

o sentido do
DIREITO

Manuel ATIENZA



ESCOLAR EDITORA



o sentido do **DIREITO**

Manuel **Atienza**

© **Escolar Editora, 2014**

Rua do Vale Formoso, 37 — 1959-006 Lisboa

Telefone 211 066 500 **Fax** 211 066 530

E-mail editora@escolareditora.com

Internet <http://www.escolareditora.com>

Traduzido da edição espanhola, *El Sentido del Derecho*
Editorial Ariel, 2012

Proibida a reprodução total ou parcial deste livro sem a
autorização expressa do editor.

Todos os direitos estão reservados por Escolar Editora.

Coordenação Editorial

João Costa

Tradução:

Manuel Poirier Braz

ISBN 978-972-592-386-3

Depósito Legal nº 360 426/2013

Capa

Tiago Oliveira

Paginação

Mário Félix, Artes Gráficas

Impressão e Acabamento

Manuel Barbosa & Filhos, Lda.

ÍNDICE

APRESENTAÇÃO	21
CAPÍTULO 1	
PORQUÊ O DIREITO	25
A ubiquidade do Direito	25
O Direito e o progresso	27
<i>As nossas sociedades são progressivas?</i>	27
<i>Vivemos numa sociedade justa?</i>	29
A hipótese do não Direito	31
<i>Marxismo e Direito</i>	32
Sociedades sem Direito?	34
<i>O que é o Direito?</i>	36
<i>Normas e autoridade</i>	37
O Direito e o conflito	40
<i>Graus de jurisdição</i>	40
<i>Conexão necessária entre Direito e conflito</i>	41
CAPÍTULO 2	
MAS O QUE É O DIREITO	45
Uma questão difícil	45
<i>Ordenamentos não estáveis</i>	45
Direitos primitivos	
Direito internacional	
Direito canónico	
Direito de grupos minoritários	

<i>Variedades de perspectivas</i>	49
Operadores jurídicos: legisladores, juízes, advogados	
Estudiosos do Direito	
Cidadãos	
<i>Carácter prático e valorativo do Direito</i>	52
As definições em Direito	54
<i>Definições legislativas</i>	55
Lexicográficas	
Estipulativas	
Redefinições	
<i>Definições doutrinárias e análise conceptual</i>	56
<i>Definições “reais”</i>	58
O essencialismo linguístico	
Sobre as naturezas jurídicas	
A definição de Direito	59
<i>Três noções de definição</i>	59
<i>Palavras conceitos e objectos</i>	60
Designação e referência	
<i>É possível uma definição “real” de Direito?</i>	62
Conceitos sem referência; tipos ideais	
Definições ostensivas	
O significado das palavras é convencional	
<i>O que são as definições?</i>	65
Problemas de ambiguidade e de vacuidade	66
<i>Direito objectivo, direito subjectivo, Ciência do Direito</i> <i>e justiça</i>	66
Pode reduzir-se o direito subjectivo a Direito objectivo?	
Normas jurídicas e proposições jurídicas	
<i>Vacuidade intensiva e extensiva</i>	68
Algumas conclusões	70
Um conceito complexo	
Erros a evitar	

Definição por género próximo e diferença específica
Algo mais que uma definição

CAPÍTULO 3

DIREITO E NORMAS	73
Normas e outras entidades jurídicas	73
<i>O que significa “normativismo”</i>	73
<i>Alternativas ao normativismo</i>	74
Realismo jurídico	
Marxismo	
Jusnaturalismo	
Institucionalismo	
O que são as normas	76
<i>Variedades de normas</i>	76
<i>A função directiva da linguagem</i>	77
<i>Validade, eficácia e justificação</i>	79
Normas e normas jurídicas	79
<i>Elementos das prescrições</i>	79
Carácter	
Conteúdo	
Condição de aplicação	
Autoridade	
Sujeito normativo	
Oportunidade	
Promulgação	
Sanção	
<i>Moral social e moral crítica</i>	82
<i>Normas jurídicas e normas não jurídicas: critérios de distinção</i>	82
<i>Classes de normas jurídicas</i>	84
De mandato e consentimento	
Abstractas e concretas	
Hipotéticas e categóricas	

