

STJ00097243

ADRIAN SGARBI

INTRODUÇÃO À TEORIA DO DIREITO

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

Coleção
Filosofia e Direito

Direção
Jordi Ferrer
José Juan Moreso
Adrian Sgarbi

Introdução à teoria do direito
Adrian Sgarbi

Capa
Nacho Pons

Preparação e revisão
Ida Gouveia

Editoração eletrônica
Oficina das Letras®

Todos os direitos reservados.
Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

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

Sgarbi, Adrian

Introdução à teoria do direito / Adrian Sgarbi. – São Paulo : Marcial Pons, 2013. – (Coleção filosofia e direito)

ISBN 978-85-66722-04-8

1. Direito - Filosofia 2. Direito - Teoria I. Título. II. Série.

13-02396

CDU-340.12

Índices para catálogo sistemático: 1. Direito : Filosofia 340.12

© Adrian Sgarbi

© MARCIAL PONS
EDITORA DO BRASIL LTDA.

Av. Brigadeiro Faria Lima, 1461, conj. 64/5, Torre Sul
Jardim Paulistano CEP 01452-002 São Paulo-SP

☎ (11) 3192.3733

www.marcialpons.com

Impresso no Brasil [07-2013]

993594

SUMÁRIO

NOTA DO AUTOR.....	9
ABREVIATURAS E SIGLAS	13
FIGURAS	15
CAPÍTULO I	
O DIREITO.....	29
I. O vocábulo «direito» e o seu entorno.....	30
1. A delimitação do significado.....	30
2. O problema.....	30
2.1 Vagueza.....	31
2.2 Ambiguidade.....	32
2.3 Conceitos essencialmente controvertidos.....	33
2.4 Emotividade.....	33
II. Normas, sociedade, interação.....	34
III. Normatividade jurídica	36
IV. As instituições e o Estado.....	39
V. Sociedades sem Estado e a existência do direito	43
VI. Pluralismo jurídico e o monopólio da violência física	46
VII. (Algumas) funções do direito.....	48
Para seguir estudando	50

CAPÍTULO II

NORMA JURÍDICA	53
I. As mensagens normativas	54
1. Uso prescritivo da linguagem.....	54
2. Textos normativos e normas.....	54
3. Delimitação dos sentidos de «lei»	57
4. A composição formal das normas jurídicas	58
II. Ontologia, normas e proposições	59
1. Ontologia das normas.....	59
2. Tipos de normas jurídicas.....	61
2.1 Normas de conduta (ou primárias).....	62
2.1.1 Normas que impõem obrigações de fazer algo ou alguma coisa.....	63
2.1.2 Normas que proíbem.....	63
2.1.3 Normas que permitem.....	64
2.1.4 Conceito de omissão e normas que estabelecem a obrigação de omitir.....	64
2.2 Normas de estrutura (ou secundárias).....	65
2.2.1 Normas de modificação.....	66
2.2.1.1 Normas sobre a produção de normas	66
2.2.1.1.1 Regras de competência.....	66
2.2.1.1.2 Regras de exercício	67
2.2.1.1.3 Regras de finalidade.....	69
2.2.1.2 Normas sobre a eliminação de normas.....	70
2.2.2 Normas «sobre interpretação» e «normas interpretativas»	70
2.2.2.1 Normas sobre a interpretação.....	71
2.2.2.2 Normas interpretativas	72
2.2.3 Normas sobre a aplicação de normas.....	74
2.2.4 Normas que estabelecem sanções	75
3. Proposições jurídicas e falácia naturalista.....	75

III. Os princípios jurídicos	76
1. Muitos sentidos para «princípio»	76
1.1 Princípios a partir do direito vigente	77
1.2 Princípios como «princípios gerais do direito»	78
1.3 Princípios como «fundamento»	79
1.4 Princípios como «razões de decisão»	80
2. Princípios explícitos e princípios implícitos	82
3. Identificação dos princípios	83
3.1 Princípios identificados pelo legislador	83
3.2 Princípios identificados pela doutrina	84
3.3 Princípios identificados pela jurisprudência	85
3.4 Distinção forte e fraca entre princípios e regras	85
4. Principais campos operativos dos princípios	90
4.1 No campo da «produção de normas»	90
4.2 No campo da «interpretação das disposições normativas»	91
4.3 Na «integração do conjunto normativo»	91
IV. Predicados comuns às normas jurídicas	91
1. Eficácia	91
1.1 Eficácia como «eficácia jurídica»	91
1.2 Eficácia como «eficácia sociológica»	94
2. Efetividade	94
3. Validade	95
4. Justiça	97
5. Eficiência	97
Para seguir estudando	99

