

## AS VISÕES DE ORDENAMENTO JURÍDICO E SUAS CONCEPÇÕES: UMA BUSCA PERMANENTE POR UMA INTERPRETAÇÃO ADEQUADA NA CONTEMPORANEIDADE

Fernando Chaim Guedes Farage<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho se propõe, em linhas gerais, a proceder à análise das concepções de ordenamento jurídico propostas por Hans Kelsen, Ronald Dworkin, Robert Alexy bem como a Teoria do Discurso de Jurgen Habermas, e a partir delas fazer uma reflexão sobre a necessidade permanente de interpretação adequada do Direito para entrega de um ordenamento capaz de satisfazer as pretensões sociais de nossa época.

**Palavras-chave:** Análise; Concepção; Reflexão; Proteção; Direito.

**ABSTRACT:** The present work proposes, in general lines, to proceed to the analysis of the conceptions of legal system proposed by Hans Kelsen, Ronald Dworkin, Robert Alexy as well as Jurgen Habermas' Theory of Discourse, and from them, to reflect on the permanent need to adequate interpretation of the Law for the delivery of an order capable of satisfying the social pretensions of our time.

**Keywords:** Analysis, Design, Reflection; Protection; law.

---

<sup>1</sup> Mestre pela Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC de Juiz de Fora- MG. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior de Juiz de Fora-MG. Advogado. Professor de Direito Processual Civil, Administrativo, Eleitoral, Ambiental e Previdenciário. Email: fernandochaim17@gmail.com

## **INTRODUÇÃO**

A hermenêutica é a ciência dedicada à interpretação, ao entendimento a partir de textos, do próprio sentido das palavras. Na seara jurídica é da mais alta relevância a sua importância e impacto na entrega das pretensões levadas ao Judiciário. Entretanto, com uma sociedade cada vez mais complexa, em transformação permanente, e em um ritmo cada vez mais acelerado, necessário se faz escolher de maneira adequada por qual concepção o próprio Direito deve ser compreendido, para com isto, aplicá-lo da maneira mais adequada, em esforço permanente para acompanhar as transformações diárias que o mundo da vida nos impõe.

Para tal intento, é imperioso que se proceda a uma concepção de ordenamento jurídico capaz, de levar em consideração todas as peculiaridades de cada caso, ao mesmo tempo, que considera que o ordenamento jurídico deve buscar coerência, coesão e ao mesmo tempo, ter liberdade e autonomia para justamente, romper com visões e interpretações quando estas não se mostrarem mais adequadas ao tecido social, a fim de que o mesmo que não se reduza a relativização e nem se limite a segurança legal em detrimento da justiça no caso concreto.

É nesta tônica, que procederemos a uma breve análise das principais concepções jurídicas de ordenamento na visão de alguns autores, fazendo ainda, as devidas críticas e buscando ao final, entender qual delas, pode oferecer em nosso tempo uma resposta satisfatória aos anseios que o próprio Direito assume para si na tentativa de estabilizar expectativas de comportamento e distribuir iguais liberdades a todos.

### **1. A TEORIA PURA DO DIREITO DE KELSEN**

A teoria pura do Direito de Hans Kelsen, em suma, tratou de estabelecer a concepção de um sistema jurídico de regras escalonadas, onde uma norma, é justificada, por outra imediatamente superior, e esta por sua vez, por outra norma

superior, e assim se continuaria em ascendência até que se alcançasse o topo da cadeia, e lá teríamos a norma fundamental, que é a norma última do sistema jurídico, que justifica todas as demais, esta por sua vez, não necessitaria de ser justificada em qualquer outra, é neste sentido que vai afirmar que a norma fundamental é:

[...] o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isto não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior. Se se pergunta pelo fundamento de validade de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir na recondução à norma fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental. [...]²

Entendida a concepção estrutural do ordenamento jurídico em Kelsen, passamos a análise de outro ponto importante, para nossa busca, a forma a qual deve proceder o aplicador do Direito em tal teoria, o que se faz assaz importante, para que se saiba como procederia um aplicador frente a um caso que envolveria direitos fundamentais.

Na concepção Kelseniana, as funções do aplicador do Direito, se diferem daquela exercida pelo cientista do Direito³. Para ele, cabe ao cientista do Direito proceder a análise, tão somente dos quadros de possíveis interpretações, das mais variadas que um determinado caso pode apresentar. Ao aplicador por seu turno caberia, o que Kelsen chama de interpretação autêntica⁴, qual seja, escolher dentro das várias hipóteses possíveis aquela que se encaixa com o caso sob julgamento, nas palavras de Kelsen:

---

² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo. Martins Fontes, 1998, p.139.

³ Ibid. p.145. É neste sentido que Kelsen vai afirmar: “Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um inferior. [...] Mas também os indivíduos que têm-não de aplicar, mas de observar o Direito, observando e praticando a conduta que evita a sanção precisam compreender e, portanto, de determinar o sentido das normas jurídicas que por eles hão de ser observadas. E, finalmente, também a ciência jurídica, quando descreve um Direito positivo, tem de interpretar suas normas. Desta forma, existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica.”

⁴ Ibid., p.250.

