

## SUMÁRIO

Prefácio à edição brasileira – CLAUDIA LIMA MARQUES e BRUNO MIRAGEM.....	5
Nota do Tradutor .....	9
Introdução.....	27
I – Alguns objetivos.....	27
II – Alguns exemplos.....	30
1) O que fazer com o credor desalmado?.....	30
2) O que fazer com quem comete um delito por razões de necessidade? .....	31
III – O problema.....	33
IV – Base para a análise .....	34
1) Questões sobre o direito e de direito .....	34
2) O sistema de direito .....	35
3) A decisão judicial.....	35
4) Distinção entre regras e princípios.....	35
5) Paradigmas na decisão .....	36

### PRIMEIRA PARTE

#### A ERA DA DESORDEM

##### Capítulo I

#### O FENÔMENO DA DESCODIFICAÇÃO

I – A era da ordem e da desordem.....	39
1) Direito público e privado: esferas que se comunicam.....	39
2) Situação atual do direito público.....	40
3) Descodificação do direito privado.....	41
4) O <i>big bang</i> legislativo .....	43
II – O surgimento dos microssistemas .....	44
1) O microssistema da empresa.....	45
2) Microssistema de proteção do consumidor.....	46
3) Danos: crise da unidade do ilícito .....	48
4) A questão ambiental como problema descodificante.....	49

5)	O mundo digital e as categorias espaço-temporais .....	50
6)	Criação de um direito <i>ad hoc</i> : produção autônoma de regras.....	52
III –	Crise da noção jurídica de povo e de cidadão.....	52
1)	Crise do Código como disciplina dos cidadãos .....	52
2)	Uma lei para cada um.....	53
3)	Conflitos insolúveis entre interesses igualitários .....	53
4)	A feudalização do direito: a lei como conselho .....	54
5)	Como legislar sobre o que é diferente? .....	55
IV –	O jurista militante de verdades parciais.....	55
V –	O desprestígio da lei .....	56
1)	A criação “snob” .....	56
2)	“Lex mercatoria” e “burocracia” internacional .....	57
3)	O problema dos destinatários e as “tecnolinguagens” .....	58
4)	Efeitos derogatórios da lei especial .....	58
5)	O Código como norma residual .....	59
VI –	A crise da parte geral do direito civil .....	59
1)	Da exportação de institutos à crise .....	59
2)	Um simples intercâmbio ou importação teórica? .....	61
VII –	A crise da homogeneidade cultural .....	62
1)	A crise .....	62
2)	A situação argentina. “Common law” e “civil law” .....	62
3)	A globalização e o multiculturalismo .....	64
VIII –	A criação dos mercados de concorrência legislativa .....	65
IX –	Diversificação do produto legislativo e incerteza .....	66
X –	As causalidades complexas.....	67
XI –	A interpretação jurídica hermética .....	68

## SEGUNDA PARTE

## O SISTEMA DO DIREITO

## Capítulo I

## A REGRA DE RECONHECIMENTO

I –	A identificação de uma norma fundante.....	71
II –	A validade formal e material.....	74
III –	Identificação da norma aplicável num sistema complexo .....	75
IV –	O juízo prático: a relação entre caso e sistema .....	76

## Capítulo II

## AS FONTES

Introdução. Teoria da decisão e diálogo das fontes.....	77
I – A Constituição.....	79
1) O fenômeno da constitucionalização dos direitos.....	79
2) Fontes, princípios e direitos comunicáveis.....	81
3) A Constituição como norma jurídica.....	82
4) A Constituição como fonte.....	83
5) O bloco de constitucionalidade.....	84
6) Graus de eficácia.....	85
II – Os tratados.....	85
1) A internalização do direito: a hierarquia legal dos tratados..	85
2) Os tratados em geral.....	86
3) Os tratados sobre direitos humanos.....	88
A) A hierarquia constitucional.....	88
B) A discussão sobre a operatividade.....	89
C) A solução constitucional.....	90
4) Tratados de integração.....	90
A) Tratados de integração e direito comunitário.....	90
B) A hierarquia legal.....	91
C) Limites constitucionais do direito comunitário.....	92
D) A operatividade.....	93
III – O costume.....	94
1) Elementos de qualificação.....	94
2) Efeitos jurídicos.....	94
3) Efeitos econômicos.....	95
4) Limites valorativos: os maus costumes.....	96
IV – Pluralismo das fontes e das jurisdições.....	97
1) O risco das soluções contraditórias.....	97
2) Regras para a solução.....	98