CAPÍTULO III

ORDENAMENTO JURÍDICO	101
I. Conjunto normativo	101
II. Unitário	102
1. Constituição originária	104

2. Problema da existência.....	105
3. Problema da identidade.....	108
4. Ordenamento jurídico e sistemas jurídicos.....	111
4.1 Cadeias normativas.....	113
4.2 Sistemas estáticos e dinâmicos.....	114
4.2.1 Sistema normativo estático.....	114
4.2.2 Sistema normativo dinâmico.....	115
4.2.3 Critérios mistos.....	116
5. Problema da estrutura.....	118
5.1 Relações de coordenação.....	118
5.2 Relações de subordinação.....	119
5.3 Irregularidades.....	122
6. Elementos do conjunto normativo.....	124
7. Problema do conteúdo.....	126
III. Pleno.....	129
1. Identificação e classes de lacunas.....	129
2. O dogma da plenitude.....	130
2.1 Teoria do espaço jurídico vazio.....	133
2.2 Teoria da norma geral exclusiva.....	135
2.3 Teoria da capacidade de expansão do direito.....	137
3. Integração de lacunas.....	140
3.1 Lacunas e interpretação.....	141
3.2 Técnicas de solução das lacunas.....	142
3.2.1 A técnica da <i>analogia legis</i>	142
3.2.2 A técnica da <i>analogia iuris</i>	143
3.2.3 A técnica da interpretação extensiva.....	144
IV. Coerente.....	145
1. Antinomias.....	145
2. Requisitos para haver antinomia.....	147
2.1 Pertencimento à mesma ordem jurídica.....	147

2.2	Incompatibilidade.....	148
2.3	Campos de aplicação coincidentes	149
3.	Extensão dos conflitos	149
4.	Conflitos de 1.º e de 2.º graus.....	151
5.	Critérios de solução de antinomias.....	151
5.1	Antinomias de 1.º grau	153
5.1.1	Critério da hierarquia	153
5.1.2	Critério cronológico	154
5.1.3	Critério da especialidade.....	155
5.2	Antinomias de 2.º grau	156
5.2.1	Conflito entre os critérios hierárquico e o cronológico..	157
5.2.2	Conflito entre os critérios hierárquico e o da especiali- dade	157
5.2.3	Conflito entre os critérios cronológico e o da especiali- dade	157
5.3	Antinomia de princípios	158
5.3.1	A técnica da ponderação e suas fases.....	160
5.3.2	Ponderação e subsunção frente a frente	162
	Para seguir estudando	163

CAPÍTULO IV

	LÉXICO. OS CONCEITOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS	165
I.	Sujeitos de direito	165
1.	Pessoas físicas e jurídicas.....	165
2.	Pessoas jurídicas segundo Kelsen	169
II.	Relação jurídica.....	171
III.	Direitos subjetivos	173
1.	Teoria de Kelsen.....	173
2.	Teoria de Hohfeld.....	175
2.1	O modelo	176
2.2	Situações vantajosas e desvantajosas	178

IV. Dever jurídico	179
V. Ilícito	180
VII. Responsabilidade jurídica.....	182
VIII. Sanção	185
1. Teoria tradicional	186
2. Oposições à teoria tradicional	187
2.1 Oposição ontológica	187
2.2 Oposição metodológica	188
3. Algumas classificações a respeito das sanções.....	189
4. Sanção, coercibilidade, coatividade	190
5. Os componentes das sanções.....	191
6. Sanções e nulidades.....	192
6.1 Nulidade como mecanismo de modificação jurídica.....	193
6.2 Tipos de atos anulatórios	195
Para seguir estudando	196

