

Legalidade como alternativa:

o pós-positivismo como forma de concretização de um Estado democrático de direito

*Denis Franco Silva
Thaís Fernanda Tenório Sêco*

Resumo:

Para Marcelo Neves, a alternativa para a sociedade brasileira é a legalidade, sendo esta o único meio para a superação das condições que determinam a colonização do direito pela sociedade.

Para a valorização da lei, contudo, não se faz necessária a adoção do positivismo jurídico como pressuposto teórico. Devido a seus defeitos no que diz respeito à sua conformação à facticidade do poder e à sua desinstrumentalização do aplicador do direito, o positivismo jurídico não se mostra sequer recomendável como teoria compreensiva do Direito.

O tão chamado pós-positivismo, em virtude de suas premissas básicas – quais sejam, a adoção da postura de participante e a inclusão da moral no conceito de direito – se mostra comprometido com a resolução dos dois problemas do positivismo acima apontados. Encontra-se melhor estruturado, portanto, para uma efetiva aplicação da legalidade de forma coerente com a proposta apresentada por Neves.

Tomando-se a teoria de Robert Alexy como marco teórico, é apresentado o caráter duplo da legalidade – que se comporta como regra, cuja cláusula de exceção advém de uma ponderação na qual a mesma figura se comporta como princípio – e discute-se ainda de que forma se aplicaria a ela a pretensão de correção moral, consubstanciada no argumento da injustiça e no argumento dos princípios.

Por fim, busca-se refutar a ideia de que o pós-positivismo favoreça a arbitrariedade do julgador/aplicador do direito, ou que cause uma excessiva abertura cognitiva do direito. Pelo contrário. Ao não se esquivar do desafio de indicar como resolver os “casos difíceis”, ou de indicar em que situações a aplicação da lei deve ser afastada sob pena de se cometerem injustiças, valoriza a regra da legalidade através da delimitação de sua exceção.

Palavras-chave: legalidade, positivismo, pós-positivismo, regras, princípios.

Abstract:

According to Marcelo Neves, the alternative to Brazilian society is legality, as means of overcoming the conditions that determines the colonization of law by society.

Although, it doesn't means that it is necessary to adopt legal positivism as theoretical background for the understanding of law. Due to its problems in respect to its conformation to the factual aspects of state power and its lack of adequate instruments for solving hard cases, it's not even recommendable.

The so called post-positivism approach, due to its basic premises, which are the adoption of the participant point of view and the inclusion of morals in the concept of law, is more concerned in solving the two legal positivism problems, having a better reasoning structure to an effective application of legality inside the patterns established by Neves.

Taking Alexy's theory as an example, the double character of legality – which behaves like a rule whose exception emerges from a weighting of principles – and the way the argument of moral correctness can be applied to it are discussed.

In the conclusion, the allegation that the post-positivism favors judges will, or that it is responsible for an excessive cognitive openness of law is faced. In fact, by not dodging the challenge of indicating how to solve hard cases, or of indicating situations in which a rule of law shall not be applied to prevent injustice, the post-positivism approach reinforces the rule of legality by delimitating its exceptions.

Key-words: legality, legalism, positivism, post-positivism, rules, principles.

Introdução

Os aplicadores do direito têm observado diversas situações em que a legalidade – tomada como generalização de conteúdos jurídicos – é simplesmente ignorada no Brasil. Segundo Marcelo Neves¹, em países de modernidade periférica, em geral, a lei não é concretizada devidamente. A explicação estaria na desigualdade econômica que permite, por vezes, que mecanismos relacionais se sobreponham ao direito.

Neves identifica dois polos distintos na sociedade política brasileira formados pelos grupos dos “subcidadãos” e dos “sobrecidadãos”. O grupo dos “subcidadãos” é formado por pessoas dependentes dos sistemas de assistência social e carentes dos benefícios do ordenamento jurídico estatal. É a elas que geralmente se aplicam prescrições punitivas estatais, fazendo-as figurar como réis, executadas, devedoras, indiciadas em inquéritos ou condenadas em processos. São pessoas “subintegradas” ao sistema jurídico-normativo.

Os “sobrecidadãos” – “sobreintegrados” ao sistema jurídico-normativo – por outro lado, desenvolvem ações bloqueantes da reprodução do direito de forma a permitir sua integração somente no sentido de possuírem direitos, competências, prerrogativas e poderes. Têm posição instrumental frente ao ordenamento e fazem uso das leis distorcendo-as ou aplicando-as somente na medida de seus interesses particularistas.

Num ou noutro caso, a Constituição é posta de lado frente aos fatores reais de poder.

Neves propõe o desafio da superação das condições “desjuricizantes” que determinam a colonização do direito pela sociedade. Para o autor, não há no Brasil uma falta de abertura cognitiva do sistema jurídico, mas um insuficiente fechamento normativo que ocorre por força de injunções e fatores sociais diversos. É diante desse panorama que lança como crítica a necessidade de reafirmação da lei entendendo que “em vez de alternativa à legalidade, cabe antes falar da legalidade como uma alternativa”².

