

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

DIREITO E ARGUMENTAÇÃO: esboço do debate contemplado pela Teoria do Direito

FAUSTO SANTOS DE MORAIS

Resumo: Este trabalho se propõe a apresentar um breve estudo como se concebe a argumentação jurídica em diferentes contextos teóricos. Isso porque, como apresentado, o positivismo jurídico estava fundado num modelo de direito completo, cujos argumentos se limitavam a indicar a existência da previsão legislativa. Todavia, a situação modificou-se quando se reconheceu a limitação do direito positivo como completo, momento em que a argumentação passou a servir para indicar as incongruências do sistema, suas lacunas e injustiças. Apresentou-se, ainda, que diante da discussão entre direito e moral, repristinada pela doutrina neoconstitucionalista, a argumentação passa a ser instrumento condutor da moral ao direito.

Palavras-chave: Argumentação jurídica. Hermenêutica jurídica. Positivismo jurídico.

Law and Legal Argumentation: Summary of the Debate Contemplated by Legal Theory

Abstract: This work intends to present a brief study of how one conceives legal argumentation in different theoretical contexts. That is because, as presented, legal positivism was founded in a complete legal model, whose arguments were limited to the indication of the existence of the legislative forecast. Though, the situation has been modified as the limitation of the positive law was recognized as complete. In this moment, the arguments started to indicate the incongruities of the system, their gaps and injustices. Still, before the discussion between law and moral, reinstated by the new constitutionalist doctrine, argumentation has become a conductive instrument of moral to law.

Keywords: Legal Argumentation, Legal Hermeneutic, Positivism.

1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo principal apresentar a forma como a argumentação jurídica foi entendida entre as diversas concepções de direito que marcaram época, para ao final, introduzir algumas críticas quanto ao problema do uso indiscriminado de princípios, o que envolve os modelos argumentativos em tempos neoconstitucionalistas.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

Deve-se, ainda, apontar que o trabalho ficou limitado a indicar os principais elementos sobre as teorias e autores referenciados, tendo consciência de que a teoria do direito e da argumentação tratadas não esgotam a matéria, bem como, que as restrições impostas ao uso da argumentação não buscam a completude, havendo um vasto universo a ser explorado, e, portanto, incompatível com a pretensão deste ensaio.

Assim, o presente trabalho está dividido em três partes, adotando o seguinte esquema: a primeira parte do trabalho (secção 2) abordará os argumentos utilizados na concepção do positivismo clássico. Procurando dar um desenvolvimento gradual, apresenta-se na segunda parte (secção 3) a abertura do sistema jurídico pela recuperação da retórica e argumentação clássica. Na terceira parte (secção 4) mostra-se, brevemente, como os princípios jurídicos surgiram como espaços argumentativos, principalmente, na concepção de Alexy, como pontes entre o sistema jurídico e a moral.

2 Argumentos do positivismo jurídico

O positivismo jurídico tem sido nos últimos tempos um alvo fácil de ataque para aqueles que acreditam na deficiência da (ir)racionalidade instrumental que ele proporcionar através de um ato de vontade legislativa. Vê-se aproximadamente nos últimos duzentos anos a sustentação do direito sobre o signo de leis, cada vez mais especializadas em tratar dos mínimos detalhes das relações humanas.

Falar em positivismo jurídico obriga necessariamente a (re)visitação da escola da Exegese do Direito. Essa corrente de pensamento pode ser identificada logo após a Revolução Francesa, tendo como emblema esquemas de codificação do direito para restringir, porventura, qualquer possibilidade de interpretação jurídica. Essa postura se mostra influenciada pela maneira como o corpo de juízes do Antigo Regime Francês utilizou poderes, interpretando o direito para assegurar os interesses que lhe eram convenientes¹.

¹ PERELMAN, Chäim. *Lógica jurídica: nova retórica*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 33: “[...] é necessário que a justiça tenha os olhos vendados, que não veja as conseqüências do que faz: *dura lex, sed lex*. Temos aqui uma tentativa de aproximar o direito quer de um cálculo quer de uma pesagem, seja como for de algo cuja tranqüilizadora exatidão deveria poder proteger-nos contra os abusos de uma justiça corrompida como a do Antigo Regime.”

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

A desconfiança na interpretação do direito fazia com que a atividade do juiz fosse resignada ao estabelecimento dos fatos normativamente relevantes, condição que forneceria o material necessário para a operação do silogismo judicial. A premissa maior do silogismo fornecida pelo legislador permitiria o encaixe dos fatos jurídicos, e a conclusão legal seria a síntese de uma operação dedutiva. O juiz teria o único compromisso de verificar se a sua decisão estaria de acordo com o Direito, andando sobre o âmbito significativo proporcionado pelo sistema jurídico.

