# NEOCONSTITUCIONALISMO, A TEORIA DOS PRINCÍPIOS E A DIMENSÃO ÉTICO-MORAL DO DIREITO*

# THE NEOCONSTITUTIONALISM, THEORY AND PRINCIPLES OF ETHICAL AND MORAL DIMENSION OF LAW

**Luana Paixão Dantas do Rosário**

## RESUMO

O objetivo deste trabalho será abordar o restabelecimento da dimensão Ética e Moral do Direito operado pelo Neoconstitucionalismo e pela Teoria dos Princípios, no bojo do Pós-Positivismo. A relevância teórica do tema exurge da transformação paradigmática pela qual o Direito vem passando, cuja delimitação teórica ainda se encontra em elaboração, o que traz consequências epistemológicas e metodológicas. A relevância prática advém da necessidade de aplicação do Direito consoante estes novos cânones, espírito e finalidade. O método empregado será o proposto pela fenomenologia, para a qual o tema de conhecimento é fenômeno, a ser apreendido em sua complexidade, aliado ao elemento hermenêutico. Abordará a dimensão ético-moral do Direito enquanto saber da phronesis aristotélica, valendo-se de Gadamer nesta abordagem. Realizará uma síntese da colocação da Ética e da Moral no Direito, a partir do Jusnaturalismo, perpassando o Positivismo Jurídico até alcançar o pós-Positivismo. Enfocará a reaproximação entre Direito e Moral no plano dos Princípios e a supremacia axiológica da Constituição operada pelo Neoconstitucionalismo. Sublinhará a importância da Teoria dos Princípios nesta seara, pela análise do pensamento de Dworkin e Alexy. Concluirá que a pretensão de correção é o ponto de partida para as teorizações atuais acerca do Direito.

**PALAVRAS-CHAVES**: ÉTICA, MORAL, NEOCONSTITUCIONALISMO, TEORIA DOS PRINCÍPIOS.

## ABSTRACT

The objective of this papper will address the restoration of moral and ethical dimension of Law operated by Neoconstitucionalismo and the Theory of Principles, in the midst of post-positivism. The theoretical relevance of the theme of appears processing paradigm by which the Law is passed, the theoretical definition is still in development and that brings epistemological and methodological consequences. The practical relevance stems from the need to apply the Law as the new canons, spirit and purpose. The method employed is that proposed by phenomenology, for which the theme of knowledge phenomenon is to be understood in its complexity, and the hermeneutic element. Address the ethical and moral dimension of Law know as Aristotle's phronesis, Gadamer is worth this approach. Conduct a review of the placement of Ethics and the

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Moral Law, in Jusnaturalismo started by visiting the Legal Positivism to reach the post-positivism. Focus on the rapprochement between Law and moral principles in terms of the axiological and supremacy of the Constitution made by Neo-constitucionalism. Underline the importance of the principles of this theory, for examining the thought of Dworkin and Alexy. Conclude that the intention is to fix the starting point for theories about the Law.

**KEYWORDS**: ETHICS, MORAL, NEOCONSTITUCIONALISM, THEORY OF PRINCIPLES.

## INTRODUÇÃO

O problema maior do Direito é a Justiça, e esta, é um conceito Moral, do domínio da Ética. Sem o ideário da Justiça, o Direito perde fundamentabilidade e se deslegitima. A aspiração ao justo acompanha o homem desde tempos imemoriais. Esta aspiração diz respeito à convivência e harmonia dos homens entre si e ao caminho para a felicidade. O objetivo principal deste trabalho será abordar o restabelecimento da dimensão Ético e Moral do Direito operado pelo Neoconstitucionalismo e pela Teoria dos Princípios no bojo do Pós-positivismo.

A relevância teórica do tema exurge da necessidade de compreensão da transformação paradigmática pela qual o Direito vem passando, cuja delimitação teórica ainda se encontra em elaboração, o que traz consequências epistemológicas e metodológicas. A relevância prática advém da necessidade de aplicação do Direito consoante estes novos cânones, espírito e finalidade.

O método empregado será o proposto pela fenomenologia, precário e provisório, entende o tema de conhecimento como fenômeno, a ser apreendido em sua complexidade, porém não em sua totalidade, não como uma dado que se coloca à consciência, mas, como um construído da intencionalidade de quem se predipõe a conhecer, no desentranhamento de uma de suas possibilidades. Ressalte-se que a compreensão dos fenômenos jurídicos, indeterminados, não prescinde do elemento hermenêutico[1].

O saber jurídico é saber da razão prática, rege a convivência entre os homens e busca criar ou tutelar o 'bom, o belo e o justo'. O Direito, desde a Grécia antiga, *jus*, é também, desde a Roma antiga, *prudentia.* Ciência do espiríto e da Virtude, é saber ético, voltado para o bem dos homens e para a verdade. Nos tempos do Jusnaturalismo não pairava dúvida acerca do conteúdo Moral do Direto ou de que este existisse para guardar valores supremos tidos como naturais, decorrentes do *logos*, ou dos deuses, envoltos em metafísica. Até que a razão positivista, em sua pretensão de cientificidade, neutralidade e objetividade, apartou o Direito da Moral, da Justiça, do domínio da Ética, da tradição e das concepções arcaicas do mundo. Relegou a prudência, a verdade e a busca do bem.

Entretanto, temos assistido o retorno do Direito às questões Éticas e Morais. No pós-Positiviso, assumem destaque as relações entre valores, princípios e regras. O Direito

passa a ser compreendido pela Nova Hermenêutica como saber da *práxis* e assume declaradamente o seu conteúdo Moral. A proteção da integridade moral e da dignidade do Homem erige a Teoria dos Direitos Fundamentais como cerne do Direito. Princípios e valores deixam de serem conselhos e exortações à consciência para deterem normatividade. Esta última, por sua vez, deixa de ser vista apenas por parâmetros formais de validade, de modo que aplicação do Direito não mais se reduz à subsunção positivista.

Neste cenário, projeta-se o Neoconstitucionalismo, como paradigma voltado para a proteção dos Direitos Fundamentais, a constitucionalização dos princípios, a supremacia constitucional e a garantia jurisdicional da Constituição, a possibilidade de 'interpretação aberta'[2] ao pluralismo e a irradiação da Constituição em todos os aspectos da vida política e social.

O Neoconstitucionalismo, a Teoria dos Princípios e a Teoria da Argumentação podem ser vistos como fenômenos relacionados ao chamado Pós-positivismo e absolutamente imbricados. São perspectivas teóricas afins e complementares que têm como conseqüência metodológica a vinculação entre Direito e Moral. Tais propostas buscam compreender as relações entre Direito, Moral e Política e superam as concepções positivistas no campo do Direito.

Este trabalho abordará o restabelecimento da dimensão Moral do Direito operada pelo pós-positivismo, que resulta na supremacia axiológica da Constituição em termos de Neoconstitucionalismo. Demonstrar-se-á que a teoria dos Princípios, em verdade, opera, no plano normativo constitucional, a fusão entre os planos axiológico e deontológico. Neste ínterim, o dever-ser abrange a aceitação universal do 'bom e do correto'. A análise da Teoria dos Princípios se dará pelo pensamento de dois dos seus maiores representantes, que possuem enfoques diferentes, Dworkin e Alexy. Cumpre salientar que parte da análise destes doutrinadores se dá preponderantemente pela obra de Luis Afonso Heck, Andreas Krell e Antonio Maia. Saliente-se que a abordagem por fonte indireta não prejudicará a análise, dada a qualidade e fidedignidade do trabalho destes autores.

Diante das preocupações da Nova Hermenêutica Constitucional quanto à racionalização da decisão e controle do voluntarismo na concretização da Norma, com a concreção dos comandos éticos, que não são dados, mas, construídos, este trabalho concluirá que o pós-Positivismo reabilitou a dimensão Ética e Moral do Direito e que a 'pretensão de correção' é o ponto de partida para as teorizações atuais acerca do Direito.

## 1 A ÉTICA E A MORAL

As definições da Ética e da Moral, por vezes, se interpenetram. Andre Lalande estabelece a seguinte distinção:

A *Moral,* quer dizer, o conjunto das prescrições admitidas numa época e numa sociedade determinadas, o esforço para conformar-se a essas prescrições, a exortação a segui-las. (...) *Ética:* A ciência que toma por objeto imediato *os juízos* de apreciação sobre os atos qualificados como bons ou maus. (...) Sem dúvida acontece que, de fato, as questões de Moral e as de Ética, assim definidas, sejam freqüentemente misturadas, mas isso não exclui uma distinção muito nítida das suas definições. (LALANDE, 2001, p. 348-349).

