

Introdução ao Direito

Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito

Georges Abboud
Henrique Garbellini Carnio
Rafael Tomaz de Oliveira

6ª edição

revista
atualizada
ampliada

Posfácio
Lênio Luiz Streck

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Bárbara Baraldi

Estagiários: Ana Amalia Strojnowski, Mariane Cordeiro e Mirna Adel Nasser

Produção Editorial

Gerente de Conteúdo

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analistas de Operações Editoriais: Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra e Vanessa Mafra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa e Victória Menezes Pereira

Estagiários: Bianca Satie Abduch, Gabrielly N. C. Saraiva, Maria Carolina Ferreira e Sofia Mattos

Capa: Paula Astiz

Líder de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILA FUREGATO DA SILVA

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araújo e Rodrigo Araújo

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Assistente de Produção Gráfica: Ana Paula de Araújo Evangelista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Abboud, Georges

Introdução ao direito : Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito /
Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira.
-- 6. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

Bibliografia.

ISBN 978-65-5991-452-4

1. Direito - Filosofia I. Carnio, Henrique Garbellini. II. Oliveira,
Rafael Tomaz de. III. Título.

21-92473

CDU-340.12

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Filosofia 340.12

2. Filosofia do direito 340.12

3. Filosofia jurídica 340.12

Cibele Maria Dias - Bibliotecária CRB-8/9427

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS.....	7
PREFÁCIO	11
NOTA PARA 6. ^a EDIÇÃO.....	19
NOTA PARA 5. ^a EDIÇÃO.....	21
NOTA PARA 4. ^a EDIÇÃO.....	23
NOTA PARA 3. ^a EDIÇÃO.....	25
NOTA PARA 2. ^a EDIÇÃO.....	27
LISTA DE ABREVIATURAS.....	39
INTRODUÇÃO	41

PRIMEIRA PARTE
O QUE É O DIREITO?
CONCEITO E FUNÇÃO

1. POLISSEMIA DO TERMO DIREITO	51
1.1 A expressão do Direito na convivência social	51
1.2 As diversas acepções sobre o termo direito	53
1.3 Conclusões principais.....	58
2. O CONCEITO DE DIREITO	61
2.1 Definição Etimológica.....	61
2.2 Definição Etnológica.....	65
2.2.1 A gênese da sociedade e do direito nas comunidades primitivas: a interpretação primitiva da natureza intrínseca à sociedade....	66
2.2.2 O conceito de magia e sua importância sobre a estrutura orga- nizacional da comunidade primitiva.....	68

2.2.3	O princípio da retribuição como condutor das relações sociais primitivas.....	70
2.2.4	As organizações gentílicas e o banimento.....	74
2.3	Definição jusnaturalista.....	79
2.4	Definição juspositivista.....	82
2.4.1	Positivismo contemporâneo: exclusivista e inclusivista.....	84
2.4.1.1	Positivistas inclusivistas: Waluchow.....	89
2.4.1.2	Crítica aos argumentos de Hart.....	92
2.4.1.3	Positivismo inclusivo vs. exclusivo: a análise crítica de Waluchow acerca dos argumentos de Raz.....	94
2.4.1.4	Positivistas exclusivistas: Joseph Raz.....	100
2.5	Definição pós-positivista.....	112
2.6	Conclusões principais.....	116
3.	DIREITO E SUA FUNÇÃO.....	117
3.1	Direito e regulação social.....	117
3.1.1	O direito como fato social e a satisfação das necessidades sociais.....	119
3.2	Direito e Sociologia.....	121
3.2.1	Augusto Comte e a sua Filosofia Positivista.....	121
3.2.1.1	O medo e o desejo como elementos motivacionais da sociabilidade.....	123
3.2.2	O termo sociologia.....	125
3.2.3	O objeto da sociologia.....	127
3.2.4	Divisões da disciplina sociologia.....	129
3.2.5	As sociologias especiais.....	130
3.2.6	O sociologismo e o sociologismo jurídico.....	130
3.2.7	Sociologia política.....	131
3.3	A relação entre direito e sociologia.....	132
3.3.1	Contexto histórico e noção científica da sociologia.....	132
3.3.1.1	A ciência sociológica.....	132
3.3.1.2	O contexto histórico do surgimento da sociologia.....	134
3.3.1.3	Esforço histórico panorâmico sobre os pensamentos precedentes, formadores e sucessores do acontecimento da sociologia.....	141
3.3.2	Sociologia do direito e sociologia no direito.....	149
3.3.2.1	Posição e autonomia da sociologia jurídica.....	151
3.3.2.2	Relações da sociologia jurídica com a dogmática jurídica e com a filosofia do direito.....	152

