



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAROLINE FERRI

A INTERFACE ENTRE DIREITO E MORAL SEGUNDO A
PERSPECTIVA DE ROBERT ALEXY

Florianópolis, 2006.

CAROLINE FERRI

**A INTERFACE ENTRE DIREITO E MORAL SEGUNDO A
PERSPECTIVA DE ROBERT ALEXY**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Jeanine Nicolazzi
Philippi

Florianópolis, 2006.

CAROLINE FERRI

**A INTERFACE ENTRE DIREITO E MORAL SEGUNDO A
PERSPECTIVA DE ROBERT ALEXY**

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Jeanine Nicolazzi Philippi
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Alessandro Pinzani
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof^a. Dr^a. Cláudia Maria Toledo da Silveira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Florianópolis, 27 de julho de 2006.

AGRADECIMENTOS

Registro alguns, a despeito dos tantos a serem feitos...

À minha orientadora, Professora Jeanine Nicolazzi Philippi, pelo exemplo de seriedade e dedicação à pesquisa;

À todas as novas amizades conquistadas neste mestrado, em especial a Vanessa Aparecida Lenhard;

Ao amigo Fernando Coelho, pela dedicação e apreço;

À CAPES, que financiou este trabalho;

Ao Professor Pinzani, pela honra de chamá-lo de Alessandro;

À minha família, pelo carinho e atenção;

À Professora Cecília Caballero Lois, por ter tomado conta de mim nestes dois anos.

Obrigada!

FERRI, Caroline. **A interface entre Direito e Moral segundo a perspectiva de Robert Alexy**. 2006. 118p. Dissertação. Mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

RESUMO

Esta pesquisa objetiva a investigação da relação entre direito e moral a partir do debate acerca da normatividade dos princípios jurídicos em face de uma teoria do Estado Constitucional de Direito. Para o positivismo jurídico clássico, o direito deve ser afastado da moral com o intuito de se evitar um sincretismo metodológico que acabe por obscurecer a essência da ciência jurídica. Já a faceta do positivismo denominada constitucionalismo permite a discussão de teoria moral conjuntamente como uma discussão jurídica. Isto se deve em razão de uma mudança na concepção de norma existente no direito. As normas, para o positivismo clássico, devem ser formadas por uma prescrição de conduta a ser seguida e a esta ligada um princípio retributivo, que confere ao sujeito um prêmio ou uma sanção. Os princípios, em não apresentando em seu cerne a característica sancionadora, encontrar-se-iam fora do âmbito da normatividade. As teorias contemporâneas de princípios alteram tal pensamento. Robert Alexy define o conceito norma como sendo um gênero, do qual são espécies regras e princípios, onde ambos seriam dotados de cunho normativo. Quando princípios colidem, a decisão acerca de qual princípio deve prevalecer no caso concreto ocorre por meio de um instrumento de ponderação, onde, a despeito de serem analisadas questões fáticas e jurídicas acerca das normas, é possível que sejam utilizados argumentos valorativos que independem e não se sujeitam aos parâmetros de procedimentalização. Isto se constituiria em uma abertura do sistema do direito para o sistema da moral. Esta moral que adentra no direito não seria uma teoria moral material, mas procedimental. Seu fundamento são as regras definidoras de uma teoria da argumentação jurídica, buscadas em teorias discursivas. A consequência destas definições é a consideração de que as normas jurídicas, para serem válidas, exigem, além da conformidade com os parâmetros de competência legislativa, a não manifestação de uma injustiça.

Palavras-chave: norma jurídica, princípios jurídicos, ponderação, moralidade, teoria da argumentação.

FERRI, Caroline. **The interface between Law and Moral according to Robert Alexy's perspective.** 2006. 118p. Dissertation. Master in Law. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

ABSTRACT

The objective of this research is to investigate the relation between law and moral, considering the debate on the normativeness in the juridical principles taking place in a theory of the Constitutional State of Law. According to classic juridical positivism, law should be separated from moral in order to avoid a methodological syncretism which could eventually obscure the essence of juridical science. On the other hand, the facet of positivism called constitutionalism permits a discussion of moral theory jointly as a juridical discussion. This is due to a change in the conception of juridical norm existing in law. Juridical norms, according to classic positivism, must be formed by a prescription for conduct to be observed and to which a retributive principle, which confers to the individual a reward or a punishment, must be linked. The principles, while not presenting in their core the sanctioning characteristics, would be out of the ambit of normativeness. The contemporary theories of principles alter such thought. Robert Alexy considers the concept norm as being a genus, of which the rules and principles are species, where both structures would be endowed with a normative mark. When principles collide, the decision on which principle is to prevail in the concrete case is taken by means of an instrument of pondering, in which, although factual and juridical questions about norms are analyzed, valuating arguments that are not dependent of procedural parameters and that are not subject to these can be used. This would mean an opening of the law system to moral system. This moral that gets into law wouldn't be material moral theory, but procedural. Its foundation is the defining rules of a theory of juridical argumentation, which discursive theories search. The consequence of these definitions is the recognition that juridical norms, in order to be valid, demand, in addition to conformity with parameters of legislative competence, the non-manifestation of an injustice.

Keywords: juridical norm, juridical principles, pondering, morality, theory of argumentation.

SUMÁRIO

Introdução.....	08
1 O DIREITO DEFINIDO E ORGANIZADO SEGUNDO UMA	13
ESTRUTURA POSITIVISTA
1.1 O problema semântico do direito como um problema de definição.....	13
1.2 A posição positivista.....	16
1.3 O positivismo jurídico clássico: a tese de Hans Kelsen.....	19
1.3.1 A norma como objeto do direito	22
1.3.2 Aspectos externos de validade normativa.....	26
1.3.3 Aspectos internos de validade normativa.....	30
1.4 A relação positivista entre direito e moral.....	34
1.4.1 A ordem coativa como critério de distinção entre direito e moral.....	35
2 O DIREITO DEFINIDO E ORGANIZADO SOB UMA ESTRUTURA	45
PÓS-POSITIVISTA.....
2.1 O Estado de direito e a crise da legalidade.....	45
2.2 As constituições e o novo modelo de direito.....	47
2.3 Os princípios jurídicos na esfera constitucional.....	52
2.3.1 Princípios e regras: uma diferença entre normas.....	56
2.3.2 Os conflitos normativos.....	66
2.3.3 A máxima da proporcionalidade como modo de solução de colisões entre princípios.....	72
3 A INTERFACE ENTRE DIREITO E MORAL NA PERSPECTIVA DO	78
PÓS-POSITIVISMO.....

3.1	O direito em uma perspectiva positivista e não positivista.....	78
3.2	A necessidade de uma teoria da argumentação jurídica.....	85
3.3	As regras discursivas.....	89
3.4	A argumentação jurídica.....	97
3.5	A tese da separação e a tese da conexão entre o direito e a moral.....	99
	Conclusão.....	108
	Referências.....	115

INTRODUÇÃO

Constitui o direito uma das mais complexas áreas das chamadas ciências sociais. Estas têm por objeto de estudo o homem em todas as suas atividades, sejam elas individuais ou coletivas. Neste contexto, enfrenta o direito um problema muito comum nas atividades acadêmicas e científicas referentes a tais centros de estudos.

O estudo do direito não tem acarretado respostas que possam ser tidas como válidas de maneira universal. *A contrario sensu*, muitas são as correntes formuladas para expressar um determinado pensamento jurídico que logo encontram adversários.

Respostas que tragam em si o atributo de validade universal colocariam termo em qualquer discussão acerca de determinados conhecimentos. A distinção entre o conhecimento científico e a mera opinião seria extremamente facilitada e, de certa forma, a separação entre estes modos do saber seria extremamente simples e objetiva.

Ocorre que o mundo jurídico não é carregado de universalidade. Acerca de um tema qualquer, inúmeros são os autores que refletem sobre a questão, assim como são múltiplas as suas conclusões. Menciona-se, ainda em tal contexto, a enorme gama de jurisprudência existente, o que faz do trabalho jurídico uma grande verificação da validade e aplicabilidade de teorias.

Um dos maiores atributos imputado ao direito corresponde à existência de segurança jurídica. Não se pode negar ser essa um fundamento para o conceito estrutural de direito existente, bem como ter ela sido uma conquista advinda do positivismo jurídico.

Nesse sentido, é válida a inferência de que o direito tem como característica peculiar o aspecto normatividade. Esta, por sua vez, é relacionada empiricamente às normas jurídicas em sentido geral.

Assim, os princípios de direito, analisados sob a ótica do positivismo, são tidos como informadores na elaboração das legislações e supridores de eventuais lacunas legais, sendo que sua função precípua resumir-se-ia, principalmente, em ser uma orientação cujo objetivo é atingir a fiel interpretação do ordenamento jurídico.

Os princípios, sob a ótica do normativismo positivista, em conformidade com a estrutura fundamental da norma jurídica, não possuiriam o aspecto da normatividade. Constituir-se-iam, então, em enunciados que apresentariam duas funções no ordenamento jurídico, quais sejam: a integralização e a suplementação do direito.

Ocorre que os princípios ganharam espaço no ordenamento jurídico, muito além das funções acima elencadas, quando da discussão acerca de seu caráter normativo e da possível inserção de moralidade no direito.

Para uma teoria positivista do direito, o objeto desta ciência são as normas que são pelos homens ditadas. Ainda, predispõe que deve a teoria do direito possuir métodos que sejam adequados para que se possa determinar aquilo que possa ser considerado como direito. Dessa forma, há que se tratar da indeterminação do direito como algo não comum. Em uma análise pós-positivista, o enfoque está justamente nas questões que envolvem a indeterminação do direito, onde os princípios adquirem importante papel. Assim, se no positivismo o centro de observação era o legislador, para o pós-positivismo o intérprete assume tal condição.

No curso dos debates envolvendo a normatividade dos princípios, realizados principalmente no campo da teoria da filosofia do direito e na doutrina constitucional, passou a aceitar-se a formulação de que os princípios apresentariam cunho normativo. Assim, o conceito de norma jurídica foi elevado a categoria de gênero, do qual haveria duas espécies, os princípios e as regras.

Princípios e regras, como espécies normativas, teriam em sua composição a função de normatividade. Em consequência, os princípios não somente possuiriam as funções integradora e supletiva do ordenamento, como também poderiam ser designadores de condutas comissivas ou omissivas.

Ainda em relação às características dos princípios, vale mencionar que a lógica de aplicação dos princípios em nada se coaduna com uma aplicação de subsunção, ou seja, de subordinação a comandos de regras. Os princípios não estariam subordinados a pressupostos fáticos específicos, visto que ambos são partes integrantes de uma estrutura normativa. Assim, a idéia de subsunção, que informa em grande parte as teorias positivistas, não pode se aplicada de maneira integral para os princípios de direito.

Robert Alexy, autor vinculado às teses que tratam o direito segundo a ordem constitucional, quando trata dos princípios, diferencia estes dos valores, pois os princípios estariam localizados no âmbito da deontologia (dever ser), enquanto os valores estariam no âmbito da axiologia (o que é bom).

Poderia haver um questionamento acerca da realização plena de tal modelo distintivo, visto que, no momento de uma ponderação de princípios, poderia ser alegado que o que o jurista “pesaria” o valor presente em cada princípio a ser aplicado.

Nesse sentido, os princípios, mesmo localizados no campo deôntico, não estariam isentos de caráter valorativo, pois a análise de um princípio compreenderia questões acerca do que deve ser para a sociedade (campo deôntico) como também aquilo que é o bem para a sociedade (campo axiológico).

Observa-se, então, que os conflitos entre princípios de direito devem ser resolvidos através de um procedimento que é por Alexy denominado ponderação. Assim, dois ou mais princípios podem vir a ordenar ações que, se ambas cumpridas, oferecem uma contradição na solução. Dado a impossibilidade de no ordenamento jurídico haverem soluções

contraditórias, o procedimento de ponderação permite que um dos princípios ceda seu âmbito de aplicabilidade em face do outro.

A solução do conflito de princípios remete à esfera da argumentação, já que é por meio dessa que se pode definir a prevalência parcial de um princípio frente ao outro. A moralidade, afastada do estudo do direito pelo positivismo clássico, adentraria no direito através desse procedimento que, por mais que possua uma ordem obrigatória de seguimento, não exclui do discurso as razões morais.

Esta investigação se apresenta como uma tentativa de discutir as relações entre direito e moral a partir do contraste entre as perspectivas do positivismo e do constitucionalismo. Preconiza-se na teoria de Robert Alexy que a moral vem a adentrar no direito através do procedimento de ponderação de princípios. Busca-se discutir como se dá esta inserção e, essencialmente, verificar qual espécie de moralidade esta teoria assume como integrante do sistema jurídico.

A moral, embora tradicionalmente separada do Direito, vem a adentrar nesse por meio de um procedimento denominado por Robert Alexy como máxima da proporcionalidade, essencialmente no seu momento de ponderação. Neste momento, por haver a possibilidade de discussões quanto ao conteúdo e valorações dos princípios jurídicos, haveria uma abertura do direito para a moralidade. Essa, por ser dependente da argumentação jurídica, formada por meio dos modos de discurso, adquire o atributo de procedimental.

Há que se discutir, então, em um primeiro momento, a concepção de direito existente no modelo do positivismo clássico. Isto implica definir qual a posição do direito positivo com relação a norma, já que este fato acaba por implicar a verificação de qual é a posição positivista com relação a relação entre o direito e a moral.

Para que seja realizado um contraste com esta forma de pensar o direito há que se debater o conceito que o direito assume em uma posição constitucionalista. Isto implica

discutir uma nova forma de normatividade, já que no Estado Constitucional princípios assumem um caráter diverso daquele existente no positivismo. Esta diversidade é que acaba por evidenciar uma espécie de abertura do direito para a moralidade.

Nesse sentido, a discussão subsequente intenta relacionar os conceitos trabalhados nos pontos anteriores, com a finalidade de promover o debate entre estas diferentes perspectivas, já que a abertura que os princípios introduzem no direito exige uma discussão argumentativa e, portanto, procedimental.

Uma das conseqüências desta introdução necessária da moralidade dentro do sistema jurídico é a possibilidade de vir uma norma, ainda que sua existência tenha sido dada de acordo com os procedimentos legislativos, a ser declarada como não pertencente à esfera do direito quando possuir um cunho manifestamente injusto.

Para a concretização desta pesquisa será empregado um método indutivo, por meio de um procedimento monográfico através de pesquisas de conceitos e categorias constantes na bibliografia utilizada.

CAPÍTULO I: O DIREITO DEFINIDO E ORGANIZADO SEGUNDO UMA ESTRUTURA POSITIVISTA.

1.1 O PROBLEMA SEMÂNTICO DO DIREITO COMO UM PROBLEMA DE DEFINIÇÃO

Faz-se possível afirmar que uma atitude filosófica possui, por princípio, duas características que a explicitam. A primeira, dita negativa, pode ser caracterizada por meio do afastamento dos ditames oriundos de um senso dito comum, ao distanciamento de todo e qualquer pré-conceito acerca do já estabelecido. A segunda, considerada positiva, indica uma necessidade de interrogação acerca daquilo que é existente e do que porventura possa existir.¹

Essas indagações fundamentais de uma conduta filosófica implicam que seja a pergunta por excelência a esta postura referente um questionamento que venha a envolver a temática do ser, ou seja, a questão acerca do objeto de análise em sua totalidade, suas relações necessárias para que sua conceitualização possa ser realizada de maneira completa, que trate daquilo sem o qual o ser não pode ser considerado como tal.

Isso leva a especificar que “uma definição deve, com efeito, indicar o que é definido, mas limitando-se apenas ao que ele é e exprimindo tudo o que ele é.”² Daí o obstáculo inerente a toda e qualquer tentativa de definição de um conceito, ou seja, a dificuldade de se conseguir a identificação clara e precisa daqueles elementos que são fundamentais para enunciar aquilo que forma a substância do objeto de estudo, bem como todos os problemas daí derivados, quando da necessidade de observação dos atributos contidos nestas definições particulares e a posterior união de tais elementos.

¹ Acerca do significado de uma postura filosófica e a sua característica dual, ver CHAÚÍ, Marilena. Convite à Filosofia. 7 ed. São Paulo: Ática, 2000, introdução.

² GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2002, XXXVIII.

Sendo esta dificuldade própria de qualquer atividade que se pretenda filosófica, já que toda definição faz uso, por princípio, da questão filosófica por excelência, também, e principalmente, deve ser aplicada às ciências humanas em geral. Dessa forma, o Direito também requer um observar que se pretenda dotado de características questionadoras, com o intuito de não manter afastado de si as questões que envolvem o pensamento acerca da sua essência.

Ao fazer uso da pergunta acerca do ser no âmbito do Direito se obtém um questionamento que reza sobre o que constitui esta forma de saber específico, sendo por isso equivalente a afirmar ser importante para a compreensão da estrutura jurídica a realização de uma resposta, ainda que tentada e não finalizada, sobre o que é o Direito. A referência a ser esta resposta tentada e não finalizada deriva simplesmente de um observar dos textos e autores que a isso se dedicaram e, ainda que os estudos tenham tido êxito em sua finalização, não foram suficientes para exterminar outras possíveis respostas e tentativas de respostas, argumento este comprovado pelo fato da inexistência de um conceito facilmente aceito pelos estudiosos que a isso têm dedicação.

Assim, aquele que se propõe a estudar o Direito em sua acepção conceitual acaba por, necessariamente, se deparar com uma amplitude de definições dadas a ele no transcurso dos estudos realizados. A multivalência e maleabilidade do direito se mostram como grandes obstáculos epistemológicos para a definição do direito.³

Dentre, então, todas as possibilidades de recortes teóricos possíveis de serem utilizados para a realização de uma definição conceitual do direito, há que se determinar, para que a realização deste trabalho seja possível, um aspecto importante. Assim, há que se tentar explicitar não uma definição precisa de direito, dado a dificuldade já anunciada da tarefa, mas

³ GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica, p. XXXVIII a XLII.

que seja expresso uma possível relação do fenômeno jurídico com uma realidade fática específica.

A discussão acerca do direito compreende um debate acerca da forma e conteúdo do seu conceito. “A polêmica acerca do conceito de direito é uma polêmica acerca do que é direito.”⁴ Por mais que venha a ser considerado como muitas vezes evidente pelos juristas aquilo que seja o direito, bem como sendo desnecessário a reflexão acerca deste conceito, a praxis jurídica acaba por evidenciar, ainda que não de maneira expressa, o que os juristas consideram como sendo direito. Um exemplo desta menção é a observação dos chamados casos de dificuldade resolutive. Neles se pode observar o conceito de direito que se põe por detrás das atividades jurídicas, ainda que não de modo manifesto.⁵

Dentro, então, dessa gama de possibilidades que envolve o estudo do direito, é notório que a escolha de uma faceta corresponde ao preterimento de uma série de outras possibilidades, de muitas vezes tão destacas quanto aquela que foi a escolhida. Entretanto, impera a necessidade de afastamento de certas ordens de compreensão para que se possa, assim, mais detalhadamente vislumbrar um aspecto de estudo. Em razão das discussões contemporâneas envolvendo teorias de princípios dentro de uma ordem constitucional e a imperatividade de se formular uma teoria da argumentação que seja especialmente jurídica, conceitos estes considerados como basilares em uma discussão que envolva a ordem jurídica, há que se tentar elucidar, ainda que insuficientemente, a relação existente entre o direito e a moral.

A importância de se ter destacada esta questão em detrimento de tantas outras pode ser resumida na afirmação de Alexy, quando menciona as posições básicas de uma teoria jurídica, a positivista e a não positivista: “O problema central em uma discussão que envolve

⁴ ALEXY, Robert. *The argument from injustice*; a reply to legal positivism. Oxford University Press, 2002, p. 5. Tradução livre. No original “The debate surrounding the concept of law is a debate about what law is.”

⁵ ALEXY, Robert. *The argument from injustice*; a reply to legal positivism, p. 5.

o conceito de direito é a relação de direito e moralidade.”⁶ Tem-se, dessa forma, que, para este autor, não se pode apartar do estudo acerca do direito a interligação deste com a moral, permitindo-se, com esta abordagem, observar uma forma de compreensão do próprio conceito de direito, bem como de suas relações com as mais diversas situações onde se faz possível a sua presença.

Para, então, ter-se um estudo desta possível vinculação entre direito e moralidade, faz-se necessário destacar as chamadas duas posições básicas⁷ que tratam desta temática. Uma delas, a positivista, sustenta a tese da separação, que pressupõe que uma definição de direito deve ser de realizada de modo a afastar qualquer elemento moral. Já a outra posição, mencionada como sendo não positivista, sustenta a tese da conexão, que dispõe que o conceito de direito deve ser dado de uma maneira que venha a conter elementos que façam referência a aspectos de moralidade.⁸

1.2 A POSIÇÃO POSITIVISTA

Assim como são múltiplas as possibilidades de se selecionar um aspecto da discussão jurídica e, a partir dele, verificar outras relações que venham a envolver o direito, também se faz possível, dentro da ordem positivista, a realização de uma escolha que venha a versar sobre uma corrente específica do positivismo jurídico. Esta possibilidade é efetiva em razão de existir uma variedade de conceitos de direito que podem ser mencionados como

⁶ ALEXY, Robert. *The argument from injustice*; a reply to legal positivism, p. 3. Tradução livre. No original: “The central problem in the debate surrounding the concept of law is the relationship of law and morality.”

⁷ A menção à existência de duas posições básicas acerca da relação entre direito e moral é uma utilização direta do exposto por Alexy quando trata de questões que envolvem o positivismo jurídico e a temática da moral jurídica. Assim, há que se afastar, para este trabalho, a possível existência de outras formas de vislumbrar direito e moral, por se tratar de uma produção circunscrita a um certo autor, no caso, Robert Alexy.

⁸ ALEXY, Robert. *The argument from injustice*; a reply to legal positivism, p. 3-4.

pertencentes ao âmbito da posição positivista.⁹ Entretanto, apesar das diferenças que podem ser observadas quando de uma análise do conceito de direito em cada uma destas vertentes positivistas, em todas se mostra comum a conservação da tese da separação entre direito e moral.¹⁰

A preservação desse argumento nas diversas teorias que tratam do positivismo do direito se deve, em princípio, aos elementos constitutivos de toda e qualquer teoria do positivismo jurídico que, ao ser observada em seus aspectos conceituais, pode ser dita associada com duas teses importantes na sua formação. Enquanto a primeira tese trata da relação existente entre o direito e as suas fontes sociais, a segunda intenta discutir a tese de que o direito, a moral e a política são esferas diferentes e, portanto, devem ser mantidas separadamente.¹¹

Para que a diferença entre a assunção de uma postura denominada positivista ou pós-positivista¹² se mostre clara, mister é que, ainda que de maneira breve, seja explicitado certas referências às teses diferenciadoras acima elencadas.

A preposição que trata das fontes sociais do direito tem por objeto conferir resposta ao problema referente aos limites do direito, distinguindo os elementos jurídicos de todos aqueles que são considerados como extra jurídicos.¹³ Um positivista, ainda que não negue que os juízes façam uso de argumentos extra jurídicos ao proferir suas decisões, consideram como sendo este fato algo excepcional.¹⁴ Tal postura deverá alterada com a

⁹ Pode-se mencionar, acerca de tal multiplicidade, as teorias que buscam atingir o conceito de direito segundo uma orientação que prima pela eficácia, e outras teorias que se encontram orientadas segunda uma instauração normativa. Acerca disso, ver ALEXY, Robert. The argument from injustice: a reply to legal positivism, p.14-19.

¹⁰ ALEXY, Robert. The argument from injustice: a reply to legal positivism, p.20.

¹¹ CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. Revista Doxa n. 21-I, 1998, p. 209-210.

¹² Denominação utilizada por Paulo Bonavides, na obra Curso de direito constitucional positivo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, capítulo 8. Para referir-se ao mesmo estágio, Manuel Atienza faz uso da expressão constitucionalismo. Ver ATIENZA, Manuel. Argumentacion jurídica y Estado constitucional, Novos Estudos Jurídicos, n. 1, vol. 9, janeiro/abril 2004, p. 9-20.

¹³ CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo, p. 211-215. O autor constrói este relato usando por fundamento a tese de Hart acerca da regra de reconhecimento ser uma forma possível de identificar aquilo que deve ser considerado direito de outras temáticas que não podem ser consideradas como pertencentes à esfera da juridicidade.

¹⁴ CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo, p. 213-214.

assunção de uma tese pós-positivista, como será mencionado posteriormente, quando da discussão acerca da temática normativa do pós-positivismo.

O segundo argumento envolvendo uma postura positivista versa acerca da necessidade de ser a esfera do direito desvinculada de uma esfera moral. Esta afirmação pode ser considerada como um resultado de implicações de pressupostos teóricos assumidos por uma teoria positivista. Pode este postulado ser compreendido de muitas formas, sendo uma das mais relevantes a que pode ser expressa como “[...] o direito não perde sua juridicidade por ser injusto. Uma coisa é o direito que é e outra muito distinta é o que deve ser.”¹⁵ Esta afirmação será retomada posteriormente, quando da observação da posição de Kelsen acerca dos elementos constitutivos do direito, bem como na análise da postura pós-positivista assumida por Alexy, expondo-se, ainda que inicialmente, e, portanto, incipiente, que a tese pós-positivista assume que se deve conferir ênfase aos argumentos que põem em destaque as relações entre o direito, a moral e a política.

Para que seja, então, melhor compreendida a postura teórica assumida em uma teoria pós-positivista, deve-se, pois, relatar, ainda que sucintamente, a acepção conceitual de uma teoria positivista, para que seja possível a posterior discussão acerca da situação de uma teoria jurídica que assume a tese da indeterminação do direito e a tese da conexão entre direito e moral. Para que isso seja possível, faz-se necessário a designação de uma dentre tantas vertentes específicas que defendem a idéia do positivismo. Nesse sentido, há que se realizar uma opção pelas teses clássicas do positivismo jurídico, já que por meio delas o direito se constituiu como um aparato teórico específico e determinado conceitualmente em seus elementos.

¹⁵ CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo, p. 215. Tradução livre. No original “[...] una cosa es el derecho que es y otra muy distinta es el que debe ser.”

1.3 O POSITIVISMO JURÍDICO CLÁSSICO: A TESE DE HANS KELSEN

Ao se determinar esta restrição teórica, a análise da tese do positivismo será circunscrita às teses que tratam do direito a partir de seus conceitos como orientados a uma instauração normativa. Corresponde, pois, ao âmbito das teorias que destacam a acepção analítica do direito, ou seja, que concedem ênfase às observações lógicas que se fazem partes integrantes de todas as questões jurídicas.

“No conceito de direito positivista, então, existem apenas dois elementos definitórios: o da legalidade de acordo com o ordenamento ou dotado de autoridade, e a eficácia social.”¹⁶

Nesse sentido, há que ser feita uma opção teórica pela tese jurídica de Hans Kelsen, dado sua posição de destaque quanto aos estudos e constituição da idéia de direito presente em sua teoria,¹⁷ essencialmente ao dispor os elementos constitutivos de um aparato metodológico do direito, que, seguindo os parâmetros cartesianos,¹⁸ dispõe acerca da necessidade de uma pureza do direito.

