qualquer poder originário repousa um pouco sobre a força e um pouco sobre o consenso. (66)
- > A força é um instrumento necessário do poder. A força é necessária para exercer o poder, mas não para justificá-lo. (66)
- > O objetivo de todo legislador não é organizar a força, mas organizar a sociedade mediante a força (70)
- Para Kelsen, a força é o conteúdo do direito. Direito é poder, o conteúdo do direito é o poder.
- > Por direito deve-se entender não um conjunto de normas que se tornam válidas através da força, mas um conjunto de normas que regulam o exercício da força numa determinada sociedade. (68)

- O uso da força regulado pela lei é poder.
- A força fora do direito é violência.

---

#### 4. A COERÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

---

- A coerência é a relação de harmonia entre as normas do ordenamento.
- O direito deve ter possibilidade de eliminar a incompatibilidade do sistema, pois ela gera insegurança.

##### 4.1. O Ordenamento Jurídico como Sistema.

- Entendemos por sistema uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. (71)
- Os ordenamentos podem ser estáticos ou dinâmicos.
- Nos ordenamentos Estáticos a norma fundamental tem um conjunto de princípios e por ele você deduz todas as outras normas que compõem o sistema. A moral é um exemplo clássico de ordenamento estático.
- No Estático é o conteúdo que determina as condutas.
- Nos ordenamentos Dinâmicos a norma fundamental é atributiva de poder e o que sucede é uma cadeia de delegação de poderes. É assim que funciona o direito.
- No Dinâmico é a delegação de poder, a forma, que determina as condutas.
- O ordenamento jurídico é um ordenamento no qual o enquadramento das normas é julgado com base num critério meramente formal, isto é, independente do seu conteúdo. (73)
- Num ordenamento dinâmico duas normas em oposição são perfeitamente legítimas. E de fato, para julgar a oposição de duas normas é necessário examinar o seu conteúdo não basta referir-se à autoridade da qual emanaram. (74)

##### 4.2. Três significados de Sistema.

- Dedutivo é o sistema similar ao estático de Kelsen, é uma idéia meramente formal, típica do iluminismo. "Em tal acepção diz-se que um dado ordenamento é um sistema enquanto todas as normas daquele ordenamento são deriváveis de alguns princípios gerais." (77)
- Indutivo é o sistema que aprecia as coisas semelhantes e as organiza, classificando-as por critérios. "partindo do conteúdo das simples normas com a finalidade de construir conceitos sempre mais gerais, e classificações ou divisões da matéria inteira." (78)
- Por fim, há sistemas que para serem preservados preciso eliminar as incompatibilidades.
- Neste último sistema, as normas não são eliminadas do sistema, mas podem ser eliminadas na aplicação do sistema.
- O que se exclui, neste caso, é a possibilidade de as normas serem incompatíveis.
- As normas de um ordenamento tem um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade. (80)
- As incompatibilidades são antinomias, não podendo-se aplicar ambas as regras, pois elas se eliminam.

##### 4.3. Vários Tipos de Antinomias.

- Definimos antinomia como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento. (86)
- Antinomia jurídica é aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade. (88)

- A Primeira condição de existência de uma antinomia é que ambas as normas façam parte do mesmo ordenamento.
- A Segunda condição de existência de uma antinomia é ambas terem o mesmo âmbito de validade (Temporal, até quando vale a norma; Espacial, até onde vale a norma; e Pessoal, para quem vale a norma)
- Há dois tipos de antinomias, as reais e as aparentes.
- As antinomias reais são insolúveis.
- As antinomias aparentes são solúveis, pois há critérios para a solução.
- O art. 5 §2 C.F. permite que as normas dos tratados que assinamos façam parte do nosso ordenamento. Isso gera muitas antinomias.
- As antinomias próprias são situações que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade.
- As antinomias impróprias dizem com outras situações distintas das antinomias próprias.
- As antinomias impróprias dividem-se em:
  1. Antinomias de Princípio: diz com o conflito de princípios protegidos pelo ordenamento.
  2. Antinomias de Avaliação: diz com as penas aplicadas a determinados casos, que geram injustiça, mas não invalidam o sistema
  3. Antinomias Teleológicas: diz com uma norma que deve regulamentar uma situação prescrita por outra norma superior, porém, a norma de regulamentação entra em conflito com a superior.