[...] Se por 'interpretação' se entende a via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. [...] Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura de uma norma geral. [...]<sup>5</sup>

Mas como se escolher qual a decisão “correta” para um determinado caso envolvendo direitos fundamentais, por exemplo? Qual é a resposta de Kelsen? A resposta é a seguinte:

[...] A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam no quadros do Direito a aplicar, a 'correta', não é sequer – segundo o próprio pressuposto que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema da teoria do Direito, mas um problema da política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas. [...]<sup>6</sup>

Kelsen ainda vai tratar de dizer, que quando o juiz se deparar com um caso que não se encaixe dentro das várias possibilidades legais poderá se valer da interpretação autêntica, para suprimir tal ausência, e que tal decisão se legitimará quando do trânsito em julgado da decisão.<sup>7</sup>

Mas será esta posição de Kelsen a mais correta? É cabível que se aceite a idéia de que não temos uma única decisão correta para um caso, mas sim diversas possibilidades de aplicação que aquela norma nos dá? É assim que se legitima o próprio Direito?

Podemos apontar alguns elementos que nos fazem refletir se a teoria de Kelsen é de fato capaz de dar guarida de forma plena ao ordenamento jurídico, para tanto nos valeremos das palavras de Lúcio Antônio Chamon Júnior que em crítica direta a teoria de Kelsen afirma:

---

<sup>5</sup> Ibid., p. 247.

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo. Martins Fontes, 1998, p 249.

<sup>7</sup> Ibid., p. 250.

[...] Mas a saída encontrada por Kelsen esvazia o próprio conteúdo de uma pretensão legitimidade na operacionalização do sistema jurídico ao interpretar que mesmo uma norma individual porventura alcançada fora da moldura do Direito não seria invalidada porque haveria uma via salvífica de interpretação funcional que viria reconhecer o 'princípio' da coisa julgada como capaz de superar a dificuldade quando encarado o mesmo problema em termos normativos. [...] O positivismo Kelseniano leva, ao final, a um modelo de regras sufocante: o que é juridicamente válido não só o é na medida em que tem sua validade oriunda da norma superior e condicionada ao fato de sua eficácia, mas também em razão de os tribunais poderem determinar, em última hipótese, sua vontade como objetivamente válida desde que também minimamente eficazes. [...] <sup>8</sup>

Resta claro, portanto, uma série de incongruências na proposta teórica de Kelsen que permitem a legitimidade do Direito pela mera faticidade dos eventos que se apresentam, o que, por conseguinte, poderá se tornar um problema para própria estabilidade das decisões em um caso concreto, que fica fragilizada, frente a incontáveis possibilidades de interpretação normativa e também a saída criada com a interpretação autêntica, que abrem brechas temerariamente ao decisionismo exacerbado.

Colacionamos ainda, à crítica feita por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, a respeito da proposta de ordenamento de Kelsen:

[...] Não é que não haja várias interpretações possíveis para o Direito, ou em termos mais precisos, várias normas válidas, que a princípio poderiam vir à regular esse caso, mas é que, para interpretar o Direito, para aplicá-lo, é necessário levar em consideração, e *isso é justamente o que Kelsen não faz*, o caso concreto. Que várias interpretações sejam possíveis ou que várias normas não sejam válidas, isso não quer dizer que todas elas sejam adequadas ao caso concreto<sup>9</sup>. A reconstrução do caso concreto, argumentativamente realizada através e nos limites do processo jurisdicional, deve ser tomada como parte integrante do próprio processo de reconstrução ou determinação da norma a aplicar. Afinal, o processo jurisdicional implica uma série de atos que, realizados em contraditório entre as partes<sup>10</sup>, prepara o provimento jurisdicional. [...] <sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional do direito penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006, p. 46-47.

<sup>9</sup> Neste trecho o autor inclui comentário e referência à obra de: DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p.14 e seguintes, “desenvolve toda uma crítica às teses positivadas de H.L.A. Hart, dentre elas a tese da discricionariedade do juiz que, sem dúvida, serviu, muitas vezes, de base para críticas desenvolvidas aqui à tese kelseniana da interpretação autêntica. Num outro sentido, embora extremamente interessante, ver JOUANJAN, Olivier. *Présentation du traducteur*. In: Muller, Friedrich, *Discourse de la méthode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p.7. *et seq.*”

<sup>10</sup> Nova referência, desta vez, a obra de: GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.102 *et seq.*

<sup>11</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte. Mandamentos, 2001, p.59-60.

## 2. O ORDENAMENTO JURÍDICO DE RONALD DWORKIN

Se com Kelsen tínhamos uma concepção do Direito como um sistema de regras, com Ronald Dworkin invertemos completamente estes conceitos. Para Dworkin o ordenamento jurídico deve ser entendido como um ordenamento principiológico e não positivo em sentido estrito. É assim que vai afirmar:

[...] O convencionalismo estrito fracassa como interpretação de nossa prática jurídica mesmo quando – e sobretudo quando – enfatizamos seu aspecto negativo. E fracassa pela seguinte razão paradoxal: nossos juízes, na verdade, dedicam *mais* atenção às chamadas fontes convencionais do direito, como as leis e os precedentes, do que lhes permite o convencionalismo. Um juiz consciente de seu convencionalismo estrito perderia o interesse pela legislação e pelo precedente exatamente quando ficasse claro que a extensão explícita dessas supostas convenções tivesse chegado ao fim. Ele então entenderia que não existe direito, e deixaria de preocupar-se com a coerência com o passado; passaria a elaborar um novo direito, indagando qual lei estabeleceria a legislação em vigor, qual é a vontade popular ou o que seria melhor para os interesses da comunidade no futuro.[...]¹²

Ele vai nos informar também, que tanto regras quanto princípios fazem parte do ordenamento jurídico diferentemente do pensar positivista. É neste sentido que comentando a obra de Dworkin, Lúcio Antônio Chamon Júnior, vai nos esclarecer a respeito deste ponto e nos dizer de onde decorre a legitimidade do Direito na perspectiva teórica de Dworkin:

