

Artigo

## Jurisprudência e dialética: uma visão da argumentação na teoria jurídica

*Jurisprudence and dialectics: a view of argumentation in legal theory*

Douglas Camilo Pereira<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Delegado de Polícia Civil do Estado de Pernambuco. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil), Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário de Araras (UNAR) e Graduação em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). E-mail: douglas.camilo@policiacivil.pe.gov.br.

Submetido em: 01/11/2024, revisado em: 07/11/2024 e aceito para publicação em: 08/11/2024.

**Resumo:** Este estudo explora a evolução da argumentação jurídica frente às mudanças paradigmáticas na teoria do direito, particularmente com a ascensão do neoconstitucionalismo. Inicialmente, o positivismo jurídico dominava, limitando a argumentação à legislação existente. Contudo, a percepção de suas insuficiências, especialmente em casos complexos que demandam interpretação moral e ética, conduziu ao reconhecimento da importância da argumentação para preencher lacunas e corrigir injustiças. Isso culminou na integração de considerações morais na prática jurídica, ampliando o escopo da argumentação jurídica para além das regras positivadas, enfatizando a relevância dos princípios morais e éticos no raciocínio jurídico. Com efeito, o neoconstitucionalismo, emergindo no contexto pós-Segunda Guerra, promove uma revisão profunda da teoria, ideologia e metodologia jurídicas, colocando a Constituição e os Direitos Fundamentais no centro do sistema jurídico. Esse movimento amplia o papel dos princípios constitucionais, que passam a orientar todas as esferas da jurisdição, incluindo a resolução de casos aparentemente simples através da ponderação, reforçando assim a importância dos princípios na fundamentação das decisões judiciais.

**Palavras-chave:** Teoria da Argumentação; Hermenêutica; Positivismo Jurídico.

**Abstract:** This study explores the evolution of legal argumentation in the face of paradigmatic changes in the theory of law, particularly with the rise of neo-constitutionalism. Initially, legal positivism dominated, limiting argumentation to existing legislation. However, the perception of its insufficiencies, especially in complex cases that require moral and ethical interpretation, has led to the recognition of the importance of argumentation to fill gaps and correct injustices. This culminated in the integration of moral considerations into legal practice, broadening the scope of legal argumentation beyond positive rules, emphasizing the relevance of moral and ethical principles in legal reasoning. In fact, neo-constitutionalism, emerging in the post-World War II context, promotes a profound revision of legal theory, ideology and methodology, placing the Constitution and Fundamental Rights at the center of the legal system. This movement expands the role of constitutional principles, which now guide all spheres of jurisdiction, including the resolution of apparently simple cases through weighting, thus reinforcing the importance of principles in the grounds of judicial decisions.

**Keywords:** Argumentation Theory; Hermeneutics; Legal Positivism.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A argumentação jurídica ocupa um lugar central na teoria do direito, refletindo não apenas a prática cotidiana dos profissionais da área, mas também as complexas interações entre direito, moral e sociedade. Ao longo do tempo, a maneira como juristas e teóricos abordam a argumentação no direito tem evoluído, acompanhando as mudanças nas concepções sobre o papel do direito e sua relação com a justiça e a ética (Pires, 2019).

Historicamente, o positivismo jurídico moldou a compreensão da argumentação dentro de um marco legalista estrito, no qual as leis codificadas constituíam a base de toda decisão jurídica (Marco; Freitas, 2013). Essa abordagem enfatizava a certeza e a previsibilidade, mas muitas vezes se mostrava inadequada diante de questões complexas ou moralmente carregadas, que transcendiam os limites da lei escrita (Streck, 2011). Foi nesse contexto que emergiu o neoconstitucionalismo, uma corrente que reconhece o direito como um sistema aberto, influenciado por princípios éticos e morais e não apenas por regras rígidas (Morais, 2012).

A transição do positivismo para abordagens mais flexíveis e abertas como o neoconstitucionalismo

reflete uma compreensão mais ampla do direito como instrumento de justiça social. Nesse sentido, a argumentação jurídica se torna um campo dinâmico, onde a interpretação das leis e a aplicação de princípios éticos e morais se entrelaçam. Os profissionais do direito são, portanto, desafiados a desenvolver habilidades argumentativas que transcendam a simples aplicação de leis, envolvendo a capacidade de interpretar, persuadir e fundamentar decisões em valores universais de justiça e equidade (Pereira, 2020).

Este cenário coloca em evidência a importância de estudar a argumentação jurídica não apenas como uma técnica, mas como uma arte que reflete e molda a compreensão da justiça em uma sociedade. O artigo em questão se insere nesse debate, explorando as nuances da argumentação na prática jurídica contemporânea e seu papel fundamental na realização da justiça, num contexto marcado pela pluralidade de interpretações e pela necessidade de equilibrar normas legais com princípios éticos e morais.

Neste estudo, buscou-se explorar o dinamismo da argumentação jurídica à luz das transformações teóricas no campo do Direito, especialmente sob a influência do neoconstitucionalismo. A narrativa histórica da argumentação jurídica revela uma evolução de uma

estrutura rígida baseada em positivismo legal para uma abordagem mais flexível e abrangente, incorporando princípios éticos e morais na interpretação e aplicação do Direito. Identificamos o problema central como a tensão entre a aplicação mecânica das leis e a necessidade de uma interpretação que considere os valores sociais subjacentes, desafiando a noção de um sistema jurídico fechado e autossuficiente.

