SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

APONTAMENTOS SOBRE TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA HISTÓRIA DO DIREITO

NOTES ON THEORIES OF LEGAL ARGUMENTS IN LAW HISTORY

Sérgio Henriques Zandona Freitas [1]
Felipe Bartolomeo Moreira

Resumo

O presente estudo científico pretende analisar a evolução das teorias da argumentação jurídica e os giros históricos que geraram a ruptura entre os paradigmas das teorias jusnaturalista, juspositivista e pós-positivista. A importância deste trabalho é demonstrar as alterações de formas de se interpretar e aplicar o direito com o passar do tempo. Assim, serão apresentadas as teorias de alguns ícones dessas mudanças de paradigmas como Kelsen, Dworkin, Alexy e Habermas e o que foi mudado em cada uma dessas fases hermenêuticas. Será adotada a pesquisa bibliográfica, com o método hipotético dedutivo, utilizando-se como marco teórico os autores supra mencionados.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica, Jusnaturalismo, Juspositivismo, Pós-positivismo, Análise histórica do direito

Abstract/Resumen/Résumé

This scientific study aims to analyze the evolution of theories of legal reasoning and historical turns that led to the rupture among the paradigms of natural law theory, juspositivist theory and post-positivist theory. The importance of this work is to demonstrate the changes in interpreting and applying the law over time. Thus, will be presented the theories of some icons of these paradigm shifts as Kelsen, Dworkin, Alexy and Habermas and what was changed in each of these hermeneutical stages. Literature research will be adopted with the hypothetical deductive method, using as theoretical framework the authors mentioned above.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal hermeneutics, Jusnaturalism, Juspositivism, Post-positivism. historical analysis of law

[1] Professor Orientador PPGD Universidade FUMEC

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo científico tem como finalidade apresentar os principais aspectos das teorias da argumentação jurídica, bem como estudar o que motivou os giros hermenêuticos ocasionados com a ruptura de paradigmas das teorias jusnaturalista, juspositivista e pós-positivista.

A importância deste trabalho é buscar demonstrar o que gerou a necessidade de se alterar as formas de interpretar e aplicar o direito com o passar do tempo.

Alguns autores, como Hans Kelsen, Ronald Dworkin, Robert Alexy e Jügen Habermas formularam teorias que apresentaram significativas alterações frente ao paradigma anteriormente estabelecido, culminando na ruptura do padrão existente com a implementação de novas técnicas de interpretação e aplicação do direito.

Assim, será realizada pesquisa bibliográfica, através do método hipotético dedutivo, para encontrar dentro dos marcos teóricos supra mencionados justificativas para ocasionar os giros hermenêuticos e, consequentemente, a quebra dos paradigmas até então existentes.

2 JUSNATURALISMO

O jusnaturalismo tem o início de seus estudos na Grécia antiga e o início do Império Romano, e possui como base um direito natural que independe da vontade humana.

A religião estava intimamente ligada ao direito e por vezes não eram sequer dissociados (COULANGES, 2006, s.p.), de forma que todo ordenamento jurídico positivado apenas seria válido se estivesse em conformidade com o Direito Natural, tido como justo. Este senso de justiça é melhor elaborado com a fusão do cristianismo com o direito (*v.g.* lei das XII tábuas).

São Tomás de Aquino afirma que as Leis Divinas sequer podem ser chamadas de direito, pois este pressupõe uma relação de igualdade, inexistente entre Deus e os homens. Assim, ele divide as leis em quatro categorias: a primeira é composta pelas Leis Eternas tidas pela criação divina, sendo imutável e impossível de ser negada; a segunda é composta pelas Leis Naturais consubstanciadas na parte das Leis Eternas que o homem tinha ciência da vontade proclamada por Deus de forma indireta, através da inteligência, com o conhecimento das leis naturais através de atos intuitivos; a terceira é composta pelas Leis Humana elaboradas pelos homens para regulamentar o conteúdo descrito nas Leis Naturais; por fim, a quarta era composta pelas Leis Divinas que os homens tinham

acesso por mero estado de graça, por revelação, e não pela razão. (MOURA, 2004, p. 35/36).

A partir do século XVI, o jusnaturalismo sofreu um giro hermenêutico passando a privilegiar a razão humana ao invés da mera benevolência divina. Tal alteração decorreu, principalmente, em razão da alteração de paradigma da época em termos libertários, iluministas, em que todas as coisas do mundo deveriam ser entendidas pelos homens (CHAVES; RODRIGUES-PEREIRA, 2015, p. 79).