[...] Os princípios integram o Direito, assim como as regras: é a tese inicial de Dworkin. ¹³[...] Dworkin afirma que os princípios, mais ‘abertos’ que as regras – sobretudo em *Taking rights seriously* -, fazem parte do que compreendemos por Direito, sendo obrigatórios e capazes de vincular os juízes em suas decisões. Todavia, essa vinculação, seu caráter jurídico, não pode ser proposta sem ser justificada. E dessa justificação decorre a noção de legitimidade de todo o Direito. Outra pergunta mais ampla é necessária: por que, obedecemos aos comandos do Direito? A resposta se faz curta: porém densa: porque vivemos em uma comunidade de princípios.¹⁴ [...] O modelo de princípios, como propõe Dworkin, exige das pessoas que elas tenham uma compreensão compartilhada, mas no sentido de que certas pessoas apenas podem ser consideradas como membros de uma comunidade se admitem que tem seus destinos estão reciprocamente ligados, não no sentido emotivo, mas quando ‘aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas regras criadas por um acordo

---

¹² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. Martins Fontes. São Paulo, 2007, p. 159.

¹³ CHAMON JÚNIOR, op. cit., p. 50

¹⁴ Ibid., p. 50.

político'<sup>15</sup> [...] A integridade do Direito, que pode ser entendida como essa coerência principiológica do sistema de normas, faz com que tratemos a comunidade política como uma comunidade princípios.<sup>17</sup> [...] A validade do Direito, melhor diríamos, sua legitimidade decorre do fato de ser uma ordem em que o princípio da integridade – em uma noção de comunidade de princípios – permite que os cidadãos respirem um sistema idealmente coerente, assentado em uma comunidade associativa. O Direito vale não em função de uma norma fundante, mas em razão de um sistema de princípios hermenêutica e criticamente tomado em conta que, como diria Dworkin, está na base e confere legitimidade às decisões das instituições políticas. E, justamente por ser força legítima, vincula os juízes, e ficando assim, rechaçada a discricionariedade do juiz em moldes positivistas. [...]<sup>18</sup>

Com as colocações acima expostas, resta evidente, que proposta de Dworkin em muito se difere da Kelsen, pois parte de uma perspectiva da própria comunidade de forma conjunta para lá retirar a validade de toda a sua teoria se distanciando completamente da estrutura escalonada observada em Kelsen. E esta integridade a que se refere, é que traria a vinculação dos juízes perante a aplicação do Direito.

Mas como proceder à aplicação legal, em tal proposta teórica? Dworkin vai propor então a figura de um juiz imaginário: Hércules. E através da figura deste magistrado fictício, vai nos oferecer um modelo de interpretação ideal, que deve inspirar e ser seguido pelos magistrados da vida real, na busca pela resposta mais correta ao caso concreto, nos trazendo ainda, a noção do romance em cadeia, outro elemento importante no ato de aplicação legal. É assim que diz:

[...] Os juízes, porém, são igualmente autores e críticos. Um juiz que decide o caso *McLoughlin* ou *Brown* introduz acréscimos na tradição que interpreta; os futuros juízes deparam com uma nova tradição que inclui o que foi feito por aquele. É claro que a crítica literária contribui com as tradições artísticas em que trabalham os autores; a natureza e a importância dessa contribuição configuram em si mesmas, problemas de teoria crítica. Mas a contribuição dos juízes é mais direta, e a distinção entre autor e intérprete é mais uma questão de diferentes aspectos de um mesmo processo. Portanto, podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de 'romance em cadeia'.<sup>19</sup> [...] No direito, porém, a exemplo do que ocorre na literatura a interação entre adequação e justificação é complexa. Assim como, num romance em cadeia, a interpretação representa para cada intérprete um delicado equilíbrio entre diferentes tipos de atitudes literárias e artísticas, em direito é um delicado equilíbrio entre convicções

---

<sup>15</sup> Fazendo referência direta a obra de: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo. Martins Fontes, 1999, pp. 242-243.

<sup>16</sup> CHAMON JÚNIOR, op. cit., p.51.

<sup>17</sup> Ibid., p. 52.

<sup>18</sup> CHAMON JÚNIOR, op. cit., p.52.

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald, op. cit., p.275.



políticas de diversos tipos; tanto no direito quanto na literatura estas devem ser suficientemente afins, ainda que distintas, para permitirem um juízo geral que troque o processo de uma interpretação sobre um tipo de critério por seu fracasso sobre outro. Devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade. Vamos chamá-lo de Hércules.<sup>2021</sup>

Para o intento de julgar, portanto, o magistrado Hércules tem de ser capaz de superar as dimensões de adequação e de ajuste normativos para alcançar a resposta correta para tal caso, levando em consideração a integridade do Direito e entendendo este como um romance em cadeia. Explicando melhor estes conceitos nos assevera Lúcio Antônio Chamon Júnior:

[...] Em seu ofício de interpretação, Hércules encontrará duas dimensões que deverá superar: a dimensão da adequação interpretativa e a dimensão do ajuste.<sup>22</sup> Na dimensão de adequação, Hércules vai alcançar as interpretações *a priori* aceitáveis para o caso concreto. Para tanto, baseando-se na idéia de integridade, o juiz interpreta esse sistema de princípios à luz da prática das instituições de sua comunidade: aqui os precedentes têm muita importância. A solução de um *hard case* consiste no fato de ser permitido ao juiz uma leitura daquilo que é, em parte, reflexo da história política da comunidade: quais são os princípios e soluções alcançados dentro do amplo sistema de normas. Dentre as possibilidades que se mostram aceitáveis para um determinado caso, o juiz Hércules deverá optar por aquela leitura interpretativa que melhor satisfaça ao ideal de integridade. Trata-se daquela interpretação mais bem fundamentada<sup>23</sup>. [...] Pode ser que nenhuma solução até então dada sirva como ponto de fundamentação para a solução cunhada por Hércules, mas não se pode desconsiderar a importância que tais construções historicamente datadas têm na compreensão interpretativa do Direito enquanto sistema de princípios – afinal, à metáfora do Hércules, Dworkin complementa outra: a metáfora do romance em cadeia. É mediante essa forma de interpretação

<sup>20</sup> DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 286-287.