Apesar de defender a legalidade como alternativa, Neves não se limita à defesa da aplicação estrita da lei como o mito de um Estado forte frente a uma sociedade fraca. Está claro que o problema abrange questões bastante complexas atinentes à própria Sociologia do Direito. Suas conclusões partem da constatação de um Estado brasileiro fragilizado frente às pressões de uma sociedade desestruturada.

¹ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas* / Marcelo Neves; [tradução do autor]. – 2ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2008. (Justiça e direito)

² NEVES. *Entre Têmis...*, p. 256

Assim, a busca pela legalidade, distinta do legalismo, passaria por uma profunda transformação social que incluiria a reversão dessa realidade desestruturada. O que o autor busca é a identificação de obstáculos à efetiva concretização do Estado Democrático de Direito. A afirmação de que a legalidade é a alternativa está fundamentada nas necessidades reais do ordenamento brasileiro.

A partir da conclusão e da proposta de afirmação da legalidade como um dos meios para alcançar os padrões do Estado Democrático de Direito, indaga-se qual a Teoria do Direito mais adequada a essa finalidade e de que forma a legalidade se apresenta dentro dessa teoria.

O positivismo jurídico é comumente associado à legalidade como se fosse a teoria jurídica mais propícia a promovê-la. Porém, tomada no sentido proposto por Marcelo Neves, qual seja, de generalização igualitária de conteúdos jurídicos, a legalidade assemelha-se melhor observada dentro das premissas da teoria que ficou conhecida como pós-positivismo jurídico.

Far-se-á, primeiramente, breve resumo e análise crítica das premissas básicas do positivismo jurídico em seu modelo mais conhecido, proposto por Hans Kelsen³. Em seguida, serão analisadas as premissas do pós-positivismo que se construíram sobre as falhas do positivismo jurídico. Toma-se aqui, por exemplar, a teoria de Robert Alexy, que será brevemente resumida para se demonstrar que sua aplicação é mais condizente com a generalização de conteúdos jurídicos proposta por Marcelo Neves do que o modelo positivista. Por fim, será feita a análise do sentido e do conteúdo que o princípio da legalidade toma dentro da teoria pós-positivista de Alexy sendo que, para tanto, outros breves esclarecimentos sobre sua teoria serão necessários, notadamente no que diz respeito à teoria dos direitos fundamentais.

1. O positivismo jurídico

O positivismo jurídico se originou no positivismo científico e nessa origem pode ser encontrada a explicação da associação nem sempre acertada que comumente se faz entre positivismo e legalidade.

O positivismo científico surgiu inicialmente como método de investigação das Ciências Naturais e foi posteriormente estendido às Ciências Humanas. Sua metodologia partia do entendimento de que cientista e objeto de análise devem manter-se separados, assumindo uma

³ KELSSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*/ Hans Kelsen; tradução João Batista Machado. – 7ª Ed. – São Paulo : Martins Fontes, 2006 – (Justiça e direito).

posição cética diante de quaisquer enunciados cuja veracidade não possa ser confirmada analítica ou sinteticamente.

O positivismo jurídico é uma espécie de tradução dessa metodologia para a Ciência do direito. O cientista positivista se separa do objeto de análise limitando-se à sua descrição. Pode-se apontar como características gerais comuns a todas as teorias positivistas: 1) adoção da postura de observador, 2) a defesa da inexistência de vínculo necessário entre direito e moral e 3) a identificação do direito com base nos critérios de validade e eficácia social da norma.

Todas essas características estão intimamente ligadas entre si por implicações lógicas. Ao adotar a postura de observador, o positivista se limita a descrever o quê e como é o direito, não se ocupando da questão de como o direito *deve ser*⁴. Daí que o positivista defende a inexistência de uma vinculação necessária entre moral e direito e, conseqüentemente, propõe a validade e a eficácia social da norma como únicos critérios idôneos para sua identificação.

A questão da validade diz respeito ao encadeamento lógico no qual a juridicidade de uma norma é conferida por outra de hierarquia superior tomando-se este como o critério que diferencia normas jurídicas de normas não jurídicas. Tal critério é externado, em geral, através de regras formais de processo legislativo, que acabam se unindo em critério superior, *ex vi*, o conceito de “norma fundamental” apresentado por Kelsen⁵. A eficácia social da norma, por sua vez, diz respeito à sua efetividade, à forma como a norma é aplicada e se propõe a modificar a realidade⁶.

Essa terceira característica do positivismo jurídico implica em valorização da lei. A eleição da validade e da eficácia social da norma como critérios de identificação do Direito faz com que o positivista confunda direito e norma jurídica a ponto de afirmar Kelsen, diversas vezes, não haver diferença entre um e outro⁷. A norma diz o que é direito. A norma é o direito. Ao aplicador do direito basta usar um silogismo simples, traduzido na subsunção da norma ao fato, sem demais questionamentos acerca do sentido de justiça e correção desse processo.

As duas principais críticas feitas ao positivismo jurídico, pode-se dizer, consistem na *conformação à facticidade do poder* e na *desinstrumentalização* do aplicador do direito nos “casos difíceis”, por ele promovidas.