“O que faz da teoria pura do Direito um momento decisivo da jurisprudência teórica [...] são algumas características fundamentais do método, da perspectiva sobre o próprio objeto, da construção teórica geral da disciplina.”¹⁹

¹⁶ ALEXY, Robert. The argument from injustice; a reply to legal positivism, p. 3. Tradução livre. No original: “In the positivistic concept of law, then, there are only two defining elements: that of issuance in accordance with the system, or authoritative issuance, and that of social efficacy.”

¹⁷ Acerca do significado da obra de Kelsen na história da teoria do direito, ver BOBBIO, Norberto. Contribucion a la teoria del derecho, Valencia: Fernando Torres Editor, 1980, p. 241-261..

¹⁸ A referência é realizada com base no afirmado por Descartes na obra “Discurso do Método”, onde estabelece os elementos metodológicos necessários para que um estudo seja feito com clareza e precisão. O denominado método cartesiano compreende quatro preceitos, que indicam a necessidade de apenas ser algo aceito como se verdade fosse quando seja a coisa conhecida de modo evidente; dividir as dificuldades para examina-las separadamente; conduzir o pensamento daquilo que for mais simples em direção àquilo que for o mais complexo; fazer enumerações e revisões para que seja a totalidade do objeto contemplada na observação. Acerca de uma melhor compreensão da maneira de formulação destes elementos, ver DESCARTES, René. Discurso do método. São Paulo: Martin Claret, 2001, primeira parte.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. Contribucion a la teoria del derecho, p. 243. Tradução livre. No original: “Lo que hace de la teoría pura del Derecho un momento decisivo de la jurisprudencia teórica [...] son algunos rasgos

A afirmação “Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer seu próprio objeto”²⁰, reflete a dimensão cartesiana do método empregado por Kelsen para o estudo do Direito. Isso significa excluir do conhecimento produzido por meio de tal método todo saber que “não se possa, rigorosamente, determinar como Direito.”²¹ Esta disposição teórica é considerada como sendo o princípio metodológico fundamental da ciência jurídica, que expõe os meios através dos quais o direito deve ser produzido e aplicado.²²

A característica saliente para os fins de uma compreensão adequada do Direito é o fenômeno da autoridade: a saber, a instituição de produção e aplicação de normas ou atos jurídicos, mediante a especificação das condições que indivíduos e grupos de indivíduos devem satisfazer para poder exercer tais funções [...], é característica saliente do Direito a instituição de poderes normativos: poderes, instituídos e disciplinados por normas, de produção ou aplicação de normas.²³

Uma das conseqüências do estabelecimento do método a ser utilizado na ciência do direito é a limitação da esfera de possibilidades do conhecimento do direito apenas àquilo que é o Direito. Significa, pois, que, apesar de ser o Direito conexo com áreas diversas, tais como a psicologia, a sociologia, a ética e a teoria política, não podem ser elas consideradas como sendo Direito. Tal circunscrição da teoria do direito a estes pontos não significa afastar a possibilidade de uma conexão entre o direito e estas temáticas, mas “intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.”²⁴

Desde que os positivistas legais normalmente excluem do estudo do direito questões que tem a ver com o valor moral do direito, eles tendem a descrever

fundamentales bien del método, bien de la perspectiva sobre el propio objeto, bien de la construcción teórica general de la disciplina.”

²⁰ KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1.

²¹ KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito, p. 1.

²² Conforme KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito, p. 1.

²³ CELANO, Bruno. Justicia procedimental pura y teoría del derecho. Revista Doxa, 24, 2001, p. 3-50, p. 5-6. Tradução livre. No original: “A característica saliente para los fines de una comprensión adecuada del Derecho es el fenómeno de la autoridad: es decir, la institución de poderes de producción y aplicación de normas o actos jurídicos, mediante la especificación de las condiciones que individuos y grupos de individuos deben satisfacer para poder ejercitar tales funciones [...], es característica saliente del Derecho la institución de poderes normativos: poderes, instituidos y disciplinados por normas, de producción o aplicación de normas.

²⁴ KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito, p. 2. Outra citação de Kelsen que remete a este criterioso uso metodológico é o mencionado na p. _____, em referência a concessão do atributo “de direito” a categoria dos princípios. CITAR A PÁGINA DA DISSERTAÇÃO ONDE SE MENCIONA A CITAÇÃO. TEORIA GERAL DAS NORMAS.

direito em termos de características formais, dizendo, por exemplo, que é uma específica técnica social de uma ordem coerciva.²⁵

Isto acaba por acarretar ao pensamento positivista a tese de que o direito, para ser estudado de maneira clara e precisa, necessita de um método adequado de observação e estudo, já que somente a partir deste cuidado teórico é que será possível vislumbrar a ciência do direito conferindo destaque somente àquilo que é constitutivo de seu objeto, ou seja, aquilo que efetivamente é o direito.

Depois de Kelsen a ciência do direito assumiu seu caráter normativista a partir de acepções fundamentais que indicam a relação deste com o seu objeto, ou seja, com as normas. O direito possui um caráter normativo porque possui relação com normas, por considerar a realidade social através de um sistema de normas e porque propõe normas.²⁶

A apresentação da ciência jurídica como ciência tem sido vinculada a duas idéias. Em primeiro lugar, se insiste em que deve ocupar-se de identificar o Direito que “é”, já que este constitui seu objeto de estudo. E, em segundo lugar, se postula que deve dedicar-se a descrevê-lo, já que este é o único caminho que resta à ciência jurídica para que possa atuar de acordo com o princípio da neutralidade.²⁷

É sobre o objeto da ciência do direito, portando, que se deve deitar o jurista quando dos estudos que venham a envolver a teoria do direito. Ao direito cabe a ocupação não com a resolução de problemas referentes ao seu dever ser, mas deve limitar-se à descrição daquilo que é o direito, o que o compõe. Esta explicação do direito deve ser realizada de acordo com um método que é estritamente jurídico, ou seja, deve ater-se aquilo que é parte integrante do direito, do seu objeto principal.²⁸

²⁵ SPAAK, Torben. Legal positivism, Law's normativity, and the normative force of legal justification. *Ratio Juris*, vol. 16, n.4, December 2003, 469-485, p. 472. Tradução livre. No original: “Since legal positivists usually exclude from the study of law questions having to do with the law's moral value, they tend to describe law in terms of formal features, saying, for example, that it is a specific social technique of a coercive order.”

²⁶ BOBBIO, Norberto. *Contribucion a la teoria del derecho*, p. 203.

²⁷ ARIZA, Santiago Sastre. Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica. *Revista Doxa* n. 24, 2001, p. 579, 601, p. 597. Tradução livre. No original: La presentación de la ciencia jurídica como ciencia há ido vinculada a dos ideas. Em primer lugar, se insiste em que deve ocuparse de identificar el Derecho que “es”, ya que este constituye su objeto de estudio. Y, em segundo lugar, se postula que debe dedicarse a describirlo, ya que este es el único camino que le queda a la ciencia jurídica para que pueda actuar de acuerdo con el principio de neutralidad.

²⁸ ARIZA, Santiago Sastre. *Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica*, p. 579.

1.3.1 A NORMA COMO OBJETO DO DIREITO

Este objeto precípua do direito sob o qual deve ater-se aquele que estuda o direito é a norma jurídica, compreendida como o enunciado onde se encontram presentes as designações que qualificam um fato sensível como sendo portador de certo sentido jurídico. “Norma’ é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, essencialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém.”²⁹

Isso significa que em um fato qualquer que seja classificado como parte integrante de uma esfera jurídica pode ser distinguido dois elementos, componentes da estrutura de formação da norma. O primeiro elemento trata da realização do ato no tempo e no espaço, correspondendo às manifestações externas das condutas humanas. O segundo elemento integrante desta estrutura trata propriamente da significação jurídica do ato, ou seja, o sentido que o ato apresenta sob o ponto de vista do Direito.³⁰ Realizando-se uma correspondência imprecisa, é possível afirmar ser o primeiro elemento correspondente a uma referência a um mundo sensível, já que possui por fundamento a realidade das condutas humanas, e o segundo elemento a um mundo inteligível, por ser referente à constituição interna da norma jurídica.³¹

Mas estes elementos não explicam, plenamente, o modo de transformação de um enunciado acerca de algo em um fenômeno normativo. Uma teoria do direito precisa deixar claro qual é este elemento, para que seja assim possível destacar a existência e efetividade de critérios para a verificação da validade e eficácia das normas jurídicas. Na

²⁹ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 6.

³⁰ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 2.

³¹ Comparação realizada tendo por fundamento, ainda que usado de modo impreciso, a terminologia kantiana acerca do mundo sensível, referente aos fatos empíricos, e do mundo inteligível, correspondente a compreensão dos fenômenos da experiência segundo os ditames de uma estrutura racional teórica. Para maiores esclarecimentos acerca da teoria kantiana, ver KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. São Paulo: Nova Cultural, 2005, Introdução e Primeira parte da doutrina transcendental dos elementos.

teoria pura do direito, o que concede a um fato o atributo de juridicidade é o sentido objetivo que se encontra ligado a este fato, ou seja, a sua significação jurídica.³²

O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ela se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação.³³

Assim, verifica-se que a significação jurídica de uma norma, ou seja, aquilo que manifesta que certo ato de conduta humana, um fato do mundo empírico, recebe a designação de ter pertencimento ao mundo do direito é resultado de certa interpretação, que é normativa. Portanto, a designação de algo como sendo um ato jurídico (ou antijurídico) é somente possível através de uma norma jurídica.

Isso pode levar a formulação de uma questão acerca de como se dá o requisito de validade desta norma que confere a juridicidade a um fato empírico. O enunciado acima acerca do sentido jurídico das normas sugere que a resposta a esta controvérsia seja a necessidade de a validade desta norma ser conferida por uma outra norma. Nesse sentido é a citação “à norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma.”³⁴

Essa referência à necessidade dos comandos normativos do direito estarem vinculados diretamente a uma norma jurídica permite a afirmação de que o jurídico está estritamente vinculado com a atividade normativa. É presente, portanto, na esfera do direito a discussão da normatividade.

Assim, para que seja possível a compreensão da teoria do direito segundo uma postura positivista faz-se necessário uma explanação acerca daquilo que esta tese considera especificamente como uma norma de direito.

³² KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito, p. 4.

³³ KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito, p. 4.

³⁴ KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito, p. 4.

O já enunciado acerca da norma jurídica permite inferir dela alguns aspectos caracterizadores, sendo que, dentre estes, deve-se destacar a designação de existência da norma segundo critérios estabelecidos por outra norma, que também necessitou de uma atribuição de validade de outra norma. Faz-se necessário, então, analisar a compreensão do fenômeno normativo para que se possa, posteriormente, apresentar a relação positivista entre o direito e a moralidade.

O termo norma, dentro de uma ordem de produção normativa, pretende significar não o ser de algo, mas a expressão daquilo que ele deve ser, ou seja, intenta declarar como deve ser realizada certa conduta.³⁵ Refere-se a norma, portanto, não a uma ordem do ser, mas de um dever ser.³⁶

Posteriormente a esta definição normativa como pertencimento a uma ordem de dever ser, há que se retomar a idéia de que uma norma, que exprime o modo adequado de pôr em prática um determinado ato, adquire seu sentido jurídico específico através de sua vinculação a uma outra norma de direito. Interessante observar o exemplo mencionado por Kelsen acerca da diferença entre um comando normativo emanado por um funcionário de finanças acerca do pagamento de certo tributo e outro provindo de um gângster para que lhe seja entregue certa quantia em dinheiro. A afirmação do autor é de que, embora ambos sejam comandos normativos, apenas a ordem do funcionário de finanças possui caráter de ato produtor de uma norma, por ser este ato fundamentado em uma norma jurídica.³⁷

Significa, dessa forma, que toda norma jurídica, para ser considerada como tal, necessita estar vinculada a uma outra norma que a ela seja superior. Esta vinculação a um comando superior indica a capacidade que possuem as normas de direito de irradiarem sua

³⁵ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 5.

³⁶ Não se pretende, aqui, analisar o todo teórico acerca da tese de Kelsen da norma como um dever ser, bem como das diferenças entre ser e dever ser. Importa, pois, a designação de norma como dotada de um atributo deôntico, elemento caracterizador importante para as discussões posteriores deste trabalho. Para maiores relatos sobre o tema, ver KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 5 e ss.

³⁷ Acerca desta exemplificação, ver KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 8 e ss.

função normativa, permitindo que outras normas sejam válidas e integrantes do ordenamento jurídico. Daí se pode vislumbrar a existência de uma espécie de critério acerca da validade das normas jurídicas.

Esta norma que possibilita que haja um discernimento entre a norma jurídica e outros comandos normativos se refere à indicação de que são tidas como normas de direito todas aquelas que são postas por um poder soberano. Esta expressão poder soberano faz referência a um conjunto de órgãos pelos quais uma ordem normativa é posta, sendo que é esta própria ordem que determina quais são estes órgãos. Em razão disso é possível que seja feita a afirmação de que o poder soberano adquire tal designação por meio do direito, já que é a própria norma que define o modo de configuração e exercício de tal poder.³⁸

Portanto, não é do ser fático de um ato de vontade dirigido à conduta de outrem, mas é ainda e apenas de uma norma de dever-ser que deflui a validade – sem sentido objetivo – da norma segundo a qual esse outrem se deve conduzir em harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade.³⁹

Essa derivação normativa, que impõe a validade das normas jurídicas, se estende por todos os demais comandos normativos do direito, podendo ser considerada como uma espécie de regra de validade das normas em uma ordem jurídica.⁴⁰ Esta menção permite que seja feita uma remissão à idéia de validade e eficácia da ordem jurídica, argumentos estes caros à teoria do direito positivo.

Vigência, na tese do positivismo metodológico de Kelsen,⁴¹ equivale à designação de uma existência específica da norma. Sobre esta definição, pode-se mencionar ser a validade “[...] um juízo descritivo acerca de uma norma, no sentido de que em princípio não implica nenhuma recomendação moral de obediência, senão que somente informa de sua

³⁸ Sobre a definição deste critério e as características do poder soberano juridicamente designado, ver BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10 ed. Brasília: UNB Editora, 1999, p. 25 e ss.

³⁹ KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito, p. 9.

⁴⁰ KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito, p. 5-10.

⁴¹ Menção feita por CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo, p. 209. Para o autor, o enfoque positivista de Kelsen defende o positivismo metodológico segundo o qual o objeto de estudo de uma ciência do direito deve ser somente o direito positivo.

existência no sistema.”⁴² Daí, então, a definição kelseniana de que validade corresponde à existência da norma, sua pertinência a um ordenamento de direito positivo.

Importante se faz esta definição pelo motivo de que é preciso haver realizada uma distinção entre vigência, a existência específica da norma, e eficácia, o fato de a norma ser na realidade aplicada e observada nos atos de conduta humana.⁴³ “Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada.”⁴⁴

Pode-se observar, então, pelo exposto, que uma teoria da norma de direito apresenta em termos gerais, duas condições que devem ser observadas para que a norma de conduta possa ser dita como possuidora de um atributo jurídico. Essas especificações fazem referência a aspectos internos e externos da criação e realização da norma.

1.3.2 ASPECTOS EXTERNOS DE VALIDADE NORMATIVA

Pode-se mencionar como pertencendo a este aspecto externo a necessidade de a norma jurídica receber a sua designação de validade de um outro comando normativo. As normas de direito não possuem, portanto, existência isolada, mas, a seu turno, estão sempre coexistindo com outras normas, possuindo com estas relações e conexões. A este conjunto das normas de direito se dá a nomenclatura de ordenamento jurídico.⁴⁵ Esta relação entre as normas no que tange a sua designação de validade ocorre de acordo com a tese de que a ordem jurídica se mostra como sendo uma estrutura normativa escalonada.

⁴² ABELLÁN, Marina Gascón. Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes, in Revista Doxa, n. 20, 1997, p. 131-156, p. 133. Tradução livre. No original “[...] um juízo de validade é um juízo descritivo acerca de uma norma, em el sentido de que em principio no implica ninguna recomendación moral de obediencia, sino que sólo informa de su existencia em el sistema.”

⁴³ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 11.

⁴⁴ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 11.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico, p. 19.

As normas, para serem válidas, devem ter sido elaboradas ou em conformidade com as normas que lhe são superiores ou não impondo atos contraditórios para com as designações de tais normas. Isso institui para a teoria do direito proposta por Kelsen um aspecto nuclear, que possibilita a construção de uma teoria normativa do direito. Este ponto precípua da teoria kelseniana é de que as normas jurídicas não estão dispostas em um mesmo plano hierárquico normativo.⁴⁶ Dado a necessidade de a designação de validade de uma norma jurídica ser realizada conforme um ditame normativo superior, deve-se afirmar que esta norma que concede a validade há de ser superior hierarquicamente àquela a qual foi concedida a validade.

Dessa forma, pode ser vislumbrado em uma ordem jurídica a existência de normas ditas superiores e inferiores, sendo que estas dependem daquelas em razão do modo de se ter declarada a validade no conjunto normativo. As normas superiores conferem aos indivíduos competências para estabelecer outras normas integrantes da ordem jurídica, permitindo a realização de outras normas de direito.

Mas se toda norma, para ser válida, depende de uma norma que lhe é hierarquicamente superior, também esta norma que concede a validade necessitou transpor um comando normativo. Significa que inclusive as normas que concedem validade necessitam de outras normas para que sejam também elas consideradas como válidas e, portanto, pertencentes ao ordenamento jurídico.⁴⁷

O ordenamento normativo possui uma estrutura “piramidal” com relações verticais e horizontais, em ambos os casos de produção e de conteúdo, que realizam respectivamente os valores subordinação, dedução, infalibilidade e concordância. [...] Ao relacionar-se com outras normas de nível superior ou do mesmo nível, a justificação sobre ele converte-se em um instrumento sobre a constituição da justificação das decisões judiciais.⁴⁸

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico, p. 49.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico, p. 49.

⁴⁸ CIURO-CALDANI, Miguel Angel. Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales. Revista Doxa, 21-II, 1998, p. 79-87, p. 85. Tradução livre. No original; ‘El ordenamiento normativo posee una estructura ‘piramidal’ com relaciones verticales y horizontales, em ambos casos de producción y de contenido, que realizan respectivamente los valores subordinação, ilación, infalibilidad y concordância. [...] Al relacionarse com otras normas de nível superior o del mismo nível, la justificación su ele convertirse em um instrumento se la constitución de la justificación de las decisiones judiciales.’”

Conforme essa disposição necessária da validade das normas buscada em uma ordem superior é preciso que sempre que haja o surgimento de uma norma, esta venha a buscar o seu requisito de validade em uma outra norma que lhe é superior. Esta, por sua vez, também possui por fundamento de validade uma norma a ela superior, fazendo com que a própria hierarquia normativa e o encadeamento existente entre as normas que concede a validade.

Sendo a verificação da validade dada em razão de uma norma superior, as normas em geral requerem um comando superior. Essa busca pela norma superior acabaria por levar o problema da validade a uma condição de impossibilidade, já que a busca pela norma superior concessora da validade acabaria em um infinito. Tal fato não ocorre nos ordenamentos jurídicos em razão de ter Kelsen em sua teoria estipulado uma premissa que impede que a busca por um fundamento infinito de validade das normas seja contínuo.

Cada ordenamento jurídico possui sua unidade em razão de conter uma norma superior concessora de validade para as demais, sendo que ela própria não necessita ter sua validade derivada de um comando normativo. Ela, como norma suprema, fornece unidade a todas as normas que pertencem ao ordenamento jurídico.⁴⁹

Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma.⁵⁰

Esta norma que confere a unidade ao conjunto das normas de direito é designada como sendo a norma fundamental (Grundnorm).⁵¹ Em razão dela a busca por fundamento de validade do sistema possui um fim, não sendo necessário a busca de normas

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico, p. 49.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico, p. 49.

⁵¹ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 8.

superiores indefinidamente, já que “uma norma fundamental é uma norma que fundamenta a validade de todas as normas de um sistema jurídico, fora dela mesma.”⁵²

Esta norma fundamental apresenta como uma característica importante, que se reflete na afirmação de que ela não pode ser uma norma expressa, pois se assim fosse também ela estaria sob a égide da necessidade de buscar sua validade segundo uma norma que lhe é hierarquicamente superior. “Esta não é uma norma posta através de um ato jurídico positivo, mas [...] uma norma pressuposta.”⁵³ Dessa forma, tem-se que a norma fundamental, como norma fundante, não pode ser expressa em um sistema jurídico, mas, ao contrário, deve ser pressuposta, para que assim seja o sistema normativo fundado sob a base de uma norma última.⁵⁴

Mas interessa especialmente ter em conta que os atos através dos quais são produzidas as normas jurídicas apenas são tomados em consideração, do ponto de vista do conhecimento jurídico em geral, na medida em que são determinados por outras normas jurídicas; e que a norma fundamental, que constitui o fundamento de validade destas normas, nem sequer é estatuída através de um ato de vontade, mas é pressuposta pelo pensamento jurídico.”⁵⁵

Considerar a norma fundamental como uma norma hipotética é importante para a teoria positivista do direito kelseniana, dado que a sua disposição impede que a busca por um fundamento de validade das normas positivistas seja indefinido quanto à sua finalização. “Constatar esta pressuposição é uma função essencial da ciência jurídica. Em tal pressuposição reside o último fundamento de validade da ordem jurídica, fundamento esse que, no entanto, pela sua mesma essência, é um fundamento tão-somente condicional e, neste sentido, hipotético.”⁵⁶

⁵² ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Barcelona: Gedisa, 1997, p. 96. Tradução livre. No original: “Una norma fundamental es una norma que fundamenta la validez de todas las normas de un sistema jurídico, fuera de ella misma.”

⁵³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 51.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 59.

⁵⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 24.

⁵⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 51.

1.3.3 ASPECTOS INTERNOS DE VALIDADE NORMATIVA

No que tange ao aspecto interno de avaliação de validade de uma disposição legal há que ser mencionado o modo de constituição de uma norma jurídica, especificamente quanto ao aspecto referente às partes componentes deste comando normativo.

A teoria positivista proposta por Kelsen determina que uma norma, para ser válida, além de estar disposta segundo uma outra norma que lhe é superior, necessita possuir duas partes integrantes. “[...] uma norma jurídica que liga a uma determinada conduta, como condição, uma sanção como conseqüência [...].”⁵⁷ Qualquer destas partes, indicadas como a determinação de uma conduta a ser regulada e uma sanção, estando ausentes, interferem na designação de um enunciado como sendo uma norma jurídica.

A conduta humana que é por um ordenamento jurídico abarcada pode ser tanto positiva, ordenando a prática de uma ação, quanto negativa, quando o direito se exime de tratar de certo modo de agir. Refere-se de uma conduta positiva a ordem jurídica que obriga ao indivíduo a prática de certo ato, bem como a omissão deste. Ao indivíduo cabe agir segundo o ditame normativo, o que indica o cumprimento da norma. A prática contrária, ou seja, o não seguimento do comando normativo designa a violação da norma, sujeitando o agente à sanção prescrita.⁵⁸

Já quando se tem uma conduta tida como regulada pelo ordenamento de modo negativo significa que o direito se isentou de tratar deste tipo de ação, não a inserindo no conjunto das designações legais. Mostra, portanto, que, se uma conduta não é permitida ou proibida pelas normas jurídicas, sendo positivamente regulada, a sua não determinação expressa indica que esta conduta é permitida, mas num sentido negativo.⁵⁹

⁵⁷ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 12.

⁵⁸ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 16 e ss.

⁵⁹ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 16 e ss.

Desta definição de condutas positivas e negativas é que se torna possível a derivação de um postulado do ordenamento jurídico denominado como completude.⁶⁰ ‘Por ‘completude’ entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso.’⁶¹ Se as normas jurídicas, ao regularem certas condutas, estão a prescrever ações a serem realizadas, e a não inserção de um certo comportamento em uma norma indica que esta ação é permitida de modo negativo, tem-se como possível, portanto, segundo a tese afirmada por Kelsen, que a totalidade das ações está abarcada pelo direito vigente.⁶²

O direito, como pertencente a uma ordem normativa que tem a finalidade de ser um instrumento regulamentador das condutas humanas, é uma espécie de ordem social, já que as regras de conduta estabelecidas possuem relações com outros indivíduos, bens ou fatos que possuem relações com a ordem normativa do direito.⁶³ Em função disso, possui o direito certas funções específicas, oriundas estas do fato de sua gênese como integrante de uma ordem social.

Tal atribuição da ordem jurídica advém, precipuamente, em razão de poderem as condutas humanas atingir outros indivíduos, seja de um modo prejudicial ou benéfico. O intento de uma ordem social como o direito, portanto, mostra-se como uma tentativa de se ter realizadas ações que são consideradas positivas, bem como refrear as consideradas como negativas.

Vista de uma perspectiva psicossociológica, a função de qualquer ordem social consiste em obter uma determinada conduta por parte daquele que a esta ordem está subordinado, fazer com que essa pessoa omita determinadas ações consideradas como socialmente – isto é, em relação às outras pessoas – prejudiciais, e, pelo contrário, realize determinadas ações consideradas socialmente úteis. Esta função motivadora é exercida pelas representações das normas que prescrevem ou proíbem determinadas ações humanas.⁶⁴

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico, p. 115 e ss.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico, p. 115.

⁶² Apesar desta tese acerca da permissão de prática de ações por meio de uma prescrição negativa, são várias as críticas envolvendo o dogma da completude, fundadas, em sua maior parte, nas teses da interpretação e evolução dos textos legais. Sobre o tema, ver BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico, p. 122 e ss.

⁶³ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 25 e ss.

⁶⁴ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 26.

Ligada a esta conduta determinada pela ordem jurídica há de estar uma sanção. A sanção, apesar de ser, em geral, vista como uma penalidade, também em si abarca a possibilidade de uma espécie de obtenção de uma premiação quando da realização da conduta socialmente esperada. Esta conseqüência que se obtém quando da prática da ação enunciada por um comando normativo é o denominado princípio retributivo.⁶⁵

Dessa forma, tem-se que uma norma que se pretenda ser integrante de um ordenamento jurídico vigente necessita apresentar em si as características de prescrição de um certo comportamento, dado ser o direito uma ordem social, e a esta determinação unida uma conseqüência, que recebe o nome de sanção, ainda que esta possa ser positiva ao indivíduo que pratica o ato. Essa afirmação pode ser sustentada com a seguinte prescrição: ‘O sentido do ordenamento traduz-se pela afirmação de que, na hipótese de uma determinada conduta – quaisquer que sejam os motivos que efetivamente a determinam –, deve ser aplicada uma sanção (no sentido de prêmio ou de pena).’⁶⁶

Observa-se, então, que ordenamentos que intentam determinar a realização ou inércia do indivíduo com relação a certas condutas podem ser denominados como ordens sociais. O direito, por apresentar tal pretensão, é considerado, segundo a tese de Kelsen, como pertencente a este tipo de ordenação. Ocorre que o direito é um instrumento de controle de realização de condutas que, em sua essência, é dotado de uma estrutura sancionadora, que impele ao indivíduo realizador da conduta prescrita uma conseqüência ao seu agir. Trata-se, portanto, o direito, de uma ordem social dotada de sanção. Cabe, então, realizar um questionamento acerca de ser ou não possível a existência de ordens sociais que pretendam a determinação de prática de atos que não sejam dotadas de sanções.