De origem deliberada e espontânea	
Gerais e particulares	
Retroactivas e irretroactivas	
Escritas e consuetudinárias	
Com sanção (negativa e positiva) e sem sanção	
O Direito como conjunto de normas	85
<i>As normas jurídicas como normas coactivas</i>	86
As normas jurídicas genuínas segundo Kelsen	
<i>Normas primárias e normas secundárias</i>	87
Regra de reconhecimento, normas de mudança e normas de adjudicação ou de juízo de Hart	
<i>O conceito de sistema jurídico</i>	88
Enunciados normativos e não normativos segundo Alchourrón e Bulygin	
Sistema dedutivo, sistema normativo, sistema jurídico e ordem jurídica	
<i>Regras e princípios</i>	90
Princípios em sentido estrito e directivas (<i>policies</i>) em Dworkin	
<i>As normas como razões para a acção</i>	90
Razões operativas e razões auxiliares	
Razões excludentes	
As peças do Direito	92
<i>Tipos de enunciados jurídicos</i>	92
<i>Enunciados de carácter prático e definições</i>	94
<i>Normas reguladoras ou deónticas: princípios e regras;</i> <i>normas de acção e de fim</i>	96
<i>Normas reguladoras e normas constitutivas</i>	99
<i>A regra de reconhecimento</i>	101

CAPÍTULO 4

DIREITO E MORAL	105
------------------------------	-----

Das normas à moral	105
---------------------------------	-----

<i>Conceitos normativos</i>	105
estática jurídica e dinâmica jurídica	
<i>Relações entre Direito e a moral</i>	107
Terminológicas e conceituais	
Sob a perspectiva dos operadores jurídicos: juízes e advogados	
Sob a perspectiva dos cidadãos: a desobediência civil “Mínimo ético”	
Jusnaturalismo e positivismo jurídico	110
<i>A separação entre o Direito e a moral</i>	110
Como tese empírica, conceptual e prática	
Obediência ao Direito e Direito natural	
Obediência ao Direito e positivismo jurídico	
“ <i>Se você fosse presidente</i> ”.....	115
<i>Características e tipos de jusnaturalismo e de positivismo jurídico</i>	118
Coincidências teóricas e práticas	
Características do jusnaturalismo e do positivismo jurídico	
Tipos de jusnaturalismo: religioso e laico; Fuller e a moralidade interna do Direito	
Tipos de positivismo jurídico: ideológico e metodológico; Hart e o conteúdo mínimo do Direito natural	
O que fica	122
<i>O positivismo (e o jusnaturalismo) ideológico</i>	122
Definição persuasiva e carga emotiva da linguagem	
<i>A crítica histórica ao Direito natural</i>	124
A positivação do Direito e a juridificação da moral	
<i>É aceitável a tese positivista da separação entre o Direito e a moral?</i>	126
O argumento etimológico	
O fim intrínseco de uma actividade	

Juízos internos e juízos externos	
Diferenças terminológicas	
<i>A conexão (e a separação) necessária entre o Direito e a moral</i>	131
CAPÍTULO 5	
DIREITO E PODER	135
Introdução	135
O conceito de poder	138
<i>Uma noção complexa</i>	138
<i>Elementos do poder</i>	139
Sujeitos, objecto e fontes do poder	
<i>Tipos de poder</i>	141
Económico, ideológico e político	
Direito e força	142
<i>Conexão externa e interna</i>	142
<i>A origem do Estado</i>	144
<i>O Estado moderno</i>	146
O conceito de soberania	
O público e o privado	
<i>Direito e Estado</i>	148
O pluralismo jurídico	
Direito, consenso e ideologia	151
<i>Força e consenso</i>	151
<i>Formas de legitimação do poder</i>	152
Autoridade carismática, tradicional e legal	
Legitimação e legitimidade	
<i>Sobre a noção de ideologia</i>	155
Como sistema de ideias e como fenómeno de falsa consciência referida ao conhecimento e à realidade	
Direito e poder económico	157
<i>Relações entre o Direito e a economia</i>	157
<i>A análise económica do Direito</i>	158