Com essa mudança de paradigma o homem se torna o centro das atenções, e, com isso, as pessoas precisam confirmar um pacto de coexistência para poder ter seus direitos naturais garantidos através de um poder soberano. Para tanto, alguns autores, como Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau desenvolvem teorias contratualistas (CHAVES; RODRIGUES-PEREIRA, 2015, p. 80).

Hobbes entende que as pessoas possuem um único direito natural: o de legítima defesa. Isso porque o homem tem características que inviabilizam a vida em sociedade, sedo necessário um pacto para evitar conflitos no Estado garantido através de um homem artificial com superpoderes (Leviatã), gerando uma forte tendência absolutista. (CHAVES; RODRIGUES-PEREIRA, 2015, p. 81/83).

Locke, por outro lado, possui uma forte tendência liberal afirmando que os homens são iguais e livres e tendem a melhorarem através do empirismo. Assim, o pacto social se dá com a abdicação dos direito em detrimento da sociedade, escolhendo um governo para manter os direitos naturais dos cidadãos (CHAVES; RODRIGUES-PEREIRA, 2015, p. 83/84).

Por fim, Rousseau entende que as pessoas possuem bondade naturalmente dentro de cada um, e, ao se agruparem para viver em sociedade abandonam tudo o que tem de bom transformando-se em pessoas desiguais cheias de maldade, de forma que o pacto social não é suficiente para garantir os direitos naturais que deveriam garantir a igualdade e a oportunidade para todos (CHAVES; RODRIGUES-PEREIRA, 2015, p. 86/87).

3 JUSPOSITIVISMO DE HANS KELSEN[1]

A insegurança do significado de justo, bom e demais direitos decorrentes das leis naturais fez com que surgisse um novo giro hermenêutico, fazendo com que os direitos não fossem mais naturais, mas baseados em normas postas pelos homens.

[1] Capítulo baseado no livro: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

Kelsen escreveu a Teoria Pura do Direito afirmando que a teoria é pura pela neutralidade daquele que a analisa, bem como pela própria pureza do direito em si, através de uma visão sem influências políticas, sociais, econômicas, dentre outras.

A norma, para Kelsen, possui três finalidades: prescrever condutas; conferir poder / competência a uma autoridade; permissão positiva (KELSEN, 1994).

Essa teoria traz a idéia de validade de uma norma através de sua fundamentação em outra norma hierarquicamente superior e embasada finalmente na "norma fundamental" (norma pressuposta – ato de pensamento), sendo esta pirâmide em que uma norma embasa outra chamada pelo Doutrinador de "dinâmica jurídica", e na base da pirâmide estão os atos de execução em conseqüência, e fundamentado em, uma norma posta (ambos são atos de vontade).

A norma passa a não ter qualquer liame subjetivo, de forma que sequer pode ser tratada como verdadeiras ou falsas, mas sim como válida ou inválida, entretanto, essa norma irá justificar uma afirmativa de Kelsen: "se é A deve ser B", onde A é o ilícito e B a sanção, podendo essa afirmativa ser ou não verdadeira (KELSEN, 1994).

Para uma norma ser considerada válida ela deveria possuir o fundamento de validade, ou seja: o silogismo de norma hierarquicamente superior para validar um ato (em que existe um silogismo de uma premissa maior – norma – que atribui competencia ou poder a uma autoridade – dever ser – a premissa menor – ato de vontade, ser – que gerará a conclusão de validade ou não); e a condição de validade (a norma deve ser minimamente eficaz, seja por sua aplicação ou por seu cumprimento).

Desta forma, pode-se verificar que Kelsen não entende princípio como norma.

Para que essas normas fossem utilizadas, Kelsen afirmava que seria necessário interpretá-las. A interpretação seria feita da seguinte forma: os cientistas do direito estudariam e extrairiam de uma norma todas as interpretações possíveis, colocando-as em uma moldura imaginária (ato de conhecimento), cabendo ao juiz, o aplicador do direito, utilizar uma dessas interpretações possíveis para o caso em concreto (decisionismo Kelseano), ou então o próprio aplicador do direito poderia fazer a "interpretação autêntica" (apesar de ser um ato de vontade) e buscar uma resposta para o caso fora das "interpretações possíveis" (discricionariedade Kelseana), tornando essa decisão válida a partir do momento que transitar em julgado (KELSEN, 1994).