#### **4.4. Critérios para a solução das antinomias.**

- As antinomias podem ser solúveis ou insolúveis.
- As razões pelas quais nem todas as antinomias são solúveis são:
  1. Há casos nos quais não se pode aplicar nenhum dos critérios
  2. Há casos em que se pode aplicar um ou mais critérios.
- Os critérios para a solução das antinomias são:
  1. Hierárquico: a lei superior derroga a inferior. (as normas superiores podem revogar as inferiores, mas não o contrário).
  2. Especialidade: A lei especial derroga a geral. (A lei especial representa um momento ineliminável do desenvolvimento de um ordenamento).
  3. Cronológico: A lei posterior derroga a anterior.
- Diante da antinomia aparente o juiz aplicará um desses critérios e ela será resolvida.

#### **4.5. Insuficiência dos critérios.**

- As antinomias podem ser insolúveis pois não é possível aplicar nenhum critério.
- Neste caso a doutrina tentou criar dois critérios: a "lex favorabilis" sobre a "odiosa", e o 3º excluído.
- O critério com respeito à forma consistiria em estabelecer uma graduação de prevalência entre as três formas (imperativas, proibitivas e permissivas) da norma jurídica (98).
- Da-se preponderância no caso de ambigüidade ou incerteza na interpretação (casos de normas em CONFLITO) de um texto à interpretação favorável sobre a odiosa. (98)
- O problema real, frente ao qual se encontra o interprete, não é o de fazer prevalecer a norma permissiva sobre a imperativa e vice versa, mas sim o de qual dos sujeito da relação jurídica é mais junto proteger.
- Nos casos em que uma das normas é imperativa e a outra é proibitiva, neste caso as normas são CONTRÁRIAS, as quais se excluem.
- Pode-se então considerar bastante fundada a regra de que, no caso de duas normas contrárias, essas duas normas se anulam reciprocamente e, portanto, o comportamento em vez de ser ordenado ou proibido, se considera permitido ou lícito (100).
- Nos casos em que não se possa aplicar nenhum dos critérios, a solução do conflito é confiada à liberdade do interprete. (100)

- Aquilo a que tende o interprete comumente não é mais a eliminação das normas incompatíveis, mas preferentemente, a eliminação da incompatibilidade. (102)
- O jurista e o juiz tendem, tanto quanto possível, à conservação das normas dadas.

#### **4.6. Conflito dos critérios.**

- Pode acontecer que duas normas incompatíveis mantenham entre si uma relação em que se podem aplicar concomitantemente, não apenas um, mas dois ou três critérios. (105).
- As antinomias também podem ser insolúveis caso seja possível aplicar mais de um critério à mesma antinomia.
- Aqui temos uma incompatibilidade de segundo grau: não se trata mais da incompatibilidade de que falamos até agora, entre normas, mas da incompatibilidade entre os critérios válidos para as solução da incompatibilidade entre as normas. (107)
- Neste caso por um critério prevaleceria uma lei, pelo outro, outra.
- Essas antinomias são chamadas antinomias de segundo grau, nestes casos, prevalece:
  1. C. Hierárquico X C. Cronológico = C. Hierárquico.
  2. C. Especialidade X C. Cronológico = C. Especialidade.
  3. C. Hierárquico X C. Especialidade = C. Hierárquico (Teoricamente); C. Especialidade (na prática).
- O critério hierárquico prevalece sobre o cronológico, o que tem por efeito fazer eliminar a norma inferior, mesmo que posterior. (107)
- O conflito entre o critério da especialidade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro: a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente. (108)
- No conflito entre o critério hierárquico e o da especialidade, a solução dependerá também, neste caso, como no da falta dos critérios, do interprete.

#### **4.7. O Dever da coerência.**

- Todo o discurso defendido neste capítulo pressupõe que a incompatibilidade entre duas normas seja um mal a ser eliminado, e portanto, pressupõe uma regra de coerência.
- O legislador e/ou o juiz devem ser coerentes frente às antinomias.
- No caso de normas hierarquicamente diferentes, o legislador e o juiz tem o dever de coerência, porém, não há nenhuma punição para o não uso dessa coerência.
- No caso de normas sucessivas no tempo, o legislador não tem nenhum dever jurídico, e o juiz tem, porém, do mesmo modo, não há punição.
- No caso das normas contemporâneas e do mesmo nível não dever jurídico de nenhuma das partes.
- Assim, notamos que a coerência é desejável, e não necessária para o ordenamento jurídico.
- A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento. (113)
- A coerência é um dogma que visa proteger a segurança e a certeza jurídicas, mas não a existência do ordenamento.
- Nos casos de incoerência, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a se inspirar os ordenamento jurídicos, a exigência da certeza e a exigência da justiça. (113)
- Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as conseqüências jurídicas de sua própria conduta, nem a justiça, entendida como igual tratamento de pessoas que pertencem à mesma categoria. (113)