## Capítulo III

DIREITOS FUNDAMENTAIS  
E NORMAS INSTITUCIONAIS

I – Direitos fundamentais.....	99
1) Denominação.....	99

2)	Definição .....	100
3)	Caráter fundante.....	102
4)	Inderrogabilidade: independência do critério majoritário e das exigências do mercado .....	102
5)	Inderrogabilidade limitada à garantia substancial dos direitos básicos .....	103
6)	Classificação: as gerações dos direitos e sua crítica ... ..	104
7)	Qualificação jurídica dos direitos fundamentais .....	104
8)	As pretensões positivas .....	105
9)	As posições jurídicas: direitos de não afetação de interesses legítimos .....	107
10)	Esferas de atuação tuteladas: direito ao não impedimento das faculdades .....	108
11)	Pretensões relativas à operatividade .....	109
12)	Sujeitos ativos .....	110
	A) Direitos do homem .....	110
	B) Direitos dos animais e das árvores .....	110
	C) Direitos das pessoas jurídicas .....	112
	D) Direitos dos grupos .....	112
13)	Sujeitos passivos .....	113
14)	Exercício individual associado ou conjunto.....	113
15)	Bens protegidos .....	113
16)	Relações jurídicas que produzem.....	114
17)	Extensão e regulamentação.....	114
II –	As normas institucionais .....	115
1)	Regras de compatibilização.....	115
2)	Regras de eficácia .....	117
3)	Regras de compatibilização com os bens públicos .....	119
4)	A imposição das funções públicas aos particulares: função social da propriedade, função ambiental .....	120

## Capítulo IV

### PRINCÍPIOS E VALORES

I –	Os princípios jurídicos .....	122
1)	A concepção de princípio do direito .....	122
2)	Fontes e fundamentos: a inversão dos problemas .....	123

3) Definição .....	124
4) Os princípios como normas .....	125
5) Os princípios como normas de otimização .....	125
6) A aplicação do princípio: o juízo de ponderação .....	126
7) Funções .....	127
8) Princípio, <i>regulae iuris</i> , máxima e regra .....	128
9) Classificação dos princípios.....	128
10) O valor crescente dos princípios ocultos – “policies” .....	129
II – Os valores .....	129

## Capítulo V

### GARANTIAS SUBSTANTIVAS E PROCESSUAIS

I – Garantias substantivas de conteúdo mínimo dos direitos fundamentais .....	132
1) O problema do conteúdo dos direitos .....	132
2) Os direitos fundamentais como mínimo social .....	133
3) A atribuição pelo mercado .....	133
4) O mínimo garantido .....	134
5) A função do Congresso nas garantias .....	134
6) O cumprimento dos direitos fundamentais no processo de elaboração de produtos, como requisito prévio para a sua comercialização .....	135
7) O tempo na outorga de leis de garantias .....	136
8) Princípios jurídicos aplicáveis às leis de garantias.....	136
9) O contratante pode ser obrigado a dar garantias provisórias? ...	138
A) A existência de alternativas .....	138
B) A fixação de prazos.....	138
C) Não desequilibrar a correspectividade sistemática das prestações ... ..	139
II – Garantias processuais .....	139
1) O “garantismo” .....	139
2) O juiz intervencionista e o imparcial .....	140
3) Proteção autônoma dos direitos fundamentais .....	142
4) A tutela preventiva... ..	143
A) Mandados de não inovar .....	143
B) O mandado de inovar .....	144

