

LINDB (aplicação da norma) parte 1

Subsunção

Subsunção CLÁSSICA

é o enquadramento do fato concreto ao conceito abstrato contido na norma. É, então, sempre meio de verificar qual foi o fato e qual foi a norma jurídica

Esta corrente é a clássica ou positivista (ou positivismo jurídico)

O que é o positivismo? — O Direito estaria restrito ao conteúdo da norma jurídica, ou seja, DIREITO é SINÔNIMO de NORMA JURÍDICA

O maior positivista foi Kelsen

Subsunção MODERNA

Defende que o aplicador da lei deve observar, além do fato e da norma, os VALORES (Corrente moderna ou Científica)

Miguel Reali criou a Teoria Tridimensional do Direito (Fato, Valor e Norma). A conjugação desses três subsistemas isomórficos (3 subsistemas independentes, mas, ao mesmo tempo, relacionados entre si)

Teoria Tridimensional do Direito

Miguel Reale

A conjugação desses três subsistemas isomórficos (3 subsistemas independentes, mas, ao mesmo tempo, relacionados entre si)

Segundo REale, o Direito só pode ser definido a partir da conjugação desses três elementos (fato, norma e valor)

Esta Teoria foi construída na fase do pós-positivismo (período atual)

Espécies de lacuna

Lacuna (também conhecida como lacuna propriamente dita ou lacuna de omissão)

Trata-se da AUSÊNCIA de norma jurídica que REGULE DETERMINADO FATO CONCRETO

Como se resolve? É resolvida, no Direito Civil por meio da aplicação dos meios de integração previsto no art. 4º da LINDB.

Antinomia (também conhecida como lacuna de colisão ou lacuna de conflito)

CESPE cobra muito!

é a EXISTÊNCIA de um CONFLITO entre duas NORMAS, DOIS PRINCÍPIOS ou entre UMA NORMA e um PRINCÍPIO, aplicáveis a uma mesma situação fática

É o OPOSTO da lacuna

Se as soluções forem convergentes, ambas as normas DEVEM SER APLICADAS (Tese do Dialogo das Fontes). Somente há antinomia se as soluções forem DIVERGENTES!

A antinomia é RESOLVIDA por meio de critérios LEGISLATIVOS (ex, hierarquia de leis), bem como critérios DOUTRINÁRIOS (ex, critério do JUSTO)

CAUIDADO!

espécies

Antinomia APARENTE

é aquela que apresenta solução em normas do próprio ordenamento jurídico

São consideradas aparentes as antinomias de primeiro grau (aquelas solucionadas por meio da aplicação de um único critério)

quais são?

- Critério Hierárquico — norma SUPERIOR prevalece sobre norma INFERIOR
- Critério da Especialidade — Norma ESPECIAL prevalece sobre norma GERAL
- Critério Cronológico — Norma POSTERIOR prevalece sobre norma ANTERIOR

Antinomia REAL

é a hipótese em que a situação do aplicador da lei é insustentável por ele se encontrar em uma das seguintes situações

- quando inexistente critério normativo para solucionar o conflito
- quando existe conflito entre os critérios (está é a chamada antinomia de segundo grau)

quais são?

- Especialidade X Cronológica — 1º corrente: prevalece a ESPECIALIDADE MAJORITÁRIA
- 2º corrente: Cronológico
- Hierárquico X Cronológico — prevalece o hierárquico
- Hierárquico X Especialidade — Em regra, o Hierárquico prevalece
- contudo, Maria Helena Diniz aponta que, em determinadas situações o critério da especialidade pode prevalecer (ex, art. 2035, SS ú, do CC)