

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

Curso de
FILOSOFIA
DO DIREITO
O DIREITO COMO PRÁTICA



- ✳ O autor deste livro e a editora empenharam seus melhores esforços para assegurar que as informações e os procedimentos apresentados no texto estejam em acordo com os padrões aceitos à época da publicação, e todos os dados foram atualizados pelo autor até a data de fechamento do livro. Entretanto, tendo em conta a evolução das ciências, as atualizações legislativas, as mudanças regulamentares governamentais e o constante fluxo de novas informações sobre os temas que constam do livro, recomendamos enfaticamente que os leitores consultem sempre outras fontes fidedignas, de modo a se certificarem de que as informações contidas no texto estão corretas e de que não houve alterações nas recomendações ou na legislação regulamentadora.
- ✳ Fechamento desta edição: 01.10.2020
- ✳ O Autor e a editora se empenharam para citar adequadamente e dar o devido crédito a todos os detentores de direitos autorais de qualquer material utilizado neste livro, dispondo-se a possíveis acertos posteriores caso, inadvertida e involuntariamente, a identificação de algum deles tenha sido omitida.
- ✳ **Atendimento ao cliente: (11) 5080-0751 | faleconosco@grupogen.com.br**
- ✳ Direitos exclusivos para a língua portuguesa
Copyright © 2021 by
Editora Atlas Ltda.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Rua Conselheiro Nébias, 1384 – Campos Eliseos – 01203-904 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770
www.grupogen.com.br
- ✳ Reservados todos os direitos. É proibida a duplicação ou reprodução deste volume, no todo ou em parte, em quaisquer formas ou por quaisquer meios (eletrônico, mecânico, gravação, fotocópia, distribuição pela Internet ou outros), sem permissão, por escrito, da Editora Forense Ltda.
- ✳ Capa: Aurélio Corrêa
- ✳ Edição eletrônica: Set-up Time Artes Gráficas
- ✳ **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.**
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

L853c
Lopes, José Reinaldo de Lima

Curso de Filosofia do Direito – o direito como prática / José Reinaldo de Lima Lopes. – São Paulo: Atlas, 2021.

Inclui bibliografia e índice
ISBN 978-85-97-02603-0

1. Direito – Filosofia. I. Título.

20-66520

CDU: 340.12

Camila Donis Hartmann – Bibliotecária – CRB-7/6472



4154622

SUMÁRIO

Introdução	XV
1 Filosofia, ciência e direito.....	1
Introdução geral à filosofia do direito.....	1
Filosofia e ciência.....	1
O direito não é ciência no sentido estrito e moderno.....	4
A filosofia também não é uma ciência.....	8
A filosofia esclarece e põe ordem no pensamento.....	11
A discussão filosófica	16
Princípio de inteligibilidade	18
Os diferentes objetos do pensamento: universais e particulares, necessários e contingentes.....	23
Filosofia do direito.....	25
A ciência moderna e a filosofia do direito.....	32
A concepção moderna de razão: a limitação.....	33
Concepção limitada de razão: momentos de ruptura.....	33
Primeiro momento: o século XVII e três aspectos da mudança	35
Segundo momento: do iluminismo para o positivismo.....	38
Ciência do direito.....	40
2 Diferentes teorias do direito.....	47
A metafísica do direito.....	47
O legado positivista	51
O positivismo naturalista.....	56
O positivismo da lei (o normativismo).....	60
Tentativas de abandono do positivismo	61
A tradicional teoria das normas.....	65
As questões colocadas.....	65
A teoria das normas – uma teoria especulativa.....	68
Limites da teoria das normas	69
Nem toda norma é um mandamento seguido de sanção.....	70
Não se cumprem as normas por causa de um soberano em particular....	71

Conhecer as normas não consiste em falar das normas, mas em usá-las	72
A dimensão prática do direito.....	73
A teoria da ação e da decisão.....	75
Ação e ética do discurso (especialmente Karl-Otto APEL)	77
Ação e hermenêutica (especialmente Paul RICOEUR).....	78
Ação, normas e a tradição analítica.....	79
Compreender as regras pela perspectiva do agente (Herbert HART)	80
3 O direito como ação, prática e instituição.....	91
A renovação geral da filosofia de interesse para o direito.....	91
Uma analogia produtiva: língua e discurso, ordenamento e decisão.....	92
Das ciências da ação à filosofia da ação	96
Ação e fato.....	97
A ação não é um fato como outros.....	99
Ação, finalidade e sentido.....	101
Ações, práticas, seguimento de regras.....	106
O que é uma prática.....	107
Práticas e ações.....	110
Ações contingentes dentro de práticas permanentes.....	115
Práticas e jogos	117
O que é um jogo? De HUIZINGA a WITTGENSTEIN	117
WITTGENSTEIN e os jogos de linguagem	119
Um conceito de jogo e prática para uso no direito.....	120
O direito como prática	123
Práticas, regras constitutivas e regulativas.....	123
Seguir regras e compreender sentidos (palavras, frases e discursos).....	125
Direito: uma prática aberta.....	133
Institutos, instituições e natureza institucional.....	135
Fatos brutos, fatos institucionais, conceitos funcionais.....	135
Individualismo, realismo, empirismo	139
Natureza institucional do direito.....	142
4 O uso prático da razão: compreender, interpretar e aplicar.....	153
O objeto da razão prática.....	153
Pensar, agir, produzir.....	153
Virtudes intelectuais: pensar também se aprende.....	159
Pensar, articular, falar: razão, linguagem e discurso	167
Os limites da razão prática.....	170
Uma visão restrita da racionalidade.....	174

