



Prisma Jurídico  
ISSN: 1677-4760  
prismajuridico@uninove.br  
Universidade Nove de Julho  
Brasil

Garcez Duarte, Hugo  
Legitimidade e direito: análise sob o viés pós-positivista  
Prisma Jurídico, vol. 10, núm. 2, julio-diciembre, 2011, pp. 489-510  
Universidade Nove de Julho  
São Paulo, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93421623012>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica  
Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal  
Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

# Legitimidade e direito: análise sob o viés pós-positivista

**Hugo Garcez Duarte**

Mestre em Teoria do Direito pela Universidade Presidente  
Antônio Carlos de Juiz de Fora/MG;  
Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes/RJ;  
Professor do Curso de Direito da Faculdade de Direito e Ciências Sociais  
do Leste de Minas – FADILESTE.  
Reduto – MG [Brasil]  
hugogarcez-23@hotmail.com

Busca-se, por meio deste artigo, analisar a proposta hodierna de conciliação entre validade formal e material (legitimidade). Para tal, discorreremos sobre as teorias positivista e pós-positivista do direito, passando os ditames das escolas da exegese, em que se demonstra que o conceito de direito alterou-se de acordo com o paradigma adotado. Esta última encarou o direito como ciência completa, sem lacunas, apta a resolução de todos os fatos da vida por meio da aplicação literal da lei. A primeira sucedeu-a com uma nova proposta, evidenciando o caráter discricionário de aplicação do Direito bem como sua indeterminação. A segunda, por sua vez, propõe-se a resolver os problemas que envolvem o poder discricionário do juiz e a indeterminação do direito, não resolvidos pela primeira. Nesse sentido, procuramos apresentar a teoria de Robert Alexy, que, baseado no papel exercido pelos princípios e na argumentação jurídica, aponta o procedimento do Direito como parte de seu conceito.

**Palavras-chave:** Argumentação jurídica. Determinação do Direito. Poder discricionário. Pós-positivismo. Princípios.

## 1 Introdução

Este artigo faz uma digressão acerca do conceito de Direito, examinando a proposta atual de conciliação entre validade formal e material (legitimidade). Para isso, analisamos primeiramente os preceitos do positivismo jurídico, estabelecendo suas distinções com os defendidos pela escola da exegese.

Desenvolvemos que, apesar de tratar-se de uma teoria extremamente formal, no positivismo jurídico, tanto em Kelsen quanto em Hart, principalmente, há o reconhecimento do poder discricionário do juiz, que, atrelado à norma, terá uma margem (por meio dos princípios) de apreciação, na busca da melhor maneira de se resolver dado caso. Entretanto, não há resolução de tais problemas, por mais que tenha apresentado uma teoria diversa do legalismo exacerbado defendido pela escola da exegese, que reduzia o direito à lei escrita, concebendo-o de uma maneira completa, e que imputava ao julgador a efetivação dos ditames legais.

Posteriormente, fomentamos a teoria pós-positivista do direito, procurando realçar que a pretensão de superação do positivismo jurídico, dominante no século XX, concentra-se na resolução do problema que envolve o poder discricionário do julgador, bem como o da determinação do direito no caso concreto, de modo a alcançar a conciliação entre validade formal e material (legitimidade).

Almejando a resolução de referidos problemas, concebemos Robert Alexy como pós-positivista, por apresentar considerável alternativa para esta celeuma.

Para o autor, o conceito de direito engloba, além de preceitos também defendidos pelo positivismo jurídico, a pretensão à correção material, que poderá ser conquistada a partir do procedimento do Direito, com ênfase ao papel exercido pelos princípios e pela argumentação jurídica.

## 2 O positivismo jurídico

O que se deve considerar como direito e a maneira mais adequada de aplicá-lo, são questões, que há muito protagonizam discussões no cenário jurídico. Encontrar respostas não é tarefa das mais fáceis, mas tentativas neste sentido não faltam, modificando-se o paradigma conforme o momento histórico vivido. Hodiernamente, a denominada teoria pós-positivista do direito propõe solução a esta celeuma, almejando superar o positivismo jurídico que dominara a ciência jurídica no século XX.

Tal teoria pretenderia, para isso, combater características supostamente atribuídas ao positivismo jurídico, que teria defendido a inexistência de princípios (ou desprovemento de caráter normativo dos princípios), tendo pregado que o direito é um modelo de regras; a completude do direito, isto é, a inexistência de lacunas; a supremacia da lei ordinária sobre a Constituição; e a aplicação do direito de forma mecânica, consubstanciada na subsunção.

Ocorre que, tais características coadunam-se, propriamente, com o legalismo da escola francesa da exegese do século XIX, pois o positivismo jurídico defende posicionamentos totalmente contrários.

A escola da exegese, que teve como marco o código napoleônico de 1804, asseverava que o direito reduzir-se-ia à lei escrita, por prever em seu corpo, os princípios superiores, eternos, uniformes, permanentes e imutáveis sustentados pela escola jusnaturalista.