3.3.3	Émile Durkheim (1858-1917)	154
3.3.4	Max Weber (1865-1920)	165
3.4	A sociologia jurídica na França.....	176
3.4.1	Para além de Durkheim: Leon Duguit, Henri Lévy-Brhul, Marcel Mauss e Georges Gurvitch	176
3.5	A sociologia jurídica no pensamento germânico	186
3.5.1	Para além de Weber: o pensamento de Eugen Ehrlich e os novos rumos da sociologia jurídica	186
3.6	A sociologia do direito nos Estados Unidos	188
3.7	A sociologia do direito na Escandinávia.....	191
3.8	A sociologia jurídica no Brasil.....	192
3.9	Direito e limitação do poder político	196
3.9.1	A dogmática jurídica e sua função social	196
3.9.1.1	A concepção dogmática do direito.....	197
3.10	Direito e violência: autoridade e legitimidade.....	199
3.11	Biopoder, biopolítica e direito	206
3.12	Direitos do Homem, Nação e Cidadania: para uma introdução crítica aos Direitos Humanos	208
3.12.1	A experiência do holocausto e a dignidade da pessoa humana ...	212
3.13	Direito e poder	217
3.14	Violência e racionalidade jurídica.....	220
3.14.1	O Antagonismo entre Kelsen e Schmitt	223
3.14.2	A Filosofia de Walter Benjamin como Antípoda do pensamento de Kelsen e Schmitt.....	228
3.15	Direito e ideologia.....	232
3.15.1	A ideologia representativa.....	234
3.15.2	Ideologia e direito	237
3.15.3	Ideologia do mercado como ideologia do heroísmo	241
3.15.4	A crítica da ideologia e o associal integrado: a falsa consciência esclarecida.....	244
3.16	Conclusões principais.....	247

SEGUNDA PARTE – QUAIS OS FUNDAMENTOS DO DIREITO?

NOÇÕES ELEMENTARES SOBRE EPISTEMOLOGIA, VALIDADE E LEGITIMIDADE DO DIREITO

4.	DIREITO E CIÊNCIA	251
4.1	O que é Ciência? Conceito Elementar	251
4.1.1	A questão do conhecimento: senso comum, conhecimento científico e conhecimento filosófico	252

4.1.1.1	O senso comum e o sentido comum teórico dos juristas	252
4.1.1.2	O conhecimento científico	254
4.1.1.3	O conhecimento filosófico.....	257
4.2	Direito como Ciência	259
4.2.1	A ciência do direito: um excuro histórico das diversas perspectivas (historicismo, finalismo e positivismo)	261
4.2.2	A ciência do direito: a atual abordagem epistemológica da teoria dos sistemas sociais autopoieticos	265
4.2.2.1	Considerações preparatórias acerca da matriz teórica “pragmático-sistêmica”	265
4.2.2.2	Traços fundamentais da teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann.....	272
4.2.2.3	Sistemas autopoieticos.....	274
4.2.2.4	A sociologia do direito no pensamento de Luhmann: a relação entre a proposta sistêmica e o Direito	277
4.2.2.5	Uma discussão contemporânea sobre o lugar da teoria no direito: um debate entre Richard Posner e Ronald Dworkin	280
4.3	Conclusões principais.....	286
5.	DIREITO E MORAL.....	289
5.1	Noções elementares sobre moral.....	289
5.2	Noções elementares sobre ética.....	293
5.2.1	Conceito básico de ética	293
5.2.2	A relação entre moral e ética e uma breve distinção	293
5.2.3	A relação do fenômeno jurídico com a ética	294
5.3	A relação entre moral e direito numa perspectiva contemporânea	298
5.3.1	A distinção proposta por Robert Alexy: uma topografia das relações possíveis entre o direito e a moral	298
5.3.1.1	Tese da vinculação	298
5.3.1.2	Tese da separação.....	298
5.3.1.3	Tese da complementaridade.....	299
5.3.1.4	Análise específica da proposta de Robert Alexy.....	299
5.3.1.5	Tese da interconexão.....	303
5.3.2	A proposta de Ronald Dworkin	304
5.3.2.1	Discussão da proposta de Dworkin com a teoria positivista: um debate com Luigi Ferrajoli	305
5.3.2.2	Análise da proposta de Ferrajoli e seu primeiro confronto com a tese de Ronald Dworkin	310