Capítulo VI  
GRAUS DE EFICÁCIA

I –	A distinção entre normas operativas e programáticas .....	147
1)	Noção .....	147
2)	A operatividade como problema de aplicação .....	149
3)	Normas fundantes de pretensão .....	149
A)	Obrigações de não fazer.....	149
B)	Obrigações de fazer: gozo direto e indireto. Operatividade originária e derivada.....	150
C)	O juízo da identificação da operatividade originária e derivada .....	151
C.1)	O princípio da divisão dos poderes.....	151
C.2)	A afetação de terceiros .....	153
C.3)	Não afetação das garantias.....	153
C.4)	O desenvolvimento progressivo .....	153
4)	A afetação dos interesses legítimos sobre situações e direitos .....	154
5)	Normas institucionais.....	154

TERCEIRA PARTE  
A DECISÃO JUDICIAL

Capítulo I  
ESQUEMA DO RACIOCÍNIO JUDICIAL

I –	A dedução é a regra (casos fáceis) e a argumentação é a exceção (casos difíceis).....	158
II –	Primeiro passo: deduzir a solução de uma regra formalmente válida.....	159
III –	Segundo passo: controle da solução dedutiva .....	160
IV –	Terceiro passo: a solução nos casos difíceis: conflitos de regras e princípios .....	163
V –	Quarto passo: a solução baseada em paradigmas: explicação e harmonização .....	163
VI –	Conflitos entre os passos distintos .....	164
VII –	Alguns exemplos .....	165

## Capítulo II

O DEBATE SOBRE A DECISÃO  
JUDICIAL

I – O problema da decisão judicial .....	169
II – Primeiro passo: a decisão deduzida das regras válidas .....	170
1) O método dedutivo .....	170
2) Pressupostos: clareza e neutralidade moral .....	171
3) Crise dos pressupostos .....	172
A) A lei ambígua e a cláusula geral .....	172
B) A lei injusta .....	174
III – A decisão baseada na argumentação .....	176
1) O surgimento da teoria da argumentação .....	176
2) A pretensão da correção .....	178
3) A sentença como norma jurídica de concretização .....	179
4) A doutrina da arbitrariedade como pretensão de correção ...	180
IV – A decisão baseada nos paradigmas e modelos de decisão .....	182
1) O problema das decisões baseadas nas convicções .....	182
2) O juiz frente aos paradigmas competitivos e às concepções diferentes da vida .....	184

## Capítulo III

## A ANÁLISE CONSEQUENCIALISTA

I – Introdução .....	186
II – As deformações .....	187
1) A interpretação liberal .....	187
2) A interpretação absurda .....	188
3) A interpretação interessada e a propagandística .....	188
4) A interpretação “messiânica” .....	189
5) As relações entre direito e economia .....	189
III – Caracterização da análise econômica do direito .....	191
1) Delimitação do campo. Direito e microeconomia .....	191
2) A corrente positiva .....	192
3) A corrente normativa .....	193
4) O método do construtivismo jurídico .....	193

IV – Pressupostos teóricos da análise econômica do direito .....	194
1) O individualismo metodológico .....	194
2) A utilização dos modelos analíticos .....	194
3) O modelo do homem racional e do homem razoável .....	196
4) Níveis de otimização .....	197
5) O teorema de Coase .....	197
6) Custo de transação .....	197
7) Custo de oportunidade .....	198
V – Elaboraões teóricas da análise econômica do direito .....	199
1) Relação inversa entre o preço e a quantidade da demanda ...	199
2) A lei da utilidade marginal decrescente .....	199
3) Os recursos tendem a gravitar entre o seu menor valor até o mais alto se o intercâmbio voluntário for permitido .....	200
4) A teoria da escolha e dos jogos nos contratos .....	200
5) A teoria da empresa .....	202
6) A teoria da agência .....	203
VI – A teoria da ação individual e coletiva no contexto institucional ..	204
1) Os limites da análise econômica .....	204
2) A ação coletiva .....	206
3) A análise neo-institucional .....	207

#### Capítulo IV

#### CONFLITOS ENTRE AS REGRAS E OS PRINCÍPIOS

Primeira Seção: Diferenças entre regras e princípios .....	209
Segunda Seção: Conflitos de regras .....	210
I – Solução dos conflitos de leis baseadas em antinomias .....	210
II – Solução de conflitos de leis baseada em um diálogo das fontes....	211
1) Prioridade conceitual .....	211
2) Prioridade baseada nos princípios .....	212
3) Coordenação das leis .....	212
Terceira Seção: Conflitos entre os princípios .....	212
I – O juízo da ponderação: modelo dos argumentos contrapostos....	212