Conclusões	162
<i>O Direito como forma de poder</i>	163
<i>Poder, domínio e Direito</i>	164
O poder como técnica de coordenação	
O poder comunicativo	
CAPÍTULO 6	
AS FUNÇÕES DO DIREITO	167
A análise funcional do Direito	167
<i>Importância da análise funcional</i>	167
Desenvolvimento da sociologia do Direito	
Perda ou mudança de função do Direito	
Funções negativas	
Novas funções	
<i>O que significa “função social do Direito”?</i>	171
Em sentido organicista	
Em sentido matemático: a eficácia social do Direito	
<i>A concepção funcionalista e a concepção da sociedade como</i> <i>conflito</i>	172
As funções sociais do Direito	173
<i>O Direito como sistema de controlo social</i>	173
Supervisionar e dirigir	
Comportamento desviado: inovador, ritualista, apático e rebelde	
Formas de exercer o controlo: <i>a priori</i> e <i>a posteriori</i> , sobre as condutas desejadas e sobre as condutas indesejadas	
Controlo dos cidadãos e dos órgãos públicos	
Controlo social e redução da complexidade	
<i>Da função social às funções sociais do Direito</i>	180
<i>A eficácia social das normas jurídicas</i>	182
<i>A concepção da sociedade como conflito e o Direito</i>	184
Marx: função de domínio e função ideológica	

Gumpłowicz: a permanência do conflito	
Dahrendorf: titularidades e provisões; anomia social	
Direito e mudança social	187
<i>Formas de entender as relações entre o Direito e a mudança social</i>	187
Mudanças jurídicas produzidas por mudanças sociais e vice-versa	
A nível macroscópico e microscópico	
Mudanças directas e indirectas	
<i>Linhas de desenvolvimento do Direito</i>	190
<i>Instâncias jurídicas da mudança social</i>	193
Legislação, jurisdição e administração	
Condições que favorecem a implantação de novos modelos de conduta	

CAPÍTULO 7

DIREITO, JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS	197
O conceito de justiça	197
<i>Justiça e igualdade</i>	197
Justiça distributiva e comutativa	
Igualdade de características e de tratamento;	
Perelman e a regra da justiça	
Igualdade quanto ao processo e quanto ao resultado	
Igualdade política, igualdade perante a lei e igualdade na lei	
<i>Justiça e liberdade</i>	202
Liberdade negativa, liberdade positiva e liberdade material ou real	
<i>Justiça e segurança jurídica</i>	205
Ordem, certeza e segurança em sentido estrito	
Concepções da justiça	208
<i>Introdução</i>	208
Ética descritiva, ética prescritiva e meta-ética	

Actos, normas instituições e agentes justos	
Concepções cognoscitivas e não cognoscitivas	
<i>A concepção jusnaturalista</i>	213
Características	
Crítica	
Jusnaturalismo e direitos humanos	
<i>A concepção de Kant</i>	215
Imperativos hipotéticos e categóricos	
Formulações e características do imperativo categórico	
Críticas a Kant	
<i>O utilitarismo</i>	217
Caracterização e tipos	
Críticas ao utilitarismo	
<i>Concepções historicistas da justiça</i>	220
Explicação e justificação histórica	
A história como tradição: a escola histórica do Direito	
A concepção dialéctica da história: Hegel	
A concepção da justiça de Marx: a crítica aos direitos humanos	
<i>A concepção da justiça de J. Rawls</i>	225
Posição originária e manto da ignorância	
Os princípios da justiça	
O racional e o razoável; o consenso por sobreposição	
<i>A concepção discursiva: J. Habermas</i>	228
Pretensões de validade: verdade e correcção	
Discurso racional e situação ideal de diálogo	
O princípio da ética discursiva	
<i>A concepção comunitarista</i>	230
Universalismo e particularismo ético	
A crítica comunitarista	
A crítica ao comunitarismo	

Justiça e direitos humanos	233
<i>Um consenso recente</i>	233
<i>O conceito de direitos humanos</i>	235
Direitos morais e direitos jurídicos	
Direito subjectivo em sentido estrito, liberdade, poder e imunidade	
Dimensão valorativa dos direitos humanos	
Direitos humanos como critérios de validade do Direito	
Vacuidade intencional; universalidade; inalienabilidade; carácter absoluto; individualizado	
<i>A fundamentação dos direitos humanos</i>	244
Passos da fundamentação moral	
Direitos humanos e relativismo moral	
Explicação histórica dos direitos humanos: direitos humanos e Estado de Direito	
Garantia e universalidade dos direitos humanos; direitos humanos e democracia	
Fundamentação liberal: princípios de inviolabilidade, de autonomia, e de dignidade da pessoa humana	
Fundamentação socialista: princípio das necessidades básicas de cooperação e de solidariedade	