CAPÍTULO V

VIGÊNCIA, APLICABILIDADE E APLICAÇÃO DE NORMAS	199
I. O conhecimento das «leis»	200
II. A «publicidade das leis»	200
1. Publicação como divulgação formal	201
2. A presunção do «conhecimento das leis».....	202
2.1 Obediência a partir do conhecimento das normas.....	202
2.2 Obediência a partir da divulgação das normas	204
2.3 Obediência a partir da produção das normas.....	204
2.4 Solução dogmática do caso brasileiro	205
III. Norma e tempo.....	206
1. Vigência das normas	207
2. <i>Vacatio legis</i>	208
3. O término da vigência das normas	209
3.1 Revogação	209

3.1.1	Tipologia	211
3.1.1.1	Revogação expressa	211
3.1.1.2	Revogação tácita.....	213
3.1.1.3	Revogação implícita (ou por inteira regulação da matéria).....	214
3.1.1.4	Revogação expressa, tácita e implícita frente a frente.....	215
3.1.2	Repercussões «malogradas» e repercussões «triunfantes»	216
3.1.2.1	Êxito do ato revogador	217
3.1.2.2	Malogro do ato revogador	218
3.1.2.3	Propagação do ato revogador	218
3.1.3	O problema da repristinação	219
3.2	Fim do prazo ou ocorrência de circunstância (as «leis temporárias» e «vigor» normativo).....	220
3.3	Anulação.....	223
4.	Validade, existência, vigência, anulação, revogação: notas de confronto	223
5.	Patologia nos documentos normativos publicados.....	226
IV.	Os deveres básicos dos juízes	227
1.	Resolver «casos»	227
2.	Fundamentar suas decisões	228
2.1	O raciocínio jurídico.....	228
2.2	Motivação «do direito» e a motivação «dos fatos»	230
2.2.1	Motivação «do direito»	230
2.2.2	Motivação «dos fatos»	231
2.2.2.1	Dois limites à questão probatória	231
2.2.2.2	Falhas probatórias.....	233
2.2.3	Problemas na motivação «do direito» e problemas na motivação «dos fatos».....	235
2.3	A justificação interna e externa do raciocínio	236
2.3.1	O que é justificar?.....	236

2.3.2 O que se justifica?	237
2.3.3 Justificação interna e justificação externa	238
2.4 O direito que o juiz conhece e o direito que o juiz não conhece	239
3. Aplicar o direito.....	241
3.1 Aplicabilidade e aplicação de normas	241
3.2 Interpretação, aplicabilidade, aplicação	241
3.3 «Ser aplicável»	242
3.3.1 Normas válidas e não-aplicáveis.....	242
3.3.2 Normas simplesmente aplicáveis	244
3.4 Duas formas históricas de aplicar normas.....	245
3.4.1 Teoria da subsunção.....	245
3.4.2 Teoria da concretização sucessiva	247
Para seguir estudando	248

CAPÍTULO VI

INTERPRETAÇÃO JURÍDICA	249
I. O que é <i>interpretar</i> ?	249
1. «Interpretar» (atividade e produto).....	249
2. Teorias sobre a atividade interpretativa.....	251
2.1 Teoria «cognitiva».....	252
2.2 Teoria «cética»	254
2.3 Teoria «conciliadora»	255
II. O que se interpreta?.....	256
III. Quem interpreta?.....	258
IV. Como se interpreta?	260
1. Argumentos interpretativos	260
2. Interpretação gramatical	261
2.1 Noção geral.....	261
2.2 Condições para o seu uso	262
2.3 Argumentos pertinentes à técnica.....	262
2.3.1 Argumento do «significado literal».....	263

2.3.2	Argumento do «significado comum»	264
2.3.3	Argumento do «significado técnico»	264
3.	Interpretação histórica	265
3.1	Noção geral.....	265
3.2	Condições para o seu uso	266
3.3	Argumentos pertinentes à técnica.....	267
3.3.1	Argumento «psicológico»	267
3.3.2	Argumento do «precedente»	268
3.3.3	Argumento da «interpretação evolutiva»	270
4.	Interpretação sistemática	271
4.1	Noção geral.....	271
4.2	Condições para o seu uso	272
4.3	Argumentos pertinentes à técnica.....	273
4.3.1	Argumento da «harmonização contextual».....	273
4.3.2	Argumento da «plenitude».....	273
4.3.3	Argumento dos «princípios gerais do direito»	275
4.3.4	Argumento da «coerência»	276
4.3.5	Argumento «lógico-conceitual».....	277
4.3.6	Argumento <i>a contrario</i>	278
4.3.7	Argumento <i>a fortiori</i>	280
4.3.8	O argumento da «redução ao absurdo» (apagógico).....	281
4.3.9	Argumento «análogo»	282
5.	Interpretação teleológica	283
5.1	Noção geral.....	283
5.2	Condições para o seu uso	283
5.3	Argumentos pertinentes à técnica.....	284
5.3.1	Argumento de «equidade»	284
5.3.2	Argumento dos «fins»	285
5.3.3	Argumento da «não-redundância»	286
5.3.4	Argumento da «natureza das coisas»	288