II – O modelo de atribuição de direitos escassos .....	214
III – Interpretação harmônica, ponderação e modelo de atribuição ....	214
IV – Como deve ser aplicada a ponderação? .....	216
V – Identificar um campo de tensão entre os princípios .....	216
VI – Formas de evitar o conflito: a opção pela alternativa mais econômica . .....	217
VII – Proibição da ponderação .....	217
VIII – Princípios de categorias distintas: exclusão da concorrência .....	218
IX – Garantias: exclusão da concorrência .....	219
Quarta Seção: A argumentação nos casos com princípios concorrentes.....	219
I – Princípios concorrentes: o critério do equilíbrio ótimo .....	219
II – O encargo de argumentação a favor dos direitos .....	221
III – O princípio <i>favor libertatis</i> e suas regras derivadas.....	222
1) “In dubio pro libertate” .....	222
2) Em favor da permissão.....	222
3) No caso de dúvida, a favor da autonomia .....	222
4) O princípio da interpretação mais favorável à vigência .....	222
5) O princípio “pro homine” .....	223
6) Em favor da racionalidade .....	223
IV – A argumentação a favor da restrição dos direitos: outros direitos e bens coletivos .....	223
V – Critérios de aplicação dos limites .....	225
1) A máxima da proporcionalidade .....	225
2) A igualdade na partilha dos ônus .....	225

## QUARTA PARTE

### PARADIGMAS PARA A DECISÃO

Introdução: relação dos paradigmas com a decisão.....	227
---	-----

#### Capítulo I

#### O PARADIGMA DE ACESSO AOS BENS JURÍDICOS PRIMÁRIOS

I – Introdução.....	230
1) Características .....	230

2)	Pressupostos .....	230
A)	A exclusão social e jurídica .....	231
B)	O umbral do acesso ao direito .....	231
II –	O direito enfocado no acesso .....	232
1)	O acesso ao trabalho .....	233
2)	O acesso à justiça .....	234
A)	Análise econômica do processo .....	235
B)	Segmentação do processo ordinário .....	235
C)	Direitos humanos procedimentais.....	237
D)	Legitimação processual .....	237
3)	O acesso das vítimas à reparação.....	238
4)	O acesso à propriedade privada.....	240
5)	O acesso ao mercado.....	242
6)	O acesso ao consumo.....	244
7)	O acesso à saúde .....	245
III –	O excesso no acesso .....	247
1)	Do uso mínimo ao uso massivo e igualitário das ferramentas jurídicas .....	247
2)	O problema da saturação .....	247
IV –	Características das normas jurídicas que garantem o acesso.....	248
1)	O acesso aos bens primários e secundários .....	248
2)	Redimensionamento das ferramentas jurídicas .....	249
3)	Garantia de acesso e imputação dos custos .....	249
4)	Qualidade e eficácia de um direito diferente .....	250
5)	Relação do acesso com a regulação do mercado .....	250

## Capítulo II

### O PARADIGMA PROTETIVO

I –	Introdução.....	251
II –	Evolução do princípio protetivo.....	252
1)	O princípio “favor debitoris” .....	252
2)	O princípio “favor debilis” .....	253
3)	O princípio em favor do consumidor .....	254
4)	Em favor do indivíduo particular .....	256
III –	A tutela da pessoa .....	257
1)	A centralidade da pessoa.....	257

2) Impacto no direito de danos.....	258
3) Impacto no contrato de serviços .....	259
A) O contrato de serviços como relação jurídica real: “a locação dos serviços” .....	259
B) O contrato de serviços como relação jurídica familiar: o emprego doméstico .....	260
C) O contrato de serviços como relação jurídica dominial: o “recurso da empresa” .....	261
D) O contrato de serviços dependente: o contrato de trabalho .....	261
E) O contrato de serviços como contrato entre pessoas .....	262
IV – A proteção do indivíduo por intermédio de direitos fundamentais .....	262
1) Características .....	262
2) Classificação .....	263
A) Primeira geração: a liberdade negativa .....	263
B) Segunda geração: direitos econômico-sociais.....	264
C) Terceira geração: qualidade de vida .....	264
D) Quarta geração: direito de ser diferente .....	264
E) O direito ao desenvolvimento .....	265
V – Limites e críticas ao paradigma protetivo .....	265
1) Proliferação dos direitos humanos e horizontalização dos conflitos .....	265
2) Centralidade da pessoa e bens coletivos.....	267
3) Princípio protetivo e efeitos distributivos .....	267
4) Princípio protetivo e níveis de informação.....	267
5) Proteção imediata e desproteção mediata.....	268
6) Atribuição do custo da intervenção .....	269