CAPÍTULO 8

DIREITO E SABERES JURÍDICOS	251
Origem e desenvolvimento da ciência jurídica	251
<i>Direito e ciência do Direito</i>	251
Uma ciência nacional	
<i>Common law e civil law</i>	
<i>Os primeiros desenvolvimentos da jurisprudência</i>	253
A jurisprudência romana	

Os glosadores e os comentadores; <i>mos gallicus</i> e <i>mos italicus</i>	
A formação da <i>common law</i>	
A recepção do Direito romano	
O jusnaturalismo racionalista	
<i>A ciência jurídica moderna</i>	258
A escola histórica do Direito	
A escola da exegese	
A jurisprudência analítica	
<i>A revolta contra o formalismo</i>	262
Conceitual	
Jurisprudencial	
Legal	
Ciência do Direito e saberes jurídicos	265
<i>Diferenças em relação ao objecto</i>	266
A teoria geral do Direito	
A lógica jurídica	
O Direito comparado	
A História do Direito	
<i>Em relação ao método</i>	269
A sociologia do Direito	
Relações entre a dogmática jurídica e a sociologia do Direito	
<i>E em relação à função</i>	273
Ciência ou técnica?	
Dogmática jurídica, técnica da legislação e informática jurídica	
A filosofia do Direito	

CAPÍTULO 9

O DIREITO COMO ARGUMENTAÇÃO..... 279**Direito e argumentação**

Perspectivas de análise do Direito

Estrutural	
Funcional	
Valorativa	
<i>O enfoque argumentativo</i>	280
<i>Explicação e justificação</i>	282
A motivação das decisões	
O que é argumentar	284
<i>Argumentação, linhas argumentativas e argumentos</i>	284
<i>Três concepções da argumentação</i>	286
Formal	
Material	
Pragmática	
<i>Bons argumentos e argumentos falazes</i>	291
A argumentação jurídica	293
<i>Argumentação jurídica e argumentação judicial</i>	293
<i>Casos fáceis e casos difíceis</i>	294
Justificação interna e justificação externa	
Tipos de casos difíceis	
Critérios da racionalidade prática	
<i>De novo a moral</i>	296
Limites da racionalidade jurídica	
Sobre a interpretação	297
<i>O que é interpretar</i>	297
Enunciado a interpretar, enunciado interpretativo e enunciado interpretado	
<i>Métodos interpretativos</i>	299
Critérios linguísticos, sistemáticos, pragmáticos, teleológicos valorativos	
<i>Teorias da interpretação</i>	300
Formalistas e realistas	
Subjectivistas e objectivistas	

CAPÍTULO IO

CONCEPÇÕES DO DIREITO	303
Introdução	303
<i>Concepções e sentido do Direito</i>	<i>303</i>
<i>Concepções do Direito do século XX</i>	<i>304</i>
O formalismo jurídico	306
<i>Duas noções de formalismo</i>	<i>306</i>
<i>Características do formalismo</i>	<i>308</i>
O realismo jurídico	310
<i>Realismo jurídico em sentido amplo</i>	<i>310</i>
<i>O realismo jurídico americano</i>	<i>311</i>
Instrumentalismo pragmático	
O Direito como conduta	
Positivismo metodológico e cepticismo axiológico	
<i>O realismo jurídico escandinavo</i>	<i>315</i>
Analogias e diferenças em relação ao realismo americano	
O normativismo	317
<i>Tipos de normativismo</i>	<i>317</i>
<i>O normativismo (positivismo) formulista: H. Kelsen</i>	<i>318</i>
A teoria pura do Direito	
O relativismo moral	
<i>O normativismo (positivismo) analítico: H. Hart</i>	<i>323</i>
A separação conceitual entre Direito e moral	
Ponto de vista interno e externo	
O jusnaturalismo	326
<i>O jusnaturalismo no século XX</i>	<i>326</i>
<i>O Direito natural procedimental: L. Fuller</i>	<i>327</i>
Crítica ao positivismo jurídico	
Um Direito natural <i>sui generis</i>	
O marxismo jurídico	330
<i>Marxismo forte e débil</i>	<i>331</i>

A situação actual	335
<i>Neo-jusnaturalismo</i>	336
<i>Teorias críticas do Direito</i>	337
<i>O pós-positivismo: R. Dworkin</i>	338
<i>O paradigma constitucionalista</i>	341
<i>O sentido do Direito</i>	343
BIBLIOGRAFIA	347