

# SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS.....	11
PREFÁCIO .....	15
NOTA PARA 3. <sup>a</sup> EDIÇÃO.....	23
NOTA PARA 2. <sup>a</sup> EDIÇÃO.....	25
LISTA DE ABREVIATURAS .....	33
INTRODUÇÃO .....	35

**PRIMEIRA PARTE**  
**O QUE É O DIREITO?**  
*CONCEITO E FUNÇÃO*

1.POLISSEMIA DO TERMO DIREITO .....	45
1.1 A expressão do Direito na convivência social .....	45
1.2 As diversas acepções sobre o termo direito .....	47
1.3 Conclusões principais.....	53
2.O CONCEITO DE DIREITO .....	55
2.1 Definição Etimológica.....	55
2.2 Definição Etnológica.....	59
2.2.1 A gênese da sociedade e do direito nas comunidades primitivas: a interpretação primitiva da natureza intrínseca a sociedade.....	60
2.2.2 O conceito de magia e sua importância sobre a estrutura organizacional da comunidade primitiva .....	62
2.2.3 O princípio da retribuição como condutor das relações sociais primitivas .....	64
2.2.4 As organizações gentílicas e o banimento.....	68

2.3	Definição jusnaturalista .....	73
2.4	Definição juspositivista .....	76
2.5	Definição pós-positivista.....	78
2.6	Conclusões principais.....	82
3.	DIREITO E SUA FUNÇÃO.....	85
3.1	Direito e regulação social .....	85
3.1.1	O direito como fato social e a satisfação das necessidades sociais .....	87
3.2	Direito e limitação do poder político .....	89
3.2.1	A dogmática jurídica e sua função social.....	89
3.2.1.1	A concepção dogmática do direito .....	89
3.3	Direito e violência: autoridade e legitimidade.....	92
3.4	Biopoder, Biopolítica e Direito .....	99
3.5	Direitos do Homem, Nação e Cidadania: para uma introdução crítica aos Direitos Humanos.....	101
3.5.1	A experiência do holocausto e a dignidade da pessoa humana .....	105
3.6	Direito e poder .....	111
3.7	Violência e Racionalidade Jurídica.....	114
3.7.1	O Antagonismo entre Kelsen e Schmitt.....	117
3.7.2	A Filosofia de Walter Benjamin como Antípoda do pensamento de Kelsen e Schmitt. ....	122
3.8	Conclusões principais.....	127

## SEGUNDA PARTE

### QUAIS OS FUNDAMENTOS DO DIREITO?

#### *NOÇÕES ELEMENTARES SOBRE EPISTEMOLOGIA, VALIDADE E LEGITIMIDADE DO DIREITO*

4.	DIREITO E CIÊNCIA.....	133
4.1	O que é Ciência? Conceito Elementar .....	133
4.1.1	A questão do conhecimento: senso comum, conhecimento científico e conhecimento filosófico.....	134
4.1.1.1	O senso comum e o sentido comum teórico dos juristas ...	134
4.1.1.2	O conhecimento científico .....	136
4.1.1.3	O conhecimento filosófico .....	139
4.2	Direito como Ciência .....	141
4.2.1	A ciência do direito: um excuro histórico das diversas perspectivas (historicismo, finalismo e positivismo).....	143
4.2.2	A ciência do direito: a atual abordagem epistemológica da teoria dos sistemas sociais autopoieticos .....	147