Em movimento similar de restrição a atividade interpretativa do direito é possível identificar a construção de uma teoria que um sistema de conceitos, fazendo com que uma atitude interpretativa fosse anulada mediante esquemas deducionistas, ligando, através dessa técnica, conceitos de caráter geral e abstrato localizadas ao vértice do sistema às significações presentes na base. Pensando assim, Puchta advoga pela genealogia dos conceitos.² Seria possível, assim, fazer com que o direito fosse objeto de uma conceituação matriz, geral e abstrata, da qual os demais conceitos para a resolução dos problemas jurídicos pudessem ser legitimamente deduzidos. A identificação do direito dar-se-ia, portanto, somente daquelas significações subordinadas ao conceito fundamental abstrato.³

A adoção de um método formalístico como o dedutivo, utilizando, por exemplo, pela jurisprudência dos conceitos, teria aberto caminho para a identificação do positivismo jurídico com a sua idealização mais formal, conhecida como o positivismo metodológico de Hans Kelsen. O autor firmava que o direito deveria ser conhecido como uma ciência da mesma magnitude das ciências naturais. Para tanto, idealizou um esquema de interpretação normativo do direito. Quer dizer, o direito deveria preocupar-se tão somente com as normas.

Aqueles fatos relevantes seriam qualificados normativamente e a partir de então seriam objeto de deduções numa cadeia lógica normativa. A primeira distinção necessária que deveria ser feita era estabelecer um esquema que diferenciasse o direito das demais ciências, tornando-o puro. Para tanto, Kelsen utilizou-se da imperatividade para transformar os fatos

² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.25: "A <<genealogia dos conceitos>> ensina, portanto, que o conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, codetermina os restantes através do seu conteúdo."

³ Idem., *Ibidem.*, p.28.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

relevantes em fatos jurídicos. Haveria, assim, uma tradução do “mundo da vida” para o direito mediante um esquema de designação lógico-conceitual.⁴

A norma como um produto da vontade do legislador daria as diretrizes para o encaixe do direito ao caso concreto. Quer dizer, mediante esquemas dedutivos seria possível estabelecer uma relação causal interna no sistema jurídico que remetia a validade da produção normativa a uma norma hierarquicamente superior até aquela fundamental do ordenamento positivo. O sistema jurídico seria por excelência uma cadeia normativa, que através de um esquema de verificação deducionista permitiria aferir o seu código de validade.

Esse conjunto normativo traria consigo problemas como a identificação das suas fontes, coerência entre elas e se todos os casos apreciados pelo direito encontrariam respostas no sistema jurídico. Assim, Bobbio apresenta um estudo concluindo pelos três dogmas necessários de um ordenamento jurídico: a unidade das fontes – cuja produção normativa estaria regulada pela norma fundamental positiva;⁵ coerência – onde se estabeleceria esquemas de solução de antinomias normativas;⁶ e completude – estabelecendo a possibilidade subsidiária, e somente em casos excepcionais, de recurso ao poder criativo do juiz.⁷

A doutrina do positivismo jurídico se apóia sobre a tentativa de conduzir os argumentos jurídicos a um sistema fechado de significações, do qual seria possível extrair a norma jurídica aplicável as demandas judiciais. A contribuição dessa forma de ser do direito seria a potência de valores como a certeza e segurança jurídica. Sempre que o intérprete necessitasse resolver uma questão seria possível consultar o sistema que lhe forneceria a resposta prevista, deixando num segundo plano a análise interpretativa do direito.

⁴ KELSEN. Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.3: “O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa.”

⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 59.

⁶ Idem., *Ibidem.*, p. 110.

⁷ Idem., *Ibidem.*, p. 149.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

O dogma sustentado pelo positivismo jurídico seria o destaque da atuação do legislador para a construção do sistema fechado. Seria ele quem deveria primar para que o sistema fosse dotado de normas mais claras possíveis, confiando na sua capacidade de racionalização. O legislador, portanto, era considerado um ser onipotente,⁸ salvando a sociedade de interpretações através das estipulações de regras claras e unívocas, que dariam operacionalidade do sistema.⁹

Sobre esse quadro de culto a lei ao intérprete ficava delegada a função de verificar a retidão da aplicação da norma jurídica, servindo-se, como sua garantia a jurisdição no caso de desconformidade com ela. No processo jurisdicional a competência do juiz seria a simples verificação da ordem. Quer dizer, deveria analisar se o sistema estaria sendo efetivamente respeitado.

Pode-se cogitar que a grande máxima produzida no senso comum teórico do positivismo jurídico é a isenção de qualquer atividade de interpretação no direito, deixando de reconhecer a existência de qualquer margem de inovação para o intérprete. A concepção de um direito seco, sem necessidades interpretativas, deu azo, paradoxalmente, ao método de interpretação literal. Ora, se direito não pode ser interpretado, porque pensar num método de interpretação? Quer dizer, o jurista estaria obrigado com a literalidade do texto, não podendo interpretar o direito equiparando o ato interpretativo a uma criação arbitrária do direito. Existe, portanto, a concepção de que o direito é o produto da lei, sendo esta, a norma jurídica na sua excelência.

Todavia, o pensamento baseado no positivismo jurídico é acusado por falhar, pois a idéia de autonomia legislativa não pode ser seriamente sustentada quando o processo de aplicação do direito demanda a atuação de uma pessoa que faça os “ajustes” necessários para o encaixe da norma geral e abstrata ao caso concreto. Mesmo havendo a intenção de tornar

⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 38.

⁹ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 44: “De qualquer modo, o processo de verificação kelseniano implica em um processo de coisificação dos conteúdos das normas, não sendo, na verdade, mais que uma das formas de operatividade e reforço epistemológico das funções de fetichização das normas.”