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura...* p. 1.

⁵ KELSEN. *Teoria Pura...* p. 9.

⁶ Na teoria positivista de Kelsen a eficácia é garantida pela sanção (KELSEN. *Teoria Pura...* p. 26).

⁷ “Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica” (KELSEN. *Teoria Pura...*, p. 75).

Ao defender a ausência de vinculação necessária entre moral e direito, sendo esta, quando muito, contingente, o positivismo deixa a sociedade vulnerável a qualquer tipo de afirmação ou imposição do poder de fato instituído. Um dos predecessores do positivismo jurídico, Jonh Austin, sustenta que é jurídica a proposição afirmada dentro de uma cadeia política que transmite o comando precedente de alguma pessoa ou grupo que ocupa uma posição soberana dentro da sociedade em questão⁸. Direito seria o enunciado por uma autoridade, sem qualquer distinção quanto ao que fundamenta ou legitima tal autoridade⁹. Kelsen é um, dentre os vários positivistas empenhados na tarefa, que precisou usar de um grande esforço teórico para apontar o que distingue uma norma jurídica de um comando emanado por um “bando de salteadores”¹⁰. Note-se que tal distinção seria um tanto óbvia caso a moral fosse admitida, pelo pensamento positivista, como elemento integrante do conceito de direito.

Além disso, o positivismo falha por *desinstrumentalizar* seu aplicador diante dos *casos difíceis*. Casos difíceis são, por definição, aqueles que não podem ser resolvidos com base nos critérios positivistas, pois caíram no chamado *âmbito de abertura* do direito positivo¹¹. Para Kelsen, o juiz, nessas situações, resolve o caso com base em parâmetros extrajurídicos, ficando autorizado a criar novo direito como se legislador fosse¹². Para o positivismo, não há qualquer parâmetro racional ou racionalizável para a solução desses casos, de forma que o aplicador resta “abandonado”, amparado apenas por seus critérios subjetivos de solução.

A grande distinção entre positivismo jurídico e o chamado pós-positivismo¹³ está na postura assumida pelo jurista. A primeira teoria adota a postura de observador, enquanto a segunda, a de participante no ordenamento. Daí dizer-se que a divergência principal é de índole metateórica. A adoção da postura de participante explica a preocupação do pós-positivismo com a resolução desses dois problemas acima apresentados.

⁸ Cf. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*/Robert Alexy; tradução Jorge M. Seña. – 2ª ed. – Barcelona: Editorial Gedisa, 2004, p. 24; e DWORKIN. *O Império...*, p. 41.

⁹ “As teorias semânticas mais influentes sustentam que os critérios comuns levam a verdade das proposições jurídicas a depender de certos eventos históricos específicos. Essas teorias positivistas, como são chamadas, sustentam o ponto de vista do direito como simples questão de fato, aquele segundo o qual a verdadeira divergência sobre a natureza do direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas.” (DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*/Ronald Dworkin; tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 41.); “Se o direito necessariamente se conecta com uma pretensão de correção, o direito consiste em algo mais que a pura facticidade do poder, ordens respaldadas por ameaças, hábito, ou coerção organizada.” (ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral*/ Robert Alexy; tradução Paula Gaido – 1ª ed. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 95 – tradução livre).

¹⁰ KELSEN. *Teoria Pura...*, p. 46

¹¹ ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*/ Robert Alexy; tradução de José Antônio Seoane, Eduardo Roberto Soderó e Pablo Rodríguez. – 1ª Ed. – Granada: Editorial Comares, 2005, p. 21 e 45; ALEXY. *El concepto...*, p. 74; DWORKIN. *O Império...*, p. 142.

¹² KELSEN. *Teoria Pura...*, p. 394.

¹³ Entendido aqui como *não-positivismo-metodológico comprometido com a postura de participante*.

2. O pós-positivismo

Da postura de participante defendida pelo pós-positivismo decorre, por um lado, que o pós-positivista se ocupa com a formulação de um conceito de direito que não se conforme à facticidade do poder e, por outro, que é dever do cientista do direito fornecer critérios para a solução de quaisquer casos que o aplicador possa vir a confrontar. Essa é a primeira distinção que se dá entre as teorias e dela decorrem as demais. O pós-positivista tem a percepção de que direito e sociedade se conformam mutuamente e de que o conceito através do qual se descreve o direito hoje está relacionado ao tipo de sociedade que se pretende ter amanhã¹⁴. A preocupação com o melhor sentido e com o melhor conceito leva o pós-positivista a estabelecer uma relação necessária entre direito e moral. Toda teoria pós-positivista tem em comum a adoção da postura de participante e a defesa de uma vinculação necessária entre moral e direito.

Para Robert Alexy, essa vinculação se dá pela inclusão de uma pretensão de correção moral aos critérios de identificação já propostos pelo positivismo jurídico (pretensão de correção)¹⁵. Alexy fixa três pilares fundamentais para a conceituação do direito. Os dois primeiros, já presentes no positivismo jurídico, são a legalidade conforme o ordenamento (validade em seu sentido lógico-formal) e a eficácia social da norma. O terceiro, proposto pelo pós-positivismo, é a pretensão de correção moral.