Metodologicamente, o artigo reputa como uma pesquisa explicativa, afinal, objetiva analisar, minuciosamente o passado, o presente e as intenções sociais de uma entidade social, seja ela um indivíduo, um grupo, uma instituição ou uma comunidade. Aplica-se o método dedutivo, buscando averiguar as nuances da jurisprudência partindo de uma visão dialético-argumentativa. Não obstante, adota-se a abordagem qualitativa que inclui contextos - as condições sociais, institucionais e ambientais em que a vida das pessoas se desenvolve. Por fim, tem-se o emprego de técnicas de revisão bibliográfica.

A estrutura do artigo é delineada como segue: inicialmente, apresentamos o contexto histórico e teórico da argumentação jurídica, seguido de uma discussão detalhada sobre o problema da rigidez do positivismo jurídico. Prosseguimos com a exploração do neoconstitucionalismo como um marco teórico que promove a integração de princípios éticos e morais na prática jurídica. Concluímos com uma síntese das principais descobertas e reflexões sobre o futuro da argumentação jurídica em um mundo cada vez mais complexo e interconectado. Este esquema visa fornecer ao leitor uma compreensão clara e abrangente de como o artigo abordará o tema proposto.

## 2 POSITIVISMO JURÍDICO: SIGNIFICADO E CORRENTES

Atualmente, o positivismo jurídico tem enfrentado críticas frequentes de aqueles que questionam sua capacidade de fornecer uma racionalidade instrumental adequada, baseada unicamente no poder legislativo. Observa-se, ao longo dos últimos dois séculos, que o direito tem sido sustentado sob a égide de legislações cada vez mais detalhistas, que buscam regular as mais minuciosas esferas das interações humanas. Este cenário revela uma crescente especialização das leis, que se esforçam para abranger todos os aspectos possíveis das relações entre indivíduos, ilustrando uma tentativa de codificação e controle jurídico sobre a complexidade das dinâmicas sociais.

O juspositivismo, ou positivismo jurídico, baseia-se na premissa de que a existência e o conteúdo das normas jurídicas são determinados por aspectos sociais, desvinculados de avaliações sobre seus méritos (Staack, 2016). Esta doutrina sustenta que a pertinência de uma norma a um sistema jurídico é estabelecida por critérios formais, não sendo influenciada por juízos de valor derivados de sistemas normativos externos, como a moral, a ética ou a política. Assim, o Direito é concebido a partir de fundamentos empíricos e suscetíveis a alterações ao longo do tempo, refletindo a visão de que se origina de convenções sociais.

Norberto Bobbio, em "Positivismo Jurídico", explica que o termo "positivismo jurídico" provém de "direito positivo", em oposição ao "direito natural". O direito positivo é assim chamado por ser estabelecido pelos seres humanos, em contraste com o direito natural, que seria inerente à natureza, a Deus, ou à razão, e não criado pelo homem. Portanto, o positivismo jurídico distingue claramente entre direito positivo e direito natural, privilegiando o primeiro como o verdadeiro Direito, ao redefinir o conceito de Direito de modo a enfatizar exclusivamente as normas estabelecidas pela sociedade (Bobbio, 2023).

Assim, o positivismo jurídico sustenta a ideia central da "tese da separação", argumentando que não há uma conexão inerentemente necessária entre direito e moral. Esta perspectiva se apoia em dois pilares fundamentais para sua definição: a conformidade com a lei (legalidade) e a efetividade social. As várias interpretações do positivismo jurídico emergem da maneira como esses dois critérios são compreendidos e aplicados.

Essa concepção se mostra particularmente esclarecedora ao examinar a relação entre moral e direito sob a ótica do positivismo, encontrando ressonância tanto em pensadores associados à tradição do Direito natural, como Lon Fuller, quanto em expoentes do positivismo jurídico, a exemplo de Hart. Fuller critica o positivismo por promover uma rígida distinção entre o estado atual do direito e o que ele idealmente deveria ser, enquanto Hart defende a noção de que as leis não precisam necessariamente refletir ou cumprir exigências morais específicas. Este debate entre Fuller e Hart ressalta as nuances interpretativas dentro do positivismo jurídico sobre a relação entre direito e moral (Bustamante, 2015).

Para os adeptos do positivismo jurídico, o sistema legal é visto como uma hierarquia de normas, onde normas de nível inferior são validadas pelas normas superiores, culminando na Constituição como o vértice dessa estrutura. A validade das normas no topo da hierarquia pode ser atribuída a certos fatos sociais ou a uma base lógica.

Hart propõe que a validade de um sistema jurídico repousa em uma "norma de reconhecimento" fundamental, que estabelece os critérios para a validade das leis (Hart, 2009). Diferentemente das normas subalternas, que mantêm sua validade mesmo quando violadas, a norma de reconhecimento existe como parte de uma prática social abrangente e consistente, envolvendo a identificação do direito por tribunais, autoridades e cidadãos através de critérios específicos, sendo sua existência um fato observável. Por outro lado, Hans Kelsen argumenta pela necessidade de assumir uma "norma fundamental" hipotética como a origem da validade para todas as normas dentro de um mesmo sistema normativo. Esta norma fundamental instruiria a obediência às normas constitucionais supremas, conferindo validade a todas as normas que emanam da autoridade que estabelece estas normas supremas (Kelsen, 1979). Joseph Raz ocupa um território conceitual que faz ponte entre a ideia de uma norma fundamental hipotética e a realidade social observável. Ele introduz a concepção de uma "regra legal última", cuja existência real pode ser demonstrada por meio da observação das práticas sociais em um dado lugar

e tempo, servindo como fundamento de validade para o sistema jurídico (Raz, 2010).

