

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO

AMOSTRA

ANOSTRA

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO



Márcio Pugliesi
Wagner Gundim
João Roberto Gorini Gamba



Coordenador
Vidal Serrano Nunes Júnior



Organizadora
Manuella Santos de Castro



PUC-SP



**ALMEDINA
BRASIL**

Rio de Janeiro, 2025

Introdução ao estudo do direito

Copyright © 2025 STARLIN ALTA EDITORA E CONSULTORIA LTDA.

ALMEDINA é uma empresa do Grupo Editorial Alta Books (Starlin Alta Editora e Consultoria LTDA).

Copyright © 2025 Márcio Pugliesi; Wagner Gundim; João Roberto Gorini Gamba.

ISBN: 978-85-8493-800-1

Impresso no Brasil — 1ª Edição, 2025 — Edição revisada conforme o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 2009.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

(BENITEZ Catalogação Ass. Editorial, MS, Brasil)

P9781

1.ed. Pugliesi, Márcio

Introdução ao estudo do direito / Márcio

Pugliesi, Wagner Gundim, João Roberto Gorini

Gamba. — 1.ed. — Rio de Janeiro : Almedina

Brasil, 2025.

400 p.; 15,7 x 23 cm.

Bibliografia.

ISBN 978-85-8493-800-1

1. Direito - Brasil. 2. Direito - Estudo e ensino. 3. Direito - Doutrinas.

4. Jurisprudência. I. Gundim, Wagner.

II. Gamba, João Roberto Gorini. III. Título.

05-2025/158

CDU 34 (81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito : Estudo e ensino 34 (81)

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

Todos os direitos estão reservados e protegidos por Lei. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito da editora, poderá ser reproduzida ou transmitida. A violação dos Direitos Autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e com punição de acordo com o artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta obra fora formulado exclusivamente pelo(s) autor(es).

Marcas Registradas: Todos os termos mencionados e reconhecidos como Marca Registrada e/ou Comercial são de responsabilidade de seus proprietários. A editora informa não estar associada a nenhum produto e/ou fornecedor apresentado no livro.

Material de apoio e erratas: Se parte integrante da obra e/ou por real necessidade, no site da editora o leitor encontrará os materiais de apoio (download), errata e/ou quaisquer outros conteúdos aplicáveis à obra. Acesse o site www.altabooks.com.br e procure pelo título do livro desejado para ter acesso ao conteúdo..

Suporte Técnico: A obra é comercializada na forma em que está, sem direito a suporte técnico ou orientação pessoal/exclusiva ao leitor.

A editora não se responsabiliza pela manutenção, atualização e idioma dos sites, programas, materiais complementares ou similares referidos pelos autores nesta obra.

Grupo Editorial Alta Books

Produção Editorial: Grupo Editorial Alta Books

Diretor Editorial: Anderson Vieira

Editores-Chefe: Manuella Santos de Castro

Vendas Governamentais: Cristiane Mastus

Gerência Comercial: Claudio Lima

Produtora Editorial: Andreza Moraes

Diagramação: Júnior Santos

Revisão: Renan Amorim dos Santos

SOBRE OS AUTORES

MÁRCIO PUGLIESI

Livre Docente em Filosofia e Teoria Geral do Direito, Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito e Bacharel em Direito, todos pela Universidade de São Paulo. Bacharel em Filosofia pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Licenciado em Filosofia pela Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. Doutor em Filosofia e em Educação, ambos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenador do GEDAIS - Grupo de Estudos em Direito, Análise, Informação e Sistemas da PUC-SP/CNPq. Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). É membro da Academia Municipalista de Letras do Brasil e membro Honorário da Ordem do Mérito Judiciário TJ/AM. Foi o Primeiro Diretor do Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça. Ex-auditor Fiscal - Classe Especial da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Primeiro Supervisor do Pronafisco - Programa Nacional de Fiscalização Computadorizada da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Advogado em São Paulo.

WAGNER GUNDIM

Estágio de Pós-doutorado em Direito e Novas Tecnologias pela Mediterranea International Centre for Human Rights Research, em parceria com a Università Mediterranea di Reggio Calabria - Itália (2020–2021), com bolsa integral. Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2023). Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, tendo sido bolsista da CAPES (2020). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2017). Graduado em Direito pela Universidade Anhembi Morumbi. É professor de Ciência Política e Teoria do Estado, Introdução ao Estudo de Direito e Filosofia do Direito, Direito Constitucional

e Direito Eleitoral. Advogado, sócio-fundador do Gundim & Ganzella Sociedade de Advogados.