Para os adeptos desta escola, a lei era obra jurídica perfeita, completa, abarcando o “verdadeiro direito”, reprodução escrita dos valores absolutos de justiça do direito natural, insculpidos na vontade do legislador.

Tal concepção reduziu o juiz, ao papel de burocrático aplicador de leis, encarando o ordenamento jurídico como um “catálogo”, dotado da previsão de todos os fatos ocorridos e que viessem a ocorrer na sociedade, que com sua consecução subsumir-se-iam a ele. Ou seja, vedava-se aos juízes o poder de criação, sendo-lhes reservada, tão-somente, a incumbência da ver-

dadeira boca que pronuncia os ditames legais, como se visualiza em Bobbio citando Bonnecase:

Para o jurisconsulto, para o advogado, para o juiz existe um só direito, o direito positivo [...] que define: *o conjunto de leis que o legislador promulgou* para regular as relações dos homens entre si [...] As leis naturais ou morais não são, com efeito, obrigatórias enquanto não forem sancionadas pela lei escrita... Ao legislador só cabe o direito de determinar, entre regras tão numerosas e, às vezes, tão controvertidas do direito natural, aquelas que são igualmente obrigatórias [...] *Dura lex, sed Lex; um bom magistrado humilha sua razão diante da razão da lei*: pois ele é instituído para julgar segundo ela e não para julgá-la. Nada está acima da lei, e eludir suas disposições, sob o pretexto de que equidade natural a contraria, nada mais é do que prevaricar. Em jurisprudência não há, não pode haver razão mais razoável, equidade mais equitativa do que a razão ou equidade da lei (BONNECASE apud BOBBIO, 1995, p. 86).

Neste contexto, a atividade do julgador seria meramente silogística, pois a lei era encarada como premissa maior e o fato como premissa menor, desta conjugação chegava-se a uma decisão lógico-dedutiva.

Posteriormente, tal concepção acerca do direito foi contestada, sendo a escola histórica a primeira a fazê-lo, sustentando a inexistência de um direito geral e universal, visto que cada povo em cada época teria o seu próprio direito, resultante de sua evolução histórica, de seus usos, costumes e tradições.

Esforçaram-se os defensores desta escola, em demonstrar que o direito era um produto histórico, sujeito a permanente e natural evolução. Sob essa perspectiva, o direito nem era estabelecido arbitrariamente pela vontade dos homens, nem emanado de Deus, mas pela consciência coletiva do povo.

Nesses moldes, entende-se que a lei não é pronta e acabada, estando suscetível a uma interpretação mais ampla do que a defendida pela escola da exegese, imputando-se ao intérprete, além da função de esclarecimento dos ditames legais, a promoção de sua contextualização com os interesses e necessidades sociais, de modo que desvende como agiria o legislador, caso estivesse em seu lugar prestes a solucionar um caso.

“A escola histórica não pode ser confundida com o positivismo jurídico, por mais que a primeira possa ser considerada precursora da segunda” (BOBBIO, 1995, p. 45). O positivismo jurídico é resultado de uma série de eventos históricos, em que se incluem a escola histórica, cujo principal expoente é Savigny, o utilitarismo inglês de Bentham, além da concepção de direito positivo de Austin, entre outros. Todavia, pode-se dizer que somente no século XX, o positivismo jurídico atinge seu apogeu, mais precisamente com a teoria pura do direito de Hans Kelsen, que apresenta uma teoria diversa da legalista sustentada pela escola da exegese, mas de caráter extremamente formal, pregando, supostamente, a separação entre o direito e a moral (teoria da neutralidade ou da separação), concebendo o direito de uma maneira neutra, como uma estrutura lógico-formal, desprovida de qualquer conexão com a moral.

Dissemos que o positivismo jurídico teria defendido, supostamente, a separação entre o direito e a moral, pelo fato de que, como poderá ser vislumbrado a seguir, no que diz respeito à interpretação do Direito bem como sua aplicação, o próprio Kelsen, além de Hart, desenvolvem suas teorias, admitindo a discricionariedade do julgador, que vinculado à norma jurídica, por vezes, irá transcendê-la, exercendo verdadeiro ato de criação do direito, despertando-nos, por consequência, a reflexão: de quais elementos faria uso o julgador para transcender a norma jurídica em seu ato de criação do direito? seria a moral? Vejamos as teorias.

Kelsen aponta que a aplicação do direito encontra-se carregada de uma forma relativamente indeterminada, havendo uma relação entre normas de escalão superior e inferior<sup>1</sup>.

Segundo este autor, a norma de escalão superior determina a execução bem como o conteúdo da norma inferior<sup>2</sup>. Todavia, essa orientação se dá de um modo incompleto:

A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior, tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou execução que aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer (KELSEN, 2006, p. 388).