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

isomorfa a relação entre texto e norma, o direito dependeria da intervenção intelectual do intérprete.¹⁰

Em outras palavras, interpretar seria preciso. Mas quando se fala numa teoria da interpretação é possível notar o deserto deixado pelo positivismo jurídico. Tanto que ao se reconhecer o limite do sistema jurídico – mediante a existência de ambigüidades, contrariedades ou lacunas, por exemplo, a forma de se revolver o problema tem como práxis a outorga de poderes interpretativos para o juiz.¹¹

Ao calar no momento da interpretação do direito o positivismo jurídico deixa uma brecha capaz de ruir toda a sua empresa, pois no momento da interpretação, etapa onde o direito mais necessitaria da sua afirmação diante, por exemplo, da moral e da política, permite-se que o juiz venha a preencher o sistema através do seu ato de vontade, esquecendo os ideais de certeza e previsibilidade cotidianamente buscados pelo positivismo.

Nesta primeira fase, portanto, a construção argumentativa do positivismo jurídico procura transmitir a sociedade uma idéia de segurança jurídica, considerando a certeza e a previsibilidade como suas bandeiras maiores, acreditando que a lei na sua condição rígida, literal, serviria para alcançar os fins almejados. O espaço argumentativo estaria, assim, destinado a comprovar o encaixe dos fatos a premissa normativa, onde o processo deducionista seria o encarregado em dizer o direito.

3 A recuperação do espaço argumentativo no direito

¹⁰ Tratando da falácia sobre a idealização da aplicação do direito independente da atividade interpretativa na tradição da *Civil Law*, condição que pode ser associada a doutrina positivista diz MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Trad. Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 86-87: “Por una parte, la ilusión del estatuto que se aplica solo, de la norma legislativa tan clara que su aplicación es un proceso automático, quedó despejada hace mucho tiempo por la exposición a los hechos. Desde el período revolucionario, los tribunales de derecho civil han conocido y decidido disputas cuya resolución depende del significado que se impute a una disposición legislativa.”

¹¹ Nota-se que a doutrina positivista tradicional sucumbe ao poder do juiz, como se pode ver em KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 249: “[...] na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.”. De forma parecida BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 123: “Os sustentadores da nova escola afirmam que o Direito constituído está cheio de lacunas e, para preenchê-las, é

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

Viu-se que a crença na construção de um sistema normativo fechado não se sustentou quando questionado sobre o seu limite – existência de ambigüidades ou lacunas nas suas previsões. Aliado a isso, surgiu com força no segundo pós guerra vozes que combatem a total exclusão do direito de esferas éticas-morais, minando a filiação do direito a um modelo de regras neutras, sem apego a conteúdos.

É sobre esse contexto que o sistema jurídico deixa de ser visto como legítimo em razão da obra neutral do legislador, procurando assumir um compromisso diante da sociedade. Esse compromisso demandaria que a aplicação do direito se preocupasse não só com a sua racionalidade – que proporcionaria certeza, como na sua condição razoável.

A aproximação da aplicação do direito a esfera do razoável ou do aceitável, pode ser explorado sobre duas perspectivas: a primeira, leva em conta a recuperação da tópica e da retórica/argumentação *no* direito; a segunda, pode ser identificada com o pós-positivismo, colocando o direito diante de posturas pragmáticas de seu reconhecimento. Imediatamente interesse a primeira.

Ao início da década de cinquenta setores do direito passam a questionar o tipo de racionalidade proporcionado pelo positivismo jurídico toda fundada numa idéia deducionista de sua aplicação.¹² Essa corrente questiona principalmente a incapacidade do legislador de prever *a priori*, por preposições normativas, a determinação de todas as condutas possíveis. Apresenta-se como questionamento relevante o fato de que ao se pensar num sistema fechado de normas estar-se-ia diante de uma eterna remissão as normas previamente postas pelo legislador, deixando a margem do pensamento o anacronismo do posicionamento legal em contraposição com o movimento dinâmico das relações sociais.

O direito deveria assim não se preocupar somente com as suas condições sistemáticas, mas efetivamente empenhar-se com a resolução de problemas práticos. Para tanto, a tópica seria a maneira de salvar o direito da sua condição de simples ciência lógica-sistemática. Parte-se então, de um sistema fechado como uma base de dados que fornecesse

necessário confiar principalmente no poder criativo do juiz, ou seja, naquele que é chamado a resolver os infinitos caos que as relações sociais suscitam, além e forma de toda a regra pré-constituída.”

¹² Pode-se destacar aqui a busca de um raciocínio tópico-argumentativo inspirado na civilização grego-romana como é o caso de VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos*

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

topois para que a argumentação das partes se desenvolvesse, procurando, através do dialogismo proporcionado, encontrar uma solução ao mesmo tempo válida – eis que fundada no sistema jurídico, e reconhecida pelas partes.