JOÃO ROBERTO GORINI GAMBA

Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Portugal (IGC/CDH). Doutor e Mestre em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), instituição pela qual também obteve sua formação em Direito. É professor na Universidade São Judas Tadeu (USJT) e advogado em São Paulo.

É preciso que o povo pugne pela lei como
luta pelos muros da cidade.

Heráclito frag. 44.

ANOSTRA

SUMÁRIO

SOBRE OS AUTORES	V
INTRODUÇÃO	XIII
CAPÍTULO 1 TEMAS ESSENCIAIS AO ESTUDO DO DIREITO	1
1.1 Direito: aspectos etimológicos e simbólicos	1
1.2 O Direito em suas diferentes acepções	4
1.3 Jusnaturalismo, juspositivismo e pós-positivismo	7
1.3.1 As diferentes fundamentações jusnaturalistas	9
1.3.2 Crítica ao direito natural	16
1.3.3 Juspositivismo	17
1.3.4 Pós-positivismo	23
Sugestão de Leitura e Atividade para Aprofundamento	26
1.4 Direito e Moral	28
1.4.1 Diferenciação clássica	28
1.4.2 Teorias dos círculos	31
1.4.2.1 Teoria dos círculos concêntricos	31
1.4.2.2 Teoria dos círculos secantes	32
1.4.2.3 Separação entre Direito e Moral (visão positivista kelseniana)	33
1.4.3 Direito, Moral e Justiça	33
Sugestão de Leitura e Atividade para Aprofundamento	35
1.4.4 Direito, Moral e Religião	36
1.5 Política, Estado e Direito	37
1.5.1 Os conceitos de Estado	38
1.5.2 Estado e Direito	43
CAPÍTULO 2 CONCEITOS JURÍDICOS ELEMENTARES	45
2.1 Direito positivo	45
2.1.1 Direito objetivo e Direito subjetivo	45

2.1.2 Ramos do Direito positivo	46
2.1.2.1 Direito público x Direito privado	46
2.1.2.2 Direito público	49
2.1.2.2.1 Direito Constitucional	49
2.1.2.2.2 Direito Administrativo	53
2.1.2.2.3 Direito Financeiro e Tributário	54
2.1.2.2.4 Direito Penal	56
2.1.2.2.5 Direito Agrário e Ambiental	59
2.1.2.2.6 Direito Internacional Público	60
2.1.2.2.7 Direito Internacional Privado	61
2.1.2.3 Direito Privado	63
2.1.2.3.1 Direito Civil	63
2.1.2.3.2 Direito Comercial/Empresarial	68
2.1.2.3.3 Direito do Trabalho	70
2.1.2.3.4 Direito do Consumidor	72
2.1.2.3.5 Direito Digital	77
2.1.2.3.6 Direito processual	80
2.1.2.3.6.2 Direito Processual Penal	81
2.1.2.3.6.3 Direito Processual Constitucional	82
2.1.2.3.6.4 Direito Processual Tributário	84
2.2 Fontes do Direito	85
2.2.1 Fontes estatais	87
2.2.1.1 Legislação	87
2.2.1.2 Jurisprudência	93
2.2.1.2.1 Jurisprudência no modelo romano-germânico	93
2.2.1.2.2 Jurisprudência no common law	96
2.2.2 Fontes não estatais	100
2.2.2.1 Doutrina	100
2.2.2.3 Costumes	102
2.3 Normas jurídicas: definição, classificação, validade e aplicação	104
2.3.1 Definições da norma jurídica	104
2.3.1.1 O conceito kelseniano	104
2.3.1.2 A norma no culturalismo em Miguel Reale	115
2.3.1.3 A norma como promessa (Márcio Pugliesi)	115
2.3.2 Coerção, coação e sanção	119
2.3.3 O conceito de norma jurídica e suas espécies: as regras e os princípios	120
2.3.4 As diferentes espécies normativas: regras e princípios — conflito de regras e colisão de princípios	124
Sugestão de Leitura e Atividade para Aprofundamento	133
2.3.5 Hierarquia das normas jurídicas no ordenamento	134