Discutir o positivismo jurídico implica inevitavelmente revisitar a Escola da Exegese, um movimento que surgiu após a Revolução Francesa, caracterizado por sua ênfase na codificação do direito como meio de limitar a interpretação jurídica. Esta abordagem foi uma reação à forma como a magistratura do Antigo Regime na França manipulava o direito para favorecer interesses próprios, gerando desconfiança na interpretação jurídica (Streck, 2018). Neste contexto, a função do juiz era vista como a de mero aplicador do direito, utilizando os fatos relevantes como base para uma dedução legal através do silogismo, onde a lei fornecida pelo legislador servia como premissa maior para encaixar os fatos jurídicos e chegar a uma conclusão legal.

Paralelamente, desenvolveu-se uma teoria que visava restringir a interpretação do direito por meio de um método dedutivo, conectando conceitos gerais e abstratos à realidade jurídica concreta. Friedrich Carl von Savigny e, mais tarde, Georg Friedrich Puchta, com sua "jurisprudência dos conceitos", propuseram que o direito poderia ser sistematizado em conceitos gerais dos quais derivariam todas as decisões jurídicas, reduzindo assim a necessidade de interpretação (Zezza, Garrido Martin, 2024).

Essa idealização formal do direito encontrou sua expressão mais clara no positivismo metodológico de Hans Kelsen, que argumentava pela compreensão do direito como uma ciência, análoga às ciências naturais, focada exclusivamente nas normas. Kelsen defendia um sistema jurídico puro, distinto de outras ciências, fundamentado na imperatividade das normas que transformam fatos relevantes em fatos jurídicos, seguindo uma lógica dedutiva que estabelece uma cadeia de validade normativa.

Nesse sistema, emergem questões sobre a identificação das fontes do direito, a coerência entre elas e a capacidade do sistema jurídico de responder a todos os casos. Bobbio, ao explorar essas questões, destaca três princípios fundamentais: a unidade das fontes, a coerência normativa e a completude do ordenamento jurídico, sugerindo que, em casos excepcionais, o juiz pode recorrer à sua capacidade criativa para resolver lacunas (Bobbio, 2023).

A doutrina do positivismo jurídico busca fechar o sistema jurídico em um conjunto de significações a partir do qual as normas aplicáveis podem ser derivadas, promovendo valores como certeza e segurança jurídica. No entanto, essa abordagem enfrenta críticas pela sua tentativa de isolar o direito de influências interpretativas, sugerindo que a aplicação do direito requer apenas a consulta ao sistema para obter respostas predeterminadas.

A insistência na literalidade e na rigidez das leis reflete uma visão do legislador como figura central na construção de um sistema jurídico claro e inequívoco, relegando ao intérprete a tarefa de verificar a correta aplicação das normas. Esse enquadramento teórico minimiza a necessidade de interpretação, promovendo a ideia de um direito como produto direto da lei.

Contudo, a prática jurídica revela a insuficiência dessa visão, pois o direito, por natureza, requer ajustes

interpretativos para aplicar normas gerais e abstratas a casos concretos. O positivismo jurídico, ao limitar a interpretação, deixa lacunas que desafiam seus próprios fundamentos, especialmente quando confrontado com ambiguidades ou contradições no texto legal.

Essa abordagem inicial do positivismo jurídico, ao tentar transmitir uma sensação de segurança jurídica baseada na certeza e previsibilidade, encontra limites na realidade complexa da aplicação do direito. O desafio é reconciliar a rigidez do sistema legal com a necessidade de flexibilidade interpretativa, reconhecendo que interpretar o direito é não apenas necessário, mas fundamental para a sua aplicação justa e eficaz.

A discussão em torno do positivismo jurídico revela a complexidade da relação entre direito e moral, ilustrando a diversidade de interpretações sobre a validade das normas e a interpretação jurídica. Diferentes pensadores, desde aqueles ligados ao Direito natural até os positivistas estritos como Hart, têm debatido intensamente essas questões, destacando a importância da argumentação e da interpretação nas práticas jurídicas. A "tese da separação", defendida pelo positivismo, argumenta que direito e moral operam independentemente um do outro, concentrando-se na legalidade e na eficácia social como critérios de validade.

Esta visão, no entanto, enfrenta críticas por sua tendência a evitar discussões sobre a interpretação jurídica, possivelmente para esquivar-se de acusações de subjetivismo ou moralismo. Tal abordagem tem limitado o vigor teórico do positivismo, pois a reflexão sobre a interpretação e os deveres do aplicador do direito é vista como fundamental para a teoria jurídica. O debate entre Fuller e Hart exemplifica essa tensão, com Fuller criticando o positivismo por estabelecer uma distinção rígida entre o direito como é e como deveria ser, enquanto Hart enfatiza que as leis não necessariamente refletem ou satisfazem demandas morais específicas.

