

## **LEGITIMAÇÃO DISCURSIVA DOS DIREITOS HUMANOS E DA CONSTITUIÇÃO: PERSPECTIVAS TEÓRICAS E LIMITES PRÁTICOS**

*Alexandre Garrido da Silva\**

*Sumário: (1.) Introdução. (2.) Filosofia do Direito, neoconstitucionalismo não positivista e o tema da legitimação moral do ordenamento jurídico. (3.) Contribuições da filosofia analítica para a reflexão jurídica. (4.) O ideal compreensivo de filosofia do direito em Robert Alexy e Carlos Santiago Nino. (5.) Uma tentativa de diluição da distinção entre prescrição e descrição na teoria jurídica. (6.) Robert Alexy e os argumentos da injustiça e dos princípios. (7.) Considerações finais. Uma proposta de diálogo entre Robert Alexy e Carlos Santiago Nino. (8.) Referências bibliográficas.*

### **(1.) Introdução:**

A reflexão jusfilosófica contemporânea caracteriza-se por uma mudança de paradigma teórico que propugna pela reaproximação entre o Direito e a Moral, ou seja, que preconiza uma análise normativa do Direito, adicionando a preocupação com a legitimação ou a justificação do ordenamento e dos princípios à anterior e exclusiva preocupação com as dimensões institucionais da vigência e da efetividade das normas jurídicas.

Neste contexto, segundo uma compreensão do fenômeno jurídico intitulada *pós-positivista* e, mais recentemente, também *neoconstitucionalista*, a reflexão filosófica sobre a justificação dos direitos, sobretudo os de caráter fundamental, tem como objetivo delimitar, em seus contornos gerais, um conjunto de princípios fundamentais garantidores de uma *minima moralia* a ser respeitada pelo direito positivo, que funcionará como um contraponto teórico e crítico das instituições e das práticas legais e sociais vigentes em uma determinada sociedade.

O presente trabalho pretende, em primeiro lugar, desenvolver um diálogo entre a proposta de legitimação discursiva dos direitos humanos e da Constituição formulada por Robert Alexy e a proposta de construção de uma “constituição ideal dos direitos” elaborada por Carlos Santiago Nino e responsável pela legitimação das diferentes “constituições

---

\* Professor substituto de Teoria da Justiça e de Ética e Direitos Humanos no Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisador em Direito na Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Mestrando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

históricas”. As duas propostas teóricas almejam superar a tradicional querela filosófica entre o positivismo e o jusnaturalismo e, ao mesmo tempo, construir os alicerces de uma nova estratégia de fundamentação dos direitos humanos a partir da elucidação dos pressupostos argumentativos de nossa prática cotidiana de discussão moral.

Neste sentido, o discurso jurídico não constitui um discurso hermético, pelo contrário, apresenta-se estritamente relacionado com o discurso moral. A idéia de legitimação dos direitos humanos implica, assim, a justificação da necessidade de um sistema constitucional de direitos com uma determinada estrutura e conteúdo normativo que encontram a sua legitimação no âmbito de um discurso jurídico aberto aos argumentos morais.

Em segundo lugar, o artigo pretende sistematizar um conjunto de argumentos contra algumas críticas relativistas ou contextualistas tradicionalmente endereçadas à solidez teórica e à relevância prática do empreendimento filosófico de legitimação do Direito. As idéias de autonomia e de universalidade dos direitos humanos apresentam-se como elementos integrantes de uma concepção kantiana dos direitos humanos. No entanto, os aludidos ideais não se revelam *a priori* incompatíveis com as tradições culturais particulares, constituindo, antes, pressupostos normativos necessariamente assumidos por todos aqueles que, no cotidiano de suas respectivas sociedades, desejam resolver os problemas individuais e coletivos com fundamento na argumentação e, portanto, no Direito.

## ***(2.) Filosofia do direito, neoconstitucionalismo não positivista e o tema da legitimação moral do ordenamento jurídico:***

O vocábulo “neoconstitucionalismo” tem sido utilizado, principalmente pela doutrina ibérica, para destacar as relevantes transformações metodológicas, teóricas e ideológicas ocorridas no âmbito do Direito Constitucional no período histórico posterior ao término da segunda guerra mundial. Tais transformações não tiveram lugar apenas na dimensão histórico-positiva de inúmeros ordenamentos jurídicos nacionais, repercutindo, também, sobre o estilo e os pressupostos metodológicos e filosóficos assumidos pela doutrina jurídica em suas reflexões sobre os direitos humanos, os direitos fundamentais e a legitimação da Constituição.

Neste sentido, o artigo pretende esclarecer e sistematizar as relações do neoconstitucionalismo, compreendido como uma reflexão renovada sobre o Direito Constitucional atenta às suas transformações empíricas e normativas supramencionadas, e o *não* positivismo jurídico (ou *pós*-positivismo), entendido como uma crítica *abrangente* – isto é, que ultrapassa os limites *stricto sensu* do Direito Constitucional – ao positivismo jurídico como método, teoria e ideologia do Direito. Pretende-se, assim, esclarecer e sistematizar os principais fundamentos metodológicos e filosóficos do *neoconstitucionalismo não positivista* com apoio nas contribuições teóricas de Robert Alexy e Carlos Santiago Nino.

A incorporação do método analítico pela reflexão jurídica contemporânea, o ideal “compreensivo” de uma Filosofia do Direito aberta às contribuições e aos questionamentos provenientes das filosofias política e moral e a diluição da rígida dicotomia positivista entre a descrição (ser) e a prescrição (dever-ser) elaborada pelo recente movimento filosófico de reabilitação da racionalidade prática, contribuíram sobremaneira para a reformulação dos pressupostos filosóficos e metodológicos da reflexão jurídica hodierna e, em particular, no âmbito do Direito Constitucional.

### ***(3.) Contribuições da filosofia analítica para a reflexão jurídica:***

O principal papel da filosofia e teoria jurídicas é, consoante a *traditio* da filosofia analítica, aclarar as questões teóricas e práticas objetos de discussão, de tal modo que a argumentação se desenvolva no âmbito de um *background* compartilhado de categorias conceituais básicas, que permitam a compreensão e a comunicação recíprocas por parte de cada um dos debatedores sobre a *quaestio* objeto de reflexão.