Se o positivismo permite uma valorização da lei, não deixa por menos o pós-positivismo, pois, nas palavras de Alexy:

Nenhum não positivista que mereça ser levado a sério exclui do conceito de direito os elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social. O que o diferencia é mais precisamente a concepção de que o direito deve ser definido de forma tal que, para além dessas características que apontam para fatos, se incluam também elementos morais¹⁶. (tradução livre)

A ideia de conter o Direito uma pretensão de correção afirma que tanto as normas jurídicas e decisões judiciais isoladas quanto os ordenamentos jurídicos como um todo formulam necessariamente uma pretensão de correção moral¹⁷.

Note-se ainda que, para Alexy, a pretensão de correção moral não precisa ser explicitamente prevista e validada por critérios formais do ordenamento. Ela é inerente e inevitável porque na própria ação de promulgar uma lei ou uma Constituição está contida a comunicação

¹⁴ DWORKIN. *O Império...*, p. 492.

¹⁵ ALEXY. *El concepto...*, p. 14.

¹⁶ ALEXY. *El concepto...*, p. 14.

¹⁷ ALEXY. BULIGYN. *La pretensión...*, p. 43; ALEXY. *El concepto...*, p. 41.

da intenção de se fazer justiça. Uma negação da pretensão de correção na lei soa completamente absurda e contraditória. Não se concebe uma lei que afirme em seu texto propor uma solução injusta ou que ordene ao juiz seja ela aplicada de forma a implementar a desigualdade social, por exemplo. O incômodo que este tipo de conteúdo legal causaria se assenta em uma contradição de índole performativa. Esta ocorre sempre que o conteúdo de um ato legislativo ou judicial nega a pretensão de correção, porque ela já é formulada com a própria execução do ato. O próprio ato de promulgar uma lei implica um reconhecimento da necessidade de justiça e solidariedade em uma sociedade política. Seria inaceitável que em uma Constituição constasse um dispositivo dizendo que “X é uma República soberana, federal e injusta”. Essa construção representaria uma contradição performativa. Da mesma forma, é desnecessário e estranho dizer em uma Constituição que “X é um Estado justo” porque tal afirmação seria redundante. No ato de promulgar uma Constituição, está necessariamente contida a intenção de consolidar um Estado justo.

Alexy aborda ainda as conexões *classificadoras* e *qualificadoras* que se estabelecem entre moral e direito. Para que seja *classificada* como jurídica, a norma (ou o ordenamento jurídico, ou, ainda, a decisão judicial) precisa necessariamente formular uma pretensão de correção moral. A ausência total de formulação da pretensão de correção gera a privação total do caráter jurídico da norma. A pretensão de correção moral liga-se às normas, classificando-as como jurídicas ou não-jurídicas através de *conexões classificatórias*. Para o participante, a pretensão de correção moral é formulada no ordenamento quando do próprio ato que lhe dá origem, não se podendo falar em ordenamento jurídico que não a formule. Há uma implicação necessária entre o ato em si e o conteúdo que ele enuncia. Assim, não há que se *classificar* como jurídica uma norma, se esta não formula uma pretensão de correção moral.

A *conexão qualificadora*, por sua vez, ocorre quando a pretensão de correção é devidamente formulada, mas indevidamente satisfeita. Neste caso, obtém-se uma norma deficiente. A não satisfação da pretensão de correção, portanto, não implica a perda do caráter jurídico do ato, apenas indica um defeito. Um ordenamento defeituoso é válido, para Alexy, quando o defeito não ultrapassa determinado limite ou patamar de injustiça. O grave defeito, que ultrapasse tal limite, indica, mais que uma não satisfação, uma não formulação da pretensão de correção. Nessa ótica, pode-se passar da conexão qualificadora para a conexão classificatória entre norma e pretensão de correção moral.

O argumento da pretensão de correção de Robert Alexy, amparado em moldes lógicos, por assim dizer, na ideia de contradição performativa, dá origem a outros dois: o argumento

de injustiça e o argumento dos princípios. Tais argumentos dizem respeito à forma como a vinculação entre direito e moral interfere na realidade jurídica e estão mais diretamente ligados aos defeitos do positivismo jurídico que o pós-positivismo visa sanar. O primeiro é indicado para situações patológicas do ordenamento, com o objetivo de identificar normas de extrema injustiça. Visa resolver o problema da conformação à facticidade do poder e opera na dimensão classificatória da norma. Já o segundo, é indicado para situações de normalidade do ordenamento. No contexto de um ordenamento jurídico válido e vigente, ele visa resolver o problema da desinstrumentalização e opera na dimensão qualificadora das normas. Ambos serão mais detalhados adiante.

2.1 O argumento de injustiça

O argumento de injustiça diz que o direito extremamente injusto não é direito. Consiste em uma ponderação específica (fórmula de Radbruch) que permitiria identificar uma injustiça intolerável. A não satisfação da pretensão de correção moral, quando muito grave, indicaria, na verdade, a sua não formulação. Tal se daria quando se ultrapassa o *umbral de injustiça* que identifica o limite da injustiça tolerável em nome da segurança jurídica.