A variabilidade de opiniões entre estudiosos torna desafiador estabelecer um consenso sobre a essência do positivismo jurídico, especialmente no que diz respeito à interpretação do direito. A preocupação dominante entre os positivistas jurídicos se centra na análise das condições que conferem validade às normas e aos sistemas jurídicos, deixando em segundo plano as questões interpretativas. Tal postura parece derivar de um esforço para evitar acusações de subjetivismo ou moralismo, o que leva à uma certa reticência em discutir os deveres de quem interpreta o direito. Contudo, acredita-se que esta omissão compromete a robustez teórica do positivismo jurídico. Uma reflexão profunda sobre interpretação e uma postura clara sobre as obrigações do intérprete são essenciais para o teórico do direito. A partir dessa perspectiva, propõe-se uma análise sobre a teoria da interpretação sob a ótica positivista.

Ao considerar um caso hipotético em que um magistrado condena uma pessoa a dez anos de prisão, questiona-se quais seriam os métodos disponíveis para o teórico do direito explicar tal decisão. A sugestão de que o juiz agiu por vontade própria simplifica excessivamente a complexidade do processo decisório. É fundamental entender as razões que levam o magistrado a tomar uma decisão específica, além de meras preferências subjetivas.

A consideração realista de que decisões são influenciadas por um conjunto de normas jurídicas e sociais, que fornecem motivos e justificativas para agir de certa maneira, é crucial.

Identificam-se quatro categorias de fatores que podem influenciar a decisão judicial além da subjetividade do intérprete: circunstâncias da vida real, princípios morais, considerações de oportunidade política e as normas vigentes no sistema jurídico em questão. Os fatos da vida real constituem a primeira categoria e, embora relevantes, não são o foco principal do direito. A relevância jurídica dos fatos decorre de como as normas jurídicas os tratam, estabelecendo critérios para sua comprovação e influência nas decisões. As duas categorias seguintes, princípios morais e considerações políticas, podem ter um impacto significativo nas decisões jurídicas. No entanto, quando essas influências são reconhecidas por uma norma jurídica, a questão passa a ser de interpretação do direito.

A última categoria, as normas jurídicas vigentes, é fundamental. O intérprete, ao aplicar o direito, opera com base na norma, cuja interpretação e aplicação transcendem a decisão imediata, situando-se em um nível de abstração superior. Nos sistemas jurídicos contemporâneos, a tensão entre a norma e a decisão do aplicador é inevitável. Contudo, essa tensão não justifica uma visão pessimista, pois o intérprete permanece vinculado à força normativa das disposições vigentes. Enquanto a sociologia do direito explora a prática dos aplicadores, a teoria do direito foca na validade e interpretação jurídica, fundamentada na autoridade normativa das leis.

A legitimidade de uma interpretação jurídica depende da existência de uma norma válida que a suporte. Essa relação entre norma e interpretação é central para o entendimento do direito, baseando-se na ideia de que a verdade surge da correspondência entre os fatos e as afirmações. Em resumo, o positivismo jurídico, apesar da relutância de muitos em discutir interpretação, reconhece a preeminência das normas jurídicas no processo interpretativo. Essas normas definem os critérios para a análise e avaliação dos fatos, relegando outros fatores a um papel secundário. A distinção entre a atividade de interpretação e a aplicação do direito ressalta a importância de se ater ao texto normativo, limitando a discricionariedade do intérprete mediante uma abordagem literal e sistemática da lei.

### 3 RECONSTRUINDO O CAMPO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A questão sobre se o direito em regimes autoritários, como os nazistas, fascistas ou racistas, deve ser considerado válido da mesma forma que o direito em países com governos democraticamente eleitos e que protegem os direitos das minorias levanta debates intensos. Críticos frequentemente apontam para uma suposta falha dos teóricos do positivismo jurídico, acusando-os de uma neutralidade que confere o status de "direito" a qualquer conjunto de normas, sem levar em conta seus fundamentos éticos e morais (Leal, 2019).

Contudo, essa crítica parece misturar os critérios para a validade de uma norma individual com os critérios para a validade de um sistema jurídico como um todo. Os

defensores do positivismo jurídico argumentam que uma norma pode ser considerada válida se cumprir com os critérios internos estabelecidos pelo próprio sistema. Porém, isso não encerra a discussão. Para que um sistema jurídico seja reconhecido como válido, os positivistas sustentam que ele deve ser eficaz socialmente, ou seja, deve ser amplamente aceito e respeitado pela comunidade.

Dessa forma, a verdadeira questão se transforma. Se o direito sob um regime autoritário foi efetivo devido à adesão da população a ele, a crítica deve ser dirigida não aos teóricos do positivismo jurídico, que apenas observam essa realidade político-social, mas sim às forças políticas e aos cidadãos que apoiaram regimes opressores. A responsabilidade dos positivistas é comparável à de um médico que diagnostica uma doença: o médico não deseja a morte do paciente, mas reconhece a gravidade de sua condição (Struchiner, 2018).

Acreditar que um teórico do direito endossa um determinado sistema normativo implica que este teórico está tentando convencer outros de que tal sistema merece ser seguido por ser justo, eficaz ou moralmente aceitável. Nesse sentido, o positivismo jurídico estrito seria uma teoria que busca legitimar o direito somente se houvesse evidências de seus proponentes defendendo a obediência a sistemas jurídicos autoritários. No entanto, uma revisão da literatura positivista não revela nenhuma recomendação para a obediência a leis injustas. Como Hart apontou em seu último trabalho teórico antes de falecer, mesmo que todas as críticas ao positivismo jurídico fossem válidas, a teoria ainda teria o mérito de se limitar a descrever o direito existente, evitando tentativas de justificá-lo.