Sugestão de Leitura e Atividade para Aprofundamento	139
2.3.6 Validade e requisitos essenciais da norma jurídica: Vigência, Eficácia e Fundamento	140
2.3.6.1 Validade Formal/Técnico-Jurídica (Vigência)	140
2.3.6.2 Validade Fática (Eficácia social)	145
2.3.6.3 Validade Ética (Fundamento)	146
2.4 Relação Jurídica e o sujeito de Direito	147
2.4.1 Sujeito de Direito	147
2.4.2 Relação e obrigação jurídica	149
2.4.3 Direito civil e direito comum (<i>common law</i>)	150
2.4.3.1 Direito Civil ou Civil Law	151
2.4.3.1.1 Civil Law Francês	152
2.4.3.1.2 O civil law brasileiro e questões de ensino do Direito	156
2.4.3.2 Direito comum ou <i>common law</i> : O modelo inglês	159
2.5 Teoria e Dogmática do Direito	167
2.5.1 Sistemas e ordenamentos jurídicos	167
2.5.2 Teoria ou teorias do Direito	167
2.5.2.1 O direito como ciência em Hans Kelsen e a Norma Fundamental	168
2.5.2.2 O positivismo jurídico de Herbert Hart	174
2.5.2.3 Dworkin e a crítica pós-positivista a Hart	178
2.5.2.3.1 Resposta de Hart a Dworkin no posfácio da edição de 1994 do “Conceito de Direito”	193
2.5.2.4 O culturalismo de Miguel Reale e a estrutura tridimensional do Direito	198
2.5.2.5 A pragmática de Tércio Sampaio Ferraz Junior	202
2.5.2.6 O modelo que se adota — legitimidade como fundamento	211
CAPÍTULO 3 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO	221
3.1 O problema da interpretação e aplicação do direito	221
3.1.1 A problemática da (in)completude do sistema jurídico: as lacunas como elemento do ordenamento jurídico	228
3.1.2 Constatação e mecanismos normativos de correção/colmatação das lacunas	231
3.1.2.1 Analogia	232
3.1.2.2 Costume	236
3.1.2.3 Princípios gerais do Direito	239
3.1.2.4 Equidade	241
3.2 O conflito entre normas jurídicas e a noção de incompatibilidade normativa	242
3.2.1 Antinomia jurídica: conceito e espécies	243
3.2.2 Critérios técnicos para resolução de antinomias	245
3.2.2.1 Antinomias de primeiro grau	246

3.2.2.2 Antinomias de segundo grau e fórmulas de solução	247
3.3 Interpretação, Aplicação e Métodos de compreensão do direito	248
3.3.1 Conceito, funções e essencialidade da interpretação jurídica	248
3.3.2 Teorias subjetiva e objetiva da interpretação no século XX: vontade da lei x vontade do legislador	250
3.3.3 Hermenêutica e Técnicas de interpretação do direito	253
3.3.3.1 A hermenêutica como ciência	253
3.3.3.2 Técnica gramatical, literal, filológica ou semântica	254
3.3.4 Interpretação lógica	256
3.3.5 Interpretação/técnica sistemática	257
3.3.6 Técnica interpretativa histórica	258
3.3.7 Técnica teleológica ou sociológica	258
Sugestão de Leitura e Atividade para Aprofundamento	259
CAPÍTULO 4 UMA TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA	261
4.1 Considerações Introdutórias à Teoria da Decisão	261
4.2 Os modelos de decisão e a Teoria dos Jogos	307
REFERÊNCIAS	329

INTRODUÇÃO

Introduzir significa trazer para dentro, isto é, conduzir aquele que se encontra diante de algo, no caso, o Direito — do mesmo modo que, em Religião, se tem o profano (o que está diante do templo) para seu interior —, o que significaria torná-lo um iniciado na liturgia¹, em sua história e métodos, bem assim em seu conceito.

Essa é tarefa a ser cumprida, com a precisão possível, uma vez que se faz necessário produzir uma linguagem técnica (um idioleto) que, ao ser adquirida (como toda linguagem), alterará a capacidade de compreender as situações, instaurando novas possibilidades.