4.2.2.1	Considerações preparatórias acerca da matriz teórica “pragmático-sistêmica” .....	147
4.2.2.2	Traços fundamentais da teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann .....	154
4.2.2.3	Sistemas autopoieticos .....	156
4.2.2.4	A sociologia do direito no pensamento de Luhmann: a relação entre a proposta sistêmica e o Direito .....	159
4.2.2.5	Uma discussão contemporânea sobre o lugar da teoria no direito: um debate entre Richard Posner e Ronald Dworkin .....	162
4.3	Conclusões principais .....	167
5.	DIREITO E MORAL .....	171
5.1	Noções elementares sobre moral .....	171
5.2	Noções elementares sobre ética .....	175
5.2.1	Conceito básico de ética .....	175
5.2.2	A relação entre moral e ética e uma breve distinção .....	175
5.2.3	A relação do fenômeno jurídico com a ética .....	176
5.3	A relação entre moral e direito numa perspectiva contemporânea .....	180
5.3.1	A distinção proposta por Robert Alexy: uma topografia das relações possíveis entre o direito e a moral .....	180
5.3.1.1	Tese da vinculação .....	180
5.3.1.2	Tese da separação .....	181
5.3.1.3	Tese da complementaridade .....	181
5.3.1.4	Análise específica da proposta de Robert Alexy .....	182
5.3.2	A proposta de Ronald Dworkin .....	185
5.3.2.1	Discussão da proposta de Dworkin com a teoria positivista: um debate com Luigi Ferrajoli .....	186
5.3.2.2	Análise da proposta de Ferrajoli e seu primeiro confronto com a tese de Ronald Dworkin .....	191
5.3.2.3	Aplicação dessa discussão teórica a um exemplo concreto: a presunção de inocência e a moralidade na LC 135/2010 .....	194
5.4	Conclusões principais .....	206
6.	DIREITO E JUSTIÇA .....	209
6.1	O conceito de justiça .....	209
6.1.1	Sobre a origem do conceito de justiça: pluralência e equivocidade do termo .....	209
6.2	O conceito tradicional de justiça e problema de sua dualidade metafísica .....	212
6.3	A teoria da justiça e a reviravolta linguística da filosofia .....	215
6.3.1	Proposta para se (re)pensar a dualidade metafísica do conceito de justiça no ambiente da filosofia da linguagem .....	215

6.3.2	A justiça e sua projeção racionalista: a importância de Kant.....	216
6.3.3	O pensamento retórico de Chaïm Perelman .....	217
6.3.4	A crítica pela novíssima retórica de Boaventura de Sousa Santos.....	218
6.3.5	A proposta de John Rawls.....	220
6.3.6	A noção material de justiça de Amartya Sen a partir da leitura de John Rawls .....	222
6.3.7	As esferas da justiça de Michael Walzer .....	223
6.3.8	O tema da justiça no pensamento de Ronald Dworkin e sua crítica ao pensamento de Walzer .....	224
6.4	Apontamentos finais sobre o conceito de justiça .....	227
6.5	Conclusões principais.....	228
7.	JUSNATURALISMO VERSUS JUSPOSITIVISMO: UMA QUESTÃO VÁLIDA? .....	231
7.1	Jusnaturalismo: vertentes.....	231
7.1.1	Doutrina do direito natural: o direito natural clássico em sua forma antiga e medieval e sua relação inicial com o direito natural moderno (racionalista) .....	232
7.1.2	O desenvolvimento do jusnaturalismo moderno e seu relacionamento com a filosofia moderna e com a filosofia político-jurídica .....	237
7.1.3	A contemporaneidade e o jusnaturalismo .....	245
7.2	Juspositivismo.....	250
7.2.1	Positivismo legalista .....	253
7.2.2	Positivismo normativista.....	254
7.3	Para além da dicotomia entre jusnaturalismo e juspositivismo: é possível uma terceira via? .....	255
7.4	Conclusões principais.....	256

### TERCEIRA PARTE

#### COMO SÃO DECIDIDAS AS QUESTÕES JURÍDICAS?

##### TEORIA DA DECISÃO E DA NORMA JURÍDICA

8.A	TEORIA DAS FONTES DO DIREITO E SUA VISÃO CONTEMPORÂNEA.....	261
8.1	Os sistemas do <i>common law</i> e do <i>civil law</i> . Características e diferenças.....	264
8.1.1	Análise crítica sobre a possível confluência entre os sistemas.....	269
8.2	Constitucionalismo: gênese e a função do controle de constitucionalidade.....	274
8.3	A clássica distinção entre direito público e direito privado: a necessidade de sua revisão e o fenômeno do constitucionalismo .....	280
8.3.1	A evolução do direito subjetivo .....	283
8.3.2	Os direitos fundamentais. Conceito e função.....	286
8.3.2.1	Os modelos de fundamentação dos direitos fundamentais	289