O argumento de injustiça opera em situações extremas, patológicas. Em geral, havendo um ordenamento jurídico-constitucional vigente, a Constituição, para resguardar sua supremacia, prevê regras e princípios que embasam o afastamento da aplicação de normas ou a desconsideração de sentenças injustas através de mecanismos nela previstos. São exemplos a revisão constitucional das normas e o duplo grau de jurisdição. Mesmo quando a Constituição falha em seu próprio texto, porém, o cidadão permanece minimamente protegido pelo direito que mantém sua vinculação com a moral independente da observância daquela por parte da Constituição.

A moralidade ou não do conteúdo de uma Constituição levanta outros debates referentes ao universalismo e ao relativismo moral. Com a devida cautela, porquanto não é este o assunto a ser abordado neste trabalho, poder-se-ia afirmar que é imoral qualquer conteúdo constitucional que busque legitimar uma opressão a minorias tal como se deu no regime nazista, por exemplo, ou no regime sul-africano do *apartheid*, somente com o intento de destacar mais uma vez a insuficiência do positivismo jurídico como teoria em relação ao problema que se denominou *conformação à facticidade do poder*. Dentro do positivismo jurídico, não há meios para afastar a aplicação de normas de conteúdo opressor. Havendo uma Constituição

de conteúdo comprometido com a Ética e com os direitos humanos, uma norma legal opressiva será facilmente considerada inconstitucional. O argumento de injustiça preocupa-se, por outro lado, com os casos em que a norma legal de conteúdo opressivo é legitimada por uma Constituição de conteúdo injusto. Neste caso, o encadeamento lógico do positivismo jurídico não é capaz de oferecer solução satisfatória e ele permite que seja aplicada a norma sem maiores considerações acerca do seu conteúdo.

Alexy cita o exemplo de um julgado do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que se via às voltas com a *Ordenança 11 sobre a lei de cidadania do Reich* que tratava da privação de cidadania a judeus emigrados nos anos do nazismo por razões racistas. Os judeus buscavam o reestabelecimento de sua cidadania face à patente injustiça da lei que os despatriou. O caso proposto para o Tribunal tratava da cassação dos efeitos produzidos pela lei na vigência do ordenamento nazista. Pelo positivismo jurídico, isso só seria possível se a referida lei fosse declarada inconstitucional para os padrões do ordenamento nazista, o que não era o caso. Embora essa lei não tenha sido recepcionada pelo ordenamento alemão pós-Segunda Guerra, os efeitos da lei discutida haviam ocorrido na vigência do ordenamento anterior. Apesar disso, a Corte alemã decidiu pela cassação dos efeitos da referida lei, argumentando que “o direito e a justiça não se encontram à disposição do legislador”¹⁸. Ou seja, para os juízes da causa, as normas constitucionais do ordenamento nazista não eram, nem por isso, jurídicas.

2.2 O argumento dos princípios

O exemplo do item anterior diz respeito à proteção que o direito pode dar aos indivíduos mesmo em contextos políticos e ordenamentos injustos. A aplicação do direito, contudo, pode ser conflituosa também em contextos de normalidade do ordenamento. É o que ocorre em relação aos chamados *casos difíceis*: que caíram no âmbito de abertura do direito positivo. Para esses casos, Alexy propõe o argumento dos princípios segundo o qual é preciso otimizar a satisfação dos princípios normativos de um ordenamento.

Visando essa otimização, o autor propõe, em sua Teoria dos Direitos Fundamentais¹⁹, a metodologia da ponderação que parte, primeiramente, da distinção entre regras e princípios, notadamente no que toca às formas de sua aplicação.

¹⁸ ALEXY. *El concepto...*, p. 15.

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*/ Robert Alexy; tradução Erenesto Garzón Valdés, revisão Ruth Zimmerling – 1ª ed. – Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

Entende-se que regra é um tipo de norma que se aplica por meio de silogismo simples, prevendo uma circunstância fática à qual vincula uma consequência jurídica, e a identificação da regra é possível em virtude de seu caráter deontico, marcado por expressões como “proibido”, “permitido”, etc. São *mandados definitivos* no sentido de que sua satisfação não pode ser parcial: ou ocorre totalmente ou não ocorre. Princípios, por seu turno, são *mandados de otimização*; são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível segundo suas possibilidades fáticas e jurídicas, podendo ser realizados em diferentes graus.