## 5. A COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

---

### 5.1. O Problema das Lacunas.

- Por completude entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. (115)
- Um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente. (115)
- De fato, o que tentamos estabelecer é sempre a unidade: a unidade negativa, com a eliminação das contradições; a unidade positiva, com o preenchimento das lacunas. (117)
- A completude é algo mais que uma exigência, é uma necessidade, quer dizer, é uma condição necessária para o funcionamento do sistema. (118)
- A completude é, portanto, uma condição sem a qual o sistema em seu conjunto não poderia funcionar. (118)
- O problema das lacunas se dá em virtude de duas características do ordenamento:
  1. O juiz não pode deixar de julgar, pois neste caso o direito não teria segurança.
  2. O juiz precisa julgar de acordo com a lei.

### 5.2. O Dogma da Completude.

- O dogma da completude, isto é, o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer à equidade, foi dominante, e o é em parte até agora, na teoria jurídica europeia de origem romana. (119)
- O dogma da completude tornou-se parte integrante da concepção estatal de direito. (120)
- A onipotência do estado reverteu-se sobre o Direito de origem estatal, e não foi reconhecido outro Direito, senão aquele emanado, direta ou indiretamente do soberano. (120)
- Para manter seu monopólio, o direito do Estado deve servir para todo uso. (121)

### 5.3. A Crítica da Completude.

- A batalha da escola do Direito livre contra as várias escolas da exegese é uma batalha pelas lacunas.
- Os motivos da crítica ao dogma da completude são:
  1. O envelhecimento do ordenamento;
  2. A inversão entre o Estado (ponto de vista do príncipe) e a população (ponto de vista do povo), no que diz respeito à visão sociológica (a visão da importância da sociedade em relação ao Estado).
- O programa da sociologia jurídica foi o de mostrar, principalmente no início, que o Direito era um fenômeno social, e que portanto a pretensão dos juristas ortodoxos de fazer do Direito um produto do Estado era infundada e conduzia a vários absurdos, como o de acreditar na completude do Direito codificado. (125)

### 5.4. O Espaço Jurídico Vazio.

- Conceder cidadania ao direito livre significava quebrar a barreira do princípio da legalidade, que havia sido colocado em defesa do indivíduo. (128)
- A completude não era mais um mito, mas uma exigência de justiça; não era uma função inútil, mas uma defesa útil de um dos valores supremos a que deve servir a ordem jurídica: a certeza. (128)
- Era preciso demonstrar criticamente que a completude, longe de ser um cómodo fingimento ou, pior, uma ingênua crença, era uma característica construtiva de todo ordenamento jurídico (128)

- A teoria do espaço jurídico vazio, diz que existem dois espaço jurídicos
  1. O Espaço Jurídico Pleno no qual se encontram as condutas juridicamente relevantes, previstas por lei;
  2. O Espaço Jurídico Vazio no qual se encontram as condutas juridicamente irrelevantes, de liberdade jurídica.
- Até onde o direito alcança com suas normas, evidentemente não há lacunas; onde não alcança, há espaço jurídico vazio e portanto, não a lacuna do direito, mas a atividade indiferente ao Direito. (129)
- Esta teoria ignora as coisas que encontram-se entre os dois blocos, onde há condutas juridicamente relevantes nas quais prevalece a liberdade jurídica.
- A afirmação do espaço jurídico vazio nasce da falsa identificação do jurídico como o obrigatório. (130)
- Na realidade, a liberdade não-jurídica, poderia ser melhor definida como “liberdade não protegida” (130)
- Trata-se daquela liberdade que é reconhecida no próprio momento em que é imposta a terceiros a obrigação jurídica de não impedir o seu exercício. (130)
- O fato de que a liberdade não seja protegida não torna essa situação jurídica irrelevante, porque, no momento em que a liberdade de agir de um não esta protegida, esta protegida a liberdade de outro de exercer a força; e enquanto está protegida, está é juridicamente relevante em vez da outra. (132)