Além disso, a argumentação jurídica passe a ser um produto do poder retórico das partes. Não seria possível manter um alinhamento das razões aos critérios estritamente jurídicos, mas utilizando a argumentação de forma performativa, procurando persuadir o juiz do que o direito que deveria ser aplicado era o privilégio de uma parte ou de outra. A época houve juristas que se empenharam em inventariar os argumentos que poderiam ser utilizados para conduzir a interpretação do direito, desenvolvendo um catálogo de possibilidades.¹³

Concomitantemente, é possível traçar paralelamente a revitalização da argumentação jurídica a implosão do positivismo jurídico clássico ou metodológico,¹⁴ através do surgimento de tensão proporcionada pelo questionamento sobre as virtudes e deméritos de um direito positivo regrado, totalmente desvinculado da moral. Um positivista que assumiu papel paradigmático foi Herbert Hart. Indagando sobre o conceito de direito Hart traz a tona questionamentos envolvendo as relações entre direito e moral, e mais, as conseqüências que a composição lingüística do direito proporciona à sua aplicação.

No que diz respeito à esfera moral do direito Hart apresentou a ordem jurídica constituída por dois padrões de regras. Existiriam regras que determinariam as condutas das pessoas, do tipo permitido/proibido, denominadas como normas primárias; e outras normas que serviriam para reconhecer a validade das normas primárias, conhecidas como normas secundárias ou de reconhecimento, proporcionando critérios que certificariam a validade do direito (*rules of recognition*), a sua forma de modificação (*rules of change*) e adjudicação –

fundamentos jurídico-científicos. Trad. 5. ed. Alemã. rev. e amp. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

¹³ A argumentação ou retórica desenvolvida por Perelman procura utilizar-se de elementos que persuadam determinado auditório, revelando, por assim dizer, um uso performativo de razões. Noutras palavras: Perelman procurou construir uma teoria que orientasse os usos de argumentos para o convencimento. Juridicamente, é possível especular que os argumentos utilizados deveriam persuadir o auditório composto pelas convicções do juiz. Como exemplo: PERELMAN, Chaïm. *Tratado de argumentação: a nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹⁴ Principalmente, considerando a sua tentativa de construir um ordenamento jurídico puro, dependente exclusivamente de critérios normativos construídos pelo próprio sistema, evitando qualquer relação com a moral e a política, por exemplo.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

validade na aplicação das normas (*rule of adjudication*).¹⁵ As normas de reconhecimento gozariam de um conteúdo moral, considerado como fonte social do direito, fazendo, de certa forma, uma aproximação entre o direito e a moral, fazendo com que o intérprete, na sua aceitação da regra, posicione-se no ponto de vista interno do sistema.¹⁶

Hart entende que o direito como um conjunto de regras primárias por vários aspectos, mas principalmente pela sua constituição lingüística,¹⁷ não estaria livre de ambigüidades, vagezas e incertezas. Assim, o sistema jurídico demandaria sempre um processo interpretativo, colocando em prova a validade da norma através da regra de reconhecimento. Nesse processo de aplicação do direito seria possível identificar dois tipos de situações: a) numa situação onde as regras jurídicas seriam claras o bastante para que não houvesse qualquer dúvida sobre a sua aplicação, consistindo numa idéia de casos fáceis (*easy cases*); b) de outro lado, haveria casos onde não seria possível o reconhecimento da regra aplicável, condição que colocaria o resultado numa zona de penumbra ou num âmbito de textura aberta da linguagem. Estes casos passaram a ser reconhecidos como casos difíceis (*hard cases*).¹⁸ Quando o intérprete/jurista se deparasse com os casos difíceis ele estaria jogado numa zona de penumbra, não sendo possível estabelecer apenas uma interpretação – a correta, para a norma, variando, assim, de acordo com a contingência proporcionada pelas circunstâncias próprias do caso concreto. Assim, quando o intérprete, e Hart se refere mais especificamente ao juiz, se depara com esse tipo de casos a solução dada por ele seria de acordo com as suas próprias crenças e valores,¹⁹ exercendo um juízo discricionário no sentido forte.²⁰

¹⁵ HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 91.

¹⁶ O autor utiliza-se da diferenciação entre ponto de vista interno e externo, fazendo com que aquele que aceita a regra como um padrão de comportamento importante para a vida em sociedade coloque-se numa posição de internalização moral da regra. Nesse sentido: HART, *O conceito de direito*, p. 95.

¹⁷ Idem., Ibidem., p. 139.

¹⁸ HART, *O conceito de direito*, p. 143.

¹⁹ Idem., Ibidem., p. 336.

²⁰ No chamado ataque ao positivismo (do modelo de Hart), Dworkin passou a cunhar a expressão juízo de discricionariedade em sentido fraco e forte, apresentando severas críticas ao modelo de discricionariedade reconhecida ao juiz por Hart nos chamados *hard cases*. Para tanto ver: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23-72.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

A teoria do direito contemporânea, tanto aquela denominada como pós-positivista²¹ ou neoconstitucionalista²², vem adotando, com pequenas modificações, o entendimento esposado por Hart. Isso implicaria no reconhecimento de uma discricionariedade no sentido forte para o jurista – principalmente o juiz, quando ele viesse a se deparar com os chamados casos difíceis.