A contradição entre duas regras é denominada *conflito*, que ocorre, por exemplo, quando há uma regra vigente que permite uma conduta e ao mesmo tempo vige outra regra que proíbe a mesma conduta. O conflito entre regras é solucionado com base na *lex posterior*, *lex superior* ou *lex specialis*. Em outros casos, o conflito pode ser resolvido com base na inserção de uma *cláusula de exceção* em uma das regras. Suponha-se que em uma escola haja uma regra que diz “ninguém deve abandonar a sala de aula antes que soe o toque de saída” e haja também uma regra que diz que “deve-se abandonar a sala se soar o alarme de incêndio”. O conflito que existe entre essas regras pode ser resolvido se a segunda regra for inserida como cláusula de exceção da primeira, vigendo a seguinte norma “ninguém deve abandonar a sala de aula antes que soe o toque de saída; a não ser que soe o alarme de incêndio.”²⁰

Já a contradição entre princípios é denominada *colisão*. Esta ocorre quando diante de circunstâncias fáticas específicas a aplicação de um princípio (P1) geraria uma proibição enquanto a aplicação de outro princípio (P2) levaria a uma autorização. A colisão é solucionada através do método de ponderação. Para saber qual o princípio a ser aplicado diante das circunstâncias, deve-se analisar de que forma cada princípio é satisfeito ou restrito conforme se opte por um ou outro, bem como a importância (o valor) de cada princípio.²¹ Assim, Alexy chega ao enunciado “(P1 P P2) C” (P1 precede P2 em determinadas circunstâncias fáticas). Se as circunstâncias fáticas (C) se repetirem, a mesma ponderação será feita, repetindo-se também o mesmo resultado, de forma que tais circunstâncias (C) se tornam condição que determina uma relação de precedência. Ou seja, cria-se uma regra com fundamento em princípios (C→R) ²².

Através da Teoria dos Direitos Fundamentais, proposta por Robert Alexy, pode-se, portanto, compreender o fundamento das regras jurídicas que implementam princípios, o que permite ponderar, com base no argumento da injustiça, quando tais regras merecem perder a

²⁰ ALEXY. *Teoría de los...*

²¹ ALEXY. *Teoría de los...*, p. 155.

²² ALEXY. *Teoría de los...*, p. 90 – 94.

qualidade de jurídicas. A mesma teoria favorece ainda a resolução dos chamados casos difíceis através do método de ponderação que consubstancia o argumento dos princípios.

Verifica-se, dessa forma, que o pós-positivismo se assemelha melhor estruturado teoricamente para a aplicação prática da legalidade – nos moldes propostos por Marcelo Neves –, em virtude da resposta que dá a problemas que o positivismo ignora ou expressamente remete a fatores reais de exercício de poder, emergindo, por hora, a primeira conclusão a que se visa-va chegar neste trabalho. Resta definir os contornos da legalidade dentro da teoria de Alexy.

3. Legalidade: regra ou princípio?

A legalidade pode ser traduzida em enunciado segundo o qual *sempre que se estiver diante de um fato previsto em lei aprovada com base nos critérios formais de um ordenamento, deve-se fazer incidir a consequência jurídica vinculada ao fato pela referida lei*. Nesse sentido, ela pode ser tomada como regra. Diante de um fato jurídico, a regra será cumprida se for aplicada a consequência prevista, e vice-versa. Ressalte-se que se trabalha com duas dimensões da legalidade: uma contida na aplicação da regra legal propriamente, outra contida na aplicação da regra segundo a qual as regras legais devem ser aplicadas. A lei formula regras que, por sua vez, são aplicadas em obediência à regra da legalidade como cláusula geral. A questão está em delimitar a exceção à regra geral da legalidade, ou seja, em saber quando é permitido que determinadas regras em determinados casos, a despeito de serem legais, não sejam aplicadas.

Apesar de figurar primordialmente como regra, o afastamento da aplicação da regra geral da legalidade se dá por meio de uma ponderação na qual a legalidade figura como princípio. Com o fim de identificar o umbral de injustiça, aplica-se à essa regra o argumento de injustiça que consiste em uma ponderação entre segurança jurídica e justiça material (fórmula de Radbruch). Nessa ponderação a regra da legalidade, que fundamenta a aplicação estrita da lei, é representada pela segurança jurídica. Tal regra é excepcionada por meio de uma ponderação na qual a mesma legalidade figura como princípio e entra em colisão com a justiça material representada por todos os demais princípios de ordem constitucional ou moral.

A legalidade, portanto, é uma *norma de caráter duplo*. Ela deve ser tomada como mandado definitivo, não sendo possível aplicá-la em maior ou menor grau, ao mesmo tempo, o critério usado para discernir quando é necessário o afastamento da regra é baseado em uma

ponderação na qual a mesma legalidade figura como princípio. Vislumbra-se, dessa forma, que a cláusula de exceção da regra de legalidade diz respeito a situações de extrema injustiça material nas quais a segurança jurídica não é suficiente para justificar o prejuízo suportado por algum indivíduo ou grupo.

Tais considerações justificam que o enunciado da regra geral da legalidade tome o seguinte conteúdo: *sempre que se estiver diante de um fato previsto em lei aprovada com base nos critérios formais de um ordenamento, deve-se fazer incidir a consequência jurídica vinculada ao fato pela referida lei, salvo se dessa incidência resultar situação de extrema injustiça material*. A justiça material incluída como cláusula de exceção na enunciação da regra, não é, contudo, uma regra em si, mas representa uma série de outros princípios morais que podem vir a ser ponderados com a segurança jurídica. Em virtude do caráter duplo da legalidade, a regra pode ser afastada quando se está diante de um princípio que, dadas as circunstâncias fáticas, restará extremamente restringido pela aplicação estrita da lei.