#### **5.5. A Norma Geral Exclusiva.**

- Outra teoria contra a escola do direito livre afirma que não há lacunas pela razão inversa, pelo fato de que o direito nunca falta. (132)
- Uma norma que regula um comportamento não só limita a regulamentação e, portanto, as conseqüências jurídicas desta regulamentação derivam para aquele comportamento, mas ao mesmo tempo exclui daquela regulamentação todos os outros comportamentos. (133)
- Todos os comportamentos não compreendidos na norma particular são regulados por uma norma geral exclusiva, isto é, pela regra que exclui todos os comportamentos que não sejam aqueles previstos na norma particular. (133)
- Também a teoria da norma geral exclusiva tem o seu ponto fraco. Normalmente num ordenamento jurídico não existe somente ao mesmo tempo um conjunto de normas particulares inclusivas e uma norma geral exclusiva que as acompanha, mas também um terceiro tipo de norma, que é inclusiva como a primeira e geral, como a segunda, e podemos chamar no norma geral inclusiva. (135)
- Chamamos de norma geral inclusiva uma norma segundo a qual, no caso de lacuna, o juiz deve recorrer às normas que regulam casos parecidos ou matérias análogas. (135).
- Portanto, cabe ao interprete decidir se, em caso de lacuna, ele deve aplicar a norma geral exclusiva e, portanto, excluir o caso não previsto da disciplina do caso previsto, ou aplicar a norma geral inclusiva e, portanto, incluir o caso não previsto na disciplina do caso previsto. (136)
- Assim, no caso de lacuna, existem pelo menos duas soluções jurídicas:
  1. A consideração do caso não-regulamentado como diferente do regulamentado, e a conseqüente aplicação da norma geral exclusiva.
  2. A consideração do caso não-regulamentado como semelhante ao regulamentado, e a conseqüente aplicação da norma geral inclusiva.
- Se existem duas soluções, ambas possíveis, e a decisão entre as duas cabe ao interprete, uma lacuna existe, e consiste justamente no fato de que o ordenamento deixou impreciso qual das duas soluções é a pretendida. (137)
- A lacuna consiste justamente na falta de uma regra que permita acolher uma solução em vez da outra. (137).
- Assim, o ordenamento jurídico, apesar da norma geral exclusiva pode ser incompleto. E pode ser incompleto porque entre a norma particular inclusiva e a geral exclusiva

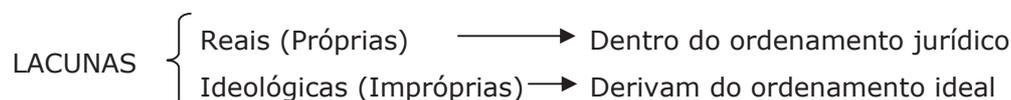
introduz-se normalmente a norma geral inclusiva, que estabelece uma zona intermediária entre o regulamentado e o não regulamentado, em direção à qual tende a penetrar o ordenamento jurídico, forma quase sempre indeterminada e indeterminável. (139)

- O fato de a solução não ser mais óbvia, isto é, de não se poder tirar do sistema nem uma solução nem a solução oposta revela a lacuna, isto é, revela a incompletude do ordenamento jurídico.

### 5.6. As Lacunas Ideológicas.

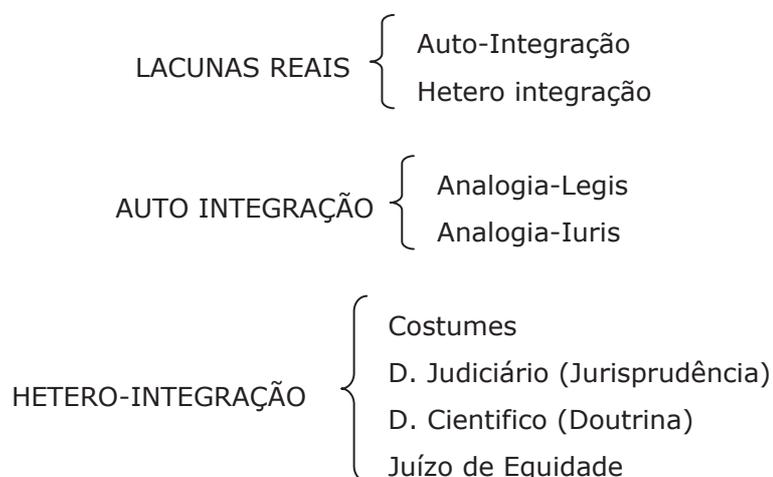
- Entende-se também por lacuna a falta não de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma solução satisfatória, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma norma justa. (140)
- Ora, com respeito ao direito positivo, se é óbvio que cada ordenamento tem lacunas ideológicas, é igualmente óbvio que as lacunas com as quais deve se preocupar aquele que é chamado a aplicar o direito não são as ideológicas, mas as reais. (140)