<sup>21</sup> Há também nota do autor em referência a outra obra de sua autoria, onde explica a respeito de Hércules, qual: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. Martins Fontes. São Paulo, 2010, p. 165 e seq. Nesta obra nos traz maiores esclarecimentos sobre Hércules, os quais colacionamos um trecho, que define a respeito de Hércules dizendo: “Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a que chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamental racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo.”

<sup>22</sup> Em referência direta a: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo. Martins Fontes, 1999, p. 277 e ss.

<sup>23</sup> CHAMON JÚNIOR, op., cit. p.54.



que se 'des-cobre' o direito e não o cria: reconstrói-se, então o direito, e não *um* direito para o caso concreto. [...]<sup>24</sup>

Uma vez conhecidos os pressupostos teóricos de Dworkin, é verificável que sua tese fornece uma compreensão muito mais ampla do sistema jurídico como um todo, uma vez que, oferta uma análise deste da comunidade para esta.

Será que neste tipo de teoria que leva em consideração os precedentes históricos de uma determinada comunidade, pode tutelar com racionalidade um caso não anteriormente previsto e que vá de encontro aos preceitos desta? Ou perguntando de outra forma: Poderá Hércules superar os preceitos históricos e políticos construídos por uma comunidade, para decidir pelo Direito em favor de um cidadão?

Devemos entender no sentido de que não é possível frente ao fato de que mesmo o Direito ter a capacidade de se reconstruir frente a novos casos, ele ainda sim estaria limitado institucionalmente pelo que tivesse sido decido anteriormente. Tal compreensão é assim posta, quando entendemos o já exposto até aqui, e também as palavras, colocadas de Lúcio Antônio Chamon Júnior:

[...] Segundo Dworkin, o Direito tem a possibilidade de ir se aprimorando, geração a geração, a partir de deslizos e equívocos do passado, orientando-se, para tanto, em uma idéia de auto-purificação. Porém, sob a óptica das decisões jurisdicionais, isso não poderia implicar em um Direito 'mais puro' daquele que o juiz, em seu esforço interpretativo, deva se esmerar em sua aplicação.<sup>25</sup> [...] Assim é que entende Dworkin que o seu juiz Hércules, *jamais poderia ignorar a supremacia legislativa e o precedente de tribunais que imponham uma limitação interpretativa à sua jurisdição* sob o argumento de que o que se pretenderia seria um aperfeiçoamento da integridade do Direito – porque, procedendo-se desta maneira, teria violado a integridade, uma vez que o sucesso interpretativo dessa seria *completamente dependente do reconhecimento dessas 'limitações institucionais'*[...]<sup>26</sup> Tudo isso, ao final, porque entende Dworkin que a moral é ao final *justificaria* o Direito, por supostamente oferecer uma 'melhor justificativa do Direito contemporâneo'<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Ibid., p. 54.

<sup>25</sup> CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes normativas no direito moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009, p. 250.

<sup>26</sup> Ibid., p. 251.

<sup>27</sup> Em referência às palavras de Dworkin em: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo. Martins Fontes, 1999, p. 485.

Diante do exposto, fica evidente, que a proposta de Dworkin é extremamente racional, entretanto, não está livre de incongruências, uma vez que, contém a inconsistência de justificar o Direito pela Moral o que acaba, por fim, sendo perigoso se queremos tutelar direitos fundamentais, haja vista, as limitações institucionais de uma forma ou de outra, acabarem por diminuir o âmbito de proteção que o próprio Direito deve dar aos direitos fundamentais em um caso concreto, visto que, limita institucionalmente o âmbito de atuação do julgador.

Assim entendidos os pressupostos teóricos de tal teoria, passemos a análise da proposta teórica de Robert Alexy, a fim de saber como se da à proteção dos direitos fundamentais nesta.

### 3. A PROPOSTA DE ROBERT ALEXY

Robert Alexy, embora não se declarando adepto a teoria de Kelsen, se vale do conceito de norma fundamental deste, fazendo suas devidas considerações e modificações do estabelecido por este<sup>28</sup>, para dar coerência a toda a sua teoria. Neste sentido colacionamos um trecho de sua obra, onde vai afirmar a necessidade da existência de uma norma fundamental e ainda criticar a visão de Dworkin sobre a concepção de um ordenamento jurídico, dizendo que esta incompleta:

[...] Segundo ele, também se integra o direito a totalidade dos critérios que devem ser considerados para satisfazer a pretensão de correção, necessariamente vinculada ao direito. Com efeito, esses critérios não podem ser totalmente identificados com base numa regra que se oriente