Eliminar as ambigüidades, explicitar as principais teses postas em discussão e coadunar argumentos e contra-argumentos em torno de eixos temáticos comuns contribui sobremaneira para o desenvolvimento da deliberação doutrinária sobre um determinado tema jurídico, em especial em teoria e filosofia do direito que requerem um nível elevado de abstração teórica<sup>1</sup>. Ambas as disciplinas, não obstante com objeto e metodologia

<sup>1</sup> Segundo John L. Austin, expoente da tradição analítica da Escola de Oxford, grande parte dos problemas filosóficos origina-se de imprecisões e mal-entendidos terminológicos e, sobretudo, de falta de clareza quanto à definição dos conceitos fundamentais empregados. A chamada Escola de Oxford – que na realidade reunia um conjunto de pensadores bastante heterogêneo – singularizou-se pelo interesse no estudo de questões éticas, a partir de uma análise da linguagem ordinária, defendendo uma espécie de “filosofia do senso comum”.

distintos<sup>2</sup>, intentam promover “uma clarificação lógica das idéias” através da elaboração de um metadiscurso analítico, isto é, centrado no estudo da linguagem e dos conceitos empregados pela doutrina jurídica em sua *práxis*, registrando o significado das expressões lingüísticas empregadas pelos juristas, bem como suas ambigüidades semânticas e conotações valorativas implícitas. A filosofia do direito, em particular, objetiva, também, elaborar um metadiscurso normativo capaz de reconstruir<sup>3</sup> o significado de uma ordem jurídica legítima em cujo fundamento estão “os direitos que os cidadãos têm que atribuir uns aos outros, caso queiram regular legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo<sup>4</sup>”.

Em regra, o positivismo jurídico e a teoria analítica são identificados como expressões sinônimas, sobretudo nos países anglo-saxões e na Itália. Ambos estariam filiados à tradição do positivismo lógico representada principalmente pelo Círculo de Viena – e, de fato, é comum a referência a autores pertencentes ao positivismo lógico por expoentes do positivismo jurídico – e centrariam suas reflexões principalmente na

---

Neste sentido, afastou-se em grande parte das preocupações teórico-científicas que marcaram a reflexão do positivismo empirista representado pelo Círculo de Viena. Consoante Austin, “as palavras são as nossas ferramentas” – e todo o nosso relacionamento com o real dá-se mediado pela linguagem – e a análise filosófica não é apenas uma análise da linguagem em seu uso cotidiano, mas principalmente uma análise daquilo que se faz *através* da linguagem, atentando não tanto para o seu significado proposicional ou descritivo, mas para as condições pragmáticas de emprego de tais palavras, isto é, a realidade sobre a qual falamos e agimos ao usar essas palavras. A teoria dos atos de fala de Austin influenciou sobremaneira a teoria do agir comunicativo e a ética do discurso de Habermas e a idéia de pretensão de correção do direito aduzida por Robert Alexy. Cf. AUSTIN, J. L. *Quando dizer é fazer: palavras e ação*. Tradução e apresentação de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990; MARCONDES, Danilo. “Metodologia da Filosofia e Análise da Linguagem”. In: \_\_\_\_\_. *Filosofia, linguagem e comunicação*. 3ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Ed. Cortez, 2000. p. 15-36; MARCONDES, Danilo. *Filosofia analítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

<sup>2</sup> É comum a dicotomia entre a teoria do direito e a filosofia do direito. Esta última, em breve síntese, cuidaria do direito como ele deveria ser, isto é, em sua dimensão prescritiva, e abarcaria as discussões éticas sistematizadas por uma disciplina tal como a teoria da justiça. A teoria do direito teria como objeto a análise do direito tal como ele é, isto é, em seu aspecto descritivo, estudando suas condições de validade, sua linguagem e lógica. Os positivistas, em regra, associam a filosofia do direito a uma espécie de ideologia do direito (por exemplo, Norberto Bobbio), relegada ao arbítrio de posições injustificáveis, tendo em vista a carência de evidência lógica ou de comprovação empírica de seus enunciados. Essa dicotomia funda-se na rígida distinção elaborada pelo positivismo lógico, e também pressuposta pelo positivismo jurídico, entre juízos de fato, passíveis de verificação empírica, e juízos de valor que carecem de significado cognitivo porque não dispõem de um método de verificação. Essa dicotomia, conforme veremos, é bastante criticada pelas teorias jurídicas contemporâneas não positivistas.

<sup>3</sup> Para uma análise comparativa dos métodos filosóficos de construção e de reconstrução e sua importância para a discussão ética contemporânea e para um conceito normativo de direito: Cf. SILVA, Alexandre Garrido da. “Filosofia Política e Direito no pensamento de John Rawls”. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque. TORRES, Ricardo Lobo (Orgs.). *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. v. 6. (No prelo).

<sup>4</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 113.

clarificação da natureza da linguagem jurídica, do significado dos termos usados em suas disposições, bem como na classificação e na sistematização lógica dos argumentos jurídicos.

Christophe Grzegorzcyk distingue três sentidos fundamentais para a expressão “teoria analítica do direito”: em primeiro lugar, a aludida denominação pode referir-se a uma teoria do direito *stricto sensu* que se oporia à teoria da justiça e à sociologia jurídica enquanto disciplinas “extra-jurídicas”; em segundo lugar, ressalta a oposição da teoria positivista do direito em relação às diferentes teorias do direito natural; e, por último, a acepção que desejamos destacar: um *método* da ciência jurídica que consiste em estudar e analisar os conceitos *pressupostos* pelo discurso jurídico. Consoante a conclusão do autor, em particular referência à terceira acepção de “teoria analítica do direito” supramencionada, “o método analítico não é um apanágio dos juristas positivistas<sup>5</sup>”.

Não há, assim, uma identificação integral entre as duas expressões: “nem todos os positivistas utilizam o método analítico, e nem todos os que empregam o método analítico são positivistas<sup>6</sup>” (podemos citar, neste último caso, principalmente Robert Alexy).

Em síntese, podemos concluir que uma abordagem analítica do direito não se restringe a uma atitude de descrição, identificação, análise lógica ou observação das normas ou do sistema jurídico como um todo, que qualificaria a posição juspositivista, mas também é adotada pelas teorias de diversos autores integrantes do recente movimento de “reabilitação da filosofia prática” no âmbito da reflexão jurídica que, consoante Albert Calsamiglia, “dilui a rígida distinção entre a descrição e a prescrição<sup>7</sup>”.