A resposta a este questionamento, que versa sobre a existência de ordens sociais que não liguem ao comando normativo certo prêmio ou conseqüência negativa, logo,

⁶⁵ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 27.

⁶⁶ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 28.

onde não há a aplicação do princípio retributivo,⁶⁷ chega a indicar uma espécie de ordem social que apresente a característica sancionadora. ‘Certamente que um ordenamento pode premiar uma conduta apenas quando esta não seja motivada pelo desejo de prêmio. Assim sucede quando, segundo uma ordem moral, apenas é digno de louvor aquele que pratica o bem por si mesmo, e não por causa do louvor.’⁶⁸ A resposta, que apresenta uma clara remissão ao pensamento kantiano acerca da consideração de ações como moralmente válidas apenas quando praticas por dever,⁶⁹ está diretamente ligada à relação de eficácia dos ordenamentos.

A eficácia se mostra aqui importante porque um ordenamento, para ser considerado eficaz de uma maneira plena, deve deixar claro que a conduta que está a condicionar a sanção é causalmente determinada ou bem pelo desejo do prêmio a ser obtido com a realização do comando normativo prescrito ou bem pelo receio de se ter imposta certa penalidade derivada da não realização do ditame normativo.⁷⁰ Dessa forma, segundo os conceitos apresentados, tem-se comum a realização de uma distinção entre o direito e a moral a partir dos conceitos de sanção e eficácia.

⁶⁷ A não aplicação do princípio de retribuição não significa que ele seja inexistente em certos ordenamentos, mas que a sanção a ser aplicada ao descumprimento do comando normativo, no caso da ordem moral, é de aparato interno, referente ao próprio indivíduo, e externo, em razão do sentimento de desaprovação dos demais indivíduos e, quanto à ordem religiosa, pode ser dito transcendente. Sobre essa especificação, ver KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 29 e ss.

⁶⁸ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 28.

⁶⁹ Kant, na obra Fundamentação da metafísica dos costumes, busca elaborar uma filosofia moral que seja depurada de todos os elementos que possam ser considerados como exclusivamente empíricos, apresentando por fundamento a idéia de que são existentes deveres comuns e leis morais. Nesse sentido, o valor moral de uma ação não reside no resultado dela advindo, tampouco em qualquer princípio de agir que tenha por fundamento o resultado obtido com a ação. O fundamento da vontade que constitui o bem excelente denominado moral advém da representação de uma lei em si mesma, ou seja, no agir segundo não um efeito esperado, mas conforme esta lei da razão. Tal lei, denominada imperativo categórico, indica o dever de agir de modo que a máxima (princípio subjetivo do querer) se transforme em lei universal. Uma ação pode ser praticada em desconformidade com relação a esta lei universal, sendo considerada, portanto, uma ação contrária ao dever. Pode também ser praticada seguindo os ditames do imperativo categórico. Se esta prática for movida por uma intenção egoísta, mesmo que haja o cumprimento do prescrito pela lei universal esta ação será denominada conforme ao dever, não assumindo uma postura moral. Mas, ao contrário, se a prática da ação não for movida por nenhuma inclinação que não o seguimento ao que a máxima determina, ou seja, sem qualquer referência oriunda da faculdade de desejar, a ação é praticada por dever, possuindo, então, uma acepção moral. Acerca da estrutura da designação de moralidade das ações, ver KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. São Paulo: Martin Claret, 2002, primeira seção.

⁷⁰ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 28.

1.4 A RELAÇÃO POSITIVISTA ENTRE DIREITO E MORAL

A moral, assim como o direito, tem a pretensão de prescrever condutas aos indivíduos para que estes venham a realizar certos atos ou para ficarem inertes quanto a efetivação de certo comportamento. Esta prescrição de uma conduta a ser tomada pelo sujeito compreende, além dos aspectos inerentes ao cunho interno do indivíduo, a possibilidade de sofrer a ação praticada uma avaliação pelos demais membros da comunidade social. Esta apreciação compreende a aprovação ou desaprovação do ato praticado.

Dessa forma, aquele que desaprova a conduta de um indivíduo que foi realizada em conformidade com uma prescrição moral apresenta um comportamento dito imoral. Do mesmo modo, a aprovação da conduta realizada conforme a regra moral indica a moralidade daquele que está na condição de avaliador.

E esta aprovação ou desaprovação dos indivíduos são também consideradas espécies de sanção, dado que interferem no sentimento de importância do sujeito frente aos demais membros de sua comunidade.⁷¹ A idéia de que a atribuição de valor a si pelos demais pode ser prejudicada pela realização de um ato desaprovado por todos, o que pode ser considerado, de certa forma, como uma espécie de sanção.⁷²

Por sua vez o direito independe da relação de aceitação ou aprovação das condutas realizadas pelos membros de um grupo social. As normas, ao determinarem as condutas a serem praticadas ou não realizadas, impõem a estas uma sanção, a ser aplicada ao

⁷¹ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 29 e ss.

⁷² O tema referente aos sentimentos humanos como determinantes na prática de certos comportamentos derivados de uma idéia de reconhecimento alheio é presente na descrição filosófica sobre diversas teses. Exemplo disso é menção realizada por Hobbes acerca das paixões que movem os indivíduos. Ao elencar o autor as três paixões que conduzem os homens para a guerra (competição, desconfiança e discórdia) menciona que os homens pretendem que seu semelhante lhes designe o mesmo valor que ele próprio se atribui, e que na presença de sinais de desprezo ou subestimação se esforça por obter dos outros a atribuição valorativa. HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Nova Cultural, 2004, capítulo XIII.

sujeito quando da prática de uma ação proibida ou da não realização de uma ação determinada. Dessa forma, a reação dos demais sujeitos com relação a conduta do indivíduo não são, juridicamente, tidas como sanções ao ato praticado.

1.4.1 A ORDEM COATIVA COMO CRITÉRIO DE DISTINÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL

O direito possui como característica importante, que deve ser levada em consideração quando de uma definição, o fato de ser uma ordem composta por diversas normas que apresentam por fundamento a determinação de condutas humanas. A estas normas que intentam a regulação das condutas deve estar interligada um componente sancionador, dado ser o direito uma ordem coativa.

Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas – particularmente contra condutas humanas indesejáveis – com um ato de coação, isto é, com um mal – como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros –, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física – coativamente, portanto.

Este ato coativo que funciona como uma sanção, instituído pelo ordenamento jurídico, pode muitas vezes ser recebido pelo seu destinatário como sendo um mal. Esta sanção, que diferentemente de outras ordens, é considerada como socialmente organizada, dado advir da ordem jurídica, é, dessa forma, igual para todos aqueles que são acometidos por sua pena. Em outras ordens esta distribuição da pena é tida como transcendente, já que depende o seu grau sancionador do sentimento do sujeito com relação a sua transgressão e ao sentimento dos demais indivíduos.⁷³

Destacado critério para a definição do direito como sendo parte de uma ordem coativa, sendo, portanto, diferente de outras espécies de ordens, é o elemento sancionador

⁷³ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 35 e ss.

atrelado à prescrição das condutas por ele determinadas. Esta sanção, compreendida como uma penalidade, é imposta ao indivíduo mesmo em contrário a seus desígnios, ainda que seja preciso o uso da força. “O momento da coação [...] deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física, é o critério decisivo.”⁷⁴

Esta coação atinente ao direito se determina como sendo uma sanção física em função de ser a consequência da prática de um ato ilícito, contrário ao direito, portanto. A prática de uma conduta que o ordenamento proíbe se constitui na execução de um ato antijurídico ou delito, que permite a utilização da força física como uma punição para a prática desta ação.⁷⁵ Daí o estabelecimento de uma relação direta entre sanção e ato ilícito. “A sanção é consequência do ilícito; o ilícito (ou delito) é um pressuposto da sanção.”⁷⁶

A coação exerce, ainda, mais que uma função de apresentar uma consequência para a prática de atos indesejáveis pela comunidade jurídica. Possui uma função mais abrangente, representada pela atribuição de ser um meio de proteção da comunidade. Tal proteção se refere a uma defesa dos indivíduos contra a violência física oriunda de outros membros da comunidade, dado o fato de que se a coação é o meio legítimo de exercício da força, somente através da prescrição da ordem jurídica a força pode ser utilizada. Em suma, ao ser estabelecido o monopólio da força, concede-se segurança coletiva a todos os que estão colocados sob a égide de um determinado ordenamento jurídico.⁷⁷

Tal segurança atribuída aos indivíduos quando dispostos em uma ordem de direito é oriunda, portanto, dos dispositivos jurídicos de uma comunidade que, ao estabelecer regras de direito que impõem a prática de ações consideradas positivas ou a não execução de

⁷⁴ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 37.

⁷⁵ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 39 e ss.

⁷⁶ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 43.

⁷⁷ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 40 – 43.

atos tidos como negativos, regulamenta a convivência ampla entre os membros de um grupo social.

Esta sanção jurídica não pode ser aplicada independentemente de certos fatores. Significa, pois, que a sanção, para poder ser aplicada, necessita do preenchimento de certos pressupostos, sem os quais se torna impossível o uso da força na aplicação da consequência sancionadora, já que ela própria, sem o preenchimento de tais condições, não pode ser aplicada ao indivíduo.

Se o ato coercitivo estatuído pela ordem jurídica surge como reação contra uma determinada conduta humana tida por socialmente nociva, e o fim da sua estatuição é impedir essa conduta (prevenção individual e geral), esse ato coercitivo assume o caráter de uma sanção no sentido específico e estrito dessa palavra.⁷⁸

Dessa forma, apenas quando do acontecimento do ato determinado pela norma jurídica, ou seja, da existência de um pressuposto fático, é que a sanção pode ser efetivada. A sanção, como uma consequência para a realização de certa conduta, apenas ocorre de maneira efetiva quando da prática desta conduta que foi enunciada pelo direito como um comportamento que não mais deveria ser praticado.

Nesse sentido, pode-se afirmar ser o direito uma ordem de coerção que impõe a certa comunidade jurídica, através de sua ordem normativa, comportamentos a serem seguidos. O não seguimento destas determinações impõe aquele que descumpre a ordem uma consequência, que corresponde a uma penalidade oriunda da inexecução daquilo que foi pelo ordenamento jurídico prescrito.

Ademais, as atribuições de validade das normas de direito como advindas de pressupostos formais internos e externos importam para a configuração de um conceito de direito. Dessa forma, para que uma norma possa ser considerada como válida, é preciso que ela esteja, em sua formação, dotada de uma determinação de conduta e uma sanção. Além disso, faz-se necessário observar os aspectos advindos da relação de existência no

⁷⁸ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 42-43.

ordenamento de normas de conduta inferiores e superiores. Significa que as normas, para serem consideradas como dotadas do atributo da validade, precisam se encontrar em conformidade com uma norma que lhe é superior.

Somado a estes argumentos encontra-se a definição de ser o direito uma ordem que apresenta por referência as questões do ser e não do dever ser. Significa, pois, que a uma teoria pura do direito não cabe questionamentos acerca de como deve ser o direito, mas apenas de como ele é. As questões referentes ao dever ser do direito competem a outras áreas de estudo, mas não a uma teoria do direito que se pretenda pura.

Uma das conseqüências destes requisitos jurídicos se mostra na análise da relação entre o direito e a justiça. Uma ordem positivista que se preocupa com a pureza do direito não pode aceitar outro critério de definição de validade das normas que não aquele oriundo das relações advindas das normas entre si. Daí a afirmação de Kelsen de que a referência à justiça do conteúdo das normas não implica uma definição de sua invalidade. “O fato, porém, de o conteúdo de uma ordem coercitiva eficaz poder ser julgado como injusto, não constitui de qualquer forma um fundamento para não se considerar como válida essa ordem coercitiva.”⁷⁹

Posto, então, os elementos definidores do direito para um ordenamento positivista, observa-se com maior precisão que o direito, para tal estrutura, deve ser definido como uma norma. Uma norma, também para esta estrutura de direito positivo, contém certos elementos sem os quais perderia seu conceito. Definir direito como norma, então, possibilita que este seja delimitado com relação a uma ciência considerada como natural, ou seja, o direito, por sua característica definidora normativa, não pode ser confundido com a moralidade.⁸⁰

⁷⁹ KELSEN, Teoria pura do direito, p. 55.

⁸⁰ KELSEN, Teoria pura do direito, p. 67.

O direito, da mesma forma que a moral, é uma ordem social. A diferença entre ambos, neste aspecto, ocorre em razão de ser o direito uma ordem social provida de sanções externas, que permitem que um aparato estatal, sob a égide de um ordenamento jurídico, imponha através do uso da força legítimo a punição àquele que descumpriu o comando normativo.

A moral, por sua vez, é uma ordem social desprovida de sanções. Corresponde a afirmar que, apesar de um comportamento imoral poder ser reprovado pelos membros da comunidade, ou por indivíduo que apresente reação diversa à ação que não siga os ditames da moralidade, a coação que a moral apresenta não possui um aspecto externo, ou seja, não possibilita que aquele que praticou um ato imoral sofra punição por meio de uma força física exterior.⁸¹

Por ser necessário que o estudo do direito seja feito de modo a tratá-lo como uma teoria pura, portanto ausente quaisquer outros aspectos que não aqueles advindos do próprio direito, faz-se necessário a investigação diferenciada dos argumentos de direito e dos argumentos da moral. A pureza de método da ciência jurídica exige que seja, então, realizada uma separação com clareza entre tudo aquilo que pertence a esfera do direito e aquilo que está disposto sob o âmbito da moral.⁸²

Uma norma de âmbito moral, portanto, age no interior do indivíduo, determinando se certa conduta deve ou não ser realizada. Tal discussão não se baseia na consequência de um ato externo que lhe promoverá uma pena por ter sido tomada certa decisão com relação à prática do ato. A penalidade, ao contrário, se encontra na própria estrutura interna do sujeito. Estas normas morais surgem tão somente na consciência dos indivíduos.⁸³

⁸¹ Sobre os argumentos que definem o direito como uma ordem social provida de sanção e a moral como tendo ausente tal característica, ver argumentação inicial deste texto.

⁸² KELSEN, Hans, Teoria pura do direito, p. 67.

⁸³ KELSEN, Hans, Teoria pura do direito, p. 68.

O direito, segundo sua concepção normativista, prescreve condutas a serem seguidas ou certos atos que com relação a eles deve permanecer inerte. Esta é a tese de que ao direito cabe a prescrição de condutas de ordem externa. As ordens morais, por sua vez, fazem referência a condutas internas, em razão de serem de ordem individual.

Tal distinção, utilizada como uma das características diferenciadoras entre direito e moral deve ser utilizada com restrições, dado o fato de que tanto o direito quanto a moral determinam aspectos internos e externos das condutas humanas. “E também a concepção, frequentemente seguida, de que o Direito prescreve uma conduta externa e a Moral uma conduta interna não é acertada. As normas das duas ordens determinam ambas as espécies de conduta.”⁸⁴

Esta menção de Kelsen sobre a imprecisão de ser diferenciado o direito da moral segundo a característica da determinação interna e externa das condutas se deve ao fato de que ambas as esferas podem possuir as duas formas de determinação. O direito, como uma ordem de conduta que estabelece coações, pode ter o cumprimento de suas normas pelo motivo da própria sanção estabelecida no comando normativo, bem como por um receio do agente acerca do pensamento da comunidade sobre o fato de ter ele agido em desconformidade com os preceitos legais.⁸⁵ Segundo Kelsen, também isso ocorre quando se observa a designação das condutas morais.

A diferença essencial entre o direito e a moral, para Kelsen, não pode se dar quando da observação da maneira de produção de seus comandos normativos. Apesar de a moral não possuir como o direito espécies de órgãos centrais que atuariam como responsáveis pela produção de suas normas, estes comandos normativos surgem por meio de certa elaboração consciente.⁸⁶

⁸⁴ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 68.

⁸⁵ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 68. Também acerca do sentimento de aprovação e desaprovação quando do cumprimento ou não de uma norma, ver KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 25-30.

⁸⁶ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 70.

Em razão disso, é preciso distinguir o direito da moral por meio de um elemento em que se mostram esferas distintas. Tal elemento é a coação. O sistema que expõe que uma determinação de conduta deve estar atrelada a uma consequência e esta poder ser imposta através do uso da força física diferencia, essencialmente, a esfera do direito da esfera da moral.

O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando [...] se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física.⁸⁷

A distinção existente entre o direito e a moral, portanto, não é uma diferença que pode ser encontrada somente quando de uma proibição ou permissão de certos comportamentos dos indivíduos, mas essencialmente com relação ao modo como tais atos são regulados.⁸⁸

Observado, pois, que direito e moral são diferentes sistemas normativos, surge a questão das possíveis relações entre eles. Uma destas formas de se vislumbrar a relação existente entre o direito e a moral está em considerar que tais relações devem se dar no âmbito do conteúdo do direito.⁸⁹

Na medida em que tal tese vise uma justificação do Direito – e este é o seu sentido próprio –, tem de pressupor que apenas *uma* Moral que é a única válida, ou seja, uma Moral absoluta, fornece um valor moral absoluto e que só as normas que correspondam a esta Moral absoluta e, portanto, constituam o valor moral absoluto, podem ser consideradas ‘Direito’.⁹⁰

Ocorre que em sendo tais relações existentes no âmbito do conteúdo do direito há que vislumbrar a inadequação existente quanto ao formato das sanções existentes em cada

⁸⁷ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 71.

⁸⁸ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 70-71.

⁸⁹ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 72.

⁹⁰ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 72.

esfera. Para que tal incompatibilidade não se apresentasse seria necessário pressupor a existência de uma moral absoluta.⁹¹

O ponto a ser observado, pois, neste argumento, é a dificuldade científica de ser aceita uma tese que determine a existência de valores absolutos. Significa, então, que não se pode aceitar a tese de haver uma única moral absoluta, apenas uma estrutura teórica moral que seja capaz de determinar quais são os comportamentos adequados e os inadequados para uma comunidade.⁹² Aceitar a tese da moral absoluta significa excluir a possibilidade de se ter uma outra teoria moral válida.⁹³

Face, então, a essa diversidade de sistemas morais possíveis, pode-se observar que, por serem partes de uma estrutura de moralidade, compartilham com a sua gênese o fato de serem consideradas ordens sociais. São as características das normas das várias correntes morais que indicam que, a despeito da diversidade, ambas são integrantes de uma ordem comum, dado a estrutura de seu caráter normativo.

Contudo, permanece, ainda, a questão acerca das relações entre direito e moral. Como são estruturas de ordens sociais, possuem relações específicas. Pelo fato de não se ter uma designação moral absoluta, há uma inviabilidade de realizar-se tal conexão entre o direito e a moral segundo características referentes aos seus conteúdos. “[...] a questão das relações entre o Direito e a Moral não é uma questão sobre o conteúdo do Direito, mas uma questão sobre a sua forma.”⁹⁴

⁹¹ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 72.

⁹² KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 72.

⁹³ Esta argumentação pode ser observada quando se vislumbra as inúmeras teorias morais que são enunciadas nas discussões filosóficas. A diversidade teórica indica a dificuldade de se aceitar um argumento moral como amplamente válido. São exemplos de teorias éticas que discutem sob fundamentos diversos a ética normativista, que pode ser subdividida em ética teleológica, que procura determinar o que é correto segundo uma finalidade a ser atingida, subdividindo-se em ética consequencialista, baseada nas consequências das ações, e a ética de virtudes, que considera o caráter virtuoso do sujeito. Também é possível observar a corrente da ética deontológica, que procura definir o que é correto segundo regras que fundamentam as ações. Sobre as divisões possíveis das teorias éticas, ver BORGES, Maria de Lourdes et alii. Ética Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

⁹⁴ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 74.

Uma das conseqüências deste argumento envolvendo as relações entre direito e moral como referentes à forma e não ao conteúdo é refletida quando da observação da possibilidade de ser exigido um mínimo de moralidade para que uma norma seja considerada como direito. Isso pode ser expresso na seguinte afirmação de Kelsen: “Por tal forma, pois, não se aceita de modo algum a teoria de que o Direito, por essência, representa um mínimo moral, que uma ordem coercitiva, para poder ser considerada como Direito, tem de satisfazer uma exigência moral mínima.”⁹⁵

Há que se observar com isso, portanto, que, numa reafirmação do enunciado por Kelsen acerca da necessidade de ser o direito analisado sob a perspectiva de uma teoria pura, que é falsa a afirmação de que o direito não possui ligações com a moral, a política, a sociologia, mas que um estudo metodológico acerca do direito precisa excluir estes elementos.⁹⁶

Ademais, a isto corresponde, então, que o direito e a moral devem ser considerados, para uma teoria positivista do direito que pretenda observar o direito através dos elementos que o constituem, como esferas separadas, para que seja assim confirmada a afirmação de que o direito não exige mínimos morais para sua existência,⁹⁷

A teoria pura do direito tal como proposta por Kelsen é um método de considerar o direito, não uma teoria de justiça ou uma teoria da moral.⁹⁸ “A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral.”⁹⁹

Todo positivista tem que sustentar esta tese [a não existência de nenhuma conexão necessária entre direito e moral] pois se admite que existe uma conexão conceitual

⁹⁵ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 74.

⁹⁶ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 1-3.

⁹⁷ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 72-74.

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. Contribucion a la teoria del derecho, p. 125-126.

⁹⁹ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 75.

necessária entre direito e moral, já não pode dizer que o direito deve ser definido com exclusão de elementos morais.¹⁰⁰

Esta tese positivista que propõe a separação entre direito e moral é baseada nos fundamentos de um estudo jurídico tal como proposto por Kelsen, ou seja, uma análise do fenômeno do direito segundo o respeito de regras metodológicas e de parâmetros teóricos que venham a garantir a idéia de pureza de sua compreensão.

Kelsen distinguiu até a saciedade o problema do *valor* do Direito do problema da *validade*, a saber, o problema de se uma norma é justa [...] do problema de se existe (a saber, de se é válida); e disse que não é tarefa da ciência do Direito, se quer ser ciência como qualquer outra ciência, isto é, indiferente dos valores, ocupar-se da maior ou menor justiça das normas de um determinado ordenamento, senão de sua existência ou inexistência.¹⁰¹

Ao assumir o positivismo jurídico de Kelsen a tese de separação entre o direito e a moral, exige que o direito seja definido de modo a não contemplar elementos de moralidade. Não há, portanto, necessidade de serem as determinações de condutas de ambos congruentes. “Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral.”¹⁰² Em razão de serem as esferas do direito e da moral separadas, uma conduta jurídica pode ser considerada válida de maneira independente de sua concordância com a moral.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho y otros ensaios, p. 27-28. Tradução livre. No original: “Todo positivista tiene que sostener esta tesis pues si admite que existe una conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, ya no puede decir que el derecho debe ser definido con exclusión de elementos morales.”

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto. Contribucion a la teoria del derecho, p. 122. Tradução livre. No original: “Kelsen há distinguido hasta la saciedad el problema del *valor* del Derecho del de la *validez*, es decir, el problema de si una norma es justa [...] del problema de si existe (es decir, de si es válida) ; y há dicho que no es tarea de la ciencia del Derecho, si quiere ser ciencia como cualquier otra ciencia, esto es, indiferente a los valores, ocuparse de la mayor o menor justicia de las normas de un determinado ordenamento, sino de su existencia o inexistencia.

¹⁰² KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 76.

CAPÍTULO II: O DIREITO DEFINIDO E ORGANIZADO SOB UMA ESTRUTURA PÓS-POSITIVISTA

2.1 O ESTADO DE DIREITO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Estado de Direito, ou Estado sob o regime do direito, surgiu no século XIX como forma de contraposição à configuração de Estado dotado de poderio absoluto, ou Estado sob o regime da polícia, cuja predominância se deu no século XVIII. Representa, ainda que de modo idealizado, uma espécie valorativa que alude ao desenvolvimento de uma noção de Estado, quando se observa seu intento de promover a eliminação da arbitrariedade na esfera de atuação estatal com relação aos cidadãos.¹⁰³

Dessa forma, impôs-se a esta forma de Estado, para que possível fosse atingir seus objetivos de limitação do poderio estatal, assumir a idéia da supremacia da lei positiva, estabelecendo o direito como uma forma de regulador das relações sociais em face das tendências à ilegalidade e anarquia. Ao estado de direito coube, portanto, assumir a supremacia do princípio da legalidade, ou seja, da lei positiva como um ato normativo supremo.¹⁰⁴

O princípio da legalidade, configurado como um princípio constitutivo da experiência positiva, é formador do estado de direito moderno enquanto fonte de legitimação das normas jurídicas vigentes. Também se mostra como constitutivo princípio da ciência jurídica ao assumir em seu âmbito o modo de reconhecimento das normas jurídicas, de maneira a fazerem estas partes do objeto do direito moderno, concedendo, dessa forma, ao direito positivo o caráter de objeto da ciência jurídica.¹⁰⁵

¹⁰³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995, p. 21-39.

¹⁰⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, p. 21-27.

¹⁰⁵ ARIZA, Santiago Sastre. *Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica*, p. 581 e ss.

Este Estado, dado sua constituição, possui cânones representativos desta hegemonia da lei. Estes aspectos presentes em sua esfera indicam a primazia da lei em face da Administração, a subordinação de todos à lei e a presença de juizes independentes, possuidores de competência exclusiva para a aplicação da legislação. O Estado de direito assumia, então, um significado cuja orientação principal estava na proteção dos indivíduos frente a toda e qualquer situação de arbitrariedade.¹⁰⁶

A primazia da lei, assumida por este estado de direito, “assinala assim a derrota das tradições jurídicas do Absolutismo e do Antigo Regime. O Estado de direito e o princípio da legalidade suporiam a redução do direito à lei e a exclusão, ou pelo menos a submissão à lei, de todas as demais fontes do direito.”¹⁰⁷

Este Estado de direito, que assumiu o ideário da supremacia da lei, deveria possuir uma concepção de direito que abarcasse o princípio da legalidade também de maneira principal. Esta tese foi encontrada na postura teórica do positivismo jurídico, compreendido, pois, como a ciência da legislação positiva.

A idéia expressa por esta fórmula [o positivismo jurídico] pressupõe uma situação histórico-concreta: a concentração da produção jurídica em somente uma instância constitucional, a instância legislativa. Seu significado supõe uma redução de tudo o que pertence ao mundo do direito – isto é, os direitos e a justiça – ao disposto pela lei.¹⁰⁸

A legislação, que a todos os indivíduos se aplicava como uma espécie de garantia da imparcialidade do Estado frente a todos os componentes sociais, tornou-se o fundamento desse Estado de Direito, que, ao assumir a tese do positivismo jurídico, impôs a

¹⁰⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil, p. 23.

¹⁰⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: p. 24. Tradução livre. No original: “[...] señalaba así la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo y del *Ancien Regime*. El Estado del derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho.”