Nicola Abagnano afirma que há duas concepções fundamentais acerca da Ética. A primeira apresenta a Ética como ciência do fim para o qual a conduta dos homens deve ser orientada e dos meios para atingir tal fim, deduzindo tanto o fim quanto os meios da natureza do homem. Refere-se ao ideal para o qual o homem se dirige por sua natureza e, por conseguinte, à natureza, essência ou substância do homem. Já a segunda trata dos motivos ou causas da conduta humana, ou das forças que a determinam, pretendendo ater-se ao conhecimento dos fatos. Apresenta, portanto, a Ética como ciência do móvel da conduta humana e procura determinar tal móvel com vistas a dirigir essa conduta. Abagnano adverte, entretanto, que, ao longo da história, estas concepções se confundiram. (ABAGNANO, 2000, p. 380).

Segundo Chris Rohmann, a Ética, um dos cinco campos clássicos da investigação filosófica (ao lado da Estética, da Epistemologia, da Lógica e da Metafísica), pode ser entendida como o estudo dos princípios, do comportamento Moral e da natureza do bem. Sendo, por isto, também denominada de Filosofia Moral. (ROHMANN, 2003, p.146).

Segundo o autor, pode-se dividir a Ética em Ética Normativa, que propõe os princípios da conduta correta, e Metaética, que investiga o uso e a fundamentação dos conceitos de certo e errado, bem e mal. A raiz da Metaética se encontra no pensamento de Sócrates e Platão, que investigaram a natureza da bondade como distinta de qualquer bem. (ROHMANN, 2003, p.146).

Na tradição grega, as questões centrais da Ética giravam em torno do problema geral do que constitui uma vida bem-vivida, ao que se denominava Virtude, não em questões específicas relacionadas ao certo e ao errado. (ROHMANN, 2003, p.146).

Para Rohman, embora o conceito de Ética normalmente remeta à Ética normativa, a maioria das teorias Éticas dos dois últimos séculos versaram sobre metaética, em outros termos, "pouco tiveram a dizer sobre como se deve agir, mas, ao contrário, questionaram o papel da Ética na vida, os fundamentos lógicos de determinados sistemas éticos e sua validade". (ROHMANN, 2003, p.146).

Na maioria dos sistemas, a conduta Ética é interpretada em termos de realização pessoal (procura do bem) ou da obrigação para com os outros ou para com os princípios aceitos (preocupação com a justiça), ou ambas. A realização pessoal pode ter diversas origens, o bem em si, a felicidade e o prazer (a exemplo do Epicurismo) ou a luta por um ideal. (ROHMANN, 2003, p.146).

Os Estóicos foram os primeiros a analisar decisões Éticas em termos de adequação à harmonia universal e à vontade divina - método também fundamental no sistema de valores Judaico-Cristão[3]. Comumente, a obrigação Ética não se refere somente a respeitar o próximo e as normas estabelecidas, mas estabelece responsabilidade perante Deus, cujos mandamentos constituem a autoridade suprema para a maioria dos sistemas morais de todo o mundo. (ROHMANN, 2003, p.146).

Immanuel Kant ampliou a metaética com a tese do imperativo categórico, princípio ético absoluto e universal, novo alicerce para a legitimidade da Moralidade, que prescreve: "Aja como se o princípio da sua ação devesse tornar-se, por sua vontade, uma lei universal da natureza". Já Habermas, dentre outros, substituiu a garantia da validade Ética enquanto Deus, ou outro bem supremo abstrato, pela interação social. Para ele, o discurso livre e racional pode oferecer orientação Moral à sociedade. (ROHMANN, 2003, p.146, 147, 344).

Como dito anteriormente, a Ética está relacionada com a Virtude, do grego antigo, *arete* ou "excelência". Entre os gregos e romanos, bem como entre os cristãos, a Virtude era considerada a parte do caráter que permitia que a pessoa vivesse uma vida boa. Distintamente da tendência atual de concentrarem-se as preocupações Éticas na questão de determinado ato ser justo ou não, para os antigos, as questões fundamentais da Ética envolviam o sentido completo de como se devia viver[4]. (ROHMANN, 2003, p.423).

Para Sócrates, *arete* significava, acima de tudo, o devido conhecimento das circunstâncias da própria pessoa. Quem sabia a atitude a ser tomada em determinada situação seria incapaz de fazer o contrário. Platão identificou as quatro virtudes (mais tarde chamadas de 'virtudes cardeais') como sendo a sabedoria, a coragem, a temperança e a justiça. (ROHMANN, 2003, p.423).

Aristóteles distinguiu entre as 'virtudes intelectuais' (dianoéticas) de Sócrates/Platão e as 'virtudes morais', ou, como explicava ele, entre conhecimento abstrato *(sophia)*, que contempla os princípios universais, e a sabedoria prática *(phronesis)*, que orienta a boa conduta. O segredo de alcançar as virtudes morais era observar o meio-termo entre os extremos. (ROHMANN, 2003, p.423). O conceito aristotélico de *phronesis* será retomado por Gadamer ao tratar do Direito, como se verá adiante.

No século I d.C., São Paulo promulgou as 'virtudes teológicas' - a fé, a esperança e a caridade (amor). Esse acréscimo à lista das virtudes platônicas deslocou o foco da vida terrena para o além. Os pensadores cristãos medievais como Tomás de Aquino, se referiam às 'sete virtudes cardeais e teológicas', todas fundamentadas na graça de Deus. (ROHMANN, 2003, p.423).

Quanto à origem da Virtude, há três posições. A primeira, de que é aspecto inato. A segunda, pela qual, a Virtude se aprende por hábito e a educação. A terceira, pela qual se constitui como dádiva divina. Entre os defensores do aspecto inato figuram Kant que dizia sermos dotados de uma 'razão prática' que nos permite conduzir nossa vida de maneira virtuosa e, no século XX, G. E. Moore, cujo 'intuicionismo ético' presumia uma apreensão intuitiva do bem. (ROHMANN, 2003, p.423).

A perspectiva de hábito e aprendizado foi adotada por utilitaristas como Herbert Spencer, que afirmava que a evolução social implica a adoção de códigos morais

benéficos, e por materialistas como Hobbes e Marx, que entendiam os sistemas como criações humanas. (ROHMANN, 2003, p.423). Esta perspectiva é também bastante difundida.

Gadamer evidencia que Aristóteles fundou a Ética como disciplina autônoma à metafísica ao contrapor a idéia platônica do bem à sua construção do 'humanamente bom'. Fixou o bom como aquilo que é bom para o ser humano. Assim, o bom para o homem só aparece na concreção da situação prática em que o homem se encontra. (GADAMER, 2005, p. 465-466).

Portanto, o saber ético requer a busca de conselho consigo próprio, logo, nunca poderá ter o caráter prévio, próprio dos saberes técnicos, ensináveis. "Não existe uma determinação prévia daquilo em que a vida em seu todo está orientada." (GADAMER, 2005, p. 477). E ainda: "Aquele que deve tomar decisões morais é alguém que já sempre aprendeu algo. Por educação e procedência está determinado, de modo que em geral sabe o que é correto. A tarefa da decisão Ética é encontrar o que é adequado na situação concreta". (GADAMER, 2005, p. 471).

Por isto, diz Gadamer, não há um uso dogmático da Ética. A doutrina das virtudes de Aristóteles apresenta formas típicas de justo, que funcionam como diretrizes, mas o saber ético responde aos estímulos da situação de cada momento. (GADAMER, 2005, p. 471).

## 2 A DIMENSÃO ÉTICO-MORAL DO DIREITO

Tércio Sampaio Ferraz Junior pontua que, na antiguidade, o saber sobre o Direito se referia à técnica e à arte *(tecchne* e *ars*). Os romanos falavam em *ars boni et aequi*. A noção de *ars*, do Direito *jus*, como arte do bom e do eqüitativo tinha fundamento na filosofia grega, pela qual, enquanto *ars*, o *jus* estava relacionado com *virtus*, o domínio da ação. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 343).

Deste modo, o Direito visava à perfeição e embasava-se em conhecimento e saber verdadeiro. Assim, nasceu a idéia de saber jurídico como *ars* e como *prudentia*. Para os antigos, a sabedoria jurídica, a jurisprudência, não estava apartada do verdadeiro, visto que era produção do verdadeiro no belo, no útil, no justo. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 343-344). Portanto, o Direito, enquanto *jus e ars*, está imbricado no domínio da Ética e da Virtude.

O saber ético é saber que o homem tem de si mesmo, que Aristóteles chama de 'saber-se' ou 'saber para si'. Destaca-se do mundo teórico, e, distintamente da *techne*, não pode ser aprendido nem esquecido. Quando o homem se depara com o saber ético, não pode dele se apropriar ou não. Este confronto se dá em situações em que o homem tem de atuar. Não obstante o homem não possua o saber ético previamente acabado, que se perfaz somente na aplicação concreta, surge a tarefa de aplicação do saber ético.[5] (GADAMER, 2005, p. 471).

Aristóteles distingue entre o saber ético da *prhonesis* e o saber teórico da *episteme*. Para Gadamer, nesta linha, as ciências do espírito fazem parte do saber ético, são ciências morais que têm por objeto o homem e o que este sabe de si mesmo. "Este, porém, se sabe a si mesmo como ser que atua, e o saber que, deste modo, tem de si mesmo não pretende comprovar o que é". (GADAMER, 2005, p. 468). Nestes termos, o Direito é ciência Moral, saber ético, ciência do espírito, que tem por objeto o homem e o quer este sabe de si, em seu dever de atuar, na tarefa de aplicação, da escolha, da decisão.