O método analítico, consoante o exposto, não preconizaria a linguagem jurídica como o objeto último da reflexão doutrinária: a análise da linguagem constituiria um importante instrumento que pretende eliminar as controvérsias “aparentes” resultantes de mal-entendidos conceituais que obscurecem a discussão sobre “questões de fundo” relevantes para a reflexão jurídica.

---

<sup>5</sup> GRZEGORCZYK, Christophe. “Introduction”. In: GRZEGORCZYK, C. MICHAUT, F. TROPER, M (Orgs.). *Le positivisme juridique*. Paris: L.G.D.J.- Story Scientia, 1992. p. 44.

<sup>6</sup> TROPER, Michel. “Positivismo Jurídico”. In: ARNAUD, André-Jean *et al.* *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução para a língua portuguesa sob a direção de Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999. P. 609.

<sup>7</sup> CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo., *DOXA*, 21, nº 1, p. 209-220, 1998. p. 212.

***(4.) O ideal compreensivo de filosofia do direito em Robert Alexy e Carlos Santiago Nino:***

Robert Alexy define a filosofia como “a reflexão geral e sistemática sobre o que é, sobre o que deve ser feito ou o que é bom, e sobre como o conhecimento de ambos é possível<sup>8</sup>”. A filosofia do direito, assim como a filosofia geral, possui três dimensões: em primeiro lugar, a dimensão analítica, exposta na seção anterior; em segundo lugar, a dimensão normativa, preocupada com a justificação das ações, decisões e normas jurídicas e com a distinção entre o correto e o incorreto; e, por último, a dimensão holística, que almeja conferir coerência e unidade às diferentes ordens (descritivas e normativas) de investigação filosófica no âmbito do direito. No entanto, a filosofia do direito tem um objeto específico: o direito.

A questão relevante é saber qual a relação entre as questões gerais da filosofia – questões morais ou éticas, por exemplo – com as preocupações específicas da filosofia do direito. Uma primeira resposta, restritiva (*restrictive maxim*) é dada pelo positivismo jurídico: a filosofia do direito deve concentrar os seus esforços na reflexão sobre o caráter institucional (ou “de autoridade” – *authoritative*) do direito, delegando as reflexões normativas para a filosofia moral ou política (isto é, considerando-as questões que não são objeto de reflexão jusfilosófica). A segunda resposta, aduzida por Robert Alexy, defende um “ideal compreensivo” (*comprehensive ideal*) de filosofia do direito, segundo o qual “a reflexão sobre a natureza do direito não pode obter sucesso quando separada da filosofia geral<sup>9</sup>”. Há, assim, um íntimo relacionamento entre a filosofia do direito e, sobretudo, os âmbitos político e moral da filosofia geral.

Carlos Santiago Nino também postula um ideal compreensivo de filosofia do direito ao formular o seu teorema fundamental da teoria jurídica que estabelece:

“as ações e decisões, como aquelas que são tomadas a respeito de problemas constitucionais, não podem ser justificadas sobre a base de normas positivas tais como a constituição histórica, mas somente sobre a base de razões autônomas, que são, ao final de contas, princípios morais<sup>10</sup>.”

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. The nature of legal philosophy. *Ratio Juris*. Vol. 17, nº 2, june 2004. p. 157.

<sup>9</sup> *Id., ibid.*, p. 162.

<sup>10</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997. p. 70.

As convenções ou práticas constitucionais não são premissas da argumentação jurídica, mas o objeto de justificação no primeiro estágio do processo de legitimação do direito. A legitimação moral do ordenamento jurídico a partir da construção de uma constituição ideal dos direitos dá-se a partir de uma compreensão da filosofia do direito aberta às indagações políticas e, principalmente, de cunho moral sobre o conteúdo dos direitos que devem ser respeitados pelas diferentes constituições históricas.

O ideal compreensivo de filosofia do direito constitui o primeiro passo para compreendermos o *não* positivismo de Robert Alexy e de Carlos Santiago Nino, assim como a preocupação de ambos com a temática da legitimação moral do ordenamento jurídico e, em particular, da Constituição e dos direitos fundamentais. Assim, consoante veremos, um dos caracteres distintivos do neoconstitucionalismo *não* positivista consiste na reflexão *normativa* (ou prescritiva) sobre a legitimação ou justificação da Constituição, dos direitos fundamentais e do Estado constitucional democrático à luz do ideal de racionalidade prática, diluindo, assim, a rígida dicotomia entre a descrição e a prescrição no âmbito da teoria jurídica.

### ***(5.) Uma tentativa de diluição da distinção entre prescrição e descrição na teoria jurídica:***

As teorias do direito contemporâneas, assevera Albert Calsamiglia, “tendem a oferecer não somente aspectos cognoscitivos referidos a fatos sociais do passado, mas têm também pretensões prescritivas no sentido de oferecer critérios adequados para resolver problemas práticos<sup>11</sup>”. E, neste sentido, tem-se presenciado, no decorrer das últimas décadas, a pesquisa e a busca das teorias jurídicas contemporâneas por subsídios conceituais em outras disciplinas, principalmente nos âmbitos da filosofia política e moral. Aleksander Peczenick ressalta que, aliada à perspectiva analítica supramencionada, a filosofia do direito tem procurado “obter uma perspectiva mais profunda vinculando a teoria jurídica com a filosofia moral, a teoria política e a epistemologia<sup>12</sup>”.

As teorias recentemente denominadas *neoconstitucionalistas* constituem um exemplo da supracitada reaproximação entre as dimensões descritiva e prescritiva no

<sup>11</sup> *Id.*, Postpositivismo, *cit.*, p. 212.

<sup>12</sup> PECZENICK, Aleksander. “Introducción”. In: \_\_\_\_\_. *Derecho y Razón*. Versión castelhana de Ernesto Garzón Valdés. México: Distribuciones Fontamara, 2000. p. 8.

âmbito da teoria jurídica hodierna: conforme veremos adiante, objetivam descrever, por um lado, o fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico, marcado sobretudo pelo papel de relevo exercido por uma “constituição invasora” em um processo de transformação do sistema jurídico que resulta em sua “impregnação” pelas normas constitucionais, capaz de condicionar tanto a legislação infra-constitucional como a jurisprudência, a doutrina jurídica, a ação dos atores políticos e o conjunto das relações sociais de uma dada comunidade política<sup>13</sup>. Por outro lado, lembra-nos Alfonso Garcia Figueroa, o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico não se limitou a transformar o Direito, tendo, outrossim, repercutido intensamente sobre o estilo do pensamento de juristas e teóricos do Direito<sup>14</sup>.