Na teoria positivista de Kelsen, o juiz, quando da aplicação do direito, deverá além de seguir a lei (norma de escalão superior), observar as diversas alternativas de interpretação possibilitadas por esta moldura, de modo a apontar, na norma de escalão inferior (sentença), a melhor maneira de solucionar dado caso, guardadas suas peculiaridades.

Todavia, inadmite o mesmo, no que tange a busca do melhor modo de julgar-se o caso concreto, que qualquer conteúdo seja considerado como direito. Neste momento um eventual preenchimento de lacunas estaria vinculado, pelo que chama de interpretação autêntica, à atuação do órgão jurídico aplicador do direito. De outro modo, demais tipos de interpretação, como a cognoscitiva da ciência jurídica, estabeleceriam, tão-somente, “[...] possíveis significações de uma norma jurídica” (Idem, p. 395).

Ao que tudo indica, Kelsen acredita deter o intérprete do direito um “espaço de liberdade” (poder discricionário) quando do exame de dado caso. Ou seja, tendo como referência o mandamento legal (moldura), o aplicador do direito deverá investigar, à luz das características factuais e das possibi-

lidades jurídicas, a resposta ideal para o caso concreto (melhor maneira de preencher esta moldura).

Hart, por sua vez, argumenta que na sociedade, haveria necessidade de delimitar-se padrões e princípios de conduta difusos, e que o direito, por não regular de forma específica a conduta de cada indivíduo, mas de classes de pessoas e de atos, para fazê-lo, utiliza-se de dois instrumentos: a legislação e o precedente. Por legislação, entende-se aquela forma normativa definidora de um padrão de conduta como modelo obrigatório, de modo que o precedente apresenta-se como uma referência de conduta<sup>3</sup>.

Por mais que tenha denominado tais figuras normativas, Hart reconhece a impossibilidade da previsão, pelo legislador, de todos os fatos da vida, tendo fomentado, que a aplicação do direito é envolvida por uma gama de alternativas, classificando de textura aberta do direito a possibilidade de que, em razão das circunstâncias, autoridades judiciais e administrativas evidenciem um equilíbrio entre interesses em conflito, cujo peso varia em razão das particularidades de cada caso<sup>4</sup>. Hart assevera a existência de uma margem, ou seja, como Kelsen, admite espaços deixados em aberto para que o aplicador do direito busque a melhor forma de julgar determinado caso:

Se o mundo no qual vivemos tivesse apenas um número finito de características, e estas, juntamente com todas as formas sob as quais podem se combinar, fossem conhecidas por nós, poderíamos então prever de antemão todas as possibilidades. Poderíamos criar normas cuja aplicação a casos particulares nunca exigiria uma escolha adicional. Poder-se-ia tudo saber e, como tudo seria conhecido, algo poderia ser feito em relação a todas as coisas e especificado antecipadamente por uma norma. Esse seria um mundo adequado a uma jurisprudência “mecânica”. Esse não é, evidentemente, o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter o conhecimento de todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro pode trazer [...] (HART, 2009, p. 166-167).



Extraí-se do referido, a percepção de ambos os autores que a aplicação do Direito é carregada de criação, deixando claro, que o julgador, atendo-se às minúcias do fato, além de julgá-lo aplicando o modelo obrigatório de conduta (norma jurídica), fomenta-o.

Além disso, resta evidente, manifestarem-se, de formas totalmente distintas, as premissas da escola legalista da exegese e do positivismo jurídico, pois enquanto a primeira defende uma interpretação mecânica do direito, em que somente ao legislador é atribuída a tarefa de criar direito, a segunda tende a rechaçá-la, por considerar o aplicador do direito, além do legislador, um criador deste.

Contudo, não nos parece claro o que o pós-positivismo jurídico pretende superar em realidade, no positivismo jurídico. Seria a hipotética separação entre direito e moral constantemente argumentada, haja vista que as características outrora anunciadas são, igualmente, combatidas pelo positivismo jurídico? É o que buscaremos desenvolver no próximo capítulo quando examinaremos a teoria pós-positivista do direito.

### 3 Pós-positivismo jurídico

O pós-positivismo jurídico propõe, ao nosso sentir, em verdade, solução para o legado deixado pelo positivismo jurídico, que não resolveu o problema da determinação do direito no caso concreto, bem como o que envolve o poder discricionário do julgador.

Esta teoria pretenderia a promoção do reencontro da ética com o direito, por meio de um conjunto de ideias difusas, inovando em sua aplicação sem substituí-la, combatendo, entretanto, o poder discricionário pregado por autores como o normativista Kelsen e também por Hart, sem, contudo, voltar ao legalismo mecanicista da escola da exegese do século XIX, bem como fazer uso dos metafísicos preceitos da escola jusnaturalista.

Para alguns teóricos, como Luís Roberto Barroso (2006), suas principais marcas são, a ascensão dos valores e o reconhecimento da normatividade dos princípios, fundamentando que a dogmática tradicional fomentou-se sob o mito da objetividade do Direito e da neutralidade do intérprete, tendo encoberto seu caráter ideológico, bem como sua instrumentalidade à dominação econômica e social<sup>5</sup>.