Viver sob um regime autoritário que nega liberdades fundamentais e oprime certos grupos sociais deixa a população com a escolha de aceitar ou resistir à situação política. É claro que ditaduras não surgem como desastres naturais; elas se estabelecem com o suporte da maioria, seja por manipulação ou consentimento, adotando as normas impostas pelo regime (Silva; Ribeiro, 2018). Portanto, o dilema não está na suposta tendência dos positivistas jurídicos de legitimar tais regimes, mas sim na rejeição de seus críticos à abordagem descritiva do positivismo. Eles buscam uma abordagem que distinga o direito "digno desse nome", uma perspectiva que os verdadeiros positivistas jurídicos recusam, propondo uma definição de direito que ignora seus méritos éticos e que se abstém de tomar uma posição sobre a obrigação de obedecer ao direito positivo (Morais, Zolet, 2018).

A ideia de um sistema normativo completamente autônomo e isolado não resistiu ao escrutínio sobre suas limitações, particularmente no que se refere à presença de ambiguidades e omissões (Freitas; Feitosa, 2020). Este questionamento ganhou força especialmente após a Segunda Guerra Mundial, com o surgimento de correntes teóricas que criticam a separação absoluta entre direito e questões ético-morais, desafiando a noção de um direito composto por regras desprovidas de valores. Nesse cenário, a legitimidade do sistema jurídico passa a ser questionada, não mais sendo suficiente a neutralidade do legislador. Surge, então, a exigência de que o direito, além de racional e previsível, também seja razoável, alinhando-se mais estreitamente com as noções de justiça e aceitabilidade social (Shecaira; Struchiner,

2021).

Esta demanda por um direito mais alinhado com o razoável abre caminho para duas abordagens significativas: a revalorização da tópica e da argumentação jurídica, e o emergir do pós-positivismo com sua ênfase em abordagens pragmáticas. O foco aqui se volta para a primeira dessas abordagens.

A partir dos anos 1950, críticas ao formalismo e à racionalidade dedutiva característica do positivismo jurídico começaram a emergir, questionando a capacidade do legislador de antecipar todas as possíveis circunstâncias através de prescrições normativas. Essa reflexão aponta para a insuficiência de um sistema de normas fechado, que não consegue acompanhar a evolução dinâmica das relações sociais (Silva, 2022).

Consequentemente, o direito é instigado a ir além da pura lógica sistemática, engajando-se ativamente na solução de questões práticas. A tópica surge como uma solução para resgatar o direito de sua rigidez, transformando-o em um campo mais aberto à discussão e ao debate. Nesse contexto, o sistema jurídico fornece não apenas um conjunto de regras, mas também um repertório de topos que facilitam o desenvolvimento de argumentações, permitindo que as partes envolvidas dialoguem e, por meio desse diálogo, cheguem a soluções que sejam ao mesmo tempo válidas dentro do sistema e reconhecidas pelas partes como justas.

Ademais, a argumentação jurídica se torna uma expressão do poder persuasivo das partes envolvidas. Em vez de se ater estritamente a critérios jurídicos predefinidos, a argumentação adota um caráter performativo, buscando convencer o juiz da aplicabilidade de uma interpretação do direito que favoreça uma das partes. Nesse período, vários juristas dedicaram-se a compilar argumentos que pudessem ser empregados na interpretação do direito, criando um verdadeiro arsenal de ferramentas argumentativas à disposição dos operadores do direito (Sales, 2018).

Simultaneamente, observa-se uma renovação no debate sobre a argumentação jurídica junto à crise do positivismo jurídico tradicional ou metodológico. Esse fenômeno emerge da tensão criada pelo questionamento acerca das virtudes e falhas de um direito positivo estritamente separado de considerações morais. Herbert Hart emergiu como uma figura central nesse debate, desafiando a compreensão tradicional do direito ao explorar sua relação com a moralidade e os efeitos que a estrutura linguística do direito tem sobre sua interpretação.

Hart argumentou que a ordem jurídica é formada por dois tipos de regras: as normas primárias, que definem comportamentos permitidos ou proibidos, e as normas secundárias, que estabelecem a validade das normas primárias. Estas últimas incluem regras de reconhecimento, que fornecem critérios para a validade do direito; regras de mudança, que delineiam como o direito pode ser modificado, e regras de adjudicação, que determinam a validade na aplicação das normas. Hart sugeriu que as normas de reconhecimento possuem um conteúdo moral intrínseco, derivado da sociedade, aproximando, assim, direito e moralidade e incentivando o intérprete a adotar uma perspectiva interna em relação ao

sistema.

Hart reconheceu que o direito, sendo um conjunto de regras primárias, enfrenta desafios decorrentes de sua natureza linguística, como ambiguidades, imprecisões e incertezas (Hart, 2009). Isso leva a uma necessidade constante de interpretação, testando a validade de uma norma por meio da regra de reconhecimento. Nesse contexto, emergem dois cenários distintos: em situações em que as regras jurídicas são suficientemente claras, os casos são considerados "fáceis"; em contrapartida, existem situações em que a aplicabilidade de uma regra é incerta, caracterizando os "casos difíceis".

Nestes últimos, o intérprete encontra-se em uma área de ambiguidade, onde a interpretação correta da norma varia conforme as particularidades do caso específico. Portanto, quando confrontados com casos difíceis, os intérpretes – e Hart foca particularmente nos juízes – são compelidos a tomar decisões baseadas em suas próprias crenças e valores, exercendo um julgamento discricionário de forma significativa.