Vale lembrar que o argumento de injustiça opera em situações patológicas. Em situações normais, a própria Constituição oferece parâmetros para o afastamento da regra. É por isso que se fala em ponderação com a justiça material, e é por isso que os demais princípios que podem vir a colidir com a segurança jurídica não são necessariamente constitucionais, bastando que sejam morais. Foi esse o raciocínio aplicado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no caso que envolveu a *Ordenança 11 da lei de cidadania do Reich*. Já a ponderação de princípios é recomendada para os casos difíceis. O argumento dos princípios, como foi dito, resolve o problema da desinstrumentalização.

Quando não há norma jurídica de direito positivo que resolva um caso proposto em juízo, diz-se que ele caiu no âmbito de abertura do direito positivo, ou seja, o positivismo não oferece qualquer parâmetro para sua resolução. A proposta pós-positivista para resolução desse problema é buscar a resposta no terceiro critério de identificação do direito – o argumento da correção – que embasa o argumento dos princípios. Nesse caso, não há o afastamento da aplicação de uma regra com base em uma colisão de princípios e, sim, a necessidade de uma ponderação tendo em vista a ausência de regra aplicável. É importante ressaltar, ainda assim, que a legalidade, no sentido em que está sendo tomada – de generalização de conteúdos jurídicos – está sendo outra vez em maior grau preservada que na proposta positivista, ficando vencido desde já o argumento de que a inclusão da pretensão de correção permite que o juiz seja arbitrário, pois é o positivismo jurídico como teoria compreensiva do direito que autoriza a decisão dos casos difíceis segundo quaisquer critérios eleitos pelo julgador/aplicador.

Dizer que o argumento dos princípios opera em situações de normalidade do ordenamento significa que no próprio ordenamento estão as fontes da ponderação de princípios. A Constituição vigente é o diploma normativo que, face à sua supremacia formal e material, determina o afastamento das regras distoantes dos preceitos que encerra. Há, no Brasil, previsão de controle concreto e difuso da constitucionalidade, de forma que o argumento dos princípios nada mais faz que oferecer um parâmetro de fundamentação de decisões respeitadoras da supremacia constitucional.

O escopo da lei é a realização de princípios constitucionais através da prescrição de regras, o que faz ao estabelecer quando um princípio deve preceder outro. Como explicado acima, quando um princípio P1 entra em colisão com um princípio P2, a precedência de um ou outro é decidida com base nas circunstâncias fáticas que determinam quanto cada princípio será prejudicado se a decisão for num ou noutro sentido. A regra é definida com base na ponderação porque estabelece que sempre que aquelas circunstâncias se repetirem, haverá precedência do mesmo princípio ($C \rightarrow R$). A lei seria então fruto de uma ponderação feita pelo legislador que prevê hipoteticamente uma circunstância fática e determina uma consequência que favoreça a otimização de P1 ou de P2.

A Teoria dos Direitos Fundamentais fornece subsídios racionais para que em algumas situações a lei deixe de ser aplicada em face do dever de observância dos valores constitucionais. O grande aliado para essa racionalização é o princípio da proporcionalidade²³ que possibilita a otimização dos demais, fortalecendo sobremaneira aquelas normas de direito fundamental que não têm aplicação direta.

O princípio em questão abrange três fases de análise: 1) a idoneidade, 2) a necessidade e 3) o juízo de proporcionalidade *stricto sensu*. A lei não pode restringir um princípio constitucional se essa restrição não pode aumentar em nenhuma medida a satisfação de algum outro. Isso ocorre quando o legislador elege um meio *inidôneo* para a consecução de algum dos fins estatais, gerando uma restrição irracional e inútil a algum princípio sem ganhar em nada para a realização de qualquer outro. Além disso, a restrição feita pela lei deve se mostrar *necessária*, ou seja, o meio eleito pela lei para a efetivação de um princípio deve ser o menos gravoso para os demais. Por último, deve ser feito um juízo de proporcionalidade *stricto sensu*. Este diz respeito à própria ponderação feita pelo legislador que, muitas vezes, mesmo respeitando a idoneidade e necessidade dos meios, opta por beneficiar o princípio menos importante no caso

²³ ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*/Robert Alexy; tradução Carlos Bernal Pulido – Madrid: Fundacion Beneficenta ET Peritia Iuris, 2004, p. 36.

concreto, restringindo muito um, quando era preferível que deixasse pouco restringido o outro.

O juízo de proporcionalidade é um aliado para que se analise a ponderação de princípios levada a cabo pelo legislador, e para que se discuta racionalmente em que situações a lei deve ser afastada. Este afastamento, contudo, se dá por inconstitucionalidade em face de princípios eleitos pela Constituição vigente. Não se trata, portanto, de afastamento arbitrário da lei nem de caso que tenha caído no âmbito de abertura do direito positivo, pois, mesmo em uma perspectiva positivista, a Constituição goza de supremacia material. O juízo de proporcionalidade apenas fortalece as normas de caráter principiológico. Mais uma vez, Robert Alexy dá o melhor panorama para a legalidade, fornecendo critérios para um controle coerente de constitucionalidade.

4. Conclusão

Diante dos fundamentos expostos por Marcelo Neves, há que se concordar que a legalidade é indispensável à consolidação de um Estado Democrático de Direito no Brasil. Mas assumir a legalidade como alternativa, não significa assumir o positivismo jurídico como pressuposto teórico, muito pelo contrário. O positivismo não é a teoria apropriada para a sociedade brasileira em virtude das duas críticas a ele cabíveis: a *conformação à faticidade do poder* e a *desinstrumentalização* do aplicador do direito. Em ambas tais críticas, que dizem respeito à própria aplicação da teoria positiva à realidade jurídica, nota-se que o positivismo não favorece a generalização de conteúdos jurídicos.

Esta conclusão decorre da constatação de que o escopo da obra de Marcelo Neves está na identificação de obstáculos à consecução de um Estado Democrático de Direito, o que indica por si a adoção de uma postura engajada. A legalidade não é defendida como fim em si mesmo, mas como meio de atingir um modelo justo de Estado, de forma que não é enfraquecida pela vinculação entre direito e moral consubstanciada na necessária formulação de uma pretensão de correção. Esta traz para o direito os dados necessários à resistência a sistemas jurídicos injustos e opressores e à resolução dos casos difíceis através do argumento de injustiça e do argumento dos princípios, que se mostram de grande utilidade prática para a generalização igualitária de conteúdos jurídicos.

No ordenamento nacional, os problemas surgidos na vigência da Constituição de 1988 podem perfeitamente ser resolvidos com base no argumento dos princípios, indicado para

situações de normalidade. Face ao dever que todo juiz tem de realizar o controle difuso de constitucionalidade, a teoria dos direitos fundamentais vem para propor uma aplicação racional e até consensual da Constituição, dificultando justamente que ela seja distorcida em benefício de interesses particularistas. O argumento dos princípios racionaliza esse controle, impedindo o uso instrumental da lei e permitindo a generalização de conteúdos jurídicos.

Já as considerações atinentes ao argumento de injustiça possuem praticidade maior do que se imagina, aliás, não é outra a preocupação daquele que adota postura de participante. Há, no Brasil, um problema semelhante, em diferentes proporções, àquele vivenciado pela Alemanha: uma Constituição jovem que substituiu outra pouco preocupada com a satisfação de uma pretensão de correção moral. Em relação às leis que entraram em vigor e geraram efeitos sob a égide da Constituição militar, a solução é o argumento de injustiça quando os efeitos em questão se mostram intoleravelmente injustos. Ora, a proposição da legalidade como alternativa não pode significar a aplicação de uma norma injusta e opressiva aos cidadãos de um Estado.

Sendo o pós-positivismo a teoria mais adequada à correta aplicação da legalidade, analisou-se brevemente de que forma ela é reportada na teoria de Alexy. Mostrou-se que a legalidade consiste em norma de caráter duplo que impõe, por um lado, o imperativo de se cumprir a lei e ao mesmo tempo, por outro lado, se excepciona quando o conteúdo da lei em questão se mostra intoleravelmente injusto. A constatação da injustiça intolerável, por sua vez, é feita com referência a uma ponderação de princípios de conteúdo moral -- e não necessariamente constitucional -- na qual a legalidade propriamente é representada pela segurança jurídica, e o princípio que com ela colide é representado pela justiça material na fórmula de Radbruch.

O que Marcelo Neves faz é denunciar um afastamento arbitrário da lei sem qualquer fundamento jurídico ou mesmo moral em função dos interesses particularistas de uma classe de cidadãos “sobreintegrados” ao sistema. O afastamento da lei com base em parâmetros racionais minimamente generalizáveis apenas favorece a legalidade, pois, se a lei é a regra, é preciso bem definir sua exceção. Esquivar-se deste desafio de forma alguma valoriza a legalidade, mas apenas permite seja ela seja excepcionada quando não o deveria ou favorece sua aplicação contra seus próprios fundamentos.

Bibliografia:

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*/Robert Alexy; tradução Jorge M. Seña. – 2ª ed. – Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.

ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*/Robert Alexy; tradução Carlos Bernal Pulido – Madrid: Fundacion Beneficenta ET Peritia Iuris, 2004.

ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*/ Robert Alexy; tradução de José Antônio Seoane, Eduardo Roberto Soderó e Pablo Rodríguez. – 1ª Ed. – Granada: Editorial Comares, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*/ Robert Alexy; tradução Erenesto Garzón Valdés, revisão Ruth Zimmerling – 1ª ed. – Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral*/ Robert Alexy; tradução Paula Gaido – 1ª ed. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*/Ronald Dworkin; tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*/ Hans Kelsen; tradução João Batista Machado. – 7ª Ed. – São Paulo : Martins Fontes, 2006 – (Justiça e direito).

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas* / Marcelo Neves; [tradução do autor]. – 2ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2008. (Justiça e direito).