A partir dos pensamentos de Kelsen, uma inquietude tomou conta dos filósofos e pensadores do direito, pois os atos de interpretação e, principalemente, o ato de discricionariedade Kelsiana gerou uma instabilidade em sua teoria pois esta deixava de

ser pura. O interprete, acabaria tendo que fazer um juizo de valor até mesmo para escolher uma das respostas válidas (KELSEN, 1994).

4 PÓS-JUSPOSITIVISMO

Como já ressaltado no início do presente artigo científico, Ronald Dworkin, Robert Alexy e Jügen Habermas formularam teorias que apresentaram significativas alterações frente ao paradigma anteriormente estabelecido, culminando na ruptura do padrão existente com a implementação de novas técnicas de interpretação e aplicação do direito.

4.1 RONALD DWORKIN[2]

Dworkin foi um dos filósofos que se insurgiu à teoria puramente positivista, argumentando especialmente que: as normas são oriundas da história de uma sociedade; sua validade depende diretamente de sua aplicabilidade; o significado de uma norma não pode ser entendida apenas pelo seu texto, mas também por seu contexto (DWORKIN, 1999).

Assim, ele faz o que chama de ataque geral ao positivismo, criando a ideia de normas como gênero tendo como espécies regras (leis propriamente ditas) e princípios (forma de direcionamento de uma sociedade), razão pela qual sua teoria também é conhecida como sistema de princípios.

Para Dworkin os princípios são vinculantes por serem intersubjetivos e estes se diferencia das regras em razão da coexistência. Enquanto as regras contrárias não podem coexistir, sendo certo que uma anulará a outra o que ele chama de sistema "tudo ou nada", os princípios podem ser coexistentes em razão do sistema de controle de aplicabilidade chamado *balance.* Este sistema determina que em cada caso concreto deve-se analisar os princípios que se aplicariam ao caso, e, aquele que possuir o maior "peso" será aplicado.

Dworkin ao falar da vida em sociedade, diz que as pessoas vivem em sociedade de princípios porque "aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político" (DWORKIN, 1999, p. 254), sendo possível visualizar uma sociedade um pouco mais complexa que aquela ligada apenas por um convencionalismo dos jusnaturalistas.

Para Dworkin a legitimidade (e não mais validade, como diria Kelsen) do direito decorre justamente dessa coerência principiológica, sistema de princípios, diferentemente da validade por origem proposta por Kelsen.

---

[2] Capítulo desenvolvido com base no livro: DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Através dessa coerência e da legitimidade o juiz, que deverá fazer um trabalho hercúleo de reconstruir um fato para poder exercer o trabalho judicacional adequado e sem inserir seus próprios pré-conceitos no caso, deverá apresentar a resposta correta para o caso concreto, sendo essa o reflexo da própria manifestação da integridade do direito.

Como dito alhures, o juiz não cria direito, apenas aponta a resposta correta, com a norma a ser utilizada, depois de descobri-la (no sentido de tirar o véu que a cobre).

A partir dessas colocações Dworkin afirma sempre existir uma resposta correta aplicada em razão da estrutura normativa inteiramente conhecida pelo juiz (Hércules), mesmo quando existirem casos difíceis, ocasião em que esse juiz descrito por ele terá capacidade de superar a dimensão da adequação interpretativa e de ajustá-lo ao caso em concreto (DWORKIN, 1999, p.277).

Primeiramente, Hércules irá buscar as interpretações aceitáveis (*a priori*) para uma sociedade íntegra regida por normas (incluindo-se os princípios), a partir dessa seleção, o juiz passará a analisar qual dessas interpretações melhor satisfaz o ideal de integridade do direito, através da melhor fundamentação para que a resposta correta seja desvelada, devendo todos os argumentos políticos ser sucumbidos por argumentos de princípio (de direito).

4.2 ROBERT ALEXY[3]

A teoria de Alexy possui uma semelhança enorme com a apresentada por Ronald Dworkin, parecendo até mesmo, em alguns pontos, uma "re-leitura" deste autor, entretanto existem pontos que divergem drasticamente.

Antes de adentrar nas diferenças entre Dworkin e Alexy, insta mencionar que a doutrina de Alexy possui uma forte carga axiológica o que pode ser verificado quando afirma que a norma fundamental descrita por Kelsen não pode ser totalmente neutra, devendo possuir, além das características de validade e eficácia, também a qualidade de justa, assumindo o direito como parte da moral. Isso se dá porque essa norma fundamental teria a função de transformar o ser (socialmente eficaz) em dever-ser (juridicamente válido), de determinar os critérios a que o direito é embasado, além de criar uma idéia de unidade de sistema já que a validade de qualquer norma seria fundamentada na norma fundamental.