O neoconstitucionalismo, explica-nos Figueroa, acentua o novo caráter adquirido na atualidade pela “teoria ou conjunto de teorias que têm proporcionado uma cobertura justeórica conceitual e/ou normativa à constitucionalização do Direito em termos normalmente não positivistas<sup>15</sup>”. Neste sentido, o neoconstitucionalismo não positivista distingue-se da abordagem positivista do Direito – ou positivismo metodológico – eminentemente descritiva e preocupada em identificar o que é o Direito, pois constitui um mínimo denominador comum de tais teorias a insistência na necessidade de superar um modelo que estabeleça que a ciência jurídica deva ocupar-se exclusivamente em descrever o Direito. Consoante Santiago Sastre Ariza, a proposta de uma teoria jurídica eminentemente descritiva supõe uma séria limitação para a própria ciência jurídica, pois esta acabaria por dedicar-se exclusivamente “a realizar um mero *repetitorium* das normas jurídicas que compõem o Direito<sup>16</sup>”.

Alfonso Garcia Figueroa, referindo-se à teoria do Direito de Robert Alexy, sintetiza que “a própria distinção entre Direito ideal e real, entre o Direito que deve ser e o Direito

<sup>13</sup> GUASTINI, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano” In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 49 *et seq.*

<sup>14</sup> FIGUEROA, Alfonso Garcia. “La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo” In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 164 *et seq.*

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 164-165.

<sup>16</sup> ARIZA, Santiago Sastre. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo” In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 251. Consoante o autor, o modelo de ciência jurídica que parece exigir o neoconstitucionalismo contrapõe-se àquele tradicionalmente defendido pelo paradigma positivista: “en este sentido, frente al distanciamiento (o la reivindicación del punto de vista externo), a la neutralidad y a la función descriptiva, se opone un modelo en el que las principales características que se predicán de la ciencia jurídica suelen ser el compromiso (o la adopción del punto de vista interno), la ineludible intervención de los juicios de valor en el análisis del Derecho y la prioridad del carácter práctico de la ciencia jurídica frente su presentación como un estudio de carácter científico” (p. 245).

que é e, em termos mais gerais, entre moral crítica e moral social, tende a debilitar-se<sup>17</sup>”. A distinção entre o Direito real e o Direito ideal é mitigada pela função assumida pelos princípios jurídicos nos sistemas de direito contemporâneos, ao evocarem principalmente “um ideal [isto é, um estado de coisas a ser alcançado ou salvaguardado] que pode ser otimizado argumentativamente<sup>18</sup>”.

O argumento dos princípios, aduzido por Robert Alexy em sua teoria discursiva do Direito, “apresenta uma virtualidade maximalista no sistema jurídico – posto que pretende expandir o ordenamento jurídico até um ideal [e] pretende otimizar as possibilidades morais do sistema jurídico, uma vez garantido um mínimo ético<sup>19</sup>”. A abordagem positivista do Direito, conforme veremos adiante, é incapaz de explicitar a pretensão de correção normativa presente na compreensão ordinária do direito e da democracia, ou seja, consoante Jürgen Habermas, não evidencia “(...) o conteúdo normativo [que] está inserido parcialmente na facticidade social dos próprios processos políticos [e jurídicos] observáveis<sup>20</sup>”. Com relação ao funcionamento das instituições jurídicas e legislativas, conclui Habermas, o mesmo “não pode ser descrito adequadamente, nem mesmo em nível empírico, quando não se leva em conta a dimensão de validade do direito e a força legitimadora da gênese democrática do direito<sup>21</sup>”.

O Direito, segundo o entendimento de Robert Alexy, não se reduz à facticidade da legalidade estabelecida e da eficácia social: com fundamento na tese neokantiana de Gustav Radbruch de que o Direito é uma realidade que tem o sentido de servir aos valores jurídicos e, portanto, à idéia de Direito, o autor postula uma compreensão normativa do Direito e não apenas descritiva do conjunto de normas jurídicas que o compõe<sup>22</sup>. O Direito possui, em

<sup>17</sup> FIGUEROA, Alfonso Garcia. “La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo”, *cit.*, p. 182-183.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 183. O autor ressalta o fato de que a distinção entre o direito real e o direito ideal é quantitativa e não qualitativa e a presença dos princípios jurídicos, que constituem *standards* impregnados por uma forte valoração moral, contribuem para a validade de tal afirmação. Neste sentido, “ciertos principios formales parecen presentar esta virtualidade sobre todo cuando son incorporados a la argumentación de los juristas. Muchos principios (igualdade, buena fé, libertad, justicia) evocan un ideal que puede ser más o menos optimizado argumentativamente, pero que en todo caso crean en el razonamiento de los juristas una *tensión* podrá ser resuelta com una satisfacción del ideal en mayor o menor grado” (p. 183).

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 181.

<sup>20</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de F. B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II. p. 09.

<sup>21</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 09.

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción de Jorge M. Seña. 2ª edición. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004. A tese de Gustav Radbruch, citada por Robert Alexy, preceitua: “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser solucionado en el sentido de que el derecho positivo asegurado por su sanción y el poder tiene prioridad aun cuando su contenido sea injusto y disfuncional, a menos que la

síntese, uma “dupla natureza” que consiste na imbricação do aspecto institucional e de autoridade com sua dimensão ideal e crítica representada pela argumentação jurídica em bases racionais.

Essa compreensão normativa do Direito não é constituída por ideais que um teórico solitário erige arbitrariamente contra a realidade. Os conteúdos normativos aos quais apelamos em nossas críticas às desigualdades injustificadas estão inseridos em nossas próprias práticas comunicativas cotidianas, das quais não podemos prescindir, principalmente quando nos reconhecemos reciprocamente como cidadãos livres e iguais em oportunidades, direitos e deveres<sup>23</sup>.

Nesse sentido, assim como a prática comunicativa está permeada por idealizações inevitáveis, o Direito também encontra-se atravessado por uma compreensão normativa que o aproxima da idéia de justiça: desse modo, ao criticarmos a parcialidade ou o privilégio de interesses particulares ou coletivos falsamente identificados com o interesse comum, muitas vezes encontrados nas práticas jurídicas e legislativas observadas empiricamente, pressupomos idealizações que propugnam pela imparcialidade, igualdade e racionalidade que deveriam necessariamente presidir tais práticas. Consoante o ensinamento de Robert Alexy:

“o ideal, que a teoria do discurso trata de conceber sob a forma de condições de argumentação racional, funde suas raízes no real e não teria força alguma sem o real. Inversamente, o real não seria a nossa forma de vida, a forma de vida de seres vivos dotados de razão, se não incluísse o ideal<sup>24</sup>”.