---

<sup>28</sup>ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo. Martins Fontes, 2009, p.138. É neste sentido que Alexy vai afirmar: “Por isso, resumidamente, é possível constatar o seguinte quanto à teoria da norma fundamental de Kelsen: ele tem razão quando afirma que uma norma fundamental deve ser pressuposta se se pretende passar da constatação de que algo é estabelecido e eficaz para a constatação de que algo é juridicamente válido ou juridicamente devido. Mas essa norma fundamental não precisa ter o conteúdo da norma fundamental kelseniana. Assim, ela pode conter elementos morais que considerem argumentos de injustiça. Ademais, deve-se concordar com Kelsen que, embora se deva pressupor necessariamente uma norma fundamental quando se pretende interpretar o direito como ordenamento de dever, também é possível renunciar a essa interpretação. Por isso, a norma fundamental tem apenas um caráter transcendental fraco. Por fim, é correto que a norma fundamental é uma norma meramente pensada. Em contrapartida, não é correta a afirmação de Kelsen de que a norma fundamental não é suscetível de fundamentação. Ao contrário, ela carece de fundamentação. Isso leva ao problema de uma norma fundamental normativa.”

pela legalidade conforme o ordenamento e pela eficácia social. Mesmo assim, o argumento dos princípios não elimina a possibilidade de uma norma fundamental. Ele mostra apenas que uma norma fundamental que só tome por base fatos empiricamente constatáveis (legalidade/eficácia) não é capaz de identificar totalmente o direito. O que essa norma fundamental pode identificar é, isso sim, o direito estabelecido conforme o ordenamento e socialmente eficaz. Por isso, ela deve ser interpretada de maneira que a legalidade conforme o ordenamento, juntamente com a eficácia social, constituam apenas uma condição suficiente, mas não necessária do pertencimento do direito<sup>29</sup>. [...] uma norma fundamental não é apenas possível, como também necessária para poder realizar a passagem de fatos empiricamente constatáveis para a validade jurídica. [...] <sup>30</sup>

Como se percebe, Alexy entende a necessidade de uma norma fundante para dar coerência ao ordenamento jurídico, mas não aos moldes de Kelsen e sim, estabelecendo diferenças, que tornam seu ponto de vista diferente do primeiro. Também não é adepto a visão de Dworkin, como exposto. Então quais são os elementos que deve conter um ordenamento jurídico na visão de Alexy? Colaciona-se um trecho de sua obra que responde tal indagação:

[...] O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apóia e/ou se deve apoiar o procedimento de aplicação de do direito para satisfazer a pretensão à correção.[...] <sup>31</sup>

Após entendida, a forma de concepção do ordenamento jurídico, aos moldes de Alexy, devemos proceder à análise, da proteção dos direitos fundamentais em tal concepção teórica. Para tal, nos deteremos no ponto da colisão dos princípios, que em muito nos interessa, haja vista, os direitos fundamentais inevitavelmente, se fundamentarem em princípios e a sua proteção no caso concreto, por muitas vezes, terá de superar a colisão entre princípios.

Se com Dworkin, a noção de integridade do Direito, nos fornece elementos para solução de conflitos de direitos fundamentais, entendendo o Direito como um romance em cadeia, e assim, encontrando a resposta mais correta para o caso, Alexy se difere deste, partindo que a resposta para se encontrar a solução no caso

---

<sup>29</sup>ALEXY, Robert, op. cit., p.123.

<sup>30</sup> Ibid., p. 123.

<sup>31</sup> Ibid., p. 151.

de colisão entre princípios passa pela noção de sopesamento dos princípios no caso concreto<sup>32</sup> se valendo da criação da lei de colisão<sup>33</sup> que fornece através de uma fórmula, como se conceber o sopesamento de um princípio em face de outro.

Alexy parte deste entendimento, concebendo que os princípios são comandos de otimização, os quais poderiam ser satisfeitos em graus variados, dado o fato de que esta satisfação não depende das circunstâncias fáticas, mas também das circunstâncias jurídicas, e estas por sua vez, se determinam pelas regras e princípios colidentes<sup>34</sup>.

Mas como é possível resolver tal questão? Como se pode atribuir a um princípio mais peso que outro? E mais, como encontrar uma solução correta que proteja os direitos individuais e encontre a solução mais correta para um caso em específico?

Alexy vai nos informar que a resposta passa pela teoria dos princípios e da máxima proporcionalidade, dentro de sua concepção da lei da colisão, é neste sentido que vai dizer:

[...] Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicados – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. [...]<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. Malheiros. São Paulo, 2011, p. 93-94. É assim que Alexy vai afirmar: “Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso tem maior precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além desta dimensão, na dimensão do peso.” Fazendo referência ao final deste trecho a obra de Ronald Dworkin, qual seja: DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 2.ed. London. Duckworth, 1978, pp. 26-27.

<sup>33</sup> ALEXY, Robert, op.cit., p. 94.

<sup>34</sup> Ibid., p. 90.

<sup>35</sup> Ibid., p.117-118.

Para esclarecer ainda mais tais conceitos, nos valeremos das palavras de Lúcio Antônio Chamon Júnior que explica a lógica do sopesamento dos princípios:

[...] Este raciocínio inerente à chamada lei da ponderação, segundo a qual quanto maior for o grau de insatisfação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do princípio oposto. Alexy busca uma fundamentação racional para alcançar noções de preferibilidade, e as razões para justificar essa *hierarquização* de princípios, perante o caso concreto, em campos como a intenção do legislador, as consequências que dita medida traria para sociedade, opiniões de especialistas etc. [...] <sup>3637</sup>

As críticas feitas à proposta de Alexy, são firmes no sentido de que sua proposta não oferece uma resposta inteligente a colisão de princípios, e logo a proteção dos direitos fundamentais, haja vista, partir de critérios axiológicos de interpretação que maculariam a própria interpretação do Direito.