Já quantao a comparação com Dworkin, Alexy faz uma releitura de Dworkin quanto a aplicação de regras e princípios, concluindo que as regras também devem ser

[3] Capítulo baseado no livro: ALEXY, Robert. **El concpto y validez del derecho**. Traducion de Jorge M. Sina. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

aplicadas no sistema "tudo ou nada", mas os princípios que *in prima face* puderem influenciar em uma decisão devem fazer parte da mesma aplicados de forma ótima (mandado de otimização), pesada de acordo com sua importância (valorativa) de cada um para o caso concreto.

Percebe-se, assim, que enquanto Dworkin aplica a palavra *balance* para a escolha do princípio a ser aplicado no caso em concreto, Alexy a utiliza na aplicação.

Essa carga axiológica empregada por Alexy em sua teoria se deve porque, para ele, toda colisão entre princípios será também uma colisão de valores e vice versa, entretanto os princípios dizem respeito ao dever-ser enquanto os valores dizem respeito ao melhor, de forma que ao invés de escolher a norma adequada (deontologicamente compreendida) escolhe a norma "mais preferível", mesmo após a reconstrução da situação pelas partes (ALEXY, 1997).

4.3 JÜNGEN HABERMAS[4]

Para Habermas, uma norma não pode ser preferia a outra, mas sim aplicada ou não, de forma que o sistema de otimização de Alexy não corresponderia a uma "integridade do Direito". Esse filósofo ensina que a aplicação de alguma norma, em especial dos princípios, deve seguir um código binário (válido, não válido) e não uma forma gradual, buscando bases para sua teoria em Dworkin.

Habermas delineia de forma clara que os princípios possuem um caráter deontológico, enquanto os valores possuem um caráter axiológico (HABERMAS, 1998).

Habermas ainda diz que o direito (e os princípios nele embutido) deve ser um sistema coerente, novamente aproveitando ensinamentos de Dworkin (sistema de integridade), já os valores buscam uma prevalência e não a coerência.

A principal crítica quanto ao sistema de ponderação é a ausência de qualquer critério de racionalidade normativa, de forma que Habermas entende que as decisões seriam arbitrárias ou discricionárias.

Habermas explica que a transformação de uma norma *prima facie* aplicável para uma norma adequadamente aplicável se dá através do discurso, incluindo-se ai a reconstrução completa do caso (HABERMAS, 1998).

Assim, o juiz hercúleo de Dworkin tira um certo peso de suas costas, pois ao invés de sistematizar toda a malha principiológica e de normas aplicáveis a casos anteriores,

[4] Capítulo baseado no livro: HABERMAS, Jürgen: **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el estado democrático en término de teoría del discurso. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

ele já passa a possuir um pré entendimento sobre uma matéria já sedimentada, de forma que já existiria uma certa ordem para auxiliar no trabalho de resolução do caso concreto (DWORKIN, 1999).

5 CONCLUSÃO

Diante do estudo apresentado, percebe-se que os giros hermenêuticos foram claros em determinadas épocas da história por questões de crises que tais teorias não conseguiam responder.

O jusnaturalismo inicialmente não conseguiu se manter em razão do excesso de ausência de fundamentação lógica, de forma que os iluministas se viram obrigados a repensar esta teoria.

Como ela não era capaz de gerar confiabilidade social, foi necessária a criação do positivismo que veio suprir esta lacuna, no entanto, sua rigidez abria espaço para outras lacunas, e o exercício de interpretação da norma era incompatível com sua sistematização.

Assim, viu-se a necessidade de se evoluir também aquela teoria para o pós-positivismo que incluía os princípios como normas. Mesmo neste modelo, também se viu a necessidade de se fazer alguns ajustes, vindo a teoria da discursividade de Habermas auxiliar a completar as teorias apresentadas anteriormente por Dworkin e por Alexy.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El concpto y validez del derecho**. Traducion de Jorge M. Sina. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

CHAVES, André Luiz Maluf; RODRIGUES-PEREIRA, Thiago. A doutrina filosófica do jusnaturalismo à luz das teorias contratualistas de john locke, thomas hobbes e jean-jaques rousseau. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, a.1, nº 3, p. 75-90, 2015.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução Frederico Ozanam Pessoa de Barros em 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf>. Acesso em: 02 set. 2016.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HABERMAS, Jürgen: **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el estado democrático en término de teoría del discurso. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

MOUTA, Odilão. **A doutrina do direito natural em Tomás de Aquino**. Jurisprudência.