¹⁰⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: p. 33. Tradução livre. No original: “La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórico-concreta: la concentración de la producción jurídica em una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho – esto es, los derechos y la justicia – a lo dispuesto por la ley.”

juridicidade como um monopólio da legalidade.¹⁰⁹ O governo não mais pode estar sujeito às vontades e designações pessoais do soberano, mas deve seguir os ditames projetados por meio de uma esfera legislativa.¹¹⁰

A assunção da supremacia legislativa pela ordem estatal evoca, pois, a tese de que o direito legítimo é aquele que adveio de regulamentações específicas, formuladas pela própria estrutura jurídica. Corresponde, então, a afirmar ser necessário o estabelecimento de certas ordens procedimentais que tenham por escopo a produção jurídica das normas de direito. O legislador, quando de seu ato criador legislativo, não necessita recorrer a nenhuma definição de direito, tampouco a um certo ideal de justiça a ser atingido. O direito se torna direito não por atingir tais parâmetros, mas por estar segundo determinados procedimentos formais previstos na própria estrutura jurídica.¹¹¹

Por influência da racionalidade cuja lógica intrínseca tende para a sistematização da ordem jurídica, a natureza do direito acaba se confundindo com a forma estatutária da lei. Desse princípio decorrem todas as características do positivismo: o estatismo centralizador, a organização dedutivista do direito e, portanto, a coerência do aparelho jurídico, a separação entre legalidade jurídica e legalidade moral, a autonomização do direito que deve evitar, em seu formalismo, qualquer referência a um horizonte de valor.¹¹²

A lei, portanto, em uma teoria positivista, representa o cerne do direito. Para a temática da lei positiva, dessa forma, não há dependência para com requisitos morais ou questões específicas que estejam ausentes da ordem jurídica. Em sendo a lei produzida de acordo com os desígnios procedimentais estabelecidos pelo próprio direito, ela se encontra cingida pelo atributo da validade.

2.2 AS CONSTITUIÇÕES E O NOVO MODELO DE DIREITO

¹⁰⁹ MELLO, Cláudio Ari. Democracia constitucional e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 25.

¹¹⁰ Poderia-se, nesse sentido, discutir a temática da possível prevalência do governo das leis sob o governo dos homens.

¹¹¹ GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica, p. 71-77.

¹¹² GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica, p. 76.

O papel delegado às constituições, neste período, era de “uma função macro-estrutural e procedimental no sistema jurídico.”¹¹³ A constituição deveria organizar o poder político do Estado e, essencialmente, definir o procedimento adequado para que fossem as legislações criadas.¹¹⁴ Isso não significa a ausência de possibilidade de interferência desta na ordem material do direito. Mas esta intervenção era mínima, em geral no que tange a atribuições de liberdades públicas dos indivíduos, mais no sentido de exercício de uma função negativa do Estado do que propriamente na instituição de fonte positiva de Direito.¹¹⁵

Esta função concedida às constituições, inferior ao desempenhado contemporaneamente, se deve ao ideário legislativo preconizado pelo Estado de Direito. A tese de que a constituição é apenas mais uma legislação sujeita a uma determinação jurídica, que preconiza regras a serem por todos seguidas encontra uma barreira nas novas concepções de direito positivistas, que passaram a assumir uma postura diferenciada do direito no que tange ao modo de percepção da função de uma ordem constitucional.¹¹⁶

Este modo diferente de se ter com o direito adveio, dentre outros aspectos importantes, de um momento de crise da lei advinda do estado legislador unitário. A ideologia então presente que acentuava o papel da lei como a única e exclusiva fonte do direito e, portanto, que culminava na tese de que direito legítimo é tão somente aquele que adveio das esferas legislativas juridicamente dadas, se apresentava como “uma ideologia legitimadora ou encobridora de uma realidade muito mais complexa e, por certo, muito menos luminosa para as pretensões do legislador.”¹¹⁷

¹¹³ MELLO, Cláudio Ari. Democracia constitucional e direitos fundamentais, p. 25.

¹¹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: p. 33-41.

¹¹⁵ CANOTILHO, Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 42-49.

¹¹⁶ MELLO, Cláudio Ari. Democracia constitucional e direitos fundamentais, p. 25-34.

¹¹⁷ SANCHÍS, Luís Pietro. Ley, principios, derechos. Madrid: Dykinson, 1998, p. 25. Tradução livre. No original: “[...] una ideología legitimadora o encubridora de una realidad mucho más compleja y, por cierto, mucho menos luminosa para las pretensiones del legislador.”

Esta idéia de um Estado absoluto capaz de impor as vontades daquele que ocupa o lugar do poder por meio de um aparato legislativo se mostra diversa¹¹⁸ de uma outra concepção estatal designada Estado Constitucional. Esta forma de regimento estatal comporta caracterizações diferenciadoras singulares no desenvolvimento até agora de uma teoria acerca do Estado ungido pelo direito.

O Estado constitucional vem a ser caracterizado pela possibilidade de serem todos os poderes, inclusive o legislativo, limitados e controlados. Ele é fundado na idéia de supremacia da lei, sendo esta, porém, não absoluta tampouco incondicionada.¹¹⁹ “Por isso é recorrente ler que a característica definidora do Estado constitucional é precisamente a existência de um procedimento efetivo de controle de constitucionalidade das leis ou, mais amplamente, de controle sobre o poder em geral.”¹²⁰ Tem-se neste Estado presente, pois, a idéia de um “submetimento completo do poder ao Direito, à razão: o império da força da razão, frente a razão da força.”¹²¹

Esta afirmação envolvendo o controle do poder em geral e da constitucionalidade das leis pode ser vislumbrada segundo alguns aspectos presentes na teoria do Estado constitucional. Um primeiro argumento versa sobre a diluição das características de generalidade e abstração da lei. Um Estado absoluto possui por fundamento a supremacia de uma lei que é a todos aplicada, em razão de ser ela o resultado de uma designação do poder soberano. Entretanto, a época do Estado constitucional marcou uma retração do direito

¹¹⁸ Discute-se se essas qualificações do Estado representam uma continuação histórica ou uma superação que intenta negar a tipologia anterior. Sanchis argumenta que certos valores do sistema político presente no Estado Constitucional possuem sua origem no Estado Liberal do século XIX, possuindo, também, outros ideários que seriam contribuições específicas das Constituições formadas no pós guerra. Zagrebelsky, por sua vez, sustenta que a mutação pode ser considerada qualitativa e não gradual, quando menciona que mais do que uma continuação entre tais qualificações estatais, existe uma transformação de tal modo profunda que inclusive chega a afetar o conceito de direito existente. Sobre o tema, ver SANCHÍS, Luís Pietro. Ley, principios, derechos, p. 31-35, e ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: p. 33-34.

¹¹⁹ SANCHÍS, Luís Pietro. Ley, principios, derechos, p. 31-34.

¹²⁰ SANCHÍS, Luís Pietro. Ley, principios, derechos, p. 33. Tradução livre. No original: “Por eso, es corriente leer que el rasgo definitorio del Estado constitucional es precisamente la existencia de un procedimiento efectivo de control de constitucionalidad de las leyes o, más ampliamente, de control sobre el poder en general.”

¹²¹ ATIENZA, Manuel. Argumentación jurídica y Estado constitucional, in Novos Estudos Jurídicos, n. 1, vol. 9, janeiro/abril 2004, p. 9-20, p. 11. Tradução livre. No original: “[...] sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: el imperio de la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza.”

puramente legislativo, em parte pelo fundamento da criação legislativa de inúmeras leis cujo caráter era “setorial e temporal.”¹²² Marcado por um pluralismo de forças políticas e sociais, este momento jurídico é marcado por uma heterogeneidade de valores e interesses expressados nas leis.¹²³

A lei – neste ponto da sua história, já não é a expressão ‘pacífica’ de uma sociedade política internamente coerente, senão que é manifestação e instrumento de competição e enfrentamento social, [...] não é um ato impessoal, geral e abstrato, expressão de interesses objetivos, coerentes, racionalmente justificáveis e generalizáveis, [...], pelo contrário, um ato personalizado (no sentido de que provém de grupos identificáveis de pessoas e está dirigido a outros grupos igualmente identificáveis) que persegue interesses particulares.¹²⁴

A lei, então, neste período, não representa mais um ideário garantidor de uma absoluta estabilidade do sistema social, mas ela própria, ao assumir a característica de ser direcionada a certos grupos particularizados, acaba por se transformar em um instrumento causador de instabilidade.

Ademais, outro argumento envolvendo as modificações preconizadas no Estado constitucional diz respeito ao estabelecimento de um catálogo de direitos fundamentais. O Estado de direito, ao realizar uma espécie de troca da soberania constitucional pela soberania estatal, promove uma anulação de “qualquer fórmula medianamente efetiva de controle de constitucionalidade,”¹²⁵ dado ser supremo o poder oriundo do Estado. Isso possibilita, por sua vez, a realização da afirmação de que o Estado de direito “não contempla, senão que afasta, a presença de um catálogo de direitos fundamentais, isto é, de direitos eficazmente situados acima de qualquer norma ou decisão estatal,”¹²⁶ dado

¹²² ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: p. 37. Tradução livre. No original “sectorial y temporal”.

¹²³ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: p. 34-39.

¹²⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: p. 38. Tradução livre. No original “La ley – em este punto de su historia – ya no es la expresión ‘pacífica’ de una sociedad internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social, [...] no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, [...] por el contrario, un acto personalizado (em el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares.”

¹²⁵ SANCHÍS, Luís Pietro. Ley, principios, derechos, p. 33. Tradução livre. No original “[...] cualquier fórmula medianamente efectiva de control de constitucionalidad.”

¹²⁶ SANCHÍS, Luís Pietro. Ley, principios, derechos, p. 33. Tradução livre. No original “[...] no contempla, sino que rechaza, la presencia de un catálogo de derechos fundamentales, esto es, de derechos eficazmente situados por encima de cualquier norma o decisión estatal.”

serem estes direitos considerados como superiores às próprias decisões do Estado. Aceitar o Estado de direito a existência de uma lista de direitos fundamentais a serem seguidos, ainda que como guias norteadores das atividades do Estado equivale a aceitar que existe algo que se coloca em supremacia com relação a todas as decisões oriundas do poder político.

Com a gradual substituição do modelo do Estado de direito para o modelo do Estado constitucional as Constituições, por serem as portadoras das cartas de direitos fundamentais e portanto dotadas de uma força normativa vinculante, instituíram certos freios aos desígnios do poder estatal, mediante a assunção de normas de direito superior, obrigatórias inclusive ao legislador.¹²⁷

Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra idealizar essa pretensão de eficácia.¹²⁸

Este ideário assumido pelo Estado constitucional adquire destaque quando da observação de que a Constituição, como norma fundamental de um ordenamento jurídico, impõe a todos, inclusive ao Estado, padrões de direitos e, essencialmente, de deveres. “Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas.”¹²⁹

Esta imposição de obrigações ao poder estatal encontra seu argumento forte na idéia da força normativa da Constituição que, em função de sua força normativa, irradia esta determinação a suas normas constitutivas, essencialmente naquelas designadas princípios. Equivale, então, a afirmar que a estrutura da ordem jurídica sofreu uma transformação, dado o fato de ter a lei sucumbido na sua supremacia total à Constituição. “O postulado de unidade da Constituição exclui que a hermenêutica constitucional possa reduzir-se a mera

¹²⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: p. 39-41.

¹²⁸ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 5.

¹²⁹ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição, p. 7.

casuística.”¹³⁰ A Constituição não é, portanto, de modo exclusivo, uma carta explanadora de disposições a serem seguidas, mas, ao contrário, se constitui em alicerce fundamental das questões referentes às discussões de justiça dentro de uma ordem jurídica.

“A lei, um tempo medida exclusiva de todas as coisas no campo do direito, cede assim a passagem à Constituição e se converte ela mesma em objeto de mediação. É destronada em favor de uma instância mais alta.”¹³¹ Este situação de supremacia constitucional acaba por trazer conseqüências diretas para a discussão da moralidade e do direito, ao discutir a conceitualização das normas jurídicas.

2.3 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NA ESFERA CONSTITUCIONAL

Há que se destacar, ainda, que o fato de um ordenamento jurídico dar destaque para a Constituição em razão desta ser dotada de um aparato vinculante não equivale a afirmar a perda da supremacia legal. Isso porque tal Constituição pode, em seu corpo, determinar tão somente regras procedimentais quanto à organização do Estado. Ela continua sendo dita norma suprema, mas perfaz ainda o modelo instituído por Kelsen acerca das normas e da validade destas. Ou seja, pode a Constituição estabelecer normas que são consideradas supremas na sua característica formal, mas que no seu aspecto material continuam a estabelecer normas organizacionais. Da mesma forma, ainda que se estabeleçam nela direitos básicos, a determinação de ampla liberdade de configuração sobre estes direitos para o legislador pode indicar a ocorrência de uma espécie de cerceamento da tutela jurisdicional frente à lei, o que acaba por indicar a configuração de um modelo de ordenamento jurídico

¹³⁰ MENGONI, Luigi. Il Diritto costituzionale come diritto per principi. *Ars Interpretandi*. Padova: Cedam, 1996, p. 95-111, p. 101. Tradução livre. No original “Il postulato di unità della Costituzione esclude che l’ermeneutica costituzionale possa ridursi a mera casistica.”

¹³¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: p. 40. Tradução livre. No original: “La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas em el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma em objeto de medición. Es destronada em favor de una instancia más alta.”

que perfaz a supremacia legislativa. Os Estados constitucionais contemporâneos possuem sua virtude no modo como conjugam os elementos de organização estatal e definição de direitos supremos, fazendo com que o ideário de controle do Estado pelo direito possa ser efetivado.¹³²

O núcleo do constitucionalismo consiste em haver concedido uma norma suprema, fonte direta de direitos e obrigações, imediatamente aplicável por todos os operadores jurídicos, capaz de impor frente a qualquer outra norma e, sobretudo, com um conteúdo compulsório verdadeiramente exuberante de valores, princípios e direitos fundamentais, em suma, de estandartes normativos que já não informam somente acerca de “quem” e “como” se manda, senão em grande parte também do “que” pode ou deve mandar.¹³³

Nesse sentido, pode-se afirmar que um Estado, para que possa ser dito pertencente a um modelo designado como constitucional na forma contemporânea, precisa assumir diretrizes maiores de que simplesmente considerar a Constituição como a máxima legislação de comando. É preciso que nesta legislação esteja presente uma estrutura material, ou seja, que indique não somente regras de procedimento, mas direitos fundamentais. Isto corresponde a afirmar a necessidade de estarem presentes na Constituição designações que acabam por imputar ao ordenamento jurídico uma estrutura substantiva, e não meramente procedimental.

A Constituição já não é somente base de autorização e marco do direito ordinário. Com conceitos tais como os de dignidade, liberdade e igualdade e de Estado de direito, democracia e Estado social, a Constituição proporciona um conteúdo substancial ao sistema jurídico.¹³⁴

Esta afirmação indica uma característica importante do modelo de Estado dito constitucionalista. Os conceitos estabelecidos na Constituição que indicam a temática de direitos são realizados sob a forma de princípios contidos em seu corpo normativo. Dessa

¹³² SANCHÍS, Luís Pietro. *Ley, principios, derechos*, p. 34-35.

¹³³ SANCHÍS, Luís Pietro. *Ley, principios, derechos*, p. 35. Tradução livre. No original: “El núcleo del constitucionalismo consiste en haber concebido una norma suprema, fuente directa de derechos y obligaciones, inmediatamente aplicable por todos los operadores jurídicos, capaz de imponerse frente a cualquier otra norma y, sobre todo, con un contenido preceptivo verdaderamente exuberante de valores, principios y derechos fundamentales, en suma, de estándares normativos que ya no informan sólo acerca de ‘quién’ y ‘cómo’ se manda, sino en gran parte también de ‘qué’ puede o debe mandarse.”

¹³⁴ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, p. 159. Tradução livre. No original: “La Constitución no es ya solo base de autorización y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad e igualdad y de Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico.”

forma, o constitucionalismo acaba por necessitar de uma nova elaboração do conceito e estrutura do sistema jurídico. Isto porque no modelo preconizado pelo positivismo clássico, princípios não são considerados como figuras normativas. Nesse sentido é a afirmação de Kelsen, quando menciona que princípios, por serem pertencentes ao âmbito da moralidade, da política ou dos costumes, não podem receber a designação de jurídicos, o que significa que, por não possuírem o caráter de normas jurídicas propriamente ditas, não são obrigatórios. Estes princípios, a despeito de sua qualificação nominativa, continuam a pertencer a moral, a política ou costume.¹³⁵

Os princípios da Moral, Política ou Costume, que influenciam o indivíduo, e que, em sua função, produz o Direito, - ao lado de outros fatores - são *motivos* do legislador, do juiz ou do órgão da administração; e estes motivos - em conformidade com o Direito positivo - juridicamente não são obrigatórios. Esses princípios não têm, portanto, o caráter de normas jurídicas.¹³⁶

Esta postura teórica é alterada substantivamente quando da supremacia do Estado constitucional. Se para o positivismo clássico os princípios eram vislumbrados como sendo portadores de funções complementares, integradoras ou corretivas das normas jurídicas, “entrando em jogo quando as outras normas não estiverem em condições de desenvolver plena ou satisfatoriamente a função reguladora que têm atribuída”¹³⁷, funcionando, portanto, como proposições fundamentais de valoração e construção do sistema, guias para os órgãos responsáveis pela formação e criação normativa¹³⁸, o constitucionalismo lhes concedeu um papel diferenciado, onde passaram a ser considerados como “pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas sociais.”¹³⁹

Significa, pois, esta afirmativa, que aos princípios não mais se concedeu somente um papel integrador do direito, mas passaram a assumir uma função de destaque

¹³⁵ KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986, p. 145-156.

¹³⁶ KELSEN, Hans. Teoria geral das normas, p. 148-149.

¹³⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos y justicia, p. 117. Tradução livre. No original: “[...] entrarían en juego cuando las otras normas no estuvieran en condición de desarrollar plena o satisfatoriamente la función reguladora que tienen atribuída.”

¹³⁸ Sobre as características dos princípios para o positivismo jurídico, ver KELSEN, Hans. Teoria geral das normas, p. 145-156.

¹³⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, p. 237.

dentro da ordem normativa, dado serem eles componentes da ordem constitucional e, essencialmente, estabeleceram direitos e garantias fundamentais que acabam por funcionar, inclusive, como direitos do indivíduo frente ao Estado.

Estes direitos fundamentais, convertidos na idade moderna como fundamento jurídico e político do Estado de direito, estabelecidos em geral sob a forma de princípios, correspondem a limites que o poder estatal não pode ultrapassar, dado o fato que eles ‘impõem, guste ou não, limites e vínculos substanciais [...] à democracia política tal como se expressa nas decisões das maiorias contingentes.’¹⁴⁰

Dessa forma, a teoria do constitucionalismo, ao assumir em seu cerne a presença de direitos fundamentais, estes obrigatórios para todos, inclusive para o Estado, necessita reestruturar alguns conceitos até então preconizados pelas teses fundamentais da teoria positivista clássica. Isto se deve, em grande parte, ao reconhecimento da força vinculante dos princípios jurídicos.¹⁴¹

As questões que versam sobre quais direitos possui o indivíduo, seja considerado individualmente ou no seu aspecto coletivo, como membro de uma comunidade política, bem como o modo destes virem a ser realizados sempre foi um tema presente nas discussões envolvendo a teoria e a filosofia do direito.¹⁴² Tais debates ganharam força com o tema do constitucionalismo, dado a inserção nas cartas constitucionais dos direitos fundamentais dotados de ‘um novo caráter em virtude de sua positivação como direito de vigência imediata.’¹⁴³

¹⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madri: Trotta, 2001, p. 342. Tradução livre. No original: ‘[...] imponem, guste o no, limites y vínculos substanciales [...] a la democracia política tal como se expresa em las decisiones de las mayorias contingentes.’

¹⁴¹ Sobre este tema, ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil, p. 93-108, expõe que uma das características do período denominado constitucionalismo é o estabelecimento, por meio de normas constitucionais, de princípios jurídicos, estes dotados de uma ‘justiça material’ que se irradia por toda a extensão da ordem jurídica.

¹⁴² Sobre o tema das discussões acerca dos direitos fundamentais sob a forma de princípios, ver ATIENZA, Manuel. Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona:Ariel, 1996, capítulo 1.

¹⁴³ ALEXYS, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 21. Tradução livre. No original: ‘[...] adquiere ciertamente un nuevo carácter em virtud de su positivación como derecho de vigencia inmediata.’

2.3.1 PRINCÍPIOS E REGRAS: UMA DIFERENÇA ENTRE NORMAS

Esta polêmica que envolve os princípios de direito, na teoria contemporânea, teve início com a publicação de um artigo de Ronald Dworkin acerca da questão de ser o direito um sistema que envolve regras.¹⁴⁴ Ao discutir a tese jurídica de Hart sobre o direito, expõe que o positivismo não consegue dar conta da presença de normas diferente de regras, ou seja, da estrutura jurídica dos princípios.

Quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões.¹⁴⁵

Os princípios se diferenciam das regras, para Dworkin, por possuírem uma dimensão que é ausente nas regras, ou seja, a dimensão do peso ou importância. Os princípios, então, correspondem a um padrão que deve ser observado, por serem eles exigências de justiça ou equidade, ou uma dimensão da moralidade.¹⁴⁶

Esta designação dos princípios como dotados de uma caracterização de peso implica uma diferença de natureza lógica entre esses e as regras. Dado o fato de serem as regras aplicadas “à maneira do tudo-ou-nada”,¹⁴⁷ um conflito entre elas indica que um dos comandos normativos deve ser retirado da ordem jurídica, já que a existência de ambos impede a realização efetiva do suporte fático previsto. Fato diverso ocorre com os princípios. Por serem eles portadores de um aspecto de importância, os conflitos que porventura ocorrem

¹⁴⁴ Este artigo, publicado originariamente em 1967, com o título de “The model of rules”, foi posteriormente incorporado na obra “Taking rights seriously”, de 1978.

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-36.

¹⁴⁶ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, p. 36-46.

¹⁴⁷ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, p. 39.

entre eles não exigem a realização de uma exclusão. Isso se deve em razão de que a importância de cada um deles será medida no conflito, algo que não se dá com as regras.¹⁴⁸

Alexy, ao tratar da diferença existente entre as regras e os princípios, argumenta que os critérios apontados por Dworkin para realizar a distinção entre estas duas esferas legais, apesar de apontarem para certos elementos importantes, não afetam, porém, o núcleo teórico distintivo, que remete à própria forma de conceituação destas normas.¹⁴⁹

Muitas podem ser as teses que remetem à discussão acerca do que são direitos fundamentais. Esta diversidade se deve, em geral, aos múltiplos enfoques que se ocupam desta discussão. Tal variedade de discussão, ao apontar argumentos diversificados acerca de tais direitos acaba por evidenciar que, muitas vezes, as definições indicam a existência de significações diferentes para um mesmo tema.¹⁵⁰

Mas, a despeito desta multiplicidade, é possível a identificação de duas modalidades de resposta da pergunta acerca do que são os direitos fundamentais. Estas respostas acabam por demonstrar os diversos modos de tratar a temática de tais direitos. “[...] à pergunta ‘*que direitos são fundamentais*’ se pode dar duas respostas distintas, ambas substanciais, segundo se interprete o sentido de ‘*quais são*’ ou no sentido ‘*quais devem ser*’ esses direitos.”¹⁵¹

Enquanto a questão acerca de “quais devem ser” direitos fundamentais faz referência a uma resposta do tipo axiológica, versando, portanto, acerca de considerar como pertencentes a esta categoria de direitos certos valores éticos e políticos, o que permite inferir desta tese a sua caracterização como política ou filosófica, mantendo inerte a questão acerca

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, p. 36-46.

¹⁴⁹ Para verificar os elementos específicos desta discussão, que envolve outros elementos da teoria de Dworkin que não serão abordados neste trabalho, ver ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica. Colônia del Carmen: Fontamara, 1998, p. 7-20.

¹⁵⁰ Sobre esta diversidade de definições, ver FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales, capítulo 3.

¹⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales, p. 289. Tradução livre. No original: “[...] a la pregunta ‘*qué derechos son fundamentales*’ se suele dar dos respuestas distintas, ambas substanciales, según se la interprete em el sentido de ‘*cuáles son*’ o em sentido de ‘*cuáles deben ser*’ esos derechos.”

de o que são estes direitos, a pergunta “quais são” direitos fundamentais faz remissão a um ideal teórico positivista.¹⁵²

Isto porque ao se indagar sobre quais são os direitos fundamentais não se está realizando um questionamento acerca do modo como se define tais direitos. Trata-se de uma tese jurídica de dogmática positivista, já que não questiona os direitos propriamente ditos, mas somente realiza uma verificação de quais direitos são resguardados na ordem positiva.¹⁵³

Nesse sentido é a afirmação de Alexy quando inicia a discussão acerca de direitos fundamentais. Sua tese não versa sobre definições políticas, filosóficas ou sociológicas acerca dos direitos fundamentais, mas os trata segundo parâmetros de juridicidade. Corresponde a afirmar, dessa forma, que o autor não se preocupa em discutir como definir o que são direitos fundamentais, bem como a sua fundamentação metafísica. Seu objeto é uma “teoria jurídica geral dos direitos fundamentais.”¹⁵⁴

Dessa forma, sua análise acerca da inserção dos direitos fundamentais nas Constituições não irá ser representativa de uma discussão teórico-filosófica, mas destacará o papel destes direitos no ordenamento jurídico. Parte, portanto, de um fato determinado: os direitos fundamentais se encontram dispostos na ordem jurídica e, em razão disso, são de seguimento obrigatórios para os indivíduos e para o Estado.

Ao trabalhar os direitos fundamentais segundo o paradigma teórico de que constituem uma teoria jurídica dos direitos fundamentais, impõe a esta análise uma espécie de restrição, ou seja, a observação que se fará acerca destes direitos será adstrita àqueles considerados como positivamente válidos.¹⁵⁵

Nesse sentido, Alexy ressalva que o objeto de sua pesquisa – os direitos fundamentais – será verificado sob a ótica de três elementos norteadores: a) trata-se de uma

¹⁵² FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales, p. 287-291.

¹⁵³ FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales, p. 287-291.

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, p. 27-28. Tradução livre. No original: “[...] teoría jurídica general de los derechos fundamentales.”

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, p. 27-28.

teoria que procura analisar não a totalidade dos possíveis direitos fundamentais, mas somente aqueles que se encontram dispostos na Lei Fundamental; b) não procura discutir questões acerca de quais deveriam ser os direitos fundamentais, ou o que são tais direitos, mas os analisa exclusivamente na sua acepção jurídica; c) trata-se de uma teoria geral, que procura, então, discutir os elementos fundamentais de questões jurídicas acerca de direitos fundamentais que se encontrem dispostos na Constituição.¹⁵⁶

A teoria proposta pelo autor, então, não procura, a princípio, explicar o papel que exercem os direitos fundamentais nas teorias do direito contemporâneas, mas tornar claro o funcionamento destes nas Constituições.¹⁵⁷ Para isso, sua teoria se apresenta como uma teoria estrutural dos direitos fundamentais. Como teoria estrutural, visa dispor sobre a organização, disposição e ordem dos elementos componentes da estrutura jurídica. Significa, portanto, que sua teoria estrutural é, primeiramente, uma teoria analítica.¹⁵⁸ Esta opção teórica se deve, em grande parte, ao fato de que “a clareza analítico-conceitual é uma condição elementar da racionalidade de toda ciência.”¹⁵⁹

Corresponde, então, a afirmar que, ao se tratar do desenvolvimento de uma tese acerca dos direitos fundamentais, é preciso que se determinem certos postulados teóricos, a fim de que seja possível a realização clara e precisa dos elementos fundamentais que irão compor a teoria argumentativa acerca destes.