A assunção da postura discricionária na interpretação do direito tem como principal consequência o desenvolvimento das chamadas teorias da argumentação jurídica ou do discurso, procurando estabelecer critérios argumentativos ao exercício do juízo discricionário do juiz. Quer dizer, sobre a chamada textura aberta do direito ou zona de penumbra, tese inicial de Hart, é possível constatar a proliferação das teorias argumentativas no direito, tentando, de uma maneira ou de outra, estabelecer critérios para o exercício do poder discricionário. Ressalva-se: todas as teorias da argumentação/do discurso retomaram a sua força doutrinária apostando numa idéia de poder discricionário. Isso implicaria na conclusão de que o argumento jurídico no século XX e XXI estaria legado ao problema proporcionado pelos casos difíceis.²³

A abertura do direito pelo seu contexto de incerteza permitira que a decisão final sobre um determinado caso concreto – difícil - se daria através de um recurso argumentativo que condicionaria a interpretação. Em determinados casos o intérprete deveria valer-se de outras razões, migrando do sistema jurídico para outros espaços como a moral e a política. É fácil perceber a aposta numa concepção interpretativa negativa. Quer dizer, existiriam certos casos – os fáceis – nos quais não seria necessário valer-se da interpretação, bastando para a

²¹ O pós-positivismo pode ser considerado parte da doutrina que trava discussões acerca de alguns aspectos relegados pelo positivismo jurídico na sua concepção tradicional, trazendo a discussão aspectos como o direito indeterminado e a necessidade ou não de relação entre o direito, moral e política. Nesse sentido ver: CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. n. 22. Alicante, 1998, p. 209.

²² O neoconstitucionalismo pode ser definido como uma revisão da teoria do direito colocando a Constituição como a fonte material do direito no centro de debate. Essa postura implica numa revisão de vários aspectos do direito e da hermenêutica jurídica, tendo como grande consequência o reconhecimento do poder contramajoritário dos juízes, principalmente os constitucionais, para a produção jurídica. Pode se utilizado como base PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 101-135.

²³ Como refere ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*: Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 18: “Pode-se dizer que a teoria da argumentação

sua solução um processo dedutivo de ligação das premissas. Doutro lado, haveria casos – os difíceis – em que o julgador deveria lançar mão de um processo interpretativo para solucionar a lide, condicionando essa possibilidade a critérios argumentativos. Ao apelar a esses critérios argumentativos é que a discussão passaria de um âmbito estritamente jurídico para outro mais amplo, onde também entrariam em jogo razões morais e políticas.

Definitivamente a utilização dos argumentos dependeria de dois tipos de situações: numa onde o ordenamento jurídico daria conta do caso, estabelecendo *a priori* as situações de aplicação, condição típica de um sistema fechado. Em outra, quando o caso concreto levaria o sistema ao seu limite, demandando do intérprete a busca de outros fundamentos para a construção normativa da resposta. Na verdade o que é colocado em evidência seria o fato de que o direito reservaria um espaço à sua interpretação, mesmo que tal possibilidade ficasse confiada estritamente aos “casos difíceis”, situando-se o positivismo jurídico na liberdade do intérprete em determinar uma das respostas para o caso concreto.

4 A hipertrofia significativa dos princípios como argumento

A postura de Hart sobre a discricionariedade do intérprete ao encontro com os casos difíceis foi fonte de grande discussão doutrinária, destacando-se o debate proporcionado por seu interlocutor Dworkin. Em síntese Dworkin sustenta que o sistema jurídico é composto por mais do que regras. Ele comportaria também princípios. A diferenciação entre essas espécies normativas seria possível principalmente em duas oportunidades: a forma de aplicação de cada uma das espécies normativas e a forma de resolução dos conflitos normativos entre diferentes espécies.

As regras demandariam uma aplicação rígida. Verificado os fatos a regra incidiria ou não (*all or nothing fashion*).²⁴ Noutra perspectiva, no que se refere ao conflito normativo, as regras solveriam tal problema mediante a adoção de critérios estabelecidos pelo sistema jurídico.²⁵ Assim, para que uma regra prepondere sobre outra, uma delas deveria ser retirada

jurídica dominante se centra nas questões – os casos difíceis – relativas à interpretação do Direito e que são propostas nos órgãos superiores da administração da Justiça.”

²⁴ DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, p. 39.

²⁵ Idem., *Ibidem.*, p. 43.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

do sistema jurídico mediante a utilização de critérios de solução de antinomias ou controle de constitucionalidade, considerando a especificidade do sistema jurídico brasileiro, por exemplo.

A outra espécie normativa, os princípios não poderiam ser aplicados do modo tudo ou nada. O esforço aplicativo dos princípios envolveria uma forma gradual de aplicação. Os princípios serviriam para direcionar a argumentação,²⁶ podendo ser satisfeito de forma aproximada. Quando ao caso de conflito normativo, os princípios exigiriam a atribuição de peso²⁷ a um deles e exclusão ao outro de acordo com o caso concreto, sem a necessidade de retirada do sistema jurídico o princípio conflitante que, em virtude das circunstâncias de outro caso concreto, poderia preponderar.