Enquanto *ars, o* Direito é saber prático, da *phroenesis*, e tal qual, o seu momento de aplicação é momento de confronto do homem com questões morais e éticas que exigem a sua atuação. Gadamer demonstra que na aplicação do Direito, o homem, embora possua o arcabouço da *techne*, da dogmática jurídica, não possui o saber ético previamente acabado, já que este se perfaz somente na aplicação concreta. (GADAMER, 2005, p. 471).

Aristóteles, segundo Gadamer, adverte que junto à *phroenesis*, a virtude da ponderação reflexiva, na qual o saber-se da reflexão Ética possui uma relação muito característica, aparece o entendimento *(Verstandnid)* uma modificação da virtude do saber ético responsável pela *Synesis*, que significa a capacidade de julgamento ético. Significa a compreensão de alguém, que, julgando, desloca-se para a plena concreção da situação em que o outro tem de atuar. Só se alcança a compreensão adequada daquele que atua, na medida em que se deseje o justo e se encontre em relação de comunidade com o outro, diz Gadamer. (GADAMER, 2005, p. 479-480).

Deste modo, na medida em que se possuam os conceitos aristotélicos de penetração de espírito (tem penetração de espírito aquele que está disposto a reconhecer o Direito da situação concreta do outro e por isso se inclina em geral para o perdão e a compaixão) e tolerância alcança-se a mínima aptidão para a arte de julgar. (GADAMER, 2005, p. 479-480).

Diversamente, nos diz Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a *techne* da dogmática jurídica hodierna deixa de nascer do conhecimento verdadeiro. O crescimento distorcido da técnica, apartada da virtude enquanto realização da verdade na ação, é que traz para o saber jurídico atual um sério e peculiar problema de fundamentação. Conceber o Direito de forma instrumental, como um meio para a realização de um fim (a decisão de conflitos) faz com que o Direito careça de uma finalidade. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 344).

Por este motivo, procura-se um fundamento resistente a mudanças, que assegure ao Direito um sentido persistente. Desde a antiguidade se buscou essa estrutura estável na idéia de Justiça. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 347) "No entanto, a justiça é ao mesmo tempo o princípio racional do sentido do jogo jurídico e seu problema significativo permanente". "A justiça é o princípio e o problema Moral do Direito". (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 351).

O Direito, como ato de poder não tem seu sentido no próprio poder. Só assim se explica a revolta, a inconformidade humana diante do arbítrio. E aí repousa, ao mesmo tempo, a força e a fragilidade da Moralidade em face do Direito. É possível implantar um Direito

à margem ou até contra a exigência Moral da justiça. Aí está a fragilidade. Todavia, é impossível evitar-lhe a manifesta percepção da injustiça e a conseqüente perda de sentido. Aí está a força. (...) A exigência Moral da justiça é uma espécie de condição para que o Direito tenha um sentido. (...) O Direito, em suma, privado de Moralidade, perde sentido, embora não perca necessariamente império, validade, eficácia. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 354)

Sobre a relação entre Direito e Moral[6], asseverou Miguel Reale em Lições Preliminares de Direito:

Encontramo-nos, agora, diante de um dos problemas mais difíceis e também dos mais belos da Filosofia Jurídica, o da diferença entre a Moral e o Direito (...) Nesta matéria devemos lembrar-nos de que a verdade, muitas vezes, consiste em distinguir as coisas, sem separá-las (...) Muitas são as teorias sobre as relações entre o Direito e a Moral, mas é possível limitar-nos a alguns pontos de referência essenciais, inclusive pelo papel que desempenharam no processo histórico. (REALE. 1977, p. 41):

## 3 BREVE SÍNTESE DA COLOCAÇÃO DA ÉTICA E DA MORAL NO DIREITO

### 3.1 Do Jusnaturalismo ao Positivismo Jurídico

A idéia básica do Jusnaturalismo, não obstante suas várias vertentes, consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do Direito positivo. Esse Direito Natural tem validade em si, legitimado por uma Ética superior, estabelecida pela vontade de Deus ou ditada pela razão, estabelece limites à própria norma estatal (BARROSO, 2002, p. 20). O Direito Natural remonta à antiguidade clássica, como se extrai de Antígona, tragédia de Sófocles:

ANTÍGONA - Sim, pois não foi decisão de Zeus; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; tampouco acredito que tua proclamação tenha legitimidade para conferir a ninguém o poder de infringir as leis divinas, nunca escritas, porém irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! E ninguém pode dizer desde quando vigoram! Decretos como o que proclamaste, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem merecer a punição dos deuses! Que vou morrer, bem o sei; é inevitável; e morreria mesmo sem o teu decreto. E para dizer a verdade, se morrer antes do meu tempo, será para mim uma grande vantagem! Quem vive como eu, envolta em tanto luto

e desgraça, que perde com a morte? Por isso, a sorte que me reservas é um mal de bem pouca monta; muito mais grave seria aceitar que o filho de minha mãe jazesse insepulto; tudo o mais me é indiferente! Se julgas que cometi um ato de demência, talvez mais louco seja quem me acusa de loucura! (SÓFOCLES, 2004, p. 96)

O Direito Natural é Direito ideal, inato, universal e imutável. Fundamenta-se na natureza, na ordem natural, na natureza humana comum a todas as pessoas, ou em outro princípio que o impregna, tal como Deus. Opõe-se se ao Positivismo Jurídico, e, segundo ele, qualquer lei positiva que contradiga o Direito Natural é inválida. (ROHMANN, 2003, p.114).

A concepção de Direito Natural teve matizes ao longo da história. Tem sua origem na versão estóica do *Logos* da Razão Universal que dá forma, guia e ordena o mundo. Os romanos distinguiam entre *jus naturale* (Direito Natural) e *jus gentium* (Direito das Nações). O Cristianismo, em seus primórdios, interpretava o Direito Natural como expressão da vontade de Deus. Na Idade Média, desenvolveu-se, sobretudo, pelos escritos de São Tomás e Santo Agostinho, o primeiro o definia como parte da lei eterna que está acessível à razão humana e se constitui, portanto, em alicerce adequado para o Direito Positivo. Também o Iluminismo consagrou o Direito Natural e colocou a Razão humana como o seu fundamento. Para Locke, o Direito Natural dá origem aos diretos naturais do homem. Concepção que se manifestou nas Declarações de Direitos e de Independência daquele período (ROHMANN, 2003, p.114).

Entretanto, completadas as revoluções burguesas, o Direito Natural viu-se "domesticado e ensinado dogmaticamente". O êxito do movimento de codificação, que simbolizou o apogeu do Direito Natural representou também a sua superação histórica. (BARROSO, 2002, p. 23)

Considerado metafísico e anti-científico, o Direito Natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX (...) A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apertou o Direito da Moral e dos valores transcendentes. (...) O Positivismo comportou algumas variações e teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen. (BARROSO, 2002, p. 25)

O Positivismo filosófico, em voga, enunciou o princípio da verificação, pelo qual uma verdade só pode ser considerada como tal se for verificável. Por esse princípio, só é científico o que puder ser verificado, e só há duas possibilidades dessa verificação: pela comprovação empírica - o que pressupõe a identificação do objeto como algo real - ou pela demonstração analítica, em relação aos objetos ideais. (COELHO, 2003, p. 57)

(...) Direito seria, por conseguinte, o conjunto dos fenômenos observáveis que se constituem em ordenação da vida social e que se distinguem das ordenações de natureza diversa, em virtude de suas características especiais. A conseqüência mais expressiva dessa vinculação do *jus* ao fato empírico, definido por sua forma jurídica, foi o aprofundamento da controvérsia entre jusnaturalistas e positivistas, que assumiu a forma de uma oposição entre um direito considerado cientificamente e outro considerado metafisicamente (...) A origem do Direito e as suas causas, embora constituam um capítulo do seu estudo como fenômeno social, são irrelevantes para a questão da positividade. Direito positivo é simplesmente o observável (...). (COELHO, 2003, p. 211-212)

Deste modo, cristalizou-se a noção comum do Direito identificado no chamado Direito Positivo, aquele emanado do Estado. Repeliu-se qualquer idéia de uma ordem normativa de caráter metafísico e exclui-se como não-jurídicas as regras sociais de conduta que não se revistam dos caracteres formais do Direito oficialmente considerado. (COELHO, 2003, p. 196)

As teses fundamentais do Positivismo filosófico, em síntese simplificadora, podem ser assim expressas: a ciência é o único conhecimento verdadeiro, o conhecimento científico é objetivo, o método científico empregado nas ciências naturais deve ser estendido às ciências sociais. (BARROSO, 2002, p. 24).