O que seria o Direito? Falando sobre o tempo, Agostinho de Hipona afirmou: “[...] *si nemo a me quaerat, scio, si quaerenti explicare velim, nescio*”², e a mesma situação parece se instaurar ao se inquirir o que seria o Direito. Assim, por exemplo, Barreiro e Paricio³ expuseram:

O termo utilizado pelos juristas romanos para expressar a ideia de direito, tanto no aspecto objetivo da ordem jurídica como no aspecto subjetivo do poder, é *ius*: é uma palavra de uso muito antigo e com conotações religiosas claras, frequentemente utilizada no latim da Lei das XII Tábuas [...]. A palavra *derectum*, da qual deriva o nome utilizado nas várias línguas românicas, embora

¹ Do latim *liturgia*, termo derivado do grego *leitourgos*, que significa aquele que pratica “serviço (culto) público”. A liturgia é a ordem e a forma com que se realizam as cerimônias de culto numa religião, ou ainda, o ritual das cerimônias ou atos solenes não religiosos. Esse cerimonial, rigoroso em alguns casos, serve para distinguir os atos relevantes daqueles comezinhos, cotidianos e destituídos de relevância. A liturgia empresta dignidade e confere poder ao que se realiza. O Direito — desde os prédios que acolhem suas práticas, às vestes talaras que muita vez obriga, à teatralidade de suas cerimônias e até ao formalismo de seus escritos — encontra maior valor por efeito da sua liturgia.

² Santo Agostinho (2004, livro XI, cap. 14): “Se não me perguntam: sei; se me pedem para explicar: não sei.”

³ BARREIRO, Alejandrino Fernández; PARICIO, Javier. **Historia del derecho romano y su recepción europea**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 20.

também uma antiga palavra latina, só veio a significar lei no século IV d.C., provavelmente devido à influência popular; a partir do século VI o termo *derectum* prevaleceu sobre a palavra *ius*, que foi deslocada pela primeira a partir do século IX. A preferência pelo termo *derectum* na língua vulgar romana tardia baseia-se na ideia moralizadora, de inspiração judaico-cristã, de que a conduta justa é aquela que segue o caminho reto; em qualquer caso, a palavra está também culturalmente presente na representação simbólica da justiça através da balança, que aparece no antigo Egito, de modo que o *derectum* viria a expressar a posição do fiel no centro e no sentido vertical, assim: o *derectum* seria o totalmente reto⁴.

E esse *ius*, para Epicuro, por exemplo, segundo o texto de Spinelli⁵, residiria em duas possibilidades: o justo por natureza e o justo decorrente da lei. “O justo da natureza é a marca (*symbolon*) do que convém para não prejudicarmos uns aos outros e nem sermos prejudicados.” “O justo da natureza (*tò tês phýseôs díkaion*)”, explicitando tratar-se de “direito de acordo com a natureza”, cuja origem está na natureza (dos humanos ou das coisas), um direito distinto do direito decorrente da lei. Spinelli vê no texto duas coisas:

uma, o reger-se da natureza, cujo reger, visto em si mesmo, independe de qualquer deliberação ou providência externa; outra, o reger-se do humano, que carece de instituir regras, e, para tal, tomaria o direito ou o justo por natureza por modelo. A exemplo da regência da natureza, nós, os humanos, nos regeríamos em conformidade com ela. Mas, mesmo aqui, ainda surgiriam pelo menos duas questões: a) uma, relativa à conformidade, em dois sentidos: por analogia (um agir análogo ao da natureza) e por concordância (um agir de acordo com o que requer a natureza); b) outra, o da não coerção, ou seja, que o direito ou o justo por natureza não é coercitivo, mas espontaneidade pura. Nesse caso, a vontade