O autor, ao mencionar que a dogmática tradicional fomentou-se sob o mito da objetividade do Direito e da neutralidade do intérprete, tendo encoberto seu caráter ideológico, ao nosso sentir, quis desenvolver que se trata de uma falácia o discurso de que o intérprete nada mais faz do que aplicar os mandamentos legais (identificação do Direito com a lei) ao caso concreto, estando desprovida esta atividade de juízos de valor. Isso se dá, em razão da neutralidade axiológica do intérprete ser inalcançável. Ora, se o aplicador do Direito jamais se desfaz de sua figura humana no exercício de suas funções, logo, torna-se impossível despir-se, igualmente, de seus complexos, traumas e crenças.

Vale dizer, todavia, existirem controvérsias quanto às características imputadas ao positivismo jurídico por Luís Roberto Barroso, entre outros, pois essa teoria, como será desenvolvido oportunamente, encara os princípios como normas, além de não defender a neutralidade do intérprete.

É bem verdade que o legalismo manifesto na prática jurídica (principalmente) necessita superação, pois realmente, ideologias foram encobertas em nome da lei e a favor de uma dominação econômica e social. Entretanto, discordamos de quem denomina tais ações como fruto do positivismo jurídico, pois há, nos pensamentos de dois dos maiores positivistas (Kelsen e Hart), a defesa de teses contrárias ao referido. Ora, uma coisa é a criatura, outra coisa é o nome que se dá a esta criatura.

O positivismo jurídico, segundo evidenciado em ambos os autores, admite que o legislador, como ser humano que é não pode prever todas as minúcias do viver, pois as normas têm um condão de indeterminação, servindo unicamente, como uma moldura a ser preenchida pelo intérprete, que

investigará a melhor maneira da resolução do caso concreto. Diversamente da escola da exegese do século XIX, que pregava a completude da lei, bem como a aplicação mecânica, sob o crivo da subsunção.

Que a aplicação do direito, em nosso tempo, se deu de uma maneira legalista, havendo necessidade de uma lapidação, é fato. Todavia, há de reconhecer-se, que tal realidade (legalismo exacerbado) coaduna-se com a escola legalista da exegese, aplicada sob o manto do positivismo jurídico. Vale dizer, o positivismo jurídico é estigmatizado por elementos que não lhes são peculiares, pois o legalismo exacerbado, por nós vislumbrado, representa, em verdade, os ditames doutrinários da escola da exegese e não os preceitos daquele.

Tanto Kelsen, quando trata da generalidade da norma, quanto Hart quando trata da textura aberta do Direito, reconheceram o papel criador do intérprete do Direito, que, por vezes, em atendimento às circunstâncias do caso deverá transcender a lei, que se aplicada de forma literal não corresponderá aos anseios deste.

Como haveria neutralidade do intérprete no positivismo jurídico se é reconhecido o seu poder discricionário e sua possibilidade de criação do direito? A neutralidade que o positivismo jurídico sustenta é da ciência do direito (e não do intérprete do direito ou do próprio direito), significando inexistir subordinação entre este e uma moral específica. Ou seja, para o positivista, o direito encontra-se desvinculado de uma moral determinada, sendo descrito de uma maneira puramente formal.

Neste sentido, vale observar:

Quando uma teoria do Direito positivo se propõe distinguir Direito e Moral em geral e Direito e Justiça em particular, para não os confundir entre si, ela volta-se contra a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria dos juristas, que pressupõe que apenas existe uma única Moral válida – que é, portanto, absoluta – da qual resulta uma Justiça absoluta. 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 (KELSEN, 2006, p. 75).

Kelsen, com tais palavras, ao que parece, visou demonstrar que o Direito não está vinculado a uma moral pré-determinada, a uma moral absoluta. Para o autor, o justo não pode ser prévia e arbitrariamente determinado, pois por meio de juízos de valor (relativos) pode-se vincular o direito com diversos valores, muitas vezes opostos.

No que tange a referida relatividade, Kelsen asseverou que:

Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o Direito deve ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a um determinado sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis. Mas com isso não fica excluída a possibilidade da pretensão que exija que o Direito positivo deve harmonizar-se com um outro sistema moral e com ele venha eventualmente a concordar de fato, contradizendo um sistema moral diferente deste (Idem).

E a normatividade dos princípios? Como poderemos negar a existência de princípios bem como o desprovemento de sua normatividade no positivismo jurídico diante da norma geral de Kelsen e da textura aberta do Direito de Hart<sup>6</sup>, se são exatamente esses tipos de normas que, por seu caráter abstrato, autorizam o papel criador do aplicador do direito? Se o direito encontra-se desvinculado de uma moral determinada, abarcando diversas concepções morais, como identificaremos à luz do caso concreto o direito justo, senão por meio dos princípios (que são normas)?