### Capítulo III

#### O PARADIGMA COLETIVO

Introdução .....	270
------------------	-----

#### Primeira Seção

##### Teoria dos bens coletivos

I – Enumeração .....	271
II – Características .....	271

Segunda Seção  
Teoria da ação coletiva

I –	Racionalidade individual e racionalidade coletiva .....	273
II –	A conduta coletiva como fonte e caminho de interpretação nas sociedades multiculturais .....	274

Terceira Seção  
Teoria dos grupos

I –	Qualificação jurídica do grupo .....	276
	1) Coesão interna, centro de interesse .....	276
	2) Regra da pertinência .....	277
	A) Identificar o objetivo: o interesse comum. ....	278
	B) Identificar um procedimento: a organização ..	278
	3) Conflitos intergrupais: legitimação competitiva .....	279
	4) Os grupos contra os seus membros .....	280
	5) O módulo do bom legislador.....	281
II –	Tipologia dos grupos .....	282
	1) Grupos institucionais .....	282
	A) Grupos de integração plena. A família ....	282
	B) Grupos de integração parcial: associações profissionais, sindicatos e associações em geral.....	283
	2) Grupos prestacionais .....	283
	3) Grupos de risco: imputabilidade e legitimação passiva .....	284
III –	A regulação do grupo institucional .....	284
	1) O grupo e a união dos seus integrantes .....	284
	A) Proibições .....	284
	B) Contribuições obrigatórias.....	285
	C) O uso de incentivos .....	285
	2) Regras que pretendem debilitar a coesão do grupo .....	286
	3) Regras que protegem o indivíduo frente ao grupo .....	287
	4) Regras que compatibilizam a atuação do grupo com os bens públicos .....	287
	A) A legitimidade do grupo de <i>lobby</i> .....	287
	B) Nulidade do objeto de sociedades .....	289

Quarta Seção  
Contratos coletivos e conexidade contratual

I –	Vínculos associativos: equipes prestacionais e contratos de colaboração .....	290
-----	---	-----

II – Conexidade contratual .....	291
1) O negócio que utiliza vários contratos .....	291
2) Perspectiva do consumidor: afetação da liberdade de escolha .....	292
3) Perspectiva do empresário: colaboração estratégica .....	293
4) O “cimento” que une os contratos: conexão objetiva .....	293
5) Elementos do sistema de contratos .....	294
A) Conexidade e integração .....	295
B) Deveres colaterais, causa e corresponsabilidade sistêmica .....	296
6) Relações frente aos terceiros .....	297
III – Contratos sobre bens de incidência coletiva e interesses difusos .....	298

#### Quinta Seção

#### A responsabilidade civil coletiva

I – Âmbito da responsabilidade coletiva .....	301
II – Legitimação passiva coletiva: danos causados por grupos .....	301
III – Legitimidade ativa coletiva: o dano sofrido por grupos .....	303
IV – Difusão coletiva da regra da responsabilidade civil individual .....	304

#### Capítulo IV

#### O PARADIGMA CONSEQUENCIALISTA

Introdução .....	305
------------------	-----

#### Primeira Seção

#### Do indivíduo isolado ao indivíduo situado

I – Insuficiência dos paradigmas protetivos .....	306
1) Direito neutro e proteção da autonomia .....	306
2) O indivíduo “diferente” à deriva .....	307
3) O direito privado defensivo como subsistema .....	308
II – A crise pública derivada das ações privadas .....	309
III – O direito inválido: exemplos .....	309