⁴ No original: *El término utilizado por los juristas romanos para expresar la idea de derecho, tanto en el aspecto objetivo de ordenamiento jurídico como en el subjetivo de facultad, es el de ius: se trata de un vocablo de uso antiquísimo y con claras originarias connotaciones religiosas, frecuentemente empleado en el latín de la ley de las XII Tablas [...]. La palabra derectum, de la que deriva la denominación utilizada en las distintas lenguas romances, aunque es también un antiguo vocablo latino, pasa a significar derecho tan sólo desde el siglo IV d.C., probablemente por influencia popular; a partir del siglo VI el término derectum prevalece sobre el vocablo ius, que es desplazado por el primero desde el siglo IX. La preferencia por el término derectum en el lenguaje vulgar tardo-romano tiene su fundamento en la idea moralizante, de inspiración judeo-cristiana, de que la conducta justa es la que sigue el camino recto; de todos modos, la palabra se encuentra también culturalmente presente en la representación simbólica de la justicia mediante la balanza, que aparece en el antiguo Egipto, de modo que derectum vendría a expresar la posición del fiel en el centro y en sentido vertical, con lo que derectum sería lo totalmente recto.*

⁵ SPINELLI, Miguel. Epicuro e o tema da amizade (ii): a *phília* referida ao *êthos* legislador da pólis e ao *agâpê* da virtude cristã. **Hypnos**, São Paulo, número 30, 1º semestre 2013.

da lei coincidiria com a vontade humana na medida em que tal vontade fosse internamente movida pela lei natural, por uma lei (díkaion) que na alma humana se manifesta ou está contida feito uma nódoa ou marca, forma ou esquema (sýmbolon), nos termos da prólēpsis⁶, da qual o homem pode se valer e por ela se governar⁷.

O justo decorrente da lei é, de acordo com o texto de Epicuro: “A justiça não é um algo em si, mas [...] um contrato (*synthêkê*, convênio, tratado, ajuste recíproco) em favor de não prejudicar e de não ser prejudicado.”⁸

Novamente, vale citar Spinelli⁹ em extenso:

Nesse caso, e de modo distinto ao justo da natureza (que se impõe internamente como uma “marca do que convém” — *sýmbolon tou symphérontos*), aqui, a força da lei é igualmente constringente (se impõe ao sujeito feito uma coerção), mas por força de algum pacto ou contrato, mais exatamente, de um ajuste particular e recíproco. A *synthêkê* diz então respeito a um contrato proposicional depositado em confiança, não necessariamente por escrito, quer do sujeito para consigo (ou sobre si mesmo) quer na palavra dada perante o outro ou entre particulares. Cabe observar que, entre os gregos, a *synthêkê* (*syn+títhêmi*), ou seja, o pacto acordado mediante confiança subjetiva tácita, recíproca, é mais antiga que a *sygraphê*, isto é, que o pacto dado (acordado) por escrito (*syn+graphê*). Daí que a justiça a que Epicuro aqui se refere não decorre diretamente da lei, ou seja, de um pacto estritamente jurídico (firmado <*graphê*> no interior da *pólis* ou pelas *pólis* entre si — internacional), e sim de uma disposição ou deliberação <*títhêmi*> interna ao particular e exteriorizada entre particulares de sua comunidade, isto é, entre os da proximidade, que, por sua vez, fazem o mesmo: deliberam internamente. Daí também que Epicuro, ao afirmar que a justiça não é um *hên ti* (um algo existente em si), quis com isso igualmente excluir da justiça (de *dikê*) a conotação de entidade divina (a título de uma deusa), como tal costumeiramente zelada, sob termos divinatórios do mito, pelo poder legislador estabelecido. Não sendo a justiça uma deusa — eis a questão — então caberia aos membros da comunidade o compromisso e a responsabilidade pessoal e recíproca de prover as leis (firmar contratos), e, com elas, os meios (a começar

⁶ *Prólēpsis*: antecipação, pré-noção. Advindo de palavra que se insere em oração anterior para ser explicitada na posterior.

⁷ SPINELLI, Miguel. Epicuro e o tema da amizade (ii): a *phília* referida ao *êthos* legislador da *pólis* e ao *agápê* da virtude cristã. **Hypnos**, São Paulo, número 30, 1º semestre 2013, p. 100.

⁸ EPICURO apud SPINELLI, Miguel. Epicuro e o tema da amizade (ii): a *phília* referida ao *êthos* legislador da *pólis* e ao *agápê* da virtude cristã. **Hypnos**, São Paulo, número 30, 1º semestre 2013.

⁹ SPINELLI, Miguel. Epicuro e o tema da amizade (ii): a *phília* referida ao *êthos* legislador da *pólis* e ao *agápê* da virtude cristã. **Hypnos**, São Paulo, número 30, 1º semestre 2013, p. 101.