Tais premissas refletem, por mais que se trate de uma teoria extremamente formal, que no positivismo jurídico existem princípios e que são

considerados normas. Em nosso sentir, o problema da legitimidade do direito que o pós-positivismo pretende superar no positivismo jurídico, não reside na inexistência e/ou ausência de normatividade dos princípios neste último, outrossim, no papel que exercem em ambas teorias.

No positivismo jurídico, os princípios são encarados como justificativa do poder discricionário do julgador, já, no pós-positivismo jurídico serviriam de meio para superação dessa discricionariedade.

Essa evidência, reflete-se na fundamentação do direito e em sua adequação. No positivismo jurídico, o fundamento de validade do direito é formal, e por isso, sua adequação é indeterminada. O pós-positivismo, por sua vez, em busca da determinação do direito, consubstancia-se na conciliação entre validade formal e material (legalidade e legitimidade).

Grande desafio, porém, é a conquista da conciliação entre validade formal e material sem voltar ao dogmatismo jusnaturalista. Tal conciliação, ao que parece, coaduna-se com o aludido papel dos princípios, que na teoria pós-positivista, diversamente da teoria positivista (justificava o poder discricionário do juiz), assume o papel de elo (por meio da argumentação jurídica) entre o legal e o justo.

Este ensaio não se presta a estabelecer os caminhos da conciliação entre o legal e o justo, mas pretende desenvolver a partir de agora, o papel dos princípios e da argumentação jurídica nessa jornada.

#### 4 Os princípios e a argumentação jurídica no pós-positivismo jurídico

No ponto anterior, pudemos constatar que a proposta pós-positivista pretende superar, em verdade, no Positivismo Jurídico, os problemas, por este não resolvidos, envolvendo a determinação do direito, no caso concreto, além do poder discricionário do julgador.

Pôde-se notar, diversamente do que se pregou em referência ao positivismo jurídico, que, por mais que se tratasse de uma teoria extremamente formal, há neste, o reconhecimento de princípios e que são considerados normas. Além de que, é exatamente este o ponto determinante da transição da teoria positivista para a pós-positivista do direito. Ou seja, que na primeira teoria os princípios eram elementos justificadores do poder discricionário do julgador, e neste último, realizam uma “ponte” para a superação dessa discricionariedade.

Os elementos dessa transição remontam-nos a outro problema, que envolve a fundamentação do direito e sua adequação, pois, no positivismo jurídico, o fundamento de validade do direito é estritamente formal, e sua adequação indeterminada. Logo, para que o pós-positivismo consolide-se, deverá galgar uma determinação legítima para o direito, no caso concreto, sem, contudo, reduzir-se aos preceitos jusnaturalistas. Entendamos melhor a situação.

A fundamentação jusnaturalista do direito foi estritamente material, tendo em vista que o direito positivo, para que fosse válido, deveria estar em conformidade com os preceitos do direito natural.

Essa concepção acerca do direito sustentou-se enquanto havia certa homogeneidade moral na sociedade (crenças, costumes, visões de mundo partilhados), vindo a sucumbir diante da já mencionada escola da exegese, que, posteriormente, fora sucedida pelo positivismo jurídico, devido à pluralidade de características de uma nova sociedade que se formou.

Diante desse novo cenário, os preceitos jusnaturalistas, no que tange ao fundamento de validade do direito (material), tornaram-se insustentáveis, cabendo ao positivismo jurídico demonstrar seu caráter dogmático e absoluto, que em uma sociedade pluralista como a contemporânea nada mais seria que arbitrar as visões de mundo de uma minoria sobre as da maioria.

Nesse contexto, a proposta positivista apresenta um fundamento formal de validade para o direito, pregando sua neutralidade, ou seja, sua desvinculação de uma moral determinada (relativismo).

Ocorre que, como essa validade é formal, é indeterminada. Como outrora demonstramos com a teoria normativa de Kelsen e com o positivismo de Hart, há casos em que o aplicador do direito deverá transcender a lei (regra jurídica) para julgá-lo, e havendo uma indeterminação quanto à validade do direito, o controle da discricionariedade do julgador, quando de sua aplicação, será prejudicado.

Identificado o problema da validade formal no positivismo jurídico, bem como o do poder discricionário do julgador, ao final do século XX, vislumbrou-se a necessidade da elaboração de uma teoria que demonstre qual deva ser o conteúdo legítimo do direito e que não imponha a visão de mundo de poucos a uma maioria.

Surge então o denominado pós-positivismo jurídico, no qual podemos colocar Robert Alexy, que apresenta interessante solução para o problema da conciliação entre legalidade e legitimidade no direito.

Para Alexy, a despeito das teorias positivistas separarem direito e moral, por meio de um conceito de direito com validade puramente formal, corroborada pela legalidade em conformidade com o ordenamento e a eficácia social, as teorias não-positivistas tendem a vinculá-los (direito e moral), concebendo para o autor um conceito de direito carregado de um terceiro aspecto além dos dois primeiros, vale dizer, o da correção material<sup>7</sup>.