As teses básicas do Positivismo Jurídico, repercussão do Positivismo Filosófico, são a aproximação quase plena entre Direito e norma; a afirmação da estabilidade do Direito; a completude do ordenamento jurídico; o formalismo, sobretudo quanto aos critérios de validade; a separação entre Direito e Moral; a pureza científica; a racionalidade da lei e a neutralidade do intérprete. (BARROSO, 2002 pp. 14, 25, 26)

(...) em busca da cientificidade anunciada. O Direito reduzia-se ao conjunto de normas em vigor, considerava-se um sistema perfeito e, como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência. (...) A troca do ideal racionalista da justiça pela ambição positivista da certeza jurídica custou caro à humanidade. (...) O Positivismo pretendeu ser uma *teoria* do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízo de fato. Mas resultou sendo uma *ideologia* (...). (BARROSO, 2002, p. 26)

O Direito pré-moderno, de formação não legislativa, mas, jurisprudencial e doutrinária, era caracterizado por não possuir um sistema unitário de fontes positivas. A validez não dependia da forma de positivação, mas da intrínseca racionalidade ou justiça de seus conteúdos. O Estado legislativo de Direito é responsável por fundar o sistema jurídico no princípio da legalidade como garantia de certeza e liberdade em face da arbitrariedade Estatal. Assim, o princípio da legalidade se torna critério exclusivo de identificação do direito válido, com independência da valoração do justo. Tal princípio

serviria para dar fundamento a todo o sistema de garantias. (FERRAJOLI in CARBONELL, 2003, p.15)

Atualmente, os modelos de Estado legislativo e de Estado Constitucional de Direito estão em crise, o que representa uma regressão a um Direito jurisprudencial pré-moderno. Esta crise deve-se, sobretudo, a dois fatores, quais sejam, a perda da capacidade reguladora da lei com o retorno ao papel criativo da jurisdição e a perda de unidade e coerência das fontes normativas. (FERRAJOLI in CARBONELL, 2003, p.20)

### 3.2 O pós-Positivismo: a reaproximação entre Direito e Moral no plano dos Princípios

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, sucumbe a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal. A superação histórica do Jusnaturalismo e o fracasso político do Positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-Positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada Nova Hermenêutica e da Teoria dos Direitos Fundamentais. (BARROSO, 2002, p. 27)

Por isso, a Lei Fundamental alemã pós-guerra está repleta de postulados axiológicos, rechaçando, assim, o Positivismo extremado, o formalismo e o relativismo dominantes na Teoria do Estado da República de Weimar; nesse contexto, falou-se do "eterno retorno" *(ewige Wie-derkehr)* do Jusnaturalismo. A experiência desse relativismo total do conteúdo das leis positivas levou o famoso jurista e filósofo alemão Gustav Radbruch, inicialmente positivista ferrenho, a mudar completamente a sua posição depois da guerra e defender a existência de "injustiça legal e Direito supralegal" e de "leis que não são Direito". (KRELL, 2002, p. 81)

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no Positivismo. Por outro lodo, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao Jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. O Neoconstitucionalismo promove a volta aos valores, a reaproximação entre Ética e Direito, entretanto, a Ética e a Moral materializam-se em princípios que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. (BARROSO, 2002, p. 28)

A insuficiência do Positivismo no que diz respeito à existência de questões morais na decisão judicial foi também evidenciada por Perelman. Antonio Maia expõe o pensamento daquele com propriedade, para o qual, na prática da decisão judicial, ao contrário do que propugnavam as teses positivistas, são introduzidas noções

pertencentes à Moral. Noções estas que se foram fundamentadas, no passado, no Direito Natural, são hoje consideradas como conformes aos Princípios Gerais do Direito:

(...) O próprio fato de esses princípios serem reconhecidos, explícita ou implicitamente, pelos tribunais de diversos países, mesmo que não tenham sido proclamados obrigatórios pelo poder legislativo, prova a natureza insuficiente da construção kelseniana que faz a validade de toda regra de Direito depender de sua integração num sistema hierarquizado e dinâmico, cujos elementos tiraram, todos, sua validade de uma norma suprema pressuposta. (...)(MAIA, 2001, p. 9)

Para Perelman, o Direito se aparta do Positivismo e de sua pretensão à neutralidade axiológica porque o raciocínio lógico e demonstrativo do Positivismo não concorda com os juízos de valor do Direito. Maia traz elucidativa passagem do pensamento de Michel Meyer, continuador de Perelman na escola de Bruxelas:

Mas o que diz na verdade o Positivismo lógico? Em geral, duas coisas. Por um lado, o modelo da atividade lingüística e o raciocínio são fornecidos pela ciência físico-matemática. O rigor, o caráter unívoco, a necessidade do raciocínio demonstrativo são as características essenciais a úteis, em que as outras ciências, e a Filosofia em particular, deveriam inspirar-se. (...) Por outro lado, (...) os juízos de valor não decorrentes da lógica - dos juízos de verdade - mergulham, de forma inevitável, tanto o homem de ação quanto o filósofo preocupado com a justiça, no irracional. O Direito e a Justiça estariam condenados a se separar da razão porque os valores não se decidem nem de forma lógica, nem tampouco de forma experimental. São estes dois axiomas do Positivismo que Perelman tornou inexistentes, em proveito de uma concepção da razão preocupada em estabelecer o plano discursivo não-matemático no âmbito de seus Direitos e a razão pratica na sua coerência. (MICHEL MEYER *apud* MAIA, p. 5)

Os princípios, vindos dos textos religiosos, filosóficos ou do Jusnaturalismo, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do Direito. Na tradição judaico-cristã, colhe-se o mandamento de respeito ao próximo. Da filosofia grega origina-se o principio da não-contradição. No Direito Romano pretendeu-se enunciar a síntese dos princípios básico do Direito: 'Viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu'. O que há de singular na dogmática jurídica atual é o reconhecimento da normatividade dos princípios. Esta é uma das marcas do Neoconstitucionalismo e da Nova Hermenêutica. (BARROSO, 2002, p. 29)

### 3.2.1 O Neoconstitucionalismo: supremacia axiológica da Constituição

Como esclarece Miguel Carbonell, o que venha a se entender por Neoconstitucionalismo, sua aplicação prática e dimensão teórica, é ainda algo que se está por ver. Não se trata de um modelo já posto, consolidado, passível de ser estabelecido a curto prazo, pois contém em seu interior uma série de aspectos que dificilmente conviverão sem problemas. (CARBONELL, 2003, p.11).

Para Paolo Comanducci, o Neoconstitucionalismo se desdobra em teórico, ideológico e metodológico. O Neoconstitucionalismo teórico propõe-se a descobrir as realizações da Constitucionalização, a modificação dos sistemas jurídicos. Trata do modelo emergente de uma Constituição "invasora", dada a presença de um catálogo de Direitos Fundamentais e a onipresença da Constituição, dos princípios e das regras.

O Neoconstitucionalismo ideológico ressalta a mudança ocorrida do Constitucionalismo para o Neoconstitucionalismo. Haveria, neste aspecto, uma mudança de foco da limitação do poder estatal para a garantia dos Direitos Fundamentais. O poder Estatal, neste novo contexto, não seria mais visto como fonte de temor, mediante o apoio de um modelo Estatal Constitucional e Democrático de Direito.

O Neoconstitucionalismo metodológico, por sua vez, seria responsável por considerar os princípios Constitucionais uma ponte entre o Direito e a Moral. (COMADUCCI in CARBONELL, 2003, p.82-87).

Guastini fixou sete condições para a verificação do Neoconstitucionalismo. A primeira condição seria a existência de uma Constituição rígida. A segunda seria a garantia jurisdicional da Constituição, a existência de mecanismos de controle da conformidade das leis com a Constituição. A terceira seria a força vinculante da Constituição. A quarta corresponde à postura do intérprete em face da Lei Maior, predisposto a conferir interpretação extensiva àquela, a partir da qual seria possível extrair diversas normas implícitas, não expressas, idôneas para regular qualquer aspecto da vida social e política.

A quinta condição determina a aplicação direta das normas Constitucionais. Trata-se de uma superação da concepção clássica segundo a qual a função da Constituição seria meramente a de limitar o poder político, sem regular as relações entre particulares. Com o modelo neoconstitucionalista, a Constituição indubitavelmente assume a função de regular todas as relações sociais.

A sexta condição seria a interpretação conforme das leis. Técnica interpretativa pela qual as leis devem ter a interpretação conformada pela Constituição. Destaca que de cada texto normativo é possível extrair diversos significados, neste sentido, a eleição da possibilidade interpretativa que será efetivamente adotada deve ser pautada nas diretrizes Constitucionais.

A última condição imposta por Guastini para a verificação do Neoconstitucionalismo é a da influência da Constituição sobre as relações políticas. Neste sentido, destaca a possibilidade, em alguns ordenamentos, de se resolver conflitos puramente políticos por intermédio de um órgão jurisdicional, fazendo-se uso das normas Constitucionais. (GUASTINI in CARBONELL, 2003, p.50-58)

Luis Prieto Sanchís assevera que, em verdade, o Neoconstitucionalismo é uma ideologia que apresenta diferentes níveis e projeções. Sanchis aponta três níveis de projeção do Neoconstitucionalismo. O primeiro nível corresponde à filosofia política que considera o Estado Constitucional de Direito a melhor ou mais justa forma de organização política. O segundo nível pretende oferecer conseqüências metodológicas, que acarretam na vinculação entre Direito e Moral e a imposição de obediência ao Direito. Uma terceira dimensão, por sua vez, representa uma nova visão da atitude interpretativa e das tarefas da ciência e da teoria do Direito, propondo a adoção de um comprometimento por parte do jurista.