Uma alternativa?	178
A retórica de PERELMAN	179
A diferença da retórica aristotélica	181
Retórica, lógica, tópica: diferentes objetos.....	183
Falácias e retórica	184
O uso da razão prática no direito: excuroso histórico	186
A perspectiva pré-moderna	186
A perspectiva moderna: direito positivo e concepção restrita de razão.....	190
A hermenêutica romântica.....	195
A questão contemporânea	197
5 Interpretação, hermenêutica e analítica.....	201
Interpretação e aplicação do direito	201
O que é interpretação: conhecer, reproduzir, aplicar, traduzir, parafrasear?.....	202
Traduzir: do passado ao presente, do universal ao particular	206
Tarefa hermenêutica: trazer o passado para o presente.....	208
Tarefa hermenêutica: relacionar o universal e o particular.....	211
A interpretação na história do direito.....	214
Os medievais	216
Modernidade.....	220
A hermenêutica romântica e sua longevidade no Brasil	223
A hermenêutica contemporânea.....	229
A virada hermenêutica (GADAMER).....	230
O direito como discurso (Paul RICOEUR).....	235
A objetividade do discurso.....	238
O texto	241
Compreensão precede interpretação (WITTGENSTEIN).....	247
O ponto de vista do agente (HART).....	253
Compreender.....	260
Círculo hermenêutico e formas de vida	260
Ações inteligíveis e sentidos.....	268
Interpretação ou compreensão?.....	269
A objetividade	271
Os métodos revisitados: gramatical, lógico, sistemático, histórico e teleológico	272
O desafio de SAVIGNY	272
SAVIGNY revisitado	275
O antissubjetivismo contemporâneo e a intencionalidade.....	277

6	A justiça é o sentido do direito.....	281
	A questão fundamental.....	281
	Resposta cética	282
	A justiça como <i>princípio</i> de inteligibilidade do direito.....	285
	O conceito de justiça.....	292
	A igualdade	292
	A teoria clássica da justiça como igualdade	297
	A virtude da justiça.....	299
	A justiça como resposta à injustiça.....	299
	Uma virtude para os outros, não para si.....	300
	O justo e o conceito de justiça.....	301
	As formas da justiça.....	304
	A justiça geral.....	304
	John Rawls: <i>Justice as fairness</i> , a justiça do legislador e o bem político.....	309
	A justiça particular – comutativa e distributiva: trocas e partilhas.....	314
	Critérios de distribuição	317
	A justiça do juiz e a justiça do legislador	318
	A justiça do juiz.....	319
	Caso singular e passado	319
	Submissão à lei e imparcialidade	322
	Equidade	326
	Entre a justiça do juiz e a do legislador: a justiça constitucional.....	330
	A justiça do legislador	332
	A justiça limita e determina os atos de legislação	333
	Voluntarismo e gerencialismo legislativo	334
	Legislar: declarar ou instituir a justiça?	335
	Estrutura das relações sociais.....	337
	Conceitos elementares do campo	338
	Visão prospectiva, generalidade das leis, consequências.....	339
	A teoria dos bens e a teoria da justiça: direito, economia e filosofia moral	343
	A teoria dos bens no direito	345
	Bens, coisas apropriáveis e preço.....	345
	Classificação dos bens no direito civil.....	348
	Bens comuns: tema tradicional para os juristas.....	350
	Bens comuns, públicos e coletivos – confronto com a economia	352
	Bens comuns que não produzimos	355
	Bens comuns que produzimos: cooperação e predadores.....	357

A racionalidade individual estratégica x cooperação	359
Direitos individuais e bens comuns	360
Justiça e Estado de direito (<i>rule of law</i>)	363
Justiça formal: o direito cria igualdades institucionais.....	365
A justiça material ou substantiva.....	367
Bens públicos, coletivos, bens intrinsecamente comuns.....	373
Conclusão	377
O percurso: do direito como prática à teoria da justiça.....	377
Implicação.....	378
Implicações para o ensino do direito	380
Referências	383
Índice de quadros	401
Índice onomástico	405