5.3.2.3	Aplicação dessa discussão teórica a um exemplo concreto: a presunção de inocência e a moralidade na LC 135/2010.....	313
5.4	Conclusões principais.....	324
6.	DIREITO E JUSTIÇA.....	327
6.1	O conceito de justiça.....	327
6.1.1	Sobre a origem do conceito de justiça: plurivalência e equivo- cidade do termo.....	327
6.2	O conceito tradicional de justiça e problema de sua dualidade meta- física.....	330
6.3	A teoria da justiça e a reviravolta linguística da filosofia.....	333
6.3.1	Proposta para se (re)pensar a dualidade metafísica do conceito de justiça no ambiente da filosofia da linguagem.....	333
6.3.2	A justiça e sua projeção racionalista: a importância de Kant	334
6.3.3	O pensamento retórico de Chaïm Perelman.....	335
6.3.4	A crítica pela novíssima retórica de Boaventura de Sousa Santos.....	336
6.3.5	A proposta de John Rawls.....	338
6.3.6	A noção material de justiça de Amartya Sen a partir da leitura de John Rawls.....	340
6.3.7	As esferas da justiça de Michael Walzer.....	341
6.3.8	O tema da justiça no pensamento de Ronald Dworkin e sua crítica ao pensamento de Walzer.....	342
6.4.	Apontamentos finais sobre o conceito de justiça.....	345
6.5	Conclusões principais.....	346
7.	JUSNATURALISMO VERSUS JUSPOSITIVISMO: UMA QUESTÃO VÁLIDA? ...	349
7.1	Jusnaturalismo: vertentes.....	349
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).....	350
7.1.2	O desenvolvimento do jusnaturalismo moderno e seu relacio- namento com a filosofia moderna e com a filosofia político- -jurídica.....	355
7.1.3	A contemporaneidade e o jusnaturalismo.....	362
7.2	Juspositivismo.....	367
7.2.1	Positivismo legalista.....	370
7.2.2	Positivismo normativista.....	371
7.3	Para além da dicotomia entre jusnaturalismo e juspositivismo: é possível uma terceira via?.....	372
7.4	Conclusões principais.....	373

TERCEIRA PARTE
COMO SÃO DECIDIDAS AS QUESTÕES JURÍDICAS?
TEORIA DA DECISÃO E DA DORMA JURÍDICA

8.	A TEORIA DAS FONTES DO DIREITO E SUA VISÃO CONTEMPORÂNEA ...	377
8.1	Os sistemas do <i>common law</i> e do <i>civil law</i> . Características e diferenças....	380
8.1.1	Análise crítica sobre a possível confluência entre os sistemas....	385
8.2	Constitucionalismo: gênese e a função do controle de constitucionalidade	390
8.3	A clássica distinção entre direito público e direito privado: a necessidade de sua revisão e o fenômeno do constitucionalismo	396
8.3.1	A evolução do direito subjetivo	399
8.3.2	Os direitos fundamentais. Conceito e função	402
8.3.2.1	Os modelos de fundamentação dos direitos fundamentais	404
8.3.2.1.1	O modelo historicista.....	404
8.3.2.1.2	O modelo individualista	406
8.3.2.1.3	O modelo estatalista.....	408
8.3.2.2	Direitos fundamentais e a Constituição Federal.....	409
8.4	Lei	412
8.4.1	Distinção entre lei e Constituição	414
8.4.2	Distinção e semelhança entre ato legislativo e ato normativo (súmulas vinculantes e medidas provisórias)	416
8.4.2.1	Súmula vinculante	416
8.4.2.2	Medida provisória.....	419
8.5	Princípios no direito: a necessária diferenciação entre as diversas possibilidades de uso do conceito	421
8.5.1	A (in)determinação do conceito de princípio	421
8.5.1.1	Princípios gerais do direito	422
8.5.1.2	Princípios jurídico-epistemológicos	422
8.5.1.3	Princípios constitucionais	423
8.5.2	Diferença entre princípios gerais do direito e princípios constitucionais	424
8.5.3	Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.....	431
8.6	Jurisprudência.....	434
8.6.1	Compreensão do termo: “iurisprudentia” e “jurisprudência” ...	434
8.6.2	Conceito romano de “iurisprudentia”. Gênese da doutrina e da jurisprudência.....	434
8.6.3	A doutrina como fonte do direito	438

8.6.4	Jurisprudência como fonte do direito	440
8.6.4.1	Princípios informadores da atividade decisória (jurisprudência)	440
8.6.4.1.1	Princípio da congruência	440
8.6.4.1.2	Princípio da motivação	441
8.6.4.1.3	Princípio da colegialidade e publicidade... ..	442
8.6.4.1.4	Princípio da igualdade	442
8.6.4.2	As funções da jurisprudência	442
8.6.4.3	A diferente posição da jurisprudência no <i>common law</i> em relação ao <i>civil law</i>	443
8.7	Precedente judicial – o regime do <i>Stare Decisis</i>	446
8.8	Justiça e equidade	449
8.9	Costume	452
8.10	Conclusões principais	453
9.	TEORIA DA NORMA E DO ORDENAMENTO JURÍDICO	459
9.1	Norma e ordenamento	460
9.2	A hierarquia normativa e Unidade do Ordenamento	464
9.3	Ordenamento e sistema: o problema das antinomias	467
9.4	O mito da completude do ordenamento: a questão das lacunas do ordenamento	469
9.5	Construção positivista do conceito de norma e seus críticos	472
9.6	A atual dicotomia que divide a norma entre regras e princípios	477
9.7	Para além de um conceito positivista de norma: a visão pós-positivista ..	488
9.7.1	A necessária distinção entre texto e norma	490
9.7.2	A superação da interpretação como ato que revela a vontade da lei ou do legislador	492
9.7.3	A necessidade de se superar a sentença como ato silogístico	493
9.8	Conclusões Principais	494
10.	TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL	497
10.1	O ponto de partida da discussão: teoria sobre o método	497
10.1.1	A metodologia jurídica	500
10.1.1.1	Discurso sobre o método no contexto do Direito Privado	504
10.1.1.1.1	Escola da exegese	504
10.1.1.1.2	Escola histórica	507
10.1.1.1.3	Jurisprudência dos conceitos	510
10.1.1.1.4	Jurisprudência dos interesses	513