Pautando-se sobre a análise da diferenciação entre as duas espécies normativas Dworkin entende que a regra possui a sua base sempre depositada sobre um princípio.²⁸ Ou seja, a regra serviria a explicitar o conteúdo normativo do princípio. Expõe, sinteticamente e de uma maneira geral, a distinção realizada por Dworkin. O autor procura enfrentar o desafio proporcionado pelos casos difíceis, *como caracterizado por Hart*, apostando na idéia de prestabilidade dos princípios para a resolução deles. Isto é, nos casos difíceis o juiz deveria pautar-se por uma argumentação principiológica, buscando estabelecer como o fundamento da sua decisão aquele princípio que de melhor forma justificasse a decisão.²⁹

Ao autor segue com a idéia de que a argumentação principiológica seria uma forma de limitação da discricionariedade judicial, obrigando que a decisão judicial particular sempre busque razões em direitos institucionalizados, identificados por princípios. Reformulando: Dworkin entende que os casos difíceis não poderiam ser álibis para que o juiz viesse a exercer um poder discricionário no seu sentido forte, decidindo de acordo com as suas próprias convicções, mas teria uma responsabilidade de consistência ou equidade (*fairness*). Isto é o direito forneceria princípios, cujos argumentos conformariam a decisão, numa atitude holística do intérprete, colocando em relação o argumento com base num princípio com uma concepção de consistência histórico-institucional do direito.

²⁶ Idem., Ibidem, p. 41.

²⁷ Idem., Ibidem., p. 43.

²⁸ Idem., Ibidem., p. 106.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

O direito como uma instituição forneceria elementos para o reconhecimento de princípios. Com base em tais princípios seria possível desenvolver um esforço argumentativo hábil para encontrar uma resposta consistente com a história-institucional do direito. Seria possível, assim, lançar-se na busca da resposta correta como uma atitude responsável (*fairness*). Essa responsabilidade poderia ser traduzida por um dever do intérprete em encontrar argumentos que sejam condizentes com a noção de integridade e coerência do sistema jurídico.³⁰

No âmbito da discussão sobre o papel da argumentação desenvolvida sobre princípios Robert Alexy procura estabelecer uma metodologia própria para a resolução dos ditos casos difíceis. Antes de tudo, ele (re)elabora a teoria das normas, demonstrando comparadamente como regras e princípios respondem no caso de aplicação e de conflito.³¹ Cabe ater-se ao fato de que o conflito entre princípios demandaria do intérprete a utilização de um método especial para a sua resolução, levando em consideração a similitude que os princípios apresentam com os valores. Portanto, quando o intérprete se deparasse com um caso difícil poderia lançar mão da ponderação (*Abwägung*),³² elegendo qual dos princípios

²⁹ Idem., *Ibidem.*, p. 177.

³⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15: “Os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções. Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado.” Da mesma forma: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 272: “O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.”

³¹ Alexy promove a cisão estrutural entre regras e princípios, estabelecendo distinções na sua forma de aplicação e resolução de conflitos. Nesse sentido, as regras estariam caracterizadas por incidiriam se os seus pressupostos fáticos preenchessem a hipótese normativa ou seriam afastadas no caso de verificação de uma exceção. No caso de conflito entre regras elas seriam resolvidas mediante o critério de solução de antinomias. Os princípios de outra forma, seriam mandatos de otimização, implicando que a sua incidência se desse de forma gradual de acordo com as circunstâncias jurídicas e fáticas do caso concreto. No que se refere ao conflito entre os princípios, a sua forma de resolução demandaria um juízo de ponderação, considerando a correspondência estrutural deles com os valores. Melhor dizendo: os princípios jurídicos teriam a mesma estrutura de valores e por serem assim, somente seriam realizados de maneira gradual. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 81-110.

³² Os tribunais nos Estados Unidos fizeram uso do balanceamento, condição que colocava em evidência o realismo jurídico como maneira de adaptar o direito as modificações econômicas e sociais. Na Alemanha condição parecida foi realizada, todavia, denominada como ponderação (*Abwägung*). Demonstrando as controvérsias geradas na doutrina pela utilização desse “instrumento” ver: GONZÁLEZ, Santiago Sánchez. De

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

deveria preponderar sobre o outro considerando as circunstâncias jurídicas e fáticas do caso concreto.

A colisão de dois princípios que apontassem para lados diversos permitiria que o intérprete, de olho nas condições do caso concreto, criasse uma regra de preferência entre os princípios, apresentada pelo autor como norma aditiva.³³ A regra criada pela ponderação procurava se blindar das críticas de arbitrária ao se submeter à máxima da proporcionalidade.³⁴ Esta seria responsável em demonstrar que a interpretação feita seria racionalmente proporcional e, portanto, justificada.

A argumentação jurídica defendida pelo autor, articulada pelo caminho da máxima da proporcionalidade, permite que o direito abra mão das suas razões institucionalizadas (por exemplo, com a utilização de princípios) passando a depender de razões morais. Sendo mais claro: a argumentação jurídica poderia ser cindida em duas partes: num primeiro momento seria possível resolver os casos – tidos como fáceis – mediante o recurso as razões institucionalizadas pelo direito; todavia, em outros tipos de casos – difíceis – o interprete teria que apelar para razões advindas da moral.³⁵

Portanto, o discurso jurídico acabaria por se tornar um caso especial de discurso moral, sendo que quando as suas razões não dessem mais conta dos casos, seria possível que o

la imponderable ponderación y otras artes del tribunal constitucional. In: *UNED. Teoría y realidad constitucional*. n. 12-13, 2004, p. 351-382.

³³ ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 95.