As correntes contemporâneas do direito, tanto o pós-positivismo quanto o neoconstitucionalismo, incorporam, com leves variações, a abordagem proposta por Hart, especialmente no que tange à existência de uma ampla margem de discricionariedade por parte dos juristas, sobretudo os juízes, ao enfrentarem os denominados "casos difíceis". Esta aceitação da discricionariedade interpretativa gera um impulso significativo nas teorias de argumentação jurídica e do discurso, as quais buscam fornecer um arcabouço de critérios argumentativos para nortear o exercício discricionário judicial. Com base na ideia de uma "textura aberta" do direito, proposta inicialmente por Hart, observa-se um florescimento dessas teorias argumentativas no âmbito jurídico, visando proporcionar diretrizes para a aplicação discricionária do direito.

Essa perspectiva leva à consideração de que, no século XX e XXI, o debate jurídico tem sido profundamente influenciado pela questão dos "casos difíceis", marcando a jurisprudência e a teoria do direito com a necessidade de uma abordagem interpretativa mais aberta e flexível. A incerteza inerente ao direito abre espaço para que decisões sobre casos complexos sejam tomadas por meio de argumentações que transcendem a simples aplicação de normas, demandando do intérprete a exploração de razões que podem estender-se para além do jurídico, alcançando o âmbito moral e político (Brito Junior; Silva, 2019).

Neste contexto, identifica-se uma clara distinção entre casos que podem ser resolvidos por dedução direta, denominados "casos fáceis", e aqueles que exigem uma abordagem interpretativa mais elaborada, os "casos difíceis". A necessidade de recorrer a argumentações mais amplas nestes últimos casos ressalta a transição do debate de uma esfera estritamente jurídica para considerações mais abrangentes que envolvem dimensões morais e políticas.

Assim, a argumentação jurídica se bifurca em duas situações distintas: uma em que o ordenamento jurídico oferece soluções pré-definidas para os casos, caracterizando um sistema normativo fechado; e outra em

que o caso em análise estende o sistema a seus limites, exigindo do intérprete a procura por fundamentos adicionais para formular a resposta jurídica adequada. O que se destaca é a reserva de um espaço para interpretação dentro do direito, ainda que essa oportunidade seja primariamente associada aos "casos difíceis", situando a liberdade interpretativa do jurista como elemento crucial na determinação da solução para o caso concreto.

#### 4 A EXPANSÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO FERRAMENTA ARGUMENTATIVA

A análise de Hart sobre a liberdade interpretativa do jurista ao lidar com os chamados "casos difíceis" gerou intensas discussões acadêmicas, com destaque para o diálogo crítico estabelecido por Ronald Dworkin. Dworkin argumenta que o arcabouço jurídico não se limita a regras, incluindo também princípios como componentes essenciais. Ele diferencia essas duas categorias normativas principalmente por dois aspectos: a maneira como são aplicadas e como os conflitos entre elas são resolvidos.

Segundo Dworkin, as regras são aplicadas de maneira binária, ou seja, ou se aplicam integralmente ou não se aplicam (em uma moda de "tudo ou nada"). Em situações de conflito entre regras, a resolução ocorre por meio de critérios previamente estabelecidos pelo ordenamento jurídico, podendo envolver, por exemplo, a anulação de uma das regras em conflito através de mecanismos como a resolução de antinomias ou controle de constitucionalidade (Dworkin, 2006).

Por outro lado, os princípios demandam uma abordagem de aplicação mais flexível, não se enquadrando no modelo binário de "tudo ou nada". Eles orientam a argumentação e podem ser cumpridos de maneira gradativa. Em caso de conflito entre princípios, o processo de decisão envolve a ponderação e a atribuição de pesos relativos a cada princípio, adaptando-se ao caso concreto sem necessariamente excluir algum dos princípios do sistema jurídico, permitindo que em outras situações um princípio anteriormente preterido possa prevalecer.

Dworkin sustenta que toda regra encontra fundamento em um princípio subjacente, de modo que as regras funcionam como a expressão concreta dos princípios. Ele aborda os "casos difíceis" propostos por Hart, enfatizando a utilidade dos princípios na resolução desses dilemas. Nesses casos, a decisão judicial deve basear-se em uma fundamentação principiológica, escolhendo o princípio que melhor justifique a decisão tomada.

Dworkin propõe que o recurso aos princípios serve como um mecanismo de restrição à discricionariedade judicial, obrigando o juiz a fundamentar suas decisões em direitos e princípios institucionalizados. Essa abordagem visa garantir que a decisão judicial não seja meramente fruto das convicções pessoais do juiz, mas reflita uma busca por consistência e equidade dentro do quadro de princípios estabelecido pelo direito. Assim, a argumentação baseada em princípios promove uma conexão holística entre a decisão judicial e uma concepção de consistência histórico-institucional do direito, mitigando o exercício de uma discricionariedade absoluta

pelo juiz nos "casos difíceis" (Dworkin, 2006).

O direito, enquanto instituição, proporciona a base para o reconhecimento de princípios que, por sua vez, possibilitam a construção de argumentações robustas em busca de decisões que se alinhem com a trajetória histórica e institucional do próprio direito. Dessa forma, empenhar-se na descoberta da resposta apropriada se torna um exercício de responsabilidade (*fairness*), exigindo do intérprete o dever de buscar argumentos alinhados à integridade e coesão do sistema jurídico (Maia, 2016).