Segundo Alexy:

[...] o direito é um sistema de normas que (1) formula uma pretensão de correção, (2) consistindo na totalidade das normas que pertencem a uma Constituição geralmente eficaz e que não são extremamente injustas, bem como à totalidade das normas promulgadas de acordo com esta Constituição, que possuem um mínimo de eficácia social ou de probabilidade de eficácia e não são extremamente injustas a qual (3) pertencem princípios e outros argumentos normativos nos quais se apoia o procedimento

de aplicação do Direito e/ou tem que se apoiar a fim de satisfazer a pretensão da correção (2004, p. 123).

Com esses ditames Alexy enfatiza, primeiramente, que um sistema desprovido de pretensão à correção não pode ser considerado sistema jurídico, e que, na prática, os sistemas jurídicos a formulam. Posteriormente, que os elementos outrora descritos (legalidade em conformidade com o ordenamento, eficácia social e a correção material) referem-se, além da Constituição, às normas postas em conformidade com a constituição, existindo uma estrutura escalonada, excluindo-se normas extremamente injustas da seara do direito. E por fim, que incorpora-se ao direito o procedimento de sua aplicação, pois tudo aquilo em que se apoia ou que tem que se apoiar alguém que aplica o direito almejando sua correção, o direito abarca. Ou seja, que princípios não identificados como jurídicos sobre as bases da validade de uma Constituição bem como demais argumentos normativos fundamentadores de decisões pertenceriam ao direito<sup>8</sup>.

Ao que tudo indica, Alexy considera direito e moral como “aliados”. Aliados estes, que por meio de princípios e de argumentação jurídica buscam uma aplicação justa para o direito.

Antes de chegarmos ao findo momento desta digressão, necessitaremos pontuar alguns aspectos que envolvem as teorias dos princípios e da argumentação jurídica de Alexy.

Alexy concebe princípios e regras como espécies de normas jurídicas, por mais que sejam distintos. Para ele, as regras são aplicáveis na maneira do “tudo ou nada”<sup>9</sup>. Vale dizer, se uma regra é válida, deverá ser aplicada na sua totalidade. Em se tratando de um conflito entre regras, para que apenas uma delas seja considerada válida, deveremos tomar alguns cuidados, pois se considerarmos determinada regra como válida a fim de aplicá-la ao caso, como consequência, além da desconsideração da outra regra pela decisão, sua invalidade será declarada, a não ser que essa regra encontre-se em uma situação que excepcione a outra<sup>10</sup>.



Os princípios, de outro modo, são normas que ordenam que algo se realize, na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. São, por conseguinte, mandamentos de otimização, caracterizados pela possibilidade de satisfação em diferentes graus e de acordo com as aduzidas possibilidades fáticas e jurídicas<sup>11</sup>.

Podemos encará-los como razões em favor de determinado posicionamento argumentativo, atribuindo-se peso, à luz do caso concreto, quando de uma colisão:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência [...] (ALEXY, 2008, p. 93-94).

Importante frisarmos, nas palavras ora mencionadas, que, antecipadamente, nenhum princípio tem primazia sobre os demais, e que, o uso da ponderação torna possível vislumbrar o maior peso de um princípio com relação a outro em dado caso, sem que haja a invalidação do princípio tido como de peso menor. Ademais, em outro caso, poderá haver a redistribuição dos pesos de uma maneira distinta, inclusive oposta.

Isso se dá, por que segundo Alexy, os princípios equiparam-se a valores, apesar de não tratarem-se destes. Para o autor, princípios dizem respeito a um conceito deontológico (de dever ser), enquanto os valores atinam a

um conceito axiológico (de bom, de melhor), não obstante estarem intimamente ligados, o que possibilita a colisão bem como sopesamento tanto de princípios quanto de valores, uma vez que a realização gradual dos princípios corresponde à dos valores<sup>12</sup>.

Alexy delimita que a visão do nível dos princípios mostra que neles estão reunidas coisas extremamente diversas. No entanto, mais importante que referir-se a essa diversidade é a constatação de sua indeterminação, pois no mundo dos princípios há lugar para muita coisa, podendo-se chamá-lo de mundo do dever-ser ideal. Para ele, as colisões, tensões, conflitos, etc, surgem exatamente no momento em que se tem de passar do espaçoso mundo do dever-ser ideal para o estreito mundo do dever-ser definitivo ou real<sup>13</sup>.

No entanto, os princípios por si só, não têm a possibilidade de determinar a resposta correta para cada caso, necessitando, por isso, de um “amparo” para que alcance a aplicação racional do direito.

Alexy então, na busca dessa aplicação racional do direito, elabora uma teoria da argumentação jurídica, identificando-a como um caso especial da argumentação prática geral (da argumentação moral), que com as regras e princípios formam um procedimento, apto a estabelecer a melhor decisão para o caso concreto<sup>14</sup>.