8.3.2.2	Direitos fundamentais e a Constituição Federal.....	293
8.4	Lei .....	296
8.4.1	Distinção entre lei e Constituição.....	298
8.4.2	Distinção e semelhança entre ato legislativo e ato normativo (súmulas vinculantes e Medidas Provisórias) .....	300
8.4.2.1	Súmula vinculante.....	300
8.4.2.2	Medida provisória .....	303
8.5	Princípios no direito: a necessária diferenciação entre as diversas possibilidades de uso do conceito .....	305
8.5.1	A (in)determinação do conceito de princípio .....	305
8.5.1.1	Princípios gerais do direito.....	306
8.5.1.2	Princípios jurídico-epistemológicos.....	306
8.5.1.3	Princípios constitucionais.....	307
8.5.2	Diferença entre princípios gerais do direito e princípios constitucionais .....	308
8.5.3	Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados .....	315
8.6	Jurisprudência .....	317
8.6.1	Compreensão do termo: “Iurisprudencia” e “jurisprudência”.....	317
8.6.2	Conceito romano de “iurisprudencia”. Gênese da doutrina e da jurisprudência .....	318
8.6.3	A doutrina como fonte do direito .....	322
8.6.4	Jurisprudência como fonte do direito.....	323
8.6.4.1	Princípios informadores da atividade decisória (jurisprudência) .....	323
8.6.4.2	As funções da jurisprudência .....	326
8.6.4.3	A diferente posição da jurisprudência no <i>common law</i> em relação ao <i>civil law</i> .....	326
8.7	Precedente judicial – o regime do <i>Stare Decisis</i> .....	329
8.8	Justiça e equidade .....	333
8.9	Costume.....	335
8.10	Conclusões principais.....	337
9.	TEORIA DA NORMA E DO ORDENAMENTO JURÍDICO .....	341
9.1	Norma e ordenamento .....	342
9.2	A hierarquia normativa e Unidade do Ordenamento .....	346
9.3	Ordenamento e sistema: o problema das antinomias.....	349
9.4	O mito da completude do ordenamento: a questão das lacunas do ordenamento.....	351
9.5	Construção positivista do conceito de norma e seus críticos.....	354
9.6	A atual dicotomia que divide a norma entre regras e princípios .....	359
9.7	Para além de um conceito positivista de norma: a visão pós-positivista .....	370

9.7.1	A necessária distinção entre texto e norma .....	373
9.7.2	A superação da interpretação como ato que revela a vontade da lei ou do legislador .....	374
9.7.3	A necessidade de se superar a sentença como ato silogístico .....	375
9.8	Conclusões Principais.....	377
10.	TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL .....	381
10.1	O ponto de partida da discussão: teoria sobre o método.....	381
10.1.1	A metodologia jurídica.....	384
10.1.1.1	Escola da exegese .....	387
10.1.1.2	Escola histórica .....	390
10.1.1.3	Jurisprudência dos conceitos.....	393
10.1.1.4	Jurisprudência dos interesses .....	396
10.1.1.5	Jurisprudência dos valores .....	400
10.2	As vertentes contemporâneas sobre interpretação do direito: a hermenêutica jurídica.....	417
10.2.1	A insuficiência das posturas metodológicas tradicionais para resolver os problemas da decisão jurídica: a crítica ao método .....	418
10.2.1.1	Noção elementar de hermenêutica .....	418
10.2.1.2	O problema do método no ambiente da hermenêutica jurídica tradicional (clássica) .....	420
10.2.1.3	A “era da hermenêutica” (Stein) e a superação da hermenêutica clássica pela hermenêutica filosófica .....	429
10.3	Teorias do direito contemporâneas com ênfase na questão da decisão judicial: a ponderação de Alexy. O Juiz Hercules de Dworkin e a Teoria da Decisão de Lenio Streck .....	452
10.3.1	A relação entre decisão judicial e o conceito de princípio e o problema da distinção regra e princípios constitucionais .....	452
10.3.2	A teoria da argumentação de Robert Alexy: a fórmula da ponderação como fator de racionalização do discurso judicial que aplica princípios .....	454
10.3.3	O construtivismo de Ronald Dworkin: o direito como integridade .....	461
10.3.4	A proposta de Lenio Streck: a teoria da decisão e a resposta adequada a Constituição .....	463
10.4	Conclusões principais .....	469
	NOTA CONCLUSIVA.....	473
	POSFÁCIO .....	477
	BIBLIOGRAFIA .....	541
	ÍNDICE ONOMÁSTICO .....	557
	ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO .....	565