Ao se propor, então, o estudo dos direitos fundamentais segundo uma teoria dogmática jurídica, ou seja, deixando de ser abordado questões acerca de como são determinados e quais são os direitos fundamentais, bem como sua originalidade, está-se realizando uma restrição teórica fundada na necessidade de elucidação conceitual, com a

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 28.

¹⁵⁷ Ressalta-se que o objetivo de Alexy é tratar dos direitos fundamentais presentes na Lei Fundamental da Alemanha. Mas o próprio autor ressalva que a sua tese pode ser aplicada na análise dos direitos fundamentais de outros Estados, desde que respeitado o marco de interpretação histórica e a interpretação comparativa. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 27-35.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 39-46.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 39. Tradução livre. No original: “La claridad analítico-conceptual es una condición elemental de la racionalidad de toda ciencia.”

intenção de que possa a tese ser dita capaz de ser integrada em um desenvolvimento científico da teoria jurídica.

A observação nas caracterizações dos direitos fundamentais existentes seja na esfera da jurisprudência ou nas questões doutrinárias jurídicas permite inferir pela inexistência, acerca desta temática, de uma clareza conceitual necessária para que haja a possibilidade de atribuição de cientificidade ao tema, já que é preciso uma consideração conceitual sistemática do direito para que possa ser a ele atribuído o traço de uma disciplina racional.¹⁶⁰

A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, aponta, em última instância, à fundamentação racional de juízos de dever ser de direitos fundamentais concretos. A racionalidade da fundamentação exige que o caminho desde as definições dos direitos fundamentais aos juízos de dever ser de direitos fundamentais concretos seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos.¹⁶¹

Para que seja possível tal definição de clareza conceitual faz-se necessário, portanto, que sejam também claras as definições e modelos de aplicabilidade das normas de direitos fundamentais. Tem-se a exigência que haja uma discussão acerca da estrutura dos direitos fundamentais existentes, essencialmente, nas Constituições.

Isto se deve em razão de que a não existência de clareza acerca da estrutura dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais impede que haja clareza na fundamentação dos direitos fundamentais. Dessa forma, todos os conceitos de direitos fundamentais exigem, conceitualmente, clareza e distinção no seu trato teórico.¹⁶²

Em razão desta necessidade teórica faz-se necessário a definição de uma norma de direito fundamental, para que seja possível, então, tratar da sua estrutura, de modo a conservar a consideração sistemático-conceitual do direito.

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 39-46.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 39. Tradução livre. No original: “La dogmática de los derechos fundamentales, en tanto disciplina práctica, apunta, en última instancia, a la fundamentación racional de juicios de deber ser de derechos fundamentales concretos. La racionalidad de la fundamentación exige que la vía desde las definiciones de los derechos fundamentales a los juicios de deber ser de derechos fundamentales concretos sea accesible, en la mayor medida posible, a controles intersubjetivos.”

¹⁶² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 41.

Existem, segundo Alexy, estreitas conexões entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental.¹⁶³ Esta afirmação se confirma pelo motivo de que sempre que um indivíduo possui um direito fundamental, existe uma norma válida de direito fundamental que lhe outorga este direito.¹⁶⁴

Normas de direito fundamental podem ser identificadas quando se verifica quais normas de um certo ordenamento jurídico ou de uma Constituição podem ser ditas como normas de direitos fundamentais e, por consequência, quais comandos normativos não pertencem à classe de normas que estabelecem direitos fundamentais. Dessa forma, normas que prescrevem direitos fundamentais são aquelas disposições normativas expressamente presentes na Constituição.¹⁶⁵

Definido, pois, a tese de que os direitos fundamentais de um Estado são os comandos normativos pertencentes à ordem constitucional, mister é a definição da sua estrutura. Na esfera das discussões referentes aos direitos fundamentais, tem importância a distinção entre regras e princípios, dado que esta diferença constitui um marco na teoria normativo-material dos direitos fundamentais.¹⁶⁶

Se o direito atual está composto de regras e princípios, cabe observar que as normas legislativas são prevalentemente regras, ao passo que as normas constitucionais sobre direitos e sobre a justiça são prevalentemente princípios (e aqui interessam na medida em que são princípios). Por isso, distinguir os princípios das regras significa, em grande passo, distinguir a Constituição da lei.¹⁶⁷

Em razão disso se pode reafirmar o papel destinado às Constituições no período contemporâneo. Em sendo elas portadoras de um grande número de princípios, a sua

¹⁶³ O sentido de conceito empregado pelo autor faz referência não ao que são propriamente direitos fundamentais, mas àqueles direitos que são enunciados na carta constitucional. Sobre isto, ver ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 27-34.

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p.47-48.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p.62-73.

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p.81-82. Para Alexy, a distinção entre regras e princípios se constitui em um dos pilares fundamentais da teoria dos direitos fundamentais.

¹⁶⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*, p. 109-110. Tradução livre. No original: ‘Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida em que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.’

efetividade acaba por depender da produção de um efeito real dos direitos fundamentais nela inseridos sob a forma de princípios.

A diferença entre regras e princípios já vinha sido tratada em vários autores, o que impede de ser dita uma temática nova. Entretanto, sempre imperou nestes debates confusões e polêmicas, essencialmente em razão da questão acerca da atribuição de normatividade aos princípios, bem como envolvente a temática da sua força vinculante. Além disso, existe um grande número de critérios de definição e distinção entre princípios e regras, o que acaba por permitir uma ampla discussão conceitual acerca de tais elementos.¹⁶⁸

A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo pré-existente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.¹⁶⁹

Tem-se, dessa forma, que o desenvolvimento da temática dos direitos fundamentais segundo uma perspectiva constitucional que envolva a questão dos princípios de direito pressupõe uma discussão acerca de uma tentativa de resposta à questão sobre o papel que deve desenvolver o intérprete do direito no tocante à sua atividade de designação de sentido ao texto jurídico.

A distinção entre princípios e regras, considerada esta um dos alicerces para a estrutura da teoria dos direitos fundamentais, se fundamenta no aspecto referente a relação classificatória entre tais categorias normativas. Não se diferenciam, como as teses fundamentais do positivismo jurídico,¹⁷⁰ normas de princípios, tampouco podem os princípios serem ditos contrapostos às regras, dado serem ambas partes integrantes de uma esfera

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 81-82. e ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos y justicia, p.109.

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, abr/jun, 2003, p. 141-176, p. 144.

¹⁷⁰ Esta afirmação pode ser corroborada quando da observação, na obra kelseniana, da temática das fontes do direito, ou seja, que princípio, por mais que sejam ditos jurídicos, não possuem as características fundamentais que lhe permitiriam tal pertencimento.

normativa, pois os dois conceitos determinam um dever ser característico das atividades normativas.¹⁷¹

Ambos [regras e princípios] podem ser formulados com a ajuda das expressões deonticas básicas de mandado, da permissão e da proibição. Os princípios, do mesmo modo que as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é pois uma distinção entre dois tipos de normas.¹⁷²

Havendo, pois, esta verificação de que tanto princípios quanto regras são estabelecidos com fundamento em modelos deontológicos, devem ser eles elencados classificatoriamente não em modelos diversos, mas como integrantes de um mesmo gênero normativo, as normas.

Múltiplos são os critérios a partir dos quais é possível distinguir os princípios das regras. Tal diversidade pode ser dita, de certa forma, oriunda dos diversos sentidos possíveis de serem dados ao conceito de princípios jurídicos.¹⁷³ Nesse sentido, dado a inexistência de uma exemplificação que possa ser dita minimamente uniforme acerca da expressão “princípios”, cabe “prescindir do nome e atender as coisas que em cada caso pretendem designar”.¹⁷⁴ Corresponde a afirmar, portanto, que é antes necessário discutir o significado, a função e a consequência dos princípios dentro de uma ordem dita constitucionalista ante o problema oriundo das diversas nomeações que passaram a adquirir na teoria do direito.

Dentre os diversos critérios utilizados para se distinguir princípios de regras está aquele denominado generalidade. Argumenta-se, segundo este fundamento, que as

¹⁷¹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, p. 82-83.

¹⁷² ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, p. 83. Tradução livre. No original: “Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deonticas básicas de deber del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sena razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.”

¹⁷³ Acerca de tal diversidad, ver ATIENZA, Manuel. Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos, p. 3 e ss.

¹⁷⁴ SANCHÍS, Luis Pietro. Ley, principios, derechos, p. 49. Tradução livre. No original: “[...] prescindir del nombre y atender a las cosas que em cada caso pretendem designarse.”

normas dotadas de cunho principiológico são portadoras de uma gradação de generalidade considerada alta e, a seu turno, as regras seriam dotadas de uma generalidade como baixa.¹⁷⁵

Entretanto, este critério não pode ser tido como decisivo para a distinção entre princípios e regras em razão de ser ele um comando que diferencia as instâncias normativas exclusivamente em função de seu grau. Esta diferenciação acaba por impedir que seja realizada uma separação conceitual clara e precisa acerca do que são regras e do que são princípios.¹⁷⁶ O critério distintivo entre princípios e regras fundado na generalidade pode ser dito como uma “tese frágil de separação”, já que, por meio deste critério, apenas se obtém a idéia de que princípios e regras são diferentes somente por um elemento de gradação.¹⁷⁷

Esta dificuldade teórica se deve ao fato de que em sendo diversas as definições de princípios e regras, faz-se necessário distingui-los não segundo um critério de gradação, somente, mas também em conformidade com uma tese acerca de seus aspectos qualitativos.¹⁷⁸ Isto exige que, para o tratamento dos princípios e das regras, seja feita menção ao modo de realização empírica destas duas modalidades normativas. Esta exigência advém, em parte, pelo fato de que princípios e regras podem ser distinguidos por serem ambos entidades organizadas de uma certa forma, ou seja, possuidoras de estruturas normativas diversas.¹⁷⁹

Fato que merece destaque para a caracterização desta necessidade advém da tese de que o conceito de generalidade normativa não se confunde com a idéia de universalidade de uma norma. A atribuição da característica de universalidade de uma norma advém de possuir esta o traço distintivo de serem os seus efeitos conferidos para todos os indivíduos, e não para um sujeito em particular. “Uma norma pode ser precisa em seu

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, p. 83.

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, p. 85.

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica, p. 9.

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, p. 85-86.

¹⁷⁹ ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos, p. 6-7.

significado mas genérica em seu alcance,”¹⁸⁰ o que vem a implicar uma dificuldade semântica para a interpretação das normas jurídicas como sendo elas regras ou princípios. Daí a dificuldade de se estruturar uma diferenciação precisa entre princípios e regras baseando-se exclusivamente no argumento da generalidade.

Dessa forma, para que seja estabelecido um critério distintivo preciso entre princípios e regras faz-se necessário vislumbrar os conceitos que perfazem estas duas espécies normativas. Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro de um marco de possibilidades jurídicas e empíricas.¹⁸¹

“Os princípios são *mandados de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.”¹⁸²

O aspecto das possibilidades jurídicas do cumprimento dos princípios advém em razão de que a aplicação de um princípio depende dos princípios que a este se contrapõe, e a menção às possibilidades fáticas é derivada do fato que o conteúdo dos princípios como normas que estabelecem condutas só podem ser efetivamente determinadas quando diante dos próprios fatos.¹⁸³

Regras, por sua vez, não possuem esta caracterização de poderem ser realizadas na maior medida possível. Significa, então, que somente podem ser cumpridas ou não. “As regras contém *determinações* no âmbito do fático e juridicamente possível.”¹⁸⁴ São, portanto, mandados definitivos. Corresponde a afirmar, então, que se uma regra é válida na ordem jurídica há que se realizar aquilo que a sua prescrição de conduta indicar.

¹⁸⁰ ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. 2 tiragem. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003, p.19.

¹⁸¹ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 86.

¹⁸² ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 86. Tradução livre. No original: “[...] los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.”

¹⁸³ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 29.

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 87. Tradução livre. No original: “[...] las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.”

As Constituições contemporâneas, em grande parte, possuem no seu corpo normativo enunciados que elencam direitos fundamentais. Tais direitos necessitam de uma atividade interpretativa de seus conceitos e extensões. Entretanto, esta função pode esbarrar em vários obstáculos, sendo talvez o mais proeminente aquele derivado das chamadas colisões de direitos fundamentais.¹⁸⁵

2.3.2 OS CONFLITOS NORMATIVOS

A distinção entre regras e princípios estabelecida segundo as espécies de mandados pode ser melhor vislumbrada quando das observações das divergências entre as normas. Comum a conflitos entre regras e colisões entre princípios é o fato de que as normas, se aplicadas de maneira independente, acabam por conduzir a resultados que, em si mesmo, são incompatíveis, ou seja, são contraditórios.¹⁸⁶ A forma de solução das divergências é que permite a observação dos elementos dos princípios e das regras.

O Direito, por ser um ordenamento constituído por diversas normas, pretende que haja uma integração entre tais comandos. Em razão disso o positivismo jurídico, em seus pontos fundamentais, preconiza a idéia de que o direito se organiza sob a forma de um ordenamento. Para isso, não mais se considera o direito em uma acepção isolada de uma norma jurídica, mas no conjunto de normas que são vigentes em uma sociedade.¹⁸⁷ Assim, além de um estudo acerca das normas jurídicas enquanto comandos individuais, é preciso que seja realizado um exame envolvendo o modo de relacionamento entre as normas integrantes

¹⁸⁵ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, p. 87-89.

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, p. 87.

¹⁸⁷ Acerca dos elementos fundamentais da teoria do positivismo jurídico, ver BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, parte II.

da estrutura jurídica.¹⁸⁸ Em face de tal diversidade normativa é possível que estes comandos, ao prescreverem os atos a serem realizados, acabem por designar comandos antinômicos¹⁸⁹.

Diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele *normas incompatíveis*. Aqui, “sistema” equivale à validade do princípio eu exclui a *incompatibilidade* das normas. Se num ordenamento vem a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas.¹⁹⁰

Se o direito, por ser organizado sob a forma de um sistema, não tolera a existência de contradições normativas, é preciso que seja estabelecido um conjunto de soluções para possíveis conflitos. Uma divergência entre duas regras se desenvolve no plano da validade da ordem jurídica. Indica que, em havendo um conflito de normas incompatíveis, ou seja, que indicam a realização de comportamentos excludentes, o sistema exige ou a exclusão de uma delas ou até mesmo de ambas.

As regras de direito, por serem mandados definitivos, enquadram-se na situação de solução de conflitos por meio da validade. Um desacordo entre o disposto por duas regras somente pode ter solução quando da declaração de invalidade de pelo menos uma das regras ou introduzindo-se em uma delas uma cláusula de exceção, que acaba por preservar as duas regras na ordem jurídica.¹⁹¹

Esta necessidade é justificada em função de que o conceito de validade jurídica não é considerado como gradual. Uma norma ou é juridicamente válida ou é inválida, o que acaba por definir se ela deve ser aplicada ou não aplicada. Se uma regra está em vigor é preciso que se cumpra aquilo que ela determina. Se uma regra é válida para certo caso jurídico significa que também a sua consequência é válida.

¹⁸⁸ Para uma observação da teoria envolvendo as normas de direito enquanto uma unidade, ver BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: UNB Editora, 1999.

¹⁸⁹ Define-se como antinomia jurídica como “aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento”, desde que “pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade.” BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento jurídico*, p. 86 e 88.

¹⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento jurídico*, p. 80.

¹⁹¹ ALEXYS, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 88.

Se se constata a aplicabilidade de duas regras com conseqüências reciprocamente contraditórias no caso concreto e esta contradição não pode ser eliminada mediante a introdução de uma cláusula de exceção, há então que declarar inválida, pelo menos, uma das regras.¹⁹²

A cláusula de exceção possível de ser introduzida nas regras como uma solução realizável para os conflitos existentes consiste em uma espécie de introdução de um “desvio” àquilo que a norma determinou como sendo devido. Manifesta -se, pois, como uma possibilidade “alternativa” de ação, ainda que listada no ordenamento, que permite a existência de regras que indicam ações contrárias.¹⁹³

A solução de um conflito de princípios, por sua vez, se dá de maneira diferente das regras. Esta distinção se deve ao próprio conceito de princípio como sendo um mandado de otimização. Os direitos fundamentais preconizados nas constituições são estabelecidos na forma de princípios. Em razão disso, quando se menciona a discussão sobre embate de princípios se está examinando o problema dos conflitos existentes entre os direitos fundamentais, ou seja, entre direitos que são protegidos pelo interesse público ou pelo interesse coletivo.¹⁹⁴

Uma colisão de direitos fundamentais possui uma característica que a diferencia dos conflitos entre regras. Enquanto o conflito de regras é resolvido no âmbito da validade, a colisão de princípios se resolve na dimensão do peso ou do valor. Isto porque uma colisão de princípios, para ser resolvida, não exige que uma das normas envolvidas seja excluída do ordenamento jurídico, tampouco reclama pela introdução de uma cláusula de

¹⁹² ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, p. 88. Tradução livre. No original: “Si se constata la aplicabilidad de dos reglas con consecuencias recíprocamente contradictorias en el caso concreto y esta contradicción no puede ser eliminada mediante la introducción de una cláusula de excepción, hay entonces que declarar inválida, por lo menos, a una de las reglas.”

¹⁹³ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, p. 88-89. Para clarificar o tema das cláusulas de exceção, convém mencionar o exemplo dado por Alexy. Em existindo uma norma que indica que a proibição de se ausentar de uma sala antes do toque do sinal de saída e outra norma que ordene que ao toque do sinal de incêndio há uma necessidade de se retirar da sala há a configuração de um conflito de regras, já que ambas, se aplicadas, conduzem a resultados que são contraditórios. Uma solução para este conflito que acaba por manter ambas as regras na ordem jurídica é a introdução de uma cláusula de exceção na primeira regra, para comportar a possibilidade de desvio do comando por ela preconizado, ou seja, que, mesmo em não havendo o toque do sinal que autoriza a saída da sala, o toque do sinal de incêndio possibilita a ação de retirada do local. Para outros exemplos acerca de conflitos entre regras, ver ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica, p. 10-11.

¹⁹⁴ ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho, p. 184.

exceção para dirimir o conflito. Dessa forma, tem-se que os direitos fundamentais estabelecidos sob a forma de princípios, por estarem inseridos nas constituições, possuem um caráter vinculante. E mesmo em conflito, por serem princípios, não são excluídos da ordem do direito.¹⁹⁵

As colisões entre princípios, portanto, entre direitos fundamentais, são superadas quando da imposição a um dos princípios em tela ou a ambos os princípios certas restrições, o que acaba por minimizar o seu grau de aplicabilidade. Assim, a discussão acerca dos confrontos entre direitos fundamentais é uma querela sobre qual deve ser o modo de determinação de qual princípio será suplantado em detrimento de outro.¹⁹⁶

Quando dois princípios entram em colisão – tal como é o caso segundo um princípio algo está proibido e, segundo outro princípio, está permitido – um dos dois princípios tem que ceder frente ao outro. Porém, isso não significa declarar inválido o princípio desprezado nem que no princípio desprezado há que ser inserido uma cláusula de exceção.¹⁹⁷

Esta definição de uma forma de solução dos conflitos entre princípios leva a formulação de uma prescrição definida como lei da colisão. Esta indica que em toda situação que se tenha um conflito de interesses materializados sob a forma de princípios o modo de resolução se dá por meio de uma ponderação dos interesses opostos envolvidos. E como a resolução destes conflitos ocorre no âmbito do peso, a ponderação dos interesses opostos envolve a definição de qual princípio, no caso concreto, possui maior peso.¹⁹⁸

A maneira de determinação de uma relação de precedência condicionada consiste em uma indicação acerca das condições sobre as quais se define que um princípio

¹⁹⁵ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 89-95.

¹⁹⁶ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 89-95.

¹⁹⁷ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 89. Tradução livre. No original: ‘Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según outro principio, está permitido – uno de los principios tiene que ceder ante o outro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que em el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción.’

¹⁹⁸ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 90.

deve prevalecer sobre um outro. Nesse sentido, trata-se de discutir qual dos direitos fundamentais será efetivado e qual deles deve recuar em benefício do outro.¹⁹⁹

Tal discussão sobre a prevalência de um princípio frente a outro apenas se faz possível em função da caracterização destes como não dotados de uma característica absoluta. Isso corresponde a afirmar que não existe, dentro de uma teoria de princípios, um enunciado que deve ser considerado como absoluto.

Pelo geral, os princípios não se estruturam segundo uma ‘hierarquia de valores’. Se assim fosse, se produziria uma incompatibilidade com o caráter pluralista da sociedade, algo inconcebível nas condições constitucionais materiais da atualidade. Em caso de conflito, o princípio de maior traço privaria de valor a todos os princípios inferiores e daria lugar a uma ameaçadora ‘tirania do valor’ essencialmente destrutiva.²⁰⁰

A definição dos princípios como não absolutos permite, então, que seja formulada a denominada lei da colisão que, ao mencionar as situações de conflito entre princípios e o modo de solução destes, reforça a definição dos princípios como mandados de otimização, cujo âmbito de solução das tensões não é o da validade, mas o do peso ou importância.

Esta lei, que será chamada ‘lei de colisão’, é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui sustentado. Reflete a característica dos princípios como mandados de otimização entre os quais, primeiro, não existem relações absolutas de precedência e que, segundo, se referem a ações e situações que não são quantificáveis.²⁰¹

Da caracterização de regras e princípios até aqui enunciada pode-se inferir outra temática pertinente ao problema da diferenciação entre tais normas jurídicas. A definição de princípio como uma norma jurídica cujo mandamento de dever ser é de

¹⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 93.

²⁰⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*, p. 124. Tradução livre. No original: ‘Por lo general, los principios no se estructuraron según una ‘jerarquía de valores’. Si así fuese, se produciría una incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad, algo inconcebible en las condiciones constitucionales materiales de la actualidad. En el caso de conflicto, el principio de más rango privaría de valor a todos los principios inferiores y daría lugar a una amenazadora ‘tiranía del valor’ esencialmente destructiva.’

²⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 94-95. Tradução livre. No original: ‘Esta ley, que será llamada ‘ley de colisión’, es uno de los fundamentos de la teoría de los principios aquí sostenidos. Refleja el carácter de los principios como mandatos de optimización entre los cuales, primero, no existen relaciones absolutas de precedência y que, segundo, se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables.’

otimização e as regras de um mandamento aludido definitivo permite a referência, para com estas duas normas, acerca do caráter normativo que é derivado desta definição.

Tanto regras quanto princípios possuem a característica de serem dotados de um caráter *prima facie*. Em sendo os princípios mandados de otimização, possuem sua realização regulada por meio das suas possibilidades fáticas e jurídicas. Ainda, não são dotados, em sua estrutura, de um caráter definitivo. Daí a existência de um outro argumento referente ao caráter não absoluto de princípios jurídicos, já que a esta possibilidade corresponderia a própria impossibilidade dos direitos fundamentais.²⁰²

“Quando um princípio se refere a bens coletivos e é absoluto, as normas de direito fundamental não podem fixar nenhum limite jurídico. Portanto, até onde chega o princípio absoluto, não podem haver direitos fundamentais.”²⁰³

Do fato de que um princípio valha para um caso não se pode inferir que aquilo que o princípio exige para certa situação empírica valha como resultado definitivo. Os princípios apresentam razões que podem ser desprezadas por outras razões opostas. O princípio, por seu conteúdo, somente, não determina como há de se resolver a relação entre uma razão e sua oposta. Esta decisão advém da aplicação de uma máxima denominada proporcionalidade.²⁰⁴

As regras, por sua vez, também podem receber o caráter de *prima facie*, mas de uma maneira diferenciada daquela definida para os princípios. Dado que para as regras existe uma exigência de que seja o comando fático por elas preconizado cumprido, possuem uma determinação específica no âmbito das suas possibilidades fáticas e jurídicas. Entretanto, esta

²⁰² ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 98-101.

²⁰³ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 106. Tradução livre. No original: “Cuando un principio se refiere a bienes colectivos y es absoluto, las normas de derecho fundamental no pueden fijarle nenhum limite jurídico. Por lo tanto, hasta donde llegue el principio absoluto, no pueden haber derechos fundamentales.”

²⁰⁴ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 99.

caracterização é minimizada quando da introdução da cláusula de exceção, já que esta vem a permitir que a regra, ainda que em conflito com outra, permaneça na ordem jurídica.²⁰⁵

Que as regras, através do enfraquecimento de seu caráter definitivo, não obtenham o mesmo caráter *prima facie* que os princípios, é somente uma face da moeda. A outra é que tampouco os princípios, através do fortalecimento de seu caráter *prima facie*, obtém o mesmo caráter *prima facie* das regras.²⁰⁶

Esta menção de que o caráter *prima facie* dos princípios pode ser reforçado se fundamenta na possibilidade de ser introduzido uma certa carga argumentativa em favor de certo princípio. O acréscimo da característica *prima facie* não é propriamente uma definição normativa, mas depende da atividade de argumentação a favor do direito fundamental defendido por aquele princípio.²⁰⁷

2.3.3 A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE COMO MODO DE SOLUÇÃO DE COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS

Aspecto importante relacionado com a própria definição dos princípios é a necessidade do estabelecimento de uma máxima da proporcionalidade. Isto em razão de que entre uma teoria de princípios e a máxima da proporcionalidade há uma estreita relação, dado que uma categoria acaba por implicar na outra. Tal implicação se deve ao próprio conceito de princípio como mandado de otimização, já que este exige uma discussão acerca dos argumentos referentes a cada princípio no que tange à lei da colisão.²⁰⁸

A máxima da proporcionalidade possui três máximas parciais, quais sejam: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, também denominada como ponderação. Pelo fato de os princípios serem direitos válidos e aplicáveis, a solução para um

²⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 98-101.

²⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 101. Tradução livre. No original: “El que las reglas, a través del debilitamiento de su carácter definitivo, no obtengan el mismo carácter *prima facie* que los principios, es solo una cara de la medalla. La otra es que tampoco los principios, a través del reforzamiento de su carácter *prima facie*, obtienen el mismo carácter *prima facie* que las reglas.”

²⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 101.

²⁰⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 111-115.

conflito entre estas esferas normativas se dará através da utilização de uma ponderação. Significa, então, que quando princípios “entram em colisão com princípios opostos, está ordenada uma ponderação.”²⁰⁹

Princípios são mandados de otimização que devem ser realizados na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. As máximas parciais da proporcionalidade vão abarcar estas questões das possibilidades referentes aos princípios. As máximas da adequação e da necessidade serão responsáveis pelas análises dos princípios com referência à questão das possibilidades fáticas. Já a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é disposta com a função de dar conta das possibilidades jurídicas dos princípios.²¹⁰

A caracterização dos princípios como sendo mandados de otimização exige, assim, que sejam realizados de modo mais amplo possível conforme suas possibilidades fáticas e jurídicas. Dessa forma, quando em conflito, a solução a ser proferida deve ter em conta uma ponderação de interesses opostos. Corresponde, então, a verificar qual princípio possui o maior peso no caso concreto. Para que seja possível estabelecer a relação de precedência condicionada entre os princípios, é preciso que sofram eles uma ponderação, que está inserida no conceito da máxima da proporcionalidade.²¹¹

A proporcionalidade, composta por três partes, adequação, necessidade e ponderação, é derivada diretamente do conceito de princípio como mandato de otimização que deve ser realizado conforme suas possibilidades fáticas e jurídicas. A referência às suas possibilidades fáticas leva à adequação e à necessidade. Já as possibilidades jurídicas implicam em uma lei de ponderação, que expõe que quanto maior for o grau de não cumprimento de um princípio, maior deve ser a importância da realização do outro.²¹²

²⁰⁹ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 112. Tradução livre. No original: “[...] entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación.”