O Neoconstitucionalismo seria caracterizado por reunir um forte conteúdo normativo e um sistema de garantia jurisdicional. "Trata-se de uma Constituição transformadora que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, cujo protagonismo fundamental não corresponde ao legislador, mas aos juízes". (SACHIS in CARBONELL, 2003, p.65).

Afonso Garcia Figueroa destaca que o Direito apresenta virtudes morais e a Moral apresenta virtudes jurídicas a ponto de a Moral ter se transformado em uma forma diferente de Direito e o Direito, em uma forma diferente de Moral. Assim, atenta para o papel da Constitucionalização que os sistemas jurídicos têm desempenhado na fundamentação de uma vinculação do Direito com a sua dimensão ideal. (FIGUEROA in CARBONELL, 2003, p.78).

Embora alguns doutrinadores, a exemplo de Suzanna Pozzolo, compreendam que persiste a separação conceitual entre Direito e Moral em favor da autonomia do juspositivismo metodológico, admitem, como no caso específico desta autora, que com a perspectiva neoconstitucionalista, o Direito não poderia mais ser caracterizado tão somente pelo seu caráter coercitivo, uma vez que tal Direito assume caráter valorativo, em que a força seria tão somente um elemento acessório. Reconhece que o Neoconstitucionalismo entende o conteúdo de justiça como interno ao Direito, ou seja, positivado. (POZOLLO, in CARBONELL, 2003, p. 90).

Tradicionalmente, a justiça e os Direitos Fundamentais eram proclamações meramente políticas, sem incidência prática, até se converterem em objetivos a serem efetivamente perseguidos pelo Estado. Esta mudança do Estado de Direito teria determinado um estreitamento do vínculo entre Direito e Moral, uma vez que, no Estado Constitucional, a Constituição é a norma hierarquicamente mais elevada, não só formalmente como também substancialmente. (FIGUEROA in CARBONELL, 2003, p.79).

## 4 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS: FUSÃO DOS PLANOS DEONTOLÓGICO E AXIOLÓGICO

A Constitucionalização dos Princípios e o reconhecimento de sua normatividade abriram espaço ao intenso desenvolvimento da Nova Teoria dos Princípios, que versa, em estreita síntese, sobre propostas teóricas de racionalização da maneira como estes se concretizam no Direito, diante de sua normatividade e forte caráter aberto de seu

conteúdo axiológico. São expoentes da Teoria dos Princípios Ronald Dworkin e Robert Alexy, cujas doutrinas, com suas notas específicas, além de comprovarem a dimensão Ético Moral do Direito (já apreendida pela *phroenesis* aristotélica) lhe conferem normatividade.

A normatividade dos princípios e a sua abertura diante da Moral reclamam uma Nova Hermenêutica que ultrapasse os postulados lógicos da desgastada subsunção positivista para a aplicação do Direito. Surgem inúmeras propostas Hermenêuticas que buscam conferir o mínimo de racionalidade e fundamentabilidade à interpretação Jurídica.

Nesse ínterim, João Maurício Adeodato reconhece que "A questão de relacionar a "decisão do caso concreto" com a "norma genérica previamente fixada" é sem dúvida das mais importantes para a teoria do Direito moderno" (ADEODATO, 2003, p. 223). Refere-se ao assunto da seguinte forma:

(...) A visão casuística é menos confiante nas generalizações e parte do princípio de que a norma geral por si só não garante a racionalidade, a justiça ou qualquer outra forma de legitimação da decisão: para os mais céticos decisionistas, a norma geral sequer fixa os limites da interpretação, servindo quando muito para justificar a *posteriori* uma decisão já tomada com base em normas ocultas pelos próprios procedimentos decisórios. Ainda que o intérprete ingenuamente acredite estar partindo da norma geral, seus parâmetros são outros, como será examinado no próprio capítulo. Neste contexto aqui muito simplesmente resumido, diversos autores procuram um terceiro caminho, não tão simplista quanto à postura da *École de l'Exégèse*, mas também sem tornar a interpretação incontrolável, ao bel-prazer do operador jurídico. Na Alemanha, juristas como Theodor Viehweg, Robert Alexy, Peter Häberle, Konrad Hesse e Winfried Hassemer, entre muitos outros, sugerem alternativas. Também é esta a intenção de Friedrich Müller. (ADEODATO, 2003, p. 227)

Segundo Antonio Maia, as novas correntes teóricas possuem duas preocupações básicas: a proposta de uma nova grade de inteligibilidade à compreensão das relações entre Direito, Moral e Política, e uma crítica às concepções positivistas no campo do Direito. Por conta disso, desenvolvem a importância dos Princípios Gerais de Direito; a reflexão aprofundada sobre o papel desempenhado pela Hermenêutica Jurídica; e a relevância crucial da dimensão argumentativa na compreensão do funcionamento do Direito nas sociedades democráticas contemporâneas. (MAIA, 2001, pp. 2 e 3).

Luis Afonso Heck, analisando o pensamento de Alexy, elabora assertiva válida para a Teoria dos Princípios como um todo, no que toca à caracterização deontológica-axiológica dos princípios jurídicos. Diz ele que a resolução de uma colisão de princípios refere-se ao que definitivamente é devido, enquanto a resolução de uma colisão de valores refere-se ao que é definitivamente melhor. Ao problema da relação de primazia entre princípios corresponde o problema de uma ordem hierárquica dos valores. (HECK, 2003, p. 70).

Heck afirma que colisões de princípios e de valores podem ser consideradas como o mesmo fenômeno, ora em traje deontológico e ora em traje axiológico. Sob o prisma jurídico, a formulação deontológica é intrínseca ao Direito - a sentença do dever-ser é uma sentença sobre o que é devido, e não necessariamente uma sentença sobre o que é bom. Entretanto, ao se acrescentar os princípios às regras - estruturas tipicamente de caráter deontológico - acrescentou-se um plano que, atrás de sua forma deontológica, tem um caráter axiológico. (HECK, 2003, p. 70,71).

O sistema jurídico compreende, com isso, elementos tanto deontológicos como axiológicos. "O devido é absoluto e universal por meio disto, que ele pretende, de certo modo, ser bom pra todos". (HECK, 2003, p. 71) No mesmo sentido, Andreas Krell, observa que:

A principal diferença entre as duas categorias é que *valores* possuem caráter axiológico (juízos de valor), enquanto *princípios* situam-se no nível deontológico (do *dever-ser).* Por isso, não é necessário invocar Direito *suprapositivo,* pois a "carga Ética" já está nos princípios Constitucionais que "excedem o conceito positivista do Direito na medida em que elevam obrigação jurídica a realização aproximativa de um ideal Moral". (KRELL, 2002, p. 82).

No entanto, persiste a preocupação com o subjetivismo ou decisionismo, a que Adeodato fez referência. De outro modo, esta preocupação também é externada por Andreas Krell:

É de ressaltar também que o postulado de uma interpretação material valorativa do Direito não significa um retorno do mundo jurídico aos conceitos vagos do Jusnaturalismo ou à afirmação de um número indefinido de valores abstratos *acima* da ordem jurídica, o que certamente levaria ao subjetivismo e a uma imprevisibilidade dos resultados. (...) A referida interpretação *valorativa* funciona através da "flexibilização da literalidade normativa para uma 're-criação' que conduza a lograr a justiça em concreto, ou o objetivamente justo do caso". Essa "valoração", contudo, não deve ser *subjetiva* no sentido de se basear, sobretudo na subjetividade do operador, mas *objetiva* enquanto confira prevalência aos valores que o sistema jurídico integra. (KRELL, 2002, p. 82-83)

A Teoria dos Princípios manterá esta preocupação em suas propostas. Dworkin inspira-se no construtivismo rawlsiano e acolhe elementos da renovação da Hermenêutica filosófica operada a partir do trabalho de Gadamer; Alexy alicerça-se na defesa da possibilidade da racionalidade do discurso prático, empreendida por Junger Habermas. (MAIA, 2001, p. 8).

## 4.1 Dworkin: o conteúdo Moral do Direito

Estribado em uma Teoria Hermenêutica do Direito, aberta à sua dimensão histórica, Dworkin sublinha a importância do papel dos princípios - como elemento possibilitador da articulação entre Direito e Moral. Em Dworkin, Direito e Moral não mais são entendidos em termos de separação estrita (como queria o Positivismo), na medida em que o autor reconhece a condição jurídica a certos princípios morais. (MAIA, 2001, pp. 1,2).