10.1.1.2	O problema do Método no Campo da Teoria do Direito do Estado (<i>Staatsrechtslehre</i>)	517
10.1.1.2.1	Positivismo jurídico-constitucional v.s. sociologia empírica	517
10.1.1.2.2	A via do normativismo Kelseniano	519
10.1.1.2.3	As vertentes antipositivistas.....	519
10.1.1.2.4	A década de 1930 e o abandono da discussão sobre o método	523
10.1.1.3	Jurisprudência dos valores.....	530
10.1.1.3.1	Karl Larenz	532
10.1.1.3.2	Josef Esser	535
10.1.1.4	Considerações à jurisprudência dos valores e à jurisprudência do <i>Bundesverfassungsgericht</i>	536
10.1.1.4.1	Crítica à “recepção” da jurisprudência dos valores pela doutrina brasileira	541
10.1.1.5	As diferenças entre a judicialização da política (e das relações sociais) e o ativismo judicial: discussão sobre o papel dos tribunais no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo	543
10.2	As vertentes contemporâneas sobre interpretação do direito: a hermenêutica jurídica	550
10.2.1	A insuficiência das posturas metodológicas tradicionais para resolver os problemas da decisão jurídica: a crítica ao método ...	552
10.2.1.1	Aproximações sobre Hermenêutica	552
10.2.1.2	O problema do método no ambiente da hermenêutica jurídica	559
10.2.1.3	A “era da hermenêutica” (Stein) e o caráter filosófico da hermenêutica	566
10.2.1.3.1	O papel de Martin Heidegger na transformação do sentido da Hermenêutica no século XX.....	571
10.2.1.3.2	A hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer	581
10.3	Teorias do direito contemporâneas com ênfase na questão da decisão judicial: a ponderação de Alexy. O Juiz Hércules de Dworkin e a Teoria da Decisão de Lenio Streck	591
10.3.1	A relação entre decisão judicial e o conceito de princípio e o problema da distinção regra e princípios constitucionais.....	591
10.3.2	A teoria da argumentação de Robert Alexy: a fórmula da ponderação como fator de racionalização do discurso judicial que aplica princípios	592

10.3.3 O construtivismo de Ronald Dworkin: o direito como integridade.....	600
10.3.4 A proposta de Lenio Streck: a teoria da decisão e a resposta adequada a Constituição.....	602
10.4 Conclusões principais.....	607
NOTA CONCLUSIVA.....	613
POSFÁCIO	617
Do Positivismo ao não Positivismo: A Trajetória Hermenêutica do Direito – A Necessidade da Crítica da Crítica Jurídica.....	617
1. Os sentidos coagulados do direito, a linguagem oficial dos juristas e a reprodução do <i>habitus dogmaticus</i>	617
2. A lei, o direito e a alografia dos textos. De como o direito não cabe na lei, mas também não pode ser criado à revelia da lei.....	625
3. A hermenêutica como uma “questão moderna” e a sua recepção pelo giro ontológico-linguístico.....	640
4. O novo direito, seu grau de autonomia e “de como esse fenômeno não foi bem compreendido”	646
Episódio um: A antiga confusão acerca do que significa a expressão “positivismo jurídico”	651
Episódio dois: O fatalismo em torno do solipsismo ou “de como é difícil convencer a comunidade jurídica de que o direito não está imune aos avanços da filosofia”	655
Episódio três: De como não devemos confundir pré-compreensão com subjetivismos, ideologias e preconceitos.....	659
Episódio quatro: O “neoconstitucionalismo” e a simplista visão de que basta superar o velho exegetismo.....	663
Episódio cinco: O decisionismo, a ponderação e a Katchanga real.....	672
5. Pequena conclusão reflexiva ou “de como precisamos falar sobre o direito”	677
BIBLIOGRAFIA	681
ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO	703