²¹⁰ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 111-115.

²¹¹ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 90-95 e 112.

²¹² ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica, p. 20-21 e ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 111-112.

A adequação, primeira máxima parcial componente da proporcionalidade, faz referência ao meio que se utiliza em situação fática para a obtenção de uma finalidade qualquer, ou seja, há uma verificação se este fim é de fato apropriado. No que tange à necessidade, busca-se a escolha do melhor meio para que seja o fim almejado obtido.²¹³

A condição de adequação do meio é, destarte, *necessária* para a consecução do fim, mas não é *suficiente*, devendo-se recorrer à segunda máxima do princípio da proporcionalidade. Em outros termos: o que é necessário é adequado, mas o que é adequado nem sempre é necessário²¹⁴.

Não sendo suficiente a aplicação das máximas da adequação e da necessidade para solucionar o conflito entre princípios, há que se recorrer à terceira parte componente da proporcionalidade, ou seja, a ponderação. Esta máxima expõe que “quanto maior é o grau de não satisfação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro.”²¹⁵ Significa, pois, que há a configuração de uma necessidade de se adentrar no conteúdo dos princípios para que seja possível a verificação da precedência de um em relação ao outro.²¹⁶

Uma questão pertinente à teoria de princípios quando se menciona esta necessidade de se adentrar no conteúdo de tais normas é a relação destes com a temática dos valores, já que sempre é possível questionar a valoração dos direitos fundamentais garantidos na Constituição.

Princípios e valores possuem uma estreita vinculação, que pode ser vislumbrada sob dois aspectos. Primeiramente, da mesma maneira que se é possível discutir as colisões e ponderações de princípios é factível a discussão acerca das colisões e ponderações entre valores. Por outro lado, o cumprimento gradual dos princípios possui equivalência em um cumprimento gradual de valores.²¹⁷

²¹³ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 111-114.

²¹⁴ TOLEDO, Cláudia. Direito adquirido e Estado Democrático de Direito. São Paulo: Landy, 2003, p. 67.

²¹⁵ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 161.

²¹⁶ TOLEDO, Cláudia. Direito adquirido e Estado Democrático de Direito, p. 68.

²¹⁷ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 138-139.

Entretanto, apesar de tais similaridades, existe entre princípios e valores um ponto de diferença importante. Esta distinção versa sobre os grupos de conceitos práticos em que se localizam as categorias dos princípios e dos valores. Conceitos deontológicos fazem referência a mandamentos, proibições, permissões e indicações de se ter um direito a algo. Nesse sentido, possuem a característica de fazerem menção a um mandado de dever ser. A seu turno, os conceitos axiológicos são caracterizados pelo fato de que a sua concepção fundamental não é um mandado de dever ser, mas acerca do que é considerado bom.²¹⁸

Em razão desta discriminação teórica é possível verificar que a aludida diferença fundamental entre princípios e valores é que os primeiros estão dispostos sob a ordem dos conceitos deontológicos, enquanto que os segundos pertencem ao âmbito do nível axiológico.²¹⁹

O que no modelo dos valores é *prima facie* o melhor é, no modelo dos princípios, *prima facie* devido; e o que no modelo dos valores é definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Assim pois, os princípios e os valores se diferenciam somente em virtude de seu caráter deontológico e axiológico, respectivamente.²²⁰

Dessa forma, faz-se possível vislumbrar com maior precisão as diferenças entre uma teoria de princípios e uma teoria dos valores. Tem-se, então, que o modelo de solução de conflitos de princípios também se aplica aos embates entre valores. Porém, a teoria de valores se mostra importante para a teoria de princípios em função de que, quando da terceira máxima da proporcionalidade, a ponderação, faz-se uso de argumentos que, em seu aspecto discursivo, permitem a discussão dos valores inerentes aos princípios utilizados.²²¹

Expõe-se, aqui, o caráter de necessidade de uma teoria da argumentação jurídica, para que seja possível, no conjunto dos melhores argumentos expostos, respeitadas as

²¹⁸ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 138-141.

²¹⁹ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 141.

²²⁰ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 147. Tradução livre. No original: “Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en un modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferenciam sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente.”

²²¹ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 147-156.

regras do discurso, a obtenção de uma solução para um caso de colisão de princípios jurídicos. Significa afirmar, pois, que uma teoria de princípios somente se faz efetiva ao ser a ela associada uma teoria da argumentação jurídica que, para Alexy, é compreendida como um caso especial do discurso prático racional²²² O procedimento do discurso, a despeito da discussão envolvendo as formas de limitação que proporciona, mostra-se importante nas teorias do direito contemporâneas.²²³ Traz-se à colação citação de Manuel Atienza: ‘O procedimento discursivo cumpre pelo menos uma função negativa: a de assinalar limites que não podem ser ultrapassados.’³⁴

Na teoria da argumentação jurídica são dispostas regras que representam uma espécie de código geral de razoabilidade. Isso não significa que a aplicação dessas regras irá conduzir a uma única solução para um caso qualquer, já que os princípios são semanticamente indeterminados, mas que as decisões neste processo tomadas podem ser consideradas como sendo justificadas racionalmente por meio do procedimento argumentativo.

São vigentes no ordenamento jurídico normas de direito fundamental. Estas, pelo motivo de serem constituídas eminentemente sobre a forma de princípios, estão em geral sujeitas ao procedimento de ponderação. O procedimento de ponderação, ainda que disposto sob a égide da razão, controlado por suas três máximas e pelos procedimentos discursivos, não oferece uma única solução para cada caso. Isso o torna, em certo sentido, como um procedimento aberto. A consequência disso é fazer com que o sistema jurídico como um todo, em razão dos direitos fundamentais estarem nele presentes, se mostre também como um sistema aberto²²⁴.

²²² Sobre esta qualificação do discurso jurídico, ver ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, parte C.

²²³ Sobre a discussão envolvendo Habermas e Alexy acerca da tese do caso especial, ver ALEXY, Robert. The Special case thesis, in Ratio Juris. V. 12. N. 4, december 1999, p. 374-384.

³⁴ ATIENZA, Manuel. As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 180.

²²⁴ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, p. 524-525.

Tal abertura, por sua vez, compreende uma aceção moral. Significa afirmar que o direito é um sistema aberto a concepções de moralidade. Esta abertura, verificada no âmbito dos princípios jurídicos, conduz a uma discussão acerca dos problemas de justiça que envolvem uma ordem de direito.²²⁵ Em razão das dificuldades sempre presentes na filosofia para determinar teorias morais materiais, e também em face das necessidades discursivas do direito contemporâneo, esta abertura para a ordem moral se vincula a uma idéia de procedimentalização. Uma destas formas de moralidade procedimental é a do discurso prático racional.²²⁶

Dadas tais definições teóricas, evidencia-se o papel do intérprete em uma discussão jurídica. Quando em uma situação de conflito entre os princípios, verificadas as condições da máxima da proporcionalidade, e sendo preciso a sua aplicação integral, devem pelo intérprete judicial ser elencadas razões pelas quais um argumento que privilegia um princípio em detrimento de outro deve prevalecer. Observa-se que o Tribunal Constitucional, por sua função eminentemente hermenêutica, acaba por ser o órgão que, em última análise, profere o direito, o que significa ser ele o definidor do sentido das normas constitucionais.

Nesse sentido pode ser apresentada uma questão importante acerca da concretização da própria Constituição no que se refere às suas instâncias normativas: “é a Constituição que ordena e mede o peso dos valores ou é a ordenação e medida do aplicador que as impõe?”²²⁷

Se for pensado o sistema de interligação do direito com a moralidade procedimental em uma esfera democrática, todas as decisões daí resultantes estariam legitimadas em face do consentimento e do convencimento de que dispõem as partes. Mas isso requer a existência de pressupostos sem os quais não pode ser possível a efetivação, ainda

²²⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 526.

²²⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 530.

²²⁷ LAPORTA, Francisco J. Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley. In *Revista Doxa*. Universidad de Alicante, n. 22, 1999, p. 321-330, p. 327. Tradução livre. No original: “¿ Es la Constitución la que ordena y mide el peso de los valores o es la ordenación y medida del aplicador la que se impone?”

que parcial, de teorias baseadas em esferas do consenso. Resta, então, ainda, o questionamento acerca do modo de introdução, aceitação e conseqüências da moral na ordem do direito.

CAPÍTULO III: A INTERFACE ENTRE DIREITO E MORAL NA PERSPECTIVA DO PÓS-POSITIVISMO

3.1 O DIREITO EM UMA PERSPECTIVA POSITIVISTA E NÃO POSITIVISTA

Numerosos são os intentos de se obter uma compreensão adequada daquilo que se menciona como fenômeno jurídico. Estes, por sua vez, trazem em si carreados algumas peculiaridades. Dentre essas, há que se destacar a tentativa de tratamento da temática de estar o Direito relacionando com outras áreas do conhecimento humano que vão além da questão normativa.

Kelsen, quando da realização de sua tratativa de ter o direito como uma ciência, propôs para este estudo o que denominou como uma teoria pura. Pretendia, pois, a formação de um aparato teórico que objetivasse dar conta do fenômeno jurídico em geral, e não de interpretações particulares das normas jurídicas. Tal teoria, então, tem por pretensão estabelecer um conhecimento dirigido tão somente ao direito, e, portanto, excluir desse tudo aquilo que, de um modo claro e distinto, não possa ser designado como sendo parte integrante do direito. Isto significa afastar da análise do direito todas as temáticas que, ainda que se relacionem com o direito, não sejam propriamente direito. Esta delimitação acerca do conhecimento do direito em face de outras disciplinas se deve a “evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos”.²²⁸

²²⁸ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 4.

Partindo-se do princípio metodológico fundamental da teoria pura do direito tem-se que é necessário, precipuamente, conceituar o objeto de estudo de uma teoria do direito. Para tal ação, faz-se necessário estabelecer o sentido e o significado que o termo “direito” deve ser empregado. Apesar de seu uso nas mais diversas linguagens, verifica-se que, de um modo geral, costuma-se relacionar tal termo com imperativos acerca da conduta humana, que acabam por serem estes componentes de uma ordem jurídica.

Uma “ordem” é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertinentes a essa ordem.²²⁹

Tem-se, então, a necessidade de ao se tratar do direito não observá-lo tão somente sob o âmbito de uma norma isolada, mas como um conjunto de normas. Isso equivale, pois, a afirmar que deve o direito ser vislumbrado como um sistema cujas unidades componentes são as normas.

Considero como problema fundamental da teoria do Direito o de determinar o conceito de Direito. Se por normativismo se entende aquela teoria segundo a qual o modo mais conveniente de definir o Direito é se referir à noção de norma, então sou normativista. Com esta determinação: que o termo “Direito” somente pode ser esclarecido fazendo referência não a uma noção de norma, senão a um tipo de conjunto de normas, o que habitualmente se chama “ordenamento jurídico”. Deste ponto de vista, a teoria do Direito se identifica com a teoria do ordenamento jurídico.²³⁰

Dessa forma, pode-se afirmar que a norma individualizada recebe o atributo de jurídica enquanto for pertencente a um ordenamento jurídico. Assim, tal norma necessita estar em conformidade com a norma fundamental que concede validade a toda uma ordem de direito. Nesse sentido, o conceito de norma se mostra como um fundamento necessário para a compreensão do fenômeno jurídico.

²²⁹ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 83.

²³⁰ BOBBIO, Norberto. Contribución a la teoría del derecho, p. 98. Tradução livre. No original: “Considero como problema fundamental de la teoría del Derecho el de determinar el concepto del Derecho. Si por normativismo se entiende aquella teoría según la cual el modo más conveniente de definir el Derecho es referirse a la noción de norma, entonces soy normativista. Con esta precisión: que por “Derecho” sólo puede ser aclarado haciendo referencia no ya a un tipo de norma sino a un tipo de conjunto de normas, lo que habitualmente se llama “ordenamiento jurídico”. Desde este punto de vista, la teoría del Derecho se identifica con la teoría del ordenamiento jurídico.”

Ainda, as normas necessitam estar determinadas dentro de uma determinada padronização para que possam ser admitidas como pertencentes à esfera do direito. Uma norma, nesse sentido, é aquela ordem que se refere às condutas humanas de maneira coativa, designando quais são os comportamentos permitidos e obrigatórios para o indivíduo.²³¹

Esta referência obrigatória da norma jurídica a um imperativo impositivo ou permissivo impõe a ela a necessidade de estar contido em sua estrutura uma descrição fática. Nesse sentido, se à norma jurídica cabe a regulamentação das condutas dos homens, deve apresentar uma estrutura que venha a definir tais ações. Esta prescrição de condutas é comumente chamada de preceito ou suporte fático.

Ocorre que haver a determinação de uma conduta não é suficiente para que seja a norma considerada como existente para a esfera do direito. Faz-se mister, ainda, que haja a indicação de um “princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta como premo ou como pena”²³² interligado com a descrição fática. Isto equivale a afirmar que uma norma jurídica, em sua estrutura interna, deve apresentar dois elementos de composição, os quais o suporte fático (preceito) e a sanção.

A norma jurídica, então, é composta por uma interligação entre uma conduta determinada e o seu princípio retributivo, ou seja, a sanção. Esta formação implica a definição de uma espécie de instância lógica de aplicabilidade, onde se observa que havendo a prática de uma conduta deve haver a consequência sancionadora.²³³

Há que se observar, no entanto, que por eficácia de uma norma jurídica que liga a uma determinada conduta como condição e uma sanção como consequência e, assim, qualifica como delito a conduta que condiciona a sanção, se deve entender não só o fato de esta norma ser aplicada pelos órgãos jurídicos, especialmente pelos tribunais, isto é, o fato de

²³¹ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 05.

²³² KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. COMPLETAR REFERÊNCIA.

²³³ Corresponde a uma fórmula lógica denominada implicação material, representada da seguinte forma: $\text{O} \bullet \hat{\text{O}}$

a sanção, num caso concreto, ser ordenada e aplicada, mas também o fato de esta norma ser respeitada pelos indivíduos subordinados à ordem jurídica, isto é, ser adotada a conduta pela qual se evita a sanção.²³⁴

Os princípios de direito, para a teoria positivista, não são considerados normas jurídicas. Isto implica que não possuem qualquer aspecto de normatividade. Tal situação se deve a não conterem eles atos específicos determinantes de coações, o que os impede de estarem dispostos como pertencentes ao universo do direito existente.

Os princípios jurídicos são considerados pela teoria positivista como componentes de um procedimento de auto-integração do ordenamento jurídico, apresentando como função um caráter de fonte do direito, não sendo mencionados como propriamente direito.

Como princípios do "Direito" podem -se indicar os princípios que interessam à Moral, Política ou Costume, só enquanto eles influenciam a produção de normas jurídicas pelas competentes autoridades do Direito. Mas eles conservam seu caráter como princípios da Moral, Política ou Costume, e precisam ser claramente distinguidos das *normas* jurídicas, cujo conteúdo a eles corresponde. Que eles são qualificados como princípios de "Direito", não significa – como a palavra parece dizer – que eles são Direito, que têm o caráter jurídico. o fato de que eles influenciem a produção de normas jurídicas não significa – como Esser aceita – que eles estejam "positivados", i.e., sejam partes integrantes do Direito positivo. "Positivado", quer dizer, Direito positivo são, pois, somente certas normas que ordenam específicos atos de coação, e essas são criadas de uma forma determinada mesmo pelo Direito.²³⁵

Os princípios de direito apresentam os mais diversos conceitos, esses vinculados ao momento histórico em que foram evidenciados. Assim, pode-se dizer que, inicialmente, em uma linguagem influenciada pela geometria, seriam os princípios aqueles enunciados que designariam as ditas verdades primeiras. Adquiriam, pois, um cunho essencialmente formativo do sistema, o que os constituiriam como as estruturas iniciais de onde proveria o ordenamento jurídico.

Tal caracterização permitiu que, para a doutrina do jusnaturalismo, os princípios estivessem vinculados ao denominado direito natural. Assim, não estariam eles

²³⁴ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 12.

²³⁵ KELSEN, Hans. Teoria geral das normas, p. 148.

dotados dos atributos das normas, ou seja, em sendo os princípios pontos diretivos que fundam a composição do ordenamento jurídico, seriam eles indicativos para a formação das normas do sistema de direito, não estando, em consequência, vinculados a questões relativas a normatividade.

Em sendo o ordenamento jurídico vislumbrado como fundado em um sistema perfeito – o direito natural – os princípios, como pontos formadores e indicadores das normas de direito, não deveriam estar localizados no direito positivo, mas no próprio sistema do direito natural. Entretanto, verifica-se em tais conceitos de princípios a “omissão daquele traço que é qualitativamente o passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios, a saber, o traço de sua normatividade.”²³⁶

A importância dos princípios dentro do modelo denominado pós-positivista ou constitucionalista se refere ao fato de que os princípios desempenham um papel importante na ordem constitucional. Tal função pode ser vislumbrada quando se observa que as normas legislativas são, fundamentalmente, regras, enquanto que as normas constitucionais que tratam de direitos e de justiça são, prevalentemente, princípios.²³⁷

Dessa forma, tem-se que os princípios, neste novo modelo, não mais podem ser diferenciados das normas. Ao contrário, constituem-se em partes integrantes deste conceito, possuindo, por consequência, a característica de normatividade. Em sendo eles normas, não mais se pode afirmar a oposição entre norma e princípio, mas a caracterização da norma como gênero portador de duas espécies, as regras e os princípios.

Mostra-se fundamental, então, para a compreensão da mudança de modelo teórico do direito, a demonstração da diferença entre as regras e os princípios. Dentre os vários critérios utilizados para clarificar a diferenciação entre as regras e os princípios, o mais freqüentemente utilizado é o da generalidade.

²³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 230.

²³⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*, p. 109-110.

Por tal critério, tanto os princípios quanto as regras, por serem espécies de normas, possuem como característica a generalidade. Os princípios possuem generalidade em grau relativamente alto. As regras, por sua vez, apresentam generalidade em baixo grau.²³⁸

Entretanto, a aplicabilidade do critério da generalidade possui objeções quanto a sua aplicação. Isso se deve ao fato de que a aplicação exclusiva do critério da generalidade parece evidenciar que a diferença entre regras e princípios seria somente uma questão de gradação. Entretanto, a diferença entre regras e princípios não é somente de grau, mas qualitativa.²³⁹ “O ponto decisivo para a distinção entre as regras e os princípios é que os princípios são mandamentos de otimização enquanto que as regras têm o caráter de mandamentos definitivos”²⁴⁰.

Significa, então, que os princípios devem ser cumpridos da melhor maneira possível, ou seja, teriam um caráter *prima facie*, sendo o seu cumprimento dependente não apenas das possibilidades reais, mas também das jurídicas. Já as regras são tidas como normas que tão somente podem ser cumpridas ou não. O cumprimento de uma regra se dá quando esta se encontra válida, devendo-se, em consequência, realizá-la em sua integridade. Apresenta, em consequência, um caráter definitivo.

O caráter *prima facie* dos princípios corresponde a afirmação de que estes devem ser realizados sempre na maior medida possível. Por não apresentarem um caráter definitivo não possuem o atributo de deverem ser realizados ou não, mas, quando em uma colisão, seja com relação a bens coletivos, direitos ou outros princípios, podem sofrer uma restrição de sua aplicabilidade sem ter prejudicada a sua validade.²⁴¹

²³⁸ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, p. 83 e ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica, p. 09.

²³⁹ ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica, p. 09.

²⁴⁰ ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho y otros ensaios, p. 162. Tradução livre. No original: ‘El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son *mandatos de optimización* mientras que las reglas tienen el carácter de *mandatos definitivos*’.

²⁴¹ ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho y otros ensaios, p. 184-186, e ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, p. 98-101.

Em contraposição à estrutura dos princípios, as regras apresentam razões ditas definitivas. Tal premissa corresponde a afirmativa de que as regras exigem o cumprimento de seu dispositivo em sua integralidade. Tal determinação se dá tanto no âmbito fático quanto jurídico. Em ocorrendo no cumprimento da regra qualquer espécie de erro ou falha, poderá ocorrer até mesmo a invalidade da regra de direito²⁴²

Há que se destacar que, para o positivismo jurídico, os princípios não conteriam em seu cerne os pressupostos basilares necessários para que fossem considerados como sendo normas jurídicas. Apresentariam, então, um caráter vago, dotado somente de aspirações políticas, o que os impediria de adentrarem na teoria pura do direito. Já para o pós-positivismo os princípios de direito, a despeito de suas imprecisões lógico-formais, são caracterizados como normas jurídicas, o que lhes impõe o caráter de normatividade.

Em razão de serem os princípios considerados em seu aspecto de normatividade, bem como por serem eles listados em Constituições, não há como se estabelecer entre eles qualquer espécie de hierarquia formal. Disso é possível realizar a conclusão de que não se pode estabelecer algum princípio que adquira uma prevalência frente aos demais. Em suma, não há como se falar em princípios que sejam absolutos. Esta afirmação permite que seja realizada a discussão acerca do modo de solução das colisões entre princípios.

Quando há uma colisão de princípios, a solução encontrada não é a mesma que no caso das regras. Enquanto um conflito de regras é resolvido com a declaração de invalidade de uma das regras, a colisão de princípios não traz por consequência a mesma declaração. A solução que se dá para essa situação é uma espécie de recuo dos princípios.²⁴³

A isto se corresponde a afirmar que uma colisão de princípios não se refere ao âmbito de validade desses, mas de uma espécie de preferência de um em relação ao outro,

²⁴² ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho y otros ensaios*, p. 184-186, e ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 98-101.

²⁴³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 98-101.

tendo por fundamento de decisão o peso do princípio, ou seja, acabará por prevalecer a aplicação do princípio que, na análise de uma situação específica, apresentar-se como portador de um maior peso. É o que se denomina como ponderação de princípios, que se realiza mediante a aplicação da denominada lei da colisão, que visa encontrar as prováveis soluções para um conflito de princípios através da verificação do grau de importância e de satisfação de ambas as normas envolvidas no processo.²⁴⁴

3.2 A NECESSIDADE DE UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Uma das conseqüências de se ter a introdução dos princípios na ordem do direito é o trazer à tona a discussão acerca da argumentação necessária para a constituição de uma teoria do direito.²⁴⁵ Isso devido ao fato de que os princípios, pela sua constituição, exigem uma faceta argumentativa diversa daquela aplicada para regras.

Para tanto há no mínimo quatro motivos: (1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto.²⁴⁶

Caso fosse o direito, pois, somente composto por regras haveria a possibilidade de se formar uma espécie de aparato lógico-formal que teria por finalidade a aplicação do direito, já que a mera concordância dos fatos com a norma, ao não trazer em si a necessidade de uma argumentação por demais complexa, permitiria a resolução de modo simplificado dos conflitos levados à decisão. A inserção no ordenamento jurídico dos princípios abre espaço

²⁴⁴ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 90.

²⁴⁵ Sobre o tema, ver ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2001, p. 18-25 e 296-299. Para o autor, o problema referente aos cânones de interpretação jurídica advém da discussão referente ao número de cânones interpretativos e da existência de uma possível ordem hierárquica entre eles. Além disso, a questão da imprecisão destes é uma dificuldade de tal modo importante que, ainda que não os considere como desnecessários, impede que sejam eles utilizados como regras absolutas e suficientes por si mesmos para a justificação dos discursos de caráter jurídico.

²⁴⁶ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica, p. 17.

para o arrazoamento de teses, permitindo que, em um processo racional de argumentação, se encontrem as soluções para situações conflitantes.²⁴⁷

A abertura semântica dos princípios implica a necessidade de um procedimento de ponderação. Este método se caracteriza por ser um procedimento racional onde a solução que ele aponta para certos conflitos depende de valorações tais que não são controladas pelo próprio procedimento de ponderação. Esta dimensão da ponderação e do sistema jurídico como procedimentos abertos implica uma discussão acerca de quais fundamentações utilizadas no procedimento de ponderação são corretas ou falsas. A teoria que pretende dar conta de tal questão trata da argumentação jurídica.²⁴⁸

Dentre as diversas características possíveis de serem destacadas de uma teoria da argumentação jurídica, há que se destacar aquelas que representam condições restritivas para a atividade argumentativa, essencialmente a submissão à lei, aos precedentes e a dogmática jurídica.²⁴⁹

Estas sujeições a que está condicionada a teoria da argumentação jurídica não possibilita, a despeito de sua característica restritiva, que se obtenha para casos semelhantes situações idênticas, dado a inserção de valorações na utilização dos princípios que não são controladas pelo procedimento de ponderação. Tais questões são de tal importância para a argumentação jurídica que toda definição do discurso jurídico se mostra dependente da possibilidade e em que medida é possível o controle de tais valorações surgidas por meio dos princípios jurídicos.²⁵⁰

A questão que se impõe é a discussão envolvendo a inserção da moralidade nas discussões jurídicas por intermédio do procedimento de ponderação dos princípios. Se é um fato que a análise da proporcionalidade permite que se utilize na argumentação jurídica

²⁴⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos y justicia, p. 111.

²⁴⁸ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, p. 524-530.

²⁴⁹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, p. 530.

²⁵⁰ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, p. 530.

aspectos tidos como pertencentes à esfera da moralidade, há que se questionar se é possível, pois, um controle de tais elementos.

Dado o fato de que certas questões valorativas, a despeito de integrarem o procedimento de ponderação dos princípios jurídicos, não são passíveis de controle por este sistema, há que se discutir uma outra possibilidade de que tal controle seja exercido, com o intento de ser evitado respostas que não venham a participar da esfera das decisões práticas racionais.

Dado a multiplicidade de teorias morais materiais que concedam uma única resposta para certas temáticas, a questão moral que adentra no direito deve ser tratada segundo uma perspectiva teórica procedimental, ou seja, uma teoria moral procedimental que venha a formular regras ou condições para a argumentação utilizada na esfera jurídica. A versão utilizada no universo do direito é o discurso prático racional.²⁵¹

Define-se as teorias do discurso como portadoras de um benefício maior frente às teorias morais em razão de ser mais fácil fundamentar suas regras enquanto procedimentos de argumentação prática. As teorias morais materiais, por sua vez, impõe uma dificuldade inerente à escolha de uma teoria de moralidade dentre as diversas opções teóricas possíveis.²⁵²

Teorias de argumentação jurídica possuem como seu objeto de reflexão as argumentações que são produzidas em contextos jurídicos, sejam estes pertinentes ao momento da produção ou estabelecimento das normas de direito²⁵³, a aplicação das normas jurídicas para a solução de conflitos²⁵⁴, ou da dogmática jurídica²⁵⁵. Dado o fato de que a

²⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 530.