Dworkin realiza uma crítica contundente ao Positivismo analítico de Herbert Hart, a partir, fundamentalmente, dos chamados *hard cases.* Para ele, o normativismo positivista de Hart peca ao considerar o Direito como um sistema composto apenas por regras, de modo que, sendo o sistema estático lacunoso, a lacuna será resolvida, pelo normativismo, através da atribuição de poder discricionário para o magistrado definir volitivamente a solução do caso concreto. Dworkin não acata esta possibilidade de discricionariedade volitiva do Juiz. Diz ele que o juiz, neste caso, estaria se apropriando de uma função que é do legislador, criando-se um sério problema de legitimação. (MAIA, 2001, p. 16).

Assim, Dworkin rejeita o Positivismo tradicional no que se refere à possibilidade de aplicação do Direito em termos silogísticos, mas comunga das mesmas preocupações políticas presentes no paradigma liberal positivista, no tocante à separação dos poderes e à segurança jurídica. O pensamento de Dworkin se organiza justamente no sentido de reduzir e, no limite, eliminar a discricionariedade judicial. O caminho escolhido pelo autor é o de propugnar pela utilização dos princípios como critérios definidores das decisões judiciais, sobretudo nos casos difíceis. (MAIA, 2001, p. 16).

A doutrina de Dworkin se insere no âmbito do liberalismo ético, valoriza o pluralismo e busca mostrar a necessidade de se respeitarem igualmente todas as concepções acerca do bem, sem sacrificar as expectativas minoritárias em nome das do maior número. Segundo ele, não é possível que o governo realize políticas que correspondem aos objetivos e às concepções de todos os indivíduos, e, se o governo sacrifica a minoria em favor da maioria, não está tratando a todos como dignos de igual respeito e consideração. (MAIA, 2001, p. 19). Percebe-se que Dworkin toma o cidadão sob a tutela do Direito como um sujeito que deve ter sua integridade Moral preservada, possuidor de direitos de natureza Moral.

Nesta linha, discorda da tese utilitarista, segundo a qual o governo deve buscar as maiores utilidades para o maior número, mesmo que isso eventualmente implique desconsiderar direitos individuais em favor de diretrizes políticas relevantes para a comunidade. Dworkin é crítico do Positivismo no âmbito da metodologia e do utilitarismo no campo da teoria política. Se o Estado invadir um Direito Moral está tratando a "*un hombre como algo menos que un hombre, o como menos digno de consideración que otros hombres"*. (MAIA, 2001, p. 18).

Antonio Maia ressalta que um dos objetivos fundamentais de Dworkin é atribuir valor jurídico aos princípios morais e que por isso sua posição de Dworkin é, por vezes, caracterizada como um retorno ao Jusnaturalismo, principalmente quando se observa as

contundentes críticas do autor ao Positivismo e a ênfase que o autor dá à centralidade dos Direitos Fundamentais e princípios suprapositivos. (MAIA, 2001, p. 22).

No entanto, Maia ressalva que esta convicção pode ser afastada quando se observa que Dworkin, na justificação dos princípios e Direitos Fundamentais, não lança mão de construções metafísicas fundamentadas na crença na existência de uma Moral objetiva. Sua justificativa será a noção de igual proteção e de Direito como integridade. (MAIA, 2001, p. 22,23).

Para Dworkin, a noção de igual proteção será um dos critérios fundamentais para a avaliação da justiça das leis positivas e da correção das decisões judiciais. O autor caracteriza, inclusive, o seu método com a expressão Direito como integridade, que se caracteriza pelo esforço de interpretar o sistema de princípios como um todo coerente, que protege a todos com igual consideração. Segundo o autor, "temos dois princípios da integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto das leis Moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido". (MAIA, 2001, p. 25).

(...) Tal pretensão de coerência não se confunde com o dogma, presente no conceito positivista de sistema jurídico, de que o ordenamento jurídico de regras não contém contradições. (...) A incoerência eventual não passa de mero defeito que deve ser coibido no curso do processo de reconstrução racional. A noção de coerência é, assim, uma idéia regulativa. (MAIA, 2001, p. 25).

O autor identifica princípios morais, em grande parte, com os princípios Constitucionais. No entanto, Maia salienta que "nada mais distante do pensamento de Dworkin que considerar que somente os princípios expressamente previstos em textos legais possam ser entendidos como princípios jurídicos". (MAIA, 2001, p. 25).

Quando se afirma que um cidadão possui certo Direito Moral, isso significa que está errado que o governo interfira, mesmo que isso decorra da vontade da maioria. Esse é o significado de levarem-se os 'Direitos a sério'. Nesse sentido, o autor compreende a supremacia da Constituição não apenas em sentido formal, mas também em sentido material. Enfatiza que mesmo as normas produzidas por legislativos eleitos - pela maioria, portanto - não são válidas se violam determinado Direito Moral. (MAIA, 2001, p. 27). Por afirmações como esta que Dworkin é apontado como Jusnaturalista, no entanto, sua noção de Moralidade não é estática ou absoluta.

Não se trata nem de considerar o ato jurisdicional como de pura cognição passiva, nem como de pura vontade ativa. A opção do autor é por um caminho intermediário. A função da interpretação judicial, para ele, é a de racionalizar o ordenamento jurídico dado a partir da Moralidade, que é dinâmica, e não estática (como se dá nas versões jusnaturalistas). Por isso, ele se torna capaz de justificar o ativismo judicial: cabe ao

magistrado se orientar pela Moralidade social cambiante, promovendo interminavelmente a reconstrução do ordenamento jurídico vigente com base nos conteúdos assumidos pelos princípios. (MAIA, 2001, p. 28)

### 5.3 A pretensão de correção de Alexy: elo entre o Direito e a Moral na Teoria da Argumentação

Também para Alexy, os princípios[7] jurídicos são, no mais das vezes, princípios morais. Robert Alexy destaca que do ponto de vista estrutural, em razão da necessidade de ponderação, os princípios podem ser comparados aos valores (MAIA, 2001, p. 29). Acerca da semelhança entre os princípios e os valores, Heck faz coro:

Princípios, como mandamentos de otimização, têm uma forte semelhança com aquilo que é designado como "valor", aqui tomada a acepção pela qual valores são critérios para valorações comparativas ou fundamentos para juízos de valor comparativos. (HECK, 2003, p. 67 e 93).

Alexy compartilha da preocupação fundamental de Dworkin de se pensar alternativas à discricionariedade judicial. Também ele enfatiza a importância da pretensão de correção no raciocínio judiciário. O autor esclarece que para Dworkin:

*"la única resposta correcta o verdadeira sería así la que mejor pueda justificarse a través de una teoría substantiva que contenga aquellos princípios y ponderaciones de princípios que mejor se correspondan con la constituición, las reglas de Derecho e los precedentes"*. (ALEXY *apud* MAIA, 2001, p. 29).

Alexy ressalta, no entanto, que não há, na obra de Dworkin, nenhum procedimento que mostre como se obterá a única resposta correta, atendo-se o autor a afirmar que isso não implica a inexistência de tal resposta. Esta poderia, para Dworkin, ser obtida pelo juiz Hércules, um juiz ideal munido de todas as informações e capacidades necessárias à sua árdua tarefa. (MAIA, 2001, p. 29).

Neste ponto, reside a crítica de Alexy à teoria de Dworkin. Para ele, em Dworkin, a atividade complexa de ponderação é resolvida através da noção monológica de um juiz ideal, o que demonstra que "*una teoría de los princípios por sí sola no está en condiciones de sostener la tesis de la única respuesta correcta"*. Alexy discorda da teoria forte do sistema de princípios que propõe a única resposta correta. Para ele, tal teoria forte dos princípios teria necessariamente que conter "*todos los princípios, todas*

*las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos y, por ello, determinara univocamente en cada uno de los casos*". (MAIA, 2001, p. 30).

O próprio Dworkin quando afirma a necessidade de um juiz com poderes divinos para formular tal teoria, parece reconhecer a impossibilidade de realizá-la concretamente. A despeito de Dworkin não formular um teoria Moral de cunho jusnaturalista, formularia uma teoria Moral material, ainda que ancorada na reconstrução das instituições vigentes, elucida Maia. . (MAIA, 2001, p. 30)

O princípio da integridade possui em Dworkin uma natureza material e não procedimental. Alexy não crê na possibilidade de teorias morais materiais, mas tão-somente de teorias morais procedimentais. É justamente através do recurso ao procedimento que Alexy busca criar alternativa à discricionariedade judicial. (MAIA, 2001, p. 31).

Maia adverte, todavia, que isso não implica que Alexy abra mão de um sistema de princípios e que caia na total abertura propiciada pela Tópica[8]. Enfatiza que para que as teorias dos princípios sejam mais que meros catálogos de *topoi*, é necessária a existência de um sistema de condições de prioridades *prima facie*, e de um sistema de estruturas de ponderação. (MAIA, 2001, p. 31).