É assim, que Lúcio Antônio Chamon Júnior, em referência à crítica feita à Alexy, por Klaus Günther, vai dizer:

[...] Klaus Günther muito bem alerta-nos que 'Alexy's conception of principles as optimizing prescriptions already drew our attention to the danger that can arise when, for instance, a value model is project onto a theory of norm structure'<sup>38</sup>. Quais seriam esses perigos? Efetivamente um Tribunal Constitucional que adota a referida teoria submete a todos a uma leitura eticizante do Direito, fazendo com que princípios sejam vistos como direitos, que são trunfos perante argumentos teleológicos e axiológicos, mas sim, bens que podem, ou não, *interessar o intérprete na pendência de pertencer, ou não, a um determinado círculo de pessoas que adotam tal ou qual noção de fim e interesse*. Em última instância, o Poder Judiciário se tornaria extremamente autoritário, impondo a todos a visão da parte, que inevitavelmente, é insustentável em um projeto de contínua reconstrução do Estado Democrático de Direito<sup>39</sup>. [...] Tratar os princípios como pretende Robert Alexy é submeter o Direito, e sua aplicação a uma questão de preferências frente a fins que não segue uma ótica capaz de ser defendida como válida perante um sistema de direitos fundamentais. A operação de

<sup>36</sup> CHAMON JÚNIOR, *Teoria constitucional do direito penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. op. cit., p.59.

<sup>37</sup> Há também referência a obra de: GALUPPO, Marcelo Campos. *Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação*. Revista de Informação Legislativa, cit., p.194.

<sup>38</sup> A obra a qual faz referência é: GUNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and Law*. Trad. John Farrel. Albany. State University of New York, 1993, p. 241.

<sup>39</sup> Em referência as obras de: HABERMAS, Jurgen. *Faticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático em términos de teoría del discurso*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid. Trotta, 1998, p.332; e GALUPPO, Marcelo Campos. *Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação*. Revista de Informação Legislativa, cit., p.197.

ponderação é, assim, alheia a qualquer critério de racionalidade normativa, se transformando em uma discussão que chega, para Habermas, a resultados discricionários ou arbitrários. A norma podemos dizer, não é mais ou menos realizada ou ordenada. Ela submete a uma noção binária. Pela visão de Alexy, um princípio poderia fazer com que não se alcançasse um grau ótimo em sua aplicação, o que corresponde dizer que a norma fora mais ou menos cumprida. Ora, o Direito é obedecido, ou não é. O direito subjetivo não pode ser mais ou menos: ele não se submete a um peso gradual que pode ceder tanto perante outros direitos, bem como também a metas coletivas,<sup>40</sup> bem contrariamente a Dworkin. [...] <sup>41</sup>

Refletindo a respeito das críticas, é forçoso reconhecer, que a possibilidade de se sopesar princípios, mesmo obedecendo à regra de colisão criada por Alexy, acaba por tornar a atividade jurisdicional possível de ser feita, entretanto, desprovida de qualquer racionalização para o caso concreto, visto que não se leva em consideração justamente, as questões intrínsecas ao caso que o tornam único.

Ademais, é impossível se “medir” um princípio frente ao outro, é humanamente impossível, somente a reconstrução do caso, a análise de todas as circunstâncias, do Direito aplicável é que são capazes de fornecer uma solução não por aproximação, mas sim, correta para o caso. É nesta toada que o próprio Dworkin reconhece que:

[...] Já disse o que vem a ser o direito? A melhor resposta seria: até certo ponto. Não concebi um algoritmo para o tribunal. Nenhuma mágica eletrônica poderia elaborar, a partir de meus argumentos, um programa de computador que fornecesse um veredito aceito por todos, uma vez que os fatos do caso e o texto de todas as leis de decisões passadas fossem colacionados à disposição do computador. [...] O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. [...] <sup>42</sup>

Desta forma, a partir de tais pressupostos teóricos, em face de todas as críticas, fica evidenciado a dificuldade de se conceber o Direito pelo Direito, submetendo este a uma análise de valores subjetivos de sopesamento, em face da

---

<sup>40</sup> Há nota do autor fazendo referência à obra onde Alexy concebe tais afirmações, quais seja: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona. Gedisa, 1997, p.185.

<sup>41</sup> CHAMON, Júnior. *Teoria constitucional do direito penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. op. cit., p.63-64.

<sup>42</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. op. cit., p.490-492.



dificuldade gritante de se estabelecer “pesos” para um determinado princípio que permitiriam uma balança ideal para servir de base para o julgador.

#### 4. A PERSPECTIVA DE JURGEN HABERMAS

A perspectiva de Habermas é fundamentada na chamada teoria procedimental do Direito. Para Habermas, as leis se tornam legítimas quando democraticamente, se permite a participação de todos em seu processo de elaboração<sup>43</sup>.

Tal ótica parte do pressuposto de que com início da era Moderna, isto é, o fim do mundo sacrotradicional do medievo, a Sociedade se viu diante de complicados processos de secularização, de diferenciação funcional dos sistemas, especialização dos juízos de racionalidade e assunção que a construção do mundo se dá mediada linguisticamente.<sup>44</sup> Como consequência de tais processos, se fez necessário a assunção de uma pragmática-universal como uma dimensão normativa da comunicação, dotada de mecanismos capazes de exigir as condições indispensáveis para o entendimento racional, e, inclusive, para dar sentido a como uma ação estratégica pode se valer de uma ação comunicativa.