²⁵² ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 530.

²⁵³ Podem aqui ocorrer argumentações numa fase pré-legislativa, que se dão como consequência do surgimento de um problema social cuja solução se acredita encontrar em uma medida legislativa, e numa fase propriamente legislativa, onde certos problemas passam a ser considerados pelo Poder Legislativo ou por um órgão do governo. Enquanto na fase pré-legislativa os argumentos utilizados possuem um caráter mais político do que jurídico, na fase legislativa o primeiro plano das discussões é ocupado por argumentos técnico-jurídicos. Sobre o tema, ver ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*, p. 18-19.

²⁵⁴ Podem haver neste campo argumentações relacionadas a problemas vinculados a certos fatos ou ao Direito. No primeiro caso se trata de uma aplicação normativa levada a termo por magistrados ou órgãos administrativos ou também por particulares. Já no que se refere ao Direito se está mencionando os problemas pertinentes à

máxima da proporcionalidade, utilizada para solução de conflitos entre princípios, exige uma discussão argumentativa.²⁵⁶

A teoria da argumentação jurídica proposta por Alexy possui certas particularidades, estas estabelecidas em grande parte em função da sua tese acerca dos direitos fundamentais presentes na ordem constitucional, e o modo como os conflitos entre estes direitos podem ser resolvidos. A tese central de sua concepção da argumentação jurídica é a consideração de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, ou seja, do discurso moral.²⁵⁷

A teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Alexy se mostra como uma teoria procedimental, em razão de ter como um de seus fundamentos a teoria do discurso idealizada por Habermas. Tal procedimento discursivo que pode ser utilizado na esfera do discurso jurídico acaba por fazer referência aos indivíduos que participam do processo, às exigências que são impostas ao procedimento, e à peculiaridade do processo de decisão.

Com referência aos indivíduos participantes do processo discursivo, o destaque não se dá ao número de participantes do discurso (se vários indivíduos ou todos os sujeitos de uma classe), mas pelo fato de que é possível que um número ilimitado de indivíduos podem participar da atividade discursiva.²⁵⁸

Já com respeito às exigências que são impostas para o procedimento, estas podem ser formuladas sob a forma de condições ou regras que imponham certos modos de

própria atividade interpretativa. Sobre o tema, ver ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica, p. 18-19.

²⁵⁵ A dogmática, nas suas funções de fornecer critérios para a produção do direito nas várias instâncias em que ele ocorre, oferecer critérios para a aplicação do direito, e ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico, exige que seja utilizados procedimentos argumentativos, para que suas funções sejam cumpridas. Sobre o tema, ver ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica, p. 18-19.

²⁵⁶ ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica, p. 18-19.

²⁵⁷ ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica, p. 159-161.

²⁵⁸ ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica, p. 159-165.

ação argumentativa. Alexy impõe não somente regras, mas também argumentos que podem ser utilizados na prática argumentativa.²⁵⁹

Quanto ao procedimento de decisão, a teoria do discurso se caracteriza pelo fato de que “as convicções fáticas e normativas (assim como seus interesses) poderem ser modificadas, em virtude dos argumentos utilizados no curso do procedimento.” Corresponde a afirmar, pois, que a atividade discursiva possibilita aos indivíduos a modificação das suas convicções normativas existentes no início do procedimento.²⁶⁰

3.3 AS REGRAS DISCURSIVAS

Estes três elementos componentes dos parâmetros fundamentais da teoria do discurso permitem a discussão de que a teoria do discurso racional, como uma teoria do discurso normativa, se coloca diante do problema de como devem ser fundamentadas as regras do discurso racional.

São várias as regras que definem o discurso prático racional, algumas permitindo, proibindo e também obrigando certos comportamentos. Dentre tais regras, há aquelas que definem o comportamento a ser seguido dentro do discurso prático racional, e outras que determinam os passos a serem seguidos para se atingir a outras regras do discurso.²⁶¹

As primeiras regras, ditas fundamentais, são as condições de possibilidade de toda comunicação lingüística em que se trate de verdade ou de correção, sendo aplicadas tanto ao discurso teórico quanto ao discurso prático. Tais regras podem assim ser formuladas:²⁶²

(1.1) Nenhum falante pode se contradizer;

²⁵⁹ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*, p. 159-165.

²⁶⁰ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*, p. 159-165.

²⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, p.184-185.

²⁶² ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, p.185.

(1.2) Todo falante somente pode afirmar aquilo que ele mesmo crê;

(1.3) Todo falante que aplique um predicado F a um objeto a , deve estar disposto a aplicar F também a qualquer outro objeto igual a a em todos os aspectos relevantes;

(1.4) Distintos falantes não podem usar a mesma expressão com distintos significados.²⁶³

Estas regras enunciam os princípios de não contradição (1.1), aplicando-se também aos enunciados normativos; sinceridade (1.2), constitutiva de toda comunicação lingüística; universalidade (1.3), que exige do indivíduo a disposição de atuar coerentemente; e uso comum da linguagem (1.4), que inclui a necessidade de ser a fala clara e dotada de sentido.²⁶⁴

O segundo grupo de regras e formas do discurso prático geral é composto pelas chamadas regras da razão. Estas têm por tarefa a definição das condições mais importantes da racionalidade do discurso, podendo assim ser formuladas:²⁶⁵

(2) Todo falante deve, quando lhe for solicitado, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem a recusa a uma fundamentação;

(2.1) Quem pode falar pode participar do discurso;

(2.2) a) Todos podem problematizar qualquer asserção;

b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso;

c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades;

(2.3) A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em (2.1) e (2.2), mediante coerção interna ou externa ao discurso.²⁶⁶

²⁶³ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, p.185. Tradução livre. No original: “(1.1) Ningún hablante puede contradecirse; (1.2) Todo hablante solo puede afirmar aquello que él mismo cree; (1.3) Todo hablante que aplique un predicado F a um objeto a debe estar dispuesto a aplica F también a cualquier otro objeto igual a a em todos los aspectos relevantes; (1.4) Distintos hablantes no pueden usar la mism expresión con distintos significados.”

²⁶⁴ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, p.187.

²⁶⁵ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, p.187-190.

²⁶⁶ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, p.189. Tradução livre. No original: “(2.1) Quien pueda hablar puede tomar parte em el discurso; (2.2) a) Todos pueden problematizar cualquier aserción; b) Todos

A primeira destas regras (2) pode ser considerada como a regra geral da fundamentação, e as demais sub-espécies desta dotadas de requisitos essenciais para a prática da atividade discursiva. Há que se destacar que, por serem regras referentes a questões práticas, seu cumprimento será sempre de maneira aproximada. Entretanto, tal insegurança não traz carência de sentido ao critério, mas fundamenta a possibilidade de revisão dos resultados que foram alcançados com a sua utilização²⁶⁷, dado a sua função como um “*instrumento de crítica* das restrições de direitos e oportunidades dos participantes do discurso que não sejam justificáveis.”²⁶⁸ Tais regras se mostram ainda mais importantes porque “proporcionam uma *explicação* da pretensão de verdade ou correção. A pretensão de justiça é um caso especial da pretensão de correção.”²⁶⁹

As regras fundamentais do discurso prático geral e as regras da razão, se utilizadas de modo irrestrito, poderiam acarretar o próprio bloqueio da estrutura argumentativa. Isto ocorre em razão de que a possibilidade de todos problematizarem qualquer asserção permite que seja sempre repetida os mesmos questionamentos, dado que se poderia formular perguntas ou dúvidas sem mesmo ter que se dar razões para tais atitudes. Para evitar este problema, faz-se necessário acrescer às outras regras um terceiro grupo, as regras sobre a carga da argumentação, cujo caráter mais técnico intenta facilitar a argumentação.²⁷⁰ Possuem as seguintes formulações:

(3.1) Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente da pessoa B está obrigado a fundamentar isso;

pueden introducir cualquier aserción em el discurso; c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades; (2.3) A ningún hablante puede impedirle ejercer sus derechos fijados em (2.1) y (2.2), mediante coerción interna o externa al discurso.”

²⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, p.187-190.

²⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, p.190. Tradução livre. No original: “[...] *instrumento de crítica* de las restricciones de derechos y de oportunidades de los participantes em el discurso, que no sean justificables.”

²⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, p.190. Tradução livre. No original: “[...] proporcionam una *explicación* de la pretensión de verdad o corrección.”

²⁷⁰ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*, p. 167.

(3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão, deve dar uma razão para isso;

(3.3) Quem aduziu um argumento somente está obrigado a dar mais argumentos em casos de contra argumentos;

(3.4) Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se refira como argumento a uma manifestação anterior, tem, se lhe é pedido, que fundamentar por que introduziu essa afirmação ou manifestação.²⁷¹

Além destes três grupos de regras acerca do discurso prático geral há um outro grupo constituído pelas formas dos argumentos do discurso prático. O objeto imediato do discurso prático são as proposições normativas singulares (N), que podem ser formuladas de duas maneiras. No primeiro modo a referência utilizada é uma regra (R) pressuposta como válida; na segunda forma se assinalam as conseqüências (F) de se seguir a ordem implicada na proposição normativa.²⁷²

Mas a despeito de serem maneiras diferentes de estruturação dos argumentos, possuem semelhanças estruturais. Isto se verifica pelo fato de quem apela para uma regra de fundamentação pressupõe que seja, cumpridas as condições de aplicação destas regras, que podem ser características de uma pessoa, um objeto ou uma ação. Corresponde a afirmar que aquele que aduz uma regra como razão para um argumento pressupõe que seja verdadeiro um enunciado que descreve estas características, estado de coisas ou acontecimentos.²⁷³

²⁷¹ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, p.193. Tradução livre. No original: "(3.1) Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo; (3.2) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión, debe dar una razón para ello; (3.3) Quien há aducido un argumento, solo está obligado a dar más argumentos en casos de contraargumentos; (3.4) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseoso necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación."

²⁷² ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, p.193-197.

²⁷³ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, p.193.

Por sua vez, todo aquele que aduz como razão para uma proposição normativa uma asserção sobre conseqüências pressupõe uma regra que expressa que a produção destas conseqüências é obrigatória ou é algo bom. Entretanto, há que se verificar que a aplicação de regras distintas podem levar a conseqüências que em si são incompatíveis. Isto acaba por deixar aberto um campo de indeterminação no procedimento argumentativo.²⁷⁴

Pelo fato de que as regras até então formuladas deixam aberto um campo de indeterminação faz-se necessário acrescer um outro grupo de regras, ditas de fundamentação, que se referem às características da argumentação prática e regulam os modos de finalizar as argumentações. As regras anteriores indicam formas para os argumentos utilizados nos discursos práticos. Existe uma espécie de aumento da racionalidade argumentativa quando à utilização de tais formas não se soma qualquer outro meio, como ameaças e acusações e agrados. Faz-se necessário, então, verificar regras que dominem os argumentos justificativos de modo a que sejam eles conduzidos de modo a levar a termo as fundamentações utilizadas nos procedimentos de argumentação.²⁷⁵ Estas regras são:

(5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas, deve poder aceitar as conseqüências de dita regra também no caso hipotético de que ela se encontrava na situação daquelas pessoas;

(5.1.2) As conseqüências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem poder ser aceitas por todos;

(5.1.3) Toda regra deve poder ser ensinada de forma aberta e geral;

(5.2.1) As regras morais que servem de base para concepções morais do falante devem poder passar na prova de sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não passa em semelhante prova: a) se ainda que originariamente possa ter sido justificada racionalmente,

²⁷⁴ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, p.194-197.

²⁷⁵ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, p.197-200.

tenha perdido posteriormente a sua justificação; b) se originariamente não se pôde justificar racionalmente e não se pôde aduzir tampouco novas razões que sejam suficientes.

(5.2.2) As regras morais que servem de base para as concepções morais do falante devem poder passar na prova de sua formação histórica individual. Uma regra moral não passa em semelhante prova se se estabeleceu somente sobre a base de condições de socialização não justificáveis.

(5.3) Há que se respeitar os limites de possibilidade de realização realmente dados.²⁷⁶

As primeiras formulações se referem a três variantes do princípio da universalidade, sendo que no primeiro caso o ponto inicial são as concepções normativas de cada participante, e no segundo tem por referência as opiniões comuns a serem obtidas no discurso.

Já o segundo subgrupo das regras de fundamentação objetivam garantir a racionalidade das regras através de sua “gênese social e individual.”²⁷⁷ E por fim, a última regra componente do grupo de regras de fundamentação objetiva a garantia de que seja possível cumprir as finalidades do discurso prático, ou seja, a busca de soluções para as questões existentes de fato.²⁷⁸

Além dos grupos de regras já mencionados há um outro grupo que se refere a regras de transição, que são formuladas em decorrência do fato de que, no discurso prático,

²⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, p.197-200. Tradução livre. No original: ‘(5.1.1) Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también em el caso hipotético de que él se encontrara em la situación de aquellas personas; (5.1.2) Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos; (5.1.3) Toda regla debe poder enseñarse em forma abierta y general; (5.2.1) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórico-crítica. Una regla moral no pasa semejante prueba: a) si aunque originariamente se pudiesera justificar racionalmente, sin embargo há perdido después su justificación, o b) si originariamente no se pudo justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes; (5.2.2) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formulación histórica individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se há establecido solo sobre la base de condiciones de socialización no justificables; (5.3) Hay que respetar los limites de realizabilidad realmente dados.

²⁷⁷ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*, p. 170.

²⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, p.197-200.

surgem diversos problemas que obrigam um recurso a outros tipos de discurso, já que os problemas surgidos não podem ser resolvidos por meio da argumentação prática.

Tais problemáticas podem tratar de questões de fato, problemas lingüísticos e questões que se referem a própria discussão prática. Isto permite que seja possível passar para outras formas de discurso, assegurado pelas seguintes regras:

(6.1) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar para um discurso teórico (empírico);

(6.2) Para qualquer falante e qualquer momento é possível passar para um discurso de análise de linguagem;

(6.3) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar para um discurso da teoria do discurso.²⁷⁹

A importância de se definir as regras do discurso prático é justamente a busca pelos limites tais que são fornecidos por tais regras, sejam eles positivos ou negativos (situações em que as regras podem fornecer um controle e situações onde elas não definem os limites possíveis).

O fato é que a utilização das regras do discurso prático, a despeito de aumentarem a probabilidade de ser obtido um acordo quanto às questões práticas, não garante que seja possível alcançar, bem como resolver, cada questão prática que é colocada em voga, assim como não estabelecem garantias de que “qualquer acordo alcançado seja definitivo e irretocável.”²⁸⁰

Este limite imposto ao discurso prático se fundamenta, essencialmente, no fato de que especialmente as regras de razão não podem ser cumpridas de modo pleno, que nem

²⁷⁹ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, p.200-201. Tradução livre. No original: “(6.1) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico); (6.2) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje; (6.3) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.”

²⁸⁰ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, p.201. Tradução livre. No original: “[...] cualquier acuerdo alcanzado sea definitivo e irrevocable.”

todos os passos da argumentação estão determinados e que todo discurso parte de certas concepções que são historicamente dadas e, portanto, passíveis de mutações pelo próprio transcurso do tempo.²⁸¹

Se os resultados que são encontrados por meio do procedimento discursivo não podem pretender serem dotados de uma certeza definitiva, então é mister que os seus resultados possam sempre serem objetos de revisão. Para isso, tem-se o uso das regras de razão, quando estabelecem que qualquer participante pode, em qualquer momento, atacar qualquer regra e qualquer proposição normativa.²⁸²

Esta limitação das regras do discurso prático suscitam a necessidade de se estabelecer um sistema jurídico que possa preencher esta espécie de lacuna de racionalidade. Seriam três os procedimentos jurídicos que deveriam ser somados às regras do discurso prático geral: a criação estatal das normas jurídicas, a argumentação jurídica ou discurso jurídico, e o processo judicial.²⁸³

As regras do discurso prático geral estabelecem que certas regras são discursivamente impossíveis e outras discursivamente necessárias. Isto pode acarretar que, mesmo sem contrariar as regras do discurso, pudessem ser fundamentadas normas que entre si são incompatíveis. O estabelecimento de normas jurídicas tem, dessa forma, o sentido de selecionar algumas destas normas discursivamente possíveis e torna-las obrigatórias por meio da coação jurídica.²⁸⁴

Entretanto, nenhum sistema jurídico pode garantir que a totalidade dos casos jurídicos possam ser resolvidos de maneira estritamente lógica, por meio do uso de normas vigentes e informações acerca dos fatos. Esta impossibilidade se deve a indefinição da

²⁸¹ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, p.201-202.

²⁸² ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, p.201-202.

²⁸³ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, p.201-202.

²⁸⁴ ATIENZA, Manuel. As razões do direito, p. 170-172.

linguagem jurídica, a imprecisão das regras do metido jurídico e a impossibilidade de prever todos os casos possíveis.²⁸⁵

3.4 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Esta dificuldade impõe um outro procedimento, denominado argumentação jurídica. Este, por sua vez, por ser formada segundo as regras do discurso prático geral, compartilha com este suas limitações, o que significa afirmar que também o discurso jurídico não permite que se obtenha sempre uma única resposta correta para cada caso. Faz-se necessário, pois, um outro procedimento que venha a se somar as normas jurídicas e ao discurso jurídico. Este terceiro procedimento é o processo judicial. Ao final deste último, resta tão somente uma única resposta entre todas as discursivamente possíveis.²⁸⁶

O discurso jurídico, para Alexy, é um caso especial do discurso prático geral. A distinção entre estes dois tipos de discurso é uma das questões centrais da teoria do discurso jurídico. Um dos elementos diferenciadores entre eles é que a argumentação jurídica possui uma característica essencial, a sua vinculação com o direito positivo vigente.²⁸⁷

‘No discurso jurídico não se pretende sustentar que uma determinada proposição (uma pretensão ou ‘*claim*’, na terminologia de Toulmin) seja mais racional, e sim que ela pode ser fundamentada racionalmente na moldura do ordenamento jurídico vigente.’²⁸⁸

Dessa forma, o procedimento utilizado no discurso jurídico é definido pelas regras e formas presentes no discurso prático geral e também por regras e formas outras que são específicas do discurso jurídico, que acabam por expressar a sujeição da argumentação no direito à lei, aos precedentes judiciais e à dogmática.²⁸⁹

²⁸⁵ ATIENZA, Manuel. As razões do direito, p. 170-172.

²⁸⁶ ATIENZA, Manuel. As razões do direito, p. 170-172.

²⁸⁷ ALEXY, Robert. Teoria de la argumentación jurídica, p. 205-206.

²⁸⁸ ATIENZA, Manuel. As razões do direito, p. 172.

²⁸⁹ ATIENZA, Manuel. As razões do direito, p. 172.

Isto significa, pois, que, em sendo o discurso jurídico um caso especial do discurso prático geral, está ele baseado no fato de que as discussões jurídicas se referem a questões práticas, que tais questões são discutidas sob a pretensão de correção e que estas discussões são realizadas dentro de certas condições limitadoras próprias do discurso jurídico.²⁹⁰ Esta tese do discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral pode ser atacada por três maneiras.

A primeira objeção enuncia que as discussões jurídicas não são questões práticas. A despeito de existirem muitas discussões referentes às questões jurídicas que não se ocupam com o substanciamento de afirmações normativas, mas antes com o estabelecimento dos fatos. Isto permite verificar que a argumentação jurídica está orientada para resolver questões práticas.²⁹¹

Outro argumento contra a pertinência do discurso jurídico como parte do discurso prático geral é que ele não traz em si a exigência de correção. A refutação a esta crítica se fundamenta na tese de que a exigência de correção implícita nos discursos jurídicos é distinta daquela que se encontra presente nos discursos práticos gerais. A exigência para as afirmações realizadas nos discursos não é o seu caráter de absolutamente racional, mas que possa ser racionalmente justificada no contexto da ordem jurídica.²⁹²

A exigência de correção está baseada no fato de que toda pessoa que venha a justificar algo, está, ainda que implicitamente, exigindo que não somente esta justificação, mas que a própria afirmação seja correta. Não é possível, tanto nos discursos jurídicos quanto nos discursos práticos, que seja realizada uma afirmação com a negativa de justificar o argumento sem dar qualquer razão para isso. Isto traz por conseqüência a exigência de correção dos discursos jurídicos.²⁹³

²⁹⁰ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, p. 206-207.

²⁹¹ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, p. 208.

²⁹² ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, p. 208-211.

²⁹³ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, p. 208-211.

A terceira oposição refere-se ao fato de que as limitações existentes no discurso jurídico consistiriam em uma objeção a sua designação como discurso. A aparente dificuldade de categorizar os procedimentos jurídicos não exclui a possibilidade de inseri-los na categoria dos discursos, já que tais procedimentos exigem, para sua compreensão, de uma referência ao conceito de discurso. Isto se fundamenta em razão de que as disputas jurídicas pressupõe uma espécie de comunicação entre os agentes, regida esta pelas próprias regras pertinentes à atividade discursiva.²⁹⁴

3.5 A TESE DA SEPARAÇÃO E A TESE DA CONEXÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL

Face a exposição destes argumentos, é possível retomar os elementos não positivistas já elencados para discutir as relações entre direito e moral. Se para a teoria positivista a relação entre direito e moral deve ser afastada, o argumento não positivista assume que esta conexão não é somente possível mas necessária.

Esta necessidade advém da estrutura normativa do direito assumir a presença de normas da espécie de princípios e da faceta argumentativa da teoria do direito. Princípios exigem uma estrutura de proporcionalidade para resolução de suas colisões, o que dá ao direito uma abertura para a moral.

A resposta a pergunta acerca da existência de conexões entre direito e moral possui conseqüências de longo alcance, que vão desde a definição do próprio sistema jurídico até a teoria da argumentação. Trata-se, pois, de uma questão acerca do modo como é compreendido o direito e de como se desenvolve a prática jurídica como um todo.²⁹⁵

²⁹⁴ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, p. 211-213.

²⁹⁵ ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica, p. 35.

Todas as teorias positivistas argumentam no sentido de uma tese da separação. Pressupõe esta teoria que o conceito de direito é definido de modo a não ter em si incluído qualquer elemento de moralidade. Isto significa que para uma teoria positivista, são elementos que definem a sua estrutura a questão do modo de decisão das autoridades e o elemento da efetividade social.²⁹⁶

Diversamente, as teorias chamadas não positivistas argumentam favoravelmente para a tese da conexão. Esta tese possui por objeto definir o direito de modo a incluir elementos de moralidade. Não positivistas não excluem dos elementos de decisão da autoridade e de efetividade social questões referentes à moral.²⁹⁷

O principal argumento em favor da tese positivista da separação é a inexistência de uma ligação necessária entre a esfera do direito e a esfera da moral. Já a tese da conexão se baseia no fato de que o direito deve ser definido com a utilização de elementos de moralidade. Tanto a tese da separação quanto a tese da conexão se sustentam por meio de argumentos normativos, quando se destaca que é necessária a exclusão ou inclusão de aspectos morais no direito.²⁹⁸

O positivismo jurídico, ao fazer uso da tese da separação, determina que o conceito de direito deve ser definido de tal modo que venha a excluir elementos morais em todas as suas aplicações. Para o positivismo sustentar a tese da separação é preciso justificar que existem melhores razões para uma definição do direito que seja independente de uma definição moral.²⁹⁹

Já o não positivista terá êxito na defesa da tese da conexão se puder refutar a tese positivista de que não há conexão entre direito e moral e que existem argumentos fortes para que o direito seja definido de maneira separada da idéia moral. A tese não positivista da

²⁹⁶ ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica, p. 35-36.

²⁹⁷ ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica, p. 36.

²⁹⁸ ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica, p. 35-38.

²⁹⁹ ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica, p. 35-38.

conexão precisa mostrar que existe de fato uma conexão necessária entre direito e moral, qualquer que seja esta, e que existem razões positivas para buscar uma definição do direito em conjunto com definições morais.³⁰⁰

A tese de Alexy para justificar que existe uma relação necessária entre os conceitos de direito e de moral possui lugar dentro de um marco conceitual consistente em quatro distinções que intentam demonstrar que a tese da conexão é a mais adequada para a discussão do direito contemporâneo.

A primeira distinção possível se faz entre um conceito de direito que inclua o conceito de validade e outro que não inclua tal conceito. Para a discussão do positivismo jurídico é adequado escolher um conceito de direito que inclua uma definição de validade. A inclusão do elemento da validade no conceito de direito “significa a inclusão do contexto institucional de promulgação, aplicação e coação do direito.”³⁰¹

A segunda distinção possível se refere ao ordenamento jurídico como um sistema normativo e como um sistema de procedimentos. O direito, visto como um sistema de procedimentos, se comporta como um sistema de ações baseadas e guiadas por regras tais que por intermédio destas sejam criadas, justificadas e interpretadas outras normas.³⁰²

A tese da conexão, ao fazer referência ao sistema jurídico como um sistema de normas, aponta para as normas como resultados ou produtos de algum processo de criação normativo. Dessa forma, a tese de conexão acaba por se referir aos elementos externos do sistema jurídico. Para que sejam envolvidos aspectos internos do sistema jurídico é que esta tese acaba por propor a existência de conexões necessárias entre o sistema jurídico enquanto procedimento e a moral.³⁰³

³⁰⁰ ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica, p . 35-38.

³⁰¹ ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica, p . 39. Tradução livre. No original: “[...] significa la inclusión del contexto institucional de promulgación, aplicación y la coacción del derecho.”

³⁰² ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica, p . 38-40.

³⁰³ ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica, p . 40.

A terceira distinção se refere à perspectiva do observador e do participante. Por perspectiva do observador há que entender a posição ocupada por alguém que não pergunta qual é a decisão correta de acordo com o estabelecido pelo sistema jurídico, mas questiona como são tomadas as decisões dentro do sistema do direito. Já a perspectiva do participante é o local que alguém ocupa, dentro do sistema jurídico, tomando parte no debate acerca do que o sistema obriga, proíbe e permite, e também quanto aos poderes que este sistema confere. Nesse sentido pode-se caracterizar o magistrado como o centro desta perspectiva.³⁰⁴

A quarta definição faz referência a dois tipos de conexões conceituais necessárias entre o direito e a moral. A primeira é mencionada como conexão definitória, e a segunda como qualitativa. Uma conexão conceitual dita definitória pode ser verificada se a uma norma ou um sistema de normas que não satisfazem certo critério moral se nega o caráter de norma ou sistema jurídico. Já uma conexão qualitativa se verifica se alguém afirma que uma norma ou sistema de normas que não satisfazem certo critério de moralidade pode ser considerado como uma norma ou sistema jurídico. “O que é decisivo aqui é que o defeito que se assinala é jurídico e não somente de caráter moral.”³⁰⁵

A análise destes quatro elementos permite uma multiplicidade de combinações possíveis destas características. A verificação da tese da conexão e da separação dependem de tais combinações, pois cada uma delas apresenta características diversas para a compreensão da relação entre direito e moral.³⁰⁶

Esta multiplicidade de teses possíveis pode ser limitada segundo alguns aspectos: inicialmente há que se analisar somente as combinações que apontarem para conexões necessárias e, posteriormente, um conceito de direito que inclua o conceito de

³⁰⁴ ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica, p. 40.