³⁴ A máxima da proporcionalidade estabelece que a ponderação deve observar necessariamente três passos. Cf. ALEXY, Robert. *Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada*. in. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 83: “Essa fórmula (máxima da proporcionalidade ou a ponderação lato sensu) deixa reconhecer que a ponderação compõe-se de três passos. Em um primeiro passo, deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. Isto é, quando se trata da dimensão defesa, a intensidade de intervenção. A isso tem de seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo, finalmente, deve ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.”

³⁵ ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Trad. José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 46-47: “Esta cuestión no puede responderse únicamente sobre la base de criterios jurídicos, pues si esto fuese posible no estaríamos en el ámbito de apertura. Por tanto, queda únicamente el recurso a criterios no jurídicos. Entran en juego consideraciones generales de conveniencia, concepciones transmitidas y extendidas sobre lo bueno y malo, y consideraciones de justicia; en suma: conveniencia, costumbre y moral. [...] Y las cuestiones de justicia son cuestiones morales. Con ello, la pretensión de corrección establece una conexión metodológica o teórico-argumentativa necesaria entre derecho y moral.”

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

interprete lançasse mão de outras razões, de cunho moral,³⁶ integráveis ao sistema jurídico mediante a observância de um determinado procedimento judicial.³⁷ Em outras palavras: os procedimentos estabelecidos pelo direito seriam a comporta pela qual as razões morais escoariam para o direito, tornando-se, a partir de então, jurídicas.

Vê-se, então, que a teoria do direito manteve-se no âmbito de discussão de como seria possível agregar razões para se decidir os problemas jurídicos reservados aos casos difíceis. A discussão sobre o espaço argumentativo no direito ascende quando nos países ocidentais democráticos coloca-se em evidencia a concretização de Direitos Fundamentais pelo movimento que surge no pós segunda guerra, conhecido como neoconstitucionalismo, implicando numa nova concepção teórica, ideológica e metodológica.³⁸ Teoricamente foi possível perceber um movimento que passou a caracterizar a Constituição de estrutura e funcional diferenciada. Passou a descrever as regras fundamentais e superiores do ordenamento jurídico, cujo conteúdo axiológico apresentaria um valor especial.³⁹ Ideologicamente, procurou garantir a concretização dos Direitos Fundamentais como seu principal objetivo, servindo de direção para das atividades legislativas, executivas e judiciárias, além de assegurar mecanismos de tutela para tanto.⁴⁰ Na sua perspectiva metodológica o neoconstitucionalismo sustenta a existência de uma conexão necessária entre direito e moral, ponte que seria feita pelos princípios constitucionais e os Direitos Fundamentais.⁴¹

Como visto acima a equiparação entre os princípios – tratados aqui como princípios constitucionais e Direitos Fundamentais – com valores fez com que a teoria do direito

³⁶ A consideração do direito como um caso especial de discurso mantém a sua base na concepção de que está vinculado, na sua grande parte, a um discurso ou razões institucionalizadas (como as leis e os precedentes). Seguindo a análise a parte não institucionalizada – casos difíceis – permitiria lançar mão de recursos do discurso prático geral que envolveria razões éticas, políticas e pragmáticas, consideradas por Alexy como razões morais. Nesse sentido: ALEXY, Robert. La tesis del caso especial. In: *Isegoría*. n. 21. 1999, p. 27-28.

³⁷ ALEXY, La tesis del caso especial, p. 34: “La razón práctica justifica la existencia del sistema jurídico como tal y de sus estructuras básicas; tiene que estar presente en los procedimientos de formación de la opinión – y voluntad – democrática para que sus resultados sean legítimos y debe ser empleada en la argumentación jurídica para satisfacer la pretensión de corrección que en ella surge.”

³⁸ COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo*: un análisis metateórico. In: *Isonomía*. n. 16. 2002.

³⁹ *Idem.*, *Ibidem.*, p. 98.

⁴⁰ *Idem.*, *Ibidem.*, p. 100.

⁴¹ *Idem.*, *Ibidem.*, p. 101.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

contemporânea passasse a utilizar a ponderação como o método típico para dar conta da nova tarefa interpretativa. Ocorre que a tentação proporcionada pela ponderação ultrapassou os limites estritamente concebidos a resolução dos casos difíceis,⁴² passando a orientar todo o tipo interpretação do direito. A argumentação jurídica que se propunha a reservar espaço à institucionalização do direito abriu mão desses argumentos, lançando frente a uma argumentação completamente livre. É possível, assim afirmar, que os princípios acabaram por provocar uma hipertrofia argumentativa, transformando o direito em um produto de retórica do julgador ao justificar a sua decisão devidamente ponderada. A preocupação faz sentido quando se pensa na importância que a institucionalização de normas possui para que uma sociedade possa nutrir expectativas plausíveis sobre seus direitos e deveres.

5 Considerações finais

O presente trabalho mostrou como que a argumentação é concebida nas diversas perspectivas da teoria do direito, partindo do positivismo jurídico até o neoconstitucionalismo. O principal desafio a que se propunha o positivismo jurídico era a construção de um sistema de regras independentes de qualquer conteúdo moral, ético ou sociológico, a exemplo do pensamento do direito como uma ciência pura de acordo com Kelsen. Para tanto, utilizava-se de um esquema de normatização dos fatos relevantes proporcionava a inclusão de elementos ao sistema jurídico, sendo possível resolver qualquer problema pelo simples operar silogístico concatenado de normas jurídicas. A argumentação seria restrita a demonstrar que os fatos poderiam ser subsumidos às normas, e assim, contemplados pelo sistema jurídico. O grande questionamento seria a comprovação das premissas estipulados pela ordem jurídica. Mesmo assim, o caráter jusracional encontrava seus limites nas lacunas, momento em que a norma jurídica seria o produto da vontade do julgador.