A Tópica também trabalha com ponderação. No entanto, para o tópico, o que importa é provocar a adesão do auditório, podendo o magistrado, para isso, lançar mão dos princípios, valores e diretrizes políticas que possuam maior potencial persuasivo. Não há, neste caso, necessariamente, a presença de elementos reguladores do processo argumentativo. Alexy propõe estes elementos. Impõe o estabelecimento de condições mínimas para que um princípio tenha precedência sobre outros, a formulação de certas regras de prioridade reguladoras do processo de ponderação. (MAIA, 2001, p. 31).

Alexy enfatiza que o peso relativo dos princípios, a despeito de sua definição cabal se dar somente no caso concreto, precisa ser minimamente pré-determinado. As prioridades *prima facie* indicam pelo menos um ponto de partida mais objetivo para a argumentação jurídica, que realizará a ponderação criando fortes exigências argumentativas para superá-las. "O que se trata é de pôr uma ordem mais apurada no sistema de princípios, que, de outro modo, não se distanciará muito de um catálogo de *topoi"*. (MAIA, 2001, p. 32)

Destarte, o sistema jurídico de Alexy pode ser definido como um sistema de regras, princípios e procedimentos. O procedimento regula a aplicação das regras e princípios, sua função é a de garantir a racionalidade das decisões. Maia afirma que a intenção de Alexy é formular uma versão procedimental da razão prática. (MAIA, 2001, p. 32)

Na obra de Alexy, o procedimento ganha a forma de uma teoria da argumentação jurídica. O autor pretende "*captar los déficits de la teoría de los princípios a través de una teoria de la argumentación jurídica"*. A proposta de Alexy é justamente a de completar a teoria de Dworkin formulando uma teoria procedimental para a obtenção da resposta correta, substitutiva da idéia de Hércules. No entanto, na obra de Alexy a noção de única resposta correta possui apenas uma função regulativa. (MAIA, 2001, p. 33)

A pretensão de correção, e não a correção absoluta, torna-se critério para a aferição da validade do argumento. Nessa linha, se o processo argumentativo se desenvolve de acordo com as regras da razão prática, que serão explicitadas adiante, pode-se obter, senão a correção absoluta propugnada por Dworkin, ao menos uma correção relativa, e não, simplesmente, a persuasão do auditório. (MAIA, 2001, p. 34)

A pretensão de correção se caracterizaria pelos argumentos que buscam convencer um auditório universal, diz Alexy, valendo-se da distinção estabelecida por Perelman entre auditório particular e auditório universal e entre persuadir e convencer. (MAIA, 2001, p. 34)

Comparado a Perelman, Alexy estreita os limites do admissível discursivamente, valorizando, com idéias regulativas, as noções de correto e verdadeiro, em detrimento de noções como as de plausível e razoável, embora admita que não seja possível formular um procedimento que garanta a correção absoluta. (MAIA, 2001, p. 34)

O núcleo da teoria da argumentação de Alexy é um sistema de regras procedimentais que garantem a racionalidade da argumentação e de seus resultados. A racionalidade proposta por Alexy, em grande parte inspirada na obra de Habermas, é uma racionalidade dialógica. Assim, seu modelo, além de conter regras que podem ser formuladas tendo em vista uma racionalidade monológica, contém também regras reguladoras da interação discursiva. Tais regras visam a garantir, fundamentalmente, os seguintes postulados da racionalidade prática:

*1) un grado sumo de claridad lingüístico-conceptual, 2) un grado sumo de información empírica, 3) un grado sumo de universalidad, 4) un grado sumo de desprejuiciamiento".* Alexy esclarece, no entanto, estas são condições ideais: *"La razón práctica no es de aquellas cosas que pueden ser realizadas sólo prefectamente o en absoluto. Es realizable aproximativamente y su realización suficiente no garantiza ninguna corrección definitiva sino tan solo relativa.* (MAIA, 2001, p. 34, 35)

Para Luis Afonso Heck, a 'pretensão de correção' de Alexy estabelece uma relação firme entre o Direito e a Moral. A pertença de princípios ao sistema jurídico significa que o sistema jurídico é um sistema aberto diante da Moral. O Direito é necessariamente unido com a 'pretensão de correção'. Diz Heck "Se o ponderar e, com ele, o otimizar fossem incompatíveis com a correção, então eles não teriam de procurar nada no Direito". (HECK, 2003, p. 67 e 93).

Segundo o próprio Alexy, o Direito promove uma pretensão de correção, sendo esta sua dimensão ideal ou discursiva.

Segundo o conceito de Direito positivista, o direito compõe-se exclusivamente de fatos sociais da decretação de eficácia. O conceito de Direito não positivista acrescenta a essa dimensão real ou fática a dimensão ideal ou discursiva da correção. O elemento central da correção é a justiça. Desse modo, é produzida uma união necessária entre o Direito, como ele é, e o Direito, como ele deve ser, e, com isso, entre o Direito e a Moral. O argumento principal para essa união entre Direito e Moral é a tese que o Direito, necessariamente, promove uma pretensão de correção. (ALEXY, 2007, p. 09).

A correção aplica-se quanto ao conteúdo e ao procedimento e implica em fundamentabilidade. Promover a pretensão de correção consiste na afirmação da correção, na garantia da fundamentabilidade e na esperança do reconhecimento da correção. (ALEXY, 2007, p. 21).

A aprovação discursiva universal de uma norma depende da condição de que todos aceitem as conseqüências de seu cumprimento para a satisfação do interesse de cada um. Entre a aprovação universal sob condições ideais e os conceitos de correção e de validez Moral existe uma relação necessária. Vejamos: "válidas são, rigorosamente, as normas de atuação que poderiam ser aprovadas por todos os possíveis afetados como participantes em discursos racionais." (Habermas *apud* Alexy, 2007, p. 27).

O autor nos diz que os argumentos clássicos do Positivismo jurídico da certeza e segurança jurídica desconsideram que entre certeza jurídica e correção quanto ao conteúdo existe uma relação de alternatividade, complemento, penetração e intensificação. Sendo estas duas últimas, condições de legitimidade do Direito. Segundo Alexy, o limite da primazia da certeza jurídica sobre o correto esbarra no limite quando a contradição de uma lei positiva com a justiça obtém uma "medida insuportável". Antijuridicidade extrema não é Direito, diz o autor. (ALEXY, 2007, p. 32).

No sistema jurídico, o correto depende do que foi determinado/fundado em autoridade ou institucionalmente. Nos *hard cases*, quando a lei e a dogmática não trazem solução ao caso concreto, se fazendo necessárias valorações adicionais que não se deixam depender somente do material fundado na autoridade dada, as reflexões de argumentação prática acerca daquilo que é bom para a comunidade terá lugar legítimo e a teoria do discurso assumirá relevo. Terão lugar questões de distribuição correta e compensação correta, que não são mais do que questões de justiça. "Questões de justiça, porém, são questões morais. Assim, a 'pretensão de correção' funda, também, no plano da aplicação do Direito, uma união necessária entre o Direito e a Moral". (ALEXY, 2007, p. 39 e 40).

As regras[9] para a argumentação propostas por Alexy possuem uma natureza ideal, servindo de referência para uma crítica qualificada das condições reais sob as quais se realiza o raciocínio jurídico. A pretensão de Alexy é a de formular uma espécie de "código da razão prática", consistente em um sistema de regras balizadores do discurso jurídico. (MAIA, 2001, p.35)

As regras buscam regular o processo de interação discursiva, garantir os ideais de universalização, igualdade de direitos e não coerção. São essencialmente regras de cunho ético que possibilitam a liberdade[10] do discurso, tendente à realização do

potencial racionalizador do diálogo e articulam-se com o conceito habermasiano de situação ideal de diálogo. (MAIA, 2001, p.36)

Alexy ressalta que a diferença do discurso prático geral para o discurso jurídico se concentra no fato de que este é limitado pela lei, pelo precedente, pela dogmática e pelas leis procedimentais do processo. Assim, a argumentação jurídica é limitada sistêmica e normativamente. A argumentação tem justamente a função de tornar a eleição de uma das interpretações possíveis de uma norma controlável metodologicamente, sem que seja determinante a vontade do magistrado. (MAIA, 2001, p. 36)

## CONCLUSÃO

O saber jurídico é saber da razão prática, existe para reger a convivência entre os homens e, dessa forma, criar ou tutelar o bom, o belo e o justo. Por isto, o Direito é também prudência e busca da justiça, voltado para o bem dos homens e para a felicidade. Daí a sua vinculação ao domínio da Ética e da Virtude. Na acepcção mais fidedigna desta palavra ao conceito grego clássico de *arete*, de virtude como modo de vida que leva o homem a uma vida boa.

Por isto não pode ser reduzido, como quis a pretensão positivista, ao dogma da cientificidade avalorativa. Esta é uma idéia que contraria o próprio Direito em sua origem e essência. Para o Positivismo, o Direito não precisava de justificação além de sua própria existência e abrangeria qualquer conteúdo. Deste modo, não obstante a pretensão de cientificidade, transformou-se em dogma e nos conduziu a absurdos que afrontaram o bom senso.