### 5.7. Vários Tipos de Lacunas.



- A lacuna própria é uma lacuna do sistema ou dentro do sistema; a lacuna imprópria deriva da comparação do sistema real com o sistema ideal. (143)
- Temos a lacuna própria somente onde, ao lado da norma geral exclusiva, existe também uma norma geral inclusiva, e o caso não regulamentado pode ser encaixado tanto em uma como na outra. (143)
- O que as distingue é a forma pela qual podem ser eliminadas:
  1. A lacuna imprópria somente através da formulação de novas normas; São completáveis somente pelo legislador.
  2. A lacuna própria mediante as leis vigentes; são completáveis por obra do intérprete.
- O problema da completude do ordenamento jurídico é se há e como podem ser eliminadas as lacunas próprias.
- Quanto aos motivos que as provocam as lacunas podem ser:
  1. Subjetivas: quando dependem de algum motivo imputável ao legislador.
  2. Objetivas: quando dependem do desenvolvimento das relações sociais, das novas invenções, de todas aquelas causas que provocam um envelhecimento dos textos legislativos.
- As LACUNAS SUBJETIVAS podem ser:
  1. Voluntárias: são aquelas que o próprio legislador deixa de propósito, quando é matéria é muito complexa, e é melhor confia-la, caso por caso, à interpretação do juiz.
  2. Involuntárias: são aquelas que dependem de um descuido do legislador.
- Em alguns casos o legislador distribui diretrizes que traçam as linhas gerais da ação a ser cumprida, mas deixam a determinação dos particulares a quem as deve executar ou aplicar.
- Onde age o poder criativo daquele que deve aplicar as normas do sistema, o sistema esta sempre, em sentido próprio, completo.
- As lacunas também se dividem:
  1. PRAETER LEGEM; Existem quando normas expressas para serem muito particulares, não compreendem todos os casos que podem apresentar-se a nível dessa particularidade.
  2. INTRA LEGEM: quando as normas são muito gerais e revelam, no interior das disposições dadas, vazios ou buracos que caberá ao intérprete preencher.

### 5.8. Heterointegração e Auto-Integração.



- No Brasil, costumes fazem parte da analogia iuris; jurisprudência e doutrina não são fontes de direito.
- Entre os casos inclusos expressamente e os casos excluídos há, em cada ordenamento, uma zona incerta de casos não regulamentados mas potencialmente colocáveis na esfera de influência dos casos expressamente regulamentados. (146)
- Se, estaticamente considerado, um ordenamento jurídico não é completo a não ser pela norma geral exclusiva, dinamicamente considerado, porém, é completável. (146)
- A HETEROINTEGRAÇÃO é operada através de:
  1. Recurso a ordenamentos diversos
  2. Recurso a fontes diversas daquela que é dominante (a lei)
- A AUTOINTEGRAÇÃO consiste na integração cumprida através do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante.
- No caso da HETERO INTEGRAÇÃO o recurso a ordenamentos diversos pode ser:
  1. Reenvio a ordenamentos anteriores no tempo.
  2. Reenvio a ordenamentos vigentes contemporâneos.
- No caso da HETERO INTEGRAÇÃO o recurso a outras fontes diversas da dominante pode ser:
  1. Costumes.
  2. Direito Judiciário.
  3. Direito científico.
  4. Juízo de Equidade.

### 5.9. A Analogia.

- Com os métodos de autointegração o legislador pretende ou presume que em caso de lacuna a regra deve ser encontrada no âmbito mesmo das leis vigentes, quer dizer, sem recorrer a outros ordenamentos nem a fontes diversas da lei. (151)
- Entende-se por analogia o procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante. (151)
- É preciso que entre os dois casos exista não uma semelhança qualquer, mas uma semelhança relevante, é preciso ascender dos dois casos a uma qualidade comum a ambos que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulamentado foram atribuídas aquelas e não outras consequências. (153)
- Por razão suficiente entendemos aquela que tradicionalmente se chama a ratio legis. Então diremos que para que o raciocínio por analogia seja lícito no direito é necessário que os dois casos, o regulamentado e o não regulamentado tenham em comum a ratio legis. (154)

- Analogia legis significa utilizar uma norma que está no ordenamento e aplicá-la
- Analogia iuris significa utilizar os princípios do ordenamento.
- A Interpretação Extensiva estende os termos de uma norma para que ela se aplique a um caso real não previsto.
- Por analogia iuris entende-se o procedimento pelo qual se tira uma nova regra para um caso imprevisto não mais da regra que se refere a um caso singular, mas de todo o sistema ou de parte dele. (154)
- O efeito da extensão analógica (analogia legis) é a criação de uma nova norma jurídica.
- O efeito da interpretação extensiva é a extensão de uma norma para casos não previstos por ela.
- Tanto na analogia legis como na analogia iuris o juiz cria direito.
- Na interpretação extensiva, apenas estende-se uma norma existente.

#### **5.10. Os princípios Gerais do Direito.**

- A recorrência aos princípios gerais de direito é tradicionalmente conhecida como analogia iuris.
- Os princípios gerais de direito são, para Bobbio, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais.