DIMITRI DIMOULIS | ÉCIO OTO DUARTE
Coordenadores

TEORIA DO DIREITO NEOCONSTITUCIONAL

Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?

Adalberto Antonio Batista Arcelo
Adrian Sgarbi
Aldo Schiavello
Alfonso Garcia Figueroa
Andityas Soares de Moura Costa Matos
André Ramos Tavares
Andreas Ch. Takis
Carla Osmo
Dimitri Dimoulis
Écio Oto Duarte
Eduardo Ribeiro Moreira
José Emílio Medauar Ommati
José Juan Moreso
Lenio Luiz Streck
Noel Struchiner
Paolo Comanducci
Philippos C. Vassiloyannis
Rafael Escudero Alday
Rodrigo Tavares
Soraya Gasparetto Lunardi
Susanna Pozzolo
Walber de Moura Agra

EDITORA MÉTODO

16

ÉTICA DO DISCURSO, POSITIVISMO JURÍDICO E DIREITO[1]

PHILIPPOS C. VASSILOYANNIS[2]

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Atenas. Professor Assistente de Filosofia do direito da mesma Universidade.

1. INTRODUÇÃO

Desde sua importante tese de doutorado, o Professor Robert Alexy, persuasivamente, sustentou que a argumentação jurídica constitui um caso especial de argumentação moral.[3] Essa peculiaridade reside no fato de que a exigência de corretude (*correctness*) da argumentação jurídica somente pode ser satisfeita no sistema institucional de um ordenamento jurídico existente; entretanto, levando em consideração que Alexy não é adepto da concepção relativa da corretude, a concretização daquela afirmação depende do grau de corretude do direito positivo. Se o direito positivo não for correto (e deixando de lado o problema se faz algum sentido falar em direito extremamente injusto[4]), a afirmação da corretude, que é inerente à argumentação jurídica (como Alexy também persuasivamente alegou), continuará irrelevante. Do que depende a corretude das proposições do direito positivo?

Faltando uma ponte moral que leve da argumentação moral para a jurídica (em outras palavras, sem justificação moral da forma do direito), a concepção

---

1 Tradução de Felippe Nogueira Monteiro. Revisão de Dimitri Dimoulis.

2 Projeto de pesquisa financiado conjuntamente pelo Fundo Social Europeu e por recursos nacionais gregos do programa EPEAEK II-PYTHAGORAS II.

3 R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (trad. R. Adler e N. McCormick), Oxford, Oxford University Press, 1989).

4 R. Alexy, *The Argument from injustice: A Reply to Legal Positivism* (trad. S. L. Paulson e B. Litschewski Paulson), Oxford, Oxford University Press, 2002, 40.

discursiva da argumentação jurídica não pode reproduzir a distinção positivista entre direito e moralidade e acaba em uma simples apologia do discurso jurídico. Alexy ficou satisfeito com uma escolha metodológica bastante tradicional que demonstrou (apesar de não oferecer justificação moral para tanto) a peculiaridade da argumentação jurídica. Indicou o *gênero próximo* ao qual pertence (argumentação moral), e em seguida identificou sua *diferença específica*: a restrição institucional que torna a argumentação jurídica caso especial da argumentação moral. A questão inevitável que surge neste ponto é saber se a argumentação jurídica somente constitui um caso especial de argumentação moral ou se a sua peculiaridade, isto é, a restrição jurídica relevante decorre da concepção discursiva da argumentação jurídica, da ética do discurso, em virtude de razões puramente morais, resumidamente da justificação moral da forma do direito.

Alexy justifica a necessidade do direito invocando[5], entre outros, a necessidade de solução institucional do seguinte problema: o processo de deliberação (moral?) não garante que surgirá só uma resposta. O problema surge do conhecimento do direito. Esse problema, argumenta Alexy, é resolvido pela promulgação autoritária da lei, pelas decisões políticas alcançadas por meio de processos predeterminados (legais?) e na base das regras majoritárias. Antecipando um pouco, alguém poderia pensar, seguindo a crítica de Rousseau a Grotius[6], que a regra majoritária pressupõe unanimidade ao menos uma vez, quando unanimemente estabelecemos essa regra como princípio da tomada de decisões que impõe a adesão da minoria à visão majoritária. Para evitar a circularidade, devemos oferecer uma justificação moral da regra da maioria.

A impossibilidade de resolver o problema do conhecimento do direito conduz – aonde mais? – à anarquia. Por óbvio, esse argumento não estabelece automaticamente a necessidade moral do direito. Por que o positivismo jurídico não aceitaria essa forma de estabelecer a necessidade do direito? Não é meu objetivo neste artigo analisar de modo sistemático a teoria do direito de Alexy[7]. Devo me limitar ao argumento de que o positivismo jurídico só pode se basear em uma concepção procedimental da argumentação (como aquela elaborada por Habermas, por exemplo), que é a pior versão da teoria da argumentação, tanto por razões epistemológicas como (e principalmente) por razões morais. Por essa razão, no meu entender, Alexy deveria transformar sua interessante concepção da justificação discursiva dos direitos humanos em uma forma mais abrangente de justificação moral do direito.

---

5 "Discourse Theory and Human Rights" (1996) *9, Ratio juris* 209-220.

6 J. J. Rousseau, "The Social Contract" in V. Gourevitch (ed.), *The Social Contract and Other Later Political Writing* (Cambridge, Cambridge University Press, 1997) 49.

7 Fiz alguns questionamentos sobre sua teoria em minha breve resenha da tradução inglesa da "Theorie der Grundrechte" (*A Theory of Constitutional Rights* (trad. J. Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2004) em: *55 Northern Ireland Quartely 2004,* 206.