6. As técnicas interpretativas e os resultados possíveis.....	289
V. Falácias argumentativas	290
1. Falácias de relevância.....	290
1.1 Falácia <i>ad verecundiam</i> (apelo à autoridade).....	291
1.2 Falácia <i>ad baculum</i> (recurso à força)	291
1.3 Falácia <i>ad hominem</i> (argumento dirigido contra o homem).....	291
1.4 Falácia <i>ad ignorantiam</i> (argumento pela ignorância)	291
1.5 Falácia <i>ad misericordiam</i> (apelo à misericórdia)	292
1.6 Falácia <i>ad terrorem</i> (apelo às consequências)	292
1.7 Falácia da «generalização apressada»	292
1.8 Falácia da «causa falsa»	293
1.9 Falácia da <i>petitio principii</i> (circularidade)	293
1.10 Falácia da «pergunta complexa»	293
2. Falácias semânticas	293
2.1 Falácia do equívoco.....	293
2.2 Falácia da ênfase	294
2.3 Falácia da anfibologia.....	294
2.4 Falácia de composição.....	294
2.5 Falácia de divisão	294
VI. Limites da atividade interpretativa	295
1. Uso das palavras.....	296
1.1 Definições legais.....	296
1.2 Doutrina.....	299
1.3 Jurisprudência.....	302
2. Condições do uso das palavras.....	305
2.1 Restrições formais	305
2.1.1 A distribuição da fala	305
2.1.2 A neutralização do discutido.....	306
2.1.2.1 As presunções legais	307
2.1.2.2 As presunções indiciárias	308

2.1.2.3 As ficções jurídicas.....	309
2.2 Restrições substanciais.....	309
2.2.1 Os postulados de Paul Grice.....	310
2.2.2 As condições do discurso de Aulis Aarnio.....	311
2.2.3 A correção do discurso prático de Robert Alexy.....	313
2.2.3.1 Fundamentação racional do discurso jurídico...	314
2.2.3.2 O discurso jurídico como «um caso especial»...	316
3. As diretivas interpretativas.....	317
3.1 Diretivas de primeiro grau.....	317
3.2 Diretivas de segundo grau.....	319
4. Plausibilidade do uso.....	321
4.1 «Prova», «provar p», «está provado que p».....	322
4.2 A regulação normativa da prova.....	324
4.2.1 Meios de prova.....	325
4.2.2 Finalidade da prova.....	326
4.2.3 O ônus de provar.....	326
4.2.4 Algumas regras de prova jurídica.....	327
VII. (Síntese) A determinação do sentido.....	328
Para seguir estudando.....	330

CAPÍTULO VII

A AVALIAÇÃO ÉTICO-POLÍTICA DO DIREITO.....	331
I. A questão da normatividade.....	332
II. O «direito natural» e suas teorias.....	332
1. O direito natural na antiguidade.....	333
2. O direito natural na Idade Média.....	336
3. O direito natural no tempo da secularização.....	338
4. Direito natural revigorado (neojusnaturalismo).....	342
III. A adesão moral ao direito.....	345
IV. As três teses «centrais» do positivismo jurídico.....	346
V. Funcionamento, aceitação e estabilidade dos ordenamentos jurídicos ..	350

1. Funcionamento	350
2. Aceitação	352
3. Estabilidade	354
VI. Obrigatoriedade «jurídica», obrigatoriedade «moral» e obrigatoriedade «política» do direito.....	356
1. Conexão justificativa, conexão identificadora, conexão axiológica ..	356
2. «Distinguir» e «separar». O diálogo entre direito, moral e política ..	358
Para seguir estudando	361
GLOSSÁRIO	362
BIBLIOGRAFIA	371