³⁰⁵ ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica, p. 41. Tradução livre. No original: “Los que es decisivo aquí es que el defecto que se señala es jurídico y no solo de carácter moral.”

³⁰⁶ ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica, p. 41-43.

validade. Ainda que restassem algumas combinações possíveis, serão destacadas duas delas, que são consideradas como a tese forte e a tese fraca da relação de conexão entre direito e moral.³⁰⁷

Uma perspectiva é aquela adotada pelo indivíduo que vislumbra o direito exclusivamente como um sistema de normas, que assume o ponto de vista do observador e busca uma conexão definitiva. Este tipo de conexão é buscado quando se quer verificar, se por razões conceituais, uma violação de um critério moral retira da norma ou do sistema jurídico o caráter de normatividade. “Quem queira argumentar esta questão positivamente tem que demonstrar que as normas ou sistemas de normas perdem necessariamente seu caráter jurídico quando ultrapassam certos limites de injustiça.”³⁰⁸ Este tipo de consideração quanto ao próprio direito recebe a nomenclatura de argumento de injustiça.

Outra perspectiva é caracterizada pelos conceitos de procedimento, de participante e de conexão qualitativa. Para que seja possível demonstrar uma conexão conceitual necessária entre direito e moral a partir desta perspectiva deve “mostrar que nos processos de criação e aplicação do direito os participantes têm, necessariamente, uma pretensão de correção, a qual inclui uma pretensão de correção moral.”³⁰⁹ Este pode ser denominado como argumento de correção.

A pergunta a ser realizada nesta perspectiva é a existência entre o sistema do direito e o sistema da moral de uma conexão necessária. Esta indagação se formula segunda a perspectiva de um observador que intenta saber se a violação de qualquer exigência moral acaba por retirar de um sistema normativo o seu caráter de normatividade.³¹⁰

³⁰⁷ ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica, p. 41-43.

³⁰⁸ ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica, p. 42. Tradução livre. No original: “Quien quiera argumentar esta cuestión positivamente tiene que demostrar que las normas o sistemas de normas pierden necesariamente su carácter jurídico cuando sobrepasan ciertos límites de injusticia.”

³⁰⁹ ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica, p. 43. Tradução livre. No original: “[...] mostrar que em los procesos de creación y aplicación del derecho los participantes tienen, necesariamente, una pretensión de corrección, la cual incluye una pretensión de corrección moral.”

³¹⁰ ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho, p. 37-41.

Um dos pontos decisivos para esta análise advém das regras do discurso prático geral que são assumidas pelo discurso jurídico, dentre elas a pretensão de correção do direito. A correção, como um “elemento necessário do conceito de direito”³¹¹, permite a inferência de que sistemas normativos onde não haja a formulação, ainda que implícita, da pretensão de correção, não podem ser ditos sistemas jurídicos.³¹²

A objeção que é feita para o argumento da correção é que o direito não estaria vinculado diretamente a tal pretensão. Como uma tentativa de superar esta objeção há que se considerar um exemplo mencionado por Alexy.³¹³

Um determinado Estado (Estado X) vivencia uma situação política onde a minoria oprime a maioria. Esta minoria deseja continuar desfrutando das vantagens obtidas com tal opressão, porém, de maneira honesta. A assembléia constituinte deste Estado, então, aprova um artigo na Constituição com a seguinte formulação:

(1) X é um estado soberano, federal e injusto.³¹⁴

Seria possível pensar que este artigo é defeituoso em razão de não ser funcional, dado que ele visa garantir uma situação injusta. A falha é uma questão de técnica jurídica. Entretanto, não é suficiente para explicar o equívoco desta formulação.

Há uma outra explicação acerca do caráter defeituoso deste artigo, que compreende uma questão moral. Esta explicação se baseia no fato de que tal artigo acabaria por lesionar uma convenção difundida acerca da redação dos textos constitucionais. Entretanto, esta não é uma explicação suficiente, dado fazer ela referência a uma prática

³¹¹ ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho, p. 40. Tradução livre. No original: “[...] elemento necesario del concepto de derecho.”

³¹² ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho, p. 40-41.

³¹³ Este exemplo é mencionado em diversos textos de Alexy onde se discute a necessidade de correção do direito. Pode-se mencionar ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho, p. 41-45, ALEXY, Robert. On the Thesis of a Necessary connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique, in Ratio Juris. V. 13. N. 2, June 2000, p.138-147, p. 139-143.

³¹⁴ ALEXY, Robert. On the Thesis of a Necessary connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique, p. 139. Tradução livre. No original: “(1) X is a sovereign, federal, and unjust state.”

constitucional. Isto se verifica com mais clareza quando da observação de um outro artigo que pode ser dito redundante nas constituições:

(2) A constituição de X é justa.³¹⁵

“A expressão ‘falha conceitual’ é utilizada aqui em um sentido amplo já que se refere também a violações a regras que são constitutivas dos atos lingüísticos, a saber, das expressões lingüísticas como ações.”³¹⁶

Os atos sancionadores de uma Constituição estão ligados de modo necessário com a pretensão de correção que, neste caso, faz referência a uma pretensão de justiça. Isto significa, pois, que o artigo da Constituição do Estado X que estabelece que tal Estado é injusto não se coaduna com a pretensão de correção necessária do direito, devendo ele não ser considerado como pertencente à esfera do direito.

Outro exemplo citado por Alexy para defender a necessidade de correção do direito por meio de uma prescrição moral compreende um pronunciamento de uma decisão de um magistrado nos seguintes termos:

(1) O acusado é condenado, em virtude de uma falsa interpretação do direito vigente, à prisão perpétua.³¹⁷

Com esta decisão, o magistrado acaba por violar as próprias regras do direito positivo, que obrigam a correta interpretação do direito vigente. Por sua vez, também viola regras sociais quando pronuncia sentenças cuja interpretação normativa foi falsa, mas o juiz acredita e sustenta ter sido sua interpretação correta. Esta violação do direito positivo se

³¹⁵ ALEXY, Robert. On the Thesis of a Necessary connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique, p. 140. Tradução livre. No original: “(2) The constitution of X just.”

³¹⁶ ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho, p. 43. Tradução livre. No original: “La expresión ‘falla conceptual’ es utilizada aquí en un sentido amplio ya que se refiere también a violaciones em contra de reglas que son constitutivas de los actos lingüísticos, es decir, de las expresiones lingüísticas como acciones.”

³¹⁷ ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho, p. 44. Tradução livre. No original: “El acusado es condenado, en virtud de una falsa interpretación del derecho vigente, a prisión perpetua.”

fundamenta na tese de que “com uma sentença judicial se formula sempre a pretensão de que o direito é aplicado corretamente.”³¹⁸

Com estes exemplos Alexy pretende ter demonstrado que os participantes do discurso jurídico, bem como o próprio direito, formulam uma pretensão de correção. Na medida em que esta pretensão possui implicações morais, se mostra que há uma conexão necessária entre direito e moralidade.

Esta afirmação traz conseqüências para a compreensão da ordem jurídica. Para o positivismo jurídico, representado por Kelsen, existe uma separação entre o direito e a moral, isto em razão do conceito de norma postulado e também para dar conta da tentativa de ser o direito tratado como uma ciência.

Com a crise do conceito de legalidade, abriu-se espaço para uma forma normativa, os princípios de direito. Estes acabaram por exigir uma reformulação da idéia de norma, para que os princípios pudessem não mais serem considerados como cânones de integração e suplementação de lacunas legais, mas tidos como normas de direito propriamente ditas, podendo exigir certas condutas.

A questão acerca dos princípios exige que seja discutido o modo de solução dos conflitos entre eles existentes. Nestas colisões, localizadas no âmbito do peso, há uma exigência de aplicação da máxima da proporcionalidade, onde os princípios são vislumbrados em seu caráter aberto, pois estão sujeitos a um procedimento de argumentação.

Este procedimento argumentativo em que se encontram os princípios permite a introdução de uma discussão moral no direito, pois, a despeito de uma teoria de princípios ser diferente de uma teoria de valores, a ponderação dos princípios permite que aspectos de moralidade sejam inseridos na esfera jurídica. Isto acaba por determinar que a conexão entre o direito e a moral é necessária.

³¹⁸ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, p. 44. Tradução livre. No original: “Con una sentencia judicial se formula siempre la pretensión de que el derecho es aplicado corretamente, por menos que esta pretensión pueda estar satisfecha.”

Tal necessidade encontra razão no argumento de que a moralidade possível no direito é de caráter procedimental, visto que a argumentação jurídica deve seguir certas regras estabelecidas para os discursos. Uma das conseqüências disto é que a conexão entre direito e moral pode vir a definir, inclusive, que as legislações não são válidas somente por estarem de acordo com um procedimento legislativo, mas exigem uma correção moral, dado ser esta uma das conseqüências das regras dos discursos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se observar a teoria do direito hoje imperante e as questões jurídicas contemporâneas, a existência e a constância na utilização dos princípios parece tornar anacrônica qualquer afirmação de um pensamento que venha a expor a sua carência normativa.

A discussão acerca dos princípios jurídicos na teoria do direito remonta a épocas anteriores ao pensamento contemporâneo. Tais formulações conceituais acabam por se referir, de maneira simplificada, à sua normatividade ou à sua privação do caráter normativo.

Muitas teorias que versam sobre a ausência normativa dos princípios se encontram aqui suprimidas. Entretanto, podem ser representadas por meio da realização de uma menção a Hans Kelsen, quando expressamente define o caráter ambíguo dos princípios, destacando que a sua denominação, em certo sentido, pode ser considerada como errônea, dado não ordenarem eles coações.

Pode-se inferir, assim, que os princípios de direito, quando em uma percepção positivista *scritto sensu*, são considerados informadores na elaboração das legislações e supridores de eventuais lacunas legais. Sua função precípua resumir-se-ia, principalmente, em ser uma orientação cujo objetivo é atingir a fiel interpretação do ordenamento jurídico. Constituir-se-iam, então, em enunciados que apresentariam duas funções no ordenamento jurídico, a integralização e a suplementação do direito.

Ademais, a necessidade de uma designação de cientificidade para o direito acabou por indicar que o sistema jurídico deveria se preocupar somente com as normas postas, que se constituem no objeto do direito. A relação do direito com a moralidade, ainda que existente, não deve ser tratada pelo próprio direito, dado serem esferas diferentes para a tratativa do agir humano.

Com o advento do chamado pós-positivismo, que corresponde aos movimentos constituintes das últimas décadas do século anterior, introduzindo mutações nos principais aspectos da doutrina positivista, as Constituições passam a acentuar o caráter dos princípios, por serem neles expressos, em grande parte, direitos fundamentais, protetores de uma amplitude de bens e valores. As Constituições, então, passam, de um instrumento de organização do governo, para uma ordem jurídica das comunidades políticas. Dessa forma, ao se preconizarem os princípios como agentes normativos de uma Constituição, a discussão não mais se volta de modo exclusivo para o aspecto da normatividade desses, mas à sua importância nos aspectos referentes aos conceitos de direito e justiça, não somente em termos

teóricos, mas reflexivos à praticidade. A Constituição não é, portanto, de modo exclusivo, uma carta explanadora de disposições a serem seguidas, mas, ao contrário, se constitui em alicerce fundamental das questões referentes às discussões de justiça dentro de uma ordem jurídica.

A importância dos princípios dentro do modelo denominado pós-positivista ou constitucionalista se refere ao fato de que desempenham um papel importante na ordem constitucional. Tal função pode ser vislumbrada quando se observa que as normas legislativas são, fundamentalmente, regras, enquanto que as normas constitucionais que tratam de direitos e de justiça são, prevalentemente, princípios.

No curso dos debates contemporâneos envolvendo a normatividade dos princípios, realizados principalmente no campo da teoria e filosofia do direito e na doutrina constitucional, passou a aceitar-se a formulação de que os princípios apresentariam cunho normativo. Assim, o conceito de norma jurídica foi elevado à categoria de gênero, do qual haveria duas espécies, os princípios e as regras.

Princípios e regras, como espécies normativas, teriam em sua composição a função de normatividade. Em consequência, os princípios não somente possuiriam as funções integradora e supletiva do ordenamento, como também poderiam ser designadores de condutas comissivas ou omissivas.

Observa-se, pois, que não é somente a inserção dos direitos fundamentais sob a forma de princípios que faz com que eles sejam considerados como partes do ordenamento jurídico, mas há que a isso ser considerado conjuntamente a aceitação de que estes princípios são portadores de normatividade. Afirmar o caráter de normatividade dos princípios de direito, portanto, equivale a preconizar acerca de sua esfera de ação.

Dentre os juristas que procuram desenvolver um estudo acerca dos direitos fundamentais destaca-se o teórico alemão Robert Alexy. Para este autor, a especificação de um sistema que envolva os princípios se mostra necessária em razão da possibilidade de um fenômeno bastante peculiar e comum na relação existente entre os direitos individuais e os bens coletivos, ou seja, as eventuais colisões de interesses entre eles.

A teoria dos direitos fundamentais por ele sustentada discute, a despeito dos vários critérios utilizados para realizar uma distinção entre regras e princípios, o elemento da generalidade, por ser o mais utilizado por vários autores. Por este critério, enquanto as regras possuem um grau de generalidade baixo, princípios possuem um grau considerado alto.

A generalidade, então, é expressa no sentido de que princípios apresentam-se como válidos para todas as situações fáticas e jurídicas, enquanto que regras, apesar de

dirigidas para a totalidade de pessoas sujeitas a um determinado ordenamento jurídico, apenas a estas se dirigiram quando da realização de seu suporte fático, a generalidade em maior grau atingiria os princípios, e não as regras. Exemplo disso são normas relativas à liberdade de crença. Quando dispõe que todas as pessoas possuem liberdade de crença, esta pode ser considerada como portadora de generalidade alta. Ao contrário, se uma norma determina que os detentos têm direito de seguir sua crença, a avaliação deste mandamento será de que é possuidor de uma generalidade baixa.

Entretanto, essa distinção entre princípios e regras com fundamento no critério de generalidade não é considerada suficiente. Tal insuficiência, em parte, deriva das conseqüências do conceito de princípio e de regra. Alexy define os princípios como mandatos de otimização, o que significa que devem eles ser cumpridos em uma medida de maior possibilidade dentro das condições fáticas e jurídicas. Já as regras são definidas como mandatos definitivos, que devem ser realizadas em sua integralidade.

A afirmação de que os princípios devem ser cumpridos da melhor maneira possível os caracteriza como sendo dotados de um caráter *prima facie*, o que faz com que o seu cumprimento depende não apenas das possibilidades reais, mas também das jurídicas. Já as regras, como mandamentos definitivos, são tidas como normas que tão somente podem ser cumpridas ou não.

O caráter *prima facie* dos princípios corresponde à afirmação de que estes devem ser realizados sempre na maior medida possível. Significa, assim, que os princípios não apresentam um caráter definitivo, ou seja, não significa que devem eles ser realizados ou não, mas que, quando em uma colisão, seja com relação a bens coletivos, direitos ou outros princípios, podem sofrer uma restrição sem ter prejudicada a sua validade.

Em contraposição à estrutura dos princípios, as regras apresentam razões ditas definitivas. Tal premissa corresponde à afirmativa de que as regras exigem o cumprimento de seu dispositivo em sua integralidade. Esta determinação se dá tanto no âmbito fático quanto no jurídico. Em ocorrendo no cumprimento da regra qualquer espécie de erro ou falha, poderá ocorrer até mesmo a invalidade da regra de direito.

Vislumbra-se, então, uma menção a questões fáticas e jurídicas. Isso acarreta uma necessidade de verificação de eventuais questões que venham a envolver conflitos entre estas espécies normativas, já que a realização de uma norma pode, muitas vezes, se dar em conflito com outra. Segundo Alexy, é na observação de eventuais embates normativos que a diferença entre princípios e regras é clarificada.

É necessário observar, seja no que tange às colisões de princípios e aos conflitos de regras, que há entre eles certo traço comum, a saber, que ao se tomarem as normas envolvidas na questão fática, se aplicadas de maneira independente, levam a resultados que, em si, se mostram como incompatíveis. Equivale a afirmar que se pode apresentar uma contradição entre os conseqüentes obtidos de um conflito ou colisão quando da aplicação das normas jurídicas. Entretanto, apesar desse aspecto similar, a forma de solução dos embates entre regras e entre princípios se mostra diferente.

Para que duas regras entrem em conflito é necessário que apresentem como mandamento questões discordantes. Isto pode se dar, por exemplo, quando uma norma obriga a tomada de certo comportamento e outra a não realização dessa mesma ação. Há que se destacar que se dispõe o ordenamento jurídico sob a égide de um postulado denominado coerência, que versa acerca da impossibilidade de coexistirem, na ordem jurídica, determinações contraditórias.

Quando essas duas regras entram em conflito, a solução é ou a exclusão de uma das regras ou a introdução, em uma delas, de uma cláusula de exceção. A existência de uma cláusula de exceção faz com que não haja a necessidade de exclusão das regras da ordem jurídica. Isso devido ao fato de que a validade das normas de direito não é considerada gradual. Assim, quando há a constatação de que duas regras com conseqüências contrárias são aplicáveis conjuntamente a uma situação qualquer, e se verifica que esta situação não pode, de alguma forma, ser contornada por meio de uma cláusula de exceção, existe a necessidade de vir a ser, ao menos uma das regras, eliminada. Em suma, a decisão que envolve um conflito entre regras possui o caráter de ser, essencialmente, uma decisão acerca da validade.

Acerca da introdução de cláusulas de exceção, Alexy expõe como exemplo uma dupla ordem: não sair da sala antes do toque indicativo de finalização da aula e a ordem de abandonar a sala quando do soar de um toque de incêndio. Como estas regras conduzem a resultados contraditórios, configura-se a existência de um conflito normativo. A solução, neste caso, é a introdução de uma cláusula de exceção na primeira ordem, fazendo com que haja uma permissão de saída da sala ao toque de incêndio mesmo sem ter havido o término da lição.

Quando de uma colisão entre princípios, a situação de resolução não é a mesma que ocorre quando dos conflitos entre regras. Enquanto no embate entre regras a solução utilizada se faz através de questões do âmbito da validade, a conseqüência das colisões entre os princípios não é a declaração de invalidade de um em detrimento do outro.

Quando as disposições presentes nos princípios entram em conflito, ou seja, quando um ordena que algo seja realizado e outro proíbe tal ato, há que se dar a cedência de um com relação ao outro. O fato de que este “recuo” de um princípio não seja sinônimo de declaração de invalidade decorre do próprio conceito de princípio. Observa-se, dessa forma, que se dois princípios, quando considerados isoladamente, conduzem a resultados conflitantes, a solução para isso não ocorre por meio de uma declaração de invalidade, retirando o princípio da ordem jurídica. Tampouco a solução se dá através da introdução de qualquer cláusula de exceção, à moda das regras, já que esse recurso traria conseqüências definitivas para futuros conflitos.

O fato de princípios serem considerados mandatos de otimização equivale a afirmar que sua realização se dá em conformidade com disposições fáticas e jurídicas. Assim, um princípio pode, quando em conflito, recuar em detrimento da aplicação de outro. Um dos princípios colidentes, então, cede em sua realização para que se dê a aplicação de outro princípio. Observa-se, então, que, enquanto as regras têm seus conflitos resolvidos sob o âmbito da validade, a colisão de princípios é solucionada através de uma relação de precedência condicionada. Isso consiste em uma indicação das condições sobre as quais um princípio precede a outro. Sobre outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente.

Esta questão acaba por explicitar a denominada lei da colisão, que se mostra como um dos fundamentos da teoria dos princípios sustentada por Alexy. Tal lei expressa que as relações entre os princípios do sistema jurídico não são absolutas, mas somente condicionais. Constitui-se, portanto, a lei da colisão, em uma reflexão acerca dos princípios considerados como mandatos de otimização, onde inexistente qualquer relação de precedência entre eles, o que acarreta a idéia de que não há princípios absolutos. A decisão, dessa forma, acerca de um conflito entre princípios está sempre a ser decidida em conformidade com possibilidades jurídicas e fáticas.

A caracterização dos princípios como sendo mandatos de otimização exige, assim, que sejam realizados de modo mais amplo possível conforme suas possibilidades fáticas e jurídicas. Dessa forma, quando em conflito, a solução a ser proferida deve ter em conta uma ponderação de interesses opostos. Corresponde, então, a verificar qual princípio possui o maior peso no caso concreto. Para que seja possível estabelecer a relação de precedência condicionada entre os princípios, é preciso que sofram eles uma ponderação, que está inserida no conceito da máxima da proporcionalidade.

Na ponderação dos princípios há a possibilidade de discussão de elementos valorativos que não são controlados pelo procedimento decisório. Ademais, em razão da sua indeterminação semântica, permitem diferentes soluções no caso de uma ponderação. Tal diversidade de soluções é derivado da dependência dos princípios às valorações neles postas pelo sujeito que interpreta as normas. Isso permite afirmar, então, que a ponderação é um procedimento aberto. É justamente essa abertura que permite a inserção da moral no direito.

Alexy argumenta que o fato de serem múltiplas as teorias morais materiais impede que seja uma delas determinada como relacionada ao procedimento de ponderação jurídica. Assim, dado fato de não serem possíveis definições materiais morais, a moralidade que adentraria no direito seria de caráter procedimental. Isso se deve ao fato de que a solução de um conflito existente no procedimento de ponderação implica necessariamente em uma teoria da decisão prática racional, ou seja, é um pressuposto da ponderação uma teoria do discurso jurídico.

O discurso jurídico, então, assume importante função quando da análise da relação entre o direito e a moral. Embora esferas separadas, apresentam uma conexão necessária, já que no direito há uma pretensão de correção das questões a ele trazidas.

Assim, a discussão acerca da ponderação de princípios envolve a questão acerca da legitimidade das decisões judiciais, posto que essas necessitam estar conforme uma argumentação jurídica racional. As regras do discurso enunciadas por Alexy acabam permitindo que o sujeito, no transcurso de sua argumentação racional, envolva aspectos de moralidade, já que os indivíduos acabam por reconstituir um sistema de regras morais por meio do seguimento das regras discursivas.

Dessa forma, a irradiação dos princípios em todo o ordenamento jurídico, dado a abertura semântica desses, que acaba por envolver diretamente a ponderação e a argumentação jurídica na solução das colisões entre eles havidas, conduz a uma necessidade de discussão dos problemas de justiça inerentes ao direito.

Pode-se observar, então, que a ponderação de princípios envolve questões de busca de um melhor argumento, a ser decidido pelo intérprete judicial. Nesse sentido, é possível a afirmação de que uma teoria de princípios somente se efetiva quando da associação de uma teoria da argumentação, também compreendida como sendo uma teoria geral do discurso racional prático.

Nessa teoria são dispostas regras que representam uma espécie de código geral de razoabilidade. Isso não significa que a aplicação dessas regras irá conduzir a uma única

solução para um caso qualquer, já que os princípios são semanticamente indeterminados, mas que as decisões neste processo tomadas podem ser consideradas como sendo justificadas racionalmente por meio do procedimento argumentativo.

As regras fundamentais do discurso, por versarem sobre mandamentos lógicos, envolvem as condições de possibilidade dos atos lingüísticos. Ao afirmar que nenhum falante pode contradizer-se, que somente se pode afirmar aquilo que se crê, que predicados aplicados a certos objetos devem também ser aplicados a objetos iguais em aspectos relevantes, e que as expressões utilizadas por todos devem conter o mesmo significado, tratam de estabelecer as condições sobre as quais é possível a realização de um discurso prático geral.

A importância da discussão moral interligada com a esfera do direito é de tal forma destacada a ponto de que uma norma, ainda que sua existência esteja em conformidade com os pressupostos legislativos, seja considerada não jurídica caso seja considerada manifestamente injusta.

Esta nova percepção das teorias contemporâneas do direito com relação ao papel da moral no direito acabam por trazer conseqüências não somente para a definição de norma jurídica, que pode ser reformulada com vistas a introdução do elemento da injustiça, bem como permitem discutir novas formas de conceitualização do direito que venham a abarcar esta nova percepção.

REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón. Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes, Revista Doxa, n. 20, 1997, p. 131-156.

ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

_____. Teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

_____. The argument from injustice; a reply to legal positivism. Oxford University Press, 2002.

_____. On the Thesis of a Necessary connection between Law and Morality: Bulygin's Critique, in Ratio Juris. V. 13. N. 2, June 2000, p.138-147

_____. The Special case thesis, in Ratio Juris. V. 12. N. 4, December 1999, p. 374-384.

_____. El concepto y la validez del derecho y otros ensaios. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. Derecho y razón práctica. Colônia del Carmen: Fontamara, 1998.

ARIZA, Santiago Sastre. Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica. Revista Doxa n. 24, 2001, p. 579, 601.

ATIENZA, Manuel. Argumentacion jurídica y Estado constitucional, Novos Estudos Jurídicos, n. 1, vol. 9, Janeiro/Abril 2004, p. 9-20.

_____. Las piezas del derecho: teoria de los enunciados jurídicos. Barcelona:Ariel, 1996.

_____. As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005

BOBBIO, Norberto. Contribucion a la teoria del derecho, Valencia: Fernando Torres Editor, 1980

_____. Teoria do ordenamento jurídico. 10 ed. Brasília: UNB Editora, 1999.

_____. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, abr/jun, 2003, p. 141-176.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional positivo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, Maria de Lourdes, DALL'AGNOL, Darlei, DUTRA, Delamar Volpato. Ética. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. Revista Doxa n. 21-I, 1998, p. 209-220.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CELANO, Bruno. Justicia procedimental pura y teoría del derecho. Revista Doxa, 24, 2001, p. 3-50.

CHAUÍ, Marilena. Convite à Filosofia. 7 ed. São Paulo: Ática, 2000.

CIURO-CALDANI, Miguel Angel. Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales. Revista Doxa, 21-II, 1998, p. 79-87.

- DESCARTES, René. Discurso do método. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madri: Trotta, 2001.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modelo de sua aplicação, Revista de Informação Legislativa, a. 36, n. 143, jul/set 1999, p. 191 – 209.
- GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Nova Cultural, 2004.
- KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. São Paulo: Nova Cultural, 2005.
- _____. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. Teoria geral das normas. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.
- LAPORTA, Francisco J. Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley. Revista Doxa. Universidad de Alicante, n. 22, 1999, p. 321-330.
- MELLO, Cláudio Ari. Democracia constitucional e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MENGONI, Luigi. Il Diritto costituzionale come diritto per princìpi. Ars Interpretandi. Padova: Cedam, 1996, p. 95-111
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. 2 tiragem. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003.

SANCHÍS, Luís Pietro. Ley, principios, derechos. Madrid: Dykinson, 1998.

SPAACK, Torben. Legal positivism, Law's normativity, and the normative force of legal justification. Ratio Juris, vol. 16, n.4, December 2003, 469-485.

TOLEDO, Cláudia. Direito adquirido e Estado Democrático de Direito. São Paulo: Landy, 2003.

VEJA, Jesús. Praxis y normatividad como criterio de cientificidad de la "ciência jurídica", in Revista Doxa, ano 2000, n. 23, p. 503-560.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos y justicia. Madrid: Trotta, 1995.