Em outras palavras, objetivando a correção de enunciados normativos, influenciado, principalmente, pela teoria do consenso da verdade de Habermas, Alexy considera que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral<sup>15</sup>.

Mas, em razão de qual motivo, além do fato de que ambas lidam com questões práticas, seria a argumentação jurídica um caso especial da argumentação prática geral?

Segundo Robert Alexy, a teoria da argumentação jurídica deve ser entendida como uma atividade linguística preocupada com a correção das afirmações normativas, bem como um discurso dedicado à exatidão das afirmações normativas do discurso prático. Para o autor, o ponto de ligação existente entre o discurso prático geral e o discurso jurídico é exatamente a preocupa-

ção de ambos com a correção das afirmações normativas. Consubstanciado nessa afirmação, Alexy concebe o discurso jurídico como um caso especial, por sofrer algumas limitações, como, por exemplo, a sujeição à lei válida, a consideração dos precedentes e a observação da dogmática<sup>16</sup>.

Em razão do referido, para Alexy, o relacionamento entre a argumentação jurídica e a argumentação prática geral deve ser entendido de uma forma integrativa<sup>17</sup>, uma vez que os argumentos gerais e aqueles especificamente jurídicos devam ser combinados em todos os níveis e aplicados conjuntamente, ainda que a tese do caso especial encontre-se aberta a outras maneiras de interpretação<sup>18</sup>.

A maneira como isso deve realizar-se não trataremos aqui, por não ser o nosso propósito. Contudo, quando afirmamos que Alexy, na busca de uma aplicação racional do Direito, elabora uma teoria da argumentação jurídica, identificando-a como um caso especial da argumentação prática geral (da argumentação moral), que com as regras e princípios formam um procedimento, apto a estabelecer a melhor decisão para o caso concreto, pretendemos transparecer que em sendo assegurado às partes, garantias constitucionais como devido processo legal, ampla defesa e contraditório, e que ambas possam, de igual maneira, produzir provas e argumentos, será instaurado um procedimento equânime, apto a contribuir para que o magistrado, com vistas à busca da verdade, fazendo uso de uma ponderação de valores e razoabilidade, decida o caso concreto de forma racional.

## 5 Considerações finais

O paradigma atual retrata a busca por uma aplicação mais justa do direito, exercendo o intérprete um trabalho de permanente construção jurídica, de modo que o homem (enquanto sujeito de direito) protagonize todas as atenções do sistema jurídico.

Isso se dá, conforme Habermas por que:

[...] o mundo se revela e é interpretado de modo diferente segundo as perspectivas dos diversos indivíduos e grupos. Uma espécie de pluralismo interpretativo afeta a visão do mundo e a auto-compreensão, além da percepção dos valores e dos interesses de pessoas cuja história individual tem suas raízes em determinadas tradições e formas de vida e é por elas moldada (2007, p.9).

Nesse quadrante, a realização da dignidade do homem, que no horizonte do direito é lida como a garantia dos direitos fundamentais, não pode embasar-se nas velhas pressuposições acerca de uma natureza humana dada, indisponível, imutável e garantida. De outra maneira, estando consciente de que a própria natureza humana se encontra agora na esfera do decidível, faz-se mister repensar a experiência prática do direito à luz dos enormes desafios que a contemporaneidade impõe ao conceito de pessoa, ao mesmo tempo em que cumpre tentar reconstruir este mesmo conceito à luz do contexto social, político e cultural contemporâneo, para dar conta exatamente de possibilitar a realização da pessoa como pessoa que intitula e exerce de fato direitos fundamentais<sup>19</sup>.

A Constituição nesse novo cenário passa a ocupar o centro do sistema, devendo os poderes públicos, quando da observação e aplicação das leis, além das formas prescritas na Constituição, estarem em consonância com seu espírito e seu caráter axiológico.

O viés é constitucional, e se busca o funcionamento adequado do sistema de participação democrática, ficando a cargo da maioria em cada momento histórico vivido, desde que sejam respeitadas a diferença de opiniões e a incumbência de definir seus valores e suas convicções, devendo-se assegurar as condições dignas para todos, com ênfase na tutela e efetividade dos direitos fundamentais, entendidos como individuais, sociais, políticos e econômicos.

Neste contexto, sabemos que a teoria de Alexy sofreu e sofre muitas críticas. No entanto, reconhecemos como inoportuno, tecer comentários a respeito, por tratar-se nossa meta, na verdade, de seara bem mais humilde.

Vimos aqui para analisar a proposta pós-positivista, que pretende resolver o problema legado do positivismo jurídico, que, apesar de reconhecer a discricionariedade do julgador, não a resolveu, além do que envolve a aplicação do direito no caso concreto.

Ao que parece, obteve sucesso Alexy nessa jornada, pois diante da impossibilidade de se apontar uma moral determinada (o que seria arbitrário), em razão da pluralidade cultural e subjetiva, que caracteriza o mundo contemporâneo, com sua regra procedimental, com primazia nos princípios e na argumentação jurídica, apontou considerável alternativa na busca da resolução racional do caso concreto.