A filosofia do direito ao esclarecer e sistematizar os elementos normativos que integram o conceito de direito e de democracia municia-nos com argumentos razoáveis que podem servir como orientação para a construção ou remodelação de instituições políticas, constituições e práticas jurídicas concretas<sup>25</sup>.

---

contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en tanto ‘derecho injusto’, tenga que ceder ante la justicia” (p. 34).

<sup>23</sup> HABERMAS, Jürgen. “Sobre o alcance e as limitações das teorias”. In: \_\_\_\_\_. *Passado como Futuro*. Tradução de Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993. p. 98.

<sup>24</sup> ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *DOXA*, 24, p. 671-687, 2001. p. 675.

<sup>25</sup> O papel a ser desempenhado por uma análise normativa da sociedade e do direito, da qual parte uma reflexão filosófica, não é descrever ou amoldar-se à experiência, mas fornecer critérios razoáveis para avaliá-la e julgá-la, bem como para criticar as práticas legais e sociais que, apesar de amplamente difundidas em um determinado meio social, são injustas, uma vez que são injustificáveis.

Carlos Santiago Nino procura justificar a constituição ideal dos direitos, eminentemente normativa, a partir da elucidação “dos pressupostos [contrafáticos] da prática de discussão moral com a qual nos encontramos envolvidos quando valoramos ações, decisões, instituições e práticas que podem afetar os nossos direitos básicos<sup>26</sup>”.

Com a defesa da expansão da racionalidade, antes limitada às questões teóricas, também para o âmbito das questões práticas<sup>27</sup> – política, ética e direito – grande parte das teorias jurídicas hodiernas e, neste caso, privilegiaremos as contribuições teóricas de Robert Alexy e de Carlos Santiago Nino, entendem ser também possível a extensão da racionalidade do âmbito da descrição (o Direito tal como ele é) em direção às questões práticas (o Direito tal como ele deveria ser). Neste diapasão, veremos que a idéia do Estado Constitucional de Direito constitui um relevante referencial normativo na reflexão jurídica contemporânea quando analisarmos a dimensão prescritiva da teoria neoconstitucional.

Consoante Robert Alexy, o conceito de “Estado constitucional democrático<sup>28</sup>” ressalta, em primeiro lugar, o fato de que o sistema jurídico é permeado por princípios morais que adotam a forma de direitos fundamentais e, em segundo lugar, as liberdades garantidas mediante direitos fundamentais impedem uma identificação do Direito com concepções morais não compartilhadas por todos e cuja aceitação não possa ser igualmente pretendida por todos. Deste modo, “o Estado constitucional democrático trata de resolver a velha tensão entre o Direito e a Moral<sup>29</sup>”, tendo em vista a existência de uma conexão entre ambos que é ressaltada pela dimensão moral dos direitos fundamentais e de outros princípios que integram os ordenamentos jurídicos na atualidade.

### **(6.) Robert Alexy e os argumentos da injustiça e dos princípios:**

Robert Alexy, ao adotar em sua teoria a perspectiva do participante, defende, com fundamento em dois argumentos distintos, a tese da conexão necessária entre o direito e a moral. Em primeiro lugar, segundo o “argumento da injustiça”, que retoma célebre

<sup>26</sup> NINO, Carlos Santiago. *Constitución de la democracia deliberativa*, cit., p. 74.

<sup>27</sup> A expansão da racionalidade dá-se a partir da adoção de uma postura cognitivista que, no entanto, se distingue das vetustas modalidades de objetivismo ético representadas pelo intuicionismo, no campo da filosofia moral, ou pelo jusnaturalismo, no plano da Filosofia do Direito.

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 31-47.

<sup>29</sup> ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *DOXA*, 24, p. 671-687, 2001. p. 673.

assertiva de Gustav Radbruch<sup>30</sup>, o autor afirma que “quando ultrapassam um determinado umbral de injustiça [isto é, quando tal injustiça constitua uma ‘medida insuportável’] as normas isoladas perdem o seu caráter jurídico<sup>31</sup>”. O mesmo argumento pode ser aplicado ao sistema jurídico considerado em sua totalidade e, neste diapasão, “um sistema normativo perde seu caráter jurídico se, em geral, é extremamente injusto<sup>32</sup>”.

A definição dos limites de injustiça extrema é sumamente difícil e, certamente, somente pode ser realizada diante das características do caso concreto. Alexy aduz como um princípio geral o fato de que a gravidade de uma injustiça está em proporção direta com a sua evidência. A idéia de evidência é bastante problemática, conforme vimos quando abordamos o jusnaturalismo, e pode representar um perigoso retorno a tal concepção. No entanto, o autor aprofunda as reflexões de Radbruch ao definir um critério contemporâneo para o significado da extrema injustiça:

“(…) as normas jurídicas devidamente promulgadas e socialmente eficazes que são incompatíveis com o *núcleo dos direitos humanos básicos* são extremamente injustas e, portanto, não são direito<sup>33</sup>”.

O argumento aludido é importante para os casos de *injustiça legal*, no entanto, tais casos extremos revelam-se atualmente, com a expansão da democracia, cada vez mais raros. Não obstante, um caso interessante e atual para a aplicação do argumento alexyano seria a legislação patriótica (*USA Patriot Act*) dos Estados Unidos promulgada após os ataques terroristas ao World Trade Center<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Cf. RADBRUCH, Gustav. “Cinco minutos de filosofia do direito”. In: \_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito*. Tradução de L. C. de Moncada, 6ª edição. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1997. p. 415-418. Confira, também, a nota nº 25.

<sup>31</sup> ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, cit., p. 45. O autor cita o exemplo do § 2 do 11º Ordenamento sobre a Lei de cidadania do Reich de 25 de novembro de 1941 que excluiu, com base em motivos racistas, os judeus da cidadania alemã. O Tribunal Constitucional Federal alemão, em acórdão também citado pelo autor, considerou que “la contradicción con la justicia alcanzó una medida tan insoportable que [a lei] debe ser considerada nula *ab initio*” (p. 15); “Por ello, el Tribunal Constitucional Federal há afirmado que hay que negar a las disposiciones ‘jurídicas’ nacionalsocialistas la validez como derecho porque contradicen tan evidentemente principios fundamentales de la justicia que el juez que quisiera aplicarlas o aceptar sus consecuencias jurídicas dictaría no-derecho en vez de derecho (BverfGE 3, 58 (119); 6, 132 (198))” (p. 16).