Dentro desse debate sobre a importância da argumentação baseada em princípios, Robert Alexy propõe uma metodologia específica para lidar com os "casos difíceis". Ele redefine a teoria das normas, analisando comparativamente o comportamento de regras e princípios tanto em sua aplicação quanto em situações de conflito. Importante notar que, diante de um conflito entre princípios, o intérprete é chamado a adotar uma metodologia particular de resolução, que leva em conta a proximidade entre princípios e valores. Assim, ao enfrentar um caso complexo, o intérprete pode utilizar a técnica de ponderação para determinar qual princípio deverá prevalecer, levando em consideração as especificidades jurídicas e factuais do caso.

A confrontação entre dois princípios que indicam direções opostas permite ao intérprete, considerando as particularidades do caso, estabelecer uma norma de preferência, descrita como uma norma aditiva (Alexy, 2007). Esta norma, resultante da ponderação, visa proteger-se contra acusações de arbitrariedade ao adotar o princípio da proporcionalidade. Esse princípio assegura que a interpretação escolhida seja proporcional e, conseqüentemente, justificável.

A abordagem de argumentação jurídica que Alexy defende, ancorada no princípio da proporcionalidade, facilita uma transição do direito de se basear exclusivamente em suas razões institucionalizadas, como o uso de princípios, para incorporar também razões morais. Em outras palavras, a argumentação jurídica se divide em duas fases: inicialmente, os casos considerados simples podem ser resolvidos por meio das razões estabelecidas pelo direito, no entanto, diante dos casos mais complexos, o intérprete é incentivado a recorrer a razões morais para fundamentar sua decisão.

Assim, o discurso jurídico pode vir a se transformar em uma variação específica do discurso moral, onde, diante da insuficiência das justificativas puramente jurídicas para resolver determinados casos, o intérprete pode recorrer a fundamentos morais. Estes, então, são incorporados ao sistema jurídico por meio de procedimentos judiciais estabelecidos, funcionando como canais pelos quais as considerações morais são integradas ao direito e ganham status jurídico (Paula; Ferreira, 2021).

Esta reflexão sobre como integrar argumentos adicionais para solucionar dilemas jurídicos complexos ganha destaque, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, com o advento do neoconstitucionalismo nos países democráticos ocidentais. Este movimento promove uma nova abordagem teórica, ideológica e metodológica ao enfatizar a importância da concretização dos Direitos Fundamentais.

De um ponto de vista teórico, o

neoconstitucionalismo atribui à Constituição um papel estrutural e funcional distintivo, reconhecendo seu valor axiológico superior dentro do sistema jurídico. Ideologicamente, o movimento busca assegurar a realização dos Direitos Fundamentais, orientando a atuação dos poderes legislativo, executivo e judiciário, além de promover mecanismos de proteção desses direitos. Metodologicamente, sustenta uma ligação essencial entre direito e moral, estabelecida através dos princípios constitucionais e dos Direitos Fundamentais (Streck, 2014).

A associação entre princípios constitucionais, Direitos Fundamentais e valores fundamentais leva a teoria jurídica contemporânea a adotar a ponderação como método predominante para a interpretação jurídica. Entretanto, o recurso à ponderação se expandiu para além dos "casos difíceis", influenciando amplamente a análise jurídica. A abordagem argumentativa, inicialmente destinada a reservar um espaço para a institucionalização do direito, cedeu lugar a uma prática de argumentação mais aberta e flexível. Isso levou a uma expansão argumentativa que, por vezes, transforma o direito em uma extensão da retórica do julgador, que busca justificar suas decisões ponderadas. Essa expansão argumentativa suscita preocupações sobre a capacidade das normas institucionalizadas de gerar expectativas claras e confiáveis na sociedade quanto a seus direitos e obrigações.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo explorou as diferentes abordagens sobre a argumentação na teoria jurídica, desde o positivismo jurídico até o advento do neoconstitucionalismo. O positivismo jurídico, seguindo a visão de Kelsen, buscava estabelecer um conjunto de regras jurídicas desvinculadas de qualquer fundamento moral, ético ou sociológico, vendo o direito como uma ciência autônoma. Nesse contexto, a argumentação jurídica limitava-se a demonstrar a aplicabilidade das normas aos fatos, visando uma solução lógica e sistemática dos casos. Contudo, esse modelo enfrentava desafios na presença de lacunas, onde a determinação da norma jurídica dependia da interpretação do julgador.

Após a Segunda Guerra Mundial, surgiram movimentos que questionavam a exclusividade do direito formal, enfatizando a importância de integrar aspectos ético-morais ao raciocínio jurídico. Estas correntes argumentavam contra a possibilidade de um sistema jurídico fechado, capaz de antecipar todas as situações aplicáveis do direito, destacando a necessidade de adaptar o direito às mudanças sociais. Assim, a teoria jurídica passou a valorizar a tópica e a argumentação como métodos para influenciar decisões judiciais, baseando-se na flexibilidade e na capacidade de adaptar-se a contextos complexos.

Hart, ao discutir o reconhecimento do direito, introduziu a ideia de normas secundárias que facilitam a identificação, modificação e aplicação das normas. Contudo, em casos ambíguos ou vagos, conhecidos como "casos difíceis", o julgador poderia ser guiado por suas convicções pessoais. Dworkin avançou nessa discussão ao

afirmar que além das regras, os princípios desempenham um papel crucial na orientação das decisões judiciais, especialmente em casos complexos, exigindo coerência e integridade na aplicação do direito.