1) A responsabilidade civil da sociedade: o injusto se torna anti-jurídico.....	310
2) Privacidade no lar ou direito de ser diferente em lugares públicos.....	310
3) O problema.....	311

### Segunda Seção

#### O paradigma consequencialista

I – A necessidade de uma ancoragem .....	311
II – A ancoragem nos bens coletivos.....	312
III – A institucionalização da sociedade civil.....	314
IV – O progressivo referencial público do direito privado .....	315
V – A referência ao mercado .....	316
1) Cláusula abusiva e direito da concorrência.....	316
2) Dever de informar e transparência informativa no mercado .....	316
VI – A referência ao contexto social .....	317
1) A responsabilidade por dano genético em diversas situações ..	317
2) A legitimidade da cláusula de rescisão unilateral em contextos distintos .....	319
VII – A referência a outros direitos de categoria igual ou similar .....	320
VIII – A referência à aldeia global .....	320
IX – O consequencialismo na interpretação constitucional .....	321

### Capítulo V

#### O PARADIGMA DO ESTADO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

I – Introdução.....	322
II – Descentralização do poder .....	323
1) Concepção “descendente” e “ascendente” do direito.....	323
2) Acordos hipotéticos descentralizados: o modelo da democracia deliberativa .....	325
3) O juiz identificador de consensos .....	326
4) A Constituição como autorrestricção .....	327
III – O poder e seus limites .....	327
1) A necessidade de limites ao poder.....	327

2)	Fontes do poder.....	329
3)	Modos de exercício . . .	329
4)	O paradoxo da autorrestricção .....	330
5)	Tipologia de conflitos .....	330
IV –	Limite ao poder: o Estado de Direito.....	331
1)	A tutela do indivíduo frente ao Estado .....	331
2)	Os direitos humanos anteriores ao Estado .....	331
3)	Descentralização do poder: democracia intermediária e sociedade civil .....	332
4)	O controle das instituições. Problemas de justiça local .....	333
V –	Limite às maiorias: o Estado de Direito Constitucional.....	334
1)	A regra da maioria.....	334
2)	A democracia constitucional.....	334
3)	Direitos ao dissenso .....	335
4)	O controle judicial procedimental .....	336
VI –	Limites ao poder privado.....	337
1)	O especialista e o leigo: deveres de informação .....	337

## Capítulo VI

### O PARADIGMA AMBIENTAL

I –	Relação com os outros paradigmas.....	340
II –	Relação com o direito ambiental .....	341
III –	Relação com a ética: as bases morais da sociedade .....	342
IV –	Relação com a empresa: externalidades negativas .....	342
V –	Novas categorias jurídicas.....	343
VI –	Conceito jurídico do ambiente .....	344
1)	Definições materiais e formais .....	344
2)	Definições complexas: a paisagem .....	345
VII –	Princípios jurídicos estruturantes .....	346
VIII –	Raciocínio jurídico. Teoria das esferas .....	348
IX –	O que foi, o que é e o que será a água para o direito?.....	349
1)	O paradigma dominial .....	349
2)	Visão atual. Os limites... ..	352
3)	Os desafios do futuro .....	353

## Conclusões

Primeira Parte: A era da desordem.....	359
Segunda Parte: O sistema de direito .....	360
Capítulo I: A regra de reconhecimento ..	360
Capítulo II: As fontes .....	360
Capítulo III: Direitos fundamentais e normas institucionais.....	361
Capítulo IV: Princípios e valores .....	362
Capítulo V: Garantias substantivas e processuais.....	363
Capítulo VI: Graus de eficácia .....	364
Terceira Parte: A decisão judicial .....	364
Capítulo III: A análise consequencialista .....	365
Capítulo IV: Conflitos entre regras e princípios .....	366
Quarta Parte: Paradigmas para a decisão .....	366
Capítulo I: O paradigma de acesso aos bens jurídicos primários .	367
Capítulo II: O paradigma protetivo .....	368
Capítulo III: O paradigma coletivo .....	369
Capítulo IV: O paradigma consequencialista .....	370
Capítulo V: O paradigma do Estado de Direito Constitucional ...	371
Capítulo VI: O paradigma ambiental.....	372
Bibliografia .....	375