Esta assunção fica justificada de maneira diretamente vinculada aos pressupostos do mundo social moderno, e do seu corresponde sentido de solidariedade social. Isto porque, o mundo moderno não pode construir a Sociedade, tendo como base um *ethos* funcionando como imperador ou superior dos demais, como ocorrera no passado, sob pena de suplantar as minorias em última instância. Assim, se tornou exigência na Modernidade, reconhecer a todos iguais liberdades. Esse princípio normativo, que podemos assumir modernamente como princípio da dignidade da pessoa, traduz, portanto, o deparo de uma Sociedade que não é mais capaz de neutralizar as diferenças a partir de um *ethos* materializado, mas apenas a partir da comunicação.

---

<sup>43</sup> HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume I*. Tradução: Flávio Bueno Sienebeneichler. Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 1997, p.165-166.

<sup>44</sup> CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas**. 3.ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p.35.

Nesta ótica, igualdade e liberdade, são princípios normativos da própria Modernidade<sup>45</sup>, e seu desdobramento na compatibilização das diversas vontades, se dá no rumo do justo ou no do possível. Por "possível", se traduz àquilo que é capaz de eficaz e funcionalmente, garantir esta compatibilização, ou seja, o Direito. Justo, por sua vez, à tomada em igual medida de consideração do interesse de todos os afetados por uma determinada decisão a compatibilizar suas ações. É assim que podemos afirmar que temos juridicamente um direito a iguais liberdades na maior medida possível, o que equivale dizer que temos um direito a iguais liberdades na maior medida funcionalmente possível.<sup>46</sup>

Compreendendo e assumindo estes pressupostos, Habermas propõe em sua teoria procedimental do Direito uma forma adequada de se compreender a gênese do Direito do Moderno desde sua criação até sua aplicação, concebendo tal entendimento da seguinte maneira:

[...] D: Válidas son aquellas normas (y solo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales.[...] <sup>47</sup> La *teoría discursiva del derecho* entiende, por una parte, el Estado democrático de derecho como la institucionalización que discurre através de derecho legítimo (y que, por tanto, garantiza la autonomía privada) de procedimientos y presupuestos comunicativos para una formación discursiva de opinión y la voluntad, la cual hace posible a su vez (el ejercicio de la autonomía política y) una producción legítima de normas. La *teoría comunicativa de la sociedad*, es decir, la teoría de la sociedad, articulada en conceptos de comunicación, entiende, por otro lado, el sistema político articulado en términos de Estado de derecho como un sistema más entre varios sistemas de acción. Éste puede "actuar como garante" en lo concierne a resolver los problemas de integración de la sociedad global mediante una interacción entre la formación institucionalizada de la opinión y la de la voluntad y las comunicaciones públicas informales, porque esa integración, a través del espacio de la opinión basado en la sociedad civil, queda inserta en los contextos de un mundo de la vida que le resulta favorable (es decir, de un mundo de la vida caracterizado por una cultura política habituada a la libertad y por los correspondientes patrones de socialización). Finalmente,

<sup>45</sup> Neste sentido, faz necessário transcrevermos as seguintes palavras: [...] Quando digo que igualdade e liberdade são princípios da Modernidade, o são em um sentido específico, qual seja, no sentido moderno de sua cointerpretação recíproca a ser elucidada sob o princípio da dignidade a eles representa - o reconhecimento do igual valor dos diferentes, e compatíveis, exercícios e interpretações éticos do que venha a ser liberdade.[...]. CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas**. Opus cit., p.36-37.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas**. Opus cit., p.36-37.

<sup>47</sup>HABERMAS, Jürgen. **Faticidad e validez: sobre el derecho y el Estado democrático del derecho en términos de teoría del discurso**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 4.ed.Madrid,Trotta, 2005, p.172.

una determinada concepción del derecho establece una relación entre la consideración normativa y la consideración empírica. Según esta concepción, la comunicación jurídica puede entenderse como un medio a través del cual las estructuras de comunicación realizadas en la acción comunicativa se transfieren del nivel de las interacciones simples al nivel abstracto de las relaciones organizadas. La película tejida de comunicaciones jurídicas puede envolver a toda la sociedad, por compleja que ésta sea. El paradigma procedimental del derecho es, por lo demás, resultado de una disputa de paradigmas, y está todo él bajo la premisa de que el modelo liberal del derecho y el modelo ligado al Estado social interpretan la evolución jurídica en términos *excessivamente concretistas* y ocultan la conexión que se da entre autonomía privada y autonomía pública, la cual necesita ser *interpretada* caso por caso. Bajo esta premisa las mencionadas tendencias a la crisis aparecen a una luz distinta; y de distinta valoración síguense recomendaciones prácticas distintas. [...] <sup>48</sup>

A partir de Habermas entendemos então, que o ordenamento jurídico se legitima, através de um processo de comunicação concebido em um processo democrático, que por sua vez, legitimariam a construção normativa, através de do discurso de justificação e por conseguinte, quando de sua aplicação, no chamado discurso de aplicação normativa. É o que nos explica Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

[...] Nesse sentido, as análises empreendidas pela Teoria Discursiva do Direito são fundamentais para o nosso estudo, pois reconhecem que a problemática acerca da interpretação jurídica é, no fundo, uma questão em torno de uma disputa de paradigmas de Direito, de pré-compreensões a respeito de como se deve interpretar e aplicar o Direito. [...] Por isso, a atividade de interpretação jurídica não se dá como acreditam certas correntes positivistas, porque a linguagem através da qual a norma se expressa é ambígua ou obscura ou porque aquele que editou a norma assim o quis. Toda comunicação implica interpretação, não no sentido de que seja preciso desvendar um pretense verdadeiro significado, ou seja, aquele significado que o emissor quis ou tentou expressar, mas no sentido de que interpretar implica atribuir sentido, compreender o que se comunica, sob o pano de fundo de tradições e mundos de vida compartilháveis. [...] O que queremos é romper tanto com o Positivismo que desconsidera a questão jurídica da justiça, quanto com um Realismo que advoga a impossibilidade de certeza, ainda que procedimental, do Direito. [...] Os discursos de justificação jurídico-normativa se referem à validade das normas, e se desenvolvem com o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas), através das condições de institucionalização de um processo legislativo estruturado constitucionalmente, à luz do princípio democrático [...] Já os discursos de aplicação se referem à adequabilidade de normas válidas a um