Alexy, por sua vez, identifica os princípios como mandamentos de otimização que se ajustam às realidades fáticas e jurídicas específicas de cada caso. Em situações de conflito entre princípios, o intérprete deve empregar uma análise ponderativa para estabelecer uma hierarquia entre eles, respeitando o princípio da proporcionalidade. Essa abordagem permite um afastamento da rígida institucionalização do direito, admitindo a influência de considerações morais no processo decisório.

O neoconstitucionalismo, emergindo no contexto pós-Segunda Guerra, promove uma revisão profunda da teoria, ideologia e metodologia jurídicas, colocando a Constituição e os Direitos Fundamentais no centro do sistema jurídico. Esse movimento amplia o papel dos princípios constitucionais, que passam a orientar todas as esferas da jurisdição, incluindo a resolução de casos aparentemente simples através da ponderação, reforçando assim a importância dos princípios na fundamentação das decisões judiciais.

## REFERÊNCIAS

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

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico-lições de filosofia do direito**. Edipro, 2023.

BUSTAMANTE, Thomas. **A breve história do positivismo descritivo**. O que resta do positivismo jurídico depois de HLA Hart? *Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n. 1, p. 307-327, 2015.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Martins Fontes, 2006.

FREITAS, Juliana Rodrigues; FEITOSA, Bianca Lisboa. **O enfoque das capacidades por Martha Nussbaum e a busca por uma sociedade justa**. *Rev. de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica*, Florianópolis, v. 6, p. 1, 2020.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

JUNIOR, Luiz Antônio de Brito; SILVA, Thiago Lima Medeiros. **A teoria da argumentação na resolução dos conflitos**. *ETIC-Encontro de Iniciação Científica-ISSN 21-76-8498*, v. 15, n. 15, 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

LEAL, Rogério Gesta. **Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica:** a contribuição de Robert Alexy. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 1, p. 131-166, 2019.

MAIA, Antônio Cavalcanti. **A teoria compreensiva de Robert Alexy: a proposta do 'trialismo'**. 2016. Tese de Doutorado. PUC-RIO.

MARCO, Cristhian Magnus; FREITAS, Riva Sobrado. **Pressupostos para o estudo dos direitos da personalidade na dogmática dos direitos fundamentais.** *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 14, n. 14.1, p. 254-272, 2013.

MORAIS, Fausto Santos. Direito e argumentação: esboço do debate contemplado pela Teoria do Direito. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 5, n. 1, 2012.

MORAIS, Fausto Santos; ZOLET, Lucas. **A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista.** *Revista Jurídica*, v. 3, n. 52, p. 497-523, 2018.

PAULA, Fábio Henrique Gaudêncio; FERREIRA, Rafael Alem Mello. **Teoria da argumentação no discurso jurídico e sua interpretação.** *Revista Vianna Sapiens*, v. 12, n. 1, p. 23-23, 2021.

PEREIRA, Haroldo. **A prática jurídica como guia para a teoria do direito.** Razão, argumentação e ação jurídica. 2020.

PINTO, Rosalice Botelho Wakim Souza; RODRIGUES, Maria das Graças Soares; DAMELE, Giovanni. **Argumentação jurídica e suas estratégias retóricas.** *Diacrítica: Série Ciências da Literatura*, v. 32, n. 1, p. 95-110, 2018.

PIRES, Teresinha Inês Teles. **Teorias da argumentação jurídica e a prática discursiva do supremo tribunal federal:** Metodologias Analíticas e Estudo de Casos (AC 4.070/DF e ADI 5526/DF). *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 24, n. 2, p. 102-127, 2019.

RAZ, Joseph. **Razão Prática e Normas.** Campos, 2010.

SALES, José Edvaldo Pereira. **Teorias da argumentação jurídica e sua racionalidade:** duas incursões críticas a partir da historicidade (Gadamer) e da interioridade (Kierkegaard). *Revista Quaestio Iuris*, v. 11, n. 2, p. 776-798, 2018.

SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica.** Contraponto Editora, 2021.

SILVA, Ana Rachel Freitas; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. **A arguição de ilegalidade na arbitragem investidor-Estado:** construindo a argumentação jurídica que permita o exame da conduta do investidor. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 15, n. 57, 2018.

SILVA, Maria Eduarda Andrade; NETO, João Costa. **As limitações do silogismo lógico-dedutivo e do recurso à subsunção na argumentação jurídica.** *Revista Argumenta*, n. 38, p. 453-474, 2022.

STAACK, André Luiz. **A essência do Positivismo jurídico.** *Revista Direito em Debate*, v. 25, n. 46, p. 121-142, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis.** *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 10, n. 10, p. 02-37, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é positivismo, afinal? E qual positivismo?** *Novos Estudos Jurídicos*, v. 23, n. 3, p. 890-902, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo.** *Observatório da Jurisdição Constitucional*, 2014.

STRUCHINER, Noel. Contexto de descoberta: **uma análise filosófica de aspectos psicológicos da argumentação jurídica.** *Diálogos sobre retórica e argumentação*. Curitiba: Alteridade, v. 4, p. 43-59, 2018.

ZEZZA, Michele Beniamino. Garrido Martín, Joaquín. **Fuentes, Método y Sistema en la Escuela Histórica del Derecho:** Georg Friedrich Puchta (1798-1846). Granada: Editorial Comares, 2019. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 50, p. 248-252, 2024.