Entendemos que o mundo contemporâneo, por sua diversidade e complexidade, dificulta a conquista da conciliação entre validade formal (legalidade) e material (legitimidade). Vemos, todavia, que a única solução para esta conquista reside no procedimento do direito, que carreado por igualdade entre as partes, ampla defesa e contraditório, argumentação jurídica, produção de provas e ênfase na efetividade dos princípios jurídicos, galgará a legítima aplicação da lei no caso concreto.

### **Legitimacy and law: analysis under the post-bias positivist**

Search-if, through this article, examine the proposal hodierna of conciliation between formal and material validity (legitimacy). To this end, disscorremos on the positivist theories and approaches of the law, bypassing the dictates of the schools of exegesis, which demonstrates that the concept of law changed according to the paradigm. The latter saw the law as complete science, without gaps, capable of resolving all the facts of life through the literal application of the law. The first succeeded it with a new proposal, highlighting the discretionary character of the application of the law as well as his vagueness. The second, in turn, it is proposed to resolve the problems involving the judge's discretion and the indeterminacy of law, not resolved by the first. Accordingly, we seek to present the theory of Robert Alexy,

who, based on the role exercised by the principles and legal argument, points the procedure of law as part of its concept.

**Key words:** Choice of law. Legal argument. Post-positivism. Power discretion. Principles.

## Notas

- 1 (KELSEN, 2006, p. 388).
- 2 *Idem*.
- 3 O autor desenvolve o raciocínio em (HART, 2009, p. 161-162).
- 4 (*Idem*, p. 175).
- 5 *Idem*.
- 6 Sabemos que Hart, no posfácio de sua obra *O conceito de direito*, em resposta às críticas de vários autores à sua teoria, reconhece que falou pouco sobre os princípios, além de apontar algumas distinções entre esses e o que denomina norma. HART, H.L.A. *O conceito de direito*. Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 334-340. Pretendemos deixar claro, que este artigo não pretende discutir se a teoria do autor concebe os princípios como espécies de normas ou não, outrossim, demonstrar que se o direito tem uma textura aberta, como o autor se refere, não seria a regra jurídica, por suas características, sua espécie normativa autorizadora. Logo, não seriam os princípios?
- 7 A respeito (*Idem*, p. 13-14).
- 8 Nesse sentido (ALEXY, 2004, p. 123-126).
- 9 Ronald Dworkin também menciona esta diferença, mas de forma distinta, em sua obra, *O império do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. O que não enfrentaremos neste ensaio, devido à delimitação de seu tema.
- 10 (ALEXY, 2008, p. 92-93).
- 11 (*Idem*, p. 90).
- 12 (ALEXY, 2008, p. 144-145).
- 13 (*Idem*, p. 139).
- 14 Robert Alexy desenvolve o raciocínio em Alexy, Robert. *Têoria da argumentação jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- 15 Lembramos que Habermas afirmara que uma teoria da racionalidade que faz parte de uma certa teoria da moral é utilizada para análise dos desenvolvimentos jurídicos. HABERMAS, Jünger. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 31.
- 16 (ALEXY, op. cit., p. 26-27).
- 17 (*Idem*, p. 30).
- 18 As citadas formas de interpretação seriam a tese da subordinação e a tese da suplementação. Pela primeira, deve-se entender que o atual processo de justificação ou deliberação

pode proceder aos critérios do discurso prático geral, servindo a justificação jurídica, apenas, como uma legitimação secundária de quaisquer conclusões a que se chegue dessa maneira. Já a segunda tese, a da suplementação, sustenta que a argumentação jurídica só pode ir até uma parte do caminho, chegando a um ponto em que os argumentos estritamente jurídicos já não estariam disponíveis. (Ibidem).

- 19 Fomentamos o raciocínio, a partir de informações sobre o Programa de Mestrado em Direito “Hermenêutica e Direitos Fundamentais” colhidas do site da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC <[http://www.unipac.br/strictosensu/detalhes.php?id\\_curso=65&id=4](http://www.unipac.br/strictosensu/detalhes.php?id_curso=65&id=4)>.

## Referências

ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. *El concepto y la validez Del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, L.R. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, N. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

DWORKIN, R. *O império do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, J. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HART, H.L.A. *O conceito de direito*. Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HERMENÊUTICA e direitos fundamentais. Mestrado em Direito. Universidade Presidente Antonio Carlos. Araguari, MG, 2009 Disponível em [http://www.unipac.br/strictosensu/detalhes.php?id\\_curso=65&id=4](http://www.unipac.br/strictosensu/detalhes.php?id_curso=65&id=4). Acesso em 30 de novembro de 2009.

▼ recebido em 48 dez. 2010 / aprovado em 28 ago. 2012

### Para referenciar este texto:

DUARTE, H. G. Legitimidade e direito: análise sob o viés pós-positivista. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 489-510, jul./dez. 2011.