---

<sup>48</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faticidad e validez: sobre el derecho y el Estado democrático del derecho en términos de teoría del discurso.** Opus cit., p.523-524.

caso concreto, nos termos do Princípio da Adequabilidade<sup>49</sup>, sempre pressupondo um 'pano de fundo de visões paradigmáticas seletivas [...]'<sup>50</sup>

Podemos compreender, portanto, que a garantia de participação popular nos processos de criação da norma (discurso de justificação), com base do princípio democrático, permitem por si só, ampla discussão a respeito dos direitos e fundamentais, visto que abre precedentes para se opinar e garantir a construção normativa de acordo com os resultados do processo de comunicação, o que legitima a democracia e o próprio Direito, e o que permitirá quando do julgamento de um caso concreto a aplicação tão somente de argumentos jurídicos, para construção de uma solução para o caso, visto que democraticamente se convencionou como Direito daquela forma estabelecida.

Neste íterim se pode indagar: como o ordenamento jurídico na perspectiva teórica de Habermas entende a busca de uma solução adequada a um determinado caso? Neste sentido, podemos afirmar que:

[...] Assim, um juízo singular deve fundar-se no conjunto de todas as razões pertinentes que sejam relevantes em um dado ponto, com as vistas à uma interpretação completa da situação. Ao juiz, então, cabe desenvolver um *senso de adequabilidade*: que várias interpretações sejam possíveis ou que várias normas sejam válidas, da perspectiva dos discursos jurídicos de justificação, isso não quer dizer que todas elas sejam adequadas no caso concreto [...]. A solução correta advém, pois, do desenvolvimento de um senso de adequabilidade normativa, de uma interpretação racional e argumentativamente fundada em cada situação, tendo em vista uma reconstrução paradigmática apropriada do Direito vigente. [...] Portanto, a reconstrução adequada da situação de aplicação, condicionada e garantida pelo Direito Processual, é que possibilita, juridicamente, a determinação, de qual, dentre as normas válidas, é a que deve ser aplicada. [...]<sup>51</sup>

Evidentemente a referida proposta não defende um desapego total aos textos de lei, muito pelo contrário, é preciso se ter o direito positivado, mas é preciso também reinterpretá-lo, a uma luz principiológica, para que este se torne coerente e completo com o ideal de Direito que queremos em nosso tempo, se atendendo assim às necessidades de nossa época.

---

<sup>49</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte. Mandamentos, 2001. p.143-146. Neste trecho o autor faz a referência a obra de: GUNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness- application discourses in morality in Law**. Tradução: John Farrel. New York, State of New York, 1993, p. 243 et seq.

<sup>50</sup> Ibid., p.146.

<sup>51</sup>CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Opus cit., p.148-149.

Desta forma, é preciso conceber o Direito de forma a entendê-lo como originário do povo e que para este se volta, compreendendo-o como um instrumento que torna possível a vida em comunidade, mas que deve buscar a humanização, através da interpretação a luz dos princípios de maneira coerente e adequada a todos em nosso tempo, para que de fato se possa produzir a decisão mais adequada a um determinado caso.

## **CONCLUSÃO**

Após procedermos à análise das quatro propostas teóricas, cada qual, objetivando ao seu modo, a legitimidade do ordenamento jurídico, e observando os pontos marcantes que as constituem, percebemos invariavelmente, que Direito e Democracia devem andar lado a lado para ser possível que um ordenamento jurídico exista de fato.

Se com Kelsen, temos a segurança de uma norma fundamental, ou com Dworkin, as limitações institucionais que garantem segurança, ou com Alexy uma fórmula para resolver a colisão de princípios, a proposta de Habermas se mostra mais racional, haja vista, permitir ao próprio povo participar do processo de criação da norma, com toda sorte de argumentos e assim legitimar o Direito, tornando sua aplicação fruto de uma consciência democrática, mas, sobretudo jurídica o que garante a própria legitimidade da decisão.

Temos de reconhecer que o Direito nasce da sociedade e para esta deve se voltar, e sendo a participação democrática meio onde todos podem opinar para construir a norma, conseguimos nos desvencilhar assim das idéias de um *ethos* compartilhado, ou da justificação do Direito pela Moral, para avançarmos para uma construção livre de dogmas, e que permite um Direito de acordo com a vontade daqueles que o construíram, não se esquecendo de ninguém, visto que todos podem participar de sua criação, evitando-se, arbitrariedades e permitindo uma aplicação coerente com a necessidade da tutela pretendida, através de uma reconstrução do caso com a competente análise de suas especificidades a luz de argumentos jurídicos, capazes de trazer a solução adequada a um determinado caso.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo. Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. Malheiros. São Paulo, 2011,

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte. Mandamentos, 2001.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes normativas no direito moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria constitucional do direito penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006.

\_\_\_\_\_, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. 3.ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. Martins Fontes. São Paulo, 2010.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. Martins Fontes. São Paulo, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Faticidad e validez: sobre el derecho y el Estado democrático del derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 4.ed. Madrid, Trotta, 2005.

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