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>33</sup> ALEXY, Robert. “Derecho, discurso y tiempo”. In: \_\_\_\_\_. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de J. A. Seoane *et al.* Granada: Editorial Comares, 2005. p. 76 (grifo nosso).

<sup>34</sup> Cf. uma resenha do USA PATRIOT Act of 2001 em: MELLO, Celso D. de Albuquerque. TORRES, Ricardo Lobo (Orgs.). *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. v. 5. p. 428-449.

O argumento da injustiça pressupõe uma valoração moral *débil* para a qualificação jurídica de uma norma: isto significa que o direito pode conter normas injustas – e, neste ponto, equipara-se à tese do positivismo metodológico – porém, não pode conter normas *extremamente* injustas (e, neste sentido, insuportáveis<sup>35</sup>). A injustiça extrema *retira* o qualificativo jurídico de um enunciado prescritivo e, neste aspecto, o argumento da injustiça constitui uma crítica não positivista à tese do positivismo metodológico ou conceitual, que postula uma identificação ou descrição do direito alheia a qualquer consideração moral.

O segundo argumento diz respeito aos princípios jurídicos e afirma que “o juiz, também no âmbito de abertura do direito positivo, quer dizer, do direito imposto e eficaz, está juridicamente ligado [por intermédio dos princípios] e o está de uma maneira que cria uma vinculação necessária entre o direito e a moral<sup>36</sup>”. O presente argumento dirige-se, sobretudo, à limitação da idéia positivista da existência de um amplo espaço de discricionariedade do intérprete ante os casos difíceis.

Alfonso Garcia Figueroa, em relevante reflexão, atenta para a dupla dimensão não positivista dos princípios jurídicos: por um lado, os princípios – sobretudo os princípios constitucionais (liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana, dentre outros) – apresentam um forte conteúdo moral que repercute sobre todo o ordenamento jurídico. Por outro lado, a argumentação desenvolvida no processo de ponderação dos princípios constitucionais apresenta uma dimensão jurídica e outra prático-geral, além de incorporar diferentes elementos contrafáticos que promovem uma debilitação da rígida distinção entre o discurso jurídico real e o ideal<sup>37</sup>. Neste sentido, podemos citar os postulados normativos aplicativos específicos da razoabilidade e da proporcionalidade que constituem exemplos de metanormas<sup>38</sup> (ou normas de segundo grau que estruturam a aplicação de princípios e regras), cuja legitimação deve ser procurada *fora* do ordenamento jurídico, ou seja, no âmbito das regras gerais da argumentação prática. Ao estabelecer uma comparação entre o

---

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, cit., p. 46.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 74. Robert Alexy, ao elaborar o argumento em tela, cita um importante excerto de uma sentença do Tribunal Constitucional Federal alemão que afirma: “el derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a las disposiciones positivas del poder estatal, puede, circunstancialmente, existir un plus de derecho, que posee su fuente en el orden jurídico constitucional en tanto un todo dotado de sentido y puede actuar como correctivo frente a la ley escrita.” (BverfGE 34, 269 (286 s.)).

<sup>37</sup> FIGUEROA, Alfonso Garcia. “La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo”, cit., p. 179.

<sup>38</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 87 et seq.

relevo teórico e prático de cada um dos argumentos em tela, Alfonso Garcia Figueroa assevera:

“Caberia afirmar portanto que enquanto o argumento da injustiça apresenta uma virtualidade minimalista no sistema jurídico – posto que pretende reduzir o ordenamento jurídico mediante a expulsão de normas extremamente injustas – o argumento dos princípios apresenta uma virtualidade maximalista no sistema jurídico – posto que pretende expandir o ordenamento jurídico até um ideal, pretende otimizar as possibilidades morais do sistema jurídico, uma vez garantido um mínimo ético<sup>39</sup>”.

Em suma, o neoconstitucionalismo metodológico, consoante a contribuição de Robert Alexy, sustenta que os princípios constitucionais ao disporem sobre os direitos fundamentais constituem *standards* normativos que estabelecem uma ponte entre o direito e a moral. É necessário que o jurista prático ou o estudioso do direito assumam a perspectiva de um participante interessado em participar de uma argumentação jurídica para que possa ter acesso à pretensão de correção formulada tanto pelas normas isoladas como pelo sistema jurídico como um todo. A pretensão de correção seria responsável por tornar explícita a conexão entre a argumentação jurídica e a argumentação moral<sup>40</sup>. Há, no entanto, uma extensa discussão sobre o caráter dessa conexão, que mereceria certamente um trabalho à parte: segundo Robert Alexy, a vinculação entre o direito e a moral é *necessária*<sup>41</sup>, enquanto que para os representantes de um positivismo inclusivo tal conexão seria apenas *contingente*<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> FIGUEROA, Alfonso Garcia. “La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo”, *cit.*, p. 181.

<sup>40</sup> ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, *cit.*, p. 41 *et seq.* O autor oferece o exemplo de um artigo hipotético de uma Constituição que disponha que “X é uma república soberana, federal e injusta” ou, então, que “X é um Estado justo”. No primeiro caso, o artigo constitucional é certamente defeituoso; no segundo, é claramente redundante. Com o ato de promulgação de uma Constituição está necessariamente vinculada uma pretensão de correção que, no caso, constitui sobretudo uma pretensão de justiça. Tal pretensão é, consoante o autor, constitutiva da própria *práxis* constitucional. Podemos também citar um segundo exemplo, mais próximo ao tema da interpretação e da aplicação do direito e que elucida a postura contraditória que um juiz assume ao julgar um determinado caso com base em suposto poder discricionário em sentido amplo: “Condeno X ao pagamento de uma indenização no valor de (...), apesar de não ter razões suficientes para fundamentar tal condenação” ou “condeno X ao pagamento de uma indenização no valor de (...), porém a minha interpretação da norma Y deu-se em razão de um ato de pura vontade”. Os dois exemplos explicitam uma *contradição performativa*: toda sentença judicial formula sempre uma pretensão de que o direito é aplicado corretamente (fundamentada em argumentos jurídicos e/ou morais) ou, pelo menos, de que essa pretensão possa ser satisfeita. Consoante o autor, “el contenido de la sentencia contradice la pretensión formulada con la realización del acto institucional de la condena” (p. 44).