⁴² Veja-se, por exemplo, a postura apresentada por Susanna Pozzolo de que o processo de aplicação direta do direito constitucional, proporcionado pela assunção conteudística do neoconstitucionalismo, permitira estender o balanceamento a legislação infraconstitucional, fazendo com que a norma – regra – não fosse aplicada no caso concreto, sem a necessidade de sua retirada do sistema jurídico. Cf. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 120.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

Pode-se então identificar no segundo pós guerra o surgimento de duas idéias paralelas. Uma delas postulando a recuperação da retórica, tópica e da argumentação como forma de condicionar o sistema jurídico a conteúdos ético-morais, não podendo prevalecer um direito formalmente perfeito, mas moralmente corrupto. A tópica, retórica e a argumentação serviriam para demonstrar que o sistema fechado postulado pelo positivismo não se sustentava mais e que não seria possível estabelecer a priori todas as possibilidades de aplicação do direito, pois, mesmo assim, existiriam casos onde o direito deveria acompanhar a mudança social. A perspectiva do pensamento jurídico é retirada de um sistema normativo fechado, para se desenvolver de maneira problemática, tópica, angariando argumentações que convencessem a decisão do juiz no caso concreto.

Além disso, o questionamento figurou quanto à forma de reconhecimento do direito, condicionando-o as idéias de uma fonte social proporcionada pela regra de reconhecimento. A teoria de Hart traz a regra secundária como forma de identificação, modificação e adjudicação do direito. O próprio sistema jurídico muitas das vezes poderia fornecer o critério para o reconhecimento da identificação e modificação do direito, contudo, na adjudicação existiriam casos onde o direito não ofereceria respostas seguras (considerando a característica ambígua e vaga da linguagem – também vistos como casos difíceis), constituindo uma zona de penumbra ou cinza, na qual, o juiz teria a possibilidade de decidir de acordo com as suas livres convicções.

Criticando a concepção de direito como um sistema duplo de regras, Dworkin entende que existiram outros padrões normativos, não podendo reduzi-los apenas as regras. Esses padrões seriam os princípios, sendo-lhes atribuída a função de direcionar a decisão do juiz. Pode-se especular, portanto, que para Dworkin os princípios auxiliariam a compreensão das regras e orientariam o julgador para a resolução de um caso difícil. A teoria de Dworkin avança quando condiciona a aplicação dos princípios a uma (re)construção da institucionalização do direito como um todo, a ponto de exigir o dever de coerência e integridade nesse processo.

No âmbito de discussão sobre o papel dos princípios Alexy procura estabelecê-los como mandados de otimização, cuja realização se dá aproximativamente de acordo com as condições fáticas e jurídicas que permeiam o caso concreto. Para Alexy os casos difíceis

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

remeteriam a uma colisão entre princípios, situação que obrigaria o intérprete a lançar mão de um juízo ponderativo. A decisão seria o resultado de uma ponderação – hierarquização entre os princípios – produzindo uma decisão que respondesse a limitação da máxima da proporcionalidade. Com a ponderação Alexy abre mão de uma institucionalização do direito, confiando na possibilidade subsidiária de recurso à moral, enxertada ao direito mediante um procedimento que controle a argumentação dos envolvidos.

Ainda sobre os efeitos do segundo pós guerra o constitucionalismo moderno avança às instituições democráticas, provocando rupturas na forma de pensar o direito ao estabelecer o neoconstitucionalismo. Essa corrente trouxe consigo novas concepções teóricas, ideológicas e metodológicas, sendo importante referir, mesmo que resumidamente, o lançamento da Constituição como fonte principal do direito, onde os Direitos Fundamentais e as normas constitucionais inundam o sistema jurídico. Com isso, os princípios tem o seu reconhecimento normativo hipertrofiado, passando a representar o grande fundamento para a jurisdição. Aliás, é da jurisdição constitucional que o “método” de aplicação dos princípios – ponderação – passa a ser copiado e serve de guia às decisões judiciais também aos casos fáceis.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. *La institucionalización de la justicia*. Trad. José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002

_____. La tesis del caso especial. Trad. Ernesto Garzón Valdés. In: *Isegoría*. n. 21. 1999. p. 23-35.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica: Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho. n. 22. Alicante, 1998, p. 209-220.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: *Isonomía*. n. 16. 2002.

DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006

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

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.

GONZÁLEZ, Santiago Sánchez. De la imponderable ponderación y otras artes del tribunal constitucional. In: *UNED. Teoría y realidad constitucional*. n. 12-13, 2004, p. 351-382.

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

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Trad. Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

PERELMAN, Chaïm. *Tratado de argumentação*: a nova retórica. Trad. Maria ERmantina de Almeida Prado Galvão 2. ed. São Paulo: Matins Fontes, 2005.

_____. *Lógica jurídica*: nova retórica. Trad. Vergínia K. Pupi. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Trad. 5. ed. Alemã. Rev. e Amp. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.