O Direito, enquanto sabedoria prática, da *phroenesis*, orienta a boa conduta e exige do homem o conhecimento de suas circunstâncias, que deseje o justo e se encontre em relação de comunidade com o outro. A jurisprudência, que não está apartada da prudência, requer o entendimento (*Verstandnid)*, virtude do saber ético responsável pela capacidade de julgamento ético.

O Direito tem retornado à Ética e ao objetivo maior de proteção da integridade moral e da dignidade do Homem. O pós-Positivismo erigiu a Teoria dos Direitos Fundamentais e a normatividade dos princípios, que são, sim, comando morais e tem proporcionado o que tem sido denominado de 'eterno retorno' ao Jusnaturalismo.

Deste modo, o Neoconstitucionalismo, a Teoria dos Princípios e a Teoria da Argumentação são perspectivas teóricas que acarretam na vinculação entre Direito e Moral. O dever-ser abrange a aceitação universal do bom e do correto. O Direito separado do conteúdo Moral é violência e arbítrio, perde fundamentabilidade e legitimidade substantiva. Direito é pretensão de correção, por excelência. O correto, entretanto, não é dado, é construído, na *práxis*. Propostas teóricas que balizem esta construção são inúmeras, versões materiais e procedimentais, fundamentadas em

diversos marcos teóricos, algumas das quais expusemos neste trabalho. A pretensão de correção, é, portanto, o ponto de partida para as teorizações atuais acerca do Direito.

**BIBLIOGRAFIA**


ABAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. 4 ed. trad. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ADEODATO, João Mauricio. Ética e Retórica. 3ª edição. 2003.

ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Trad.: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208 Acesso em: 09 jul. 2009.

CARBONELL, Miguel [org.]. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trota, 2003.

COELHO, Luis Fernando. Teoria Crítica do Direito. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DIMOULIS, Dimitri. Manual de Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: RT, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão dominação. 3. ed. SP: Atlas, 2001.

GADAMER, Hans Georg. Verdade e Método I. 7 ed. Petrópolis, RJ: Vozes.

HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. 2002. POA: Sergio Antonio Fabris.

HECK, Luis Afonso. Regras, Princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: George Salomão Leite. (Org.). Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da constituição. 1 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2003, v. , p. 52-100.

KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. RS: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LALANDE, André. Vocabulário técnico e crítico da Filosofia. 3 ed. SP: Martins Fontes, 1999.

MAIA, Antônio Cavalcanti; NETO, Cláudio Pereira de Souza. Os Princípios Gerais de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, Messias (org). Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

ROHMANN, Chris. O livro das idéias. 3ª ed. trad. RJ: Campus, 2000.

SÓFOCLES. Antígona. São Paulo: Martin Claret, 2004.

OLIVEIRA, Rafael Tomás de. Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

[1] Sobre o método, ver Rafael Tomás de Oliveira. Decisão Judicial e o Conceito de Princípio. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

[2] Sobre Interpretação aberta e Plural das Normas Constitucionais, ver Peter Harbele. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. 2002. POA: Sergio Antonio Fabris.

[3] Os dez ditames religiosos e morais que se diz ter sido entregue por Deus a Moisés no Monte Sinai são a base da lei religiosa e Ética judaica. Ao entregar os mandamentos ao povo Deus renovou sua aliança com eles, prometendo generosidade especial em troca de culto e obediência. (ROHMANN, 2003, p. 111)

[4] A meta da vida cristã destila-se nas ordens de Jesus a seus discípulos de tratar o próximo com caridade, misericórdia, justiça e, o mais importante, amor e empenhar-se no rumo da fé e da obediência perfeitas a Deus e a Sua lei. O modo de vida do cristão é, pelo menos, tão importante quanto o zelo pelo culto. Ao seguir *a* doutrina e o exemplo de Jesus, os cristãos esperam levar sua alma à união final com Deus. (ROHMANN, 2003, p. 86)

[5] Segundo Gadamer, a análise da equidade de Aristóteles mostra que "toda lei se encontra numa tensão necessária com respeito à correção de atuar, porque é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda a sua concreção." Reconhece na ponderação uma tarefa complementar do Direito. É contrário ao convencionalismo extremado ou o Positivismo Jurídico. Admite, por sua vez, o Direito Natural como àquele que não permite convenções quaisquer porque advém da natureza das coisas. No entanto, na medida em que a natureza das coisas admitam mobilidade, Aristóteles admite a mobilidade do Direito Natural. (GADAMER, 2005, p. 473-474).

**[6]** Dimitri Dimoulis aponta cinco teses sobre a relação entre Direito e Moral: 1) A Tese da Identidade, pela qual os mandamentos jurídicos e morais coincidem 2) A Tese do Direito como mínimo ético, pela qual as regras jurídicas constituem o núcleo das regras morais; 3) A Tese da Moral como mínimo jurídico, pela qual as regras morais constituem o núcleo do Direito que compreende muitas normas Moralmente indiferentes; 4) A Tese da Conexão, pela qual as regras jurídicas são aparentadas com as morais, sendo impossível criar e interpretar o Direito sem levar em consideração a Moral; 5) A Tese da separação, pela qual entre Direito e Moral há plena e absoluta separação. (DIMOLIUS, 2003, p. 107-109)

[7] Segundo Alexy, princípios são estruturalmente diferentes das regras, as regras são *mandatos definitivos*, enquanto os princípios são *mandatos de otimização*. Como

mandatos de otimização, os princípios não requerem a realização integral de seu dispositivo. De fato, podem ser aplicados em diferentes graus, dependendo do contexto fático em que a aplicação é requerida, bem como das possibilidades jurídicas relativas ao caso. A aplicação dos princípios se caracteriza, assim, pela necessidade de *ponderação.* (MAIA, 2001, p. 29)

[8] A perspectiva tópico-retórica salienta que o Direito é um discurso persuasivo, cuja prova se dá pela argumentação e não pela verificação empírica, como nas ciências naturais. A Tópica, nome específico de um dos livros do *Organon* aristotélico, foi revisitada por Perelman e Viehweg. Para esta perspectiva, princípios são *topoi* que orientam a argumentação. (Ver FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão dominação. 3. ed. SP: Atlas, 2001).

**[9]** O sistema de regras proposto pelo autor é composto por um total de vinte e duas regras e seis formas de argumento, que o autor apresenta em seu clássico Teoria da argumentação jurídica. Nesse sistema de regras, Alexy identifica dois grupos básicos: as regras que se referem à estrutura dos argumentos e as regras que se referem ao procedimento do discurso. As regras que se referem à estrutura (1, 2, 3 e 4) ou forma dos argumentos (5, 6 e 7) são, entre outras, as seguintes: 1) Regras que exige a não contradição (...). Essa é uma regra da lógica tradicional. Ao enunciá-la, Alexy mostra que a teoria da argumentação acompanha o princípio básico da lógica formal e, obviamente, não se propõe a substituí-la. É importante notar, no entanto, que a teoria da argumentação de Alexy se dirige ao discurso prático, para o qual a lógica formal não pode dar respostas suficientes. 2) Regras que exige a universalidade, no sentido do uso coerente dos predicados utilizados: *"Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquer outro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes".* (...) É de se ressaltar que, para Alexy, este é um critério vinculante, no sentido de que somente os argumentos normativos universalizáveis podem ser levados em conta. Diferentemente, na obra de Perelman, em que a idéia de universalidade equivale a um mero *topos*, que sustenta a superioridade do universal sobre o particular. (...) 3) Regra que exige a clareza lingüístico conceitual: "*para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguage".* Essa regra tem em vista permitir que os participantes possam criticar as proposições normativas formuladas por outros com base no uso incorreto da linguagem, de modo que representa um estímulo decisivo à correção lingüística. 4) Regra que exige a verdade das premissas empíricas utilizadas (...). 5) Forma de argumento que leva à completude dedutiva. De acordo com essa forma de argumento, *"quien apela a una regla en una fundamentación presupone al menos que se cumplen las condiciones de aplicación de esa regla.* (...) 6) Forma de argumento que leva à consideraçao das conseqüências. (...) 7) Forma de argumento das ponderações. As formas de argumento características da ponderação são as chamadas regras de prioridade, que têm sentido somente quando há conflito entre duas outras regras. (...) 8) Regra que exige o intercâmbio de posições (...). Alexy aduz que essa regra é a formula sintética do princípio da universalização de Habermas. Segundo esse princípio: "*Si todos deliberan sobre cuestiones prácticas com igualdad de derechos, sólo pueden encontrar El acuerdo general aquellas proposiciones normativas y reglas que cada uno puede*

*aceptar*". 9) Regras relativas *à analise do surgimento das convicções morais* (...). (MAIA, 2001, p. 35-36)

**[10]** Tais regras são as seguintes: *1)Todo hablante puede participar en El) discurso; a)Todos pueden cuestionar cualquier aserción; b)Todos pueden introducir cuestionar cualquier aserción en el discurso; c)Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades; 3)Ningún hablante puende ser impedido a través de una coaccion dentro o fuera del discurso a ejercer los derechos establecidos en 1 y 2.* (MAIA, 2001, p. 35).