<sup>41</sup> Cf. ALEXY, Robert. “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”. In: \_\_\_\_\_. *Derecho y Razón Práctica*. Traducción de Wistano Orozco. México: Distribuciones Fontamara, 1993. p. 37-58.

<sup>42</sup> MORESO, José Juan. “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”. In: NAVARRO, Pablo E. REDONDO, María Cristina (Comp.). *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y*

A defesa por Robert Alexy do caráter necessário da conexão entre o direito e a moral adota como premissa, consoante vimos, a idéia de pretensão de correção. Por sua vez, a pretensão de correção implica uma pretensão de justificação ou de fundamentação de um enunciado normativo por quem o emite. A pretensão de correção não implica, no entanto, a comprovação ou não de uma única resposta correta para um determinado caso<sup>43</sup>, mas tão somente uma *idéia regulativa* de que tal resposta correta pode ser alcançada com os melhores argumentos<sup>44</sup>. A participação em uma argumentação pressupõe uma série de idealizações, dentre as quais: o outro, enquanto partícipe em um empreendimento argumentativo comum, é considerado igual em direitos e deveres, pois somente com fundamento em tal pressuposição é possível a realização de uma troca de razões sem qualquer interferência coercitiva, exceto a coerção exercida pelo melhor argumento. Por outro lado, a tese não é defendida apenas em relação à pessoa do oponente, mas contra todos (*erga omnes*). Assim, a liberdade, a igualdade e a universalidade pressupostas em uma argumentação realmente levada a termo implicam uma ligação necessária entre o discurso jurídico e uma moral procedimental universalista, isto é, entre a argumentação jurídica e a ética do discurso<sup>45</sup>.

---

*política*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2002. p. 93-116. O autor expõe a discussão atual em torno do positivismo inclusivo e apresenta as características e as teses fundamentais que distinguem o positivismo inclusivo do positivismo exclusivo. Em síntese, o positivismo inclusivo aceita que, em certos casos, as normas jurídicas possam apelar a determinados *standards* morais que não são identificados pela teoria das fontes sociais, porém, *não* extrai dessa constatação uma relação conceitual necessária entre o direito e a moral.

<sup>43</sup> Cf. ALEXY, Robert. “Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional”. In: \_\_\_\_\_. *Derecho y Razón Práctica*. Traducción de Wistano Orozco. México: Distribuciones Fontamara, 1993. p. 23-35. Consoante o autor, “la teoría del discurso no es una máquina que nos permita determinar exacta, objetiva e definitivamente el peso de cada derecho, pero muestra que son posibles los argumentos racionales acerca de los derechos. Y por esto, muestra que la inclusión de derechos fundamentales en el sistema jurídico conduce a una conexión entre Derecho y Moral” (p. 35).

<sup>44</sup> Cf. ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. In: \_\_\_\_\_. *Derecho y Razón Práctica*. Traducción de Wistano Orozco. México: Distribuciones Fontamara, 1993. p. 9-22. Robert Alexy esclarece que: “el punto decisivo aquí es que los respectivos participantes en un discurso jurídico, si sus afirmaciones y fundamentaciones han de tener un pleno sentido, deben, independientemente de sí existe o no una única respuesta correcta, elevar la pretensión de que su respuesta es la única correcta. Esto significa que deben presuponer la única respuesta correcta como idea regulativa. La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta” (p. 22).

<sup>45</sup> ALEXY, Robert. “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”. In: \_\_\_\_\_. *Derecho y Razón Práctica*. Traducción de Wistano Orozco. México: Distribuciones Fontamara, 1993. p. 54-56. Nos casos difíceis – nos quais há dúvida sobre (a) se há ou não norma aplicável ao caso ou (b) há norma aplicável, mas admite mais de uma interpretação, inclusive contraditórias – o relacionamento entre argumentos jurídicos e argumentos morais tornar-se-ia mais explícito, principalmente quando a justificação de uma decisão controversa busca razões em direitos fundamentais ou em outros princípios jurídicos. Cf. também: ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos humanos”. In: \_\_\_\_\_. *Teoría del discurso y derechos humanos*.

**(7.) Considerações finais. Uma proposta de diálogo entre Robert Alexy e Carlos Santiago Nino:**

Robert Alexy e Carlos Santiago Nino compartilham algumas convicções teóricas que são fundamentais para a definição do neoconstitucionalismo *não* positivista:

- (a) A defesa de um ideal *compreensivo* de filosofia do direito, segundo o qual há um estreito relacionamento teórico e prático entre a filosofia do direito e os âmbitos político e moral da filosofia geral.
- (b) A concepção de que a reflexão jusfilosófica deve atentar para a *reconstrução* dos pressupostos normativos inscritos em nossa prática cotidiana de discussão moral e de argumentação jurídica como estratégia de legitimação da Constituição e dos direitos humanos e fundamentais.
- (c) Ambos os autores aduzem uma estratégia de legitimação dos direitos humanos, direitos fundamentais e da Constituição que pretende superar a querela tradicional entre o *juspositivismo* e o *jusnaturalismo*.
- (d) Crítica formulada por ambos à rígida dicotomia entre as dimensões empírica e normativa do fenômeno jurídico, típica do pensamento positivista, postulando, ao contrário, a sua implicação recíproca (isto é, a diluição da distinção entre ser e dever-ser).
- (e) O discurso jurídico apresenta-se como um discurso aberto aos argumentos pragmáticos, morais e éticos, ou seja, a argumentação jurídica como *um caso especial* do discurso prático-geral.
- (f) Os autores, em contraposição à tese do positivismo metodológico, introduzem considerações morais no processo de identificação do direito, investigando não somente as suas fontes sociais, mas também o seu mérito.
- (g) Por último, a justificação de uma obrigação *prima facie* de obediência ao direito fundado na idéia de que o Estado constitucional democrático representa a melhor forma de conectar a argumentação jurídica com os ideais de liberdade e igualdade fundamentados moralmente.

---

Traducción de L. V. Borda. Colombia: Univ. Externado de Colombia, 1995. p. 61-92; ALEXY, Robert. "La fundamentación de los derechos humanos". In: \_\_\_\_\_. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Traducción de L. V. Borda. Colombia: Univ. Externado de Colombia, 1995. p. 93-132.

A crítica tradicionalmente elaborada à proposta de legitimação moral do ordenamento jurídico segundo os pensamentos dos autores estudados aponta o seu caráter excessivamente universalista, normativo e kantiano. Demandaria certamente um outro artigo a elaboração sistemática dos argumentos que rebatem esta crítica. Ambos os autores recorrem à idéia de *contradição performativa* para elucidar os pressupostos normativos inevitáveis inscritos em nossa prática cotidiana de argumentação jurídica e moral para, em seguida, construir um sistema *coerente* de direitos humanos e fundamentais que possibilitem o exercício igualitário e não coercitivo de tais práticas discursivas no seio de uma sociedade democrática e marcada, sobretudo, pelo fato do pluralismo.

Robert Alexy e Carlos Santiago Nino conferem o merecido relevo à discussão sobre qual moral relaciona-se melhor com o sistema jurídico presente em sociedades democráticas e marcadas fortemente pelo fato do pluralismo. Acredito que, ao contrário da recente afirmação de Martín Farrel<sup>46</sup>, este seja um dos temas mais relevantes na reflexão jusfilosófica atual e não apenas da ética. A pergunta sobre a legitimação dos direitos e dos princípios jurídicos conduz inevitavelmente à questão sobre que moral é compatível com o direito existente em sociedades pluralistas, pois a justificação de uma ordem jurídica não pode ser encontrada nela própria. Esta questão somente pode ser abordada com o rigor e a seriedade que exige trazendo para a reflexão jurídica as contribuições provenientes dos âmbitos da filosofia política e moral, adaptando-as, ao mesmo tempo, ao caráter institucional do direito. E, portanto, temas anteriormente apresentados pelo positivismo como típicos das reflexões éticas, portanto, questões para além do direito, passam a constituir, na atualidade, temas genuínos de filosofia do direito.

### **(8.) Referências bibliográficas:**

ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. In: \_\_\_\_\_. *Derecho y Razón Práctica*. Traducción de Wistano Orozco. México: Distribuciones Fontamara, 1993. p. 9-22.

<sup>46</sup> FARREL, Martín. *Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico?*, cit., p. 128. O autor conclui o artigo com a seguinte afirmação: “lo que hay que discutir, entonces, no es cuándo se evalúa moralmente al derecho, sino cuál es la mejor teoría moral con la cual el derecho debe compararse; pero éste –supongo – es un tópico de la ética, y no de la filosofía del derecho. De onde – talvez – pueda concluir mostrando un dilema: el tema aparentemente más importante de discusión en la filosofía de del derecho [sobre o debate entre o juspositivismo e o jusnaturalismo] no tiene la importancia que se le asigna, y el tema realmente importante no es un tema de la filosofía de derecho” (p. 128).

- \_\_\_\_\_. “Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional”. In: \_\_\_\_\_. *Derecho y Razón Práctica*. Traducción de Wistano Orozco. México: Distribuciones Fontamara, 1993. p. 23-35.
- \_\_\_\_\_. “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”. In: \_\_\_\_\_. *Derecho y Razón Práctica*. Traducción de Wistano Orozco. México: Distribuciones Fontamara, 1993. p. 37-58.
- \_\_\_\_\_. “Teoría del discurso y derechos humanos”. In: \_\_\_\_\_. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Traducción de L. V. Borda. Colombia: Univ. Externado de Colombia, 1995. p. 61-91.
- \_\_\_\_\_. “La fundamentación de los derechos humanos”. In: \_\_\_\_\_. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Traducción de L. V. Borda. Colombia: Univ. Externado de Colombia, 1995. p. 93-132.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Versión castelhana de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- \_\_\_\_\_. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 31-47.
- \_\_\_\_\_. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción de Jorge M. Seña. 2ª edición. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.
- \_\_\_\_\_. The nature of legal philosophy. *Ratio Juris*. Vol. 17, nº 2, June 2004 (156-167).
- \_\_\_\_\_. “Derecho, discurso y tiempo”. In: \_\_\_\_\_. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de J. A. Seoane *et al.* Granada: Editorial Comares, 2005. p.69-87.
- ARIZA, Santiago Sastre. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo” In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 239-258.
- ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *DOXA*, 24, p. 671-687, 2001.
- AUSTIN, J. L. *Quando dizer é fazer: palavras e ação*. Tradução e apresentação de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª edición. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *DOXA*, 21, nº 1, p. 209-220, 1998.
- CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- FARREL, Martín D. Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico?, *DOXA*, 21-II, p. 121-128, 1998.
- FIGUEROA, Alfonso Garcia. “La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo” In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 159-186.
- GRZEGORCZYK, Christophe. “Introduction”. In: GRZEGORCZYK, C. MICHAUT, F. TROPER, M (Orgs.). *Le positivisme juridique*. Paris: L.G.D.J.- Story Scientia, 1992. p. 33-67.
- GUASTINI, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano” In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 49-73.

- HABERMAS, Jürgen. “Sobre o alcance e as limitações das teorias”. In: \_\_\_\_\_. *Passado como Futuro*. Tradução de Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993. p. 95-112.
- \_\_\_\_\_. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.
- \_\_\_\_\_. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.
- MARCONDES, Danilo. “Metodologia da Filosofia e Análise da Linguagem”. In: \_\_\_\_\_. *Filosofia, linguagem e comunicação*. 3ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Ed. Cortez, 2000. p. 15-36.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia analítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. TORRES, Ricardo Lobo (Orgs.). *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. v. 5. p. 428-449.
- MORESO, José Juan. “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”. In: NAVARRO, Pablo E. REDONDO, María Cristina (Comp.). *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2002. p. 93-116.
- NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.
- PECZENICK, Aleksander. “Introducción”. In: \_\_\_\_\_. *Derecho y Razón*. Versión castelhana de Ernesto Garzón Valdés. México: Distribuciones Fontamara, 2000. p. 07-09.
- RADBRUCH, Gustav. “Cinco minutos de filosofia do direito”. In: \_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito*. Tradução de L. C. de Moncada, 6ª edição. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1997. p. 415-418.
- TORRES, Ricardo Lobo. “A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade”. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 397-449.
- \_\_\_\_\_. “Introdução”. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 01-10.
- TROPER, Michel. “Positivismo Jurídico”. In: ARNAUD, André-Jean *et al.* *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução para a língua portuguesa sob a direção de Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999. p. 607-610.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. Traducción de Marina Gascón. Valladolid: Editorial Trotta, 1995.